D O X A

47

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 de la Universidad de Alicante.

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

© los autores, 2023
© 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

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, DOAJ, ESCI (*Web of Science*), Google Scholar, Latindex, MIAR, Dimensions, CIRC, Periodical Index Online (PIO), Scopus y Scimago Journal & Country Rank (SJR).

Las normas y políticas editoriales están disponibles en la web de la revista: https://doxa.ua.es

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, 2023

ÍNDICE

Artículos

José Juan Moreso
Bruno Celano, *sine quo non* 13
Bruno Celano, sine quo non

Alfonso Ruiz Miguel
El Rousseau de Norberto Bobbio 19
Bobbio's Rousseau

Pablo Bonorino
¿Existen los argumentos visuales? Sobre el uso de fotografías en la argumentación jurídica 45
Are there Visual Arguments? On the use of Photographs in Legal Argumentation

Pedro Caballero Elbersci
Metateoría pragmatista para una teoría de las normas jurídicas 73
Pragmatist Metatheory for a Theory of Legal Norms

Roberta Simões Nascimento
El argumento de la intención del legislador: usos y propuesta normativa . . 105
The Legislator's Intent Argument: use and Normative Purpose

Isabel Victoria Lucena Cid
La constitución ontológica de la realidad virtual 135
The Ontological Constitution of Virtual Reality

Santiago Truccone-Borgogno
La dimensión temporal de la justicia compensatoria: Sobre la reparación de injusticias históricas 163
The Temporal Dimension of Compensatory Justice: Redressing Historical Injustices

Humberto Luis Cuno Cruz
Razón (teórica y práctica), racionalidad y razonabilidad. De sus límites, semejanzas y diferencias 183
Reason (Theoretical And Practical), Rationality and Reasonableness. On Limits, Similarities and Differences

Pablo Gres Chávez
Dialéctica y Derecho: apuntes para una teoría jurídica crítica 221
Dialectics and Law: Notes toward a Critical Legal Theory

Diego M. Papayannis
No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte II 253
Not so Different: Redistributive Private Law versus the Myth of the Superiority of Public Law. Part II

Juan Manuel Pérez Bermejo
La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de pervivencia práctica y problemas teóricos 283
On Historical or Subjective Interpretation of Law: a Story of Survival and Theoretical Debts

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz
El principio de publicidad y la publicidad de los principios 313
The Principle of Publicity and the Publicity of Principles

Silvina Alvarez Medina
La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual 349
Sexuality and the Concept of Sexual Consent

Sobre la proporcionalidad

Horacio Spector
Proporcionalidad constitucional y el teorema Alchourrón-Makinson . . . 383
Constitutional Proportionality and the Alchourrón-Makinson Theorem

Horacio Spector y otros
Sobre el principio de proporcionalidad. Una discusión con Horacio Spector 403
On the Principle of Proportionality. A Discussion with Horacio Spector

Notas

María Cristina Redondo
Sobre el positivismo jurídico interno. Algunas respuestas 429
On Internal Legal Positivism. Some Responses

Yohan Molina
Un dilema para el enfoque de Rodríguez-Blanco del seguimiento intencional de reglas 469
A Dilemma for Rodriguez-Blanco's Approach to Intentional Rule-Following

Sobre la «Filosofía del Derecho»

Rafael Ramis Barceló
La noción de «filosofía del derecho» desde la historia conceptual 485
The Notion of «Philosophy of Law» from the Conceptual History

Manuel Atienza
Un comentario a Ramis Barceló 503
A comment to Ramis Barceló

Jesús Vega
El nacimiento de la Filosofía del Derecho y sus problemas 509
The Birth of the Philosophy of Law and its Problems

Rafael Ramis Barceló
¿Por qué ciertos juristas quieren ser filósofos? 547
Why do Certain Jurists Want to be Philosophers?

Entrevista

Manuel Atienza
Entrevista a Paolo Comanducci 571
Interview to Paolo Comanducci

ARTÍCULOS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 13-18
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.1

Bruno Celano, *sine quo non*

Bruno Celano, *sine quo non*

José Juan Moreso

Autor:
José Juan Moreso
Universitat Pompeu Fabra, España
josejuan.moreso@upf.edu
https://orcid.org/0000-0003-2702-569X

Recibido: 18/10/2022
Aceptado: 14/11/2022

Citar como:
Moreso, José Juan (2023). Bruno Celano, *sine quo non. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 13-18. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.1

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 José Juan Moreso

Resumen

En este texto se evoca la trayectoria intelectual de Bruno Celano (1961-2022), muerto el 17 de mayo de 2022. Esta evocación es llevada a cabo mediante dos ideas que estructuran el trasfondo del pensamiento de Celano: la primera idea es aquello que llamaré *la promesa incumplida de la filosofía de Platón.* La segunda consiste en una concepción de la filosofía como *revelaciones de cosas obvias.*

Palabras clave: Celano; la idea del bien; platitudes.

Abstract

This text contains an evoking of the intellectual trajectory of Bruno Celano (1961-2022), died on 17 May of this year. This evocation is carried out by two ideas which articulate the background of Celano's thought: the first idea is what I shall call *the empty promise of Plato's philosophy*. The second deals with a view of philosophy as *disclosure of platitudes.*

Keywords: Celano; the idea of the good; platitudes.

Quid dulcius quam habere quicum
omnia audeas sic loqui ut tecum?
CICERÓN, *De amicitia,* xxii

(I)

El 17 de mayo de 2022 fue para mí un día de desolación, cuando Marco Brigaglia me llamó por teléfono para decirme que Bruno había muerto, me sentí como dice Dante (*Purgatorio*, canto XV, 126) 'quando le gambe mi furon sí tolte'. Todavía ahora me despierto por la noche sin llegar a creerme que

Bruno ya no está, que Bruno no puede regresar. Un poeta catalán, Salvador Espriu, decía lo siguiente de otro poeta amigo suyo, que murió joven, Bartomeu Rosselló-Pòrcel: 'allunyat amic meu/si podeis venir/ amb la barca del temps'. Sin embargo, desafortunadamente, la barca del tiempo no regresa nunca.

Bruno fue para mi por casi treinta años un amigo, más aún, un hermano. Mi hermano filósofo. Sin Bruno no me es fácil hallar sentido a mi trabajo filosófico, era con él con quien yo estaba en condiciones de comprender aquello que estábamos procurando llevar a cabo.

(II)

Si no me equivoco, nos encontramos por primera vez en el primer Congreso ítalo-español de teoría analítica del derecho, ahora también galo y lusitano, en Imperia, en el mes de mayo del año 1995. Bruno y yo éramos ponentes, entonces todavía jóvenes, en aquella experiencia académica que ha continuado hasta hoy. Bruno habló de convenciones y costumbres, yo –con Pablo Navarro– disertaba sobre la validez jurídica y la aplicabilidad. Después, antes de su enfermedad, coincidimos en muchos lugares, obviamente en Palermo y Barcelona, pero también en Génova, Madrid, Girona, Alicante, Almagro u Oxford. Mientras la esclerosis avanzaba, cuando fue posible nos encontramos de nuevo muchas veces; de hecho, en los últimos tiempos antes de la pandemia cada año iba por una semana a Palermo para estar con él. La última vez fue en febrero de 2020, la última ocasión en que nos vimos 'in pirsona pirsonalmente'.[1]

No obstante, considero que he de intentar decir, si bien de un modo impresionista, por qué considero tan relevante para todos nosotros la contribución iusfilosófica de Bruno.

(III)

Los filósofos del derecho conocemos bien las cruciales contribuciones de Bruno a la filosofía práctica. La justificación práctica en su tesis de doctorado, el estudio, original y perspicuo –con dos libros fundamentales–, de Hans Kelsen, las convenciones, los derechos, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la *Rule of Law*, o como dicen elegantemente con el francés del Québec, 'la primauté du droit'. No insistiré sobre ello. Bruno lo hacía con suma maestría, incluso con una minuciosidad obsesiva, siempre consciente de que 'the devil is in the details'. Sus trabajos restan para siempre con nosotros, y siempre aprendemos algo nuevo cuando lo releemos.

Sólo quiero aquí destacar dos ideas de Bruno, que anidan en el trasfondo, pero que reputo fundamentales para comprender su trayectoria filosófica. La primera idea es

1. Una broma *palermitana*, que usa una expresión de un personaje, Catarella, de las novelas del gran Andrea Camilleri protagonizadas por el comisario Montalbano.

aquello que llamaré *la promesa incumplida de la filosofía de Platón.* La segunda consiste en una concepción de la filosofía como *revelaciones de cosas obvias.* Me explico.

(IV)

La primera, la promesa incumplida de la filosofía platónica, pienso que puede hallarse ya en las primeras publicaciones de Bruno, por ejemplo, en un estudio dedicado a Ricoeur, que cierra un volumen a cargo de su maestro palermitano, Giuseppe Nicolaci –el primer ensayo del volumen, dedicado a Aristóteles, era de Giusi Todaro–, 'Senso e concetto'.[2] Pero aquí quiero referirme a esta idea con uno de sus últimos escritos, un texto que para mi fortuna es el prólogo de mi libro *Lo normativo: Variedades y Variaciones*, y que puede leerse como un poema filosófico.[3] La versión original del prólogo comienza con el conocido pasaje sobre la caverna del séptimo libro de la *República* de Platón y acaba así: 'La idea del bien –y, con ella, la posibilidad de comprender aquello en virtud de lo cual deviene posible comprender– no está. ¡Lástima!'.[4] Esta es la promesa incumplida de Platón, y por ello es una lástima, en realidad la lástima, la miseria de la filosofía. Si la idea del bien no está, entonces el modo que sería satisfactorio, intelectualmente nutritivo, el modo que nos permitiría construir un verdadero tabernáculo para la filosofía no está disponible. La filosofía, podríamos decir, es la perenne nostalgia de esta idea del bien, de esta idea que está vacía, de una idea que carece de referencia. Podría contar la multitud de ocasiones en que Bruno me expresó, en tantas conversaciones, esta nostalgia. Escogeré solo una de ellas. Hace unos veinte años, yo –como tantos otros– andaba ocupado y preocupado por la cuestión de la *vaguedad* e, incluso, por la paradoja de *sorites*. Mostré a Bruno algunas cosas que había escrito al respecto, con una inclinación a favor del enfoque de la vaguedad que se conoce como *supervaluations*. Dicho muy brevemente, para este enfoque que un predicado como por ejemplo 'rico', sea vago significa que hay varios modos de precisar el predicado: cuando todos los modos de precisarlo concuerdan en la aserción que, por ejemplo, 'Bill Gates es rico' entonces la proposición expresada por este enunciado es verdadera, *superverdadera,* y su negación falsa, *superfalsa*. Pero, si en algunos modos de precisar el predicado, otra persona, Ticio, es rico y en otras no es rico, entonces el enunciado 'Ticio es rico' expresa una proposición que no es verdadera ni falsa. Para decirlo con uno de los creadores de este enfoque, Kit Fine, la vaguedad es como una *ambigüedad generalizada*.[5] Pero, para lo que quiero decir no importa cuál sea el enfoque que uno prefiera sobre el problema

2. Bruno Celano, 'Senso e concetto'. En Giuseppe Nicolaci (a cura di), *Filosofie per intersezione. Saggi su Aristotele, Leibniz, Pierce, Bloch, Heidegger, Ricoeur.* Palermo: L'Epos, 1990, 139-176.
3. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
4. Bruno Celano, 'Prólogo: *Lost in the stars*' en J.J. Moreso, *Lo normativo* (vd. nota 4), 13-20.
5. Kit Fine, 'Vagueness, Truth and Logic'. *Synthese*, 54 (1982): 235-59, p. 282.Sin embargo, recientemente Fine ha abandonado este enfoque. Kit Fine, *Vagueness: A Global Approach.* Oxford: Oxford University Press, 2020.

de la vaguedad. Cuando Bruno comprendió mi punto de vista me dijo: 'Bien, ¿pero tú tienes un modo de resolver el problema, de eliminar la vaguedad?' Y me hizo notar que el nombre de su enfermedad, la esclerosis múltiple, no es el nombre de una *única* enfermedad, sino que es el nombre de un *cluster* de enfermedades, que hace sin duda más difícil el diagnóstico y el tratamiento. Yo no tenía, ni tengo, ninguna solución para el problema de la vaguedad, tenía únicamente una manera de reconstruir el problema en un esquema conceptual más preciso y, tal vez, aceptable. De hecho, considero que nadie está en posesión de una solución a este problema filosófico. De nuevo el concepto, no el sentido. No obstante, me parece, Bruno tenía siempre nostalgia del sentido.

(V)

Dado que la filosofía no puede ser la revelación de la idea del bien, Bruno abandonó esta *ambiciosa* e insensata pretensión y abrazó una concepción *modesta* de la tarea filosófica. En la introducción a su último libro, una colección en español de cinco ensayos suyos sobre la *Rule of Law*,[6] sostiene que debemos adoptar una concepción de la filosofía inspirada en, por ejemplo, algunas reflexiones de Hegel en el *Prefacio* a la *Fenomenología del Espíritu,* donde sostiene que 'lo familiar (*das Bekannte*), precisamente porque nos es familiar, no nos es conocido (*erkannt*)'. La misma idea ha sido desarrollada en el ámbito de la filosofía analítica, por ejemplo por David Lewis, diciendo que a menudo los filósofos no hacen otra cosa que arrojar dudas sobre las obviedades. Incluso si estas obviedades resisten las dudas y se mantienen como sólidas y consistentes, en el proceso de revisión de las obviedades, de las *platitudes*, aquello que parecía banal es capaz de hacer más aguda nuestra mirada, nuestro modo de captar las cosas.[7]

La actividad filosófica consiste en reflexionar sobre aquello que ya nos es familiar, y en un modo de afinar nuestra percepción y nuestro conocimiento de aquello que está presupuesto en lo que ya sabemos. El objetivo es demostrar (aduciendo razones a favor y en contra) ciertas obviedades: transformar los presupuestos y las asunciones tácitas, usualmente dadas por descontadas, en conclusiones de nuestros argumentos. El objetivo es, podría decirse, hacer *explícito* aquello que era *implícito.* Tal vez esta es la concepción que anida en las *Investigaciones filosóficas* de Ludwig Wittgenstein.

En estos últimos años, Bruno pensó, junto con Marco Brigaglia, que el mejor modo de llevar a cabo esta concepción es con la ayuda de las nuevas ciencias cognitivas, como las neurociencias, y se embarcaron en el programa de naturalización de la filosofía.[8] Yo no estoy convencido. Bruno decía que debíamos escribir sobre la naturalización de la filosofía jurídica, él a favor y yo en contra. Otra cosa que echaré de menos.

6. Bruno Celano, 'Premisa' en B. Celano, *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el* Rule of Law. Madrid: Marcial Pons, 2022, 11-14.
7. David Lewis, *Convention. A Philosophical Study.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1969, p. 1.
8. Marco Brigaglia, Marco; Bruno, Celano, Bruno. 'Rivoluzione cognitivista e teorie del diritto: un programma di ricerca'. *Diritto e Questioni Pubbliche*, XVII (2017): 523-535.

Puedo decirlo metafóricamente. Este pasado y tórrido agosto, en el *Espigoler*, mi casa de campo en la que tengo mis libros de literatura, releí a Eugenio Montale, mi poeta italiano preferido del siglo pasado. Tengo su poesía completa en una versión bilingüe, mi pobre italiano no alcanza a comprender la poesía sin ayuda. La traducción española se debe a Fabio Morábito, un escritor ítalo-mexicano, que hizo una tarea preciosa. En el prólogo a dicho libro Morábito dice cosas de la poesía de Montale que son cercanas a la concepción de la filosofía de Bruno.[9] Comienzo con un pasaje, referido al contexto del gran libro *Ossi di seppia*, un paisaje que me es cercano, porque es muy similar a tantas imágenes de mi infancia:[10]

> Quien conozca Liguria, reconocerá en los poemas de *Huesos de sepia*, el primer paisaje marino, en especial la parte que va desde Génova hasta Cinque Terre, donde la familia Montale tenía una casa de veraneo en la localidad de Monterosso; un paisaje escabroso, en el que la violencia del oleaje, el viento, las rociones de espuma y la vegetación aferrada a la roca se constituyen en emblemas de una radical dificultad de vivir, de una indecisión crónica que tiene su objetivación más acabada en la luz del mediodía, esa luz paralizante y a menudo espectral que ha tenido en Montale, tal vez, a su cantor más profundo.

Más adelante Morábito dice algunas cosas en total sintonía con lo que decía Bruno de la filosofía:[11]

> Puede decirse, en este sentido, que la poesía de Montale es un largo comentario acerca de las sombras de las cosas. Mientras su poética se rige por una voluntad de *adherencia*, de registro acucioso de la realidad física que nos rodea (y a menudo nos oprime), su ética descansa en la obligación de no desentendernos de aquello que vamos dejando atrás, comenzando por nuestra sombra. La poesía, en última instancia, es el acto de volver continuamente la cabeza para no dejarnos arrastrar por la inercia de nuestros pasos, y la voluntad que la sostiene es la de negarse a pasar por alto o dar por hecho lo que parece obvio.

Esta voluntad de adherencia, de no ceder a la inercia, de rechazar el dar por descontado lo que nos parece obvio, esto es lo mismo que decía Bruno, podría haberlo escrito él. Hay un poema muy conocido de *Ossi di seppia*, que ya he usado otra vez en un contexto filosófico, y que quiero recordar aquí, son ocho versos del poema *I limoni* que dicen así:

> Vedi, in questi silenzi in cui le cose
> s'abbandonano e sembrano vicine
> a tradire il loro ultimo segreto,
> talora ci si aspetta
> di scoprire uno sbaglio di Natura,
> il punto morto del mondo, l'anello che non tiene,
> il filo da disbrogliare che finalmente ci metta
> nel mezzo di una verità.

9. Fabio Morábito, 'Prólogo' en Eugenio Montale. *Poesía completa*. Edición bilingüe de Fabio Morábito. Barcelona: Galaxia Gutenberg/ Círculo de Lectores, 2006, 7-37.
10. *Ibidem,* p. 8.
11. *Ibidem,* p. 13.

Pues bien, el pensamiento de Bruno ha sido para mi *il filo da disbrogliare* y ahora estoy perdido, porque sin Bruno no puedo acceder a este hilo, no puedo desenredarlo.

(VI)

Y no únicamente por razones filosóficas, sino también por razones personales. Bruno fue mi amigo del alma, mi hermano. Como dice Cicerón en De *amictia* (que es el epígrafe, en latín, de este texto):

> ¿Qué más dulce que tener alguien con quien puedas hablar de todo como contigo mismo?

También desde este punto de vista me siento desolado, más a la intemperie que nunca. A Bruno había abierto mi corazón, con él habíamos llorado juntos tantas veces, y reído también, obviamente, y nos contábamos los libros recién descubiertos, las películas, las músicas. La última vez en Palermo cociné una tortilla de patatas, también para Giusi y Alessio, para Marco y Giulia, para Matija, Giuseppe y Miguel. Mis amigos, espero que en broma, dicen que aquello que sé hacer bien de verdad son las tortillas de patatas.

Termino como acaba el obituario que escribí el día de su muerte para la web de nuestro grupo de investigación en Barcelona, *Law & Philosophy*. Son los versos finales de una elegía muy conocida entre nosotros, de una de las más conmovedoras elegías de las letras españolas, del poeta Miguel Hernández. Ahora que también murió el gran filósofo Saul Kripke, estos versos acaso puedan leerse como la descripción de un mundo *posible:*

A las aladas almas de las rosas
del almendro de nata te requiero,
que tenemos que hablar de muchas cosas,
compañero del alma, compañero.

REFERENCIAS:

Celano, Bruno (1990). Senso e concetto. En Giuseppe Nicolaci (a cura di), *Filosofie per intersezione. Saggi su Aristotele, Leibniz, Pierce, Bloch, Heidegger, Ricoeur.* Palermo: L'Epos, 139-176.

Celano, Bruno (2020). Prólogo: *Lost in the stars*. En J.J. Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 13-20.

Fine, Kit (1982). Vagueness, Truth and Logic. *Synthese*, 54 (1982): 235-59. https://doi.org/10.1007/BF00869393

Fine, Kit (2020). *Vagueness: A Global Approach.* Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oso/9780197514955.001.0001

Moreso, J.J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 19-44
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.2

*El Rousseau de Norberto Bobbio**

Bobbio's Rousseau

Alfonso Ruiz Miguel

Autor:
Alfonso Ruiz Miguel
Universidad Autónoma de Madrid, España
alfonso.ruiz@uam.es
https://orcid.org/0000-0002-6306-7291

Recibido: 14/12/2021
Aceptado: 6/7/2022

Citar como:
Ruiz Miguel, Alfonso (2023). *El Rousseau de Norberto Bobbio. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 19-44. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.2

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Alfonso Ruiz Miguel

Resumen

El estudio parte de la pregunta de por qué Bobbio consideró a Rousseau uno de sus clásicos cuando este autor apenas tiene un especial papel en su obra. Si bien Rousseau es referencia obligada en algunos de los escritos de Bobbio, en ellos solo aparece de manera limitada o marginal, sin un tratamiento sistemático específico ni pormenorizado. La ausencia de Rousseau en tres de los cursos bobbianos de historia de la teoría política puede considerarse un enigma no resuelto. No obstante, ante la diversidad de interpretaciones de Rousseau, y en especial ante el llamado «problema Rousseau» (Cassirer), que contrasta su racionalismo y su romanticismo, Bobbio adoptó, descriptivamente, una visión racionalista que termina por negar las tendencias organicistas del contractualismo rousseauniano. En el plano de la justificación normativa, sin embargo, Bobbio fue un claro crítico del modelo democrático de Rousseau. Así lo ponen de manifiesto expresamente varios escritos bobbianos, alguno poco conocido (como uno sobre Gaetano Salvemini) y otros fuera de las citas habituales (como los dedicados a críticos de la democracia como Mosca y Pareto), que corroboran los dos motivos fundamentales que atraviesan la visión de la democracia en el conjunto de la filosofía política de Bobbio: su consideración de la democracia, ante todo, como antítesis de la dictadura y extensión del liberalismo, que exige el respeto a las libertades civiles y políticas y a las instituciones parlamentarias, y, segundo, como mecanismo procedimental para el recambio de élites en competición por el voto popular. La conclusión intenta responder resumidamente a

* El presente texto es una versión revisada de otro con igual título escrito para un libro en homenaje al filósofo del Derecho brasileño Celso Lafer, buen conocedor y seguidor de Bobbio y de Hannah Arendt: vid. Ari Marcelo Solon *et alia* (eds.), *Múltiplos Olhares sobre o Direito. Homenagem aos 80 anos do Professor Emérito Celso Lafer*, São Paolo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2022, vol. I, pp. 279-310 (entre las revisiones, en la presente versión he traducido todas las citas en italiano y francés). El trabajo recupera la que habría podido ser mi contribución a un volumen sobre *Los clásicos de Bobbio* que, coordinado por Valentina Pazè, no pasó de la fase de proyecto.

la doble pregunta de por qué Rousseau pudo ser considerado por Bobbio uno de sus clásicos y qué Rousseau, entre los varios posibles, es el que aparece en su obra.

Palabras clave: Norberto Bobbio; Rousseau, clásicos; racionalismo; contractualismo; organicismo; democracia directa y representativa; liberalismo.

Abstract

The study begins with the question of why Bobbio considered Rousseau as one of his classics when this author barely had a special place in his work. Although Rousseau is an mandatory reference in some of Bobbio's writings, he only appears in them in a limited or marginal way, without a specific or detailed systematic treatment. The absence of Rousseau in three of the Bobbio's courses on history of political theory can be considered an unsolved enigma. However, given the diversity of interpretations of Rousseau, and especially given the so-called «Rousseau problem» (Cassirer), which contrasts his rationalism and his romanticism, Bobbio adopted, descriptively, a rationalist vision that ends up denying the organicist tendencies of Rousseauian contractualism. On the level of normative justification, however, Bobbio was a clear critic of Rousseau's democratic model. This is expressly showed by several Bobbian writings, some little known (such as one on Gaetano Salvemini) and others outside the usual citations (such as those dedicated to critics of democracy such as Mosca and Pareto), which confirm the two fundamental reasons that run through the vision of democracy in Bobbio's political philosophy –his consideration of democracy, above all, as the antithesis of dictatorship and extension of liberalism, which demands respect for civil and political liberties and parliamentary institutions, and, secondly, as a procedural mechanism for the replacement of elites in competition for the popular vote. The conclusion attempts to briefly answer the double question of why Rousseau could be considered by Bobbio as one of his classics and which Rousseau, among the various possible ones, is the one that Bobbio wrote about in his work.

Keywords:, Norberto Bobbio; Rousseau, classics; rationalism; contractualism; organicism; direct and representative democracy; liberalism.

1. EL ENIGMA: ROUSSEAU, UNO DE LOS CLÁSICOS DE BOBBIO PERO CASI AUSENTE EN SU OBRA

Quien vaya a buscar los escritos de Bobbio dedicados a Rousseau seguramente se llevará la sorpresa de que en su última y prácticamente completa *Bibliografia*, cuidada por Carlo Violi[1], el «Indice dei nomi» contiene únicamente tres referencias al ginebrino, en claro contraste, por ejemplo, con 45 a Piero Gobetti, 42 a Hobbes, 36 a Gramsci, 33 a Marx, 24 a Carlo Cattaneo, 20 a Hegel, 21 a Kelsen, 15 a Pareto o 10 a Kant, e incluso con las ocho referencias a Montesquieu y a Weber o, sobre todo, las cinco a un iusnaturalista menor, como Pufendorf. La sorpresa está especialmente justificada porque precisamente en el prefacio a la primera edición de dicha *Bibliografia* Bobbio había citado a Rousseau como uno de sus diez autores:

1. Vid. Violi 1995.

> Para empezar, me incomodaría tener que declarar cuáles han sido mis autores. Puedo enumerar una decena entre los que no sería fácil encontrar convergencias de pensamiento o afinidades electivas. *Si parva licet*, en una célebre página de la autobiografía de Giambattista Vico, aunque indicó solamente cuatro, planteó un enigma todavía no resuelto a sus intérpretes que continúan preguntándose por qué precisamente esos cuatro (para quien no los recuerde, Platón, Tácito, Bacon y Grocio). De mis diez, los cinco primeros son los mayores filósofos políticos de la Edad Moderna y representan por tanto una elección casi obligada que no necesita explicaciones, al menos hasta la ruptura de la tradición del pensamiento político racionalista, llevada a cabo por Marx: Hobbes, Locke, Rousseau, Kant y Hegel. Para los cinco contemporáneos, que enumero no en orden cronológico sino según el orden subjetivo del tiempo en el que me he acercado a ellos, Croce, Cattaneo, Kelsen, Pareto, Weber…[2].

El enigma que plantea el elenco de Bobbio es por qué incluye a Rousseau[3]. Los tres escritos a los que el índice de la *Bibliografia* remite son irrelevantes. Se trata de una recensión de dos páginas a un libro de 1970 sobre Rousseau, una presentación de tres páginas a otro libro de 1988 sobre Hobbes y Rousseau[4] y, en fin, el «Corso di Filosofia della politica» de 1972-73, *Societá e Stato da Hobbes a Marx*, pero en referencia a uno de los dos capítulos redactados por Michelangelo Bovero, respectivamente sobre Rousseau y Hegel. Naturalmente, la *Bibliografia* de Violi, cuyo índice tiene en cuenta principalmente los títulos de los escritos de Bobbio, es una indicación del todo insuficiente para una pesquisa sobre nuestro tema. Cualquiera que haya leído los textos más significativos de la ingente obra bobbiana habrá encontrado que, como no podía ser menos, Rousseau es uno de los autores considerados en su extenso e importante estudio de 1979 sobre «Il modello giusnaturalistico», si bien allí no se pueda encontrar un tratamiento amplio y detallado de ninguno de los iusnaturalistas, cuya interpretación va apareciendo en las comparaciones entre ellos, siempre integrada dentro de los componentes del modelo. Además, ese mismo lector podría haber sospechado que algunos cursos universitarios

2. Bobbio 1995: xxv.
En el encuentro entre Bobbio y Viroli de 2001 hay una variación, poco relevante a nuestros efectos, sobre la lista de los cinco primeros autores: «Mis autores no son, exceptuando a Maquiavelo, italianos. He estudiado en particular a Hobbes, Locke, Kant y Rousseau» (Bobbio y Viroli 2001: 25).
3. En correspondencia electrónica con Michelangelo Bovero sobre el tema, me confirma: «la ausencia de Rousseau en los textos de Bobbio, incluida la *Teoria delle forme di governo*, es un misterio, y todavía más misterioso por la presencia del mismo Rousseau entre "sus clásicos". ¿Será una de las bromas del "Señor Azar"? Pero no es una explicación» (*e-mail* 16.10.2021; agradezco a Bovero la autorización para hacer pública esta correspondencia).
4. La recensión contiene una breve descripción del libro (*Componenti anarchiche nel pensiero di J.-J. Rousseau*, de la psicopedagoga contemporánea de Bobbio Carmela Metelli Di Lallo) y un juicio positivo por su claridad y capacidad «de decir mucho en pocas páginas» y por sus juiciosas conclusiones (Bobbio, 1971: 211).
En cuanto a la presentación del libro (de José Fernández Santillán, sobre *Hobbes y Rousseau*), Bobbio reitera su preferencia por el análisis conceptual en el estudio de los clásicos del pensamiento político en similares términos a los de la «Premessa» a *Società e stato nella filosofia politica moderna* (cf. Bobbio 1988; en relación con Bobbio 1979b: 7-9).

de Bobbio deberían contener algún capítulo sobre Rousseau, en especial el curso de 1946-47 sobre *Il diritto naturale nel secolo XVIII* y el de 1975-76 sobre *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*. Pero el lector se equivocaría: no hay en ellos capítulo alguno sobre el autor del *Contrat social*, sino apenas unas escasas acotaciones que enseguida detallaré. Y lo mismo puede decirse del último curso de Bobbio, de 1978-79, sobre *Mutamento politico e rivoluzione*, publicado a finales de octubre de 2021, que no contiene más que unas esporádicas referencias a Rousseau. Únicamente, aparte del citado estudio sobre «Il modello giusnaturalistico», un lector insistente habría detectado que el único lugar en el que el Rousseau recibe un cierto tratamiento propio, aunque limitado temáticamente, es un apartado de apenas nueve páginas en el curso de 1956-57, que Bobbio dedicó a la filosofía jurídica y política de Kant, como uno de los obligados antecesores teóricos del filósofo alemán[5]. Así que, en suma, y de ahí el enigma, en los numerosos escritos de Bobbio no es posible encontrar un estudio mínimamente sistemático ni, todavía menos, pormenorizado que esté dirigido específicamente a estudiar el pensamiento político de Rousseau.

Con todo, si más allá de los títulos de la *Bibliografia* se busca en el índice onomástico de la *Teoria generale della politica* –en la que la diestra mano de Michelangelo Bovero seleccionó y ordenó tríadicamente, en seis partes y doce capítulos, treinta y seis textos del maestro–, el nombre de Rousseau aparece 41 veces, más o menos tantas como los autores más citados, que son Aristóteles, Hegel, Hobbes, Kant, Maquiavelo, Marx o Weber, superando claramente las menciones a Engels, Locke, Kelsen, Montesquieu, Platón o Tocqueville, que reciben alrededor (o menos) de la mitad de las citas que aquellos. El análisis de estos textos, que tocan temas diversos, probablemente permite no solo completar el sobrio dibujo que de Rousseau resulta a partir de «Il modello giusnaturalistico» y de los cursos universitarios citados, sino también enriquecerlo con algunos detalles y colores que confío sirvan para reconstruir el retrato que Bobbio habría podido pintar. Como en alguna de los detalles de ese cuadro los bosquejos bobbianos pueden ser escasos o sobre motivos análogos y no directos, mi reconstrucción, además de inevitablemente conjetural y quizá en algún punto personal, pretende ser solo una aproximación y, como tal, abierta a adiciones y retoques que espero no desfiguren su autenticidad esencial.

2. LA AUSENCIA DE ROUSSEAU EN TRES CURSOS RELEVANTES

Para iniciar la reconstrucción del Rousseau de Bobbio puede ser de utilidad intentar responder a la pregunta por la práctica total ausencia del ginebrino en los tres cursos citados: *Il diritto naturale nel secolo XVIII, La teoria delle forme di governo* y *Mutamento politico e rivoluzione*.

5. Vid. Bobbio 1957: I.13.

En el primero de esos textos sorprenden dos cosas. Ante todo, la ausencia no solo de auténticos iusnaturalistas como Rousseau o Kant, sino también la de Locke. Aunque este último pertenece claramente al siglo XVII, sin embargo, Bobbio no lo trataba en el capítulo inicial del curso, dedicado a «Il giusnaturalismo nel seicento», donde sintetizaba las doctrinas de los cuatro autores ya considerados en el curso inmediatamente anterior, dedicado al iusnaturalismo de ese siglo: Grocio, Hobbes, Spinoza y Pufendorf[6], donde tampoco tenía ningún relieve Locke. Y sorprende también que uno de los capítulos, y precisamente el más extenso, corresponda a Gianbattista Vico, a quien en absoluto puede considerarse un iusnaturalista y que, en coherencia con ello, en el curso comparece más bien como un contrapunto al racionalismo moderno que habría venido a completar desde fuera la resistencia opuesta por Leibniz desde dentro a la «filosofía laica», filosofía que según Bobbio habría desbordado el mero marco iusnaturalista y racionalista para culminar caracterizando el ya diferente marco de la Ilustración[7].

La explicación de estas dos anomalías no puede ser, me parece, propia ni coherentemente teórica, en especial si atendemos a la persuasiva reconstrucción que del iusnaturalismo racionalista terminaría ofreciendo el propio Bobbio en «Il modello giusnaturalistico». Las varias razones de las citadas exclusiones que se insinúan en el curso a propósito del iusnaturalismo del XVIII son formales y precarias y, enlazadas entre sí, en absoluto convincentes. Por un lado, la contraposición entre racionalismo y empirismo permitía no haber hecho mención de Locke «intencionadamente»[8], pero a costa de prescindir del racionalismo de este y del reconocido eclecticismo de Tomasio entre aquellas dos posiciones. Y, por otro lado, la tajante escisión entre iusnaturalismo racionalista e Ilustración, expresamente aplicada por Bobbio a Leibniz, también le incitaba a ligar el liberalismo de Locke al de Kant mediante el doble recurso de colocar a la Ilustración como nexo de unión entre uno y otro, haciendo del primero un ilustrado un siglo antes, y de relegar al iusnaturalismo al nivel de una mera escuela académica que, dentro «del ámbito limitado y poco resonante de los círculos universitarios», habría terminado por llegar al «punto muerto [del] escolasticismo de los epígonos»[9]. De ahí que el capítulo conclusivo del curso se dedicara a los «iusnaturalistas menores», como Wolff y Burlamaqui, y que en el epígrafe final pudieran comparecer, como representantes de «la cultura viva», Montesquieu, Diderot o Voltaire –en rigor, ellos sí, más ilustrados que iusnaturalistas– junto a Rousseau, «el más genialmente revolucionario de los escritores de la época», cuyo *Contrat social* se calificaba como «un instrumento de guerra contra la tradición y las autoridades establecidas»,

6. Vid. Bobbio 1946: II-V; así como 1947: I.
7. Cf. Bobbio 1947: § 23.
Tommaso Greco comparte la misma sorpresa, que termina explicando porque Bobbio habría privilegiado la visión del iusnaturalismo como teoría del Estado moderno más que del liberalismo, pero considerándola una visión deficiente que el propio Bobbio sanaría posteriormente (cf. Greco 2009: XVII-XX).
8. Bobbio 1947: 138; en 2009: 249.
9. Bobbio 1947: 136-137; en 2009: 247.

> donde todos los viejos instrumentos del ya agotado iusnaturalismo –el estado de naturaleza, el contrato social, la libertad natural y la libertad civil– venían reavivados en una nuevo concepción del Estado, en la que la vieja dogmática, al venir utilizada para abatir el despotismo de los príncipes, aunque fuera ilustrado, y para proclamar la soberanía de la voluntad general, se animaba de nueva vida…[10].

Los severos forzamientos de las anteriores interpretaciones animan a conjeturar que eran racionalizaciones *ad hoc* y que tanto la inclusión de Vico como las exclusiones de Locke, Rousseau y Kant en dos cursos dedicados al Derecho natural racionalista se pudieron producir tal vez porque Bobbio vertió las lecturas que por entonces más le podían haber interesado y que, dadas las limitaciones de tiempo y espacio de un curso académico, prefirió desarrollar espaciadamente a los autores que conocía mejor en lugar de presentar un panorama más completo de la corriente iusnaturalista, quizá fiado solo a lecturas que le pudieron resultar insuficientes. No podemos saberlo, pero si vale mi conjetura, el rigor que Bobbio habría mantenido en la selección y tratamiento de sus autores habría ido en detrimento de un diseño apropiado de la corriente que pretendía describir.

Tampoco tengo una explicación clara a propósito de la ausencia de un capítulo sobre Rousseau –y, curiosamente, también sobre Locke o Kant– en el curso sobre las formas de gobierno. En la «Premessa» se advierte que, al tener el curso una inspiración no de interpretación histórica sino de reconstrucción conceptual de las variaciones de una categoría recurrente del pensamiento político, en cada uno de los momentos históricos «se examinarán solamente algunos autores que considero ejemplares»[11]. En esa selección, seguramente la presencia de Montesquieu podía bastar para cubrir los principales rasgos del modelo liberal y de la monarquía constitucional en la tipología de las formas de gobierno y, por tanto, explicar la ausencia de Locke e incluso de Kant. Pero de nuevo sorprende la no inclusión de un capítulo sobre Rousseau, el más radical y característico defensor moderno de la democracia, que ni siquiera venía suplido limitadamente por su próximo antecesor, Spinoza, quien sin embargo no permitía plantear el conocido debate que el ginebrino ha venido tradicionalmente suscitando sobre el alcance liberal, autoritario o incluso totalitario de su propuesta democrática. Es verdad que Rousseau comparece en este curso en dos momentos: uno, en el capítulo sobre Bodino, para comentar la innovación que este último introduce al distinguir las formas de Estado y las de gobierno, aquellas caracterizadas por quién es el titular de la soberanía y estas por quién ejerce el poder ejecutivo por concesión del soberano, donde se apunta solo que Rousseau recuperará esa distinción bajo el presupuesto de que la única soberanía legítima es la popular[12]; el segundo momento, dentro del último capítulo, «Intermezzo sulla dittatura», en una página que se limita a recordar la aceptación en el *Contrat social*

10. Bobbio 1947: 162; en 2009: 265.
11. Bobbio 1976: 2.
12. Cf. Bobbio 1976: 94-95.

de la figura de la dictadura ejecutiva (o «comisaria», en contraposición a la «soberana», en los términos de Carl Schmitt) como una forma de gobierno, además de temporal, carente de soberanía para hacer nuevas leyes[13]. ¿Por qué este curso, que incluye un «Appendice» de Bovero al capítulo de Hegel (sobre «La monarchia costituzionale: Hegel e Montesquieu»), no añadió siquiera un apéndice sobre Rousseau, que podría haber vuelto a redactar Bovero, quien, como dije, se había encargado del capítulo sobre él en el curso *Società e Stato da Hobbes a Marx*, dos años anterior al de las formas de gobierno?[14]. Tampoco tengo una respuesta para esta nueva pregunta.

Por último, en el recientemente publicado curso sobre *Mutamento politico e rivoluzione*, ninguna de las 45 lecciones que sobre el total de 54 se dedican a la historia del tema en los clásicos tiene por objeto a Rousseau. Y aunque el ginebrino es citado unas veinte veces (en alguna ocasión por Bovero), lo hace solo en referencias puntuales que apenas desarrollan su pensamiento. Curiosamente, la primera de las referencias de Bobbio aparece en la segunda lección, en alusión al contenido del curso, para anunciar que no en la parte histórica sino en la parte teórica

> Analizaré los textos de los escritores revolucionarios, comenzando por Rousseau, al que considero el autor por excelencia, el que ha puesto en marcha la discusión sobre la revolución[15].

Fue un anuncio prácticamente luego olvidado, aunque, bien pensado, en este caso quizá ese olvido sea a fin de cuentas explicable porque Rousseau, más allá de su espíritu revolucionario y de algún comentario esporádico, apenas escribió sobre los cambios en los sistemas políticos ni sobre la idea de revolución.

Solo queda pendiente la pregunta de si en el curso de 1972-73, sobre *Società e Stato da Hobbes a Marx*, el capítulo sobre Rousseau redactado por Bovero había recogido, al menos en lo esencial, la visión del propio Bobbio en las lecciones correspondientes, pues de la «Nota Bene» de ese texto se deduce que el curso fue dictado completo por él, si bien, para tener preparada la publicación del curso antes de los exámenes, en vez de esperar a la transcripción de los apuntes,

> mi colaborador, el doctor Michelangelo Bovero, y yo hemos decidido repartirnos el trabajo. Él ha redactado los dos capítulos dedicados a Rousseau y a Hegel, sirviéndose de lecturas y de investigaciones personales. Yo he redactado los demás capítulos…[16].

La pregunta de si Bovero tuvo en cuenta o no las lecciones de Bobbio se la trasladé al primero recientemente, que amable y escrupulosamente me respondió lo siguiente:

> el Rousseau contenido en el volumen que surgió del curso del año académico 1972-73 […] es todo mío. Las «lecturas e investigaciones personales» de las que habla Bobbio en la «Nota Bene» se remontan incluso a los primeros años del Liceo; luego, en 1969 (tenía

13. Cf. Bobbio 1976: 205-206.
14. Bobbio y Bovero 1973: IV.
15. Bobbio 2021: 10.
16. Bobbio y Bovero 1973: 7.

20 años…) fui llamado por Nicola Abbagnano, gran profesor de Historia de la filosofía y entonces director de la *Rivista di filosofia*, con la que ya colaboraba, para dar un seminario sobre Rousseau para los estudiantes de su curso (¡entre los cuales también estaba yo!), con particular atención al Segundo Discurso: el tema del curso de Abbagnano, aquel año, era el concepto de «Naturaleza» en la historia del pensamiento filosófico. Volvamos al primer curso de Filosofía política de Bobbio: sí, las lecciones las daba siempre él; yo (apenas convertido en su asistente, en noviembre de 1972, me había licenciado pocos meses antes, el 21 de junio, con 23 años) intervenía mucho, y no solo sobre Rousseau, sino sobre todo: era muy inmoderado. Es verdad sin embargo que se puede decir que entre mis «fuentes», en la redacción de aquel capítulo del volumen sobre *Società e Stato da Hobbes a Marx*, estaban también los apuntes tomados de las lecciones de Bobbio, en particular por lo que se refiere a la colocación de Rousseau dentro del modelo iusnaturalista: es un tema que yo no había tocado nunca, y del que ni siquiera me había dado cuenta de su importancia antes de escuchar las lecciones de Bobbio; pero también en la interpretación de este aspecto, lo que está escrito en ese capítulo es todo harina de mi costal, incluidos los forzamientos sobre la distancia radical de Rousseau respecto de los demás iusnaturalistas. Ese capítulo contiene muchas ingenuidades, e incluso algún error conceptual, por ejemplo sobre la diferencia entre Hobbes y Rousseau en la concepción de la soberanía; pero no había sido improvisado: se basaba (bien o mal) en mis estudios precedentes, que las lecciones de Bobbio me habían estimulado a recuperar, revisar y desarrollar. Y Bobbio lo sabía perfectamente: esa fue la razón por la que decidió (incautamente) confiarme a mí, con veinticuatro años, la redacción del capítulo sobre Rousseau… (*e-mail* 21.09.2021).

Asumida la plena autoría de Bovero, recogeré aquí dos temas capitales de su interpretación de Rousseau para tomarlos como piedra de toque de la distinta visión que a fin de cuentas puede extraerse de la obra de Bobbio, tanto en general como en sus dispersas consideraciones sobre el autor del *Contrat social*: el alcance de su racionalismo y la significación de la libertad y la democracia en su teoría. Ordenaré el resto de mi exposición conforme a esos dos temas, dividiendo el segundo en dos partes a su vez, una más bien descriptiva, relativa a la cuestión del organicismo en el contrato social de Rousseau, y otra más bien normativa, sobre el juicio que le merece su concepción de la democracia.

3. EL «PROBLEMA ROUSSEAU»: BOBBIO Y EL RACIONALISMO ROUSSEANIANO

A los dos enigmas antes mencionados, el de los clásicos de Vico y el del Rousseau como clásico de Bobbio, podría añadirse ahora el enigma del propio Rousseau, lo que ya en 1932 Ernst Cassirer denominó *Das problem Jean Jacques Rousseau*, que nos sitúa ante la pregunta más decisiva sobre la obra de este. Me refiero al alcance de su racionalismo, a veces explícito pero también en aparente contraste con su visible propensión a lo que solo más adelante se denominaría romanticismo. Es un contraste que con razón ha dividido a sus intérpretes entre quienes proponen una interpretación integradora de su obra, sea por el lado del racionalismo sea por el del romanticismo, y quienes destacan la difícil reconciliación entre esas dos almas en tensión. Por avanzar aquí mi

posición a modo de advertencia sobre mis posibles sesgos, me inclino a pensar que esa tensión no es aparente y que el Rousseau iusnaturalista y racionalista, ese *citoyen* orgulloso de formar parte del soberano que lleva al pensamiento de la Ilustración a sus posiciones más radicales, especialmente con su propuesta del ideal de una república democrática y socialmente igualitaria, va inevitablemente acompañado y contrapesado por el romántico, ese *promeneur solitaire* y ensoñador que a la vez que ensalza la soledad frente a la sociedad y el yo sentimental y único frente a un yo desencarnado y universalista, también siente la tentación de disolverse en una comunidad, entonces todavía llamada habitualmente patria, en una identidad que, prefigurando la visión romántica de la nación, se constituye por oposición a los extranjeros y tiende a exigir una adhesión unánime[17].

Frente a este dibujo, que admito es de trazos algo gruesos, el Rousseau de Bovero es decididamente ilustrado. Más aún, Rousseau habría desarrollado la autonomía de la razón que la Ilustración había elevado a principio básico

> del modo más radical y consecuente, dirigiendo las armas de la crítica contra la excesiva confianza y la valoración unilateral de la misma obra aclaratoria de la razón en la que los *philosophes* basaban sus propias veleidades reformadoras[18].

El racionalismo rousseauniano, afirma Bovero, habría sido más consecuente que el de los demás *philosophes* porque su crítica a la propia razón ilustrada, meramente reformista, tuvo una doble «valencia revolucionaria»: ante todo, por su crítica a la sociedad «civilizada» de su tiempo, antinatural, desigual e injusta, pero también por habernos prevenido sobre la faz maligna del progreso científico y cultural, e incluso por haber denunciado «in nuce, al *Estado burgués* representativo»[19]. No puede ser mi tarea aquí

17. Ya en el *Discours sur l'économie politique*, que no deja de ser un texto mesurado, Rousseau propone educar a los niños por el Estado para ejercitarlos «a no mirar nunca su individualidad más que por sus relaciones con el cuerpo del Estado y a no apercibir, por así decirlo, su propia existencia más que como una parte de la suya», de modo que puedan llegar «a identificarse en alguna medida con ese todo más grande» (Rousseau 1755: II; 2036 [las traducciones de Rousseau son siempre mías, y cuando es posible indico siempre antes de la página la referencia al libro y/o capítulo de cada cita para facilitar su búsqueda en cualquier edición en español]). Por su parte, en el *Emile* afirma: «Todo patriota es duro para los extranjeros: no son más que hombres, a sus ojos no son nada. […] Lo esencial es ser bueno para la gente con la que se vive. Hacia fuera el espartano era ambicioso, avaro, inicuo; pero el desinterés, la equidad, la concordia reinaban dentro de sus muros. Desconfiad de esos cosmopolitas que van a buscar lejos en sus libros deberes que desdeñan cumplir a su alrededor. Ese filósofo ama a los tártaros para quedar dispensado de amar a sus vecinos» (Rousseau 1762b: I; 1421).
Me convence la interpretación de Isaiah Berlin, que vio a Rousseau como un precursor del romanticismo y de la posterior línea europea radical antiilustrada (cf. Berlin 1973: 9; y 1971: 316), aunque destacando la existencia de un segundo Rousseau, típicamente reflejado en su *Contrat social*, precursor de Robespierre, cuyas afirmaciones son esencialmente las de los enciclopedistas, y que contrastan con la manera egotista y sentimental en que expresó su convicción de que él era único e ininteligible salvo para otro genio (cf. Berlin 1999: 7 y 52-54).
18. Bovero 1973: 120.
19. Cf. Bovero 1973: 125-128.

objetar unas tesis del joven Bovero que, entonces no lejos del 68, dudo que hoy, casi 50 años después, suscribiría. Mi propósito es únicamente evaluar si semejante interpretación pudo haber sido mantenida, siquiera sea pálidamente, por nuestro común maestro. Creo francamente que no, aunque la respuesta debe justificarse en dos planos diferentes: primero, el de los escritos de Bobbio que tratan del Rousseau iusnaturalista y, segundo, el más general de la propia posición bobbiana sobre el racionalismo.

Los dos escritos de Bobbio que, sin hacerlo monográficamente, estudian con alguna amplitud la filosofía política de Rousseau –el curso de 1957 sobre Kant y el extenso estudio de 1979 sobre «Il modello giusnaturalistico»– no disputan en absoluto su racionalismo. En ambos se mantiene básicamente una misma interpretación de Rousseau como seguidor del esquema conceptual iusnaturalista, del que es considerado como el último exponente. En el curso sobre Kant, en efecto, se califica a Rousseau como «el último iusnaturalista», en realidad algo discutible en términos del propio texto, que, justamente, viene de hecho a reconocer que ese título corresponde a Kant al colocarlo entre «los demás iusnaturalistas», como continuador de la misma tradición contractualista y de sus instrumentos conceptuales, con la sola diferencia de haber operado «la transvaloración racionalista» por la que el contrato sirve a la justificación racional del Estado[20]. Pero en «Il modello giusnaturalistico», con transvaloración o sin ella, esa justificación racionalista de un Estado racional es, precisa y apropiadamente, el rasgo metodológico fundamental que identifica al conjunto de la corriente[21]. Merece desarrollarse aquí este rasgo, dejando para los dos siguientes apartados el tema sustantivo de la concepción rousseauniana de la libertad democrática, que es la referencia esencial del curso sobre Kant.

En «Il modello giusnaturalistico» Rousseau, «uno de los más grandes escritores políticos de todos los tiempos»[22], aparece como un genuino seguidor de la escuela en el propósito metodológico racionalista de someter el pensamiento político, jurídico y moral a ciencia demostrativa, aceptando sin reservas su caracterización como claro exponente del racionalismo abstracto por parte del pensamiento de la Restauración y del historicismo, incluido Croce[23]. En el empleo de las tres categorías básicas del modelo –el estado de naturaleza, el contrato social y el Estado conforme a razón–, Rousseau se habría apartado del esquema general solo por haber sustituido el modelo diádico de los restantes iusnaturalistas por un modelo triádico: en vez de la dicotomía categórica, *tertium non datur*, entre estado de naturaleza y Estado político, Rousseau había interpuesto la sociedad civil (en el sentido de «civilizada») como el momento verdaderamente negativo que, instaurado por la propiedad privada y el engañoso pacto impuesto por los ricos a los pobres, debería ser superado mediante la República, el

20. Cf. Bobbio 1957: 67, 210 y 213-214.
21. Cf. Bobbio 1979a: 86 (trad., 140): «la doctrina iusnaturalista del Estado no es solo una teoría racional del Estado, sino también una teoría del Estado racional».
22. Bobbio 1979a: 18 (trad., 74).
23. Cf. Bobbio 1979a: 17-26 y 33 (trad., 73-83 y 91).

único régimen justificado mediante el contrato social y el cumplimiento constante de la voluntad general[24]. Esta solución, aunque «algo más compleja», no impugnaba en absoluto para Bobbio la permanencia en Rousseau de la sustancia del esquema iusnaturalista, que sigue cumpliendo su función metodológica de racionalización del Estado: «Lo importante, para él como para todos los iusnaturalistas, es que el estado que precede al estado de la razón es un estado negativo»[25]. A su vez, la voluntad general, de la mano de la ley como norma general y abstracta, es vista como la manifestación del Estado racional propuesta por Rousseau, que se habría mantenido dentro de «una concepción estatalista –que equivale aquí a racionalizada– de la sociedad»[26].

Como se puede ver, Bobbio suscribe la caracterización de Rousseau como racionalista, sin apuntar en absoluto a la tesis de su racionalismo autocrítico y radical avanzada por Bovero. Curiosamente, al menos bajo una mirada inicial y somera, esta última caracterización podría recordar quizá el lema del *nuovo illuminismo* o *neoilluminismo* que autores como Niccola Abbagnano y Ludovico Geymonat impulsaron en los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial y que Bobbio compartió y se propuso aplicar a sus estudios filosófico-jurídicos para proponer una *filosofía como metodología* como cura frente a los excesos especulativos e ideológicos de la precedente filosofía espiritualista italiana. Se trataba de una llamada a un espíritu científico y empirista de impronta anglosajona que, incorporando la idea de un racionalismo antidogmático, crítico, consciente de los límites de la razón y ya no ingenuamente confiado en la progresión lineal e ilimitada del progreso científico o moral, Bobbio terminaría por reformular en clave filosófico-política en su autocalificación como *un illuminista pesimista*[27]. Ahora bien, detenidamente considerado, este racionalismo consciente de los límites metodológicos e ideológicos de la confianza en la ciencia y en la razón ilustrada es extraño a las reticencias espiritualmente románticas que Rousseau exhibe frente a algunos de los presupuestos básicos de la Ilustración, siempre de una manera oscilante y contradictoria que no debe confundirse con la reivindicación de la duda antidogmática del *neoilluminismo* de Bobbio. Hay una gran diferencia entre las desconfianzas rousseanianas hacia la razón, que se inscriben en el campo de las emociones

24. Cf. Bobbio 1979a: 38 y 54-55 (trad., 95-96 y 111).
25. Bobbio 1979a: 54 y 55 (trad., 111).
26. Bobbio 1979a: 91-92, así como 89 (trad., 145 y 142-143).
Hannah Arendt, que además de planteamientos historiográficos y metodológicos muy distintos de los de Bobbio, mantiene una interpretación mucho más crítica de la *volonté générale*, y de su corolario en la «obligación de ser libres», como el dañino foco unificador y autoritario de la Revolución francesa y sus sucesoras en el siglo XX, en contraste con la beneficiosa influencia de Montesquieu y su división de poderes en la Revolución americana (cf. Arendt 1965: 115, 150 y 183). Por lo demás, también es diferente la visión de la revolución en Arendt y Bobbio, de quien la única referencia que he visto a la filósofa germano-americana aparece en una página de *Mutamento politico e rivoluzione*, en la que en un solo párrafo formula un juicio incisivo pero también demasiado expeditivo sobre *On Revolution* (cf. Bobbio 2021: 517; en referencia a Arendt 1965).
27. Remito sobre ello, con la bibliografía allí citada, a Ruiz Miguel 1983a: § 3; y Ruiz Miguel 1994: 56ss y 137-139.

exaltadas alejadas de todo equilibrio racional, y el consciente cultivo bobbiano de la duda como tarea del intelectual, que permanece en el ámbito ponderado de la reflexión intelectual. La médula de este racionalismo revisado es una posición liberal y moderada que cree solo en la posibilidad de un progreso –dicho con el liberal del Risorgimento Carlo Cattaneo– «fatigoso, lento y gradual»[28] y remite a una visión reconocidamente reformista, desde luego del todo ajena a la búsqueda revolucionaria del hombre nuevo. Lejos de Rousseau, el talante del *neoilluminismo* bobbiano parece mucho más cercano al del Montesquieu, que creía que

> el exceso mismo de la razón no es siempre deseable y que los hombres casi siempre se acomodan mejor al medio que a las extremidades[29].

Consideraciones como las anteriores, que conectan la cuestión metodológica sobre el racionalismo rousseauniano con la cuestión sustantiva de su concepción política, permiten dar paso a la visión de Bobbio sobre la libertad y la democracia rousseaniana, que trataré diferenciando su interpretación descriptiva y su toma de posición crítica.

4. UNA INTERPRETACIÓN NO ORGANICISTA DEL CONTRATO SOCIAL ROUSSEAUNIANO

La visión que Bobbio ofrece de la concepción política de Rousseau en los dos textos que he venido considerando, el curso sobre Kant e «Il modello giusnaturalistico», es eminentemente descriptiva y carece prácticamente de referencias a las polémicas y múltiples interpretaciones que la obra del ginebrino ha suscitado.

En el curso sobre Kant, el epígrafe sobre Rousseau desarrolla dos ideas fundamentales. Ante todo, la colocación de su concepción dentro del iusnaturalismo racionalista como una de las tres opciones ideológicas esenciales que permitía el mecanismo del contrato social para determinar los derechos naturales que deben quedar protegidos por el Estado: de acuerdo con Bobbio, entre la solución radical y autoritaria defendida por Hobbes, de renuncia a todos los derechos (salvo la vida) en favor del soberano a cambio de seguridad, y la solución liberal de Locke, de una especie de compromiso entre la conservación de los derechos y la coacción estatal, Rousseau habría continuado la vía radical hobbesiana pero girándola en sentido democrático. El contrato social rousseauniano sería el dispositivo de la renuncia total de los individuos a la libertad natural en favor no de un tercero sino de la propia comunidad, «es decir, de cada individuo (singularmente considerado) en favor de sí mismo (como miembro de una totalidad)»[30], que es como Bobbio traspone la célebre fórmula del *Contrat social* con la que Rousseau pretende haber solucionado el problema político fundamental: «Encontrar una forma

28. Cit. en Bobbio 1974: 27, suscribiendo la idea como propia.
29. Montesquieu 1748: XI.vi.
30. Bobbio 1957: 71, en relación con p. 72.

de asociación […] por la que cada cual, uniéndose a todos, no obedezca sin embargo más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes»[31].

La segunda idea que Bobbio explica es justamente esta noción de libertad, que no es otra que la autonomía como «sometimiento solo a aquellas leyes que cada uno se da a sí mismo». Esta noción propondría el modelo del Estado democrático, ahora claramente diferenciado del Estado liberal (pero solo diferenciado de él, no conflictivamente contrapuesto a él), que defendería una noción de libertad diferente, «la libertad como *no impedimento*, esto es, como la facultad de actuar sin ser obstaculizado por los demás»[32]. Y mientras para el liberal el Estado se acerca al ideal cuanto las obligaciones individuales son más limitadas («libertad respecto del Estado»), para el demócrata el ideal está en que las obligaciones expresen la voluntad general de la comunidad («libertad en el Estado»)[33].

En ese punto Bobbio señalaba la importancia de la idea de libertad como autonomía por anticipar el pensamiento de Kant «*bajo ciertos aspectos*»[34]. Esta cualificación es decisiva pues en la exposición de la concepción kantiana Bobbio no solo subrayaba acertadamente que la transfiguración del contrato social en un ideal racional –que, conviene recordar, cualquier legislador puede suplir *como si* hubiera podido recibir el consentimiento del pueblo[35]– desactiva la fuerza revolucionaria que la idea contractualista tenía en Locke o en Rousseau[36], sino que también reprochaba, y con razón, la confusa utilización que el filósofo prusiano hace de la libertad como autonomía –y, puede añadirse también, de la categoría de la voluntad general–, que se refiere a la libertad democrática y a los derechos de participación política, al no distinguirla bien de la libertad externa o como no impedimento, que se refiere a la libertad liberal y a los derechos civiles. Así, concluye Bobbio, el hecho de que, en su teoría del Derecho, Kant privilegiara claramente el concepto liberal sobre el democrático, viendo al primero como fin y al segundo si acaso como medio, pondría de manifiesto el error de haber hecho creer que recoge la concepción rousseauniana sobre la suficiencia de la libertad como autonomía en el contrato originario cuando en realidad injerta (*innesta*) en ella la concepción liberal[37]. El uso del verbo *injertar* (*innestare*) permite deducir que Bobbio no consideraba a Rousseau un autor liberal, si bien de ello no quepa concluir en absoluto que lo considerara antiliberal, porque en esas mismas páginas había afirmado la com-

31. Rousseau 1762a: I.vi; 2142.
32. Bobbio 1957: 73 y 74, respectivamente. La distinción se mantiene y se desarrolla en escritos bobbianos de diferentes momentos: sin ánimo exhaustivo, vid. Bobbio 1954a; Bobbio 1954b; Bobbio 1963: 445-446 (trad., 525-526); y Bobbio 1985:§§ 1, 4, 6 y 11.
33. Cf. Bobbio 1957: 74-75.
34. Bobbio 1957: 74.
35. Cf., por ejemplo, Kant 1793: 297.
36. Cf. Bobbio 1957: 220-221.
37. Cf. Bobbio 1957: 226-229, así como 224-225, donde cita los pasajes en los que Kant habría incurrido en la confusión y el error mencionados, que corresponden al § 47 de la Primera parte («Principios metafísicos de la doctrina del Derecho») de *La metafísica de las costumbres*.

patibilidad de los dos conceptos de libertad, conciliados en los dos tipos de derechos, civiles y políticos, reconocidos por las constituciones de los Estados democráticos[38].

En «Il modello giusnaturalistico», sin embargo, hay algunas variaciones de interés sobre el cuadro anterior. Ante todo, Bobbio ahora comienza por destacar que Rousseau es el iusnaturalista que concibe el contrato social como «enajenación más totalizadora» de los derechos naturales. Ese rasgo explicaría «la acusación que se le ha dirigido de "democracia totalitaria", pero, precisa a renglón seguido, debe enmarcarse en la visión rousseauniana de la transferencia a la totalidad de la comunidad de la libertad natural para que los individuos la reciban como libertad civil, es decir, en forma de libertad que se dan a sí mismos[39]. Bobbio también anota seguidamente una diferencia esencial con los restantes iusnaturalistas sin la cual «no se entiende a Rousseau»: que mientras para aquellos

> el fin del Estado es proteger al individuo, para Rousseau el cuerpo político que nace del contrato social tiene la misión de transformarlo. El ciudadano de Locke es pura y simplemente el hombre natural protegido; el ciudadano de Rousseau es otro hombre[40].

No avanza Bobbio aquí, sin embargo, especial advertencia, ni menos todavía censura alguna, sobre el peligroso y después tantas veces denunciado *hombre nuevo*, cuya transformación puede exigir el olvido o la violación de todos los derechos individuales. Cuando se refiere a los límites de la sociedad civil, inevitables en el modelo iusnaturalista, los reconoce sin problemas en el caso de Rousseau, es verdad que, como en el de Hobbes, atribuyéndolos más a razones de conveniencia que de principio, aduciendo el siguiente pasaje del *Contrat social*[41]:

> Todos los servicios que un ciudadano puede prestar al Estado, se los debe en tanto que el soberano se los demande; pero el soberano por su parte no puede cargar a los súbditos de ninguna cadena inútil a la comunidad[42].

Pero es digno de anotación que Bobbio eligiera precisamente este párrafo del *Contrat social*, que apunta a un Rousseau bastante más liberal que el del párrafo inmediatamente anterior, que concluye con una clara reserva comunitarista, bien coherente por

38. Cf. Bobbio 1957: 226-227. No obstante, Bobbio añadía pertinentemente que se puede hacer una distinción entre ambas formas de libertad por el valor, porque el liberalismo toma a las libertades civiles como fin y las políticas como medio.
39. Cf. Bobbio 1979a: 68 (trad., 124-125).
40. Bobbio 1979a: 68; trad., 125. En un texto de esa misma época, Bobbio ampliaba esta misma idea: «Rousseau era un pensador a la vez revolucionario y religioso que buscaba simultáneamente la reforma de las instituciones mediante el *Contrato social* y la del hombre mediante el *Emilio*: de ahí su ambigüedad, que ha dado tanto tela que cortar a los intérpretes…» (Bobbio 1981: 299; trad., 376, que he corregido, a falta de la oración final).
41. Bobbio 1979a: 75; trad., 130.
42. Rousseau 1762a: II.iv; 2158.

lo demás con la afirmación del principio del primer capítulo del Libro I sobre el orden social como un «droit sacré»[43]:

> Queda convenido que todo lo que cada cual enajena por el pacto social de su poder, de sus bienes, de su libertad, es solamente la parte de todo ello cuya utilización importa a la comunidad, *pero hay que convenir también que únicamente el soberano es juez de esa importancia*[44].

La inclusión del primer pasaje y la exclusión de este último por parte de Bobbio tiene perfecto sentido en la interpretación que adopta en 1979, en su estudio sobre el modelo iusnaturalista, a propósito de la «paradoja de Rousseau», que

> consiste en el hecho de que con su teoría del contrato social ha ideado una fórmula con la que intenta poner a salvo al mismo tiempo la unidad del Estado (por lo que confiesa admirador de Hobbes) y la libertad de los individuos (por lo que ciertamente es un seguidor de Locke)[45].

En coherencia con ello, y a diferencia de la interpretación propuesta en su momento por Bovero, «Il modello giusnaturalistico» está lejos de la interpretación de Rousseau como organicista, y tanto por activa como por pasiva. Por activa, porque tras equiparar la idea del «yo común» rousseaniano con la portada de la primera edición del *Leviathan*, en la que el cuerpo del soberano está formado por una abigarrada multitud de individuos, la lectura de Bobbio es decididamente mecanicist, pues comenta que en ambos casos el modelo cumple la función de unir «por un lado, una concepción individualista del Estado y, por otro lado, una concepción estatalista –que equivale aquí a racionalizada–, de la sociedad»[46]. Y por pasiva, porque en el capítulo conclusivo de su estudio, cuando Bobbio caracteriza la teoría política de Hegel como culminación de la racionalización del Estado del iusnaturalismo y, a la vez, como crítica de toda esa corriente por haber visto en el Estado solo un producto del consentimiento y no una totalidad orgánica, tampoco hace referencia alguna a los presupuestos organicistas que subyacen tras la idea rousseauniana de nación como encarnación del «yo común», un punto sobre lo que aquí bastará citar el *Projet de constitution pour la Corse*:

> La primera regla que tenemos que seguir es el carácter nacional. Todo pueblo tiene o debe tener un carácter nacional y si le faltara habría que comenzar por dárselo[47].

43. Rousseau 1762a: I.i; 2131.
44. Rousseau 1762a: II.iv; 2158; la cursiva, naturalmente, es mía.
45. Bobbio 1979a: 76-77; trad., 132.
46. Bobbio 1979a: 91-92; trad., 145.
47. Rousseau 1765: 2383. Entre otros diversos pasajes que se podrían citar en similar línea, no me resisto a recordar que en las *Considérations sur le gouvernement de Pologne* Rousseau también afirma: «Son las instituciones nacionales las que forman el genio, el carácter, los gustos y las costumbres de un pueblo, los que le hacen ser él y no otro, lo que le inspiran ese ardiente amor a la patria…»; a lo que sigue enseguida el lamento por que ya no existan franceses, alemanes, españoles y ni siquiera ingleses, sino solo europeos, todos con los mismos gustos, las mismas pasiones y las mismas costumbres (Rousseau 1772: III; 2279). Sobre los gérmenes románticos en el pensamiento de Rousseau, que hace derivar de Platón, cf. Popper 1966: 264, 284, 561 y 612.

En realidad, en la anterior omisión Bobbio estaba siendo fiel a un artículo suyo de 1966, dedicado a «Hegel e il giusnaturalismo», en el que, siguiendo a Robert Derathé, había negado expresamente que el ginebrino fuera organicista, «a pesar de todos los que prefieren considerar a Rousseau un precursor de Hegel en lugar de a Hegel un continuador de Rousseau»[48]. A mi modo de ver, sin embargo, el contraste entre precursor y continuador apunta más a un leve matiz que a una clara distinción, lo que me parece que viene confirmado párrafos después cuando Bobbio acepta que si en Rousseau el expediente o medio es el contrato, una categoría individualista basada en el consentimiento, el resultado al que llega converge con Hegel en privilegiar la libertad como autonomía, esto es, «la libertad convertida en *objetiva* en cuanto se realiza solamente *en la comunidad* y *mediante la ley*»[49]. Y puesto que Bobbio había indicado pocas líneas antes que al eliminar el contrato «Hegel termina por ser –respecto del resultado– más rousseauniano que Rousseau»[50], ¿no estaba reconociendo con todo ello que Rousseau se acerca mucho al organicismo hegeliano?[51]

5. LA CRÍTICA DE BOBBIO A LA DEMOCRACIA ROUSSEAUNIANA

Más allá de la debatibilidad de la interpretación racionalista y no organicista de Rousseau acogida por Bobbio, lo que no aparece en los estudios considerados hasta aquí es ningún distanciamiento ni apunte propiamente crítico sobre el pensamiento rousseaniano. Dado el esencial individualismo de Bobbio, que siempre desconfió de toda anteposición

48. Bobbio 1966: 11. En este tema hay una clara divergencia entre la interpretación de Bobbio y la de Bovero en el curso de 1973 que compartieron, donde este último, atinadamente en mi opinión, interpreta a Rousseau como organicista diferenciándolo claramente de Hobbes (cf. Bovero 1973: 160ss). El tema daría para un largo *excursus*, y me limitaré a señalar lo controvertible que es el principal argumento de Derathé: que el pasaje del *Discourse sur l'économie politique* en el que Rousseau compara al cuerpo político con un «cuerpo organizado, viviente y semejante al del hombre» expresa una concepción similar a la de la «Introduction» al *Leviathan* porque el ginebrino advierte que la comparación es «poco exacta en muchos aspectos» (cf. Derathé 1988: 411-412; en referencia a Rousseau 1755: 2023). A mi modo de ver, mientras que el texto de Hobbes resalta por activa y por pasiva la artificialidad del Estado, llegando incluso a invertir la metáfora hasta ver los órganos vitales como resortes mecánicos, la comparación de Rousseau concluye con la idea de que el «*yo* común» del Estado existe solo en tanto se mantiene «la *sensibilidad* recíproca y la correspondencia interna de todas las partes» (cursiva mía). Si esto es así, puede que la comparación fuera poco exacta para Rousseau en aspectos distintos a su función organicista, en especial porque la relación de los individuos hacia el Estado no es simétrica a la del Estado hacia los individuos (cf. sobre ello Rousseau 1762a: I.vii; 2144, donde afirma que «el soberano […] no tiene necesidad alguna de garante hacia los súbditos, porque es imposible que el cuerpo quiera dañar a todos sus miembros […]. Pero no es así respecto de los súbditos hacia el soberano»).
49. Bobbio 1966: 29.
50. Bobbio 1966: 28.
51. Aquí podría abrirse una interesante derivación con la crítica de Arendt a Rousseau y a Robespierre por haber sustituido el «consentimiento» popular propio de la *volonté de tous*, que supondría deliberación, por la «voluntad» de la *volonté général*, que excluiría el intercambio de opiniones en la búsqueda de la unanimidad y terminaría explicando el terror revolucionario (cf. Arendt 1965: 76-82 y 94).

del todo estatal sobre los derechos individuales y que, como el ginebrino, tendió a ponerse *ex parte populi* en las disputas políticas en las que participó, no cabía esperar tal crítica en una interpretación no organicista de la fórmula contractualista de Rousseau. No ocurre lo mismo, en cambio, respecto de su concepción de la democracia, de la que sí se puede encontrar un claro distanciamiento crítico, si bien algo disperso, especialmente en los variados escritos de Bobbio políticamente polémicos y comprometidos.

Como ya hemos visto, a Bobbio, aunque fuera de pasada, no se le escapó mencionar la conocida y repetida acusación a Rousseau como precursor del totalitarismo, que, además de Jacob Talmon[52], el inventor de la fórmula *democracia totalitaria*, mantuvieron prestigiosos liberales como Bertrand Russell, o, aunque más indirectamente, Karl Popper[53]. Sin que pueda aquí fundamentarlo detalladamente, quiero dejar sentado mi criterio de que aquella acusación no me parece ajustada, y no solo por lo que de un básico respeto a los derechos civiles permanece en la obra de Rousseau, aun excluyendo su intolerancia religiosa o su severo control de la propiedad privada[54], sino sobre todo por lo que de específicamente siniestro tiene el totalitarismo, un concepto que no se debe trivializar, tomando ejemplo de la prudencia en el uso de esa palabra que Hannah

52. Quien, en efecto, en *The Origins of Totalitarian Democracy* aplica esta categoría a la noción de la voluntad general rousseauniana (cf. Talmon 1952: I.iii).

53. Russell, en el fustigador capítulo sobre Rousseau de su *History of Western Philosophy*, donde lo considera «el padre del movimiento romántico», afirma que sus doctrinas «tienden a la justificación del Estado totalitario» y que llegaron a fructificar en «el reino de Robesbierre» y en «las dictaduras de Rusia y Alemania (especialmente de la última)» (Russell 1946: 711, 721 y 727).
Por su parte, aunque Karl Popper, que yo sepa, nunca llega a calificar directamente a Rousseau como precursor del totalitarismo, sí lo hace de manera indirecta al considerar su organicismo y sus posiciones románticas como una especie de puente entre Platón y Hegel, es decir, entre los dos filósofos para Popper prototípicamente enemigos de la sociedad abierta y por ello padres del totalitarismo (cf. Popper 1966: 251, 258, 264, 293, 303, 561, n. 1, 612, n. 14, y 666, n. 11).

54. Sobre el respeto a los derechos individuales remito al *Discours sur l'économie politique*, donde dedica varios párrafos a argumentar su repugnancia por que el pueblo vea «sus bienes, su vida o su libertad […] a la discreción de los hombres poderosos, sin que les sea posible o permitido osar apelar a las leyes», concluyendo: «respetad pues a vuestros conciudadanos y os haréis vosotros respetables; respetad la libertad y vuestro poder aumentará todos los días: no sobrepaséis nunca vuestros derechos y bien pronto carecerán de límites» (Rousseau 1755: II; 2033-2035).
En contraste, sobre la intolerancia religiosa de Rousseau, baste remitir al penúltimo capítulo del *Contrat social*, sobre la religión civil (Rousseau 1762a: IV.viii). En cuanto al derecho de propiedad, que por una parte considera «el más sagrado de todos los derechos de los ciudadanos y más importante en ciertos aspectos que la libertad misma» (Rousseau 1755: III; 2039), por otra parte, la finalidad de «prevenir la extrema desigualdad de las fortunas» (1755: II; 2036) le lleva a proponer, a modo de multas disuasorias, fuertes impuestos sobre «los espectáculos de cualquier especie, sobre las profesiones ociosas: como saltimbanquis, cantantes, histriones y, en una palabra, sobre esa multitud de objetos de lujo, de diversión y de ociosidad que golpean todos los ojos» (1755, Conclusion; 2051, así como cf. 2052). Además, en su *Projet de constitution pour la Corse* propone la eliminación o reducción al mínimo del dinero y la restricción de los intercambios comerciales «a muy poca cosa» (1765: 2390; cf. 2395), una propuesta que moderará solo levemente en las *Considerations sur le gouvernement de Pologne* (cf. Rousseau 1772: XI). La aversión de Rousseau al lujo y a los espectáculos, claramente antiliberal (y no solo en sentido económico), es constante en sus escritos: cf. Rousseau 1758; Rousseau 1765: 2393; y Rousseau 1772: III, espec. 2280-2283).

Arendt aconsejó en *Los orígenes del totalitarismo*, donde por lo demás no menciona ni una sola vez a Rousseau[55]. Junto a ello, que Rousseau haya podido ser utilizado por pensadores claramente precursores del totalitarismo, como Carl Schmitt[56], no le hace por sí solo más responsable de esa interpretación que de las otras varias e incompatibles entre sí que ha recibido. Lo que me parece juicioso mantener es que en la obra de Rousseau, comprendido el *Contrat social*, se sientan las bases de una bien plausible interpretación de su democracia como autoritaria y apenas liberal. Y creo que este fue también el punto de vista de Bobbio en sus escritos no académicos.

Para reconstruir la crítica bobbiana a la democracia rousseauniana tomaré como guía su artículo de 1975 sobre «Salvemini e la democrazia». Se trata de un escrito de los recopilados en el segundo de sus libros de combate, *Maestri e compagni*[57], en el que el historiador Gaetano Salvemini figura probablemente a la vez como un maestro –35 años mayor que Bobbio, federalista como Cattaneo, decidido defensor de la laicidad del Estado y diputado opositor a Mussolini desde los primeros momentos del fascismo–, pero también como un cercano compañero, pues estuvo muy próximo al socialismo liberal de Carlo Rosselli y fue uno de los fundadores de *Giustizia e Libertà*, movimiento antifascista al que también se afilió Bobbio. En aquel artículo, Bobbio afirma que «la democracia de la que habla Salvemini no es la perfecta e ingenua democracia rousseauniana, de la que ha nacido el mito de la soberanía popular»[58]. Pues bien, creo que, salvo en algunos énfasis, Bobbio comparte los dos motivos fundamentales de la concepción de Salvemini: de una parte, la democracia como antítesis de la dictadura y extensión del liberalismo, que exige el respeto a las libertades civiles y políticas y a las instituciones parlamentarias, y, de otra parte, la democracia como mecanismo procedimental para el recambio de élites en competición por el voto popular[59].

El primer motivo, tal y como lo he formulado, no hace más que sintetizar escuetamente, sin duda demasiado, la sólida y sustanciosa aportación de Bobbio a la defensa de la democracia liberal y representativa que tuvo dos momentos fulgurantes en sendas e importantes polémicas en Italia: una a mediados de los años cincuenta, iniciada con Galvano della Volpe –«el más autorizado teórico del marxismo de la posguerra», en

55. Cf. Arendt 1973: xxvii-xxiii. Arendt sí menciona, en cambio, a Robespierre, el gobernante más fiel seguidor de Rousseau, pero lo cita en seis ocasiones sin relacionarlo en absoluto con el totalitarismo, salvo para reprochar a Isaac Deutscher que en su libro sobre Stalin asimilara al déspota soviético a Cromwell, Napoleón y Robespierre (*ib.*: 306, nota 4).
56. Es claro en tal sentido un epígrafe de su *Teoría de la constitución* (cf. Schmitt 1928: § 17.V). En contraste, José Antonio Primo de Rivera, apuntando a la democracia rousseauniana, prácticamente comenzó su discurso más famoso con estas palabras: «Cuando en marzo de 1762 un hombre nefasto, que se llamaba Juan Jacobo Rousseau, publicó *El contrato social*, dejó de ser la verdad política una entidad permanente» (Primo de Rivera 1933: 17).
57. El primero es *Italia civile. Ritratti e testimonianze*, publicado en 1964, que recoge inestimables y emotivos testimonios sobre las influencias ético-políticas de Bobbio. El tercero es *Italia fedele: il mondo di Gobetti*, publicado en 1986.
58. Bobbio 1975a: 62-63.
59. Cf. Bobbio 1975a: 53-54, 57 y 65-69.

palabras de Bobbio en otro lugar[60]– y concluida con Palmiro Togliatti, el entonces carismático líder del *Partito comunista*, polémica que es el hilo central del libro *Politica e cultura*[61]; y otra a mediados de los años 70, el vivo debate con los más importantes intelectuales de la izquierda italiana recogido en el librito *Quale socialismo?*, cuyo extenso escrito de réplica fue titulado expresivamente por Bobbio «Quali alternative alla democrazia rappresentativa?»[62]. Como no es posible aquí hacer justicia a la riqueza de los argumentos de los anteriores escritos, cuya intención fundamental se puede simplificar en el intento de atraer a los comunistas italianos a la democracia liberal, me limitaré a reproducir un pasaje de otro escrito de 1975 en el que Bobbio toma expresa y clara distancia de la democracia rousseauniana:

> Solo Rousseau se hizo la ilusión de haber encontrado la fórmula según la cual cada uno, uniéndose a todos, sería «más libre que antes» y en consecuencia el mismo individuo sería a la vez libre y ciudadano. Pero Dios nos libre de un Estado en el que, entre otras obligaciones, esté también la… de ser libres[63].

En cuanto al segundo motivo por el que, junto a Salvemini, Bobbio se aleja del modelo rousseaniano, constituye el trasfondo de su definición mínima de democracia como conjunto de reglas procedimentales que, en lo esencial, permiten sobre todo la elección y remoción de las élites políticas, un tema este último al que Bobbio dedicó especial atención en la obra de Mosca y Pareto, dos escritores a los que enmarcó críticamente en el contexto del pensamiento antidemocrático de su época[64]. Para sintetizar este motivo de alejamiento de la democracia rousseaniana puede acudirse a una conferencia de 1987, sobre «Democrazia e Europa», en la que Bobbio ofreció un balance histórico descriptivo y, a la vez, una valoración realista de las democracias liberales contemporáneas. El balance venía a dar la razón a la crítica rousseauniana a la democracia representativa:

> Permanece como sustancialmente verdadero lo que Rousseau, el último defensor de la democracia directa, que por otro lado reconocía que era posible solamente en un pueblo de dioses, decía en *El contrato social* a propósito del pueblo inglés: que era libre solamente en el momento en que acudía a votar, y enseguida volvía a ser siervo (III, 15). Lo que hoy nosotros llamamos democracia representativa, en ese entonces hubiera sido llamada, por el mismo Rousseau, «aristocracia electiva» (III,5), que no es una cosa muy distinta de lo que actualmente llamamos «elitismo democrático»[65].

60. Bobbio 1974: 19.
61. Vid. Bobbio 1955a (la polémica se abre con el artículo de Bobbio 1954a, al que respondió Della Volpe 1954 y siguió la contestación de Bobbio 1954b; terció Togliatti 1954 (con el pseudónimo de Roderigo di Castiglia) y concluyó con Bobbio 1955b.
62. Vid. Bobbio 1975b.
63. Bobbio 1975c: 292.
64. Vid. la serie de escritos recopilados en *Saggi sulla scienza politica in Italia* (Bobbio 1969).
65. Bobbio 1987a: 375 (trad., 454). Como un complemento interesante de esta crítica, merecen citarse aquí las consideraciones de Hannah Arendt a propósito de la democracia representativa en Robespierre y los «discípulos de Rousseau» (cf. Arendt 1965: 241ss).

Pero aunque este balance daba la razón a Rousseau en los hechos, la valoración de Bobbio de la democracia representativa no podía ser negativa, y las páginas que siguen desarrollan las dos razones por las que «la democracia perfecta no puede existir o, de hecho, no ha existido nunca»: la primera, porque los valores últimos en los que la democracia se inspira, la libertad y la igualdad, son ideales inalcanzables por ser contradictorios entre sí; y la segunda, porque el individuo racional como «fundamento ético de la democracia» es también un ideal límite inaccesible, de modo que nos tenemos que conformar con una «definición mínima y, precisamente por mínima, realista de democracia», que, en la línea de Popper, Schumpeter, Ross, Hayek o Kelsen, la ve como un conjunto de reglas procedimentales y no como algo sustantivo, es decir, como un medio o método que puede tender pero no garantizar la obtención de aquel ideal[66].

Bobbio había concluido su artículo sobre Salvemini haciendo una salvedad al áspero comentario de este de que «el noventa y nueve con nueve por ciento de la humanidad, y quizá más, está interesado solo en comer, hacer hijos e ir a apostar a las carreras de galgos»; según Bobbio, al contrario de quienes predican bien y actúan mal, Salvemini habría actuado bien y en alguna ocasión, como esa, había predicado mal. Sin embargo, si se descarga de su exagerada aspereza, Bobbio no dijo algo muy diferente en el fondo cuando en otro escrito de 1987, en referencia implícita pero clara a la democracia rousseauniana, afirmaba:

> En la democracia moderna el soberano no es el pueblo, sino todos los ciudadanos. El pueblo es una abstracción, cómoda pero al mismo tiempo, como he dicho, falaz; los individuos, con sus defectos y sus intereses, son una realidad. No por casualidad en la base de las democracias modernas están las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano, desconocidas para la democracia de los antiguos[67].

66. Cf. Bobbio 1987a: 375-382 (trad., 454-461); las citas textuales en pp. 375, 378 y 380 (trad., 455, 457 y 459), página esta última donde también calificaba a los autores indicados en el texto como «algunos de los mayores filósofos, economistas y juristas contemporáneos».

67. 1987b: 333; trad., 411. Luigi Ferrajoli ha formulado brillantemente la idea de la soberanía popular como «suma de los derechos fundamentales» en Ferrajoli 2007: § 13.2; y con mayor profundidad, remitiendo a Kelsen frente a Schmitt la crítica de la idea organicista de la soberanía del pueblo, en Ferrajoli 2021: 240-243.
Este puede ser momento oportuno para apuntar que Rousseau tiene a veces destellos de racionalidad, como precisamente en las famosísimas frases en las que reconoce (si bien más en referencia a una forma de administración que de gobierno) que «nunca ha existido una verdadera democracia, y no existirá jamás», pues «Si hubiera un pueblo de dioses se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres» (Rousseau 1762a: III.iv; 2192 y 2193; dicho de paso, otros dos capítulos para mí muy juiciosos del Contrato social son el I.iii, «Du droit du plus fort», y, como insiste con razón Elías Díaz en nuestros debates, el IV.ii, «Des suffrages»). Esa prevención de Rousseau hacia la democracia, basada en sus dudas sobre cómo podrá legislar bien «una multitud ciega, que a menudo no sabe lo que quiere, porque raramente sabe lo que es bueno para ella» (ib.: II.6; 2164), se corresponde con su elogio de la «aristocracia electiva» como «el orden mejor y más natural» (ib.: III.v; 2194). Pero Rousseau, tantas veces contradictorio, tarda poco en enmendarse a sí mismo cuando formula su también famosísimo reproche al pueblo inglés, que «piensa ser libre y se equivoca mucho; no lo es más que durante la elección de los miembros del parlamento: tan pronto como son elegidos,

Por si no fuera suficiente la historia anterior, hoy, tras las varias oleadas de populismo que vienen acechando a los sistemas democráticos, esta cautela sobre la noción de pueblo es más certera que nunca.

6. CONCLUSIÓN: ¿POR QUÉ ROUSSEAU? Y ¿QUÉ ROUSSEAU?

Es hora ya de concluir intentando responder a las dos preguntas centrales de este escrito: por qué Rousseau pudo ser considerado por Bobbio uno de sus clásicos y qué Rousseau, entre los varios posibles, aparece en su obra.

No tengo una buena respuesta para la primera pregunta. Más todavía, además de subsistir la incógnita de por qué Bobbio no dedicó ningún estudio significativo a afrontar el «problema Rousseau» –digo «significativo» al modo de cualquiera de los varios que dedicó a Hobbes[68]–, se me ocurren al menos dos razones por las que resulta difícil considerar al autor del *Contrat social* como uno de los autores de Bobbio, una metodológica y otra sustantiva. La metodológica, que propongo desde fuera pues no hay atisbos de que haya sido reconocida por él mismo, es la gran distancia entre ambos en su personalidad, su modo de argumentar y hasta en su estilo literario, que hace de Rousseau un pensador muy ajeno al *neoilluminismo* auspiciado y cultivado por Bobbio. Rousseau, adornado con una prosa cuya brillantez, muy a la francesa, es a veces oscurecedora, es un pensador sin equilibrio, a veces consciente de sus propias contradicciones y condescendiente con ellas, un «alma en vaivén» capaz de pasar de la introspección de sus éxtasis personales a la abstracción de los conceptos políticos sin pretensión de coherencia[69]. Bobbio en cambio, de expresión siempre incisiva y límpida, es un estudioso equilibrado que si como buen dualista puede ser dubitativo, tiende a resolver sin contradicciones las posibles oscilaciones en las que a veces se debate[70].

---

es esclavo, no es nada. En los cortos momentos de su libertad el uso que hace de ella merece bien que la pierda» (ib.: III.xv: 2218).

68. Como cualquiera de los cinco recopilados en *Thomas Hobbes* (Bobbio 1989), dejando aparte el capítulo I, que reproduce «Il modello giusnaturalistico».
69. La expresión «mon âme en branle» es de *Les Confessions* (Rousseau 1813: IX; 5101), de las que extraigo también estos otros dos pasajes para ilustrar lo dicho en el texto: «Dos cosas casi insoldables se unen en mí sin que yo pueda concebir de qué modo: un temperamento muy ardiente, pasiones vivas, impetuosas e ideas lentas en nacer, embarulladas y que no se presentan nunca más que tarde. Se diría que mi corazón y mi espíritu no pertenecen al mismo individuo. El sentimiento, más rápido que el rayo, viene a llenar mi alma, pero en lugar de iluminarme me quema y me deslumbra. Siento todo y no veo nada» (*ib.*: III; 4838); «Los que me reprochan tantas contradicciones aquí no dejarán de reprocharme una más. Dije que la ociosidad de los círculos sociales me los hacía insoportables, y heme aquí buscando la soledad únicamente para abandonarme a la ociosidad. Sin embargo, es así como soy yo; si hay ahí contradicción se debe a la naturaleza y no a mí: pero hay tan poca de ella que precisamente por eso soy siempre yo» (*ib.*: XII; 5285).
70. Me ocupé del dualismo de Bobbio y de sus implicaciones metodológicas en Ruiz Miguel 1983b.

La otra razón por la que no es fácil considerar a Rousseau como uno de los autores de Bobbio, de carácter más sustantivo, procede del contraste entre la actitud más radical y revolucionaria del primero y el moderantismo reformista del segundo. No es posible ver a Bobbio como simpatizante de un momento histórico jacobino a la búsqueda «de un orden nuevo y hasta del hombre nuevo»[71], del que el *Contrat social* fue una indudable inspiración. Es verdad que, al menos por sí sola, esta quizá no sea una razón tan decisiva como para excluir a Rousseau del elenco de los clásicos bobbianos: a fin de cuentas la indudable y confesada predilección de Bobbio por Hobbes[72], un decidido defensor del autoritarismo, convive perfectamente con su pensamiento democrático y liberal. Sea como sea, lo único que me atrevo a concluir sobre la pregunta ¿por qué Rousseau? es que si Bobbio lo incluyó entre sus clásicos, en realidad no debió de estar entre sus clásicos predilectos.

Sobre la segunda y última pregunta, ¿qué Rousseau?, solo hace falta echar las sumas de lo ya dicho, distinguiendo entre la descripción y la valoración. Hay un primer Rousseau, el de la descripción bobbiana, que es el dominante en sus cursos y escritos más académicos y que reproduce sin especiales dudas ni debates una interpretación unitaria esencialmente racionalista de su pensamiento. Sin embargo, en los escritos más militantes aparece un segundo Rousseau, el que merece una valoración crítica de Bobbio, que toma distancias respecto de su modelo democrático y de sus riesgos iliberales. Solo en una ocasión, creo, hizo Bobbio expresa y conscientemente una excepción a la máxima weberiana de mantener la ideología alejada de la cátedra. Fue en su último curso, 1978-79, dedicado al tema *Mutamento politico e rivoluzione*, donde en la última lección, tras haber dedicado la penúltima a las distintas valoraciones ideológicas de la revolución, siempre personificada por la Revolución francesa, Bobbio, aceptando una incitación de Bovero a dar su propia valoración, hizo suya para concluir una reflexión de Karl Popper sobre el círculo vicioso de la violencia y el destino dictatorial de las revoluciones, en contraste con la vía gradualmente más racional de las sociedades abiertas. Se trata de un juicio crítico del que sin duda también es merecedor Rousseau, al menos el Rousseau con el que Bobbio no se identificó.

BIBLIOGRAFÍA

Arendt, H. (1965): *On Revolution*, 2.ª ed. rev., Londres, Penguin Books, 1990.

Arendt, H. (1973): *The Origins of Totalitarianism*, 3.ª ed. with added prefaces, San Diego etc., Harcourt Brace & Company.

Berlin, I. (1971): «George Sorel», Creighton Lecture, *Times Literary Supplement*, 31 December, pp. 1617-1622; también, por donde se cita, en Berlin 1997, pp. 296-332.

71. Bobbio 1979c: 558; y cf. 553 (trad., 636 y 631).

72. En un momento de su entrevista con Viroli dice Bobbio: «Hobbes me atrae extraordinariamente por su poder intelectual así como por su estilo» (Bobbio y Viroli 2001: 26).

Berlin, I. (1973): «The Counter-Enlightment», *Dictionary of the History of Ideas*, Nueva York; también en Berlin 1997, pp. 1-24.

Berlin, I. (1997): *Against the Current. Essays in the History of Ideas*, ed. de H. Hardy, Londres, Pimlico.

Berlin, I. (1999): *The Roots of Romanticism*, The A. W. Mellon Lectures…, ed. de H. Hardy, Princeton (N.J.), Princeton University Press.

Bobbio, N. (1946): *Le origini del giusnaturalismo moderno e il suo sviluppo nel secolo XVII*, lezioni tenute all'Università di Pavova nell'anno accademico 1945-46, raccolte e stampate a cura degli studenti Gianni Milner e Renzo Toso, Padua, Litografia Tagliapietra; ahora también en Bobbio 2009, pp. 3-145.

Bobbio, N. (1947): *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Turín, G. Giappichelli; ahora también en Bobbio 2009, pp. 147-266.

Bobbio, N. (1954a): «Democrazia e dittatura», *Nuovi Argomenti*, 6, pp. 3-14; también en Bobbio 1955, pp. 148-159.

Bobbio, N. (1954b): «Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri», *Nuovi Argomenti*, 11, pp. 54-86; también en Bobbio 1955, pp. 160-194; así como, por donde se cita, en Bobbio 1999, pp. 217-247 (trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, pp. 293-322).

Bobbio, N. (1955a): *Politica e cultura*, Turín, Einaudi.

Bobbio, N. (1955b): «Libertà e potere», *Nuovi Argomenti*, 14, pp. 1-23; también en Bobbio 1955a, pp. 269-282.

Bobbio, N. (1957): *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, lezioni raccolte dallo studente Gianni Sciorati, Turín, G. Giappichelli; se cita por la 2.ª ed. revisada y ampliada (pero con los mismos apartados que la primera, salvo la adición de un apartado sobre Montesquieu), 1969.

Bobbio, N. (1963): «Eguaglianza e dignità degli uomini», en Varios, *Diritti dell'uomo e Nazioni Unite*, Padua, Cedam; también, por donde se cita, como «La dichiarazione universale di diritti dell'uomo», en Bobbio 1999, pp. 440-453 (trad. de P. Linares, pp. 520-533).

Bobbio, N. (1966): «Hegel e il giusnaturalismo», *Rivista di filosofia*, LVIII, pp. 379-407; también, por donde se cita, en *Studi hegeliani*, Turín, Einaudi, 1981, pp. 3-33.

Bobbio, N. (1969): *Saggi sulla scienza política in Italia*, Bari, Laterza.

Bobbio, N. (1971): Rec. a Carmela Metelli di Lallo, *Componenti anarchiche nel pensiero di J.-J. Rousseau* (Florencia, La Nuova Italia, 1970), en *Rivista di filosofia*, LXII-2, pp. 210-211.

Bobbio, N. (1974): «Le colpe dei padri», *Il Ponte*, n.6, pp. 656-670; también, por donde se cita, en Bobbio 1984, pp. 9-29.

Bobbio, N. (1975a): «Salvemini e la democrazia», *Quaderni del Salvemini*, n. 15, pp. 12-26; también, por donde se cita, en Bobbio 1984, pp. 49-71.

Bobbio, N. (1975b): «Quali alternative alla democrazia rappresentativa?», *Mondoperaio*, 28/10, pp. 40-48; también en *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Turín, Einaudi, 1976, pp. 42-109.

Bobbio, N. (1975c): «Libertà fondamentali e formazioni sociali», *Politica del diritto*, VI(4), pp. 431-455; también, por donde se cita, como «Il pluralismo degli antichi e dei moderni», en Bobbio 1999, pp. 271-294 (trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, pp. 347-371).

Bobbio, N. (1976): *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Anno accademico 1975-76, Turín, G. Giappichelli.

Bobbio, N. (1979a): «Il modello giusnaturalistico», en Bobbio y Bovero 1979, pp. 113-179 (trad. de Juan Carlos Bayón en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Madrid, Debate, 1985, pp. 73-149).

Bobbio, N. (1979b): «Premessa» a Bobbio y Bovero 1979, pp. 7-10. https://doi.org/10.3817/0379039191

Bobbio, N. (1979c): «Riforme e rivoluzione», en Paolo Farnetti (ed.), *Il mondo contemporaneo*, vol. IX/2, *Politica e società*, Florencia, La Nuova Italia, pp. 744-759; también, por donde se cita, en Bobbio 1999, pp. 539-563 (trad. de J. Fernández Santillán, pp. 617-641).

Bobbio, N. (1981): «Transizione e trasmutazione», en Fondazione Centro Studi Aldo Capitini y Movimento nonviolento (eds.), *Nonviolenza e marxismo*, Milán, Feltrinelli, pp. 102-120; también, por donde se cita, como «L'ideologia dell'uomo nuovo», en Bobbio 1999, pp. 294-303 (trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, pp. 371-380; el texto es una ponencia presentada a un congreso en 1978).

Bobbio, N. (1984): *Maestri e compagni*, Florencia, Passigli.

Bobbio, N. (1985): *Liberalismo e democrazia*, Milán, Franco Angeli.

Bobbio, N. (1987a): «Democrazia e Europa», con el título «Dall'ideologia democratica agli universali procedurali», en Bobbio 1999, pp. 370-383 (trad. de M. Carbonell, pp. 449-462; se trata de una conferencia en Bogotá anteriormente inédita).

Bobbio, N. (1987b): «La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)», *Teoria politica*, III(3), pp. 3-17; también, por donde se cita, en Bobbio 1999, pp. 323-339 (trad. de J. Fernández Santillán, 401-417).

Bobbio, N. (1988): «Presentación» a José F. Santillán, *Hobbes y Rousseau. Entre la autocracia y la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 9-11.

Bobbio, N. (1989): *Thomas Hobbes*, Turín, Einaudi.

Bobbio, N. (1995): «Prefazione» a Violi 1995, pp. xxi-xxxi.

Bobbio, N. (1999): *Teoria generale della politica*, ed. de Michelangelo Bovero, Turín, Einaudi (trad. de A. de Cabo, G. Pisarello y otros, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003).

Bobbio, N. (2009): *Il giusnaturalismo moderno*, a cura di T. Greco, Turín, G. Giappichelli; incluye los cursos citados en Bobbio 1946 y Bobbio 1947.

Bobbio, N. (2021): *Mutamento politico e rivoluzione. Lezioni di filosofia politica*, «Prefazione» de M. Bovero, Roma, Donzelli Editore (lecciones del curso 1978-79, eds. por L. Coragliotto, L. Merlo Pich y E. Bellando).

Bobbio, N. y Bovero, M. (1973): *Società e Stato da Hobbes a Marx.* Corso di Filosofia della política [1972-73], Turín, Cooperativa Libraria Universitaria Torinese.

Bobbio, N. y Bovero, M. (1979a): *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegelo-marxiano*, Milán, Il Saggiatore.

Bobbio, N. y Viroli, M. (2001): *Dialogo intorno alla reppublica*, Roma-Bari, Laterza; se cita por la trad. cast. de R. Rius Gatell, *Diálogo en torno a la república*, Barcelona, Tusquets, 2002.

Bovero, M. (1973): «Jean-Jacques Rousseau», en Bobbio y Bovero, capítulo IV, pp. 119-165.

Cassirer, E. (1932): «Das problem Jean-Jacques Rousseau», que se cita por la ed. de R. Rodríguez Aramayo, «El problema Jean-Jacques Rousseau», en *Rousseau, Kant, Goethe. Filosofía y cultura en la Europa del siglo de las luces*, Madrid, FCE, 2007, pp. 49-155.

Della Volpe, G. (1954): «Comunismo e democrazia moderna», *Nuovi Argomenti*, 7; también, bajo el título «Il problema della libertà egualitaria nello sviluppo della moderna democrazia:

ossia il Rousseau vivo (teoria della legalità socialista come sintesi materialistico-storica di Rousseau e Kant)», en *Rousseau e Marx e altri saggi di critica materialistica*, 4.ª ed., Roma, Editori Riuniti, 1974, pp. 45-60.

Derathé, R. (1948): *Le rationalisme de Jean-Jacques Rousseau*, París, Presses Universitaires de France.

Ferrajoli, L. (2007): Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, 2 vols., Bari, Laterza (trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Principia iuris. *Teoría del Derecho y de la democracia*, Madrid Trotta, 2011). https://doi.org/10.3280/RIT2008-008018

Ferrajoli, L. (2021): *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza.

Greco, T. (2009): «Presentazione» a Bobbio 2009, pp. IX-XXVIII.

Kant, I. (1793): Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Bonner Kant-Korpus (https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa08/273.html.

Montesquieu (1748): *De l'esprit des lois*, París, Garnier, 1961.

Popper, K. (1966): *The Open Society and Its Enemies*, 5.ª ed., ed. de A. Ryan. Nueva Jersey, Princeton University Press, 2013.

Primo de Rivera, J. A. (1933): «Discurso de fundación de Falange Española» (Teatro de la Comedia de Madrid, 29 de octubre), en *Obras completas*, Madrid, Ediciones de la Vicesecretaría de Educación Popular de F.E.T. y de las J.O.N.S., 1945, pp. 17-36.

Rousseau, J.-J. (1755): *Discours sur l'économie politique*, en Rousseau 2013, pp. 2018-2052.

Rousseau, J.-J. (1758): *Lettre à D'Alembert sur les spectacles*, en Rousseau 2013, pp. 1110-1199.

Rousseau, J.-J. (1762a): *Du contrat social ou Principes de droit politique*, en Rousseau 2013, pp. 2122-8359.

Rousseau, J.-J. (1762b): Émile ou de l'éducation, en Rousseau 2013, pp. 1410-1888.

Rousseau, J.-J. (1765): *Projet de constitution pour la Corse*, en Rousseau 2013, pp. 2367-2413.

Rousseau, J.-J. (1772): *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, en Rousseau 2013, pp. 2263-2348.

Rousseau, J.-J. (1813): *Les Confessions* (escritas entre 1763 y 2770), en Rousseau 2013, pp. 4731-5299.

Rousseau, J.-J. (2013), *Oeuvres complètes*, París, Edition numérique-Arvensa Editions (edición de Kindle, que se cita por la página y no por la posición).

Ruiz Miguel, A. (1983a): *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ruiz Miguel, A. (1983b): «El método de la teoría jurídica de Bobbio», en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 387-411.

Ruiz Miguel, A. (1994): «Bobbio: las paradojas de un pensamiento en tensión», en Á. Llamas (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio,* Madrid, Universidad Carlos III de MadridBoletín Oficial del Estado, 1994, pp. 5375; también, por donde se cita, en *Política y Derecho en Norberto Bobbio*, México, Fontamara, 2.ª ed., 2000, pp. 167-196.

Schmitt, C. (1928): *Verfassungslehre*; trad. cast. de F. Ayala, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.

Talmon, J. L. (1952): *The Origins of Totalitarian Democracy*, Londres, Mercury Books.
Togliatti, P. [Roderigo di Castiglia] (1954): «In tema di libertà», *Rinascita*, nov.-dic., pp. 733-736.
Violi, C. (1995): *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio (1934-1993)*, Roma-Bari, Laterza.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 45-72
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.3

¿Existen los argumentos visuales? Sobre el uso de fotografías en la argumentación jurídica

Are there Visual Arguments? On the use of Photographs in Legal Argumentation

Pablo Bonorino

Autor:
Pablo Bonorino
Universidad de Vigo, España
bonorino@uvigo.es
https://orcid.org/0000-0002-8016-4245

Recibido: 3/5/2022
Aceptado: 9/12/2022

Citar como:
Bonorino, Pablo (2023). ¿Existen los argumentos visuales? Sobre el uso de fotografías en la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 45-72. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.3

Financiación:
Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2019-105841RB-C22 financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033, y del programa de ayudas estructurales para grupos de excelencia de la Xunta de Galicia (GPC-AGAF).

Agradecimientos:
Agradezco los comentarios de Juan Antonio García Amado y de María Concepción Gimeno Presa, así como las sugerencias realizadas en los informes de revisión anónimos.

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Pablo Bonorino

Resumen

En este trabajo se analiza una discusión reciente sobre la naturaleza de los argumentos visuales en la que se empleó como caso de prueba un fallo judicial en el que la única evidencia de cargo fue una fotografía (*People v Doggett*, California, 1948). Se reconstruye de forma más completa y rigurosa la argumentación judicial para señalar los problemas de las dos concepciones enfrentadas, y sostener que el caso muestra que –en contra de lo que afirman los protagonistas de la discusión– no existen los argumentos visuales. A continuación, se examinan los presupuestos teóricos movilizados por el uso de fotografías en la sentencia, para llevar a cabo una primera aproximación no sistemática a las cuestiones que debería abordar una concepción general sobre el uso de las imágenes en la argumentación jurídica. En el caso de prueba se asume que las fotografías ingresan en la argumentación como afirmaciones sobre su contenido proposicional (significado) y en el proceso de toma de decisiones como los objetos de los que depende la verdad de esas afirmaciones (evidencias). También que existe una relación entre las distintas formas en las que una fotografía comunica su significado (*mostrar* p, *representar* p y *sugerir* p) y su fuerza probatoria. Para dar sentido a las distintas valoraciones probatorias que realizan en el fallo fue necesario explorar la posición teórica que permitiría justificar las distinciones en las que se basan, así como la forma de entender la percepción visual que presuponen. Si se acepta la naturaleza inferencial del proceso que permite *ver* algo al *mirar* una fotografía se podría exigir a los jueces y juezas la explicitación de parte de esos argumentos cuando justifican sus decisiones.

Palabras clave: argumentos visuales; argumentación jurídica; fotografías; evidencias; percepción; decisión judicial.

Abstract

This paper analyses a recent discussion on the nature of visual arguments in which a court ruling –in which the only evidence was a photograph (*People v Doggett*, California, 1948)– was used as a test case. We reconstruct the court argumentation more thoroughly and rigorously to point out the problems of the two competing conceptions, and to argue that the case shows that – contrary to the claims of the protagonists in the discussion – there is no such thing as a visual argument. The theoretical assumptions mobilized by photographs in the sentence are then examined to carry out a first non-systematic approach to the issues that a general conception of the use of images in legal argumentation should address. The test case assumed that photographs enter the argumentation as statements about their propositional content (meaning) and in the decision-making process as the objects on which the truth of those statements depends (evidence). Also, there is a relationship between the different ways a photograph communicates its meaning (*to show* p, *to represent* p and *to suggest* p) and its evidential force. In order to make sense of the different evidential assessments they make in the ruling, it was necessary to explore the theoretical position that would justify the distinctions on which they are based, as well as the understanding of visual perception that they presuppose. If one accepts the inferential nature of the process of *seeing* something when *looking at* a photograph, judges could be required to make some of these arguments explicit when justifying their decisions.

Keywords: Visual Arguments; Legal Argumentation; Photographs; Evidence; Perception; Judicial Decision.

1. INTRODUCCIÓN

Lo personal es jurídico. Imágenes creadas con dispositivos móviles para fines privados terminan cada vez con más frecuencia convertidas en medios de prueba en procedimientos judiciales, generando en ocasiones importantes debates morales y políticos. Esto ha renovado el interés sobre ciertas cuestiones relativas al papel que desempeñan las imágenes fotográficas en la argumentación jurídica. ¿Pueden por si solas apoyar la verdad de una afirmación? ¿El apoyo que ofrecen es el producto de una percepción directa o de una inferencia? ¿Cómo transmiten la información relevante y cómo influye este hecho en su valoración como medios de prueba? ¿Qué función cumplen en la fundamentación de una decisión judicial? Al abordarlas es inevitable presuponer alguna posición sobre la naturaleza de los «argumentos visuales» –argumentaciones en los que se utilizan imágenes de cualquier tipo: dibujos, diagramas, retratos, esquemas, etc.–. Como ocurre en otros dominios, el problema básico sobre esas entidades es: ¿Existen los argumentos visuales?

En la teoría de la argumentación podemos distinguir tres respuestas a este interrogante[1].

1) *No existen los argumentos visuales.* Los argumentos están formados por elementos verbales. No solo no hay argumentos visuales (autónomos) sino que es conceptualmente imposible concebir su existencia. La propia definición de argumento como entidad lingüística excluye la posibilidad de hablar de «argumentos visuales». Todo intento de modificar la definición de «argumento» para darles cabida conduce a un debilitamiento extremo del concepto, que no permitiría identificar con claridad sus casos paradigmáticos de aplicación (Fleming, 1996; Johnson, 2000).
2) *Existen los argumentos visuales.* Los argumentos no están formados solo por entidades lingüísticas, en ocasiones pueden tener imágenes como componentes e incluso se pueden dar casos de argumentos autónomos construidos exclusivamente con ellas. Las imágenes pueden servir de apoyo independiente y autónomo para la verdad de las afirmaciones que se utiliza como premisas en un argumento (Godden, 2017); pueden transmitir las relaciones de inferencia entre distintas afirmaciones (Kjeldsen, 2015, 2017); o incluso pueden expresar argumentos completos (Groarke, 1996, 2009, 2013; Roque, 2012, 2015; Alcolea-Banegas, 2009; Mnookin y West, 2001).
3) *Existen los argumentos visuales, pero sólo en sentido débil, como formas híbridas lingüístico-visuales.* Las imágenes pueden ser relevantes en una argumentación, pero su función y peso depende de los argumentos verbales que la componen (Hoven, 2012; Blair, 2012a, 2015). Blair (2012b) sostiene que las imágenes cumplen una importante función retórica en la argumentación que no es reducible a contenidos verbales. Se trata de elementos que no atañen al soporte lógico del argumento sino a los aspectos meramente persuasivos del acto de comunicación.

En este trabajo sostendré que no existen los argumentos visuales, utilizando como apoyo las mismas evidencias con las que se han defendido las otras dos posiciones en una discusión reciente. Dove (2012) afirma que existen formas híbridas de argumentación lingüístico-verbal en las que las imágenes pueden ser relevantes para evaluar la solidez de los argumentos (no sólo su fuerza retórica). Groarke (2013), defensor de la existencia de argumentos visuales autónomos, lo critica porque considera que defiende una posición escéptica encubierta, basada en el error de suponer que la argumentación es un fenómeno esencialmente verbal. Ambos aceptan como «caso de prueba» lo que

1. Quienes abordan el problema en ocasiones parten del análisis de algunos casos paradigmáticos de argumentos visuales. Los ejemplos que utilizan son muy variados: mapas (Leuenberger, 2013), diagramas matemáticos (Brown, 1997), imágenes publicitarias (Kjeldsen, 2012), films (Mnookin y West, 2001), pinturas (Groarke, 1996), imágenes borrosas (Mnookin, 2014), fotografías (Hariman y Lucaites, 2016), etc.

consideran un ejemplo paradigmático de uso argumentativo de imágenes: un fallo judicial en el que unas fotografías fueron el único fundamento para la condena a un matrimonio por el delito de «perversión sexual oral» (*People v Doggett*, California, 1948). Persigo dos objetivos. El primero, utilizar el mismo caso de prueba (reconstruido de manera más rigurosa) para defender mi posición escéptica sobre la cuestión sobre la que gira el desacuerdo. El segundo, aprovechar esa reconstrucción para examinar los presupuestos teóricos que moviliza el uso de fotografías en la argumentación judicial, prestando especial atención a la manera en la que los jueces que resolvieron el caso de prueba respondieron a las preguntas que mencioné al inicio de esta introducción. No pretendo asumir sus respuestas como correctas, sino llevar a cabo una primera aproximación no sistemática a las cuestiones que debería abordar una concepción general sobre el uso de las imágenes en la argumentación jurídica.

2. EL DEBATE SOBRE LOS ARGUMENTOS VISUALES

En el Estado de California, a finales de los años cuarenta del siglo pasado, un matrimonio fue condenado a prisión por los delitos de «perversión sexual oral» y «sodomía» utilizando como única prueba unas fotografías que ellos mismos se habían tomado. La Corte de Apelación de California en el caso *People v Doggett* (1948) absolvió a la pareja del cargo de sodomía, pero mantuvo la condena por actos de perversión sexual oral. Para los jueces todas las fotografías eran igualmente admisibles y fidedignas, pero consideraron que en ellas solo aparecían reflejados más allá de toda duda razonable los actos en los que se basaba el segundo de los cargos contra la pareja. Tanto Dove como Groarke consideran que la argumentación en el caso *Doggett* muestra la corrección de sus respectivas posiciones sobre la naturaleza de los argumentos visuales.

2.1. Las fotografías no son premisas sino evidencias

Dove (2012) sostiene que las imágenes son capaces de apoyar la verdad de alguna de las premisas de un argumento, pero para evaluar la fuerza de ese apoyo *hay que mirarlas*. No forman parte de las premisas del argumento, son evidencias que apoyan o refutan la verdad de ciertas afirmaciones que se emplean como premisas. Una afirmación puede recibir dos tipos de apoyo en una argumentación: «soporte lógico» y «soporte probatorio»; que están basados en dos procesos cognitivos también distintos: inferir y percibir. En el proceso de inferir se establece una relación entre la verdad de ciertas afirmaciones (premisas) y la verdad de otra afirmación (conclusión). En el proceso de percepción, en cambio, se acepta la verdad de una afirmación por «comparación visual» entre su contenido y el estado de cosas a los que se alude en ese contenido (Dove, 2012, pp. 228).

La argumentación en el caso *Doggett* es un claro ejemplo del uso de imágenes para establecer, verificar o corroborar directamente la verdad de ciertas afirmaciones. Las

fotografías fueron fundamentales para la justificación de la condena. El problema es que si se analiza la sentencia no se puede reconstruir su fundamentación como un «argumento tradicional» (de naturaleza exclusivamente verbal). La fotografía verifica directamente la afirmación «los Doggett cometieron un acto de perversión sexual oral». El argumento central de la sentencia se puede reconstruir de la siguiente manera:

Reconstrucción del argumento

P1: Si los Doggett realizaron el acto ilícito entonces deben ser condenados.
P2: Los Doggett realizaron el acto ilícito.
C: Los Doggett deben ser condenados.

Si observamos la reconstrucción podemos apreciar que la fotografía no ocupa ningún lugar en la estructura interna del argumento. La única manera de dar cuenta de la importancia que tiene la fotografía en la sentencia es reconocer que su función es la de verificar la segunda premisa: la fotografía soporta la verdad de P2, pero no mediante inferencias, sino a través de un acto de percepción directa de quien dirija la mirada hacia ella[2]. Esto muestra que las imágenes (si son lo suficientemente nítidas) permiten verificar, refutar o corroborar mediante un acto directo de percepción visual –sin necesidad de realizar inferencias– la verdad de ciertas afirmaciones.

La mejor forma de introducir las imágenes en la reconstrucción de un argumento sería con una exhortación dirigida al interlocutor para que mire por si mismo las imágenes. Por eso es un error graficarlas como una parte del argumento. La mejor manera de reconstruir la argumentación en el caso *Doggett* es mantener la relación probatoria separada de las relaciones lógicas (o inferenciales) y señalarla con una prescripción simple como «¡Mira!» (Dove, 2012, pp. 232) (ver Fig. 1).

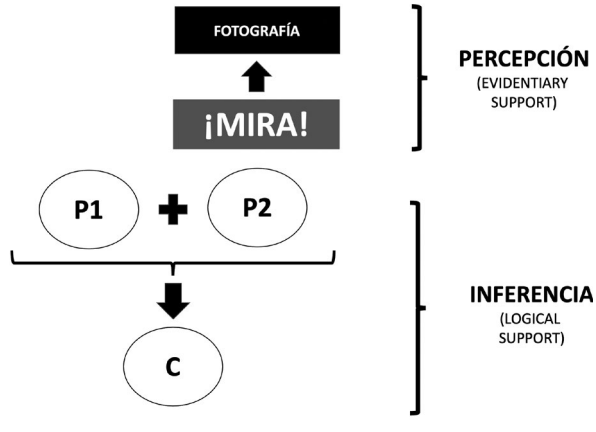

Fig. 1. La argumentación en el caso *Doggett* según las conclusiones de Dove.

2. «… *the photo merely verifies truth* without offering logical support. One *doesn't infer* the truth of the claim from the photo, *one perceives it*.» (Dove, 2012, pp. 228) [El resaltado me pertenece].

2.2. Las fotografías son premisas no-verbales

Groarke (2013) sostiene que la actividad de argumentar no es exclusivamente verbal, las imágenes en muchos casos se emplean como premisas en una argumentación. La propuesta de Dove consiste en trasladar los aspectos argumentativos de las imágenes al dominio lingüístico con el único objetivo de ocupar una posición intermedia en el debate sobre la naturaleza de los argumentos visuales. Pero esa estrategia de «reempaquetado verbal» no es sostenible, como lo demuestra un análisis no tergiversado del caso *Doggett*.

La reconstrucción de Dove consiste en atribuirle una estructura lógica de *modus ponens* al argumento principal (que tiene como conclusión el contenido de la decisión) e identificar luego la relación externa de apoyo, no inferencial, entre la percepción visual directa de la fotografía y alguna de las premisas del *modus ponens*.

Esa forma de comprender el argumento en el caso *Doggett* es errónea, porque excluye las argumentaciones de las partes a favor y en contra de la verdad de la segunda premisa del argumento. La cuestión central que se tuvo que resolver en el caso fue si la evidencia fotográfica podía ser utilizada para establecer la culpabilidad de los acusados. La reconstrucción de Dove deja fuera la cuestión clave sobre la que giró el debate. En su reconstrucción la evidencia visual es excluida del argumento desde un principio.

Dove supone, además, que se puede aprehender el contenido de una fotografía mediante un acto directo de percepción, proceso cognitivo que no requiere ningún tipo de inferencia. Pero el caso *Doggett* constituye un poderoso contraejemplo para ese supuesto. El jurado no miró las fotografías y percibió la verdad de la afirmación sobre los hechos que sirvieron de fundamento a la acusación (y posteriormente a la condena). Sino que llevaron a cabo inferencias complejas valiéndose de las imágenes. El jurado no pudo apoyar su decisión en un simple acto de mirar las fotografías.

Una reconstrucción adecuada de la argumentación producida en el caso *Doggett* debería ser más completa que la que ofrece Dove, otorgándole a la evidencia visual un papel fundamental y autónomo (ver Fig. 2). El rectángulo etiquetado como «Evidence-[1] » representa la argumentación para decidir sobre la admisibilidad de las fotografías como evidencias –que Dove no incorporó en su reconstrucción–. La flecha descendente, que significa «soporte lógico», conecta todo el conjunto con el rectángulo «Conclusion-[1]» que representa el enunciado en el que se afirma que las fotografías son admisibles como evidencia en el proceso judicial.

El diagrama muestra que las imágenes están dentro del argumento y que su relación con la conclusión es la de soporte lógico. Esa afirmación es, a su vez, una de las tres premisas del argumento con en el que se justificó la condena. El nuevo gráfico muestra que el intento de «reempaquetar verbalmente» los argumentos visuales no es correcto. En él se aprecia que existen argumentos visuales autónomos (Groarke, 2013, pp. 7).

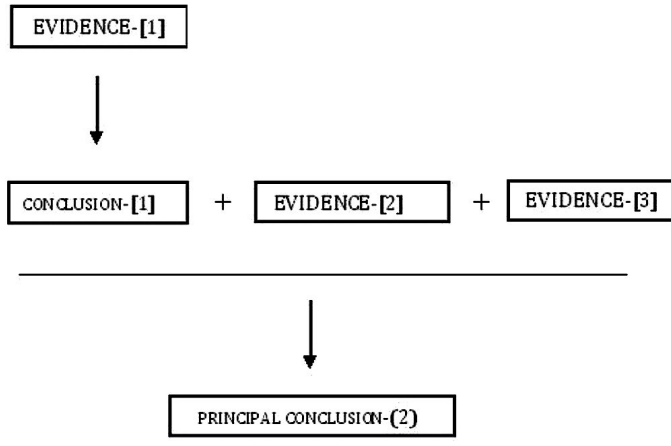

Fig. 2. La argumentación en el caso *Doggett* según Groarke (2013, pp. 6).

2.3. La identificación del caso de prueba

Los protagonistas de la discusión coinciden en que el caso *Doggett* es un ejemplo paradigmático con el que se podría poner a prueba cualquier concepción sobre los argumentos visuales[3]. Los dos ofrecen reconstrucciones incompatibles del «caso *Doggett*» y consideran que es legítimo debatir sobre cuál es la correcta. Pero ninguno percibe la ambigüedad e imprecisión con la que utilizan la expresión «el caso *Doggett*». Groarke la usa en ocasiones para aludir al conjunto de argumentaciones producidas durante el juicio por los distintos actores procesales (en particular el fiscal), pero en otras amplia su alcance para aplicarla a los razonamientos (procesos mentales) de hipotéticos miembros del jurado. Dove, por su parte, alude con ella a la fundamentación de la condena a los acusados, pero no está claro si se trata de las inferencias que llevaron a los distintos jueces a tomar sus decisiones en las distintas instancias o a la justificación que ofrecieron para ellas en las sucesivas sentencias. ¿Qué es lo que pretendieron reconstruir? El uso de la misma expresión («caso *Doggett*») permite ofrecer una engañosa imagen de desacuerdo genuino, cuando en realidad están hablando de cosas diferentes. Por ello es necesario aclarar con precisión la manera en la que se identifica el caso de prueba antes de continuar con la discusión.

3. «Granting that the Doggett case is a test case for an account of visual argument.» (Groarke, 2013, pp. 4).

3. EL CASO *DOGGETT* EN SERIO

El único documento disponible para fijar el sentido del término «caso *Doggett*» es la sentencia de la Corte de Apelación de California[4]. Lo que debería constituir el caso de prueba es la argumentación contenida en esa sentencia para justificar las decisiones adoptadas por el tribunal. No se dispone de más hechos sobre los que fundar una reconstrucción que pueda ser sometida a una crítica intersubjetiva. Las especulaciones sobre los hipotéticos argumentos de defensores y fiscales, o sobre los procesos inferenciales de los miembros del jurado, no constituyen puntos de referencias compartidos lo suficientemente sólidos como para soportar un desacuerdo genuino sobre la mejor manera de reconstruir una argumentación en la que se emplean imágenes.

En la sentencia se justifican tres decisiones utilizando fotografías: se confirma la admisibilidad de las fotografías como evidencia en el proceso, se confirma la condena por perversión sexual oral y se revoca la condena por sodomía. Groarke tiene razón cuando afirma que la cuestión principal que se resolvió en la sentencia fue la de la admisibilidad de las fotografías como evidencias, pero se equivoca cuando considera que es solo en esa parte de la argumentación en la que resultó decisivo su uso. Una vez admitidas fueron las únicas evidencias que se emplearon en los argumentos para justificar también las otras dos decisiones. Pero lo más curioso es que ni Dove ni Groarke prestan atención a los argumentos con los que se absolvió por el cargo de sodomía, a pesar de que en la fundamentación se usan las mismas fotografías que sirvieron de base para la condena en primera instancia.

Es necesario reconstruir las tres argumentaciones para analizar el papel que cumplen en cada una de ellas las fotografías. Para hacerlo se deben tener en cuenta elementos que no están contenidos en el texto, pero de los que se dan suficientes referencias para permitir su identificación. No son solo los elementos visuales (las fotografías nombradas por la etiqueta con la que ingresaron como elementos de prueba: «exhibit 6»), también hay elementos verbales en la misma situación: los textos normativos que describen las conductas delictivas y que se identifican por el número con el que estaban ordenados en el código penal de California en 1948 («sección 286a y 288a»).

En la sentencia hay tres argumentaciones relevantes, cada una de ella esta compuesta por un argumento central –que tiene como conclusión el contenido del respectivo acto de decisión– y por otros argumentos con los que se apoya la verdad de las premisas utilizadas en ellos. Como el objetivo es analizar como se usaron las fotografías en la argumentación, no evaluar la fundamentación del fallo, las presentaré como si con ellas se justificaran las decisiones sobre las cuestiones de fondo y no las de «confirmar» o «revocar» las decisiones precedentes.

4. El fallo completo se puede encontrar en: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/83/405.html>. [Consultado por última vez el 24 de febrero de 2022]. Todas las citas de la sentencia utilizadas en el texto provienen de esta fuente. Las traducciones me pertenecen.

Reconstrucción de la primera argumentación

Argumento central

P1: Las fotografías son admisibles en el proceso cuando se acredite mediante cualquier medio probatorio que son reproducciones correctas de lo que pretenden mostrar.
P2: Las fotografías aportadas por la fiscalía son reproducciones correctas de lo que pretenden mostrar.
C: Las fotografías aportadas por la fiscalía son admisibles como evidencias en el proceso.

Argumento en apoyo de P2

PS2-1: Las fotografías aportadas por la fiscalía son reales.
PS2-2: Las fotografías aportadas por la fiscalía son auténticas.
PS2-3: Las fotografías aportadas por la fiscalía fueron tomadas por uno de los acusados.
PS3-4: No hay nada que justifique una inferencia contraria y no aparece ni se intenta otra explicación posible.

Argumento en apoyo de PS2-1

PS2-1-1: Los acusados tenían el equipo para generar fotografías y realizaban esa actividad en el apartamento en el que vivían[5].
PS2-1-2: Las fotografías aportadas por la fiscalía fueron halladas en el apartamento en el que vivían los acusados junto a los equipos para generarlas.
PS2-1-3: Las fotografías aportadas por la fiscalía representan y describen correctamente a los acusados que ocupaban ese apartamento.
PS2-1-4: Las fotografías aportadas por la fiscalía representan y describen correctamente los alrededores, los muebles, los cuadros en las paredes y otros artículos que se ha demostrado que estaban en ese apartamento y formaban parte de él en el momento en el fueron tomadas.

Argumentos en apoyo de PS2-2

PS2-2-1: Un perito no impugnado –y apoyado por razones sólidas– afirmó que las fotografías aportadas por la fiscalía contienen elementos físicos (oportunamente señalados) que revelan que no son fotografías «compuestas» o «falsas», sino que son fotografías genuinas e «impresiones de contacto» hechas a partir de negativos de «fotografía directa».

5. Esta afirmación (como la mayoría de las premisas que se transcriben a continuación) fue acreditada en primera instancia mediante otros medios de prueba. Esa circunstancia es narrada al inicio de la sentencia, pero no se transcriben ni se valoran esos argumentos, por lo que –en sentido estricto– no forman parte de la argumentación que estamos reconstruyendo. Las afirmaciones utilizadas como premisas en este argumento *se asumen como probadas* previamente en el procedimiento.

Argumentos en apoyo de PS2-3

PS2-3-1: Un perito no impugnado –y apoyado por razones sólidas– afirmó que la cámara que tomó las fotografías aportadas por la fiscalía fue operada por uno de los acusados que aparece en ellas.

Podemos graficar esta argumentación valiéndonos de las convenciones habituales en lógica informal: círculos para representar afirmaciones, flechas para las relaciones de apoyo inferencial, el signo «+» para indicar premisas dependientes, y llaves para identificar el conjunto de premisas que forman un argumento (ver fig. 3).

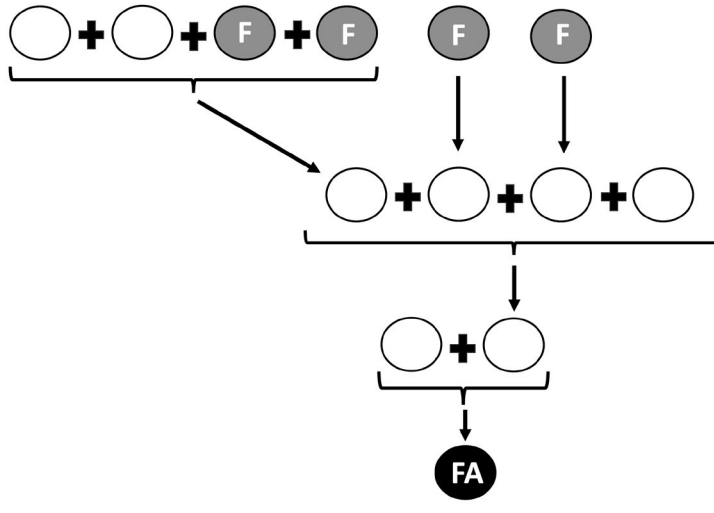

Fig. 3. La primera argumentación en el caso *Doggett*.

La conclusión esta señalada como «FA» sobre fondo negro para indicar que su contenido es que las fotografías aportadas por la fiscalía eran admisibles como evidencia en el proceso –y permitir visualizar su utilización en las argumentaciones restantes–. Por último, en color oscuro y con la letra «F» en su interior, se señalan aquellas afirmaciones que se refieren al contenido de las fotografías que se incorporaron como evidencias y cuya verdad no está apoyada por otros argumentos sino por su relación con las propias fotografías en tanto entidades de naturaleza no verbal.

Reconstrucción de la segunda argumentación

Argumento central

P1: Los acusados realizaron un acto de perversión sexual oral.
P2: El código penal castiga con pena de prisión los delitos de perversión sexual oral.
C: Se condena a los acusados a prisión por el delito de perversión sexual oral.

Argumento en apoyo de P1

PS1-1: Los acusados realizaron la acción de copular la boca de uno de ellos con el órgano sexual del otro.
PS1-2: Se entiende por «perversión sexual oral» todo acto en el que una persona copule su boca con el órgano sexual de otra persona.

Argumento en apoyo de PS1-1

PS1-1-1: Las fotografías son admisibles como evidencia en el proceso.
PS1-1-2: Una de esas fotografías muestra claramente y de manera completa a los acusados realizando un acto en el que uno de ellos copula su boca con el órgano sexual del otro.

La premisa PS1-1 debería describir el contenido de la fotografía utilizada como prueba sin utilizar aún los predicados empleados en el código penal, a los efectos de hacer visible que la subsunción de esos actos en la referencia de los predicados normativos no es automática y podría requerir una justificación adicional. En la sentencia se puede apreciar cómo los jueces creen que viendo las fotografías se puede considerar verdadera la afirmación que califica jurídicamente las acciones de los acusados. Lo mismo ocurre en la premisa PS1-1-2. Es posible que el uso de estos «atajos argumentativos», en casos en los que la subsunción de los hechos probados no haya generado desacuerdo entre las partes, o en los que sea necesario preservar la intimidad de la víctima de un delito, no sea cuestionable. Pero en este contexto conviene hacer la aclaración para evitar confusiones.

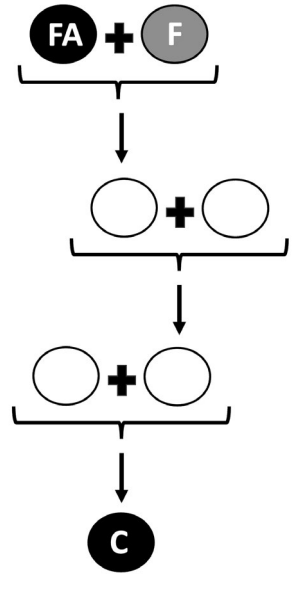

Fig. 4. La segunda argumentación en el caso *Doggett*.

Reconstrucción de la tercera argumentación
argumento central

P1: No se ha podido probar más allá de toda duda razonable que los acusados realizaran un acto de sodomía.
P2: El código penal castiga con pena de prisión los delitos de sodomía.
P3: El código procesal penal obliga a absolver a los acusados de un delito si no se pudiera probar más allá de toda duda razonable que hubieran realizado los actos castigados como delitos por el código penal.
C: Se absuelve a los acusados del delito de sodomía.

Argumento en apoyo de P1

PS1-1: Los acusados realizaron una conducta sexual en la que no se pudo probar más allá de toda duda razonable si el pene del hombre entró en contacto o penetró (aunque fuera levemente) el ano de la mujer[6].
PS1-2: Se entiende por «sodomía» la conducta sexual en el que el pene de una persona entra en contacto o penetra (aunque fuera levemente) el ano de otra persona.

Argumento en apoyo de PS1-1

PS1-1-1: Las fotografías son admisibles como evidencia en el proceso.
PS1-1-2: Las fotografías no muestran de forma clara y definitiva si el pene del hombre entró en contacto o penetró (aunque fuera levemente) el ano de la mujer.
PS1-1-3: En las fotografías no aparece claramente o de forma cierta si el pene del hombre entró en contacto o penetró (aunque fuera levemente) el ano de la mujer.
PS1-1-4: Las fotografías sugieren sobre la base de conjeturas y suposiciones, o podrían justificar una inferencia (de entre varias posibles) en apoyo de, que el pene del hombre entró en contacto o penetró (aunque fuera levemente) el ano de la mujer.
PS1-1-5: Si una fotografía muestra de forma clara o definitiva un hecho, o en ella aparece claramente o de forma cierta un hecho, entonces ese hecho *está* descrito o representado en ella más allá de toda duda razonable.
PS1-1-6: Si una fotografía solo puede sugerir un hecho sobre la base de conjeturas y suposiciones, o merced a una de entre varias inferencias posibles, entonces ese hecho *no está* descrito o representado en ella más allá de toda duda razonable.

En el gráfico de esta última argumentación (ver Fig. 5), además de las convenciones estipuladas anteriormente, se resalta la conclusión con la letra «A» para indicar que con ella se justifica la absolución del matrimonio Doggett por el delito de sodomía –en

6. Esta conjetura sobre el contenido de las fotografías en el caso *Doggett* no es el fruto de sesgos sexistas. La norma penal vigente en 1948 no penalizaba como «sodomía» la penetración anal (aunque fuera leve) con *dildos* u otros objetos, lo que permite descartar que el contenido de las fotografías pudiera haber sido la representación de un acto de *pegging* en el que la Sra. Doggett penetrara analmente a su marido.

realidad se revoca su condena previa–. También se incorpora una nueva convención: se indica con letras más oscuras dos de las premisas ubicadas en el argumento del último nivel. Con «RP» se señala el uso de una regla positiva para la valoración de la fotografía como elemento de prueba, y con «RN» el de una regla similar pero formulada en términos negativos.

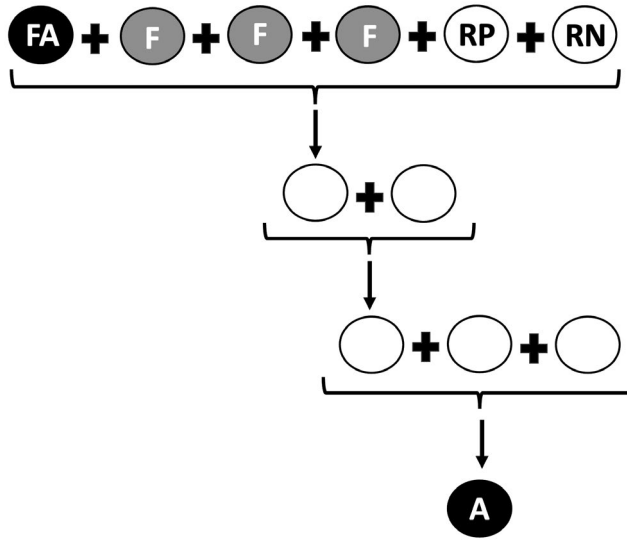

Fig. 5. La tercera argumentación en el caso *Doggett*.

4. LAS FOTOGRAFÍAS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La nueva reconstrucción de la argumentación contenida en la sentencia del caso *Doggett* es más completa y rigurosa que las anteriores. Con ella es posible abordar no sólo la pregunta general sobre la que giró el debate entre Dove y Groarke, sino las cuatro cuestiones particulares relacionadas con el uso de fotografías en la fundamentación de decisiones judiciales mencionadas al inicio de este trabajo: (i) ¿Qué tipo de apoyo ofrecen en una argumentación?, (ii) ¿Ese apoyo es el producto de un acto de percepción o de un proceso inferencial?, (iii) ¿Cómo transmiten las fotografías la información relevante y cómo influye eso en su valoración como medios de prueba?, y (iv) ¿Cómo se deberían integrar en la justificación de las decisiones judiciales?

No aspiro a responder todos estos interrogantes de manera directa valiéndome del análisis realizado, pues resultaría imposible hacerlo dentro de los límites de un solo artículo. El objetivo de esta sección es explorar las respuestas presupuestas por los jueces al fundamentar el fallo y contrastarlas con las que se derivan de las posiciones de los protagonistas del debate. No defenderé la corrección de las respuestas asumidas por los jueces al argumentar en el caso de prueba. Las utilizaré como punto de partida para reflexionar sobre su plausibilidad, su consistencia interna y su conexión con

posiciones teóricas más generales. Este enfoque no sistemático servirá para hacer un mapa aproximado de lo que debería contener una concepción articulada sobre el uso de las imágenes en la argumentación jurídica.

4.1. ¿Existen los argumentos visuales?

La reconstrucción muestra que no existen los argumentos visuales. Las fotografías ingresan en la argumentación a través de afirmaciones sobre su contenido que cumplen la función de premisas en los argumentos. Si el caso *Doggett* es un caso paradigmático del uso de imágenes en la argumentación, permite sostener que los llamados argumentos visuales están formados exclusivamente por elementos verbales.

La tesis no es novedosa, lo original es la forma de defenderla. He utilizado el mismo caso de prueba propuesto por quienes se oponen a ella –desde las otras dos posiciones en el debate sobre la naturaleza de los argumentos visuales– para mostrar su corrección. El mismo caso, además, pone en evidencia las fallas de sus estrategias argumentativas.

La reconstrucción de Dove (ver Fig. 1) es una generalización de la forma en la que entiende el fundamento de la condena –como el producto de un acto de percepción visual directa de la fotografía por parte de los jueces–. Pero se trata solo de una parte de la argumentación y su reconstrucción presupone aquello que pretende probar con ella. Groarke, por su parte (ver Fig. 2), se limita a afirmar que detrás de las formas que usa en su diagrama se podría apreciar que las fotografías se utilizan como premisas en el argumento con el que se decidió admitirlas como evidencias. Pero lo único que logra con su maniobra de «empaquetado gráfico» es eludir la carga de la prueba en la discusión. No sólo ignora el resto de la argumentación, sino que no ofrece ninguna razón para aceptar su versión de lo que hay detrás de sus diagramas. Si se examina esa parte de la fundamentación utilizando la nueva reconstrucción se puede apreciar que, en los argumentos en los que Groarke apoya su tesis, las fotografías también son incorporadas a través de enunciados lingüísticos que cumplen la función de premisas.

No sólo son débiles sus argumentos. Toda su estrategia argumentativa se resiente por la elección del caso de prueba. El uso de fotografías en una sentencia judicial no es un caso paradigmático apropiado para defender una concepción general sobre los argumentos visuales. En las sentencias judiciales se deben formular verbalmente los argumentos con los que se justifican las decisiones. Las fotografías se deben integrar en ellos necesariamente como afirmaciones sobre su contenido. En otras palabras: las sentencias judiciales presuponen aquello que deberían demostrar. Por otra parte, las fotografías son un tipo de imágenes aptas para servir como evidencias sobre hechos ocurridos en el pasado. Son muy diferentes a los dibujos, los retratos robots, los diagramas y las pinturas. En el caso *Doggett*, además, el contenido sexual explícito de las fotografías influyó en la manera en la que fueron utilizadas en la argumentación. El uso argumentativo de fotografías en una decisión judicial no constituye una base sólida para el tipo de generalización que aspiran a realizar quienes participan en el debate.

Todo lo dicho debilita también el alcance que puedo dar a mi posición en la discusión. La exigencia de explicitar los argumentos al motivar las sentencias judiciales las hace compatibles con tesis opuestas sobre la naturaleza de los argumentos visuales. Pero no terminan allí los problemas. Las argumentaciones judiciales ni siquiera son representativas de la manera en la que se usan las fotografías en la argumentación jurídica. En muchos actos procesales previos no solo se las utiliza, sino que se las reproduce en los textos argumentativos (i.e. demandas, informes, pericias, alegatos). La reconstrucción solo muestra que no existen los argumentos visuales *en el caso de prueba*, pero sus resultados no se pueden trasladar sin más al uso de otras imágenes ni al uso que se les da en otros contextos argumentativos[7]. Pero teniendo presente estas limitaciones, y evitando incurrir en generalizaciones inadecuadas, la reconstrucción que he realizado puede servir como punto de partida para explorar algunas de las cuestiones que suscita el uso de fotografías en las argumentaciones probatorias.

4.2. Las fotografías como evidencias

Un argumento es un conjunto de afirmaciones en el que una parte de ellas (las premisas) ofrecen soporte lógico para la verdad de otra (la conclusión). Esto significa que la verdad de la conclusión es una «función» de los valores de verdad de las premisas. En una función se relacionan dos tipos de variables. Las *variables independientes*, cuyo valor no depende del valor asignado a otra variable, y las *variables dependientes*, en las que su valor sólo se puede calcular teniendo en cuenta el valor de otras variables de la función. Las variables en los argumentos son las afirmaciones, entendidas como entidades lingüísticas con función descriptiva y susceptibles por ello de verdad o falsedad. El valor de verdad de la conclusión (variable dependiente) es el resultado de los valores de verdad de las premisas (variables independientes). En una argumentación, entendida como un conjunto de argumentos enlazados, ciertas afirmaciones utilizadas como premisas en alguno de los argumentos que la componen reciben soporte lógico de otras afirmaciones (variables dependientes) y otras simplemente se asumen como verdaderas (variables independientes). La verdad de las variables independientes depende de elementos externos al propio argumento.

La solidez del apoyo lógico depende de que efectivamente las variables independientes sean verdaderas, pero la manera de determinar si lo son no es incumbencia de la teoría de la argumentación ni de la lógica. La verdad de una afirmación en esos casos

7. El análisis realizado también pone de manifiesto la importancia que tiene la elección de los casos de prueba en este tipo de discusiones. Se deberían buscar ejemplos en los que no sólo se tenga acceso al texto argumentativo sino a las imágenes utilizadas como evidencias. De esa manera se los podría utilizar también para examinar la relación entre la manera en la que las fotografías se usan como evidencias en contextos argumentativos y las discusiones sobre la naturaleza de las reglas para la valoración de la prueba en procedimientos judiciales (Cruz Parcero y Laudan (eds.), 2010).

dependerá de su contenido y de la concepción sobre la verdad que se presuponga[8]. Si se utiliza como variable independiente en un argumento una afirmación sobre la realidad física, por ejemplo, será el conocimiento que aporta la física (metodológico, teórico y empírico) sobre esos aspectos de la realidad lo que permitirá determinar su verdad o falsedad. Las variables independientes son las que permiten conectar la argumentación con una realidad externa al texto argumentativo en el que está contenida.

En la reconstrucción del caso *Doggett* se puede apreciar que las afirmaciones que describen el contenido de las fotografías son variables independientes en todos los argumentos en los se utilizan. Pero no son las únicas. Hay otras afirmaciones que describen elementos externos al texto argumentativo. Se usan premisas que describen los contenidos de un documento legal y otras que describen lo que dijo un testigo en una declaración. Los estados de cosas a los que se refieren esas afirmaciones forman el conjunto de elementos de los que depende su verdad o falsedad. No forman parte de las propias afirmaciones ni de los argumentos en los que se emplean. Si un argumento se vale de afirmaciones sobre un virus no se nos ocurriría decir que el virus es el que verifica directamente esas afirmaciones, diríamos que esas afirmaciones se refieren al virus. Si lo que afirman sobre el virus se corresponde con las propiedades de la entidad-virus se las considera verdaderas y, en caso contrario, falsas (asumiendo una concepción de la verdad por correspondencia). Pero cuando ocurre lo mismo con afirmaciones sobre el contenido de ciertos textos normativos –o sobre el contenido de una fotografía– nos resistimos a aceptar estas explicaciones. Tendemos a creer que son los textos normativos o las fotografías los que se usan como premisas en la argumentación cuando en realidad son las entidades sobre los que se hace la afirmación y de los que depende su verdad o falsedad.

Cuando nos encontramos con premisas que no son apoyadas lógicamente por otras afirmaciones en una argumentación hemos llegado a sus límites, se trata de afirmaciones que se asumen como verdaderas, en otras palabras: nos hemos topado con lo que se denominan comúnmente los «hechos». ¿Qué pasa si alguien pone en duda la verdad de esas afirmaciones? Todo intento de defender su verdad (o su falsedad) exigirá la formulación de nuevos argumentos, transformará la variable independiente en una variable dependiente de la verdad de las afirmaciones que se utilicen para apoyar su verdad (o su falsedad). Moverá los límites entre la argumentación (entendida como un fenómeno verbal) y los aspectos de la realidad con los que está conectada.

Las premisas a las que llamamos «hechos» señalan los puntos de anclaje del texto argumentativo con la realidad extra-textual. En la referencia de algunas de esas afirmaciones se encuentran ciertas entidades materiales a los que se denomina «elementos de prueba» o «evidencias». De esos elementos externos al propio texto argumentativo depende su verdad o falsedad.

8. Los criterios de verdad varían según el concepto de verdad que se asuma, véase Khatchadourian (2011).

Dove (2012) considera que esta explicación es parcialmente incorrecta. Llegar al límite de la argumentación verbal no implica llegar al límite de la argumentación en un sentido más amplio de la expresión: porque allí todavía se podrían encontrar otros elementos no verbales «asociados» a los elementos verbales capaces de aportar un apoyo de naturaleza diferente a la verdad de las variables independientes. Esas entidades no lingüísticas son las «evidencias» y el apoyo que brindan a las premisas del argumento se denomina «apoyo probatorio». La verdad de las variables independientes en ese caso depende de un acto percepción sensorial que permite verificarla o refutarla directamente, sin que sea necesario llevar a cabo ningún tipo de inferencias.

La reconstrucción de la argumentación en el caso *Doggett* muestra que sus límites se encontraban más allá de donde los ubicaba Dove. Pero no resuelve el problema de fondo: ¿qué relación existe entre el acto de percepción visual –sin el cual no se podrían usar las fotografías como evidencias– y las afirmaciones que describen su contenido? ¿Hasta dónde se pueden mover los límites de una argumentación en esos casos sin toparse con un acto de percepción visual? Si aceptamos la forma en la que Dove explica los actos de percepción visual necesarios para captar el contenido de una fotografía, deberíamos darle la razón en la discusión. Nuestra reconstrucción de la argumentación en caso *Doggett* solo da cuenta del apoyo lógico que recibe la conclusión, pero no ofrece ninguna razón (ni a favor ni en contra) sobre la manera en la que deberíamos entender la relación entre el acto de mirar las fotografías y la verdad de las premisas que describen su contenido. Para poder darle la razón a Dove (o quitársela) es necesario examinar los argumentos con los que justifica su forma de entender los actos de percepción visual.

4.3. La percepción visual y el uso de fotografías como evidencias

Dove sostiene que la verdad de las afirmaciones en las que se describen ciertas evidencias se puede verificar, refutar o corroborar mediante un acto directo de percepción. Pone como ejemplo una argumentación en la que se usan como premisas afirmaciones sobre las huellas digitales halladas en el sitio en el que se ha cometido un delito para probar que cierta persona es la responsable. Lo mismo ocurre cuando se emplean fotografías como evidencias. En todos esos casos la verdad de la afirmación no se infiere, sino que se percibe. Dove distingue entre el proceso de inferir la verdad de una afirmación, en el que la verdad esta condicionada por la verdad de otras afirmaciones, y el proceso de percibir esa verdad, en el que la verdad es aprehendida «por comparación visual». Según su explicación, para verificar la verdad de una afirmación sobre el contenido de una fotografía, se debería comparar visualmente el contenido proposicional de la afirmación con el estado de cosas a los que se alude en ese contenido[9].

9. «I distinguish the *process of inferring*, in which a claim garners support conditionally upon the acceptance of some other claims, from *the process of perception*, whereby one apprehends the truth or falsity of a

Traslademos la explicación de Dove a la argumentación en el caso *Doggett*. Las fotografías registran la emulación mecánica de un acto de percepción visual realizado en el pasado, cuando se aportan en un proceso judicial ya no es posible acceder mediante los sentidos a ese estado de cosas pasado para efectuar la comparación. Para emplear las fotografías como evidencias, los jueces debieron comparar visualmente las imágenes percibidas en la fotografía con las imágenes transmitidas por el enunciado que describe su contenido. Según la explicación de Dove, en el acto de percibir las fotografías los jueces debieron comparar la imagen mental de algún acto de «perversión sexual oral» almacenada previamente en su memoria con las imágenes que vieron representadas en la fotografía. Solo pudieron comparar distintas imágenes mentales para verificar (o refutar) la verdad de las afirmaciones sobre las conductas sexuales pasadas del matrimonio Doggett. Cuando las dos imágenes fueron lo suficientemente similares consideraron verificada la verdad de la afirmación –justificando con ella la condena–, pero cuando las diferencias fueron mayores que las similitudes pensaron que la afirmación no podía aceptarse como verdadera y absolvieron a la pareja.

El problema es que para hacer todas estas «comparaciones visuales» es necesario llevar a cabo inferencias (Hofstadter y Sander, 2018). Una comparación visual no se puede entender como el producto de un acto de aprehensión visual directa: requiere dos imágenes diferenciables, un criterio de selección de las propiedades relevantes comparables en cada una de ellas y un criterio para determinar con que cantidad de propiedades comparables compartidas se considerará verificada (o, por el contrario, con que cantidad de propiedades relevantes comparables no compartidas se lo considerará refutada). Todos estos elementos se deben movilizar en un proceso de naturaleza inferencial, aunque se lleve a cabo de forma casi instantánea desde el punto de vista del sujeto cognoscente (Carruthers, 2017). El acto de percepción visual es el producto de inferencias inconscientes (Kandel, 2013), pero si el sujeto es forzado a reflexionar sobre el acto de comparación sobre el que basa la verificación o refutación de la afirmación, y a explicitar el proceso que ha llevado a cabo para hacerlo, no tendría inconvenientes para reconstruirlo verbalmente. Lo que permite *ver* algo al *mirar* una fotografía es un proceso cognitivo de naturaleza inferencial (Santibañez, 2018).

Dove explica todo acto de percepción como un acto de comparación visual, pero «comparar» es una operación compleja no reducible al producto de un mero acto de percepción. Aunque en ciertos casos se apoye en experiencias perceptivas una comparación siempre es el resultado de un proceso inferencial. Los propios términos con los que justifica la distinción entre «soporte lógico» y «soporte probatorio» muestran que en realidad se trata de dos procesos inferenciales. En el caso *Doggett* las inferencias que constituyen el soporte lógico para el contenido del acto de decisión están explícitamente formuladas en el texto. Las inferencias realizadas por los jueces para aceptar la verdad

claim *by visual comparison*. The statement verified is different from the configuration of objects that constitute the subject of the statement.» (Dove, 2012, pp. 228) [El resaltado me pertenece].

de las afirmaciones sobre el contenido de las fotografías se mantienen tácitas, pero las podrían haber expresado verbalmente si se les hubiera exigido justificar el soporte probatorio que le atribuyeron a las fotografías en su argumentación.

4.4. El contenido de las fotografías y la valoración de la prueba

En el caso *Doggett* todas las fotografías se admitieron como evidencias por ser auténticas, fidedignas y relevantes para la causa. Pero la fuerza probatoria que se les atribuyó a cada una de ellas fue diferente, incluso la misma fotografía fue valorada de forma distinta en el juicio y en la etapa de revisión. ¿Por qué las mismas fotografías son suficientes para aceptar la verdad de una afirmación sobre su contenido para algunos sujetos, pero no para otros? Mi objetivo no es abordar abiertamente esta cuestión (que requeriría un trabajo independiente), sino examinar la respuesta presupuesta en la resolución del caso de prueba e identificar los compromisos teóricos sobre los que se sostiene.

De la reconstrucción de la argumentación surgen ocho afirmaciones cuya verdad depende de las fotografías (en los diagramas precedentes están resaltadas en color más oscuro y señaladas con una «F», ver Fig. 3, 4 y 5). Si las analizamos veremos que se pueden reducir a cuatro tipos básicos:

Tipo 1: La fotografía (a) *posee las propiedades físicas P, Q… N*[10].
Tipo 2: La fotografía (a) *muestra* p[11].
Tipo 3: La fotografía (a) *representa* p[12].
Tipo 4: La fotografía (a) *sugiere* p[13].

En el primero se alude a las fotografías en cuanto objetos físicos y se les atribuye ciertos predicados empíricos cuyo significado depende del conocimiento que se tenga sobre el funcionamiento de los dispositivos y de los procedimientos técnicos con los que fueron creadas. Son similares a cualquier otra afirmación en la que se atribuya cierta propiedad empírica a un objeto particular creado artificialmente, de la forma «P(a)». Por ejemplo, «El automóvil (a) no conserva el color de pintura original», «El libro (a) tiene algunas hojas mal guillotinadas», o «El bote inflable (a) presenta una fisura imperceptible a la vista por la que pierde aire». Determinar la verdad de este tipo de afirmaciones puede requerir el dominio de ciertos conocimientos técnicos sobre la manera en la que son creadas las entidades artificiales a las que se refieren. En el caso *Doggett*, por ejemplo, se apeló a un perito para determinar la verdad de afirmaciones sobre la técnica de revelado empleado o sobre el uso de la cámara con la que habían sido tomadas las fotografías.

10. Las premisas PS2-2-1 y PS2-3-1 de la primera argumentación son de este tipo.
11. Las premisas que responden a esta tipología son la PS1-1-2 de la segunda, y las PS1-1-2 y 3 de la tercera.
12. Son de este tipo las premisas PS2-1-3 y PS2-1-4 de la primera argumentación.
13. Posee esta estructura la premisa PS1-1-4 de la tercera argumentación.

Las afirmaciones de los otros tres grupos tienen una característica en común: en todas ellas se atribuye a las fotografías ciertos contenidos proposicionales. Lo que las diferencia es la manera en la que expresan esos contenidos. Las fotografías ya no son consideradas solo como entidades empíricas sino como *entidades significantes*. Es esta propiedad de las imágenes la que ocasiona la mayor parte de las discusiones sobre la naturaleza de los argumentos visuales. Las premisas que responden a los tipos 2, 3 y 4 son afirmaciones en las que se atribuye cierto significado a las fotografías, son afirmaciones en las que se interpretan las fotografías.

¿De qué depende la verdad de este tipo de afirmaciones? Según Dove de un conjunto de propiedades observables, accesibles directamente a través del sentido de la vista para cualquier sujeto cognoscente. Es por ello que la corroboración, verificación o refutación de su verdad solo requiere un acto directo de percepción, no exige realizar ningún tipo de inferencia. Solo basta con dirigir la vista hacia la fotografía –mirarla– para ver en ella aquello que permite verificar (o refutar) la verdad de una afirmación sobre su contenido. Si se pidiera una justificación de esa verdad sólo se podría poner a disposición de quien la haya solicitado la fotografía para que la viera por sí mismo. Si se acepta esta posición, se debería concluir que resulta conceptualmente imposible argumentar en apoyo de la verdad de las afirmaciones que describen el contenido de una fotografía.

¿Es compatible esta explicación con las distinciones realizadas en la argumentación del caso *Doggett*? Lo primero que debemos hacer es buscar las razones con las que se podría sostener la diferencia entre «mostrar p», «representar p» y «sugerir p» cuando se aplican a los significados que es posible atribuir a una fotografía. Los jueces no introdujeron esas distinciones en el fallo de manera inadvertida, sino para hacer una valoración probatoria diferente de las distintas fotografías, valiéndose de distintas reglas de valoración de la prueba en cada caso. De esas diferencias verbales dependieron tanto la condena como la absolución de los acusados. Por ello es relevante determinar si existen razones teóricas capaces de justificarlas.

Del fallo se desprende que la misma fotografía es capaz de *mostrar* que la superficie del cuerpo de dos seres humanos entran en contacto en una zona en particular, de *representar* una conducta sexual entre dos personas y *sugerir* que el pene de una persona esta penetrando el ano de la otra. Si el objeto significante es el mismo y la experiencia perceptiva que es capaz de producir en un sujeto es la misma cada vez que lo mira, ¿cómo explicar que se puedan ver en él contenidos diferentes? ¿Cómo explicar qué se le puedan atribuir distintos significados al mismo objeto y con ello hacer verdaderas o falsas distintas afirmaciones interpretativas sobre su contenido? Una primera respuesta surge de forma casi automática: el contenido de una fotografía no depende exclusivamente de sus propiedades observables. Si aceptamos la distinción supuesta en el uso de las fotografías como evidencias en el caso *Doggett* debemos rechazar las tesis de Dove sobre la forma en la que la percepción permite verificar directamente la verdad de ciertas afirmaciones sobre el contenido de una imagen. Pero sigue pendiente la cuestión de si

es posible dotar de fundamento teórico a esas distinciones verbales y a las consecuencias prácticas que los jueces derivaron de ellas.

Teniendo en cuenta que el fallo emplea las fotografías como entidades significantes, la disciplina en la que se debería comenzar a buscar sus fundamentos es la semiótica, cuyo objeto de estudio son ese tipo de entidades a las que denomina «signos». Compararé algunas concepciones de «signo» desde las que se podría dar sentido a esas diferencias, señalando en cada caso algunas de las consecuencias que generaría su adopción en el plano práctico que preocupa a los juristas: la valoración de la prueba y la motivación de las decisiones judiciales. La semiótica fue concebida con el nombre de «semiología» por Ferdinand de Saussure (Saussure 1991) y desarrollada como una «teoría semiótica» por Charles Sanders Peirce (1986). Por ello empezaré esta exploración inicial en sus trabajos, que desde concepciones filosóficas diferentes sentaron las bases de la disciplina, y la finalizaré en la obra de uno de sus máximos cultores en el siglo xx: Umberto Eco (1991).

Para Saussure el signo es una entidad de dos caras (como una moneda o un medallón): el significante y una imagen mental que está unida a él (el significado). El significado es una relación diádica entre un objeto-significante y una imagen mental. Si se explica el significado de una fotografía con esta concepción se debería decir que la fotografía-objeto es el significante y que las imágenes mentales que genera en quien la mira serían su significado. Aplicándola al caso *Doggett* se puede afirmar que una de las fotografías estaba unida con cierta imagen en la mente del juez (su significado para el juez): la imagen mental de la comisión de un acto de perversión sexual oral por parte de los acusados. La otra fotografía en cambio era polisémica, estaba unida a distintas imágenes mentales, una de ellas era las de los acusados cometiendo el delito de sodomía, pero no era la única. En el primer caso la fotografía *mostraba* el acto de perversión sexual oral, en el segundo caso –aunque *representara* la realización de un acto de naturaleza sexual (todas las imágenes asociadas pertenecieran al mismo género)– solo era capaz de *sugerir* la comisión de un acto específico de sodomía (sólo una conjetura permitiría elegir entre ese conjunto de imágenes posibles la de la especie de acto castigado penalmente).

En la primera instancia del procedimiento, no obstante, la misma fotografía sirvió de único fundamento para la condena por sodomía. Un grupo de sujetos (los miembros del jurado) vieron en ella sólo la comisión de un acto sexual de ese tipo. La misma fotografía que tenía distintos significados posibles para algunos sujetos, tenía sólo uno para otros. El significado no depende únicamente de la relación entre el significante y la imagen mental asociada a él. El juez de segunda instancia afirmó que la primera fotografía mostraba claramente la comisión de un acto de sodomía (en los términos exactos en los que la definía el código penal vigente)[14]. Pero sólo un sujeto que conociera la manera en la que las leyes penales vigentes describen esos dos delitos sería capaz de atribuir ese significado tan específico a las fotografías. El significado depende de alguna

14. «… These pictures… clearly and completely show a violation of section 288a by these defendants.»

manera del sujeto interpretante. El último problema que traería aparejada la adopción de la concepción de Saussure es que en ella el signo no tiene ninguna conexión con objetos de la realidad. El concepto de referente no está presente en su explicación, lo que impediría que las fotografías pudieran servir como anclaje empírico de la argumentación. Para dar cuenta de la diferencia entre un significado mostrado y un significado sugerido –esto es de que existen distintas formas en las que un signo significa–, de la relevancia que tiene el conocimiento de quien mira la fotografía para atribuirle significado, y del uso de las fotografías como punto de conexión del discurso argumentativo con una realidad externa a él, es necesario adoptar una concepción de «signo» diferente.

Peirce (1988: 142) explica el significado como el producto de una relación tríadica entre el signo, el objeto y el interpretante. La relación entre el objeto significante (*representamen*), aquello que significa y la posición de sujeto desde la que significa, no puede ser reducida a un complejo de relaciones diádicas entre ellos. Peirce clasifica los signos en tres grandes tipos: índices, iconos y símbolos. Los índices presentan una correspondencia punto por punto con aquello que significan (las huellas, por ejemplo, significan que un objeto físico de un peso determinado se apoyó en la zona en la que se encuentran), los iconos guardan una relación de semejanza con aquello que significan (como ocurre con los retratos) y los símbolos están en una relación arbitraria con aquello que significan (el banderín color azul que significa que estamos en una zona segura para darse un baño en el mar).

¿Cómo explicar la manera en la que las fotografías significan usando esta concepción? Las fotografías son *índices*: ciertos objetos o eventos ocurridos en el pasado causan una impronta física en el dispositivo con la que son creadas. En este sentido las fotografías son capaces de *mostrar* ciertos rasgos de la incidencia de la luz sobre los objetos que representan punto por punto, con lo que pueden mostrar la ubicación espacial de un cuerpo en el momento en el que fue tomada, o la distancia que lo separaba de otro, o incluso si estaba en contacto con otro cuerpo y cuál era la zona de contacto entre ellos. Pero las fotografías también son *iconos*, guardan una semejanza con los objetos o eventos que constituyen su significado. La imagen de mi abuela en una fotografía indudablemente no es mi abuela, pero se parece mucho a como se veía mi abuela en el momento en el que fue tomada, por eso puedo decir que la fotografía *representa* a mi abuela. Por último, las fotografías también pueden ser *símbolos*, relacionarse de forma más o menos arbitraría con ciertos significados: una paloma volando con sus alas desplegadas y con una ramita en el pico significa un concepto muy abstracto como el de «paz», o, para volver a nuestro ejemplo jurídico, una pareja desnuda en la que el hombre se encuentra detrás de la mujer puede significar que el hombre esta penetrando analmente a la mujer –o cometiendo un acto de sodomía para el ojo experto de un juez–. En ese caso las fotografías *sugieren* esos contenidos. El problema es que para Peirce las imágenes (incluyendo las fotografías) son iconos, significan porque se parecen al objeto, y los taxones de su clasificación son mutuamente excluyentes. Esta forma de entender la concepción de Peirce constituye un avance respecto a una concepción diádica del

signo, pero aún impide explicar todos los usos argumentativos de las imágenes en la sentencia del caso *Doggett*.

Según Eco (1991), para que se pueda atribuir significado a un objeto, para que se lo pueda entender como un «signo», es necesario presuponer la existencia de un código en la posición del interpretante que es el que permite establecer la conexión inferencial entre el significante y el significado. La huella significa que un animal determinado pisó esa superficie porque hay una regla que el sujeto que la interpreta como un signo conoce y que le lleva a inferir un hecho del otro. Si se cambia el código, el mismo objeto puede entrar en relación con otros fenómenos diferentes –puede tener otro significado–. La misma huella puede significar «mi padre ha llegado a casa temprano hoy», por ejemplo, o «mi hermano intenta asustarme otra vez». La fuerza de la relación establecida por ese código para ambos fenómenos también puede variar en su intensidad, dando lugar a distintas formas de significar: indexicalidad, iconicidad y simbolización (en relación con un orden decreciente de fuerza en la codificación). O incluso el mismo objeto podría no sólo tener distintos significados sino expresar distintas formas de significar según el código utilizado por el interprete.

Las fotografías estarían en esta situación en el caso *Doggett*: que sean capaces de *mostrar*, *representar* o meramente *sugerir* no depende de las fotografías en sí mismas, sino del código utilizado para interpretarlas por los jueces. Esta manera de entender el significado de las fotografías supone que sólo significan en la medida en que se las coloca en una relación inferencial con otros elementos. Afirmar que una fotografía *muestra* p, r*epresenta* p o solo *sugiere* p implica haber realizado diferentes inferencias con ellas. Una fotografía funciona como evidencia en la medida en la que se realice una inferencia a partir de ella, la conclusión de esa inferencia es el significado o contenido de la fotografía. Esta se puede realizar de forma instantánea o inconsciente por parte del intérprete, pero si no hubiera realizado ese tipo de inferencia no habría podido *ver* nada en ese trozo de papel manchado (o en esa pantalla titilante), ni siquiera habría entendido que estaba frente a lo llamamos una «fotografía». A diferencia de lo que supone la concepción de Dove, si alguien le pide al intérprete que justifique por qué considera que la fotografía *muestra* p, *representa* p o *sugiere* p, este no solo podría (sino que debería) explicitar la inferencia realizada, debería ser capaz de expresar verbalmente el conjunto de creencias que le llevaron a interpretar de esa manera la fotografía. En otras palabras, podría argumentar en apoyo de la verdad de sus afirmaciones.

4.5. Las fotografías y la justificación de las decisiones judiciales

La relación de «apoyo probatorio» entre las evidencias y las premisas de un argumento es de carácter inferencial. El apoyo que brindan las fotografías en una argumentación no es distinto al que ofrecen otro tipo de evidencias. Sólo parecen diferentes porque en ocasiones la inferencia no se expresa verbalmente. En esos casos la falta de argumentación explícita no es el resultado de la imposibilidad de transmitir verbalmente el proceso que

conduce al conocimiento del contenido proposicional de las fotografías, por tratarse de un proceso de aprehensión directa a través de los sentidos. Las inferencias involucradas en el acto de percepción visual se llevan a cabo de manera inconsciente, lo que ofrece una (ilusoria) experiencia de inmediatez al propio sujeto cognoscente (Kandel, 2013). Pero podría identificarlas y comunicarlas (aunque fuera parcialmente) si se le pidiera que justificara la verdad de las proposiciones que atribuye a las fotografías. El sujeto debería hacer un esfuerzo –que no haría de manera espontánea– para reconocerlas y verbalizarlas (Carruthers, 2017).

En el caso *Doggett* la justificación argumentativa de la decisión no debía detenerse necesariamente en los enunciados «F» de nuestro diagrama. Se detuvo allí en parte porque en el ámbito jurídico se suele presuponer una forma equivocada de entender el uso de las fotografías como evidencias –una concepción que se refleja en los textos de Dove y Groarke–. Si la abandonamos podremos comenzar a exigir que los jueces y juezas justifiquen afirmaciones que en la actualidad pueden asumir como hechos sin dar razones para ello. Pero que se pueda hacer no quiere decir que se deba hacer. En ciertos casos, el ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los justiciables (correlato de la obligación de los órganos jurisdiccionales de motivar sus decisiones) puede verse condicionado por el ejercicio de otros derechos (como el derecho a la intimidad de las víctimas de ciertos delitos sexuales). En esos casos puede resultar incluso obligatorio no expresar verbalmente el proceso inferencial por el que se atribuyó cierto valor probatorio a una fotografía.

Se podría alegar que sustraer deliberadamente del control intersubjetivo una parte –en ocasiones esencial– de la justificación de la decisión podría vulnerar seriamente el derecho a la legítima defensa y a la presunción de inocencia de los acusados. Este perjuicio, además, sería irreparable, porque las normas impiden la revisión de los actos de valoración de la prueba por parte de los tribunales de segunda instancia. Esta objeción sólo prosperaría si se asumiera como cierta la explicación que ofrece Dove de la relación de «apoyo probatorio» entre las fotografías y las afirmaciones sobre su contenido proposicional. Una vez reconocido que el proceso por el cual se atribuyen contenidos proposicionales a las imágenes es de naturaleza inferencial pierde todo su fundamento.

Los órganos jurisdiccionales de apelación reconocen varias excepciones en la normativa que impide revisar la valoración de la prueba realizada por sus pares de primera instancia. El Tribunal Supremo Español, por ejemplo, sostiene que no puede suplantar la valoración del tribunal sentenciador «de las pruebas apreciadas de manera directa» salvo «irracionalidad o arbitrariedad» manifiestas. Coloca en ese grupo a las declaraciones testificales y a las manifestaciones realizadas por los imputados en audiencia pública. En una sentencia reciente afirma que «a esta sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en la que ambas sean coincidentes». Pero admite que puede revisar la «estructura racional» de la valoración de la prueba realizada en primera instancia, controlar que «de la prueba practicada se

infiere racionalmente la comisión del hecho y la participación de los acusados sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el íter discursivo del tribunal sentenciador que conduce desde la prueba al hecho probado.»[15]

Las fotografías no son medios de prueba que se aprecian de manera directa durante la audiencia del juicio y en cuya valoración no puedan ser suplantados los jueces que las llevan a cabo. Puede ocurrir que en la sentencia de primera instancia no se consigne verbalmente el proceso inferencial que lleva de las fotografías a las afirmaciones sobre su contenido aceptadas como verdaderas en la justificación de la decisión. Esto no implica que la valoración haya sido el producto de un acto de percepción directa. Cuando el TS alude al «íter discursivo» no se debe entender como «íter verbal» sino como «íter inferencial». En la medida en la que toda atribución de contenido proposicional a una fotografía es el resultado de una inferencia, los tribunales revisores pueden «valorar su razonabilidad» sin necesidad de que haya sido expresamente formulada en la sentencia. Si las fotografías no son medios de prueba que requieran ser apreciadas de manera directa, el tribunal revisor podría reemplazar la valoración del tribunal sentenciador comparando las inferencias que hubo realizado con aquellas que lleve a cabo de forma independiente, para comprobar si «dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad». Para hacerlo no necesita contar con la descripción explícita de los contenidos atribuidos a las fotografías –si con ella se pudiera violar el derecho a la intimidad de la víctima o de otras personas–, máxime cuando su ausencia no menoscaba el derecho a la legítima defensa de los acusados. Todo esto también se puede apreciar en la reconstrucción de la sentencia de la Cámara de Apelaciones de California en el caso *Doggett*.

5. CONCLUSIONES

En este trabajo analicé un debate reciente sobre la naturaleza de los argumentos visuales en el que sus protagonistas asumieron como caso de prueba la decisión judicial en el caso *People v Doggett*. Utilicé ese mismo caso para mostrar que las dos concepciones enfrentadas estaban equivocadas y para sostener que no existen los «argumentos visuales». Pero mi posición se vio reforzada y debilitada al mismo tiempo por apelar a esta estrategia argumentativa. La argumentación judicial presupone la naturaleza verbal de los argumentos en los que se emplean imágenes –o al menos la posibilidad de que la información que aportan sus elementos visuales se pueda introducir mediante expresiones lingüísticas–. La obligación de explicitar los argumentos en la motivación de las sentencias las transforma en ejemplos que pueden coexistir con concepciones opuestas sobre la existencia de los argumentos visuales. No obstante, la nueva reconstrucción del caso *Doggett* me permitió reflexionar de forma no sistemática sobre los presupuestos

15. TS, Sala Penal, Sección 1.ª, Sentencia No. 463/2016, del 31 de mayo.

teóricos en los que se asienta el uso de las fotografías en las argumentaciones probatorias. Este mapa inicial de lo que debería contener una concepción general sobre el uso de argumentos visuales en la argumentación jurídica es el aporte más valioso que ha dejado el examen del debate entre Dove y Groarke.

En la reconstrucción de la argumentación contenida en la sentencia se pudo apreciar que las fotografías ingresan en la argumentación como afirmaciones sobre su contenido proposicional (significado) y en el proceso de toma de decisiones como los objetos de los que depende la verdad de esas afirmaciones (evidencias). Existe una relación entre las distintas formas en las que una fotografía comunica su significado y la fuerza probatoria que los jueces les atribuyen al justificar sus decisiones. Para dar cuenta de ella es necesario asumir una posición teórica capaz de explicar (i) las distintas modalidades con las que una fotografía puede transmitir contenidos proposicionales que los jueces dieron por supuestas al fundamentar su sentencia (*mostrar* p, *representar* p y *sugerir* p), y (ii) los procesos cognitivos relacionados con la percepción visual ineludibles para la determinación de la verdad de esas proposiciones. La propuesta semiótica de Umberto Eco nos permitió explicar todos los rasgos presentes en la reconstrucción del caso *Doggett* y se mostró como una línea de investigación prometedora (en la que se debería profundizar) para reflexionar sistemáticamente sobre el control intersubjetivo de la justificación de las decisiones judiciales en materia probatoria. Si se comprende la naturaleza inferencial del proceso que permite *ver* algo al *mirar* una fotografía se podría exigir a los jueces y juezas la explicitación de parte de esos argumentos cuando justifican sus decisiones. Se trata, no obstante, de una primera aproximación sobre los elementos que se deberían integrar en una futura concepción articulada sobre el tema. No se debe confundir el problema general sobre el uso de las imágenes en la argumentación con el de la valoración probatoria de las fotografías en un proceso judicial (por más que se encuentren estrechamente relacionados), ni tampoco pensar que los resultados obtenidos en esta investigación se pueden generalizar sin más al uso de otro tipo de imágenes en la argumentación.

En futuros trabajos se debería examinar el uso argumentativo de entidades más complejas –como las secuencias de fotografías y las filmaciones–, y más simples –como las pinturas, dibujos y diagramas–, teniendo en cuenta los distintos contextos y las distintas funciones que pueden cumplir en ellos, antes de evaluar la plausibilidad de destilar una posición sistemática a partir de los solapamientos detectados. James Joyce dijo que los hechos futuros proyectan antes sus sombras; si están dispuestos a creerle, en este trabajo no sólo habrán encontrado el análisis de una disputa teórica particular sino la sombra de esa futura concepción general sobre el uso de las imágenes en la argumentación jurídica.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcolea-Banegas, J. (2009). «Visual arguments in film», *Argumentation*, 23 (2), 259-275. DOI: 10.1007/s10503-008-9124-9.

Blair, J. A. (2012a). «The possibility and actuality of visual arguments», in Blair, J. Anthony, *Groundwork in the Theory of Argumentation. Selected Papers of J. Anthony Blair*, Dordrecht, Springer, 205-227. DOI 10.1007/978-94-007-2363-4_16.

Blair, J. A. (2012b). «The rhetoric of visual arguments», en Blair, J. Anthony, *Groundwork in the Theory of Argumentation. Selected Papers of J. Anthony Blair*, Dordrecht, Springer, 261-279. DOI 10.1007/978-94-007-2363-4_19.

Blair, J. A. (2015). «Probative norms por multimodal visual arguments», *Argumentation*, 29, 217-233. DOI 10.1007/s10503-014-9333-3.

Brown, J. R., (1997). «Proofs and pictures», *British Journal for the Philosophy of Science*, 48 (2), 161-180.

Carruthers, P. (2017). «The Illusion of conscious thought» *Journal of Consciousness Studies*, 24 (9-10), 228-252.

Cruz Parcero, J. A. y Laudan, L. (eds.) (2010), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México, UNAM.

Dove, I. J. (2002). «Can pictures prove?», *Logique et Analyse*, (179-180), 309-340.

Dove, I. J. (2012). «On images as evidence and arguments», en Frans Van Eemeren y Bart Garssen (eds), *Topical Themes in Argumentation Theory. Twenty Exploratory Studies*, Dordrecht, Springer, 223-238. DOI 10.1007/978-94-007-4041-9_15.

Eco, U. (1991). *Tratado de semiótica general*. Barcelona, Lumen.

Eisenman, S. (2007). *The Abu Ghraib Effect*, London, Reakrion Books.

Fleming, D. (1996). «Can pictures be arguments», *Argumentative and Advocacy*, 33 (1), 11-22.

Godden, D. (2017). «On the norms of visual argument: A case for a normative non-revisionism», *Argumentation*, 31 (2), 395-431. DOI: 10.1007/s10503-016-9411-9.

Groarke, L. (1996). «Logic, art and argument», *Informal Logic*, 18 (2), 105-129.

Groarke, L. (2009). «Five theses on Toulmin and visual arguments», en Frans Van Eemeren y Bart Garssen (eds), *Pondering on Problems of Argumentation. Twenty Essays on Theoretical Issues*, Dordrecht, Springer, 229-239. DOI: 10.1007/978-1-4020-9165-0_16.

Groarke, L. (2013). «On Dove, visual evidence and verbal repackaging», en Mohammed, D. & Lewinski, M. (eds.), *Virtues of Argumentation. Proceedings of the 10 th International Conference of the Ontario Society for the Study of Argumentation*, Windsor, OSSA, 1-8.

Hariman, R. (2015). «Between confusion and boredom in the study of visual argumentation», *Argumentation*, 29, 239-242. DOI: 10.1007/s10503-015-9346-6.

Hariman, R. y J. L, Lucaites, *The Public Image. Photography and Civic Spectatorship*, Chicago, University of Chicago Press, 2016.

Hofstadter, D. y Sander, E. (2018). *La analogía. El motor del pensamiento*, Barcelona, Tusquets.

Hoven, P. van der (2012). «The narrator and the interpreter in visual and verbal argumentation», en Frans Van Eemeren y Bart Garssen (eds), *Topical Themes in Argumentation Theory. Twenty Exploratory Studies*, Dordrecht, Springer, 257-271. DOI 10.1007/978-94-007-4041-9_17.

Johnson, R. H. (2005). «Why "visual arguments" aren't arguments», en H. V. Hansen, C. Tindale, J. Anthony Blair, y R. H. Johnson (eds.), *Informal Logic at 25*, Windsor, University of Windsor, 6-17.

Kandel, E. R. (2013). *La era del inconsciente. La exploración del inconsciente en el arte, la mente y el cerebro*. Barcelona, Paidós.

Khatchadourian, H. (2011). *Truth: Its Nature, Criteria and Conditions*, Frankfurt, Ontos.

Kjeldsen, J. E. (2012). «Pictorial argumentation in advertising: Visual tropes and figures as a way of creating visual argumentation», en Frans Van Eemeren y Bart Garssen (eds), *Topical Themes in Argumentation Theory. Twenty Exploratory Studies*, Dordrecht, Springer, 239-255. DOI 10.1007/978-94-007-4041-9_16.

Kjeldsen, J. E. (2015). «Where is visual argument», en Frans Van Eemeren y Bart Garssen (eds.), *Reflections on Theoretical Issues in Argumentation Theory*, Heidelberg, Springer, 107-117. DOI 10.1007/978-3-319-21103-9_8.

Kjeldsen, J. E. (2018). «Visual rhetorical argumentation», *Semiotica*, 220, 69-94. DOI:10.1515/sem-2015-0136.

Leuenberger, C. (2013). «The rhetoric of maps: International law as a discursive tool in visual arguments», *LEHR*, 7 (1), 73-107. DOI: 10.1515/lehr-2013-0002.

Mnookin, J. (2014). «Semi-legibility and visual evidence: An initial exploration», *Law, Culture and the Humanities*, 10 (1), 43-65. DOI: 10.1177/1743872111435998.

Mnookin, J. y West, N. (2001). «Theaters of proof: Visual evidence and the law in *Call Northside 777*», *Yale Journal of Law & Humanities*, (13), 330-402. DOI: 10.2139/ssrn.292095.

Mouser, J. E. y J. Philbin. (1957). «Photographic evidence: Is there a recognized basis for admissibility? », *Hasting Law Journal*, (8), 310-314.

Peirce, C. S. (1986). *La ciencia de la semiótica*. Buenos Aires, Nueva Visión.

Peirce, C. S. (1988). *El hombre, un signo. El pragmatismo de Peirce*, Barcelona, Crítica.

Roque, G. (2012). «Visual argumentation: A further repraisal», en Frans Van Eemeren y Bart Garssen (eds), *Topical Themes in Argumentation Theory. Twenty Exploratory Studies*, Dordrecht, Springer, 273-288. DOI 10.1007/978-94-007-4041-9_18.

Roque, G. (2015). «Should visual arguments be propositional in order to be arguments?», *Argumentation*, 29, 177-195. DOI: 10.1007/s10503-014-9341-3.

Santibañez, C. (2018). «Arguing with images as extended cognition», *Informal Logic*, 38 (4), 531-549. DOI:10.22329/il.v38i4.5052.

Saussure, F. de (1991). *Curso de lingüística general*, Madrid, Akal.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 73-103
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.4

Metateoría pragmatista para una teoría de las normas jurídicas

Pragmatist Metatheory for a Theory of Legal Norms

Pedro Caballero Elbersci

Autor:
Pedro Caballero Elbersci
Universidad de Monterrey y Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, México
pedro.caballero@udem.edu
https://orcid.org/0000-0002-5142-1169

Recibido: 20/4/2021
Aceptado: 30/8/2022

Citar como:
Caballero Elbersci, Pedro (2023). Metateoría pragmatista para una teoría de las normas jurídicas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 73-103. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.4

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Pedro Caballero Elbersci

Resumen

En este trabajo se analiza la cuestión metateórica, con respecto a las teorías del derecho, sobre en qué lugar de nuestra realidad se encuentran las normas, en general, y las normas jurídicas, en particular. La dilucidación de esta cuestión es previa, explicativamente, con respecto a algunas preguntas centrales de las teorías del derecho, por ejemplo, en qué sentido específico el derecho está compuesto por un conjunto de normas. Desde este punto de vista se entiende que, para ofrecer una respuesta precisa a la pregunta precedente, se debería saber de antemano en donde se encuentran las normas, esto es, en qué dimensión de nuestra realidad deberíamos buscar para encontrarlas. Esta es la tarea que se lleva a cabo en este artículo. En el desarrollo de esta tarea, en primer lugar, se rechaza el platonismo, i.e., que las normas se encuentran en una dimensión abstracta e independiente de nuestra realidad concreta. En segundo lugar, se rechaza el mentalismo, i.e., que las normas se encuentran, prioritariamente, en la mente de los individuos. En este punto se rechaza también el orden de explicación representacionalista sobre la intencionalidad, que está en la base de muchas teorías contemporáneas del derecho. En tercer lugar, se defiende el pragmatismo sociolingüístico, i.e., que las normas se encuentran, prioritariamente, en las prácticas sociolingüísticas de una comunidad. En cuarto lugar, se defiende una versión particular del pragmatismo sociolingüístico, i.e., que las normas se encuentran, prioritariamente, en la práctica sociolingüística, normativa, histórica y racional de una comunidad.

Palabras claves: Platonismo; mentalismo; pragmatismo sociolingüístico; Wittgenstein; Brandom; normas jurídicas.

Abstract

This article analyses the metatheoretical question, regarding legal theories, about where in our reality are the norms, in general, and the legal norms, in particular. The elucidation of this question is explanatorily previous to some central questions of the legal theories, for example, in what specific sense law is composed of a set of norms. From this point of view, it is understood that to offer a precise answer to this question it should be known in advance where the norms are found, that is, in what dimension of our reality we should search to find them. This is the task that is carried out in this article. In the development of this task, in the first place, Platonism is rejected, i.e., that norms are found in an abstract and independent dimension of our concrete reality. Second, mentalism is rejected, i.e., that norms are primarily found in the minds of individuals. At this point, the representationalist order of explanation about intentionality, which is at the base of many contemporary legal theories, is also rejected. Third, sociolinguistic pragmatism is defended, i.e., that norms are primarily found in the sociolinguistic practices of a community. Fourth, a particular version of sociolinguistic pragmatism is defended, i.e., that norms are found in the sociolinguistic, normative, historical, and rational practice of a community.

Keywords: Platonism; mentalism; sociolinguistic pragmatism; Wittgenstein; Brandom; legal norms.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo presento una investigación acerca del lugar o dimensión en donde se encuentran las normas, en general, y las normas jurídicas, en particular. Esta cuestión es explicativamente previa con respecto a ciertas cuestiones centrales y fundamentales de las teorías generales del derecho. Por ejemplo, las teorías generales del derecho proponen explicaciones rigurosas acerca de qué es el derecho (o, en otras declinaciones, qué tipo de fenómeno es el derecho, cuál es el concepto de derecho, cuál es la naturaleza del derecho, cuál es la estructura principal del derecho, etcétera). Las respuestas a esta pregunta (¿qué es el derecho?), al menos por parte de los teóricos del derecho de tradición analítica, suelen comenzar por la siguiente afirmación: el derecho está compuesto central o paradigmáticamente por *normas* (jurídicas)[1]. Así las cosas, la cuestión sobre el lugar en donde se encuentran las normas es explicativamente previa con respecto a esta afirmación central de las teorías analíticas del derecho, al menos desde Hans Kelsen (1934) o quizá más bien desde John Austin (1832) o Jeremy Bentham (1780).

La argumentación que desarrollo en este trabajo expresa, por un lado, las razones por las cuales sostengo, desde un punto de vista crítico, que hay dos perspectivas

1. Coloco el adjetivo *jurídicas* entre paréntesis porque en este capítulo y en el siguiente no pretendo ofrecer, de manera directa, un concepto o teoría particular de derecho que sirva para dar cuenta de aquello que hace que ciertas normas sean específicamente jurídicas. Aunque vale la pena reconocer que los compromisos metateóricos conceptuales y explicativos que asumiré en este trabajo funcionan como restricciones conceptuales y explicativas con respecto a ciertos compromisos teóricos que podría asumir acerca del derecho.

filosóficas –i.e., el platonismo y el mentalismo– que son infructíferas para el desarrollo de una explicación teórica adecuada acerca de las normas. Por el otro lado, las razones por las cuales sostengo, desde un punto de vista propositivo, que hay una tercera perspectiva filosófica –i.e., el pragmatismo– que es fructífera para ofrecer una explicación teórica adecuada acerca de las normas.

Esta propuesta se desarrolla con la convicción en que la perspectiva filosófica que propone el tipo de pragmatismo que suscribiré en este trabajo puede ser beneficiosamente utilizada por las teorías del derecho para explicar las características centrales y el funcionamiento de las normas. Me refiero, más precisamente, a la explicación de las siguientes cuestiones: qué tipos de entidades son las normas –i.e., ontología–, cómo adquieren existencia –i.e., metafísica–, cómo se instituye y determina su contenido de significado–i.e., pragmática y semántica–, cómo las conocemos, si es que las conocemos, y qué tipo de conocimiento sería aquel que estamos en condiciones de alcanzar –i.e., epistemología–, y qué es aquello que hace que un cierto conjunto de normas pueda ser calificado como específicamente jurídico –i.e., teoría del derecho.

Desde este enfoque, la cuestión acerca del lugar o dimensión en donde se encuentran las normas es de máxima importancia para el desarrollo exitoso de una explicación teórica acerca de las normas. Porque para poder explicar las cuestiones apenas mencionadas sobre las normas, deberíamos saber de antemano en dónde se encuentran, es decir, en qué lugar o dimensión de nuestra realidad deberíamos buscar para encontrarlas[2].

2. Esta no es una cuestión menor o trivial, porque: «En algunas áreas del conocimiento humano (v.g., el de las ciencias empíricas o el de las matemáticas), el camino hacia la identificación del objeto, y por tanto el camino hacia la construcción de una teoría sobre dicho objeto, resulta, *prima facie*, más simple. Existe consenso sobre dónde (en qué parte del mundo) ir a buscar un objeto determinado, y existen métodos para determinar si tal objeto existe o es fruto de la imaginación o conjetura humana. (…) Ése no parece ser el caso en el área de la filosofía ni, por carácter transitivo, en la filosofía del derecho. Esta dificultad ha llevado a algunos pensadores a sostener que los objetos de la filosofía (sea esta teórica o práctica) o bien constituyen un sinsentido y es infructífero su estudio, o bien pueden ser analizados a condición de que la tarea filosófica se adapte a las condiciones de análisis prescriptas por las ciencias empíricas o las disciplinas formales. (…) La propuesta más radical dentro de esta línea supedita, lisa y llanamente, la actividad filosófica a la científica. Esta línea de pensamiento ha sido rechazada por aquellos que creen que la filosofía posee un campo exclusivo de incidencia que no puede ser reducido a los límites antes descritos. Se verifica, en este sentido, una marcada resistencia a reducir la filosofía a un *departamento o secretaria de la ciencia* [empírica]» (Bouvier, Gaido y Sánchez Brígido, 2007, p. 11). De acuerdo con esta manera de presentar la cuestión del método de la filosofía y su relación con las ciencias empíricas, las cosas estarían, a grandes rasgos, del siguiente modo: (1) el trabajo filosófico es un sinsentido, por falta de identificación de sus objetos de estudio; o (2) el trabajo filosófico tiene sentido, dado que sus objetos de estudio pueden ser identificados. Si los objetos de estudio de la filosofía pueden ser identificados, entonces o (3) el método de análisis filosófico se debe equiparar al método de las ciencias empíricas y/o formales, o (4) el método de análisis filosófico se debe relacionar de alguna otra manera con el método de las ciencias empíricas y/o formales. La posición (3) está representada, e.g., por lo que llamo «naturalismo exclusivista», que sostiene que entre el método de la filosofía y el método de las ciencias empíricas no solo hay una relación de continuidad, sino además de similitud o analogía: ambas se ocupan de objetos empíricos, porque no tenemos medios para determinar si, y cómo, los objetos abstractos existen. La posición (4) está representada, e.g., por lo que llamo «naturalismo inclusivista», que sostiene que entre el método de la filosofía y el método de las ciencias empíricas hay

Con respecto a esta cuestión, el espacio lógico-conceptual de posiciones que analizaré en este artículo está configurado de la siguiente manera. Por un lado, hay dos tipos generales de posiciones: el Platonismo y el anti-Platonismo. De acuerdo con el Platonismo, las normas se encuentran en una dimensión *abstracta* e *independiente* de la dimensión concreta de nuestra realidad. De acuerdo con el anti-Platonismo, las normas no se encuentran en una dimensión abstracta e independiente, sino *en* la dimensión *concreta* de nuestra realidad. Por «dimensión concreta» entiendo la dimensión empírica, espaciotemporal, de nuestra realidad como seres humanos. Por el otro lado, el anti-Platonismo se divide en otros dos tipos más específicos de posiciones: el mentalismo y el pragmatismo. De acuerdo con el mentalismo, las normas se encuentran, prioritariamente, en la dimensión concreta de la *actividad mental* de los individuos. En cambio, de acuerdo con el pragmatismo, las normas se encuentran, prioritariamente, en la dimensión concreta de las *prácticas sociolingüísticas* de los miembros de una comunidad.

Desde el punto de vista ontológico, hay dos tipos de posiciones, conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes, sobre las normas: o son entidades *empíricas* o son entidades *abstractas*. Desde el punto de vista de la metafísica, hay dos tipos de relaciones, conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes, que las normas pueden tener con la dimensión concreta de nuestra realidad: o las normas se encuentran *directamente* en la dimensión concreta (i.e., son parte fundamental de la dimensión concreta de nuestra realidad) o bien las normas se encuentran *indirectamente* en la dimensión concreta (i.e., no son parte fundamental de la dimensión concreta de nuestra realidad, sino que existen en una dimensión social que *depende metafísicamente* de la dimensión concreta de nuestra realidad)[3].

Este trabajo tiene la siguiente estructura. En la segunda sección, critico la posición central del Platonismo. En la tercera sección, critico la posición principal del mentalismo. De estas contraargumentaciones surgirá la tesis *general* del tipo de pragmatismo que defiendo en este trabajo: las normas se encuentran, prioritariamente, *en* las *prácticas sociolingüísticas* de los miembros de una comunidad. En las siguientes tres secciones, presento la tesis *específica* del tipo de pragmatismo que sostengo: las normas se encuentran, prioritariamente, en las prácticas *sociolingüísticas*, *normativas*, *históricas* y *racionales* de una comunidad. En la cuarta sección, argumento a favor del *pragmatismo* normativista: las prácticas sociolingüísticas son normativas. En la quinta sección, argumento a favor del *pragmatismo historicista*: las prácticas sociolingüísticas

una relación de continuidad, pero no de similitud o analogía: la filosofía se ocupa no *solo* de objetos empíricos, sino también de objetos abstractos (e.g., de objetos sociales), porque tenemos medios para determinar si, y cómo, ellos existen. En este artículo sostengo una versión del naturalismo inclusivista que está comprometida con no reducir las explicaciones teóricas acerca de las normas en algún tipo de enfoque exclusivamente empirista.

3. Para analizar un desarrollo de estos puntos sobre la ontología y metafísica de las normas jurídicas véase Caballero (2022). Sobre estos temas, en el contexto de la teoría del derecho, véase también Chilovi (2019, 2020, 2022) y Rapetti (2021). En el contexto de la metafísica analítica contemporánea véase, sobre todo, Schaffer (2009), Rosen (2010), Bennett (2011), Fine (2012) y deRosset (2013).

son también históricas. En la sexta sección, argumento a favor del *pragmatismo racionalista*: las prácticas sociolingüísticas son además racionales. En la séptima sección, presento algunas consideraciones finales.

Antes de comenzar, quiero expresar que el tipo específico de pragmatismo sociolingüístico que defiendo en este trabajo ha sido diseñado primeramente por Ludwig Wittgenstein (1953 y 1958) y luego sistematizado y ampliado por Robert Brandom (1994, 2000, 2002, 2008, 2011 y 2019).

II. PLATONISMO Y PRAGMATISMO

El Platonismo sostiene centralmente que las normas se encuentran en una dimensión abstracta e *independiente* de la dimensión concreta de nuestra realidad. De acuerdo con esta posición, las normas se encuentran en una dimensión abstracta –i.e., una dimensión diversa y separada de la dimensión concreta– e independiente –i.e., una dimensión desconectada o desvinculada– de la dimensión concreta de nuestra realidad[4].

En el ámbito de la teoría del derecho, se suele vincular al Platonismo con las teorías clásicas del derecho natural. Según estas teorías, el término 'natural' no está directamente relacionado con el concepto de «naturaleza física», explicable a través de las ciencias naturales, sino más bien con el concepto de «naturaleza humana». Los iusnaturalistas antiguos sostenían que el derecho está de alguna manera conectado con la *esencia humana* y que cuando el derecho puesto por el hombre se encuentra en contradicción con esta esencia, entonces *no debe ser* obedecido o aplicado. Los iusnaturalistas modernos, en cambio, defendían que el derecho puesto por el hombre debe ser obedecido y aplicado salvo que sea contrario al conjunto de principios morales que provienen de la *razón humana* o de lo impuesto por alguna *divinidad religiosa*. Los iusnaturalistas más recientes, posteriores a la segunda guerra mundial, suelen sostener que el derecho puesto por el hombre debe ser obedecido y aplicado salvo que sea *intolerablemente injusto* (Radbruch, 1946; Finnis, 1980), y esta expresión suele estar relacionada con el concepto de moral social crítica –i.e., aquel conjunto de reglas y principios éticos que

4. Vale la pena advertir que esta posición puede estar acompañada de otra posición en cuanto a la *estructura* de las normas. Esta posición sostiene que las normas tienen una estructura arquetípica (modelo-ideal-inmutable), es decir, que ha sido constituida de manera *previa* a su instanciación y que solo podemos acceder a ellas de manera aproximativa. Esta posición suele ser también adjudicada a Platón. Aunque no hay evidencia directa que indique que él la haya sostenido explícitamente. Platón explícitamente distinguió, en diversos trabajos, entre el mundo de las Ideas o Formas y el mundo de las cosas (e.g., Platón, República). Con base en esta distinción se suele afirmar que para él los objetos del mundo de las Ideas son elementos que están separados y desconectados de los elementos de la realidad concreta; mientras que los objetos del mundo de las cosas son elementos de la realidad concreta, que se pueden percibir a través de nuestros sentidos y que son instanciaciones más o menos defectuosas de los objetos del mundo de las Ideas. Por ejemplo, el objeto 'ser bello' del mundo de las Ideas podría estar instanciado en el objeto Gioconda de Leonardo Da Vinci del mundo de las cosas.

pueden ser usados para criticar la moral individual o la moral social positiva, es decir, reconocida y aceptada por la comunidad (cfr., Hart, 1963).

Así las cosas, las teorías clásicas del derecho natural estarían comprometidas con las siguientes posiciones. Las normas jurídicas son: (i) entidades naturales, i.e., que provienen de la esencia humana, la razón, una divinidad religiosa o la moral social crítica de una comunidad, (ii) que se encuentran en una dimensión *abstracta* con respecto a la dimensión concreta, y (iii) que existen con *independencia* de la dimensión concreta[5].

La dimensión concreta del mundo está compuesta, por ejemplo, por las acciones o actitudes de los miembros de la comunidad; sean estas (i) las acciones o actitudes de promulgación por parte de los legisladores, o (ii) las acciones o actitudes de reconocimiento o aceptación por parte de los miembros de la comunidad, entre ellos, los jueces.

Un argumento importante en contra del Platonismo consiste en la imposibilidad de acomodar o relacionar consistentemente las cualidades de la *abstracción e independencia* de las normas con una adecuada explicación sobre la *existencia y conocimiento* de las normas. Este argumento ha sido presentado de una manera precisa e ingeniosa por Paul Benacerraf (1973), en el marco de la filosofía de las matemáticas, con respecto a los números. Aquí se presentará su argumento en una versión adaptada a la cuestión del lugar o dimensión en donde se encuentran las normas.

1) Los seres humanos existimos dentro de una dimensión concreta, i.e., espacio-temporal;
2) si algún objeto normativo abstracto e independiente de la dimensión concreta existe, entonces no existe en el espacio-tiempo;
3) por lo tanto, parece que: si algún objeto normativo abstracto e independiente existe, entonces los seres humanos no podrían llegar a conocerlo;
4) de este modo, si el Platonismo normativo es correcto, entonces los seres humanos no podríamos alcanzar algún tipo de conocimiento acerca de objetos normativos;
5) sin embargo, parece altamente plausible que: los seres humanos tenemos algún tipo de conocimiento acerca de objetos normativos;
6) por lo tanto, el Platonismo normativo no parce ser correcto.

5. En la teoría del derecho hay una larga discusión acerca del *estatus explicativo* de las teorías iusnaturalistas, es decir, sobre si estas teorías son *descriptivas* (i.e., describen cómo es el derecho) o *prescriptivas* (i.e., prescriben cómo debe ser el derecho). Las razones por las cuales estas teorías pueden ser entendidas con un estatus prescriptivo son claras, i.e., el derecho *debe estar* determinado por la naturaleza humana. Las razones por las cuales estas teorías podrían ser entendida con un estatus descriptivo son menos claras y tienen que ver con su particular definición de 'derecho', i.e., algo es derecho si, y solo si, está determinado por la naturaleza humana. Sin embargo, dado que para las teorías iusnaturalistas la expresión 'naturaleza humana' suele ser caracterizada en términos prescriptivos, se suele sostener que las teorías iusnaturalistas no distinguen, al menos no siempre y rigurosamente, entre el derecho cómo es y el derecho cómo debe ser.

Este argumento, en definitiva, revela un importante y dificultoso desafío para los Platonistas. El desafío consiste en explicar cómo los seres humanos adquirimos algún tipo conocimiento sobre los objetos normativos. Visto desde otra perspectiva, el problema principal del Platonismo es que abre un espacio (*gap*) teórico, que no es explicado, entre nuestra experiencia práctica (i.e., el saber hacer, que se encuentra en la dimensión concreta de nuestra realidad, a la cual tenemos acceso directo) y el conocimiento teórico (i.e., el saber qué, que se encontraría en una dimensión *abstracta e independiente* con respecto a la dimensión concreta de nuestra realidad, a la cual solo tendríamos acceso indirecto, es decir, mediado por algún tipo especial de inteligencia, razón o conexión con alguna divinidad). De esta manera, el Platonismo no nos brinda los medios necesarios para entender con precisión la relación entre la dimensión concreta de nuestra realidad (i.e., en donde están, por ejemplo, nuestras acciones y actitudes) y la supuesta dimensión abstracta e independiente de la dimensión concreta (i.e., en donde estarían, según esta perspectiva, entre otros tipos de objetos o entidades, las normas)[6].

Brandom (2000) presentó una versión de este argumento en contra el Platonismo aplicada al ámbito de lo conceptual. Esta versión del argumento comienza por la confrontación del orden de explicación Platonista con el orden de explicación pragmatista con respecto a la pragmática (i.e., la teoría del *uso* del lenguaje) y a la semántica (i.e., la teoría del *contenido* que expresa el uso del lenguaje).

> Here is another strategic methodological issue. An account of the conceptual might explain the *use* of concepts in terms of a prior understanding of conceptual *content*. Or it might pursue a complementary explanatory strategy, beginning with a story about the practice or activity of applying concepts, and elaborating on that basis an understanding of conceptual content. The first can be called a *platonist* strategy, and the second a *pragmatist* strategy. (…) The view expounded in these pages is a kind of conceptual pragmatism in this sense. It offers an account of knowing (or believing or saying) *that* such and such is the case in terms of knowing *how* (being able) to *do* something. It approaches the contents of conceptually *explicit* propositions or principles from the direction of what is *implicit* in practices of using expressions and acquiring and deploying beliefs. 'Assertion', 'claim', 'judgment', and 'belief' are all systematically ambiguous expressions –and not merely by coincidence. The sort of pragmatism adopted here seeks to explain what is assert*ed* by appeal to features of assert*ings*, what is claim*ed* in terms of claim*ings*, what is judg*ed* by judg*ings*, and what is believ*ed* by the role of believ*ings* (indeed, what is expressed by expressings of it) –in general, the content by the act, rather than the other way around (Brandom, 2000, p. 4).

La razón de Brandom para rechazar el Platonismo se concentra, en este caso, en el ámbito de lo conceptual. El punto consiste en que, dado que el Platonismo no tiene recursos para dar cuenta explícitamente del lugar o dimensión en donde se encuentran

6. En el ámbito del derecho, la dimensión concreta podría estar compuesta, entre otras cosas, por las acciones o actitudes de los miembros de la comunidad: sean estas (i) las acciones o actitudes de promulgación por parte de los legisladores, o (ii) las acciones o actitudes de aceptación por parte de los miembros de la comunidad, entre ellos, los jueces.

los conceptos, entonces no hay otra opción que presuponer la existencia de ese lugar y la existencia de un cierto tipo de relación entre ese lugar y la dimensión concreta de nuestra realidad. Así las cosas, para el Platonismo, el lugar o dimensión en donde se encuentran los conceptos es un presupuesto teórico no explicado, pero a través del cual se intenta explicar, entre otras cosas, el uso y el contenido de los conceptos. De este modo, la propuesta explicativa del Platonismo acerca del lugar en donde se encuentran los conceptos no es convincente, porque no da cuenta de una manera precisa del tipo de relación, y de la manera en que se establece esta relación, entre la dimensión concreta de nuestra realidad y los conceptos (que se encontrarían en una dimensión abstracta e independiente de la dimensión concreta).

Por estas razones, el pragmatismo se opone radicalmente al Platonismo. El pragmatismo propone un orden de explicación diverso con respecto al orden de explicación Platonista acerca del lugar en donde se encuentran los conceptos (y también las normas). De acuerdo con la tesis del pragmatismo general, los conceptos (y las normas), *no* se encuentran en una dimensión abstracta e independiente de la dimensión concreta, sino que se encuentran *en* la misma dimensión concreta, en un segmento específico de esta dimensión: en las prácticas sociales.

El pragmatismo general propone un orden explicativo según el cual, la explicación del saber teórico debe comenzar por una caracterización de las *prácticas sociales* entre los miembros de una comunidad. Las prácticas sociales son, según el pragmatismo, «el lugar» en donde *surge* (i.e., se constituye) tanto el saber práctico como el saber teórico. Para decirlo de otro modo, para el pragmatismo general, las prácticas sociales son el lugar en donde surge o se constituye la «intencionalidad». Partiendo de una caracterización de las prácticas sociales, el pragmatismo general propone continuar el desarrollo de teorías acerca de los objetos sociales de nuestra realidad (e.g., acerca de las normas), en donde esos objetos (e.g., las normas) son usados, *en* las prácticas sociales, con diversos propósitos *prácticos*.

Desde este punto de vista, los pragmatistas sostienen que el conocimiento teórico *acerca* del mundo –i.e., el saber-qué– debería ser explicado en base a nuestras prácticas sociales *en* la dimensión concreta –i.e., el saber-cómo. El saber-cómo es un tipo de saber que *se manifiesta* en las habilidades y capacidades prácticas para hacer cosas *en* el mundo. Estas habilidades y capacidades prácticas son aquellas que adquirimos, utilizamos, desarrollamos y perfeccionamos al realizar acciones y manifestar actitudes en el marco de las prácticas sociales de la comunidad en la que participamos.

Brandom presentó este punto en diversas oportunidades, según mi opinión, de una manera poco precisa. Por ejemplo, Brandom (2002) expresó que: «explicit theoretical beliefs can be made intelligible only against a background of implicit practical abilities» (Brandom, 2002, p. 46). Posteriormente, en un libro titulado «Perspectives on Pragmatism», Brandom (2011) dijo que: «this is the idea that one should understood knowing *that* as a kind of knowing *how* (to put it in Rylean terms). That is, believing

that things are thus-and-so is to be understood in terms of practical abilities to *do* something» (Brandom, 2011, p. 13).

Personalmente, creo que una manera bastante más precisa y contemporánea de presentar este punto puede ser ofrecida en términos de fundamentación (i.e., *grounding*). De acuerdo con esta manera de presentar el punto, el saber teórico (i.e., saber-qué) se fundamenta en el saber práctico (saber-cómo). Ahora bien, si la explicación del saber teórico se fundamenta en este trasfondo de habilidades y capacidades prácticas para hacer cosas *en* el mundo, el espacio teórico inexplicable que el Platonismo amenaza con abrir, finalmente, no se abre. La razón es sencilla. La relación entre el saber teórico y el saber práctico no se presupone, sino que se explica sin espacios vacíos mediante una relación de dependencia metafísica (entendida como fundamentación) entre: (i) una serie de actividades prácticas que se producen *en* el mundo (i.e., habilidades y capacidades prácticas que se manifiestan en la dimensión concreta de nuestra realidad) y, (ii) una serie de creencias acerca de los objetos o entidades (en este caso, acerca de los conceptos y las normas) de nuestra realidad.

III. MENTALISMO Y PRAGMATISMO

El mentalismo también rechaza el Platonismo. La posición central del mentalismo consiste en que las normas *no* se encuentran en una dimensión abstracta e independiente de la dimensión concreta de la realidad, sino más bien *en* un segmento específico de la dimensión concreta, este es, los *estados mentales* de los individuos.

El mentalismo es una perspectiva filosófica que comenzó con William de Ockham y que alcanzó un auge máximo con los filósofos del período moderno temprano (e.g., René Descartes, John Locke, George Berkeley y David Hume). Estos autores desarrollaron teorías sobre la ontología, metafísica, semántica, epistemología, entre otras disciplinas, que colocan a la *representación* como la noción metateórica primitiva. Para ellos, la actividad mental de un agente junto con sus capacidades *cognitivas* para producir representaciones mentales que provienen *del* mundo externo (con respecto a la mente) es el punto de partida explicativo de las teóricas acerca de los objetos tanto físicos como sociales de nuestra realidad[7].

La idea básica que marca el inicio y desarrollo del mentalismo consiste en que un estado mental *representa* un objeto o, típicamente, un estado de cosas completo –i.e., una serie de objetos, propiedades de objetos y relaciones entre ellos. La representación tiene generalmente dos elementos. La representación, en primer lugar, *se refiere* a algún objeto o estado de cosas del mundo, es decir, aquello que representa. La representación, en segundo lugar, puede tener un *contenido*, es decir, el modo en que ese objeto es

7. En la semántica más o menos contemporánea, por ejemplo, la tradición mentalista tiene suscriptores como Russell (1919), el primer Wittgenstein (1922), Kaplan (1989) y Fodor (1990).

representado (o el modo en que los objetos y sus propiedades se encuentran relacionados en un estado de cosas representado) directa o indirectamente por la mente del agente[8].

En el marco de las teorías clásicas del derecho, las teorías realistas *escandinavas* clásicas solían estar vinculadas con el mentalismo. En cuanto al lugar en donde se encuentran las normas, estos teóricos del derecho solían sostener que las normas jurídicas son invenciones, ficciones o mitos que se encuentran *en la mente* de los agentes, producidas por creencias engañosas acerca del funcionamiento del derecho[9]. Más allá de este punto, para estos autores, las normas jurídicas son entendidas como un conjunto de hechos probables o predicciones acerca de lo que sucederá en los tribunales de justicia; estas predicciones se basan en, o se infieren de, un conjunto de otros hechos empíricamente verificables acerca del funcionamiento de los tribunales.

El mentalismo sostiene que los conceptos, así como las normas, se encuentran precisamente en los estados mentales *intencionales* que se alojan en el sistema cognitivo de los agentes. El concepto de intencionalidad ha sido discutido y utilizado por diversas tradiciones filosóficas y desde diversas perspectivas. Esto ha ocasionado que el término 'intencionalidad' sea múltiplemente ambiguo, incluso en el contexto de la filosofía contemporánea. Por otro lado, añadiendo complejidad a esta cuestión, estos diversos conceptos de intencionalidad suelen estar en la base, suelen ser el punto de partida, de proyectos teóricos profundos y (en ese punto de partida) contrastantes como, por ejemplo, el de John Searle (1995, 2010) y el de Robert Brandom (1994, 2000, 2002, 2014).

El concepto de intencionalidad comenzó a ser utilizado en un sentido técnico en el contexto de la fenomenología. Para Franz Brentano (1874), quien desarrolló primordialmente este concepto técnico, la *intencionalidad* es la capacidad de un agente de conocer la realidad que le rodea a través de la propiedad de ciertos estados mentales de estar dirigidos hacia objetos externos a la mente. Brentano (1874) sostuvo, además, que el ámbito de lo mental se explica mediante dos elementos relacionados: conciencia e intencionalidad. Edmund Husserl (1901), discípulo destacado de Brentano, argumentó que la intencionalidad es explicativamente previa con respecto a la conciencia; porque sin la capacidad de conocer el mundo externo (i.e., la intencionalidad), no podríamos tener la capacidad de reconocernos a nosotros mismos dentro de un entorno externo con respecto a nuestra mente (i.e., la conciencia)[10].

8. La distinción entre representación directa o indirecta proviene, sobre todo, de las teorías de la percepción. La representación directa, que está relacionada con la idea de que solo existe una realidad, consiste en que percibimos la única realidad existente a través de nuestras capacidades cognitivas. La representación indirecta, que está relacionada con la idea de que existen dos tipos de realidades diversas, consiste en que primero nos representamos la realidad mediante una interpretación realizada por nuestras capacidades cognitivas (i.e., esta interpretación es realizada por una especie de lenguaje o sistema de códigos sintácticos, que en la terminología técnica de Jerry Fodor se llama «mentalés») y luego esta interpretación nos ofrece la realidad que percibimos.
9. Esta tesis se encuentra sobre todo en Axel Hägerström (1953) y en Karl Olivecrona (1939), pero también en Alf Ross (1946) y de un modo mucho más matizado en Alf Ross (1958).
10. Hay que tener cuidado en no confundir esta noción técnica o filosófica de «intencionalidad» –que consiste en la propiedad de los estados mentales de estar *dirigidos hacia* algún objeto o estados de cosas– con

En la tradición analítica en filosofía, John Searle (1983) se ocupó particularmente de la intencionalidad. En ese libro, Searle definió el término 'intencionalidad' como «aquella característica de ciertos estados o eventos mentales que consiste en estar dirigidos hacia, referirse a, ser acerca de, o representar otras entidades o estados de cosas» (Searle, 1983, p. 1). Posteriormente, Searle (1995) comenzó el desarrollo de su proyecto filosófico acerca de la realidad social tomando a esta noción de intencionalidad como la noción primitiva, es decir, aquella noción que sirve para explicar a las demás nociones, pero que no es explicada a partir de otra noción previa. Luego, Searle (2010), en un trabajo sumamente influyente para la teoría del derecho contemporánea, continuó el desarrollo de su proyecto sobre la realidad social definiendo la noción de intencionalidad como:

> el sofisticado término empleado por los filósofos para nombrar la capacidad de la mente por la cual se dirige hacia, o sobre, objetos y estados de cosas en el mundo, típicamente independientes de ella. Así, si creo que está lloviendo, o temo un incremento en las tasas de interés, o quiero ir al cine, o prefiero el *cabernet sauvignon* al *pinot noir*, en cada caso estoy en un estado intencional. Los estados intencionales son siempre *sobre*, o se *refieren* a, algo (Searle, 2010, p. 56)[11].

En este libro, seguidamente, Searle sentó las bases de su proyecto sobre la realidad social de esta manera: «Para entender la sociedad, se tiene que entender el comportamiento colectivo humano. El comportamiento colectivo humano es una manifestación de la intencionalidad colectiva, y para entenderla es necesario entender la intencionalidad individual» (Searle, 2010, p. 57). En este libro también, Searle se comprometió explícitamente con el mentalismo al afirmar que: «Nuestro objetivo es explicar la ontología social humana. Puesto que dicha ontología es creada por la mente, debemos comenzar por esa propiedad de la mente que crea la realidad que intentamos analizar. Debemos comenzar por la intencionalidad» (Searle, 2010, p. 57). También cuando dijo más adelante que: «La intencionalidad no se encuentra en ningún otro lugar que no sean los cerebros humanos» (Searle, 2010, p. 58); o cuando dijo que «Hay varias condiciones de adecuación con las que cualquier explicación de la internacionalidad colectiva debe

otra noción más coloquial de «intencionalidad» –que consiste en que algunos estados mentales tienen o incluyen el *propósito o la voluntad de hacer algo*. Searle (2010, nota 1) nos explica el surgimiento histórico de la primera noción de intencionalidad y la razón por la cual el término 'intencionalidad' es peligrosamente ambiguo. El punto es que la primera noción se introdujo en la tradición analítica a través de la tradición fenomenológica que comenzó su desarrollo en lengua alemana. Pero, la lengua alemana distingue entre las dos nociones de intencionalidad, y no así la lengua castellana o inglesa, con dos términos diversos: *intentionalität* y *Absicht*.

11. En el marco de las teorías contemporáneas del derecho, las teorías convencionalistas del derecho (e.g., Bayón, 2002; Marmor, 2009; Vilajosana, 2010) suelen estar vinculadas, muchas veces explícitamente, con el mentalismo de Searle (1995, 2010).

encontrarse. (…) 3. Toda intencionalidad, ya sea colectiva o individual, tiene que existir dentro de las cabezas de los individuos» (Searle, 2010, pp. 58-59)[12].

De esta manera, para Searle (2010), la realidad social es creada por una propiedad de la mente: la intencionalidad. A través de la intencionalidad se puede explicar cómo los agentes tienen estados mentales que representan objetos o estados de cosas del mundo físico y social. La intencionalidad es la noción fundamental a través de la cual este autor explica el fenómeno de la representación de los estados mentales[13]. Al final de esta sección presentaré algunas objeciones generales a la propuesta explicativa mentalista de Searle.

Los pragmatistas no solo rechazan el Platonismo, sino también el mentalismo, porque sostienen que las normas *no* se encuentran, prioritariamente, en los estados mentales intencionales de los agentes, sino más bien, prioritariamente, en las *prácticas sociolingüísticas* de una comunidad[14].

En el contexto de la filosofía analítica temprana, Gottlob Frege fue el primero en oponerse al mentalismo. Como dijo Dummett, «Frege extrajo a los pensamientos de la mente» (Dummett, 1973, p. 382). La distinción más importante de Frege es aquella entre el sentido (*sinn*) y la referencia (*bedeuntung*) de las expresiones lingüísticas. Para Frege (1892b y 1892a), el *sentido* de una expresión consiste en su contenido informativo, mientras que la *referencia* consiste en el objeto referido o denotado por la expresión. El sentido puede ser también explicado como el modo de presentación del objeto (*art von Gegenbenseins*) o como el elemento que determina la referencia.

12. Esta posición de Searle (2010) ha dado lugar a una serie de objeciones que provienen de las teorías de la intencionalidad colectiva aplicadas a la ontología de entidades sociales como los grupos (ver, Meijers, 2003 y Zaibert, 2003). El punto es que las teorías de la intencionalidad colectiva, al explicar cómo adquieren existencia los grupos sociales, intentan acomodar, sin reducciones, dos intuiciones centrales que están aparentemente en contradicción. La primera intuición es que un grupo social está constituido por sus miembros. La segunda es que un grupo social parece estar constituido por algo más o por algo menos que la suma de las intencionalidades individuales de sus miembros. Estos teóricos sugieren que ciertas nociones específicas acerca de la intencionalidad colectiva (e.g., actitudes compartidas, acciones conjuntas, aceptación colectiva, etc.) podrían explicar el modo en que un grupo es una entidad social común, pero distinta de sus miembros. El problema para Searle es que reduce la intencionalidad colectiva en la intencionalidad individual y de esta manera no crea el espacio conceptual necesario para las nociones de la intencionalidad colectiva que nos podrían ayudar a dar cuenta de la segunda intuición.
13. Para Searle, los estados mentales intencionales tienen, paradigmáticamente, dos elementos. Por un lado, los estados mentales intencionales tienen, necesariamente, una referencia o denotación, es decir, son acerca de, o sobre, algo. Por el otro lado, los estados mentales intencionales tienen, contingentemente, un contenido proposicional. Sobre este punto, Searle (2010) dijo que: «Algunos estados intencionales no tienen una proposición completa como contenido. Así, por ejemplo, uno puede estar enamorado de Sally, odiar a Bill o admirar a Thomas Jefferson, donde el estado intencional no involucra un contenido proposicional completo, pero sí contiene la representación de un objeto. Podemos representar esto como S(n), como en «Amar (Sally)», «Odiar (Bill)», «Admirar (Jefferson)»» (Searle, 2010, p. 60).
14. Los principales precursores del pragmatismo sociolingüístico van desde el segundo Wittgenstein (1953), Sellars (1956) y Rorty (1979, 1982), hasta autores contemporáneos como Brandom (1994, 2000), Price (2011) y Peregrin (2014).

Frege también distinguió entre el sentido (*sinn*) y la representación (*vorstellung*). Esta es la distinción a través de la cual separó uno de los aspectos semánticos del significado del aspecto psicológico o mental relacionado con el significado. Para Frege, la representación es la imagen mental de un objeto externo (con respecto a la mente) que los hablantes se representan de manera interna (con respecto a la mente) a través del lenguaje. La razón subyacente es que la representación de un objeto es *subjetiva*, porque tiene que ver con la actividad mental del hablante, mientas que el sentido de una expresión lingüística es objetivo, entre otras cosas, porque es expresado a través de una lengua comprensible y compartible por los hablantes competentes.

Por otro lado, Frege (1884) distinguió entre tres reinos diversos para explicar los diversos aspectos del lenguaje. Primero, el reino de las entidades del mundo externo con respecto a la mente de los hablantes. Segundo, el reino de las entidades representacionales internas con respecto a la mente de los hablantes. Tercero, el reino de los pensamientos (i.e., el sentido de los enunciados) que es un reino *abstracto* (i.e., que está separado) con respecto al mundo externo y que es *independiente* (i.e., que está desvinculado) de la dimensión externa e interna con respecto a la mente de los hablantes[15].

De este modo, Frege reaccionó radicalmente en contra del mentalismo que dominaba la filosofía de su época. El movimiento consistió en colocar a los pensamientos en un reino diverso con respecto al reino de las representaciones mentales de los hablantes. Sin embargo, dado que el tercer reino se encuentra en una dimensión abstracta e independiente de la realidad concreta, el anti-mentalismo fregeano tiene como contracara el Platonismo.

Por otro lado, también en el contexto de la filosofía analítica temprana, siguiendo el anti-mentalismo de Frege, pero evitando su Platonismo, Wittgenstein propuso, en las *Investigaciones Filosóficas,* un *pragmatismo sociolingüístico*. En ese libro, luego de presentar y criticar, principalmente en los parágrafos §1 y §2, la concepción representacionalista del significado que él mismo había sostenido en el *Tractatus*, comienza a presentar una nueva concepción del significado. En el parágrafo §5, por ejemplo, dijo que:

> Si se considera el ejemplo de §1, se puede quizá vislumbrar hasta qué punto la concepción general del significado de la palabra circunda al lenguaje de un halo que hace imposible la visión clara. –Disipa la niebla estudiar los fenómenos del lenguaje en géneros primitivos

15. Frege (1956) argumentó que accedemos a los pensamientos a través del proceso mental de la *comprensión*, pero los pensamientos no se encuentran, prioritariamente, en la comprensión de los hablantes. La comprensión es una actividad mental que involucra a los pensamientos, pero que se encuentra en el espacio-tiempo de la actividad mental de los hablantes. Los pensamientos, en cambio, se encuentran en el tercer reino, que carece de coordenadas espaciotemporales y que está separados de la actividad mental de los hablantes. La verdad de los pensamientos, que era justamente aquello que interesaba a Frege para el desarrollo de su vocabulario lógico, no depende de la comprensión, porque la verdad de los pensamientos es externa a los procesos mentales. Para Frege, la comprensión es un proceso curioso, porque permite poner al hablante en contacto con el mundo externo, por un lado, y con los pensamientos internos, por el otro lado.

> de su empleo en los que se puede dominar con la vista claramente la finalidad y funcionamiento de las palabras. (…) El lenguaje no es aquí una explicación, sino un adiestramiento (Wittgenstein, 1953, §5)[16].

Un poco más adelante, Wittgenstein expresó con contundencia que: «entender una oración significa entender un lenguaje. Entender un lenguaje significa dominar una técnica» (Wittgenstein, 1953, §199). Bastante más adelante retomó esta idea diciendo que: «solo se puede decir algo, después de todo, si se ha aprendido a hablar. Así pues, quien *desea* decir algo tiene también que haber aprendido a dominar un lenguaje» (Wittgenstein, 1953, §338)[17].

También en los primeros parágrafos, más específicamente en el parágrafo §7, Wittgenstein nos presenta la noción de *juegos de lenguaje*. Esta es la noción explicativa que utiliza para reconstruir las *prácticas sociolingüísticas*.

> En la práctica de uso del lenguaje (§2) una parte grita las palabras, la otra actúa de acuerdo con ellas; en la instrucción en el lenguaje se encontrará *este* proceso: el aprendiz *nombra* los objetos. Esto es, pronuncia la palabra cuando el instructor señala la piedra. –Y se encontrará aquí un ejercicio aún más simple: el alumno repite las palabras que el maestro le dice –ambos procesos se asemejan al lenguaje. Podemos imaginarnos también que todo el proceso de uso de palabras en (§2) es uno de esos juegos por medio de los cuales aprenden los niños su lengua materna. Llamaré a estos juegos «*juegos de lenguaje*» y hablaré a veces de un lenguaje primitivo como un juego de lenguaje. Y los procesos de nombrar las piedras y repetir las palabras dichas podrían llamarse también juegos de lenguaje. (…) Llamaré también «juegos de lenguaje» al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretejido (Wittgenstein, 1953, §7).

Como se puede observar, la expresión 'juego de lenguaje' es ambigua, es decir, puede ser entendida, al menos, en dos sentidos diversos. En un primer sentido, esta expresión puede ser entendida como «*el*» juego de lenguaje o como «*la*» práctica sociolingüística de una comunidad. En un segundo sentido, puede ser entendida como «los» diversos juegos de lenguaje o «las» diversas prácticas sociolingüísticas de una comunidad[18].

Un poco más adelante, Wittgenstein nos muestra la relación que establece entre las nociones de «juegos de lenguaje» y de «uso de lenguaje». Esta última es la noción explicativa, pero no teorizada, que este autor utiliza para dar cuenta del fenómeno del *significado* de las expresiones lingüísticas[19]. Para Wittgenstein, el significado de una expresión lingüística, en muchos casos, no es otra cosa que el *uso* que un hablante realiza de esa expresión lingüística. En otras palabras, el significado de una expresión lingüística consiste en la acción de proferir un enunciado completo, es decir, en la realización de una acción lingüística. En sus palabras:

16. Wittgenstein precisa un poco más esta idea de «adiestramiento» en los parágrafos §6, §20 y §27.
17. Estas citas muestran, con cierta claridad, su compromiso con el pragmatismo sociolingüístico.
18. En la sexta sección volveré sobre este punto.
19. Digo «no teorizada» porque para Wittgenstein (1953) el significado no se presenta de una única y sistemática manera, sino más bien de diversos modos no reconducibles a uno solo.

> Para una *gran* clase de casos de utilización de la palabra «significado» –aunque no para *todos* los casos de su utilización– puede explicarse esta palabra así: el significado de una palabra es su uso en el lenguaje (Wittgenstein, 1953, §43).

La noción de uso de lenguaje está estrechamente relacionada con la noción de juegos de lenguaje, porque el uso de lenguaje consiste en la *función práctica* que la acción de proferir un enunciado desempeña en el marco de un juego de lenguaje. La *significación* de una expresión lingüística es la función práctica que la realización de una acción lingüística *desempeña* en el marco de un juego de lenguaje[20].

> Imagínate un juego de lenguaje en el que B, respondiendo a la pregunta de A, dé parte del número de losas o cubos que hay en una pila, o de los colores y formas de las piedras de construcción que están aquí y allá. –Así, un parte podría sonar: «Cinco losas». ¿Cuál es entonces la diferencia entre el parte o la aserción, «Cinco losas», y la orden, «¡Cinco losas!»? –Bueno, el papel que la emisión de estas palabras juega en el juego de lenguaje (Wittgenstein, 1953, §21).

Según Wittgenstein, los *juegos de lenguaje* pueden adoptar una variedad increíblemente rica y potencialmente infinita. No hay una única forma en que las acciones lingüísticas significan. La significación puede ser expresada en una variedad increíblemente diversa de formas.

> Piensa en las herramientas de una caja de herramientas: hay un martillo, unas tenazas, una sierra, un destornillador, una regla, un tarro de cola, cola, clavos y tornillos. –Tan diversas como las funciones de estos objetos son las funciones de las palabras (Wittgenstein, 1953, §11).

De acuerdo con Wittgenstein, la gran diversidad de modos en que se presenta la significación no depende *solo* de la variedad de *funciones prácticas* que las acciones lingüísticas puedan desempeñar en un juego de lenguaje, sino también de la variedad de *juegos de lenguaje* que tengan lugar en las *prácticas sociolingüísticas*.

> Ten a la vista la multiplicidad de juegos de lenguaje en estos ejemplos y en otros: dar órdenes y actuar siguiendo órdenes, describir un objeto por su apariencia o por sus medidas, fabricar un objeto de acuerdo con una descripción (dibujo), relatar un suceso, hacer conjeturas sobre el suceso, formar y comprobar una hipótesis, presentar los resultados de un experimento mediante tablas y diagramas, inventar una historia (…). –Es interesante comparar la multiplicidad de herramientas del lenguaje y de sus modos de empleo, la multiplicidad de géneros de palabras y oraciones, con lo que los lógicos han dicho sobre la estructura del lenguaje (Wittgenstein, 1953, §23).

De este modo, Wittgenstein rechaza, al igual que Frege, el mentalismo; pero, a diferencia de Frege, Wittgenstein rechaza también el Platonismo del tercer reino de los pensamientos. Porque para Wittgenstein la significación de una acción lingüística no

20. Uso 'significación' en vez de 'significado' porque así ha sido traducido el término *Bedeutung* en pasajes centrales de las *Investigaciones* (§122(b) y §143 nota al pie) tanto en la versión inglesa de Anscombe (*significance*) como en la versión castellana de García Suarez y Moulines.

se encuentra ni en una dimensión abstracta e independiente de la dimensión concreta de nuestra realidad, ni en la dimensión concreta de la mente de los individuos; la significación se encuentra, prioritariamente, en un juego de lenguaje, i.e., en una práctica sociolingüística. Dicho metafóricamente, mientras Frege saca al significado de la mente para resguardarlo en el tercer reino, Wittgenstein saca al significado del tercer reino para devolverlo a las prácticas sociolingüísticas, en donde los participantes realizan centralmente acciones lingüísticas con propósitos prácticos.

En el ámbito de las teorías clásicas del derecho, el pragmatismo sociolingüístico de Wittgenstein está vinculado con el positivismo jurídico de Hart. Porque esta teoría propone un entendimiento del derecho como un sistema de normas sociales que se identifican a través de uno o más criterios de validez, los cuales se determinan, a su vez, a través de una regla de reconocimiento (Hart 1961, pp. 125 y ss.). Esta regla se determina mediante las prácticas sociolingüísticas de: (i) *aceptación* de esta regla por parte de los funcionarios judiciales, y (ii) *obedecimiento* general de esta regla, por cualquier razón, por parte de los ciudadanos. Según Hart, estas son dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la existencia de derecho en una comunidad (Hart, 1961, p. 145).

La línea de argumentos en contra del mentalismo iniciada por Wittgenstein (1953) ha sido retomada por Richard Rorty (1979, 1982) y luego continuada por Huw Price (2011) y por Robert Brandom (1994, 2000, 2014). Brandom, en particular, desarrolló un tipo de pragmatismo sociolingüístico fuertemente inspirado en el que presentó Wittgenstein en las *Investigaciones*. Una de las pocas diferencias es que Brandom (1994, p. xii) reconoce que el quietismo teórico de Wittgenstein (1953) ha desanimado a muchos filósofos en la tarea de desarrollar el pragmatismo sociolingüístico de manera sistemática con respecto al significado, pero también con respecto a otras cuestiones relacionadas (cfr., sobre este punto específico, Wittgenstein 1953, prólogo), como la cuestión de las normas que surgen de estas prácticas sociolingüísticas. Brandom (1994, p. xii) rechaza la actitud anti-teórica de Wittgenstein, a la vez que construye fielmente su teoría del contenido conceptual de las acciones lingüísticas, como así también de otros tipos de acciones y actitudes intencionales, en base a los principios pragmatistas wittgenstenianos[21].

Brandom (2000) fue claro sobre el paso desde un orden de explicación mentalista, paradigma de la filosofía moderna cartesiana, hacia un orden de explicación sociolingüístico, paradigma de la tradición en filosofía analítica iniciada por el segundo Wittgenstein. Brandom (2000) expresó también que el orden de explicación mentalista, dominante en filosofía desde Descartes e incluso hasta la actualidad, toma a la representación como la noción prioritaria de sus proyectos explicativos[22].

21. A este punto creo que debería hacer explícito que estoy asumiendo que las normas están compuestas por significaciones, en términos de Wittgenstein, o contenidos conceptuales, en términos de Brandom.
22. Como Brandom dijo: «The master concept of Enlightenment epistemology and semantics, at least since Descartes, was *representation.* Awareness was understood in representational terms. Typically,

Un argumento importante de Brandom (2000, p. 9 y 2014, p. 4) en contra del mentalismo se concentra precisamente en la noción de *representación*. El argumento consiste en que en el orden de explicación con el que se compromete el mentalismo, la representación es una noción primitiva, i.e., la noción que sirve para explicar otras nociones, pero que no es explicada a partir de otra noción previa. Dicho de otro modo, de acuerdo con el orden de explicación mentalista, el fenómeno de la representación no se explica en función de, o con fundamento en, otro fenómeno más básico o fundamental. Sin embargo, de esta manera, la noción de representación del orden de explicación mentalista parece estar comprometida con una forma de Platonismo[23].

Un argumento importante en contra del tipo de mentalismo que defiende Searle se concentra en la relación entre, y en la posible equivalencia explicativa de, las nociones de *intencionalidad* (individual) y de *representación*. De acuerdo con este orden de explicación mentalista, la intencionalidad consiste en «la capacidad de la mente por la cual se dirige hacia o sobre objetos y estados de cosas en el mundo, típicamente independientes de ella. Los estados intencionales son siempre *sobre*, o se *refieren* a, algo» (Searle, 2010, p. 56). De acuerdo con este mismo orden de explicación metalista, la representación consiste en la capacidad de la mente de dirigirse hacia o sobre objetos

specifically conceptual representations were taken to be just one kind of representation of which and by means of which we can be aware. This orienting thought remains active to this day, surviving the quite substantial transformations required, for instance, for naturalistic and broadly functional accounts of awareness by and of representations. The result is a familiar, arguably dominant, contemporary research program: to put in place a general conception of representation, the simpler forms of which are exhibited already in the activity of non-concept-using creatures, and on that basis elaborate even more complex forms until one reaches something recognizable as specifically *conceptual* representation» (Brandom, 2000, p. 7).

23. Si bien el mentalismo de Searle (2010) no parece estar directamente comprometido con alguna forma de Platonismo, porque este autor expresó que la intencionalidad (individual) se explica en términos de la neurobiología. En sus palabras: «Esta dirección del análisis satisface igualmente nuestro requisito básico, que es mostrar cómo los fenómenos de nivel superior de la mente y de la sociedad son dependientes de los fenómenos de nivel inferior de la física y la biología: la biología depende de la física. La neurobiología es una rama de la biología. La conciencia y la intencionalidad son causadas por, y realizadas en, la neurobiología. La intencionalidad colectiva es un tipo de intencionalidad, y la sociedad es creada por la intencionalidad colectiva» (Searle 2010: 56). De esta manera, para determinar si Searle (2010) está comprometido con alguna forma de Platonismo habrá que analizar algunas cuestiones que su teoría de la realidad social relega en las teorías de la neurobiología. Por lo que, para poder estar en condiciones de determinar con precisión si él se compromete con alguna forma de Platonismo, deberían ser valoradas otras cuestiones sobre la neurobiología que son independientes de su teoría. En primer lugar, la cuestión sobre cuál es la noción o concepción general de «mente» y «estados mentales» con las que las teorías de la neurobiología (a las que Searle apela) están, a su vez, comprometidas con el Platonismo. En segundo lugar, la cuestión sobre si estas teorías de la neurobiología son capaces de explicar cuál es la relación precisa que existe entre el fenómeno de la representación de los «estados mentales intencionales» y los «procesos neurobiológicos» que se producen en los estados mentales intencionales de los agentes. De acuerdo con la literatura contemporánea en metafísica de las entidades sociales, no hay buenas razones para considerar que la noción de causalidad, como sostiene Searle en el párrafo apenas citado, sea aquella que reconstruye adecuadamente el tipo de relación de dependencia metafísica que podría existir entre los «estados mentales intencionales» y los «procesos neurobiológicos».

y estados de cosas de la realidad externa a la mente de los agentes. Por otro lado, de acuerdo con este orden de explicación mentalista, la intencionalidad sirve para explicar la representación. Sin embargo, la noción mentalista de intencionalidad de este orden de explicación mentalista parece ya presuponer aquello que pretende explicar: la representación. Dicho de otro modo, la noción de intencionalidad y la noción de representación no parecen cumplir roles explicativos diversos, sino más bien exactamente el mismo rol explicativo. En este orden de explicación mentalista, parece que no hay un estado mental intencional que no sea representacional, como parece que no hay un estado mental representacional que no sea intencional.

El pragmatismo sociolingüístico diseñado por Wittgenstein y sistematizado por Brandom explica la intencionalidad, en cambio, a partir de la noción de *prácticas sociolingüísticas* de una comunidad. De acuerdo con este enfoque, la intencionalidad proviene prioritariamente de, está fundamentada en, las prácticas sociolingüísticas entre los miembros de una comunidad. De esta manera, la intencionalidad, en el orden explicativo del pragmatismo sociolingüístico, no está comprometida con ninguna forma de Platonismo y, además, tiene un rol diverso con respecto a la noción de representación.

Brandom (2000) hace explícita la relación que establece entre la actividad lingüística y la actividad mental de los individuos en las prácticas sociolingüísticas de una comunidad. Brandom expresa que, en la filosofía analítica contemporánea, hay otras dos posiciones sobre esta relación. Por un lado, la posición *pragmatista* de Michael Dummett que *otorga prioridad explicativa al lenguaje* sobre la mente[24]. Por el otro lado, la posición *relacional* de Donald Davidson que *no otorga prioridad explicativa* al lenguaje ni a la mente[25]. Brandom sostiene una posición *pragmatista-relacional* que intenta conciliar estas dos posiciones. De acuerdo con su posición, tanto la actividad lingüística como la actividad mental son ámbitos relevantes del uso de conceptos: «concepts are applied in the realm of *language* by the use of sentences and other linguistic expressions. They are applied in the realm of *mind* by the private adoption of and rational reliance on beliefs and other intentional states» (Brandom, 2000, p. 5). Sin embargo, de acuerdo con su posición, la actividad lingüística es explicativamente prioritaria con respecto a la actividad mental en cuanto a la constitución o institución del contenido de los conceptos (y de las normas)[26].

24. Dummett dijo: «We have opposed throughout the view of assertion as the expression of an interior act of judgment; judgment, rather, is the interiorization of the external act of assertion» (Dummett, 1973, p. 362).
25. Davidson dijo: «Neither language nor thinking can be fully explained in terms of the other, and neither has conceptual priority. The two are, indeed, linked in the sense that each requires the other in order to be understood, but the linkage is not so complete that either suffices, even when reasonably reinforced, to explicate the other» (Davidson, 1984, p. 156).
26. Brandom dijo: «The line of thought pursued here is in this sense a *relational linguistic* approach to the conceptual. Concept use is treated as an essentially linguistic affair» (Brandom, 2000, p. 6).

IV. PRAGMATISMO SOCIOLINGÜÍSTICO NORMATIVISTA

La versión particular del pragmatismo sociolingüístico que estoy defendiendo es normativista. El pragmatismo sociolingüístico normativista sostiene que las prácticas sociolingüísticas son central o paradigmáticamente *normativas;* porque estas prácticas están conformadas por normas que gobiernan implícitamente las interacciones entre los participantes.

Para Wittgenstein, como hemos visto, la significación es la función práctica que la realización de una acción lingüística desempeña en un juego de lenguaje. Ahora bien, esta función se constituye y determina mediante las *reglas* que conforman, e implícitamente gobiernan, los juegos de lenguaje. Wittgenstein fue bastante claro con respecto a este punto.

> Pues decimos que no hay duda de que entendemos esa palabra y que, por otro lado, su significado reside en su empleo. No hay duda de que ahora quiero jugar al ajedrez, pero el ajedrez es el juego que es en virtud de todas sus reglas. (…) ¿Dónde se efectúa la conexión entre el sentido de las palabras «¡juguemos una partida de ajedrez!» y todas las reglas del juego? Bueno, en el catálogo de reglas del juego, en la instrucción ajedrecística, en la práctica cotidiana del juego (Wittgenstein, 1953, §197).

Desde esta perspectiva, las reglas son entendidas como *criterios de corrección* que gobiernan los juegos de lenguaje, es decir, las reglas son criterios para determinar la corrección de las jugadas en un juego de lenguaje. Los juegos de lenguaje están regidos, *implícitamente*, por criterios de corrección que indican qué jugadas pueden ser realizadas o, en otras palabras, qué jugadas pueden ser consideradas como correctas por los jugadores, de acuerdo con un juego de lenguaje. Creo que Wittgenstein también ha sido bastante claro sobre este punto.

> ¡Pensemos en qué casos decimos que un juego se juega según una regla definida! La regla puede ser un recurso de la instrucción en el juego. Se le comunica al aprendiz y se le da su aplicación. (…) Se aprende el juego observando cómo juegan otros. Pero decimos que se juega según tales y cuales reglas porque un espectador puede extraer estas reglas de la práctica del juego. (…) Pero ¿cómo distingue el espectador, en este caso, entre un error de los jugadores y un desarrollo correcto del juego? Hay para ello marcas características en la conducta del jugador. Piensa en la conducta característica de corregir un *lapsus linguae* (Wittgenstein, 1953, §54).

De esta manera, según Wittgenstein, la significación de una acción lingüística se constituye, y luego se determina, en las prácticas sociolingüísticas y normativas en donde esa acción ha sido realizada. Esta posición normativista sobre las prácticas sociolingüísticas tiene una consecuencia metateórica importante. Esta consiste en que la significación de una acción lingüística no depende de aquello que el hablante *haya querido* decir al realizar la acción lingüística, de acuerdo con sus intenciones comunicativas, sino que depende de aquello que *ha* efectivamente *hecho o dicho,* de acuerdo con *las reglas del juego*. Esto quiere decir que lo que determina aquello que un participante ha hecho o

dicho usando un enunciado en una práctica sociolingüística no depende de lo que haya ocurrido en su mente, sino que depende de lo que ha hecho o dicho con su acción, de acuerdo con las reglas que gobiernan esa práctica sociolingüística y que siguen los demás participantes.

Brandom toma esta lección de Wittgenstein, la extrapola a su teoría y la especifica de una manera precisa. Según Brandom, al igual que Wittgenstein, aunque con un vocabulario técnico ligeramente diverso, la significación de una acción lingüística *se constituye* en las prácticas sociolingüísticas y normativas, de acuerdo con las reglas que conforman y gobiernan implícitamente la interacción comunicativa entre los participantes de esas prácticas.

> The later Wittgenstein, who counseled «Don't look to the meaning, look to the use», is a pragmatist in this sense (though he didn't use that term). *Normative* pragmatism is the idea that discursive practice is implicitly, but essentially, and not just accidentally, a kind of normative practice (Brandom, 2018, p. 4).

De acuerdo con Brandom, las reglas que conforman y gobiernan implícitamente las prácticas sociolingüísticas establecen bajo qué circunstancias es apropiado realizar una acción lingüística y cuáles son las consecuencias apropiadas que se siguen de su realización. Las reglas son entendidas como criterios de corrección que establecen las *circunstancias* correctas para realizar una acción lingüística y las *consecuencias* correctas que se siguen de la realización de esa acción lingüística.

> The practices that confer propositional and other sorts of conceptual content implicitly contain norms concerning how it is *correct* to use expressions, under what circumstances it is *appropriate* to perform various speech acts, and what the appropriate consequences of such performances are. [The book] introduces and motivates this normative pragmatics, which is rooted in considerations advanced by Kant, Frege, and Wittgenstein (Brandom, 1994, p. xiii).

Un requisito metateórico importante que impone esta posición normativista del pragmatismo sociolingüístico consiste en que la teoría (e.g., de las normas jurídicas) que se construya a partir de este enfoque debería ser capaz de ofrecer una caracterización de las prácticas sociolingüísticas como genuinamente *normativas*. Más precisamente, las teorías que se construyan desde esta perspectiva no deberán oscurecer y mucho menos reducir el aspecto normativo central o paradigmático de las prácticas sociolingüística, por ejemplo, en una caracterización teórica de estas prácticas en términos exclusivamente empiristas[27].

27. Sobre este punto, Brandom dijo: «No attempt is made to eliminate, in favor of nonnormative or naturalistic vocabulary, the normative vocabulary employed in specifying the practices that are the use of a language. Interpreting states, performances, and expressions as semantically or intentionally contentful is understood as attributing to their occurrence an ineliminable normative pragmatic significance» (Brandom, 1994, p. xiii).

V. PRAGMATISMO SOCIOLINGÜÍSTICO HISTORICISTA

La versión particular del pragmatismo sociolingüístico que estoy defendiendo es también *historicista*. El pragmatismo historicista expresa que el tipo de prácticas en donde se encuentran las normas no son *solo* sociolingüísticas y normativas, sino también *históricas*. Las prácticas o, mejor dicho, *la* práctica sociolingüística, en un sentido que sirve para enfatizar el punto de esta sección, está inmersa en el marco de una comunidad que comparte una cierta historia, cultura o tradición. Esta posición complementa los otros compromisos pragmatistas. Aquí se sostiene que la práctica sociolingüística y normativa es también histórica, en el sentido que tienen un carácter tradicional o cultural relacionado con la historia que comparte una comunidad. Dicho de otro modo, las normas que conforman y gobiernan implícitamente la práctica sociolingüística se constituyen a través de la historia que comparte una comunidad.

Más arriba sostuve que, en las *Investigaciones,* la expresión 'juego de lenguaje' es ambigua en dos sentidos importantes. En un sentido puede ser entendida como *la práctica* sociolingüística de una comunidad y en otro sentido como *las diversas prácticas* sociolingüísticas de una comunidad. Esto nos conduce a la pregunta sobre en qué condiciones se identifica un juego de lenguaje, esto es, el contexto con respecto al cual una acción lingüística tiene una cierta significación.

Aunque Wittgenstein no fue muy preciso al respeto, personalmente considero que estos dos sentidos diferentes de 'juego de lenguaje' cumplen *dos roles diversos e importantes* en sus reflexiones. Además, la distinción y relación entre estos dos sentidos permite dar cuenta de un aspecto no evidente, pero central o paradigmático de las prácticas sociolingüísticas.

El primer rol de la expresión 'juegos de lenguaje' en las reflexiones de Wittgenstein está dado por un sentido equiparable a «cada una de las particulares prácticas de uso del lenguaje». Así lo presenta Wittgenstein, por ejemplo, en la primera parte del parágrafo §7.

> Podemos imaginarnos también que todo el proceso de uso de palabras en (§2) es uno de esos juegos por medio de los cuales aprenden los niños su lengua materna. Llamaré a estos juegos «*juegos de lenguaje*» y hablaré a veces de un lenguaje primitivo como un juego de lenguaje. Y los procesos de nombrar las piedras y repetir las palabras dichas podrían llamarse también juegos de lenguaje (Wittgenstein, 1953, p. §7).

El segundo rol que desempeña el uso de la expresión 'juegos de lenguaje' está dado por un sentido equiparable a «lenguaje completo» o «sistemas completos de comunicación humana». Así lo expresa Wittgenstein en los siguientes parágrafos, respectivamente, del *Cuaderno Marrón* y de las *Investigaciones*.

> No estamos contemplando los juegos de lenguaje que describimos como partes incompletas de un lenguaje, sino como lenguajes completos en sí mismos, como sistemas completos de comunicación humana. Para no olvidar este punto de vista, muchas veces es conveniente

> imaginar que estos juegos tan simples son el sistema entero de comunicación de una tribu en un estado de sociedad primitivo (Wittgenstein, 1958, p. 116).
>
> Imaginemos un lenguaje para el que vale una descripción como la que ha dado Agustín: el lenguaje debe servir a la comunicación de un albañil A con su ayudante B. A construye un edificio con piedras de construcción; hay cubos, pilares, losas y vigas. B tiene que pasarle las piedras y justamente en el orden en que A las necesita. A este fin se sirven de un lenguaje que consta de las palabras: «cubo», «pilar», «losa», «viga». A las grita y B le lleva la piedra que ha aprendido a llevar con ese grito. Concibe este como un lenguaje primitivo completo (Wittgenstein, 1953, §2)[28].

En cuanto a este segundo rol, considero que, para Wittgenstein, los juegos de lenguaje son equiparables a *la* práctica sociolingüística de una comunidad, es decir, a *el* juego de lenguaje completo y compartido por una comunidad. En este sentido, el juego de lenguaje es la unidad contextual última con respecto a la cual se determina la significación de una acción lingüística.

De este modo, se puede establecer la siguiente relación entre los dos sentidos de 'juegos de lenguaje'. Una acción lingüística, en una práctica sociolingüística *particular* (sentido1), está relacionada con otras acciones lingüísticas, de otras prácticas sociolingüísticas *anteriores* y *particulares* (sentido1), porque todas estas prácticas sociolingüísticas particulares son partes integrantes de la misma práctica sociolingüística *general* de una comunidad (sentido2).

Esto permite explicar por qué las escuálidas acciones lingüísticas de los constructores en el juego de lenguaje (§2) conllevan *significaciones*. Porque en ese juego de lenguaje, cuando el albañil A grita «ladrillo» al ayudante B, está realizando una acción lingüística que desempeña una función en ese particular juego. Esta acción tiene una significación que podríamos parafrasear diciendo que «A dice a B que debe pasarle un ladrillo». Así, A profiere esa acción lingüística, B la entiende y actúa en consecuencia. Ahora bien, el hecho de que la acción lingüística de A tenga una cierta significación en ese juego se debe no solo a la jugada de A en ese juego particular (sentido1), sino también a ciertas relaciones que esa jugada tiene con otras jugadas realizadas en otros juegos precedentes (sentido1), que forman parte de *la práctica sociolingüística general* de la comunidad (sentido2).

Rush Rhees, uno de los discípulos más cercanos de Wittgenstein, realizó una importante clarificación sobre las relaciones entre estos dos sentidos de 'juego de lenguaje'. Según Rhees (1960), Wittgenstein (1953) parece sugerir que el juego de lenguaje §2 tiene una cierta finalidad técnico-instrumental y que las reglas que determinan la corrección de las jugadas en ese juego dependen de esa finalidad. Sin embargo, Rhees sostiene, por un lado, que un juego de lenguaje particular se relaciona *internamente* con los demás juegos de lenguajes particulares dentro del marco general de la comunidad y, por el otro lado, que la relación entre los juegos de lenguaje particulares no se establece

28. Wittgenstein realiza algunas ampliaciones a este juego rudimentario en los parágrafos §8 y §15.

a través una finalidad técnico-instrumental, sino más bien a través de *relaciones significativas*. En sus palabras:

> I want to contrast (a) the external relation of the moves in a game, and (b) the internal relations of the remarks people make to one another. (…) 'Internal relations' has a technical sense, so it may be misleading. But it does suggest 'connexions of meaning', and this is the point here (Rhees, 1960, p. 182).

Desde esta perspectiva, la significación de las acciones lingüísticas en un juego de lenguaje particular no cesa cuando ese juego termina. Las relaciones internas entre las acciones lingüísticas realizadas en juegos diversos perduran en el tiempo, pueden cambiar de un lugar a otro y pueden incorporar o desincorporar participantes. Estas relaciones son las que permiten considerar que los diversos juegos de lenguaje son parte de una forma de vida común, es decir, provienen de un trasfondo de vida social común que se manifiesta en la estructura lingüística, normativa e histórica de una comunidad.

Esta clarificación se acomoda perfectamente con aquello que Wittgenstein dice seguidamente en las *Investigaciones*. En el parágrafo §19, conecta la noción de *juegos de lenguaje* con la noción de *formas de vida* común: «Puede imaginarse fácilmente un lenguaje que conste sólo de órdenes y partes de batalla. O un lenguaje que conste sólo de preguntas y de expresiones de afirmación y de negación. E innumerables otros. E imaginar un lenguaje significa imaginar una forma de vida» (Wittgenstein, 1953, §19). Algunos parágrafos más adelante, expresa que: «la expresión 'juego de lenguaje' debe poner de relieve aquí que hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida» (Wittgenstein, 1953, §23). Posteriormente, muestra que los juegos de lenguaje están sujetos a las siempre cambiantes *formas de vida* de una comunidad: «y esta multiplicidad no es algo fijo, dado de una vez por todas; sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, como podemos decir, nacen y otros envejecen y se olvidan» (Wittgenstein, 1953, §23).

Desde este punto de vista, aquello que hace que una acción lingüística tenga una cierta significación depende de las *relaciones internas y significativas* que existan entre esa acción en ese juego de lenguaje particular (sentido1) y otras acciones precedentes en otros juegos de lenguaje particulares (sentido1) en el marco de la práctica sociolingüística general de la comunidad (sentido 2). Estas relaciones están unidas por las formas de vida común, siempre cambiantes, de una misma comunidad. Estas relaciones, que constituyen las reglas que gobiernan implícitamente la práctica sociolingüística, se establecen en función del trasfondo de historia común que comparte una comunidad.

Brandom suscribe el pragmatismo histórico que hemos apenas descripto y adjudicado a Wittgenstein. Sobre este punto, Brandom (2000) sostiene que, aunque los productos de las interacciones entre miembros de una comunidad no sean del tipo de entidades explicadas o explicables por las ciencias naturales, no deberían ser tratados como supernaturales o misteriosos. La existencia de prácticas intersubjetivas constituye productos sociales que de otra forma no formarían parte de la realidad. Esto nos permite distinguir, desde el punto de vista teórico, entre las entidades que tienen naturaleza o

que forman parte de la naturaleza y aquellas entidades que tienen historia o que forman parte de la historia de una comunidad[29].

Brandom también se separa de Frege en este punto. Porque para Brandom, como entiendo su proyecto filosófico, el «reino de la historia o de la sociedad» no se encuentra en una dimensión abstracta e independiente de la realidad concreta (como el tercer reino de Frege), sino que es dependiente de, que está fundamentado en, la realidad concreta de las prácticas sociolingüísticas.

VI. PRAGMATISMO SOCIOLINGÜÍSTICO RACIONALISTA

La versión particular del pragmatismo sociolingüístico que estoy defendiendo aquí es también *racionalista*. El pragmatismo sociolingüístico *racionalista* establece que la práctica social en donde se encuentran las normas es lingüística, normativa, histórica y también *racional*. La tesis consiste en que esa práctica tiene un juego de lenguaje central, i.e., el juego de dar y pedir razones. De acuerdo con este juego, una acción lingüística es una jugada que explícita o implícitamente desempeña el rol de premisa o de conclusión en un razonamiento desarrollado en el contexto de las interacciones entre los participantes de la práctica sociolingüística de una comunidad.

Como hemos visto, la teoría de Brandom se construye sobre la base del proyecto pragmatista diseñado por Wittgenstein. Sin embargo, Brandom continúa el desarrollo de este proyecto añadiendo, a las demás tesis pragmatistas de Wittgenstein, una posición racionalista en la reconstrucción de la práctica sociolingüística.

Para Brandom, la práctica sociolingüística, normativa e histórica es también racional porque los participantes realizan, centralmente, actos de habla *asertivos* –i.e. acciones lingüísticas que expresan contenidos *proposicionales*– que pueden servir como razones, porque cumplen el rol de premisas, o que pueden requerir razones, porque cumplen el rol de conclusión en un razonamiento[30]. Según Brandom, en el juego de dar y pedir razones (una metáfora que toma de Wilfrid Sellars) *damos razones* por las *acciones* que realizamos y por las *actitudes* que manifestamos en relación con lo que hacemos o con lo que los demás hacen; y *pedimos razones* por las *acciones* que los demás realizan y por

29. Sobre este punto, Brandom dijo: «Products of *social* interactions are not studied by the *natural* sciences –though they are not for that reason to be treated as spooky and *super*natural. In conferring conceptual content on performances, states, and expressions suitably caught up in them, those practices institute a realm of culture that rests on, but goes beyond, the background of reliable differential responsive dispositions and their exercise characteristic of merely natural creatures. Once concept use is on the scene, a distinction opens up between things that have natures and things that have histories. Physical things such as electrons and aromatic compounds would be paradigmatic of the first class, while cultural formations such as English Romantic poetry and uses of the terms 'nature' and 'natural' would be paradigmatic of the second» (Brandom, 2000, p. 26).

30. Entiendo «razonamiento» en su sentido habitual en lógica y argumentación, es decir, como un conjunto de enunciados en donde uno desempeña el rol lógico conclusión, otro(s) desempeña(n) el rol lógico de premisas y hay una relación inferencial que va desde la(s) premisa(s) a la conclusión.

las *actitudes* que los demás manifiestan en relación con lo que hacemos o con lo que ellos hacen[31].

Ahora bien, recordemos que Wittgenstein había sugerido, en las *Investigaciones*, que todos los juegos de lenguaje están en un pie de igualdad, es decir, que no hay un juego de lenguaje más central que los demás (Wittgenstein, 1953, §18, §66 y §67). Rush Rhees (1998) desarrolló una importante objeción a esta idea, que se basa en que la conversación intersubjetiva y argumentativa no es un tipo de juego más entre los diversos tipos de juegos de lenguaje, sino que tiene una importancia crucial para el funcionamiento del lenguaje. Su argumento consiste en que, aunque no es el caso que toda vez que hablamos estamos inmersos en una conversación, por ejemplo, «when I say "excuse me", or when I ask a waitress a cup of coffee, or when I write out an inventory, I am not even carrying a conversation» (Rhees, 1998, p. 108), el carácter lingüístico y significativo de estas actividades solo puede ser plenamente entendido «by considering its similarity with (approximation to or derivation from) *discussion*» (Rhees, 1998, p. 91). Así las cosas, para Rhees, el centro de los juegos de lenguaje está dado por el juego de la discusión o conversación argumentativa entre los participantes.

Creo que Brandom estaría parcialmente de acuerdo, porque no lo ha dicho explícitamente, con esta crítica de Rhees a Wittgenstein. Ambos concuerdan, en desacuerdo con Wittgenstein, en que el lenguaje tiene un centro y que no todos los juegos de lenguaje están en el mismo nivel de igualdad. Sin embargo, Brandom caracteriza ese centro de una manera más restrictiva con respecto a la manera en que lo hace Rhees. Brandom se opone incluso a considerar que §2 sea un juego de lenguaje completo, porque ese juego no está compuesto por jugadas con la fuerza pragmática de las aserciones.

> What makes something a specifically *linguistic* practice is that it accords some performances the force or significance of *claimings*, of *propositionally* contentful commitments, which can both serve as and stand in need of reasons. Practices that do not involve reasoning are not linguistic or (therefore) discursive practices. Thus the 'Slab' *Sprachspiel* that Wittgenstein introduces in the opening sections of the *Philosophical Investigations* should not, by these standards of demarcation, count as a genuine *Sprach*spiel. It is a *vocal* but not yet a *verbal* practice. By contrast to Wittgenstein, the inferential identification of the conceptual claims that language (discursive practice) has a *center*; it is not a motley (Brandom, 2000, p. 14).

Sobre este punto, no estoy de acuerdo con Brandom. La caracterización del aspecto racional de las prácticas sociolingüísticas que él propone me parece demasiado restrictiva, en cuanto a la exigencia de las aserciones. Básicamente, no creo que las acciones lingüísticas de los participantes sean significativas si, y solo si, tienen la fuerza pragmática

31. Estas razones no deben ser necesariamente expresadas a través del lenguaje, pueden ser inferidas de las reglas que conforman y gobiernan implícitamente la práctica. Las razones explícitas e implícitas, en el juego de dar y pedir razones, se articulan inferencialmente. Como dijo Brandom: «Inferential practices of producing and consuming reasons are downtown in the region of linguistic practice. Suburban linguistic practices utilize and depend on the conceptual contents forged in the game of giving and asking for reasons, are parasitic on it» (Brandom, 2000, p. 14).

de las aserciones, que es aquello que Brandom sugiere en el párrafo apenas citado, así como en (Brandom 1994: 172). Más bien, creo que para que las acciones lingüísticas sean significativas es necesario, aunque probablemente no sea suficiente, que esas acciones (i) se encuentren dentro de un juego de lenguaje particular (sentido1), relacionado interna y significativamente con otros juegos de lenguaje particulares y antecedentes (sentido1), dentro de la práctica sociolingüística general de una comunidad (sentido2); y (ii) desempeñen el rol de premisas o de conclusión en un razonamiento desarrollado en el contexto de las interacciones entre los participantes.

En síntesis, estoy de acuerdo con Rhees y Brandom en que el lenguaje tiene un centro y en que ese centro está caracterizado por la conversación argumentativa entre los participantes de la práctica sociolingüista de una comunidad. Además, estoy de acuerdo con Brandom en que esta conversación es racional, en el sentido que las acciones lingüísticas desempeñan el rol de premisa o de conclusión en un razonamiento desarrollado en un contexto intersubjetivo. Pero no estoy de acuerdo con Brandom en que solo las aserciones sean capaces de constituir acciones lingüísticas significativas[32].

Creo que la manera más adecuada de caracterizar al juego de lenguaje central de la práctica sociolingüística es la que propone Rhees. Esta manera podría ser sencillamente explicada a través de la metáfora del juego comunicativo y argumentativo general de una comunidad en el que, centralmente, se expresan juicios (o conclusiones) y se manifiestan explícita o implícitamente razones (o premisas) en apoyo de esos juicios.

Por otro lado, creo que de esta manera se puede articular mejor la explicación acerca de por qué en el juego §2 el albañil A *ha dicho* algo, y no solo *ha emitido* un ruido, y el albañil B *ha respondido*, y no solo *ha reaccionado* ante ese sonido. En primer lugar, esto es así porque, aunque las acciones de los albañiles puedan parecer incompletas (desde un punto de vista sintáctico) o puedan parecer no-significativas (desde un punto semántico), estas acciones son completas y significativas cuando se las considera en relación de similitud con otras acciones dentro de la práctica comunicativa de los albañiles. Sus acciones lingüísticas, en dicho juego de lenguaje (sentido1), están vinculadas a través de relaciones de significación internas y significativas con otras acciones de juegos de lenguaje precedentes (sentido1), dentro de la práctica sociolingüística general de la comunidad (sentido2)[33]. En segundo lugar, porque, aunque las acciones de los albañiles puedan parecer incompletas (desde un punto lógico formal), estas jugadas son

32. De hecho, como sucede en el contexto del derecho, aunque no solo en ese contexto, las acciones lingüísticas normativas –i.e., que expresan obligaciones, prohibiciones o permisiones con respecto a ciertas acciones– o las acciones lingüísticas evaluativas –i.e., que expresan razones valorativas capaces de justificar ciertas acciones o decisiones sobre acciones– pueden ser perfectamente significativas, en el sentido apenas precisado.

33. Los albañiles son participantes competentes de la práctica sociolingüística que han creado nuevas formas de expresión, basadas en juegos de lenguaje precedentes, dentro de su comunidad. Los albañiles son participantes *capaces* de entender y reaccionar *correctamente* dentro de la práctica. Ellos han adquirido la *técnica* de usar el lenguaje y dominan la *capacidad* o *habilidad* de usarlo correctamente. Como sostuvo Rhees, «if someone learns to speak, he does not just learn to make sentences and utter

lógicamente completas porque desempeñan el rol de premisas o de conclusión en el razonamiento desarrollado de manera comunitaria[34].

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La propuesta metateórica presentada en este trabajo no ha sido todavía explorada con todos sus detalles ni mucho menos desarrollada en toda su extensión por los teóricos del derecho.

Hart (1961) sostuvo implícitamente una metateoría pragmatista sociolingüística, pero no defendió una metateoría historicista ni racionalista. Con respecto a la metateoría normativista, una parte importante de la literatura en teoría del derecho entiende a su propuesta como convencionalista y, por lo tanto, no propiamente normativista, por reducir el aspecto normativo en convenciones. Creo que Hart no ha sido claro en este punto y que hay elementos en su obra para entender su propuesta tanto como normativista (e.g., Hart, 1961, pp. 106-113) como no-normativista (e.g., Hart, 1961, pp. 135-137 y, sobre todo, Hart, 2000, p. 133 y ss.).

Ronald Dworkin (1986) defendió explícitamente el pragmatismo historicista, sobre todo en el desarrollo de su metáfora de «la novela en cadena» (Dworkin, 1986, p. 228 y ss.); pero no es claro que él haya sostenido un pragmatismo normativista y seguramente no sostuvo un pragmatismo racionalista.

Matthias Klatt (2008) aplicó una parte importante de la metateoría de Brandom en el desarrollo de su explicación de la interpretación del derecho, continuando el desarrollo de la teoría de Robert Alexy. Entre otras cosas, Klatt sostuvo que con la ayuda de Brandom se puede mostrar un sentido importante en que el contenido del derecho es objetivo. Al realizar esta tarea defendió una metateoría pragmatista sociolingüística y normativista, pero no particularmente historicista ni racionalista.

Damiano Canale y Giovanni Tuzet extrapolaron con mucha precisión una parte de la metateoría de Brandom al desarrollo de una particular teoría de la interpretación jurídica (Canale y Tuzet 2006 y 2007) y del razonamiento jurídico (Canale 2005 y 2017). En estos trabajos ellos defendieron claramente una metateoría pragmatista sociolingüística y normativista, explicada principalmente mediante la metáfora del «*scorekeeping*», pero ellos no se comprometieron explícitamente con un pragmatismo historicista ni racionalista[35].

---

them. Nor can he merely have learned to react to orders, […] When he learns to speak, he learns to tell you something» (Rhess, 1960, p. 180).

34. A aquellos razonamientos en los cuales no se expresa explícitamente alguna(s) de las premisas, basta sencillamente considerarlos (de acuerdo con una concepción lógica informal o material) como entimemáticos, i.e., razonamientos con premisas ocultas o implícitas.

35. Hay otras menciones a, aunque no usos o aplicaciones de, la teoría de Brandom en el marco de la teoría del derecho. Por ejemplo, Bayón (2007, p. 149), Rodríguez y Perot (2010, p. 12) y Atienza (2013, pp. 288-259).

De todas maneras, considero que el trabajo aquí presentado podría ser entendido como una extensión de estos trabajos realizados, sobre todo, por Klatt, Canale y Tuzet. En el sentido que aquí se desarrollan, precisan y modifican (con respecto a la teoría de Brandom) compromisos metateóricos pragmatistas, en particular, el historicista y el racionalista, que esos trabajos no desarrollan completamente.

Más allá de esto, en este trabajo he intentado construir una noción suficientemente clara y precisa de «práctica sociolingüística». Las teorías del derecho contemporáneas, tanto positivistas como antipositivistas, suelen utilizar estas nociones, de una manera más o menos precisa, dependiendo el caso, en sus explicaciones acerca del fenómeno jurídico. Sin embargo, estas teorías raramente hacen explícitos los compromisos filosóficos o metateóricos que se asumen cuando utilizan estas nociones.

BIBLIOGRAFÍA

Austin, J. (1832). *The Province of Jurisprudence Determined*. John Murray, Albemarle Street.

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta. https://doi.org/10.2307/j.ctv31zqcfp

Bayón, J.C. (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En P. Navarro y C. Redondo (Eds.), *La relevancia del derecho*, (pp. 57-92). Gedisa.

Bayón, J.C. (2007). Bulygin y la justicación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente. En C. Redondo y J.J. Moreso (Eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Marcial Pons. https://doi.org/10.2307/jj.2321960.18

Benecerraf, P. (1973). Mathematical Truth. *Journal of Philosophy*, 70, 661-79. https://doi.org/10.2307/2025075

Bennett, K. (2011). By Our Bootstraps. *Philosophical Perspectives*, 25, 27-41. https://doi.org/10.1111/j.1520-8583.2011.00207.x

Bentham, J. (1970). An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. En Burns J.H., y Hart H.L.A. (Eds.), *The Collective Works of Jeremy Bentham*. Athlone Press. (Obra publicada originariamente en 1780).

Bouvier, H., Gaido P., Sánchez Brígido R. (2007). Teoría del derecho y análisis conceptual. En H. Bouvier, P. Gaido y R. Sánchez Brígido (Eds.). *Una Discusión sobre la teoría del derecho* (pp. 9-41). Marcial Pons. https://doi.org/10.2307/jj.2322006.3

Brandom, R. (1994). *Making it Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. Harvard University Press.

Brandom, R. (2000). *Articulating Reasons: An introduction to Inferentialism*. Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/9780674028739

Brandom, R. (2002). *Tales of the Mighty Dead: Historical Essays on the Metaphysics of Intentionality*. Harvard University Press.

Brandom, R. (2008). *Betwwen Saying and Doing*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199542871.001.0001

Brandom, R. (2011). *Perspective on Pragmatism: Classical, Recent and Contemporary*. Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/9780674270572

Brandom, R. (2014). Intentionality and Language: A Normative, Pragmatist, Inferentialist Approach. En N.J. Enfield, P. Kockelman y J. Sidnell, *The Cambridge Handbook of Linguistic Anthropology* (pp. 347-363). Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781139342872.017

Brandom R., 2018: *Inferentialism, Normative Pragmatism, and Metalinguistic Expressivism*, Dewey Lectures at Fudan University, Shanghai.

Brandom R., 2019: A Spirit of Trust: A Reading of Hegel's Phenomenology. Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/9780674239067

Brentano, F. (1874). *Psychology from an Empirical Standpoint*. Routledge.

Caballero, P. (2022). Sobre la ontología y metafísica de las normas jurídicas. *Isonomia: revista de teoría y filosofía del derecho*, 2022, N.º 57, 34-68. https://doi.org/10.5347/isonomian57/2022.455

Canale, D. (2005). Inferenzialismo semantico e ragionamente giuridico. *Ragion Pratica*, 2/2005, 301-334.

Canale, D. (2017). L'indeterminatezza delle norme: un approccio inferenzialista. *Analisi e diritto*, 31-60.

Canale, D. y Tuzet, G. (2006). Interpretative Scorekeeping, *Analisi e diritto*, 81-97.

Canale, D. y Tuzet, G. (2007). On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation? *Ratio Juris*, vol. 20, 32-44. https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2007.00345.x

Chilovi, S. y Pavlakos, G. (2019). Law-Determination as Grounding: A Common Grounding Framework for Jurisprudence. *Legal Theory*, 25(1), 53-76. https://doi.org/10.1017/S1352325218000216

Chilovi, S. (2020). Grounding-based Formulation of Legal Positivism. *Philosophical Studies*, 177(11), 3283-3302. https://doi.org/10.1007/s11098-019-01370-5

Chilovi, S. (2022). Introducción a la metafísica. En G. Lariguet y D. Lagier (Eds.), *Filosofía. Una introducción para juristas*. Trotta.

Davidson, D. (1984). *Inquiries into Truth and Interpretation*. Oxford University Press.

deRosset, L. (2013). Grounding Explanations. Philosophers' Imprint, 27, 74-97.

Dummett, M. (1973). *Frege: Philosophy of Language*. Harper & Row.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press.

Fine, K. (2012). Guide to Ground. En F. Correia y B. Schnieder (Eds.), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, 37-80. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781139149136.002

Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University press.

Fodor, J. (1990). *A Theory of Content and Other Essays*. MIT Press.

Frege, G. (1892a). Über Begriff und Gegenstand. Vierteiljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie, 16, 192-205.

Frege, G. (1892b). Über Sinn und Bedeutung. Zeitschrift für Philosophie un Philosophische Kritik, 100, 25-50.

Frege, G. (1884). Die Grundlagen der Arithmetik. Breslau: Verlag von Louis Nebert.

Frege, G. (1956). The Thoughts: A Logical Inquiry. *Mind*, 65 (259), 289-311. https://doi.org/10.1093/mind/65.1.289

Hägerström, A. (1953). *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. K. Olivecrona (Ed.). Almqvist & Wiksells.

Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press.

Hart, H.L.A. (1963) *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1515/9781503620612

Hart, H.L.A. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. J. Raz y P. Bulloch (Eds.), Tamayo R. (tr.), UNAM.

Husserl, E. (1901). *Logical Investigations* Volume 2. Routledge.

Kaplan, D. (1989). Demonstratives: An Essay on the Semantics, Logic, Metaphysics and Epistemology of Demostratives and other Indexicals. En J. Almog, J. Perry y H. Wettstein (Eds.), *Themes from Kaplan*, 481-563. Oxford University Press.

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (R. Vernengo, Trad.). Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM. (Obra original publicada en 1934).

Klatt, M. (2008). *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation*. Hart Publishing.

Marmor, A. (2009). *Social Conventions: From Language to Law*. Princeton University Press. https://doi.org/10.1515/9781400831654

Meijers, A. (2003). Can Collective Intentionality be Individualized? *American Journal of Economics and Sociology* (Special Issue: John Searle's Ideas about Social Reality), 62, 167-183. https://doi.org/10.1111/1536-7150.t01-1-00006

Olivecrona, K. (1939). *Law as Fact*. Stevens.

Peregrin, J. (2014). *Inferentialism: Why Rules Matters*. Palgrave-Macmillan. https://doi.org/10.1057/9781137452962

Platón. (1992). *Diálogos* IV, *República*, libro VI-VII (C. Eggers Lan (trad.), Gredos. (Obra originalmente publicada aproximadamente en 270 A.C.)

Price, H. (2011). *Naturalism without Mirrors*. Oxford University Press.

Radbruch, G. (2019). *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Ediciones jurídicas Olejnik. (Obra originariamente publicada en 1946).

Rapetti, P. (2021). Ontología social y práctica jurídica: la actualización de un debate. *Discusiones*, 26(1), 255-287. https://doi.org/10.52292/j.dsc.2021.2650

Rhees, R. (1960). Wittgenstein's Builders. *Proceedings of the Aristotelian Society*. New Series, 60, 171-86. https://doi.org/10.1093/aristotelian/60.1.171

Rhees, R. (1998). *Wittgenstein and the Possibility of Discourse*. Cambridge University Press.

Rodríguez, J. y Perot, P. (2010). Desacuerdos acerca del derecho, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, vol. 32, 119-148.

Rorty, R. (1979). *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton University Press.

Rorty, R. (1982). *Consequences of Pragmatism*. University of Minnesota Press.

Rosen, G. (2010). Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction. En B. Hale, A. Hoffmann (Eds.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*, (pp. 109-136). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199565818.003.0007

Ross, A. (1946). *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of Dualism in Law*. Munksgaard.

Ross, A. (1958). *On Law and Justice*. Stevens.

Russel, B. (1919). *The Philosophy of Logical Atomism*, The Monist, 1, 32-63. https://doi.org/10.5840/monist191929120

Schaffer, J. (2009). On What Grounds What. En D. Manley, D. Chalmers, R. Wasserman (Eds.), *Metametaphysics: New Essays on the Foundations of Ontology*, (pp. 347-283). Oxford University Press.

Sellars, W. (1956). *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Minnesota Studies in the Philosophy of Science, 1, 253-329.

Searle, J. (1983). *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781139173452

Searle, J. (1995). *The Construction of Social Reality*. Free Pess.

Searle, J. (2010). *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780195396171.001.0001

Vilajosana, J.M. (2010). *El derecho en acción: la dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons. https://doi.org/10.2307/jj.2321933

Wittgenstein, L. (1922). *Tractatus logico-philosophicus*. Kegan Paul.

Wittgenstein, L. (2008). *Las investigaciones filosóficas*. A. García Suárez y U. Moulines (trad.). Crítica. (Obra publicada originalmente en 1953).

Wittgenstein, L. (1998). *Los cuadernos azul y marrón*. F. Gracia Guillén (trad.). Tecnos. (Obra publicada originalmente en 1958).

Zaibert, L. (2003). Collective Intentions and Collective Intentionality. En Koepsell D.R., Moss L.S. (Eds.), *John Searle's Ideas about Social Reality – Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Balckwell. https://doi.org/10.1111/1536-7150.t01-1-00008

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 105-133
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.5

El argumento de la intención del legislador: usos y propuesta normativa

The Legislator's Intent Argument: use and Normative Purpose

Roberta Simões Nascimento

Autor:
Roberta Simões Nascimento
Universidade de Brasília, Brasil
roberta.simoes@unb.br
https://orcid.org/0000-0001-8461-2562

Recibido: 16/6/2021
Aceptado: 22/11/2021

Citar como:
Nascimento, Roberta Simões (2023). El argumento de la intención del legislador: usos y propuesta normativa. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 105-133. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.5

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Roberta Simões Nascimento

Resumen

El trabajo presenta las principales ideas teóricas sobre el argumento de la intención del legislador. Para ello, describe la evolución del debate en torno a su significado y uso –con enfoque en el contexto europeo y estadounidense– y explica el actual contenido conceptual de este argumento. El trabajo concluye con sugerencias que permiten esclarecer la fuerza que deberían tener las intenciones legislativas en el ámbito de aplicación de las normas.

Palabras clave: interpretación jurídica; intención del legislador; argumentación jurídica; teoría de la legislación.

Abstract

The article presents the main theoretical ideas about the argument of the legislator's intent, systematizing the evolution of the debate around its meaning and use – focusing on the European and North-American context – and explaining what is its current understanding. The paper is divided into an introduction, a section dealing with the theoretical perspectives on the role of the legislative intent in legal interpretation, a section dedicated to the situations in which it would be possible to depart from the legislative intention, and a conclusion, in which the most important ideas worked on in the text are resumed.

Keywords: Legal interpretation; Legislative intent; Legal reasoning; Theory of legislation.

1. INTRODUCCIÓN

¿Existe una jerarquía entre los cánones interpretativos? ¿Cuál es el peso de la intención de los legisladores en la interpretación jurídica de las leyes? Puesto que los Parlamentos son órganos multitudinarios, formados por cientos de legisladores, ¿es posible hablar de una (única) intención legislativa? ¿Cómo se llega a ella? ¿Se deben consultar siempre los materiales preparatorios? En caso negativo, ¿en qué situaciones habrá que hacerlo? ¿Cuál es la solución cuando no se puede encontrar la intención legislativa? ¿Y si no hay tiempo para buscarla? ¿Y si la intención es mala o no corresponde a lo que está escrito? ¿Qué puede hacer el juez si cree que los legisladores están equivocados en su intento? ¿En qué situaciones la interpretación se puede apartar de la intención de los legisladores?

Sea lo que sea lo que se entienda por interpretación jurídica, entre los distintos argumentos empleados para justificar las interpretaciones en concreto, el de la intención legislativa es, desde hace tiempo, objeto de intensos debates.

En principio, tomar la intención legislativa en serio parecería la opción más democrática, pues los legisladores representan a las mayorías y esa sería la manera de proceder en un Estado de derecho en el que rija la separación de poderes. La legitimación democrática del legislador es, sin duda, el argumento más sólido que apoya la pretensión de que la voluntad legislativa tenga preferencia como guía para la interpretación de las leyes.

Sin embargo, una visión más crítica presenta la idea de que es la «ley» la que gobierna, no la intención del legislador, de manera que un gobierno de leyes –y no de hombres– exigiría que solo las intenciones efectivamente expresadas en el texto vincularan a los ciudadanos. Si la intención no está «objetivada» (por escrito), no es vinculante. La idea es que las leyes signifiquen lo que está en sus textos, no lo que los legisladores deseaban o querían decir y que, por casualidad, no plasmaron en las disposiciones normativas. De manera que la intención jamás podrá ser la subjetiva (*voluntas legislatoris*) y, si está disociada del texto (*voluntas legis*), se debería preferir el tenor estrictamente literal, sin importar la voluntad.

Las vertientes escépticas van todavía más lejos al defender la inexistencia de una intención legislativa, pues solo los hombres (es decir, los seres humanos) pueden tener intención y las legislaturas no son hombres. Para esta objeción ontológica, el legislador no es un ser (monocrático) a quien se pueda atribuir una intención y sería falso personificar en él la decisión de una colectividad. Como en los Parlamentos hay varios legisladores –avanza el argumento–, no sería posible concebir «una» intención legislativa, entendida como la suma de las intenciones de los distintos legisladores, separada de las diversas intenciones de cada legislador individual.

La segunda objeción escéptica va por el camino gnoseológico al defender que, aunque existiera una intención legislativa colectiva, no sería posible conocerla, pues no

se votan las intenciones, sino las palabras de las leyes. Para superar esta objeción, habría que echar mano de datos, documentos e indicios que revelaran la llamada *occasio legis*, esto es, las circunstancias del momento en que se originó la ley y, aun así, persistirían todos los problemas, dificultades y dilemas planteados con relación al método histórico de interpretación.

Por último, la tercera objeción sostiene la irrelevancia práctica de la intención legislativa en la medida en que habría situaciones en las que esta no vincula al intérprete, es decir, sería inútil dedicarse a buscar la voluntad del autor de las leyes porque su intención no siempre importa, sobre todo, con el paso del tiempo, pues puede estar desfasada con relación a los avances de la sociedad, la tecnología o las necesidades sociales. Además, consecuencias nefastas e inconstitucionalidades anularían la vigencia de la intención legislativa, es decir, mostrarían que es obsoleta.

Estas objeciones han provocado que el argumento de la intención del legislador goce de poco prestigio en la teoría de la interpretación moderna.

El propósito del presente trabajo es presentar de forma sistemática el panorama teórico del debate acerca del papel de la intención legislativa en la interpretación jurídica y reivindicar el uso de este argumento. Para ello, se partirá de las premisas que se expresan a continuación.

Así, en primer lugar, se asume que negar la existencia de una «intención» equivale a decir que la ley se dictó sin razón, casi de manera involuntaria, como por accidente, lo que parece absurdo o, al menos, es poco plausible. Sin intención (sin voluntad), no hay legislación. Las leyes no son un producto de la naturaleza, no son la lluvia, que simplemente cae del cielo. Las leyes son aprobadas con el objetivo de promover algún estado de cosas, un cambio, tienen el propósito de realizar determinados valores, de preferencia, para resolver algún problema de la sociedad. Si se entiende el Derecho como un medio para alcanzar fines valiosos, también debe entenderse que las leyes son uno de los instrumentos más adecuados para ello.

De esta manera, una teoría normativa de la interpretación sin una teoría de la legislación corre el riesgo de fracasar en su finalidad de atribuir sentido a los textos legales. Se defiende que hay una conexión entre la teoría de la legislación y la teoría de la interpretación. La manera como se entiende la creación del derecho (la elaboración de las leyes) interfiere directamente en el momento de la aplicación o la interpretación del derecho legislado. Las teorías de la legislación ofrecen herramientas útiles para evaluar la racionalidad de la actividad legislativa, que –si se toman en serio– contribuyen a que no se hagan presuposiciones vacías con respecto al legislador.

Con ello, comprender el significado de una ley pasaría por entender mínimamente el contexto en el que se dictó, examinando el problema social subyacente, las finalidades que con ella se pretendían alcanzar, la argumentación involucrada a fin de verificar si los medios establecidos son los adecuados, etc. Hay que insistir en que las leyes son instrumentos para lograr determinados estados de cosas definidos políticamente, de manera que no pueden aislarse de las circunstancias que motivaron su creación. Sobre la

base de este primer presupuesto, habrá situaciones en las que será ineludible demostrar si el legislador ha actuado bien o mal y, para ello, será necesario familiarizarse con la dinámica del procedimiento legislativo.

En segundo lugar, se asume que buscar la intención legislativa es una empresa viable en la mayoría de las situaciones. Este segundo supuesto, como consecuencia del primero, considera que las legislaturas, al aprobar las leyes, actúan de manera intencional. Los textos legislativos representan el principal recurso de la intención, sin embargo, hay otros materiales capaces de completar la evidencia de lo que los legisladores pretendían. Además, tal como pretende aclararse hacia el final de este trabajo, la existencia de información empírica no es condición de validez del argumento de la intención del legislador, sin perjuicio de que un soporte fáctico en la realidad le dará más fuerza. Se reconoce que habrá situaciones en las que la intención del legislador podrá presentarse más bien como una presunción que como un hecho social.

En tercer lugar, completando las asunciones anteriores, se considera que buscar la intención legislativa no es algo fútil, sino que forma parte de la actividad del intérprete al aplicar el derecho de forma racional y sistemática. Desde luego, es posible en algunos contextos, en los que la intención legislativa no sea determinante para el resultado de la interpretación, dado que los juegos interpretativos y sus finalidades corren en simultáneo, es decir, la interpretación no necesariamente debe guiarse por la intención del legislador, pero no implica que sea irrelevante.

Igualmente, no se niega que habrá situaciones en las que se menciona la intención legislativa como una etiqueta para encubrir las propias intenciones del intérprete, es decir, lo que él personalmente considera que debería ser la intención del legislador, tal como sucede con el uso del argumento de la racionalidad del legislador. En este caso es evidente que se hace un uso falaz del argumento.

En el mismo sentido, también es incorrecto utilizar el argumento de la intención del legislador para revelar intenciones legislativas «oscuras», esto es, para decir que las «verdaderas» intenciones estarían «escondidas» –por ejemplo, cuando se alega que los legisladores actúan de manera autointeresada (sin demostrarlo)– o para descalificar o desacreditar la intención legislativa, cuando se califican como «malas» intenciones. Con esta aclaración no se pretende afirmar que los legisladores siempre presenten «razones verdaderas», sino que el problema del legislador «mentiroso» debe resolverse de otra manera, no a través del argumento mencionado, que fracasa en este tipo de situaciones.

El uso aquí propuesto, que aboga por examinar los debates parlamentarios y materiales preparatorios en general, no debe considerarse una defensa del postulado del legislador racional ni una especie de deferencia al legislador. Una interpretación de la ley no es necesariamente buena o mala porque suscriba o no la intención legislativa. Lo que no se debe hacer –según se entiende aquí– es presumir que existe un legislador ideal que siempre es racional y bienintencionado (o todo lo contrario) sin averiguar nada más.

Concebir el argumento de la intención del legislador de una manera distinta a la que aquí se propone puede implicar una concepción anacrónica con relación a los

últimos avances de la teoría contemporánea y corre el riesgo de que avale un empleo falaz del argumento, al estilo «todo vale», que probablemente serviría para enmascarar la visión subjetiva del propio intérprete acerca de cuál debería ser el propósito de la ley según sus preferencias personales.

Definidos esos aspectos –especialmente el de que la intención legislativa revelada, aunque preferencial, no es determinante en todos los casos–, se explica que el uso del argumento de la intención del legislador, en los moldes aquí pretendidos, proyecta una visión del método interpretativo acorde al Estado constitucional, que, al mismo tiempo, preserva el método jurídico de aplicación del derecho legislado.

Para alcanzar el objetivo propuesto, el trabajo se divide en cuatro apartados más. El siguiente se dedica a presentar las principales tesis y autores que se han abordado el papel de la intención del legislador en la interpretación jurídica. En el apartado tercero, se exponen las situaciones en las que la intención legislativa pierde fuerza y da pie al intérprete para que se aparte de ella. Por último, las conclusiones cierran el trabajo, retomando los principales puntos debatidos, con una propuesta normativa.

2. LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR EN LA TEORÍA

El tema de la interpretación de las leyes es tan amplio y ya se ha escrito tanto que sería verdaderamente imposible hacer un recorrido sobre las corrientes de la teoría de la interpretación jurídica. Lo mismo pasa con las ideas sobre el papel y la importancia de la intención legislativa: no sería posible presentar el debate desde el inicio, con la evolución, las discrepancias y las sutilizas de cada uno de los autores que se han dedicado al tema.

Así, dados los límites de este artículo, el presente capítulo se limita a exponer las ideas más recurrentes (las principales se repiten, aunque con capas diferentes) y los autores más acreditados sin atender al contexto en el que cada tesis surgió (aunque es sabido que los momentos explican mucho). No se pretende hacer una reconstrucción cronológica que muestre la «evolución» del pensamiento en torno a la intención del legislador, el enfoque es, más bien, preliminar e introductorio.

Valga advertir que, desde un punto de vista histórico, a lo largo del tiempo, ha habido avances y retrocesos en la relevancia de este argumento. Desde luego, se debe apuntar que la cima de prestigio de la intención del legislador fue con la Escuela de la Exégesis, aunque los cánones interpretativos de esa época estuvieran mezclados y presentaran incongruencias, tal como ya expuso Pierluigi Chiassoni (2017). Sin embargo, las premisas metodológicas de la interpretación han cambiado y se dio otro rumbo a los debates sobre la interpretación jurídica, en el que la intención legislativa adquirió otro papel.

Dándose un salto temporal, uno de los autores más influyentes del siglo XX, Hans Kelsen, manifiesta con énfasis su posición de que el llamado «argumento psicológico»

tiene el mismo valor que los demás argumentos interpretativos, puesto que no hay ningún criterio sobre el que una de las posibilidades interpretativas (inscritas en el marco) pueda ser preferible a otra (Kelsen, 1998, p. 391).

Esta visión, por cierto, es coherente con los demás aspectos de la teoría kelseniana, que confiere una nula importancia a lo que pasa en las legislaturas. Para Kelsen, el derecho empieza con la inserción de la norma en el ordenamiento, antes de eso, habría mera «política jurídica» (Kelsen, 1998, p. 396).

Dicho esto, pasamos de inmediato a exponer las principales tesis trabajadas.

2.1. El poco prestigio del argumento de la intención del legislador

En *La interpretación de la ley*, Giovanni Tarello denomina el recurso a la voluntad del legislador como «argumento psicológico»; conforme al cual, a los enunciados normativos se le debe atribuir el significado que corresponda a la voluntad de su emitente, *in casu*, el legislador histórico.

Aparte de ser un argumento interpretativo de los más antiguos, es uno de los modos obvios de atribuir significado a los documentos normativos y, además, asegura la fidelidad a la ley y la «desresponsabilización política» del intérprete. Su utilización está condicionada por la adhesión a la ideología imperativista y a la de fidelidad a la ley por parte del juez.

Según la explicación de Tarello:

> Toda la cultura positivista continental de la primera mitad del siglo XIX privilegió –o en todo caso valoró mucho– el argumento psicológico y el uso de los trabajos preparatorios, en Francia con la Escuela de la exégesis, primero por fidelidad a Napoleón y luego por exigencias de preservación de su obra legislativa; en el área germánica por razones políticas, al menos entre los juristas liberales (desconfiados de la Escuela histórica). (Tarello, 2015, p. 328)

Tarello hace cuatro observaciones importantes: 1) el argumento psicológico tiende a desacreditarse en la medida en que prevalezcan opiniones según las cuales la formación del derecho no tiene carácter voluntario, sino orgánico o funcional, o bien que debe considerarse la voluntad de los operadores en la aplicación del derecho (los juristas); 2) la eficacia del argumento psicológico se asocia al tiempo de la emisión del enunciado objeto de la interpretación con respecto al momento en que se da la atribución de significado: resultará tanto más eficaz cuanto más cercano sea, es decir, el tiempo corre en contra de la consideración de la voluntad del legislador; 3) como consecuencia de lo anterior, el argumento solo puede ser usado fecundamente si, y solo si, la voluntad normativa del autor del documento subsiste efectivamente; y 4) el privilegio del argumento psicológico vuelve imposible la «adaptación» de los enunciados jurídicos a fines mutables, lo que puede provocar significativas tensiones dentro de la sociedad y la organización jurídica.

Con ello, Tarello explica que hoy en día el uso del argumento sea menor que en el pasado. En su opinión, el argumento sirve, más bien, para desacreditar interpretaciones chocantes, que vayan manifiestamente en contra de la voluntad de los autores de la ley, es decir, el argumento empíricamente informado permitiría refutar una interpretación de la ley de apariencia plausible si existieran indicaciones para ello en los materiales preparatorios. Para Tarello, es como si el argumento de la intención fuera solo uno más, sin ninguna preferencia sobre los demás argumentos interpretativos.

2.2. La imposibilidad de verificar la intención del legislador y su contradictoria omnipresencia

En el debate sobre el papel de la intención legislativa en la interpretación, un argumento frecuente es el de la imposibilidad de que las legislaturas tengan intenciones, por lo que la interpretación jurídica no debería apelar a la intención legislativa. Esta posición se presenta en los debates europeos y norteamericanos.

Un representante europeo es Alf Ross que, en su libro *Sobre el derecho y la justicia*, presenta una de las más interesantes e influyentes exposiciones sobre el papel de la intención legislativa en la interpretación jurídica. En el capítulo IV, «El método jurídico (Interpretación)», Ross presenta una visión que abarca la teoría de la interpretación en la que siempre está presente la idea de intención legislativa.

Empieza reconociendo que toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto y subraya la función determinativa de significado que tiene el contexto. Para Ross, el contexto proporciona un fundamento para presumir lo que el autor pudo razonablemente haber querido decir en la situación dada. Su opinión es que «toda interpretación jurídica en sentido propio incluye presunciones respecto de los criterios y valores sociales que motivaron al legislador» (Ross, 1963, p. 135), o sea, la intención legislativa está siempre presente.

Ross explica el método que llama «interpretación por conexión». No se apoya en el uso lingüístico, tampoco utiliza como herramientas las palabras empleadas en el texto, sino las circunstancias, como el contexto y la situación. Por «contexto» entiende Ross los hechos que pueden arrojar luz sobre lo que una persona intentó comunicar. La «situación» abarca todos los hechos y circunstancias que pueden indicar cuál era la intención del autor. Ross describe el método de la siguiente manera: «La interpretación por conexión es un estudio de prueba indiciaria, que hace recordar a la labor de un detective que investiga un crimen» (Ross, 1963, p. 113).

Sobre la contraposición entre interpretación subjetiva (*voluntas legislatoris*) y la interpretación objetiva (*voluntas legis*), Ross expone que, en realidad, esa distinción es falsa: toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención. Es decir, para él, no hay una interpretación «puramente lingüística». Es más, según Ross, la creencia en una interpretación literal es una ilusión, pues la interpretación se apoya

siempre en otros factores, en particular, en conjeturas acerca de la «idea», el «propósito» o la «intención» asociados a la obra (Ross, 1963, p. 118).

Por su claridad, el fragmento que refleja la idea merece reproducción:

> Tomada así como un contraste absoluto entre intención y comunicación, entre lo que se quiere decir y lo que se dice, la distinción es insostenible. Por una parte, la intención, siendo un fenómeno de conciencia interno del autor, es fundamentalmente inaccesible. Lo que entendemos por interpretación que alcanzamos cuando tomamos en consideración no solo la expresión lingüística, sino todos los otros datos relevantes: el contexto y la situación, que incluye las opiniones políticas y filosóficas del autor, el propósito declarado y el propósito presumido que lo guio al formular la expresión, etc. Por otra parte, la comunicación como tal no tiene un significado objetivo preciso, la comprensión que suscita en los demás varía con los datos de interpretación que el destinatario toma en cuenta.
>
> La diferencia entre interpretación subjetiva y objetiva, por lo tanto, no ha de ser buscada en el contraste entre los propósitos de la interpretación (el significado intentado como cosa opuesta al significado comunicado). Toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención. La diferencia depende de los datos que se toman en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que pueden arrojar luz sobre el significado, en particular todas las circunstancias personales y de hecho ligadas a la composición de la expresión y a su declaración. La interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión. (…) (Ross, 1963, pp. 117-118)

En su descripción sobre la resolución de los problemas de interpretación en la práctica, Ross sostiene que hay una fusión entre lo que sería una función cognoscitiva (dirigida a expresar ciertos datos) y una función valorativa por parte del juez (guiada por emociones y valoraciones sociológico-jurídicas). Por ello, entiende que existe un límite difuso entre las tres situaciones siguientes:

> a) aquellos casos en los que el juez cree que hay –en la ley misma o en su historia legislativa– ciertos elementos que prueban que su interpretación concuerda con la intención del legislador;
> b) aquellos casos en los que, con acierto o con error y sin tener una clara consciencia de ello, el juez identifica sus propias actitudes pragmáticas con las del legislador; y finalmente;
> c) aquellos casos en los que el juez se da cuenta de que está interpretando la ley a la luz de ideas que no pueden ser atribuidas al legislador, y que incluso posiblemente se hallan en oposición directa con las intenciones de este último (Ross, 1963, p. 135).

Para Ross, es inconcebible un estilo de interpretación completamente objetivo, fundado exclusivamente en las palabras de la ley (rechazando los antecedentes). Según sus propias palabras: «La actitud del juez hacia la ley siempre va influida por una serie de factores, productos de la situación y por la conexión entre la ley y el resto del derecho» (Ross, 1963, p. 137).

Aunque con ello pudiera parecer que Ross estaba de acuerdo con una interpretación subjetiva, eso tampoco es verdad, en la medida en que el autor ve problemas para detectar la intención legislativa cuando las leyes son, en gran medida, producto del

trabajo de personas que propiamente no integran la legislatura y el legislador no es un ser unipersonal (Ross, 1963, p. 138). Afirma, además, que la interpretación subjetiva se traduce en falta de certidumbre para los ciudadanos.

De acuerdo con Ross, el problema de la interpretación no puede resolverse atribuyendo fuerza obligatoria a «la voluntad» o a «la palabra» (Ross, 1963, p. 151). Los dos modos de interpretación tienen problemas.

En concreto, sobre como los antecedentes de la ley pueden proporcionar información útil acerca de la intención del legislador, Ross entiende que es por pura convención que la historia del proyecto legislativo pueda servir de base para reconocer la voluntad real del legislador. De todas las maneras, Ross entiende que: «Mientras más cuidadosamente haya preparado el proyecto –particularmente si es obra de una comisión de expertos– mayor es el peso que se atribuye a las notas que lo acompañan» (Ross, 1963, p. 138). Este es un punto importante que se diferenciará bastante en el debate norteamericano.

Más adelante, Ross dice que los materiales preparatorios tendrán un peso decisivo cuando no haya consideraciones de suficiente peso como para dejarlas de lado (Ross, 1963, p. 147). Su visión sobre la interpretación es la siguiente:

> (…) las máximas de interpretación no son reglas efectivas, sino implementos de una técnica que –dentro de ciertos límites– habilita al juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en las circunstancias, y al mismo tiempo, preserva la ficción de que solo está obedeciendo la ley y los principios objetivos de interpretación. (Ross, 1963, p. 148)

Como se ve, Ross presenta una de las visiones más claras sobre el papel de la intención legislativa, asociándola más a la idea de propósito que a la de motivación. Para el autor, el argumento de la intención legislativa tiene preferencia si no hay otras razones de peso para no tener en consideración la voluntad del legislador. No defiende que los materiales preparatorios sean irrelevantes, pero tampoco que siempre sean consultados, por lo que claramente admite que la intención se presente bajo la forma de presunción.

Con una notable influencia de Alf Ross, Riccardo Guastini, en *Interpretar y argumentar*, usa el término «significado subjetivo» (o intencional) para hacer referencia al que se corresponde con la intención de la autoridad normativa. Este no se opone necesariamente al «significado objetivo», es decir, al contenido del texto normativo en sí mismo considerado, que abarca el significado lingüístico, textual o, incluso, literal.

Para Guastini, el significado subjetivo solo es fruto de una conjetura sobre la intención del legislador, «(…) intención derivada no del texto en cuanto tal, sino de elementos extralingüísticos, como los trabajos preparatorios, el contexto político y similares» (Guastini, 2014, p. 106).

Retomando el argumento de Alf Ross en *Sobre el derecho y la justicia*, Guastini entiende que no está bien fundamentada la distinción entre el significado expresado por un enunciado (es decir, independiente de la intención del emitente) y el significado correspondiente a la intención del emitente, pues toda interpretación parte del

texto y busca llegar a la intención, solo que el intérprete siempre está influenciado por elementos ajenos al texto.

Así, para Guastini, la distinción entre significado «objetivo» y significado «subjetivo» corresponde más bien a una cuestión de «estilo argumentativo», según se recurra o no a los trabajos preparatorios como prueba de la intención del legislador. Eso está en línea con la idea de Ross que reconoce que la interpretación objetiva es inconcebible y que ambos «métodos» presentan problemas. Guastini también supone que la intención del emitente es un componente no eliminable del significado, aunque, se apoye otra vez en Ross para insistir en que la intención, en cuanto fenómeno psicológico, es fundamentalmente inaccesible, de manera que solo puede ser objeto de «discutibles conjeturas».

A su vez, en Estados Unidos, Gerald C. MacCallum Jr. es uno de los exponentes más representativos de la vertiente escéptica de la interpretación, para la que no tiene sentido hablar de «intención legislativa». En *Legislative intent*, MacCallum Jr. expone la confusión existente entre «significado» o «propósito» y propone diversos «modelos» de intención legislativa.

Su trabajo tiene el gran mérito de intentar desplazar el centro del debate acerca de si las legislaturas son capaces de tener intención, para ocuparse de la relevancia de apelar a la intención del legislador y los «efectos prácticos» que conlleva esa opción interpretativa (MacCallum, 1966, p. 786). Se puede ver que ese planteamiento influye, aún hoy día, en el debate norteamericano sobre la intención legislativa en la interpretación jurídica: existe una preocupación por las consecuencias empíricas de ese modelo interpretativo.

Autores más contemporáneos, como Cass R. Sunstein (1999), por ejemplo, siguen problematizando sobre la necesidad de que haya más estudios empíricos sobre la reacción de los legisladores frente a los incentivos creados por la adopción de una determinada interpretación. Parecería existir una hipótesis en el sentido de que un Poder Judicial más formalista (que no busca soluciones más allá del texto legal para sus decisiones) generaría incentivos para legisladores más atentos del proceso legislativo y, con ello, se producirían mejores leyes, mientras que buscar la intención legislativa tendría el efecto contrario.

Con preocupaciones empíricas parecidas a las de Cass R. Sunstein, Adrian Vermeule (2000) contesta, desde un punto de vista práctico, la capacidad institucional de los jueces para consultar los materiales prelegislativos. Además, para este autor, recurrir a la intención a través de tales documentos sería peligroso, pues son engañosos y, con frecuencia, el propósito de una norma no es exclusivamente jurídico, sino de naturaleza económica y social, por lo que los jueces no están preparados para analizarlos[1].

1. En palabras del propio autor: «*First, whatever its other defects, consulting legislative history for evidence of specific intent fits more comfortably with judges' traditional training and experience. Evidence of specific intent in the legislative history usually embodies a distinct legal command, prohibition or standard that relates to a particular provision of statutory text. Evidence of specific intent, therefore, at least bears more directly upon the types of specific legal questions that judges typically decide. By contrast, evidence of general purpose in the legislative history often involves political social or economic problems that are nonlegal and*

Tras lo visto hasta ahora, se ha verificado una fuerte presencia del argumento escéptico en el sentido de que la intención legislativa no es realista porque la noción de un legislador es mera ficción, no existe tal persona, de manera que hablar de intención legislativa sería equivocado y, en todo caso, meramente conjetural. La esencia del argumento está en que una colectividad (los Parlamentos) no puede tener una intención.

En este sentido, se puede mencionar, por ejemplo, a Dickerson (1975, p. 206), para quien, aun cuando no haya «intención legislativa», hace falta que las cortes actúen como si dicha intención existiera, por deferencia con la separación de poderes que exigiría tal ficción (Dickerson, 1975, p. 217).

A su vez, para Shepsle (1992), la intención legislativa es un oxímoron, una expresión de dos palabras contradictorias, sin consistencia interna. Según el autor, clamar por una intención legislativa es ocuparse de un mito (la existencia de UN legislador o EL legislador) o cometer una falacia (personificar una colectividad). En todo caso, su opinión es la de que la intención legislativa proporciona un fundamento inseguro para la interpretación jurídica, que debería descansar sobre otra base.

Basándose en el «dilema de Arrow», Shepsle (1992, p. 244) argumenta que el Parlamento está compuesto por varias mayorías, que la mayoría vencedora consiste en varios legisladores y, a su vez, sus respectivas razones para votar (a favor y en contra) son tan variadas como su número. Así que no habría una sola intención legislativa, sino varias intenciones de los legisladores[2]. Por esa razón, la expresión «intención legislativa» carece de significado.

2.3. Las varias directivas interpretativas que cabrían bajo la intención del legislador

En *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Pierluigi Chiassoni reúne bajo la categoría de directivas primarias de interpretación (seudo)psicológica nueve técnicas o recursos hermenéuticos constituidos por datos concernientes a la mente, la voluntad o la intención del legislador. Indica, además, una décima directiva que

highly controversial, and in which most generalist judges claim no particular expertise. Restricting the use of legislative history to consultation of such evidence may alleviate the salience problem, yet it simultaneously heightens the risk that judges will fundamentally misunderstand the problems at issue in the legislative record» (Vermeule, 1998, p. 1884).

2. El argumento de Shepsle está así sintetizado por él mismo: «*When a bill passes the House and Senate in the same form, and is signed by the president, there are only limited inferences to be drawn. We know that one majority in each chamber has revealed a «preference» for the bill over xo. We do not know why, and it is likely that each legislator has a mix of different reasons. We do not know how majorities feel about choices with which they were never confronted (one of the results of agenda control). That is, we have only a limited capacity to distinguish between what legislators want and what various procedural elements have foreordained. Finally, a naive look at final passage, even with the additional assistance of committee reports, a transcript of debate in each chamber, and other manifestations of legislative history, does not permit us to differentiate the «will of the majority» from the machinations, both ex ante and ex post, of agenda setters. All of these interpretive difficulties flow from the content of the Arrow theorem*» (Shepsle, 1992, p. 248).

considera de naturaleza híbrida (mezclada entre las directivas lingüísticas, psicológicas y sistemáticas). La recopilación de directivas de interpretación que hace Chiassoni alcanza un total de veintiséis, de manera que tan solo las directivas (seudo)psicológicas corresponden a un tercio del total, situadas al lado de los grupos de directivas de interpretación lingüística, autoritativa, teleológica y heterónoma.

Para Chiassoni, tales directivas primarias consisten en recursos dotados de inmediata eficiencia hermenéutica, de los que deben servirse los intérpretes para atribuir un significado o acreditar esa atribución. En el orden presentado por Chiassoni, las directivas de interpretación (seudo)psicológica vienen precisamente en segundo lugar, tras las de interpretación lingüística, considerando los cánones interpretativos más recurrentes en la literatura metodológica.

El canon clásico de la interpretación *psicológica* ha recibido la siguiente formulación (DP-6)[3]: «A una disposición se le debe atribuir el significado que corresponda a la voluntad del legislador» (Chiassoni, 2011, p. 95).

Chiassoni procura explicar que «el significado correspondiente a la voluntad (o intención) del legislador» puede corresponder a:

a) el significado *querido* por el legislador; o
b) el significado *sugerido por el fin que el legislador ha querido alcanzar* (emanado de la disposición que se trata de interpretar).

Explica, además, que la noción de «legislador» puede entenderse de, al menos, tres maneras:

i) el legislador *ideal*: el buen legislador, el legislador racional;
ii) el legislador *histórico*: el legislador real, en concreto, originario;
iii) el legislador *actual*: el legislador presente.

El autor trata de aclarar que, aunque el argumento psicológico presente un ropaje subjetivo (el reenvío a una voluntad del legislador, que puede ser ideal, histórico o real, como se acaba de ver), la directiva de interpretación es objetiva (Chiassoni, 2011, p. 95).

Chiassoni presenta los problemas que enfrenta la aplicación del argumento psicológico: 1) si es posible identificar de modo fiable y preciso la voluntad de un legislador individual (pues el intérprete no puede penetrar en la mente de otro ser humano); 2) si existe una «intención legislativa», ya que cuando el órgano es colegiado sostenerla asumiría un carácter ficticio e ilusorio; y 3) la objeción de que la única volición imputable es la del texto normativo, no del significado específico de este (Chiassoni, 2011, p. 96).

3. Numeración usada por el propio autor.

Para «salvar» la directiva, Chiassoni sugiere

> (…) el reenvío a la «voluntad» o a la «intención» del «legislador histórico» como una forma decorativa de prescribirle al intérprete que busque elementos útiles para la interpretación de una disposición:
>
> a. En los llamados trabajos preparatorios.
> b. En la *occasio legis*.
> c. En los (presumibles) principios inspiradores de las líneas de política legislativa del legislador histórico.
> d. En cualquier otro dato concerniente al contexto histórico político cultural y social de producción de la disposición interpretada, que el propio intérprete considere relevante para los fines de formular conjeturas argumentativas plausibles sobre el sentido querido y/o el fin deseado por «el legislador» (CHIASSONI, 2011, pp. 96-97).

A su vez, para Chiassoni, si se trata del «legislador presente», el intérprete debe atribuir el sentido conforme a «hipótesis contrafácticas» sobre la voluntad del legislador, en cuyo caso no pueden valerse de los trabajos preparatorios, sino de elementos del contexto, como, por ejemplo: a) los principios que presumiblemente inspiran las líneas de política legislativa del legislador presente; b) el sentido (presuntamente) querido o los objetivos (presuntamente) deseados para las previsiones emanadas aquí y ahora sobre la misma materia; o c) los fenómenos sociales, los progresos científicos y técnicos, los eventos naturales, etc. (Chiassoni, 2011, p. 97).

Por tanto, el autor muy enfáticamente encaja bajo el argumento de la intención la formulación de «*conjeturas* plausibles sobre cuál es [el] significado que el legislador presente habría querido atribuir, o sobre cuál es la finalidad que habría querido alcanzar, si hubiese producido aquí y ahora la disposición» (Chiassoni, 2011, p. 97). Con ello, Chiassoni presenta una versión sobredimensionada de lo que llama «canon psicológico», como un paraguas en el que caben prácticamente todos los recursos hermenéuticos que se utilizan de la figura del legislador (sea el ideal, el histórico o el actual)[4].

4. Según su construcción, las directivas se formulan de la siguiente manera:
   1. interpretación *psicológico-lingüística originalista* o *genético-lingüística* (DP-7): «A una disposición se le debe atribuir el significado querido por el legislador histórico, en el momento de la producción de la disposición»;
   2. interpretación *psicológico-funcional originalista* o *genético-teleológica* (DP-8): «A una disposición se le debe atribuir el significado sugerido por el objetivo que el legislador histórico pretendía alcanzar, mediante tal disposición, en el momento de su producción»;
   3. interpretación *psicológico-lingüística actualizada* (DP-9): «A una disposición se le debe atribuir el significado que el legislador presente le habría querido atribuir, si hubiese producido la disposición en el aquí y ahora de su aplicación»;
   4. interpretación *psicológico-funcional actualizada* (DP-10): «A una disposición se le debe atribuir el significado sugerido por el objetivo que el legislador presente habría querido alcanzar, mediante tal disposición, si la hubiese producido en el aquí y ahora de su aplicación»;
   5. interpretación *psicológico-lingüística originalista contrafáctica* (DP-11): «A una disposición se le debe atribuir el significado que el legislador histórico habría querido atribuirle, si hubiese producido la disposición en el aquí y ahora de su aplicación»;

Así, aunque Chiassoni no lo haya dicho expresamente, se puede inferir de sus escritos la idea de que el argumento de la intención del legislador (que él llama «psicológico») ocupa un lugar destacado, pues es el segundo de su catálogo (es el que sigue después del argumento lingüístico), pero tiene la característica de que siempre es derrotable. Como la propuesta teórica del autor es más bien analítica (que normativa), no es posible deducir que defienda un uso prioritario del argumento de la intención frente a los demás argumentos; aunado a que el autor es escéptico y parece no concebir una interpretación «mejor» (o más correcta), ya que se cuida de una actividad insertada en diversos «juegos interpretativos».

2.4. Los problemas de atribuir intención a legisladores multitudinarios y el método para prevenir el prejuicio de la interpretación conforme al legislador

Chaim Perelman expone el problema de atribuir una intención al legislador de la siguiente manera:

> (…) No hay que olvidar que en el régimen parlamentario el legislador no es un ser único, sino una corporación que frecuentemente comprende centenas de miembros, distribuidos muchas veces en dos asambleas y que además la mayor parte de ellos votan siguiendo una disciplina de partido y desinteresándose de la cuestión. Los más competentes tienen con frecuencia puntos de vista diferentes sobre la materia que de ordinario se esfuerzan en conciliar por medio de un compromiso obtenido merced a fórmulas de alguna vaguedad, que permiten por ello interpretaciones divergentes (Perelman, 2019, p. 46).

En *Lógica jurídica y la nueva retórica*, al comentar el proyecto de la Escuela de la Exegesis, el autor pregunta retóricamente si el papel de los jueces es idéntico al del historiador del derecho, que busca descubrir qué sucedió en realidad en el debate y la votación de una ley o, por el contrario, si debe buscar una interpretación razonable,

---

6. interpretación *psicológico-funcional originalista contrafactual* (DP-12): «A una disposición se le debe atribuir el significado sugerido por el objetivo que el legislador histórico pretendía alcanzar, mediante tal disposición, si la hubiese producido en el aquí y ahora de su aplicación»;
7. (DP-13): «A una disposición se le debe atribuir el mismo significado atribuido por el legislador histórico de su tiempo a la disposición diversa que regulaba entonces la misma relación o situación»;
8. (DP-14): «A una disposición se le debe atribuir el mismo significado atribuido, en la cultura jurídica de su tiempo, a la disposición diversa que regulaba entonces la misma relación o situación»;
9. interpretación *sistemática según la hipótesis de la constancia terminológica del legislador* (DP-15): «A una disposición se le debe atribuir el significado correspondiente a los usos lingüísticos del legislador».

A partir de estas directivas, especialmente la última, se ve que Chiassoni incluye como argumento psicológico incluso hábitos lexicales, es decir, el uso corriente de las palabras en un ordenamiento jurídico. El propio autor reconoce que su directiva DP-15 es una directiva racionalista y sistemática, que recomienda al intérprete que tenga en cuenta el resto de las disposiciones en que aparecen los mismos términos. El presupuesto de la directiva es el de que un buen legislador no es inconstante y mantiene un rigor terminológico en las leyes que produce.

que permitiría la «mejor» solución, la más equitativa al caso particular, de acuerdo con el derecho en vigor (Perelman, 2019, p. 46).

Para Perelman, en la mayor parte de las ocasiones, el recurso a la voluntad del legislador será inútil, pues con frecuencia las cuestiones que son objeto de una controversia jurídica no han sido objeto de un debate parlamentario o la formulación lingüística alcanzada fue precisamente fruto de un compromiso (para lograr la aprobación de la ley) que deja sin resolver los problemas más delicados. Por ello, afirma: «En estos casos al invocar la voluntad del legislador nos referimos a una intención presumida e incluso a veces enteramente ficticia, que es atribuida a un legislador razonable» (Perelman, 2019, p. 62). Así, para Perelman, el argumento de la intención del legislador no pasa de ser un recurso retórico.

Perelman desarrolla su argumento criticando la investigación de la voluntad al estilo de la Escuela de la Exégesis, en la medida que conduce necesariamente a una «concepción estática de la ley» (Perelman, 2019, p. 159). De acuerdo con el autor:

> En efecto, al tratar de conocer la voluntad, que se había manifestado a veces más de un siglo antes, se suponía que la voluntad del legislador continúa siendo la misma a pesar de la evolución técnica, moral o política que podía haberse producido en el ínterin. Ello significa partir de la hipótesis metodológica, muy discutible, de que, porque el texto ha permanecido sin cambio, debe continuar recibiendo hoy la misma interpretación que el legislador le había dado en el pasado (Perelman, 2019, p. 159).

Insistiendo en los problemas involucrados en el recurso a la voluntad del legislador, Perelman duda de que los debates parlamentarios puedan legítimamente prestarse a aclaraciones cuando la mayoría parlamentaria finalmente ha votado un texto vago. Explica el autor que, por esa razón, la jurisprudencia inglesa ha prohibido tal uso de los trabajos parlamentarios y ha preferido extraer del texto mismo de la ley su espíritu. A fin de cuentas, dice Perelman, el referido medio de interpretación es inútil frente a una laguna, pues simplemente el legislador no había previsto la situación.

Al sostener dicha posición, Perelman parece, en verdad, llamar la atención sobre la complejidad de extraer la intención del legislador, pues no siempre los materiales prelegislativos van a proporcionar una información clara e inmediata.

En estos términos, Perelman parece que defiende una concepción dinámica de la interpretación, de acuerdo con la que el intérprete tiene que buscar la voluntad del legislador, entendiendo por tal, no la del legislador histórico (que votó la ley, máxime si la ley es antigua), sino la del legislador actual. La claridad del propio Perelman justifica, de nuevo, la transcripción de sus ideas:

> En efecto, el legislador antiguo, cualquiera que hubiera sido su voluntad real, que el juez puede, todo lo más presumir, no está en condiciones de hacer constar su desacuerdo con la interpretación que se le atribuye. Cabe que esta atribución no sea otra cosa que una ficción gracias a la cual el juez hace pasar por conforme a la voluntad del legislador una interpretación de la ley que es suya personal. En cambio, cuando la voluntad a la cual se hace alusión es la del legislador actual, se afirma una hipótesis cuya veracidad puede ser

> contrastada, pues, en caso de desacuerdo con el juez, el legislador actual está en condiciones de pronunciarse y votar una ley interpretativa. La posibilidad de un diálogo, entre partes capaces de hacer conocer su opinión, como son, a saber, el Tribunal Supremo y el legislador actual, es lo que hace atractiva la técnica de interpretación sugerida, pues transforma la voluntad del legislador en una presunción susceptible de ser destruida, en lugar de hacer de ella una presunción irreversible, y a veces netamente ficticia, que escapa a todo controle efectivo. (Perelman, 2019, p. 160)

Perelman clama por una aplicación del derecho que concrete su función social (concepción funcional del derecho) y considere los aspectos de la sociedad sobre la que concretamente regirá. Por esa razón, considera un prejuicio creer que las leyes deben ser interpretadas siempre conforme a la voluntad del legislador que las votó, sin tener en cuenta la evolución de las costumbres y la técnica (Perelman, 2019, p. 186). Según su formulación:

> (…) cuando hay buenas razones para creer que el legislador actual no puede compartir los puntos de vista del legislador anterior (y esto es tanto más probable cuanto más profunda alteración hayan experimentado las circunstancias en que la ley se votó) al tratar de ajustarse a la voluntad de la nación, el juez se ajustará en último término a la voluntad presumida del legislador actual (Perelman, 2019, p. 186).

Así, Perelman atribuye una función más bien retórica a la intención del legislador, admitiéndola expresamente como mera presunción y reconociendo que dicha intención no debe ser determinante ante los cambios de las necesidades sociales. Con ello, Perelman se convierte en precursor de la visión que prevalece hoy día sobre el papel de la intención del legislador.

2.5. El rescate de la intención del legislador desde un punto de vista institucional y cómo concebirla hoy en día

Tras idas y venidas sobre el peso de la intención legislativa en la interpretación y respecto a qué se debe considerar a estos efectos, finalmente se ha podido superar el debate clásico sobre la (im)posibilidad de determinar la intención de los legisladores. En verdad, esta disputa entre intencionalistas y realistas ha contribuido, más bien, a provocar la desorientación sobre la cuestión más importante.

Así que merece la pena ver las tesis más modernas sobre el argumento, dejando de tomar la intención legislativa como el «estado mental» (interno, subjetivo y, de hecho, irrelevante para la interpretación de los actos legislativos) de los legisladores.

En este punto del debate se sitúan, por ejemplo, Hart y Sacks (1994) para quienes la legislación debería considerarse el resultado de «personas razonables que persiguen propósitos razonables». También para Lifante Vidal (1999) legislar es una actividad institucional y colectiva claramente intencional, pues para que un determinado texto se convierta en Derecho se exige una serie de acciones de varios individuos, previstas

en el procedimiento legislativo. Una vez que se llevan a cabo todas las acciones, se producirá un resultado: el texto se convertirá en Ley. De esa manera, el cambio normativo es resultado de la intención en ese sentido, aunque haya distintos conceptos de «intención» a los que se puede hacer referencia, los cuales no serán aclarados aquí por razones de espacio, pero han sido comentados por Lifante Vidal (1999).

De manera semejante, Campbell (2001) defiende una concepción institucional de la intención legislativa, según la cual no hace falta asumir que las legislaturas tengan un «estado mental psicológico unitario». La intención legislativa que importa es la manifestada en el discurso público y que se traduce en el acto legislativo (no las comprensiones subjetivas de los miembros del Parlamento).

Con estas construcciones, se nota un gran avance en los debates sobre la intención legislativa.

Desde el punto de vista clasificatorio, por ejemplo, Neil MacCormick considera el apelo a la intención del autor de la ley un argumento transcategórico, que sirve como material para elucidar el significado del texto. En su construcción, el argumento sirve para apoyar las demás categorías de argumentos interpretativos, a saber: argumentos lingüísticos, argumentos sistémicos y argumentos teleológicos-deontológicos (MacCormick, 2010, p. 71). Con esta idea, es como si el argumento intencional fuera subsidiario, de refuerzo para aclarar las dudas de sustancia.

El autor planta la semilla de que la interpretación debe mirar a la legislación como una actividad racional y teleológica. Con ello, la intención del legislador sería la guía adecuada para la imputación de valores objetivos a la legislación y el intérprete tiene el deber de adoptar la interpretación que realice más los valores en cuestión (MacCormick, 2008, p. 178). El pasaje siguiente esclarece la idea:

> [la atribución de una intención «objetiva» al Parlamento] es obtenida a partir de la lectura de la legislación como un todo, guiada por la suposición de racionalidad parlamentaria en la consecución de una tarea teleológica guiada por alguna concepción de justicia y bien común –concepción esta tal vez contestable, tal vez hasta contestada–. No se trata, por lo tanto, de una «intención» descubierta como un hecho histórico a partir de elementos externos a los materiales puestos a la interpretación y las suposiciones comunes que la comunidad de intérpretes puede hacer sobre el proceso racional de producción del Derecho. Se trata de un instrumento heurístico interno a la interpretación jurídica, no un dato nuevo añadido desde fuera. (MacCormick, 2008, pp. 179-180)

Más adelante, afirma: «La intención de actuar justamente siempre puede ser imputada a la legislatura considerada como cuerpo creador de derecho idealmente racional» (MacCormick, 2010, p. 74). Y enfatiza que la intención ejerce un papel adecuado en la interpretación no porque consista en un estado mental propio de alguien y posible de ser descubierto, que sería capaz de explicar con especial autoridad las palabras usadas, sino porque los actos racionales de legislación se presentan de forma coherente y porque las reformas legislativas siempre tienden a remediar alguna deficiencia. En sus palabras: «La intención es un modo retóricamente eficiente y legítimo para presentar

una conclusión sobre la interpretación más razonable en un contexto, no un argumento adicional respecto a eso» (MacCormick, 2008, p. 182).

La visión de MacCormick trae una posibilidad más moderna de uso de la intención legislativa, que también es la más recurrente en la actualidad, dentro de una concepción más institucional que propiamente psicológica (sin necesidad de que haya respaldo empírico a dicho argumento, es decir, sin compromiso con la veracidad).

Precisamente desarrollando esa perspectiva y, al mismo tiempo, inaugurando un nuevo curso en los debates, Richard Ekins presenta un enfoque que conecta teoría de la interpretación y teoría de la legislación, que da otro sentido a cómo las cortes deben mirar las evidencias de la intención legislativa.

The nature of legislative intent (Ekins, 2012) se dedica por entero al argumento del autor de que la intención legislativa es central en la interpretación jurídica. Ello porque las legislaturas tienen autoridad y son el espacio para debatir sobre qué debe hacerse y tomar decisiones y no un mero espacio formal (Ekins, 2012, pp. 89-90). Además, porque el acto de legislar, más allá de ser un ejercicio de autoridad, introduce opciones y cursos de acciones basadas en la elección medios-fines (Ekins, 2012, pp. 135-136). Para el autor, no es posible interpretar el significado intencional sin comprender las razones que han llevado al acto (Ekins, 2012, p. 137).

Como se ve, la visión de Ekins sobre el papel de la intención legislativa se conecta directamente con la comprensión que tiene sobre la propia función legislativa, que supondría razonamiento, planificación y elección entre otras opciones. Es decir, el acto de legislar se basa en buenas razones (para servir al bien común), que deben tenerse en cuenta en la interpretación. El autor toma las legislaturas como órganos verdaderamente deliberativos.

De esa manera, la intención legislativa que debe ser considerada no es la de la mayoría que ha votado a favor de una ley, sino la intención representada en la elección justificada en el acto legislativo. Así, se abandona, de forma definitiva, la intención como estado psicológico.

El enfoque de Ekins está fundado en la idea de un compromiso legislativo, de que el proceso legislativo está diseñado para desarrollar planos de acción coherentes y razonables (Ekins, 2012, p. 236), de manera que eso debe reflejarse en la interpretación. El siguiente fragmento ilustra su pensamiento:

> (…) el foco de la investigación interpretativa es justamente lo que es plausible inferir que el Parlamento pretendía al promulgar el pertinente texto legal, es decir, qué contenido de significado pretendía transmitir (…). La legislatura actúa por razones y usa el lenguaje racionalmente, lo que significa que los intérpretes tienen buenas razones para reflexionar sobre la probable cadena de razonamiento de la legislatura para determinar el significado que la legislatura probablemente pretendió transmitir (Ekins, 2012, p. 249)[5].

5. En el original en inglés: «*(…) the focus of the interpretive inquiry is rightly on what it is plausible to infer Parliament intended in enacting the relevant statutory text–that is, what meaning-con– tent it intended to*

El trabajo de Ekins ha recibido muchas críticas y análisis. De hecho, habría muchos comentarios que hacer, máxime sobre la idealización de las capacidades institucionales del Poder Legislativo. De lo visto, por ejemplo, el autor claramente idealiza la labor legislativa, sin contrastarla con la información empírica disponible. Sin embargo, para los fines de este trabajo, lo que importa es reflejar el giro que Ekins logró introducir sobre el papel de la intención legislativa, qué debe considerarse a este efecto y cómo conectar las teorías de la legislación y la interpretación.

Con este breve recorrido teórico se ha mostrado con más claridad el papel teórico del argumento de la intención del legislador, según la visión de algunos destacados autores. Como resumen de las principales ideas, se pueden extraer las siguientes: 1) toda interpretación parte del texto y procura llegar a la intención para atribuirle sentido; 2) la intención legislativa no es psicológica ni tiene que ver con los estados mentales subjetivos de los legisladores; 3) hay diversos argumentos interpretativos, pero el argumento de la intención del legislador tiene preferencia sobre los demás; 4) como existen razones que justifican que el intérprete se aparte de la intención legislativa, existe una tendencia de desvalorización de ese argumento interpretativo; 5) se puede asociar la idea de intención legislativa a la de propósito o de motivación de la ley, aunque la *ratio legis* parezca más útil a estos fines; 6) se pueden recurrir o no a los materiales preparatorios u otros datos que revelen la llamada *occasio legis*, es decir, el contexto en que se originó la ley; 7) el uso del argumento de la intención del legislador será más sólido en la medida en que esté empíricamente informado, aunque su validez no dependa de la verificabilidad de la intención; 8) puede presumirse la orientación legislativa hacia determinados propósitos legislativos; 9) el recurso a la intención del legislador puede ofrecer elementos a otros tipos de argumentos interpretativos; y 10) el principal argumento a favor de la existencia y respecto a la intención legislativa es el principio democrático y la separación de poderes.

3. CUÁNDO SE PUEDE APARTAR DE LA INTENCIÓN LEGISLATIVA

Como se acaba de ver, de modo general, la mejor comprensión parece ser la de que, además de «existir», la intención legislativa puede encontrarse tanto en los preámbulos, como en las exposiciones de motivos, al igual que en las actas de los debates parlamentarios u otros materiales preparatorios de la ley. Yendo más lejos, el propio contexto es capaz de arrojar luz sobre la intención legislativa o dejarla clara, de manera que no haría falta una información necesariamente empírica para sostener el argumento de la

convey (…). The legislature acts for reasons and uses language rationally, which means that interpreters have good reason to reflect on the legislature's likely chain of reasoning in order to determine the meaning that the legislature likely acted to convey» (Ekins, 2012, p. 249).

intención del legislador, que puede expresarse como una «presunción» construida por el propio intérprete.

Sin perjuicio de la posibilidad de establecer la intención legislativa en la gran mayoría de los casos, hay que afirmar que la intención legislativa no es la única guía para la interpretación jurídica. La calidad de la interpretación (o lo buena o mala que parezca) no depende de que haya suscrito o no la intención legislativa. Pues el legislador puede haberse equivocado (situaciones de error material), la intención puede revelarse absurda, «mala» o, incluso, inconstitucional, lo que puede hacer que de la ley se deriven efectos prácticos no tolerables y, además, existe la posibilidad de que la ley se haya quedado obsoleta.

En ese sentido, el propósito de este apartado es presentar las situaciones en las que la interpretación podría legítimamente apartarse de la intención legislativa.

3.1. El error del legislador

Al seleccionar las palabras, los legisladores –y no solo ellos, sino también los demás funcionarios que trabajan asesorando la elaboración legislativa– pueden equivocarse e incurrir en un error material. Este sería el caso de un artículo de la ley ilógico, contradictorio o incompatible con toda la teleología de la ley. Se trata de un «error de escritura» (*lapsus calami*), un desliz que queda de manifiesto por el mal uso de las palabras.

Esta es una situación en que cabe apartarse de la literalidad del texto de la ley, porque se presume que la intención del legislador no fue (o no habría sido) cometer un error. La sola interpretación del léxico no agota la actividad del intérprete. En un caso así, la interpretación literal sería «ilógica», daría lugar a una solución absurda e incoherente con el propósito de la ley.

Hay un punto que merece especial atención: el error del legislador guarda relación con temas lexicales, no con el contenido de la ley, es decir, no tiene que ver con el sentido de la conducta regulada por la ley.

Dentro de su margen de apreciación, los Parlamentos pueden dictar leyes con el contenido que entiendan pertinente, siempre y cuando se respete la Constitución. Las situaciones que aquí se llaman error del legislador son solamente los *lapsus linguae* en el que sea obvio que hubo una mala elección de palabras. Así, aquí cabría hablar de una intención tácita del legislador para corregir el texto legislativo.

Se pueden incluir como error del legislador las situaciones en que ha expresado mal su intención, siempre y cuando se tenga con claridad su intención. El ejemplo de un caso brasileño ilustra lo anterior:

La Ley núm. 13.465/2017, sobre la regularización de tierras rurales y urbanas, ha creado un nuevo derecho real de losa, llamado, en portugués, *laje*, que consiste en la proyección hacia el espacio aéreo o bajo tierra y permite inmatricular una azotea o un sótano de modo separado de la unidad inmobiliaria original. El tema tiene su origen

en una demanda antigua, dada la proliferación de construcciones de ese tipo en las *favelas*, así que se incluyó en el artículo 1.510-E al Código Civil de Brasil, *in verbis*:

> Art. 1.510-E. La ruina de la edificación de base implica la extinción del derecho real de losa, excepto: *(introducido por la Ley núm. 13.465, 2017)*
> I – que este hubiera sido establecido sobre el sótano; *(Incluido por la Ley n. 13.465 de 2017)*
> II – que la edificación de base no se reconstruya en el plazo de cinco años. *(introducido por la Ley núm. 13.465 de 2017)*
> Párrafo único. Las disposiciones de este artículo no excluyen el derecho a exigir una posible reparación civil al culpable de la ruina. *(Incluido por la Ley n. 13.465 de 2017)*[6]

La lectura atenta del apartado introductorio del artículo 1.510-E combinada con el inciso II, revela un error en la redacción legislativa. La doble negación interpretada de modo literal conduciría a la inexistencia del derecho si se reconstruye la edificación de base durante los cinco años siguientes a la ruina y, *a contrario sensu*, el mantenimiento del derecho de losa si dicha reconstrucción se produce después de ese plazo. Como es obvio, es ilógico que sea así, por tanto, la mejor interpretación tendrá que ignorar el «no» introducido en el inciso II, pues se trata de un evidente el error en la intención.

3.2. La intención inconstitucional

El problema involucrado en la intención inconstitucional gira en torno a la fuerza que dicha intención debe tener, no en torno a la interpretación de su significado. En general, la intención es clara, pero aferrarse a lo que quiso el legislador no es un argumento válido cuando el texto constitucional lo prohíba. Pasar directamente a un ejemplo ayudará a comprender la situación.

De acuerdo con el inciso III del artículo 156 de la Constitución de Brasil de 1988, compete a los municipios establecer impuestos sobre los servicios de cualquier naturaleza no comprendidos en el artículo 155, inciso II (transporte entre estados e intermunicipal y comunicación), cuya competencia corresponde a los estados federados y al Distrito Federal.

Sin embargo, al regular dicha competencia tributaria, la Ley Complementar núm. 116/2003 autoriza a establecer impuestos sobre servicios prestados mediante arrendamiento, es decir, la obligación ya no de «hacer» simplemente, sino de «dar» o «entregar».

Este es un caso en el que recurrir a la intención legislativa es inadmisible. Los legisladores municipales no pueden modificar la definición y el alcance de los conceptos jurídicos, menos aun cuando con ello se altera la terminología constitucional.

6. Redacción original: «*Art. 1.510-E. A ruína da construção-base implica extinção do direito real de laje, salvo: I – se este tiver sido instituído sobre o subsolo; II – se a construção-base não for reconstruída no prazo de cinco anos. Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta o direito a eventual reparação civil contra o culpado pela ruína*».

El caso ha originado que se dicte el enunciado núm. 31 de la *súmula vinculante* (que es una síntesis de fallos vinculantes), en el que se reconoció la inconstitucionalidad del impuesto sobre servicios de cualquier naturaleza sobre las transacciones de arrendamiento. El tema había sido analizado en los recursos extraordinarios núm. 116.121 y núm. 446.003.

3.3. La mala intención legislativa

La «mala» intención legislativa, cuya denominación debemos a Hasen (2006) con relación a la esfera electoral, se traduciría en el intento de proteger a determinados partidos políticos de la competencia política. Aquí, más que de intención, hay un problema relativo a los efectos de una determinada legislación. Además, la cuestión puede tratarse como una mera inconstitucionalidad, como se hizo en el apartado anterior, o como un rechazo a la intención dadas sus consecuencias no deseables, con independencia de que fueran debatidas o no o estuvieran previstas en la elaboración legislativa.

En este sentido, la prueba de la «mala» intención legislativa, de acuerdo con Hasen (2006), no es necesaria ni suficiente, pues lo relevante serían los efectos de la legislación en la materia regulada. El caso analizado es el de la reforma del sistema bipartidista de Estados Unidos (*Bipartisan Campaign Reform Act of 2002*). Para el autor, la intención legislativa se reveló «mala» porque intentaba proteger a los titulares de mandatos, a un partido político o a los dos partidos políticos mayoritarios de la competición política. En este caso, el autor sostiene que se legisló para proteger los intereses propios de los legisladores, motivo por el que la intención se convertiría en «mala».

En su argumento central, Hasen (2006, pp. 848-9) presenta tres razones por las que no es necesario probar las malas intenciones para derrumbar la legislación: 1) incluso de nobles intenciones pueden surgir leyes «malas» o con consecuencias inadmisibles; 2) a veces, la intención legislativa es difícil de «probar»; y 3) basar la interpretación de una regla en una intención legislativa cuando esta es mala es una manera de eludir los resultados arbitrarios y hace que la ley sea inútil para regular la materia.

De este modo, Hasen parece mezclar lo que sería una intención «mala» con la irrelevancia de la intención legislativa en las situaciones en las que la legislación tiene consecuencias inconstitucionales o simplemente dañinas, aunque no las prohíba el texto constitucional. El problema de la propuesta del autor consiste en no ver el objetivo de buscar la intención legislativa, que es el de aclarar e investigar la fuerza de la legislación y que no se presta a salvarla cuando la intención tiene efectos inconstitucionales.

La reflexión que Hasen hace de que «mirando los efectos se puede inferir la mala intención» (Hasen, 2006, p. 870) contribuye a no centrarse en el verdadero problema. El autor maneja ese recurso –asumiendo como intención legislativa lo que en realidad son los efectos de la legislación– para huir del problema de la evidencia empírica de

dichos efectos[7]. Sin embargo, es evidente, se cae en otro aspecto igual de problemático –la «evidencia» de la mala intención–, que resuelve presumiéndola a través de los efectos[8].

3.4. Las consecuencias no deseables de la intención legislativa

Las disposiciones legislativas (*voluntas legis*) no deben aplicarse literalmente cuando produzcan consecuencias prácticas absurdas. Cualquiera que sea la interpretación de las leyes, es ineludible que las disposiciones influyan en el mundo real. En este sentido, son necesarias consideraciones de orden pragmático cuando se fija una opción interpretativa, que sirve sobre todo para refutar interpretaciones que impliquen efectos no deseables o no tolerables. En esas situaciones, se puede recurrir al argumento apagógico o *ab absurdo*, de carácter marcadamente consecuencialista.

El principal problema del uso de argumentos de naturaleza consecuencialista tiene que ver con la verificabilidad empírica de la(s) consecuencia(s) consideradas indeseables. Es decir, con la evidencia de las consecuencias. Claro que no se pueden exigir pruebas empíricas en todos los casos y precisamente en cuanto a esas situaciones, las consecuencias serán «discutibles», de modo que es necesario tener mucho cuidado cuando se usan argumentos basados en consecuencias para alejar las intenciones legislativas.

Además del argumento apagógico de orden consecuencialista, el otro tipo de argumento que se puede emplear en esas situaciones es el argumento sistemático, que mira hacia la compatibilidad de la intención legislativa con las demás normas del ordenamiento jurídico, a fin de garantizar su coherencia.

Otro supuesto brasileño ayuda a comprender la situación que exige esa postura interpretativa. La Ley núm. 8249/1992, que prevé la sanción de los agentes públicos que cometen los llamados actos de improbidad administrativa, estableció en el artículo 20, párrafo único, que la autoridad judicial o administrativa podrá determinar la suspensión de empleo del agente público, manteniendo su remuneración, cuando ello sea necesario para la investigación.

Una aplicación literal de estas disposiciones, en el caso de los parlamentarios, conduciría a su posible destitución sin el consentimiento expreso de los representados, esto es, del pueblo que les había votado. Con ello, sería «muy fácil» comprometer el ejercicio del mandato popular, interponiendo demandas judiciales a fin de alejar, de modo temporal, al titular de su escaño. En otras palabras, la aplicación de esta norma tendría consecuencias absurdas.

7. Afirma textualmente: «*A bad legislative intent test avoids this evidentiary problem*» (Hasen, 2006, p. 883).
8. Dice literalmente: «*Evidence of bad legislative intent, while not to be ignored, should play a relatively minor role in checking for bad effects of election laws*» (Hasen, 2006, p. 890).

Sobre este aspecto, merece la pena recordar que el artículo 102 de la Constitución de Brasil de 1988 establece el aforamiento para, precisamente, garantizar el ejercicio adecuado de ciertas funciones públicas. Los miembros de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, por ejemplo, gozan de fuero jurisdiccional en materia penal ante el Supremo Tribunal Federal (aunque recientes decisiones hayan establecido una interpretación restrictiva), es decir, solo puede juzgarlos este tribunal.

Fue así que, sobre la base de dicho razonamiento, el Supremo Tribunal Federal resolvió la Reclamación núm. 2.186-MC en la que asienta la interpretación de que no es posible destituir a agentes políticos con base en la Ley núm. 8.249/1992, artículo 20, párrafo único. En la práctica, el Supremo usó un argumento apagógico para excluir una interpretación basada en la intención legislativa[9].

3.5. La caducidad u obsolescencia (por el paso del tiempo)

Ross afirma categóricamente: «Los antecedentes legislativos se tornan menos importantes a medida que la ley envejece» (Ross, 1963, p. 139). En su opinión, la interpretación subjetiva daría espacio a la interpretación histórica de la ley. De acuerdo con el autor, el paso del tiempo también abre la puerta a interpretaciones evolutivas y menciona, en particular, las normas constitucionales, que permanecen estáticas, mientras las condiciones de la vida política evolucionan.

Tal vez, por razones de precisión, sería mejor decir que los antecedentes no pierden valor, sino que la propia intención legislativa que contienen queda desfasada, pues la realidad social y las reformas jurídico-legislativas avanzan a ritmos distintos, lo que provoca un desajuste natural entre ambas. Es decir, no es que la intención deje de ser importante, sino que caduca en determinadas situaciones[10].

9. Otro ejemplo que se puede extraer de la legislación brasileña muestra la importancia de analizar las consecuencias de la aplicación de disposiciones normativas (en el presunto sentido de la intención del legislador), pues una interpretación acrítica puede resultar absurda frente al resto del ordenamiento jurídico. La Ley núm. 13.105/2015, del Código de Proceso Civil (CPC) brasileño, al regular los temas de competencia jurisdiccional, estableció en el artículo 64.4, la posibilidad de que las medidas cautelares dictadas por un juez incompetente produjeran efectos hasta que el juez competente adoptara otra decisión. De nuevo, si el caso involucra a una autoridad aforada, la aplicación de la disposición legislativa en cuestión genera la consecuencia absurda de someter a una persona aforada a una jurisdicción diferente de la prevista originalmente. De esta manera, no se puede admitir la validez de una resolución de un juez incompetente, con base en el artículo 64.4 del CPC, contra el Presidente del Senado Federal, por ejemplo, que está aforado ante el Supremo, con fundamento en el artículo 102, inciso I, d, de la Constitución de Brasil de 1988. En otras palabras, no se puede admitir que la intención legislativa haya sido establecer una jurisdicción «paralela» a la prevista en el texto constitucional. Aquí, el argumento apagógico se mezcla con el sistemático para adaptar la interpretación de la ley en cuestión.

10. De nuevo, un ejemplo de la jurisprudencia brasileña ayuda a comprender el caso. La Ley núm. 1060/1950, que establece las normas de asistencia judicial a los necesitados, contiene una regla que confiere a los defensores públicos todos los plazos judiciales en doble (introducida por la Ley núm. 7871/89, que añadió el apartado 5 al artículo 5). Ahora bien, al analizar la constitucionalidad del

Dicho esto, se identifican las condiciones bajo las que se puede utilizar el argumento de la intención del legislador correctamente en el discurso jurídico. Es posible recurrir a la intención del legislador para sostener una interpretación a favor de una determinada forma de aplicar la ley o rechazarla del todo (porque se califique de dañina o por las consecuencias que genera), situación esta última en la que sería irrelevante mencionar «la intención», pues importan más los efectos que produce la ley en el mundo real.

Con estas aclaraciones, se está en condiciones de analizar los supuestos representativos de la aplicación del argumento de la intención del legislador, a partir de casos seleccionados extraídos de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en Brasil.

4. CONCLUSIONES

Este trabajo ha abordado el uso del argumento de la intención del legislador en la interpretación de las leyes con el objetivo de ubicar su comprensión actual. El punto de partida fue la superación de las objeciones teóricas tradicionalmente esgrimidas en contra de la idea de la intención legislativa: 1) la objeción ontológica: en el sentido de que no existiría la intención legislativa; 2) la objeción cognitiva: según la cual, aunque existiera una intención, no sería posible conocerla; y 3) la objeción del desinterés (o irrelevancia): en la medida que dicha intención legislativa no vincularía al intérprete.

Para definir el papel del argumento de la intención del legislador entre los demás cánones interpretativos, se ha presentado el tratamiento teórico de la intención del legislador, abordando las principales tesis y autores que han estudiado el tema, para después fijar la comprensión adoptada a los efectos del presente trabajo. Enseguida, se problematizaron las situaciones en las que, de hecho, la intención legislativa perdería relevancia y dejaría de vincular al intérprete.

En primer lugar, se ha verificado que el legislador puede incurrir en error material (el texto legislativo puede contener un fallo lingüístico manifiesto), que permitiría al intérprete apartarse de la intención revelada en la disposición legislativa.

En segundo lugar, la intención legislativa puede resultar «mala», inconstitucional u obsoleta, sobre todo, por el paso del tiempo y el cambio de las circunstancias fácticas, tecnológicas y de las necesidades sociales, de manera que dichas situaciones también justificarían interpretaciones que se aparten de la intención del legislador.

En tercer lugar, la apreciación de las consecuencias no deseadas ni previstas por el legislador en el momento de la elaboración legislativa también podría provocar el

Habeas Corpus núm. 70.514, sobre esta ampliación de los plazos a favor de las Defensorías Públicas, el Supremo Tribunal Federal consideró que mientras no estuvieran debidamente habilitadas o estructuradas, la norma era acorde a la Constitución. De modo expreso, el tribunal se manifestó en el sentido de que la disposición podría ser declarada inconstitucional en el futuro, pues se basaba en circunstancias susceptibles de cambiar con el tiempo.

alejamiento de la intención legislativa. Pues, como no se admite una intención que lleve a «resultados absurdos» sería posible dejar de seguir lo que quiso el legislador.

Con ello, se puede comprender que el recurso a la intención del legislador no supone una reducción del Derecho a la ley ni al «capricho personal» de los legisladores, ni necesariamente se usa en el contexto de la escuela exegética, para la que la única tarea del intérprete era descubrir la «voluntad del legislador», en el sentido de una «voluntad psicológica», de manera independiente del «querer de la ley» (objetivado en las palabras del texto).

Se ha verificado que, superada la identificación de la intuición legislativa como «el estado mental (o psicológico) del legislador» (o sus esperanzas o expectativas individuales, exclusivamente privadas), la intención legislativa que interesa para la interpretación de las leyes es otra. A estos efectos, es más útil tener en cuenta una visión «institucional» de la intención legislativa, en la que se conciba la actividad de elaboración de las leyes como dotada de fines, que sirve para resolver determinados problemas sociales y se destina a alcanzar determinados valores del ordenamiento jurídico.

En este sentido, descubrir la intención legislativa pasaría por comprender la llamada *occasio legis*, el contexto en el que se originó la ley. Para ello, son relevantes las exposiciones de motivos, los preámbulos, las motivaciones, los informes y los dictámenes que emiten las comisiones, las actas y los diarios de sesiones que reflejan los debates parlamentarios, etc. que permiten alcanzar la ambición que puede atribuirse como intención del Parlamento.

De esta forma, el valor de la intención legislativa será tanto mayor cuanto más se mire el carácter esencialmente argumentativo de la legislación como proceso. Si en la elaboración legislativa hubo intercambio de argumentos, mejor para el análisis de la intención legislativa en cada caso. Pero si en la actividad legislativa no se dan razones y si la elaboración legislativa se da más en función del número de manos alzadas, sin ninguna racionalidad, es porque se espera que la intención legislativa se convierta más en una metáfora que en un hecho social pasible de demostración empírica.

En particular, en la literatura estadounidense predominan los autores que conciben la intención del legislador como una construcción del propio intérprete, que atribuye un objetivo social a la norma. En consecuencia, se tiende a rechazar la necesidad de esta tarea, incluso por razones económicas, es decir, por los costes de tiempo y dinero derivados de investigar empíricamente (en los documentos del procedimiento legislativo) cuáles eran las ambiciones de los legisladores. Además, el debate estadounidense está marcado por las dudas sobre la capacidad institucional de que los jueces puedan evaluar dichos historiales legislativos, pues son engañosos. El argumento se basa en la opinión de que consultar los elementos del procedimiento legislativo lleva a más a errores que a la correcta aplicación de las normas.

Allí, el debate sobre la interpretación jurídica también trata de las consecuencias empíricas de una opción interpretativa, es decir, qué opción conduciría a una actividad legislativa más responsable. Hay argumentos que defienden que considerar el texto

legislativo como la mejor evidencia de la intención legislativa llevaría a un perfeccionamiento de la elaboración legislativa y los legisladores estarían más empeñados en crear leyes mejores, mientras que recurrir con frecuencia a los materiales preparatorios para comprobar la intención incentivaría –esa parece ser la hipótesis a espera de una confirmación empírica– a los legisladores a dictar normas ambiguas, vagas o excesivamente generales.

A su vez, en Europa, Perelman textualmente se refiere al argumento de la intención del legislador como artificio retórico. Es decir, no hay una necesaria relación con el propósito (motivación) del legislador ni hace falta que se base en información empírica.

En efecto, la investigación ha permitido resaltar que el argumento de la intención del legislador se utiliza y acepta ampliamente como construcción hipotética (o artificio retórico), cuyas raíces son otras ficciones interpretativas establecidas para que el Derecho pueda funcionar como sistema. Es el caso, por ejemplo, del postulado del legislador racional, del legislador económico (que no usa palabras inútiles, que no es redundante), que atribuyen una confianza casi ciega a la figura del legislador omnisciente y perfecto. Con ello, el objetivo del argumento de la intención legislativa sería la de «conjeturar» sobre una «intención supuesta» más que propiamente la de «descubrir» una «intención real».

Por tanto, este «sentido común» que se forma alrededor del uso argumentativo de la intención del legislador retira gran parte del carácter pragmático del argumento, para cuyo uso no hace falta que se base en la estructura de lo real. De hecho, sobre todo en las situaciones en que se desea rechazar una interpretación por no representar intención legislativa, exigir un fundamento empírico sería casi diabólico, pues con frecuencia es imposible generar pruebas negativas o contrafácticas. En ese caso, es muy difícil que en los materiales preparatorios se encuentre evidencia que pueda sostener semejante construcción.

Además, sobre las posibilidades reales de verificación de la intención legislativa, se ha observado que las situaciones con más potencial para el referido contraste son las que aluden al legislador actual, que, en cualquier momento, puede dictar una ley interpretativa capaz de corregir la presunta intención imputada y destruir una interpretación no deseada realizada por el Poder Judicial. Pese a ello, se ha reconocido que, en la práctica, es difícil observar diálogos institucionales de este tipo entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

Es importante enfatizar que, sin perjuicio de la «innecesariedad» de base real, se ha defendido que el argumento de la intención del legislador será tanto más sólido cuanta más información empírica lo sostenga, aunque su uso sea válido como mera presunción en algunos contextos. Pero si hay evidencias contrarias a la intención argumentada, como legislativa, el argumento será claramente falaz. En rigor, no sería aceptable añadir una intención, que sin duda se ha rechazado, como si fuera del legislador.

Otro aspecto importante, también aclarado, fue el de que el recurso a la intención del legislador puede servir para que esta sea confirmada o excluida, en cuyo caso se

exigiría una fundamentación adecuada, de modo racional y transparente, que explicara las razones que justifican no seguir la intención legislativa. Los argumentos en este sentido no son sencillos (argumentar en contra de las palabras del texto mismo que contiene la intención del legislador nunca es fácil), ya que las presunciones sobre la intención legislativa (o, mejor dicho, la figura del legislador como racional, económico, etc.) cambian la carga de la prueba. Con ello, el argumento de la intención del legislador también funcionará como forma de evaluar su corrección (o si es mínimamente aceptable o deseable) la voluntad expresada en la ley.

Por todo ello, en un intento de sistematizar el uso del argumento de la intención del legislador, se pueden enumerar los siguientes parámetros:

1) Cuanto mayor sea el grado de objetividad extraíble de las palabras del texto, menos intenso debe ser el grado de investigación sobre la intención del legislador.
2) Cuanto mayor sea el grado de argumentación y deliberación en el momento de la elaboración legislativa, menos intenso debe ser el control judicial de la intención del legislador.
3) Cuanto mayor sea el grado de participación social, igualmente más respetada debe ser la intención legislativa.
4) Cuanto mayor sea el grado de tecnicidad de la materia, menos intenso debe ser el debate sobre la intención legislativa en sede judicial.
5) Cuanto mayor sea el grado de restricción impuesta a los derechos fundamentales, más intensa debe ser la investigación sobre la intención legislativa.
6) Cuanto más hayan cambiado las circunstancias fácticas respecto al momento de la elaboración de la ley, más intenso podrá ser el control sobre la intención legislativa.
7) Cuanto más se detecte la presencia de consecuencias prácticas absurdas, «malas» o inconstitucionales, más intenso podrá ser el control sobre la intención legislativa.

Con esta propuesta normativa se cree que es posible concluir la presente investigación sobre el uso del argumento de la intención del legislador. El trabajo revela la riqueza y los cambios por los que han pasado los debates sobre el peso o la importancia de la intención legislativa en la interpretación de las leyes. En particular, destaca la actualidad del tema, sobre todo por la resignificación de lo que debe considerarse intención legislativa y la aproximación de la teoría de la interpretación a la teoría de la legislación. La visión que se tenga sobre el procedimiento legislativo será determinante para la elección interpretativa.

Desde luego que el argumento de la intención del legislador no es el único argumento interpretativo disponible para resolver los casos jurídicos. La interpretación jurídica no consiste, o no solo, en establecer y seguir la intención del legislador.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, N. (1971). Le bon législateur. In H. Hubien (Ed.). *Le raisonnement juridique*. (pp. 243-49). Bruxelles: E. Bruylant.

Campbell, T. (2001). Legislative intent and democratic decisión making. In N. Naffine & et al. *Intention in law and philosophy* (pp. 291-319). Hampshire: Ashgate Publishing. https://doi.org/10.4324/9781315187136-14

Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.

Chiassoni, P (2017). *O enfoque analítico na filosofia do direito. De Bentham a Kelsen*. São Paulo: Contracorrente.

Dickerson, R. (1975). Statutory Interpretation: A Peek into the Mind and Will of a Legislature. *Indiana LawJournal*, (50), 206-238.

Ekins, R. (2012). *The nature of legislative intent*. Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199646999.001.0001

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Hart, H. M, Jr..; Sacks, A. M. (2014). *The legal process. Basic problems in the making and application of law*. New York: The Foundation Press.

Hasen, R. L. (2006). Bad Legislative Intent. *Wisconsin Law Review*, 2006(3), 843-896.

Kelsen, H. (1998). *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

Lifante Vidal, I. (1999). Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención em la interpretación jurídica. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (22), 171-193. https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.06

Maccallum, G. C., Jr. (1966). Legislative intent. *Yale Law Journal*, 75(5), 754-787. https://doi.org/10.2307/794933

Maccormick, N. (2008). *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier.

Maccormick, N. (2010) Argumentación e interpretación en el derecho. *Doxa. Cuadernos de filosofia del Derecho*, (33), 65-78. https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.04

Perelman, C. (2019). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Santiago: Olejnik.

Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: EUDEBA (Editorial Universitaria de Buenos Aires).

Shepsle, K. A. (1992). Congress Is a «They,» Not an «It»: Legislative Intent as Oxymoron. *International Review of Law and Economics*, 12, 239-256. https://doi.org/10.1016/0144-8188(92)90043-Q

Sunstein, C. R. (1999). Must formalism be defended empirically? *Chicago Law Review*, 70, 635-678. https://doi.org/10.2139/ssrn.155435

Tarello, G. (2015). *La interpretación de la Ley*. Lima: Palestra.

Vermeule, A. (1998). Legislative history and the limits of judicial competence: the untold story of Holy Trinity Church. *Stanford Law Review*, 50 (6), 1833-1896. https://doi.org/10.2307/1229242

Vermeule, A. (2000). Interpretative choice. *New York University Law Review*, 75(1), 74-149. https://doi.org/10.2307/1600444

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 135-162
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.6

La constitución ontológica de la realidad virtual

The Ontological Constitution of Virtual Reality

Isabel Victoria Lucena Cid

Autor:
Isabel Victoria Lucena Cid
Universidad Pablo de Olavide, España
miluccid@upo.es
https://orcid.org/0000-0002-8393-2457

Recibido: 29/9/2021
Aceptado: 28/9/2022

Citar como:
Lucena Cid, Isabel Victoria (2023). La constitución ontológica de la realidad virtual. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 135-162. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.6

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Isabel Victoria Lucena Cid

Resumen

Con el presente trabajo hemos pretendido realizar una reflexión acerca del estatus ontológico de la realidad virtual. El objetivo general de este artículo es conocer si la fórmula de Barry Smith sobre los *términos Y independientes* es plausible para entender la institucionalidad y los hechos institucionales virtuales. Para ello, hemos partido de la ontología de la realidad social que nos ofrece John R. Searle, basada en la regla constitutiva *X cuenta como Y en el contexto C,* y explorado la propuesta de Smith acerca de aquellas instituciones que carecen del objeto físico (bruto) sobre el cual se impone el *estatus Y*, cuestionando, así, la relación entre los términos X e Y de la regla constitutiva searliana. Seguidamente, a través de la obra de Johnny Hartz Søraker y, sobre todo de Philip Brey, hemos examinado la forma de existencia de las entidades, los objetos y las acciones en los entornos virtuales. Las principales conclusiones son: i) que las acciones en los entornos virtuales tienen consecuencias físico-mentales e institucionales y que los hechos institucionales virtuales contraen los mismos efectos deónticos que los realizados en las instituciones del mundo real. ii) La fórmula *términos Y independientes* no es exhaustiva para comprender el complejo entramado digital y sus vastos productos, pero es un enfoque válido para explicar la constitución ontológica de la realidad virtual.

Palabras claves: Ontología; realidad social; instituciones; función estatus; digital; entornos virtuales.

Abstract

With the present work, we have tried to reflect on the ontological status of virtual reality. The general objective of this article is to know if Barry Smith's formula on *free-standing Y terms* is plausible to conceive virtual institutionalism and institutional facts. To do this, we have studied the ontology of social reality by John R. Searle, based on the constitutive rule *X counts as Y in context C*. After that,

we explored Smith's proposal about those institutions that lack the physical object (brute) on which the status Y is imposed, thus questioning the relationship between the terms X and Y of the Searlean constitutive rule. Subsequently, through the work of Johnny Hartz Søraker and Philip Brey, we have examined the form of existence of entities, objects, and actions in virtual environments. The main conclusions are i) actions in virtual environments have physical-mental and institutional consequences and that virtual institutional events contract the same deontic effects as those carried out in real-world institutions. ii) the *free-standing Y terms formula* is not exhaustive for understanding the complex digital network and its vast products, but it is a valid approach to explaining the ontological constitution of virtual reality.

Keywords: Ontology; social reality; institutions; status function; digital; virtual environments.

«*La virtualidad tiende a la ilusión perfecta, (…) no apunta más que a la exterminación de lo real por su doble*»

Jean Baudrillard

La filosofía, por el contrario, no investiga acerca de realidades particulares, en tanto que a cada una de ellas le ocurre tener alguna propiedad, sino acerca de lo que es, en tanto que cada una de ellas es algo que es.

Aristóteles

1. INTRODUCCIÓN

En su artículo de *The Physical and Social Reality of Virtual Worlds*, Philip Brey (2013) aborda la relación entre el mundo virtual y la realidad física centrando su investigación en el marco de la filosofía ontológica. Brey parte de la premisa de que, aunque muchos de los objetos físicos solo pueden ser simulados en el mundo digital, existen otras entidades sociales como el dinero, la propiedad, los juegos, los insultos, etc., que bajo ciertas circunstancias podrían ser calificados como reales más allá de las simulaciones en la esfera virtual. Ciertamente, estos objetos no tienen las mismas propiedades que los objetos físicos, pero si no son reales, ¿qué clase de objetos son?, ¿son objetos no-físicos pero reducibles a algo físico?, ¿puede darse el caso de que algunos de esos objetos virtuales sean reales?, ¿no son los insultos virtuales realmente insultos?, ¿cómo distinguir las propiedades esenciales y contingentes de los objetos?, etc. Estas cuestiones han sido y son nucleares para la filosofía y las ciencias sociales y pertenecen al campo de estudio de la ontología.

En este trabajo nos referiremos a la Ontología como rama de la filosofía que estudia el ser y sus propiedades. Derivado de su significado original, filosófico, el término ontología(s) se usa en el ámbito de la ingeniería del conocimiento (aplicada sobre todo a la Inteligencia Artificial) para referirse a un conjunto de conceptos organizados

jerárquicamente, representados en algún sistema informático cuya utilidad es la de servir de soporte a diversas aplicaciones que requieren de conocimiento específico sobre la materia que la ontología representa. A ello se refiere Chantal Pérez cuando distingue que:

> «en la actualidad coexisten dos usos diferenciados del término ontología, que corresponden a dos ramas del saber diferentes y, por tanto, le atribuyen características y propiedades distintas. El término Ontología se origina en el campo de la filosofía y la epistemología. Como ciencia, la Ontología es una rama de la metafísica que se ocupa del estudio de la naturaleza de la existencia, de los seres y de sus propiedades transcendentales; en filosofía, por tanto, una ontología se considera como una explicación sistemática de la existencia» (Pérez Hernández, 2002: cap. 5).

La discusión sobre la naturaleza de la realidad social e institucional sustentada por las teorías ontológicas clásicas (Berger y Luckmann, 1966; Giddens, 1995; Durkheim, 1985; Hacking, 2001), etc., sigue copando un espacio destacado en la investigación filosófica, no obstante, es cada vez más urgente abrir nuevos debates sobre esos fenómenos sociales e institucionales que se desarrollan en entornos virtuales y que generan objetos y hechos institucionales que tienen consecuencias sobre la realidad y la vida de las personas.

Una línea de investigación de referencia acerca de la teoría ontológica de la realidad social e institucional, sobre la que se basará parte de este trabajo, se la debemos a John R. Searle, especialmente, en su libro *La Construcción de la realidad social* (1995). Su amplia e interdisciplinar contribución filosófica en este campo mantiene un fuerte influjo en el pensamiento contemporáneo permitiéndonos aplicar su teoría a otros ámbitos del conocimiento. Como subraya Antoni Domènech, el núcleo argumentativo de esta obra de Searle es la «elaboración de una refinada teoría sobre la estructura lógica de la construcción social de los hechos institucionales» (Searle, 1995: 12)[1]. Estos hechos encuentran su sentido dentro de una estructura cultural y social, y su representación tiene validez dentro de un sistema representacional, material o simbólico. La motivación que ha llevado a Searle a extender su análisis del lenguaje y de la mente al ámbito de la realidad social ha sido su interés por estas materias: «¿cómo, por ejemplo, puede haber estados de consciencia o actos de habla significativos como parte del mundo físico?»; «¿cómo se interrelaciona todo ello?» (Searle, 1995: 19). Estas cuestiones no suponen un nuevo objeto de investigación, sino que son la continuación de su trabajo anterior. Si con su teoría de los *actos de habla* pretendía responder a la pregunta: «¿cómo pasamos de las manifestaciones físicas a actos significativos de habla ejecutados por los hablantes

1. Searle hace referencia a la estructura lógica de los hechos institucionales en el capítulo 2 de *La construcción de la realidad social* cuando señala que «para que algunos hechos sean institucionales, tiene que haber algunos otros hechos que sean brutos. Esto es una consecuencia de la estructura lógica de los hechos institucionales» (Searle, 1995: 72, 103, 126).

y escritores?» (Searle, 1995: 19), con el desarrollo de su *teoría de la mente* intentó desentrañar otra problemática fundamental:

> «¿cómo casa una realidad mental, un mundo de consciencia, intencionalidad y otros fenómenos mentales con un mundo que consiste exclusivamente en partículas físicas en campos de fuerza, y en el que algunas de esas partículas están organizadas en sistemas que, como nosotros, son bestias biológicas conscientes?» (Searle, 1995: 19).

Con su obra *La construcción de la realidad social,* Searle va un poco más allá y en este caso se cuestiona sobre: ¿cuál es la naturaleza de la realidad social e institucional?, ¿cómo son posibles los hechos institucionales?, ¿cuál es la estructura de estos hechos? Las respuestas que ofrece a estos interrogantes se sustentan sobre una «ontología colosal e invisible» (Searle, 1995: 23) conformada por objetos especiales, poderes, funciones, acontecimientos, propiedades, estados y relaciones que no pertenecen a la realidad física, a los hechos brutos, sino a la realidad institucional. Para dilucidar su teoría, Searle distingue, por un lado, los hechos brutos como aquellos hechos que pueden existir independientemente de la intencionalidad colectiva y, por el otro, los hechos de distinta naturaleza dependientes de esta intencionalidad que, de acuerdo con Searle, son hechos institucionales. Estos son «una subclase especial de hechos sociales (…), que presuponen instituciones humanas» (Searle, 1995: 44), y que aparecen cuando los seres humanos, colectivamente, le otorgan una función de estatus a algunos aspectos de la realidad, ya sean objetos o personas. Estos hechos institucionales son posibles en virtud de un (a) (sistema de) regla (s) cuya forma es «*X cuentan como Y en el contexto C*».

Una consecuencia de esta distinción sobre hechos brutos/hechos institucionales es que, según Searle, no vivimos en tres mundos, como defienden Popper o Frege[2] ni siquiera en dos mundos como proponía Descartes y la tradición dualista, sino que vivimos en un solo mundo (Searle, 2003: 13)[3]. Para fundamentar su teoría, Searle erige su aparato conceptual con la pretensión de

2. En una conferencia impartida en 1967, Popper introdujo su concepción de los tres mundos de la siguiente manera: «podemos distinguir los tres mundos o universos siguientes: primero el mundo de los objetos físicos o de los estados físicos; en segundo lugar, el mundo de los estados de la conciencia o de los estados mentales o, quizá, de las disposiciones comportamentales a la acción; en tercer lugar el mundo de los contenidos del pensamiento objetivo, especialmente de los pensamientos científicos y de las obras de arte» (Popper, 1967). Para profundizar en la conceptualización de los tres mundos, véase Popper (1993). Frege por su parte distingue tres 'reinos' o niveles de existencia: un reino objetivo, el reino 3, en el que pueden encontrarse entidades atemporales y no-mentales, enunciados de hechos, afirmaciones y reglas lógicas; un reino subjetivo, el reino 2, donde pueden encontrarse creencias, experiencias conscientes y procesos de razonamiento y un reino empírico, el reino 2, el cual abarca todo el dominio de los hechos físicos (Frege, 1974).
3. Por su parte, «la estrategia argumentativa de Searle consiste en primer lugar en refutar las tesis del relativismo radical que niegan la existencia de un mundo real independiente de nuestro pensamiento y lenguaje. Esto lo logra apoyándose en el realismo filosófico y científico, que adopta aquí una postura reflexiva derivada de los paradigmas atomistas y evolucionistas de las ciencias físicas y biológicas, respectivamente» (Chavarriaga, 2011: 437).

> «encajar la realidad social en nuestra ontología básica procedente de la física, la química y la biología. Se plantea el reto de mostrar la línea continua que va desde las moléculas y las montañas hasta los destornilladores, las palancas y los atardeceres bellos, hasta las legislaciones, el dinero y los estados-nación» (Searle, 1995: 58).

Como tendremos ocasión de ver, el cimiento teórico de la construcción de realidad social searliano, anclado sobre las nociones de la intencionalidad colectiva, la función de estatus y las reglas constitutivas, es sin duda una brillante contribución a la ontología de la realidad social e institucional que nos puede servir de marco para acometer la explicación de otros fenómenos sociales que nos interpelan en nuestros días. De especial interés para nuestro trabajo son las objeciones realizadas a Searle en relación con la regla consitutiva, *X cuenta como Y en el contexto C*, y que representa el nodo central de su teoría sobre los hechos institucionales. Autores como David Koepsell y Laurence Moss, en su libro titulado *John Searle's ideas about Social Reality: Extensions, Criticism, and Recoconstructions* (2003)[4] y, especialmente, Barry Smith en su libro titulado *John Searle* (2003), cuestionan esta regla constitutiva y plantea nuevas formas de asignación de función de estatus expresadas bajo la estructura *términos Y independientes (free standing Y terms)*. La tesis fundamental de Smith es que existen algunas instituciones que carecen del objeto físico (hecho bruto) sobre el cual se impone el *estatus Y*. Por su parte, Philip Brey en su trabajo titulado «The Physical and Social Reality of Virtual Worlds», se interpela acerca de si una X virtual es una X real (Brey, 2013: 5). Su tesis es que, mientras que la realidad física y social puede ser simulada en el mundo virtual, la realidad institucional puede ser ontológicamente reproducida en el espacio virtual produciendo los mismos efectos deónticos que las instituciones en el mundo real.

Manteniendo como trasfondo la teoría ontológica de la realidad social e institucional de Searle, en este artículo hemos pretendido centrarnos en un fenómeno que, aunque no es nuevo, está adquiriendo un alcance muy significativo en distintos órdenes de nuestras vidas y que puede presentar aspectos problemáticos, no desde un punto de vista técnico, que no ha lugar analizar en estas páginas, pero sí desde el punto de vista filosófico. Nos referimos al inconmensurable desarrollo de las tecnologías digitales y virtuales[5] y su impacto sobre la vida de las personas. Está contrastado cómo estos

4. Más recientemente, Francisco Guala, en su libro *Undertanding Institutions: The Science and Philosophy of Living Together* (2016), ha realizado una también es una fuerte crítica al enfoque general de la ontología social de Searle. Guala aboga por un enfoque naturalista de la ontología social que combina las ideas de los filósofos con los resultados teóricos y empíricos de las ciencias sociales: «Si queremos saber qué es la materia, o la luz, o la vida, ahora preguntamos a físicos y biólogos tanto como a filósofos. De manera similar, las preguntas sobre la naturaleza de las instituciones no pueden responderse satisfactoriamente sin la ayuda de la ciencia.
5. Aunque abordaremos esta cuestión más adelante, queremos especificar que nos referimos a lo 'digital' en el sentido que lo define la Real Academia Española (2014): Digital: Dicho de un dispositivo o sistema: Que crea, presenta, transporta o almacena información mediante la combinación de bits o que se realiza o transmite por medios digitales (formato legible para una máquina). En cuanto al término virtual es mucho más complejo de definir, no obstante, nos puede servir, igualmente, en este punto la propuesta

nuevos procesos tecnológicos están trasformando las formas de relacionarnos socialmente, su repercusión en el mundo del trabajo, el empeño desmedido por el control y gestión de los datos personales, los avances en el ámbito sanitario y la deslocalización y extensión de la educación e, igualmente, cómo afecta al modo en que se producen las relaciones de los ciudadanos con la Administración del Estado, empresas del sector privado, etc. Este cambio paradigmático ha propiciado que muchas de las actividades que generalmente formaban parte de la realidad física de nuestra cotidianidad, se trasladen a los espacios virtuales. Frente a esta realidad, la primera pregunta que nos hacemos es: ¿qué sucede cuando los fenómenos sociales no dependen de las relaciones físicas interpersonales, sino que se producen a través de la interacción con máquinas y aplicaciones en un ámbito digital? Y, parafraseando a Searle, ¿cómo podemos encajar la realidad virtual en la ontología básica que va desde los hechos brutos hasta los hechos institucionales? Junto con Brey nos preguntamos ¿cuál es el modo de existencia de las entidades, instituciones y objetos virtuales?, ¿nos sirve para explicarlo la fórmula de los *t*érminos *Y independientes?* Para dar cuenta de estas cuestiones y teniendo presente la construcción searliana, analizaremos, principalmente, las teorías de Smith y Brey, que junto a Johnny Hartz Søraker nos permitirá comprender la naturaleza de la ontología de la realidad virtual, esto es, las entidades, las instituciones, los objetos y las acciones virtuales. Nuestra hipótesis principal es que, tanto la teoría ontológica sobre la construcción de la realidad social de Searle basada la regla constitutiva *X cuenta como Y en C*, como su enunciación bajo la forma *términos Y independientes,* pueden ser herramientas conceptuales válidas para comprender y explicar los nuevos fenómenos socio-virtuales que están trasmutando nuestra realidad social e institucional. Ciertamente, este trabajo presenta algunas limitaciones dada la complejidad del tema y su abordaje a partir de la teoría de Searle, ya que su extensa obra ha sido tan ampliamente examinada, discutida y contraargumentada que es imposible recoger en este breve artículo todas las aportaciones al respecto. No obstante, hemos de precisar que nuestra pretensión última es contribuir a la reflexión sobre el modo de existencia (o no) en una dimensión virtual (entidades, acciones y objetos) en el espacio digital, cuya relevancia determina, de manera acelerada, una nueva forma de ser y estar en el mundo.

Con la finalidad de profundizar en las cuestiones enunciadas *grosso modo* arriba y contribuir al debate sobre la cuestión, en las próximas páginas vamos a abordar, en primer lugar, los elementos esenciales de la ontología social e institucional searliana y algunas de las críticas a la regla constitutiva *X cuenta como Y en el contexto C*, lo que nos posibilitará abrir, en segundo lugar, una discusión sobre si la realidad institucional puede ser ontológicamente reproducida en el mundo virtual, adoptando la reformulación de la regla constitutiva de los hechos institucionales como *términos Y independientes*. Siguiendo este orden de ideas y sirviéndonos de la «ontología colosal invisible» que

de la RAE: Virtual: Que está ubicado o tiene lugar en línea, generalmente a través de Internet o que tiene existencia aparente y no real (creado a través de softwares y ordenadores).

nos ofrece Searle, intentamos, con Smith, Søraker y sobre todo Brey, explicar la forma de existencia de las entidades, objetos y acciones desplegadas en los entornos virtuales. Con ello, pretendemos conocer si estas formas de «ser virtual» satisface nuestra hipótesis acerca de si la fórmula *términos Y independientes* es plausible para dar cuenta de esta realidad, teniendo presente que, en algunos casos, las acciones en estos entornos virtuales tienen consecuencias físico-mentales e institucionales en el mundo real.

2. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA ONTOLOGÍA SOCIAL E INSTITUCIONAL

Como se ha apuntado en el apartado anterior, la ontología social de Searle versa sobre el modo en que los hechos institucionales existen y cómo la realidad social se relaciona o encaja con el resto de los entes en el marco de una ontología general más amplia. De acuerdo con su explicación, en un extremo encontramos los objetos de las ciencias naturales (hechos brutos), mientras que en el otro se encuentran los hechos institucionales cuya existencia se debe, fundamentalmente, al acuerdo y la aceptación humana. Los hechos brutos, aquellos rasgos intrínsecos del mundo, son independientes de los observadores, mientras que, por el contrario, los hechos institucionales deben su existencia a la intencionalidad colectiva y son, por lo tanto, dependientes de los seres humanos. Esto se traduce de la siguiente manera: la asignación de una función de estatus a un hecho bruto y su aceptación colectiva se representa con la fórmula «*X cuenta como Y en el contexto C*», que expresa la forma básica de lo que Searle denomina regla constitutiva. A continuación, delimitaremos brevemente las piedras angulares que sustentan su teoría de la realidad social e institucional searliana:

i) Asignación de función. La capacidad humana de asignar función a algo es una característica de la intencionalidad[6] ya sea individual o colectiva. Searle sostiene que la asignación de función a objetos y fenómenos crea hechos sociales e institucionales. Estas funciones impuestas a los objetos nunca son intrínsecas a los objetos o fenómenos, sino que son relativas al observador, dependen de él. Sin entrar en este momento en las objeciones que se le pueden hacer a Searle con respecto a esta afirmación, resumimos

6. En este trabajo nos referimos al mismo concepto de Intencionalidad que Searle utiliza en *La construcción de la realidad social* (1995), «De la mano de la consciencia viene la intencionalidad, la capacidad de la mente para representar objetos y estados de cosas mundanos distintos a uno mismo» Y explica además que «Uso 'intencionalidad' como un término técnico que refiere aquél rasgo de la representación en virtud del cual esas representaciones son *acerca de* algo, están *dirigidas* a algo, Creencias y deseos son intencionales en este sentido, porque para tener una creencia o un deseo tenemos que creer que tal y tal cosa es el caso o desear que tal y tal otra lo sea» (p. 26). «[…] la Intencionalidad es aquella propiedad de muchos estados y eventos mentales en virtud de la cual éstos se dirigen a, o son sobre o de, objetos y estados de cosas del mundo. Si, por ejemplo, tengo una creencia, debe ser una creencia de que tal y tal es el caso; si tengo un temor debe ser de algo o de que algo ocurrirá; si tengo un deseo, debe ser un deseo de hacer algo, o de que algo suceda o sea el caso; si tengo una intención, debe ser una intención de hacer algo. Y así con muchos otros casos» (Searle, 1983: 17).

las condiciones centrales de este rasgo en el proceso de creación de la realidad social e institucional. Por un lado, entiende que siempre que la función *X es hacer Y*, X e Y son las partes de un sistema definido, en parte por *propósitos objetivos y valores*. En segundo lugar, siempre que la función de *X es hacer Y*, se *supone* que causa o, de algún modo, resulta en Y. Searle presenta una distinción entre las funciones asignadas, subrayando que algunas son agentivas (aquellas que tienen que ver con el uso que los agentes le dan a los objetos o fenómenos como puede ser la función de un destornillador el poner y quitar tornillos), y otras no-agentivas, que serían aquellas que tratan de procesos causales naturales. Por último, «una categoría especial, dentro de las funciones agentivas, es la de aquellas entidades cuya función es *simbolizar, representar, valer por*, o –en general– *significar* una u otra cosa» (Searle, 1995: 41). Se trata de una categoría especial de funciones agentivas que Searle denomina *funciones de estatus*. Posteriormente, en su libro *Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana* (*Making the Social World: The Structure of Human Civilization***,** 2010, en inglés), Searle explica que no se había percatado de la importancia de la *Declaración de función de estatus* tanto para la creación como para el mantenimiento de la realidad institucional. En este sentido, afirma que X cuenta como Y es una forma de Declaración de función de estatus y con ello responde a la objeción realizada sobre la existencia de los *términos Y independientes,* como veremos más adelante.

ii) Intencionalidad colectiva. De acuerdo con Searle, «el elemento crucial de la intencionalidad colectiva es un sentido del hacer (desear, creer, etc.) algo juntos, y la intencionalidad individual que cada una de las personas tiene *deriva de* la intencionalidad colectiva que todos comparten» (Searle, 1995: 42). Cualquier hecho institucional entraña intencionalidad colectiva. Como se puede deducir, pues, la asignación de función de estatus a un objeto, una persona o un fenómeno previamente existente, tiene la peculiaridad de que las características físicas de ese objeto no son suficientes por sí mismas para cumplir esa función, sino que es necesaria la intencionalidad colectiva. La historia de la especie humana, al contrario que la animal, ha demostrado la capacidad humana de crear las formas más complejas de intencionalidad colectiva, utilizando el lenguaje y otros elementos simbólicos para realizar acciones conjuntas, tales como prometer, legislar o simplemente regular el tráfico. Por ello, comprender la intencionalidad colectiva es, a juicio de Searle, esencial para concebir los hechos institucionales. Esta forma de intencionalidad es irreducible a la intencionalidad individual y tampoco es como el espíritu hegeliano del mundo, una consciencia colectiva que recoge en sí todas las intencionalidades singulares, sino un *fen*ómeno *primitivo*, una habilidad típica de cada persona, se trata de la capacidad de actuar según el mismo sistema de fines que los otros individuos. Nos referimos al paso del yo-intento al nosotros-intentamos (Searle, 1995: 42).

iii) Reglas constitutivas. En uno de sus primeros artículos titulado *How to derive* '*Ougth*' *from* '*Is*' de 1964 y en su libro *Speech Acts* de 1969, Searle introduce la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Las primeras se limitan a regular

comportamientos o actividades ya existentes; las segundas, en cambio, no solo regulan, sino que «crean la posibilidad misma de ciertas actividades» (Searle, 1995: 45). Las reglas constitutivas a la vez que constituyen los hechos institucionales describen su estructura lógica según la fórmula «*X cuenta como Y en el contexto C*»[7]. Searle recurre a los juegos, como el ajedrez, para explicar cómo las reglas del ajedrez crean la posibilidad misma de este juego, son constitutivas del ajedrez. Otro de los ejemplos recurrentes de Searle es el del dinero. Un trozo de papel es un hecho bruto, posee una serie de propiedades físico-químicas específicas, pero el hecho de que ese trozo de papel sea dinero y lo podamos usar con el propósito de comprar, vender, almacenar como valor, etc., es un hecho institucional que implica la aceptación colectiva (no existiría sin la creencia compartida de que es dinero), y está constituido como tal por la asignación de función de estatus según una regla constitutiva[8].

En línea con lo que avanzábamos, desde la publicación del libro *La construcción de la realidad social* en 1995, Searle ha recibido múltiples observaciones críticas a los postulados que defiende en esta obra. Las principales críticas a su teoría se encuentran recogidas en el volumen colectivo editado por David Koepsell y Laurence Moss, titulado *John Searle's ideas about Social Reality: Extensions, Criticism, and Recoconstructions* (2003). No obstante, para el objeto de este trabajo, nos vamos a centrar en las apreciaciones realizas por Barry Smith en su libro titulado *John Searle* (2003), donde cuestiona la fórmula *X cuenta como Y en C*, y plantea nuevas formas de asignación de función de estatus expresadas bajo la estructura *términos Y independientes (free standing Y terms, en inglés)*. En las siguientes páginas, nos centraremos en el reparo que realiza Smith y Brey a la teoría de Searle, con la que intentaremos dar un paso hacia un terreno que no es nuevo, pero que, en nuestra opinión, requiere una atención renovada: el análisis de la realidad virtual y la ontología de los objetos, entidades y acciones en ese contexto.

7. Sobre esta cuestión, ver capítulo 4 y 5 de Searle (1995: 103, 126).

8. A partir de la segunda década del siglo XXI se han unido nuevas voces a la teoría ontológica de la realidad social que merecen, al menos, una referencia y que representan una propuesta de interés para el tema que nos ocupa en este apartado. En el capítulo 6 de su libro titulado *The Ant trap. Rebuilding the Fundation os Social Science*, Brien Epstein, presenta su modelo *grounding–anchoring* para explicar cómo se construyen los hechos sociales. Explica cómo las dos tradiciones en competencia, la naturaleza del mundo social puede ser unificada. En el centro del modelo está la idea que hay diferentes formas de «establecer» cómo se fundamentan los hechos sociales. Para ello, es necesario distinguir los hechos que configuran estas formas de fundamentación de los hechos que la puesta a tierra. El concepto de *grounding* sostiene que la existencia de algunas entidades sociales está fundada (*are grounded*) sobre otras entidades más básicas. Por ejemplo, hay ciertas condiciones para que una pieza de carne sea considerada un kosher. Si proviene de un cerdo, por ejemplo, no es kosher. Aquí son los hechos los que establecen o «anclan», esas condiciones. Quizás estas condiciones son fruto del acuerdo de autoridades religiosas; tal vez sea producto de la aceptación de la sociedad; o quizás de prácticas sociales o sea un hecho de inspiración divina. Cualesquiera que sean estas *anclas*, son las condiciones que en las que se fundamenta el hecho cuya expresión es *X es kosher* (Epstein, 2019: 2016). Sobre este tema, véase el interesante artículo de Rapetti titulado: Ontología social y práctica jurídica: la actualización de un debate (2021).

3. LA ASIGNACIÓN DE ESTATUS Y LOS *TÉRMINOS Y INDEPENDIENTES*

Como se desprende de la teoría de Searle, la creación de los hechos institucionales consiste en asignar una función y con ella un determinado estatus a algún objeto o entidad; se trata de conferir algún poder nuevo. En este sentido Searle sostiene que «no tendría mucho sentido imponer una función de estatus nombrada por el término Y si no confiriera algún poder nuevo al término X (…). En el caso más simple, el término Y nombra un poder que el termino X no posee en virtud de su mera estructura» (Searle, 1995: 108)[9]. Empero, como ha señalado Smith (2003) y ha asumido en sus posteriores trabajos el mismo Searle (Searle, 2003: 174 y ss., Searle, 2010: 41 y ss.), se da la circunstancia de que existen algunas instituciones que carecen del objeto físico sobre el cual se impone el *estatus Y*, lo que se define como *términos Y independientes*. Al respecto, Susanna Salmijärvi, (2013: 1) en su trabajo titulado *Are Institutional Entities Constituted Entities?*, cuestiona las relaciones entre X e Y según la formula serliana de regla constitutiva y presenta tres visiones críticas sobre ello. La primera de ellas es la que defiende Hansson-Wahlberg como relato no constitucional. De acuerdo con esta interpretación, la entidad social (el término Y) es reducible al objeto material: la entidad social y el objeto material son idénticos. La segunda idea se refiere al relato ficcionalista o eliminativista en el sentido de que niega la existencia de entidades sociales. Este punto de vista se atribuye principalmente a Smith en su artículo *How to Do Things with Documents*. Según el ficcionalismo, en realidad no existen objetos sociales o institucionales, son solo construcciones de nuestras mentes. La tercera perspectiva que señala Salmijärvi es la de la constitución sin identidad defendida por Frank Hindriks en su artículo titulado *The location problem in social ontology* (2013). A juicio de Hindriks, las entidades institucionales son entidades constituidas. Según Salmijärvi, este autor sostiene que la base de la constitución para las entidades institucionales son las personas (citado por Salmijärvi, 2013: 8-10). A efectos de este trabajo nos centraremos en la visión ficcionalista que pretende resolver el problema de los *t*érminos *Y independientes*, señalado por Smith en su discusión con Searle. La cuestión central sería: ¿Cuál es el estatus ontológico del término Y? La respuesta que ofrece Smith es que Searle debe aceptar algún tipo de ficcionalismo ya que no tiene ninguna explicación para definir el estatus ontológico del dinero electrónico y las corporaciones, por ejemplo. Searle intenta responder a las críticas de Smith y de otros autores en su libro *Creando el mundo social* (2010), no obstante, creemos que Searle no renuncia total ni sustancialmente, como veremos, al aparato conceptual sobre el que sostiene su teoría de *La Construcción de la realidad social* (1995).

9. Como ejemplo de esto, Searle sostiene que «en los casos en los que el término X es una persona, esta persona adquiere poderes que antes no tenía. Y en los casos en los que el término X es un objeto, el usuario de este objeto puede hacer cosas con este objeto que antes no podría hacer en virtud de la mera estructura de X. Así el dinero, los pasaportes, el carné de conducir, y las sentencias lingüísticas capacitan al portador o al usuario para hacer cosas que no podría hacer de otro modo» (Searle, 1995: 108).

Para explicar los *términos Y independientes*, Smith se basa en algunas observaciones del economista Hernando De Soto, tomando como ejemplo una distinción conceptual, que puede ser discutible, entre el dinero y el capital. Sobre esta cuestión, De Soto ha propuesto considerar los objetos sociales como «representaciones», y en el caso del capital, este pertenece a la familia de los *términos Y independientes* dado su carácter representativo:

> «El capital nace de representar por escrito –en el título, en un valor, en un contrato y en otros testimonios similares– las cualidades económicas y socialmente más útiles acerca del activo mismo. Es aquí donde el valor potencial es inicialmente descrito y registrado. Cuando uno centra la atención en el título de propiedad de la casa, por ejemplo, y no en la casa misma en cuanto objeto tangible, automáticamente ha dado el paso del mundo físico al universo conceptual donde vive» (De Soto, 2000: 79).

Al cambiar la atención del paradigma del dinero como entidad física al del capital, esto es, de un objeto físico a un concepto abstracto, Smith piensa que ha dado respuesta a algunas inconsistencias de la teoría de Searle[10]. La idea subyacente es que, si los objetos sociales son al final intencionales (es decir, un bien común que está en nuestra cabeza más que en el mundo, y no en forma de meros actos psicológicos), entonces el espacio apropiado para comprenderlo es la esfera de las representaciones.

Aunque no de manera exclusiva, es innegable que los *términos Y independientes* son especialmente relevantes en el ámbito financiero, donde a menudo se aprovecha de estos *estatus abstractos* a fin de manipularlos casi de forma matemática y obtener beneficios (Smith, 2008: 15)[11]. La cuestión, sin embargo, es: ¿cómo puede darse una función si no existe un objeto físico al cual se ha asignado la función de estatus? En su libro *Creando el mundo social*, Searle acepta la existencia de los *términos Y independientes* y dice que son especialmente prominentes en las altas esfera de la realidad institucional o en sociedades sofisticadas (Searle, 2010: 40). Para él, en estas sociedades aparecen «formas de imposición de funciones de estatus, formas de poderes deónticos, que ni siquiera requieren de un objeto o una persona a quién imponer la función de estatus» (Searle, 2010: 41). A propósito de esta afirmación, Searle pone como ejemplo la «idea

10. «Capital is both something abstract – it exists because of certain sorts of document act (of what Searle calls 'Declarations» and what Reinach (1913) referred to as 'Bestimmungen») but it is also something historical, something that is part of the world of what happens and is the cases. The abstract nature allows it to be divided amongst multiple owners while the property itself remains physically unchanged» (Smith, 2012: 5).
11. Smith desarrolla su noción de «representación» en términos de una «entidad cuasi-abstracta» usando el ejemplo de un juego de ajedrez ciego. Uno puede jugarlo en Internet, donde el tablero de ajedrez no está «presente» (puede estar ubicado en dos lugares –dos pantallas de ordenador– al mismo tiempo). Un jugador entrenado puede incluso jugar al ajedrez en su propia mente. En tales casos, el ajedrez en la mente no correspondería a ninguna representación psicológica real (en el sentido de un «acto») por parte de los jugadores, sino que sería un objeto ideal. En el caso del dinero, (dados los avances tecnológicos) ya no tenemos contrapartes físicas, sino solo blips (señales luminosas) y registros en los ordenadores (Smith, 2008: 6).

de corporación» la cual no necesita de «una persona o grupo de personas que sean la corporación», su existencia y mantenimiento no depende de su existencia física. Continúa su explicación con el caso del dinero electrónico, sugiriendo al respecto que lo que «existe son representaciones electrónicas del dinero (…). No es necesario que haya una realización física del dinero en forma de divisa o de moneda; todo lo que existe físicamente son rastros magnéticos en el disco de un ordenador. Más bien, estos rastros son representaciones del dinero, más no dinero» (Searle, 2010: 40-41). En definitiva, la respuesta de Searle a Smith sobre los *términos Y independientes* es que en aquellos casos en los que no existe un objeto físico (bruto 'X'), el elemento X de la fórmula constitutiva de los hechos institucionales se sustituye a través de una «*Declaración* que le otorga existencia a una función de estatus en un contexto C». (Searle, 2010: 100 y ss.) (Smith, 2012: 9-12).

En suma, Searle proporciona distintas categorías ontológicas de fenómenos a las que se les pueden imponer estatus. Por un lado, estaría la *gente* (presidentes de organismos o reuniones, profesores, médicos, sacerdotes, directores de centros, etc.); posteriormente encontraríamos los *objetos* (sentencias firmes, billetes de cinco euros, certificados de nacimientos o de estudios, licencias de armas, etc.); y, por último, estarían los *acontecimientos* (consejos de departamentos universitarios, bodas, elecciones, guerras, etc.). A esta clasificación habría que añadirle una nueva categoría que podríamos llamar, de acuerdo con Philip Brey, «entidades virtuales» (Brey, 2003), y todas aquellas entidades formadas por los estatus abstractos que se recogen en la expresión *términos Y independientes*. Cada una de ellas (gente, objetos y acontecimientos), y también las entidades virtuales y abstractas interactúan en relaciones sistemáticas (estados, matrimonios, corporaciones empresariales, transacciones financieras, comercio, universidades, ejércitos, iglesias, etc.) (Searle, 1995: 108-109).

Como diría Lorini, ante el paradigma searliano, esto es, si nos preguntamos sobre si la teoría searliana sobre lo bruto y lo institucional es exhaustiva, la respuesta es *tertium datum*. «Existen entidades institucionales que no son reducibles a la mera realidad natural» (Lorini, 2000: 340). Y este es el caso de los objetos, entidades y hechos vinculados a la realidad virtual, donde se crean, desarrollan y cumple su función en el ciberespacio tal y como lo defiende Brey (2013) y lo aborda Søraker en su trabajo sobre la realidad y las entidades virtuales y, especialmente, sobre los *efectos intra y extravirtuales* de las acciones en el ámbito virtual.

Teniendo presente los presupuestos sobre los que Searle construye su ontología de la realidad social e institucional, junto a la propuesta de Smith sobre los *términos Y independientes*, las distinciones sobre *la realidad física y el mundo virtual* de Brey y los efectos *intra e extravirtuales* de Søraker, expondremos seguidamente algunas claves que nos hagan comprensible la emergente complejidad del mundo digital, las acciones, los objetos y entidades virtuales, con la única intención de contribuir al debate filosófico sobre esta realidad.

4. LA ONTOLOGÍA DE LA REALIDAD Y DE LOS HECHOS INSTITUCIONALES VIRTUALES

Los objetos y las acciones virtuales no tienen una existencia en el mundo real, no son parte del mundo físico, tangible, pero ¿carecen de existencia? En el primer cuarto del siglo XXI, ante el imparable crecimiento y uso masivo de las tecnologías de la información y la comunicación y el exponencial desarrollo de la inteligencia artificial, se está produciendo un cambio de paradigma que ineludiblemente está configurando una nueva realidad social en la que parte de las relaciones y muchas de las acciones humanas se desarrollan en la esfera digital. Navegar por Internet, interrelacionarnos con entidades virtuales (bancarias, administrativas, educativas, comercio, ocio, etc.), a través de dispositivos inteligentes, comunicarnos en las redes sociales, teletrabajar, etc., demuestra que los objetos y esas entidades con las que interactuamos tienen cierta manera de existencia, pueblan lo que denominamos el ciberespacio y poseen la capacidad de influir o modificar la realidad física[12]. La cuestión fundamental que todo esto suscita, en opinión de Brey, es ¿cómo podemos decir que algo existe y al mismo tiempo decir que no es real? (Brey, 2013: 3).

Siguiendo la formulación de las reglas constitutivas de Searle (*X cuenta como Y en el contexto C*), Brey se pregunta: ¿es una X virtual una X real? (Brey, 2013: 5). Su tesis es que, mientras que la realidad física y social puede ser simulada en el mundo virtual, la realidad institucional puede ser ontológicamente reproducida en el espacio virtual produciendo los mismos efectos deónticos que las instituciones en el mundo real, pero ¿cuál es el modo de existencia de los objetos y entidades virtuales?, ¿nos sirve para explicarlo la estructura de los *términos Y independientes?* Para muchos autores, incluso para Searle, los objetos y las entidades virtuales tienen, en última instancia, una base física subyacente, son *hechos brutos*. No obstante, Brey sostiene que los objetos virtuales son generados por sistemas informáticos caracterizados por su capacidad de realizar

12. En relación con los términos que utilizaremos en esta parte del trabajo, estableceremos algunas distinciones entre digitalización, realidad, mundos o entornos virtuales. Sobre el término digital, la tercera acepción en el Diccionario la Real Academia Española determina lo siguiente: «Dicho de un dispositivo o sistema: Que crea, presenta, transporta o almacena información mediante la combinación de bits». Søraker ha desarrollado una exhaustivo trabajo sobre la relación entre las distintas categorías: digital, virtual, entornos virtuales, mundos virtuales, realidad virtual y futuros multi-usuarios de la realidad virtual, y la ilustra de manera gradual, partiendo de una primera esfera digital que contiene otra virtual, dentro de esta estarían los entornos virtuales que contendría dos esferas: los mundos virtuales y la realidad virtual que interseccionan entre sí, creando un campo más que denominó «Future multi-user Virtual Reality». Es muy interesante a su vez la taxonomía de la virtualidad y sus subcategorías. A pesar de los esfuerzos por precisar lo que entendemos por realidad virtual o lo virtual, existe una dificultad importante debido a las incontables definiciones que existen actualmente y ninguna parece totalmente satisfactoria. A efectos de este trabajo entenderemos la realidad virtual como «a scientific and technical domain that uses computer science (1) and behavioral interfaces (2) to simulate in a virtual world (3) the behavior of 3D entities, which interact in real time (4) with each other and with one or more users in pseudo-natural immersion (5) via sensorimotor channels», (Fuchs, Moreau, y Guitton, 2011).

operaciones lógicas sobre representaciones simbólicas o estructuras de símbolos. El hardware y el software que permiten el funcionamiento de un ordenador y los datos usados por estos programas consisten en símbolos representados bajo la forma de bits o bytes. Estos 'machine codes' permanecen invisibles a los usuarios y podrían ser considerados el sustento de esa «colosal ontología invisible» (Searle, 1995: 23) de la realidad virtual[13].

4.1. Simulación y reproducción: objetos y entidades institucionales virtuales

La distinción entre simulación y reproducción es esencial a la hora de comprender la naturaleza de la realidad virtual. Cuando un X virtual (coche, piedra, árbol, etc.) meramente logra imitar a un X físico, estamos tratando con una simulación computacional. ¿Existe un X virtual que podamos catalogar como un X real? En opinión de Brey, cuando un X virtual se considera como un X real se podría denominar reproducción ontológica (Brey, 2013: 8)[14].

Para Brey, algunas entidades virtuales pueden ser tan reales como sus contrapartes del mundo físico (Brey, 2013: 1). El capital y las transacciones financieras se pueden transferir completamente a la realidad virtual. La razón es que el dinero virtual puede tener la misma función de estatus impuesta que el papel moneda porque las funciones de estatus no están limitadas por las propiedades físicas (Condello, 2020: 183-184). Tales hechos y entidades institucionales, por lo tanto, serán tan reales como sus contrapartes físicas. Sin embargo, los hechos y objetos físicos (aquellos que no están constituidos por una función de estatus socialmente impuesta, como las manzanas, los coches, las piedras o los árboles, etc., nunca podrían entenderse como reales ya que no comparten las propiedades físicas y objetivas que tienen estos objetos en el mundo físico); no pueden ser completamente replicados por entidades virtuales, porque sus propiedades físicas son esenciales y estas características no se pueden duplicar en entornos virtuales, en cuyo caso, serán simulaciones. Si bien estos objetos, brutos en la terminología de Searle, no pueden ser ontológicamente reproducidos en la realidad virtual, algunos fenómenos asociados a ellos sí podrían serlo. Se trata, fundamentalmente, de casos auditivos y

13. Al hilo de esta cuestión, en una conversación informal, le preguntamos a la catedrática de Ingeniería informática, Alicia Troncoso, especialista en Inteligencia Artificial, si verdaderamente los «machine codes» son entes incorpóreos, intangibles o si tienen alguna forma de sustento físico. La respuesta que nos dio fue que, si buscamos el origen de los bits de los bytes, de los algoritmos o las entidades digitales, siempre encontraremos un soporte físico, humano o material. No obstante, en nuestra opinión, en la actualidad se están produciendo avances en el Machine Learning, esto es, el aprendizaje automático, que permite a las maquinas que aprendan sin ser expresamente programadas, o el Deep learning, aprendizaje profundo, que intenta modelar abstracciones usando una red neuronal que permiten procesar y transformar variables y esto complejiza aún más la cuestión.
14. En relación con el uso del término 'real', entendemos que los objetos reales son objetos que tienen una existencia física y tangible, mientras que los objetos virtuales son puramente representaciones digitales sin un correlato físico dentro del mundo virtual, (aunque pueden ser representaciones digitales (ontológicas) de cosas que sí existen en el mundo físico-real). (Milgram, y Fumio, 1994: 6-7).

visuales que pueden recrear ontológicamente ciertas entidades físicas 'ingrávidas' como sonidos, imágenes, colores, figuras geométricas, etc.

Los rasgos distintivos de los entornos virtuales son la tridimensionalidad, la inmersión y la interactividad. En opinión de Brey (2013: 4), para que un objeto digital sea una entidad virtual este debe formar parte de un entorno virtual y ser de tal forma que aparezca como un objeto en el espacio con el que se pueda interactuar adecuadamente. Los entornos virtuales pueden diseñarse de manera que sus objetos aparezcan al sujeto con un alto grado de claridad perceptiva, con coherencia causal y perspectiva, disponibilidad intersubjetiva y otras características identificadas como importantes en la determinación de lo real. Al igual que los objetos físicos, pueden tener bases causales subyacentes que expliquen su existencia como objetos perceptibles, pero es difícil ver cómo, a diferencia de los objetos físicos, podrían identificarse con estos procesos causales. Podemos pensar que el agua tiene cualidades perceptibles, como la frescura, la humedad y una estructura molecular. En el caso de los objetos virtuales, los procesos causales subyacentes, es decir, los estados de los componentes de los dispositivos que conforman el sistema de realidad virtual no son tan fácilmente identificables con los propios objetos. En definitiva, aunque los objetos virtuales no parece que tengan masa identificable y un lugar en el espacio, tienen atributos y rasgos en virtud de los cuales pueden ser definidos como objetos: son persistentes, unificados, representan estructuras estables con propiedades definidas, tienen la capacidad de relación con otros objetos y posibilitan la interacción (Brey, 2013: 4).

Para Hunter y Mosco (2014: 5), los estatus ontológicos de las entidades virtuales se asemejan y no son tan distintos a los entes ficticios que encontramos en las novelas, películas e incluso en el arte, etc.[15]. No tienen existencia física material más allá del soporte en el que nos acercamos a ellas, en el caso de algunas obras de arte, sobre todo la pintura, estas son representaciones de mundos imaginarios, simulados. Sin embargo, las entidades virtuales (en el caso de las instituciones) no son objetos ficticios, tienen una cualidad que los diferencia de los simulados y otros objetos digitales: son interactivos, pueden ser manipulables, responden a nuestras acciones y entran en relación con otras entidades. Así que, mientras que la realidad o los objetos físicos solo puede ser simulados en la esfera digital (al menos de momento), la realidad social e institucional

15. Hunter y Mosco, en «Virtual Dystopia», analizan la trilogía de William Gibson sobre el ciberespacio (Neuromancer (1984), Count Zero (1986) y Mona Lisa Overdrive (1988); la película Inception (Nolan 2010) y, finalmente, el juego World of Warcraft. En estos casos las fronteras entre lo real y lo virtual aparece borroso. Señalan también su similitud con las versiones pre-Internet de las distopias virtuales en el arte y la arquitectura. Las imágenes del cielo pintado en los techos y bóvedas de las iglesias y su misma arquitectura fueron diseñadas para «draw the viewer into spectacle which trascends the everyday spaces of temporal World», como ejemplo de ello refieren el fresco del cielo del Giotto en la Capilla Arena de Padua, como podrías ser la Capilla Sixtina. Stanovsky, en su artículo ''Virtual Reality", aborda el estado ontológico de las entidades virtuales desde el punto de vista de las obras metafísicas tradicionales. Se basa en escritos de Plotino, Platón, Descartes, Kant y Heidegger, entre otros. Identifica una serie de criterios utilizados para distinguir objetos reales de objetos ilusorios.

puede ser, en gran medida, reproducida ontológicamente. El dinero, la propiedad, los contratos, la gestión administrativa de los estados y gobiernos, el comercio, la actividad docente, el ocio, etc., pueden existir en los entornos virtuales. Como ejemplo ilustrativo es reseñable la aparición de algunas tecnologías nuevas y de entidades puramente digitales: la tecnología «*blockchain* (…) permite transacciones con criptomonedas, como Bitcoin, la contraventa de activos digitales no fungibles o no tangibles (cuyas siglas en ingles son NFT) o la posibilidad de hacer contratos autoejecutables (*smart contracts*) en los que desaparece la intervención humana en cualquier operación» (Llano, 2022: 192). Al análisis de estos activos digitales, independientes de cualquier sustrato físico, se dedican Jonathan Haskel y Stian Westlake (2018) en el libro *Capitalism without capital. The rise of the intangible economy*. La pregunta esencial que se hacen sus autores, de acuerdo con Labeaga, es la siguiente: ¿es posible producir sin disponer de capital físico para hacerlo? Lo que estos autores pretenden es distinguir entre capital tangible y capital intangible, (Labeaga, 2019: 153 y ss.), entre los que se encontrarían desde una operación estrictamente financiera a un tuit o una pieza de arte digital entre otros[16].

Como venimos subrayando, se trata de instituciones virtuales que despliegan los mismos poderes deónticos que cualquier institución en el mundo real. Esto es posible porque las entidades institucionales están ontológicamente constituidas a través de la asignación de funciones de acuerdo con las reglas constitutivas bajo la fórmula *X cuenta como Y en el contexto C,* aunque esta formulación es la que se cuestiona cuando nos referimos a las instituciones y los hechos institucionales en el mundo virtual. En principio, cualquier *funci*ón de estatus puede ser asignada a cualquier objeto, entidad o acción virtual si hay intencionalidad y aceptación colectiva que lo permita, pero, sobre todo, una autoridad que lo reconozca y lo acredite. Es interesante en este punto la avanzada visión de Reinach (1934), para quien la realidad institucional incluye no solo objetos físicos y eventos, sino que comprende también actos y estados cognitivos de los seres humanos y, además, incorpora entidades abstractas: corporaciones, obligaciones, derechos, sistemas legales, deudas, etc., que no tienen una correspondencia con realidad física.

4.2. Efectos intravirtuales y extravirtuales de las acciones en el mundo virtual

En relación con la cuestión de las acciones o los hechos en el mundo virtual, estas tienen propiedades ontológicas diferentes a la de los objetos o entes virtuales. Nos

16. Como ejemplo de ello, tenemos «los activos intangibles no fungibles (NFT), «creados con tokens criptográficos al igual que las criptomonedas para determinar su autoría y singularidad (…) han revolucionado el mercado del arte digital (…), en 2021 Jack Dorsey, cofundador de Twitter, vendió el primer tuit de la historia de su compañía por 2,95 millones de dólares, y el artista digital Beeple vendió un NFT en Christie's por 69 millones de dólares (Llano, 2022: 208).

preguntamos, ¿bajo qué circunstancias, si las hubiese, las acciones realizadas en el mundo virtual pueden calificarse como acciones en el mundo real?

Según Davidson, las acciones son movimientos corporales causados por intenciones y estas no son más que la expresión de las creencias y los deseos (Davidson, 1995)[17]. Para este autor, aunque el comportamiento corporal es lo que cuenta como acción, también forman parte de las acciones las consecuencias que se derivan de ella. Las acciones que ejecutamos, frecuentemente, implican a otros agentes, personas u objetos a través de los cuales se definen.

En el espacio digital, las acciones se inician por un usuario en la realidad virtual y puede ser desde clicar un *me gusta* (*like)* en una red social, hasta subir una montaña o conducir un coche, etc. Estas acciones tienen consecuencias en el mundo virtual, sería lo que Søraker denomina *efectos intravirtuales* (Søraker, 2012: 504). Una acción en la realidad virtual, sobre objetos virtuales simulados, tendrían repercusiones *intravirtuales* y no se entenderían como reales, como si hubiesen ocurrido efectivamente en el mundo físico. Cuando alguien mata a un rival en un videojuego no ha cometido un crimen, o cuando atropella a un peatón no ha infringido las normas de seguridad vial. No obstante, hay que señalar que, aunque estas acciones se desarrollen en mundos virtuales, dedicar numerosas horas a jugar online, individualmente o en grupo[18], o interactuando en redes sociales, puede tener repercusiones *extravirtuales* sobre las personas, afectando a su bienestar general, pudiendo deteriorar habilidades sociales o causar trastornos psicológicos.

Pero las acciones que queremos destacar en este trabajo son aquellas que pueden tener *efectos extravirtuales,* aquellas que tienen una impronta en la realidad física, como comprar, vender o realizar pagos y trasferencias financieras, desarrollar labores docentes, gestionar procedimientos administrativos, etc. Como veremos a continuación, las consecuencias de las acciones o hechos virtuales pueden tener una repercusión material en el mundo físico, por lo tanto, en estos casos, los podríamos calificar como acciones o hechos reales.

17. En este caso se hace necesario especificar que el concepto «intención» de Davidson tiene un sentido distinto a la noción de intencionalidad en Searle, para quién las propiedades lógicas de los estados intencionales son el contenido intencional, el modo psicológico, la dirección de ajuste o adecuación y las condiciones de satisfacción. Respecto de los dos primeros elementos, cabe señalar que todo estado intencional, al igual que los actos de habla, tiene siempre un contenido u objeto al cual refiere y un modo psicológico determinado, esto es, una forma bajo la cual dicho contenido intencional se expresa (por ejemplo, un deseo, una creencia o una intención). En este sentido, «la racionalidad es una exigencia formal de articulación consistente entre las creencias, los propósitos y las acciones, esto es, entre lo que se cree, se desea y se hace» (Ibarra y Amoruso, 2011: 19).
18. Estos son algunos de los juegos que congregant a millones de personas: n.º 10 – Grand Theft Auto 5, n.º 9 – Tom Clancy's Rainbow Six: Siege, n.º 8 – OverWatch, n.º 7 – World of Warcraft, n.º 6 – Player Unknown's Battlegrounds (PUBG), n.º 5 – Minecraft, n.º 4 – Hearthstone, n.º 3 – Counter Strike (CSGO), n.º 2 – Fortnite Battle Royale, n.º 1 – League of Legends.

Resulta interesante, para aproximarnos a la distinción entre efectos intravirtuales y extravirtuales, traer a estas páginas los argumentos que desarrolla Søraker en su artículo titulado *Virtual Worlds and their challenge to Philosophy: Understanding the «Intravirtual» and the «Extravirtual»* (Søraker, 2012: 449-512). Este autor señala que una de las razones por las que, para muchos, la realidad y las entidades virtuales se consideran un mero juego, sin ninguna importancia para nuestra vida real, proviene de la creencia ingenua de que las entidades y los eventos virtuales no tienen efectos en el mundo físico. Piensan que no puede haber ningún daño *físico* directo proveniente de mi interacción online y, por lo tanto, cualquier norma o principio moral derivado del principio de daño será inaplicable. Esto es cierto si hablamos de simulaciones meramente virtuales, no obstante, la cuestión se complica cuando advertimos que cualquier cambio en el mundo virtual, producido por alguna interacción en el mismo, se *corresponde necesariamente* con trasformaciones en la realidad física. Así que, para hacer afirmaciones sobre los efectos de los mundos virtuales en el mundo real, necesitamos distinguir entre la entidad virtual como tal y las causas de su existencia. No debemos olvidar que las entidades virtuales no son meros productos de la mente o ilusiones; se generan y se hacen intersubjetivamente disponibles por un tipo de acuerdo con un conjunto de principios regulativos (Søraker, 2012: 505). Por todo ello, una característica peculiar de los mundos y entidades virtuales es que la simulación en un ordenador puede producir efectos tanto *dentro* del mundo virtual como *fuera* de él. Para ilustrar este punto, Søraker nos ofrece un ejemplo: imaginemos un mundo virtual en el que lanzamos una roca virtual que golpea una ventana virtual. La piedra virtual no tiene ninguna conexión mecánico-causal con el mundo físico, pero la simulación, generada por un ordenador, tiene tanto una existencia física como la capacidad de causar incluso cambios dramáticos en el mundo físico. Consideremos, además, que la ruptura de la ventana virtual desencadena un determinado estado del equipo, que a su vez desencadena la detonación de una bomba física. ¿Significa esto que la roca virtual fue la que causó la explosión física? (Søraker, 2012: 505)[19].

De acuerdo con la distinción que presenta Søraker (efectos intravirtuales y extravirtuales), Brey señala que las acciones virtuales pueden tener dos tipos de *efectos extravirtuales*: físicos/mentales e institucionales (Brey, 2013: 9-10).

Físicos/mentales: Existe un amplio catálogo de acciones en el mundo virtual cuyo alcance *extravirtual* pueden tener consecuencias nefastas en el mundo real. Nos referimos a algunas de las acciones realizadas en los entornos virtuales y que constituyen un ilícito penal[20], cuyos efectos tienen costes económicos, sociales, políticos y, sobre todo,

19. Moviendo mi cuerpo físico (extravirtual) de tal manera que lanzo una roca virtual (intravirtual), yo estoy causando un cambio en el estado del equipo que ejecuta la simulación (extravirtual). Este cambio de estado, a su vez, puede producir aún más efectos intravirtuales y extravirtuales: respectivamente, la ruptura de la ventana virtual (intravirtual) y la detonación de la bomba (extravirtual).
20. Descubrimiento y revelación de secretos; Acceso ilícito a sistemas informáticos; Daños informáticos; Falsedades informáticas; Estafa informática; Defraudación de telecomunicaciones; Ciberdelitos

pueden tener consecuencias personales inconmensurables[21]. Estas acciones tienen la naturaleza de reales en el sentido material, esto es, del mismo modo que suceden en la realidad física, y pueden incidir en los estados físicos y los estados mentales de los individuos. Son hechos que promueven verdaderos sentimientos, emociones, impresiones sensoriales[22], creencias, estados corporales y pueden incluso incitar a comportamientos extremos como el cibersuicidio (López Martínez, 2021: 7-10).

Un hecho que ejemplifica lo anterior, lo encontramos en el relato que hace Søraker sobre el primer caso de violación virtual (Søraker, 2012: 508; Dibbell, 2007): el autor de la violación tomó el control sobre otro usuario y lo obligó a cometer actos sexuales con violencia extrema al que el usuario nunca habría dado su consentimiento. Para muchos, incluso para el violador, la noción de violación virtual está totalmente fuera de lugar porque las identidades virtuales involucradas no tenían propiedades físicas, por lo tanto, dado que no había habido contacto físico de ningún tipo no se podría tipificar como una verdadera violación. Las consecuencias *extravirtuales* sobre la persona que sufrió la agresión, sin embargo, tiene en común con la violación los sentimientos de vergüenza, de culpa, de pérdida de autonomía y autoestima y la sensación de degradación (Søraker, 2010: 508). Este autor concluye que lo verdaderamente importante es que los efectos *extravirtuales* de estos hechos *intravirtuales* están determinados en gran medida por los estados mentales del usuario. En el caso de Dibbell, la víctima se sorprendió, al encontrarse llorando en la vida real (extravirtual), hecho que debería bastar para probar que el contenido emocional (intravirtual) no era mera ficción (Søraker, 2012: 508).

Institucionales: Se trata de aquellas acciones en entornos virtuales que tiene un estatus o significado institucional. Matar a un rival en un videojuego (por ejemplo, en

sexuales; Delitos contra la propiedad intelectual; Delitos contra el honor; Amenazas y coacciones; Odio y apología del terrorismo. «Cibercrimen y ciberdelincuencia pueden considerarse sinónimos y tienen un matiz más bien criminológico, en el sentido que comprenden el conjunto de conductas llevadas a cabo a través de las TIC y que podemos considerar "desviadas" de lo comúnmente aceptado en un entorno social determinado. La consideración de conducta desviada no implica, *per se*, que se trate de un delito tipificado en el Código Penal. Consideraremos ciberdelitos en sentido estricto únicamente aquellas conductas en las que el Código Penal haga específica alusión a la afectación o utilización de sistemas informáticos o los que presenten una modalidad de comisión habitual a través de las TIC» (Cano, 2020).

21. Esto es de máxima actualidad, sobre todo, si tenemos presente las estrategias contemporáneas de desestabilización de estados con ataques y hackeos informáticos a sistemas de seguridad, bancarios, estatales, etc.
22. Frente al Internet de las Cosas (IdC) que permite la conexión a través de Internet del individuo con los dispositivos electrónicos y elementos físicos cotidianos: desde las placas fotovoltaicas a la calefacción del hogar, bombillas de luz, asistentes personales online, prendas inteligentes, etc., nos encontramos con un acelerado desarrollo de la computación cognitiva a través de Internet de los Sentidos (IdS), cuyo objetivo es la unión de lo humano, lo físico y lo digital utilizando como interfaz el cerebro humano. A través de la inteligencia artificial o tecnologías como la realidad virtual o la realidad aumentada, los usuarios podrán no solo ver y oír, también oler, saborear y hasta tocar. Se trata de la digitalización de los sentidos.

League of Legends) puede contar como ganar un campeonato mundial[23]. El torneo es un evento institucional en el mundo real y ganar es un hecho institucional innegable. De igual modo, adquirir monedas de oro en una entidad virtual, (en los casinos o casas de apuestas online), '*puede contar*' como el ingreso de dinero en la cuenta bancaria real. Realizar un acto administrativo en la sede electrónica de cualquier entidad pública, a través de una aplicación informática tiene consecuencias administrativas cuyo alcance puede generar cambios en la vida y el estatus de las personas. El alcance de estas acciones son claramente extravirtuales, ya que son acciones que despliegan efectos y poderes deónticos en el mundo real.

4.3. Las incertidumbres ontológicas sobre los entornos virtuales

Brey concluye su trabajo subrayando algunas *incertidumbres ontológicas* sobre los objetos y acciones virtuales, sobre su modo de existencia y su relación con el mundo real. Estamos hablando de la *incertidumbre semántica*, la *incertidumbre constitutiva, la incertidumbre existencial* y la *incertidumbre epistémica* (Brey, 2013: 14).

Como hemos advertido, los objetos virtuales y artefactos como las manzanas, las rocas, los destornilladores o los automóviles, carecen de una existencia física-material ya que sus propiedades y funciones son meras simulaciones. Por su parte, las acciones virtuales, como comer, caminar en un parque virtual o conducir un coche, dado que no implican los movimientos físicos del cuerpo no tienen efectos sobre personas u objetos reales. Sin embargo, Brey plantea la duda (*incertidumbre semántica*) sobre si algunas acciones en el espacio virtual implican necesariamente contacto físico entre un usuario y un objeto u otra persona para que tengan un significado en el mundo real. Brey pone como ejemplo los actos de abuso y agresión sexual (Brey, 2013: 12)[24].

En el caso de los objetos y los hechos institucionales virtuales, la *incertidumbre constitutiva* surge cuando no está claro si estos tienen atribuida una función de estatus en el marco de las instituciones reales. De acuerdo con Brey, este tipo de incertidumbre puede mostrarse de varias maneras. En primer lugar, porque no haya certeza de la existencia de una regla constitutiva (de la forma X cuenta como Y en C) o porque no estén

23. Copa Mundial de Fortnite 2019 (Premio de $100 millones), Campeonato Mundial de League of Legends, The International, Call of Duty World League (CWL), IEM Katowice, The Overwatch League, HALO Campeonato Mundial, PUBG Campeonato Mundial, Fortnite Secret Skirmish, DOTA 2 Asia Championships, etc.
24. Brey señala que el abuso sexual no tiene porqué implicar contacto o daño físico, sino que puede ser también abuso verbal o amenazas. Por lo tanto, una agresión de este tipo puede ocurrir literalmente en el reino virtual. El abuso sexual verbal o las amenazas de actos sexuales no deseados generalmente no se califican como una agresión sexual. Por lo tanto, parece que la agresión sexual no puede realizarse por medios virtuales porque implica necesariamente actos sexuales. Sin embargo, Brey se pregunta: ¿los actos sexuales requieren necesariamente contacto físico entre cuerpos reales? ¿O podría un acto sexual virtual realizado en alguien por un avatar ser calificado como un tipo de actividad sexual? (Brey, 2013: 12)

claras las condiciones en las que se aplica (que depende de las interpretaciones dadas a los términos X y C). Igualmente, pueden irrumpir opiniones conflictivas acerca de la existencia o de la aplicabilidad de reglas constitutivas debido a las diferentes creencias sobre la legitimidad de la regla constitutiva y de aquellos que la instituyeron o si era correcto hacerlo. En definitiva, para Brey, la *incertidumbre constitutiva* puede generar dudas razonables sobre si una determinada entidad virtual tiene un estatus institucional particular. Por ejemplo, algunos usuarios de un entorno virtual pueden asegurar que una determinada sala cuenta como aula, mientras que otros sostienen que es una sala de fiestas, porque no están de acuerdo sobre las reglas constitutivas. Del mismo modo, algunos usuarios pueden defender que ciertos objetos virtuales son propiedad individual mientras que otros mantengan que es propiedad colectiva. Usando la terminología searliana, sin la condición de aceptación colectiva, la *incertidumbre constitutiva* puede darse con cualquier tipo de objeto o acción institucional, ya sea virtual o no.

La incertidumbre que Brey denomina *existencial* está muy vinculada a la *constitutiva* y afectaría a las entidades institucionales virtuales. Esta incertidumbre se aplica a los entes virtuales que tienen un estatus institucional en el mundo virtual, pero no está claro si este estatus institucional se corresponde con su contraparte en el mundo real. Puede no ser evidente, por ejemplo, si un billete de dólar en un mundo virtual es también un dólar en el mundo real, o si la sustracción de objetos virtuales se puede tipificar como robo en el mundo real. Por lo tanto, la *incertidumbre existencial* surge cuando es discutible si solo se aplica la regla X cuenta como Y en V (donde X es un objeto virtual, Y es un estatus institucional, y V es el mundo virtual, o una institución definida dentro de él) (Brey, 2013: 12). Finalmente, con respecto a la *incertidumbre epistémica*, esta surge cuando hay una carencia de información sobre el objeto al que se cree que se atribuye una regla constitutiva o sobre el contexto en el que debe ser aplicado, de modo que no se pueda determinar correctamente si el objeto o el contexto cumple con los criterios específicos de la regla constitutiva (Brey, 2013: 13).

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de las incertidumbres ontológicas y el «desvanecimiento ontológico del hombre contemporáneo ante la creciente autonomía de las máquinas» y su absorción «por el universo virtual de las tecnologías digitales, el abandono por su parte del mundo real y de la realidad tangible» (Llano, 2022, 190-191), es ineluctable la tarea de investigar sobre las implicaciones que el desarrollo tecnológico está teniendo para las personas y las estructuras tradicionales que nos han permitido comprender y explicar nuestra forma de ser y estar en el mundo hasta hoy. En las páginas anteriores nos hemos preguntado si la teoría ontológica de los hechos institucionales y las reglas constitutivas de Searle representa un marco válido para abordar esta problemática. Concretamente, nos planteamos si la fórmula de los *términos Y independientes* nos permitiría defender

un enfoque ontológico que explicase las entidades, objetos y hechos institucionales en los entornos virtuales. Los resultados obtenidos no son totalmente concluyentes, pero sí nos ha ofrecido la posibilidad de poner en discusión la cuestión que, como decíamos al inicio de este trabajo, era uno de sus objetivos.

La ontología de la realidad social e institucional de Searle se nos presentó en su día como una teoría robusta para explicar los fenómenos sociales y los hechos institucionales basada en la estructura lógica de la regla constitutiva *X cuenta como Y en el contexto C*, la asignación de estatus y la intencionalidad colectiva. No obstante, su concepción de la realidad tal y como él la entiende:

> «[e]l realismo, según yo uso el término, no es una teoría de la verdad, no es una teoría del conocimiento y no es una teoría del lenguaje. Y si se insiste en encasillarlo, podría decirse que el realismo es una teoría ontológica: dice que existe una realidad totalmente independiente de nuestras representaciones» (Searle, 1995: 164).

no supera, plenamente, un examen exhaustivo ante un nuevo tipo de objetos y entidades digitales que constituyen una «nueva naturaleza en la que se dan estos dos hechos: se generan objetos genuinos y se generan medios apropiados para su conocimiento» (Pacho, 2009: 223). Compartimos con este este autor que,

> «la extrema artificialidad ontológica y funcional de la realidad virtual, sus radicales novedades frente a otros objetos artificiales de la cultura humana y, sobre todo, su autonomía hace de esta realidad un entorno que, pese a su ya masiva disponibilidad, es difícilmente pensable, y menos aún perceptible, como connatural a la naturaleza humana» (Pacho, 2009: 225).

Como hemos tenido ocasión de ver, Smith (2003), aun sustentándose en la ontología social de Searle, intenta refutar su caracterización de la institucionalidad basada en la regla constitutiva (*X cuenta como Y en el contexto C*)[25], y defiende que existen instituciones que carecen del sustrato físico sobre el cual se impone el *estatus Y*, cuya estructura se expresaría como *términos Y independientes*. En este sentido, estamos de acuerdo con Brey en que las entidades virtuales pueden ser tan reales como su contraparte en el mundo físico. El dinero electrónico y las transacciones virtuales son tan reales como los intercambios que realizamos con el dinero en papel. La razón es que el dinero virtual tiene la misma función de estatus que el dinero en papel ya que su función de estatus no está constreñida por las propiedades físicas.

Se confiere estatus a las instituciones virtuales basándonos en la intencionalidad y la aceptación colectiva de las cuales derivan poderes deónticos, derechos y obligaciones de la misma naturaleza que aquellos que se emanan de los hechos institucionales en el mundo físico. Si bien la fórmula *términos Y independientes* no es absoluta para explicar el complejo entramado de la realidad virtual, sí podemos afirmar que es una herramienta que nos permite explicar la constitución ontológica de los hechos institucionales en

25. Según vimos, de acuerdo con Searle, «estas 'instituciones' son sistemas de reglas constitutivas» (Searle, 1969: 60)

los entornos digitales y especialmente en sus mundos virtuales. Aunque autores como Julián Pacho defienda que la ontología de la realidad virtual es una ontología sin sujeto y que es la Red la que opera con ontologías, elaboradas por ella, para presentar o representar el mundo (representaciones puras) (Pacho, 2009: 229), las consecuencias, ya sean intravirtuales o extravirtuales de las que nos habla Søraker (2012), muestran que nuestra relación, como sujeto, con los objetos y las entidades virtuales despliegan efectos en nuestro mundo real, ya sean físico-mentales o institucionales y que los hechos institucionales virtuales contraen los mismos efectos deónticos que los realizados en las instituciones del mundo real.

En definitiva, en este trabajo hemos querido analizar el modo de existencia de los objetos, las entidades y las actividades en los entornos virtuales y sus consecuencias en el mundo real. Para ello, hemos partido de la teoría general de Searle sobre su ontología social y los principios sobre los que descansa la realidad institucional, para posteriormente examinar la fórmula *términos Y independientes* (*free standing Y terms),* como posible respuesta a la creación de la realidad institucional en la esfera digital y, especialmente, en la realidad y los entornos virtuales. Estamos de acuerdo con Smith en que las entidades y las acciones virtuales pueden ser ontológicamente reproducidas institucionalmente (no simulados), con los mismos efectos y las mismas consecuencias que las entidades y acciones que realizamos en el mundo real (Smith, 2013: 14). A pesar de las objeciones y críticas a la propuesta de Searle, la discusión sobre su teoría sigue abriendo nuevas líneas de investigación. Por su parte, los *términos Y independientes*, con todas su limitaciones o inconsistencias nos permite comprender y explicar la institucionalidad y los hechos institucionales virtuales. Sin duda, es un enfoque de interés para impulsar un debate que ocupará un espacio importante en la filosofía y otras disciplinas para explicar la ontología de la realidad virtual.

Y esto es así, porque el exponencial desarrollo científico y tecnológico en el que nos encontramos inmersos superará con creces todos los márgenes de la imaginación más exaltada. El Metaverso, la Realidad Aumentada (RA), la Inteligencia Artificial (IA), Internet de las Cosas (IdC) y el Internet de los Sentidos (IdS), sobre todo, los algoritmos que gobiernan estas nuevas tecnologías favorecerán la intensificación de la interacción en el mundo virtual y con ello nuestra dependencia y una manera distinta de relacionarnos con el mundo y con los demás. La revolución iniciada por Internet ha cambiado nuestras vidas radicalmente, y probablemente mucho más de lo que nos damos cuenta. Como señala Luciano Floridi (2007: 60), la *infoesfera* ha traído consigo una re-ontologización dramática del mundo hacia entidades cada vez más digitales, en contraposición a las analógicas, a los eventos y a las experiencias convencionales[26]. En

26. La infoesfera es «*the whole international environment constituted by all informational entities (thus including informational agents as well), their properties, interactions, processes, and mutual relations*» (Floridi, 2007, 59). Floridi define el proceso de re-ontologización como «a *very radical form of reengineering. One that not only designs, constructs, or structures a system (e.g., a company, a machine, or some artifact) anew, but that fundamentally transforms its intrinsic nature*». Las herramientas que ofrecen las

opinión de Søraker, los retos planteados por la Web a algunos de los conceptos básicos de la filosofía serían: la noción de «espacio», la Web posibilita nuevos espacios donde las acciones y las interacciones con nuevos objetos y eventos se desarrollan; la noción del «tiempo», desafiada por su creciente desentrañamiento de la distancia física; el concepto de agencia debido a los «bots» y otros agentes artificiales y, además, la noción de mente, ya que muchas funciones cognoscitivas, tales como memoria se entrelazan con (y cada vez de manera más dependiente de) la información online disponible instantáneamente (Søraker, 2012: 509)[27].

Estamos de acuerdo con Jacquelyn Ford Morie (2008) en que los nuevos espacios digitales y los entornos virtuales han abierto nuevas líneas de investigación en el discurso ontológico. Con este breve trabajo no hemos pretendido agotar las profundas implicaciones de lo expuesto anteriormente ni proporcionar todas las respuestas, sino bosquejar el tema y abrir nuevos debates. Lo que sí nos parece importante es la innegable trascendencia que la revolución digital tiene y tendrá en nuestras vidas. Hay pocas razones para dudar de que este es un desarrollo que se acelera a medida que invertimos más tiempo y energía en los espacios virtuales. Nos queda seguir haciéndonos las preguntas filosóficas imprescindibles que contribuyan a entender nuestro presente y divisar el futuro.

BLIBLIOGRAFÍA

Aristóteles, (2018): *Metafísica de Arist*óteles. Edición trilingüe a cargo de Valentín García Yebra. Barcelona, Editorial Gredos.

Baudrillard, J., (1984): *Cultura y simulacro*. Barcelona, Kairós.

Berger, P. y Luckmann, T., (1966): *The Social Construction of Reality*, London: Penguin.

tecnologías de la información y la comunicación están «*reontologizing the very nature of (and hence what we mean by) the infosphere, and here lies the source of some of the most profound transformation and challenging problems that our information societies will experience in the close future, as far as technology is concerned*» (Floridi, 2007: 60).

27. Søraker refiere en su trabajo la obra de Ihde titulada *Technology and the Lifeworld* (1990), donde este autor conceptualiza cuatro formas diferentes en que las tecnologías median entre los seres humanos y el mundo. En primer lugar, algunas tecnologías se *encarnan,* lo que significa que la tecnología en cuestión altera la forma en que percibimos el mundo sin que la tecnología en sí esté explícitamente presente. En segundo lugar, las tecnologías pueden adoptar una relación *de alteridad,* en la que interactuamos con la propia tecnología como un otro: dejando *el mundo* más o menos en un segundo plano. En tercer lugar, algunas tecnologías forman parte de una *relación hermenéutica,* en la que se puede leer una parte o una característica del mundo (y en algunos casos ser interpretada) por el ser humano por medio de una tecnología. Por último, Ihde introduce las relaciones de *fondo,* donde la tecnología no se percibe directamente, sino que se convierte en «un tipo» of «near-technological environment itself». La visión de Ihde se queda corta cuando se trata de las tecnologías nuevas y emergentes, incluidos los mundos virtuales y sus presentes y futuros metaversos.

Brey, P., (2003): «The Social Ontology of Virtual Environments», en Koepsell, D., y Laurence, S. M., (eds) 2003, *John Searle's ideas about Social Reality*, Oxford: Blackwell Publishers pp. 269-282. https://doi.org/10.1111/1536-7150.t01-1-00011

Brey, P., (2013): «The Physical and Social Reality of Virtual Worlds», en Grimshaw, M., 2013, *The Oxford Handbook of Virtuality*, Oxford, Oxford United Press. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199826162.013.029

Cano, Q., (2020): «Ciberdelincuencia en el Código Penal», en Cibercrim – Ciberdelincuencia en el Código Penal, diciembre. (Última consulta el 8 de julio 2021).

Chavarriaga, G., Alexander, J., (2011): «Hacia una comprensión de la realidad social desde la teoría general de hechos institucionales», en *Revista CS* no. 8 Cali July/Dec.

Condello, A., (2018): «Two Questions on the Ontology of Money», en *Ardeth* [Online], 3 | Online desde el 01 May 2020, URL: http://journals.openedition.org/ardeth/676_(Última consulta el 20 de noviembre 2020). https://doi.org/10.17454/ARDETH03.10

Corsten, M., (1998): «Between constructivism and Realism: Searle's Theory of the Construction of Social Reality» en *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 28, n.º 1 (marzo). https://doi.org/10.1177/004839319802800105

Davidson, D., (1995): *Ensayos sobre acciones y sucesos,* Barcelona: Instituto de Investigaciones Filosóficas. Editorial Crítica.

De Soto, H., (2000): *El misterio del Capital. ¿Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo?*, Madrid: Península.

Dibbell, J., (2007): My *Time Life: Crime and Passion in a Virtual World*, Retrieved January 1, en http://www.lulu.com/content/ 1070691 (Última consulta el 9 de julio de 2021).

Di Lucia, P., (ed), (2003): *Ontologia Sociale, Potere deóntico e regole costitutive*, Macerata: Quodlibert.

Durkheim, É., (1985): *Las reglas del método sociológico*. Barcelona: Orbis.

Fletcher, G., P., (2003): «Law», en Smith, B., *John Searle*, Cambridge, and NY: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511613999.004

Epstein, B., (2015): *The Ant Trap. Rebuilding the Foundations of the Social Sciences,* Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199381104.001.0001

Epstein, B., (2016): «Précis of The Ant Trap Rebuilding the Foundations of the Social Sciences», en *Journal of Social Ontology* 2016; 2(1): 125-134. https://doi.org/10.1515/jso-2016-0001

Floridi, L., (2007): «A look into the future impact of ITC on our live», en *The Information Society,* 23 (1): 59-64. https://doi.org/10.1080/01972240601059094

Frege, G., (1974): «El pensamiento. Una investigación lógica», en *Escritos Lógico-sem*ánticos. Buenos Aires: Tecno.

Fuchs, P., Moreau, G. y Guitton, P., (2011): *Virtual Reality: Concepts and Technologies*, Roca Baton, Taylor & Francis Group, LLC. https://doi.org/10.1201/b11612

Giddens, A., (1995): *La constitución de la sociedad: las bases para la teoría de la estructuración.* Buenos Aires: Amorrortu.

Grimshaw, M., (2015): *The Oxford Handbook of Virtuality*, Oxford. Oxford University Press.

Hacking, I., (2001): ¿La Construcción social de qué? Barcelona: Paidós.

Haskel J., y Westlake S., (2018): *Capitalism without capital. The rise of the intangible economy*. Princeton: Princeton University Press. https://doi.org/10.1515/9781400888320

Heidemann, C., (1999): «On Some Difficulties Concerning John Searle's Notion of an «Institutional Fact», en *Analyse & Kritik*, n.º 21. https://doi.org/10.1515/auk-1999-0207

Hindriks, F. A., (2003): «The New Role of the Constitutive Rule», en *American Journal of Economics and Sociology*, 62 (1), pp. 185-208. https://doi.org/10.1111/1536-7150.t01-1-00007

Hindriks, F. A., (2013): «The Location Problem in Social Ontology», en *Synthese* 166, 187-213.

Hornsby, J., (1997): «Collectives and Intentionality», en *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. LVII, n.º 2, junio. https://doi.org/10.2307/2953732

Hunte, A. y Mosco, V., (2014): «Virtual Dystopia» en Grimshaw, M., *The Oxford Handbook of Virtuality*, Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199826162.013.007

Ibarra, R. A., y Amoruso, L., (2011): «Acción Intencional, Intención en Acción y Representaciones Motoras: Algunas Puntualizaciones sobre la Teoría Causal Revisada y su Posible Articulación con la Neurociencia Cognitiva de la Acción», en *Revista Argentina de Ciencias del Comportamiento*, Vol. 3, N.°1, 12-19.

Ihde, D., (1990): *Technology and the Lifeworld*. Bloomington: Indiana University Press.

Koepsell, D., Moss, L. S., (2003): *John Searle's Ideas About Social Reality: Extensions, Criticisms, and Reconstructions,* Malden Mass.: Blackwell.

Labeaga Azcona, J. M., (2019): Capitalism without capital. the rise of the intangible economy de Jonathan Haskel y Stian en *Revista de Economía Industrial*, 414 (4.º trimestre), pp. 153-155.

Lagerspetz, E., (1999): «John Searle's Social Ontology», en *Analyse & Kritik*, n.º 21. https://doi.org/10.1515/auk-1999-0205

López Martínez. L. F., (2020): «Suicidio, adolescencia, redes sociales e internet», en http://papageno.es/wp-content/uploads/2019/03/SUICIDIO-REDES-SOCIALES-E-INTERNET-copyright.pdf (Última consulta el 30 de junio, 2021).

Lorini, G., (2000): «La institución de la realidad social en John R. Searle» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 34, pp 323-344.

Llano Alonso, F. H., (2022): «Singularidad tecnológica, metaverso e identidad perosnal: del homo faber al novo homo ludens», en Llano Alonso, F. H., (dir), 2022, *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*. Murcia: Ediciones Laborum. https://doi.org/10.2307/jj.1866765.7

Meijers, A., W. M., (2000): «Social Reality, Relations and Searle's Ontological Individualism» en http://wings.buffalo.edu/philosophy/Faber/meijers.html. (Última consulta el 13 de mayo de 2020).

Milgram, P., y Fumio K., (1994): «A taxonomy of mixed reality visual displays», IEICE TRANSACTIONS on Information and Systems 77, no. 12 (1994): 1321-1329)

Morie, J., F., 2007: *Meaning and emplacement in expressive immersive virtual enviromments.* University College Dublin. OCLC 757136382. EThOS uk.bl.ethos.532661.

Mooradian, N., (2006): «Virtual Reality, Ontology and Value» en *Meta Filosofia*, Vol. 37, No. 5, October, pp. 0026-1068. https://doi.org/10.1111/j.1467-9973.2006.00460.x

Noguera, J. A., (2002): «¿Son los hechos sociales una clase de hechos mentales? Una crítica materialista a la ontología social de John R. Searle», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* n.º 99. https://doi.org/10.2307/40184399

Pacho, J., (2009): «Sobre objetos y experiencias virtuales», en *Ontology Studies*, 9, pp. 221-232

Pérez Hernández, M. C., (2002): «Explotación de los córpora textuales informatizados para la creación de bases de datos terminológicas basadas en el conocimiento,» en *Estudios de*

Lingüística en español (ELiEs), Volumen 18 http://elies.rediris.es/elies18/index.html (Última consulta 3 de enero de 2022).

Popper, K. R. (1993): «Los Mundos 1, 2 y 3», en Popper, K. R. y Eccles, J., *El Yo y su Cerebro*. Barcelona: Labor.

Rapetti, P. A., (2021): «Ontología social y práctica jurídica: la actualización de un debate», en *Discusiones*, 26, 1, 2021, pp. 255-287. https://doi.org/10.52292/j.dsc.2021.2650

Reinach, A., (1912): «Die apriorischen grundlagen des bürgerlichen rechtes» en *Jahrbuch für Philosophie und phánomenologische Forschung*. Vol 1, pp. 685-847, Citado por la traducción castellana de José Luis Álvarez: *Los fundamentos apriorí*sticos del derecho civil. Barcelona: Bosch, 1934.

Salmijärvi, S., (2013): *Are Institutional Entities Constituted Entities?,* en The Third Conference of the European Network on Social Ontology, 23-25 October, ENSO_Abstract_Book_ (Internet) (au.dk) (Última consulta el 20 junio 2022)

Searle, J., R., (1964): «How to derive 'Ought' from 'Is'», en *Philosophical Review*, 73, pp. 43-58. https://doi.org/10.2307/2183201

Searle, J., R., (1969): *Speech Acts. An essay in the philosophy of language,* Cambridge: Cambridge University Press. Citado por la traducción castellana de Luis M. Valdés Villanueva: *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Madrid: Cátedra, 1990.

Searle, J., R., (1983): *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind.* New York: Cambridge University Press. Citado por la traducción castellana de Enrique Ujaldón y Luis M. Valdés Villanueva: *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente*. Tecnos: Madrid, 1992.

Searle, J., R., (1995): *The construction of social reality*, New York Free Press. Citado por la traducción castellana de Antoni Doménech: *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.

Searle, J., R., (2003) (a): «Reply to Barry Smith» en *American Journal of Economics and Sociology*, vol. 62, 299-309.

Searle, J., R., (2003) (b): «The Construction of Social Reality: An Exchange», en *American Journal of Economics and Sociology*, vol. 62, no. 1, pp. 285-309. https://doi.org/10.1111/1536-7150.t01-1-00012

Searle, J., R., (2006): «Social Ontology: Some Basic Principles» en *Anthropological Theory*, 6 (1), pp. 12-29. https://doi.org/10.1177/1463499606061731

Searle, J., R., (2010): *Making the social world. The structure of human civilization*. Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de Juan Bostelmann, *Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana*. Barcelona: Paidós, 2014.

Smith, B., (2003): «From speech acts to social reality», en Smith, B., (ed.), *John Searle*, Cambridge y NY: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511613999.001

Smith, B., (Ed.) (2003): *John Searle*, Cambridge: Cambridge University Press.

Smith, B., (2008): «Searle and De Soto: The new Ontology of the Social World» en *ontology.buffalo.edu/smith//articles/SearledeSoto.doc* (Última consulta el 20 de octubre de 2020).

Smith, B., (2012): «How to Do Things with Documents» en *Rivista di Estetica* 50, 179-198. https://doi.org/10.4000/estetica.1480

Søraker, J. H., (2012): «Virtual Worlds and their challenge to Philosophy: Understanding the 'Intravirtual' and the 'Extravirtual'» en *Meta Philosophy,* Vol. 43, No. 4, July 0026-1068. https://doi.org/10.1111/j.1467-9973.2012.01755.x

Søraker, J. H., (2009): «Virtual Entities, Environments, Worlds and Reality Suggested definitions and taxonomy», en *The Philosophy of Computer Games Conferences*, Oslo.

Søraker, J. H., (2010): «The Neglect of Reason: A Plea for Rationalist Accounts of the Effects of Virtual Violence.» en Wankel, Ch., Malleck, S. K., (eds.), *Emerging Ethical Issues of Life in Virtual Worlds*, Charlotte, North Carolina: Information Age Publishing, pp. 15-32.

Soto Ivars, J., (2022): «La violación en un mundo virtual, sin cuerpos ni entrepiernas», en *El Confidencial*, 13-02-2022.

Stanovsky, D., (2004): «Virtual Reality» en Floridi, L., (2004), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Computing and Information*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd.

Tuomela, R., (1997): «Searle on Social Institutions» en *Philosophy and Phenomenological Research,* vol. LVII, n.º 2 Junio. https://doi.org/10.2307/2953733

Waldenfels, B., (1998): «Comments in John Searle's *The Constructions of Social Reality*» en *Analyse & Kritik*, n.º 20. https://doi.org/10.1515/auk-1998-0202

Zaibert, L., (2003): «Intentions, promises and obligations», en Smith, B., (ed), *John Searle*, Cambridge, and NY: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511613999.003

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 163-182
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.7

La dimensión temporal de la justicia compensatoria: Sobre la reparación de injusticias históricas

The Temporal Dimension of Compensatory Justice: Redressing Historical Injustices

Santiago Truccone-Borgogno

Autor:
Santiago Truccone-Borgogno
Institute of Philosophy, University of Graz, Austria
https://orcid.org/0000-0001-9746-3439
Santiago.truccone-borgogno@uni-graz.at

Recibido: 9/11/2021
Aceptado: 6/9/2022

Citar como:
Truccone-Borgogno, Santiago (2023). La dimensión temporal de la justicia compensatoria: Sobre la reparación de injusticias históricas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 163-182. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.7

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Santiago Truccone-Borgogno

Resumen

Este trabajo muestra que, aun si todas las personas involucradas en una injusticia histórica están muertas, ese hecho es insuficiente para afirmar que tal injusticia fue superada. En particular, mostraré que muchos descendientes de las víctimas directas de injusticias históricas pueden considerarse negativamente afectadas por sus efectos duraderos. Argumentaré también que el paso del tiempo puede reducir el deber de compensar. Por lo tanto, aunque muchos descendientes de víctimas directas que viven en el presente puedan considerarse negativamente afectadas por los efectos remanentes de la injusticia histórica en cuestión, el paso del tiempo puede hacer que la injusticia histórica sea superada, al menos en referencia a los reclamos personales por compensación conectados a los eventos injustos sufridos por sus ancestros.

Palabras clave: compensación; indígenas; injusticia histórica; injusticia estructural; no identidad.

Abstract

This paper shows that even if all people involved in some historical injustices are dead, that fact is insufficient for asserting that such injustice is superseded. In particular, I show that descendants of direct victims of historical injustices can be considered negatively affected by their lasting impacts. I also argue that the passage of time can reduce the duty to provide compensation. Therefore, although many currently living descendants of direct victims may be considered negatively affected by the lasting impacts of the historical injustice in question, the passage of time might result in the supersession of the historical injustice,

at least in reference to the individual claims for compensation arising from the unjust events suffered by their predecessors.

Keywords: Compensation; Historical Injustice; Indigenous people; Non-Identity; Structural Injustice.

INTRODUCCIÓN

La reparación de las injusticias pasadas ocupa un lugar relevante entre los objetivos políticos de varios países. En el caso de Argentina, por ejemplo, esto puede verse en cómo se ha respondido a los efectos de la última dictadura militar (1976-1983). Ello se refleja no solo en la realización de los Juicios a las Juntas, la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, la idea de *Nunca Más,* los juicios posteriores a otros actores involucrados en la dictadura militar, sino también en varias leyes que tienen el objetivo de reparar los daños y agravios sufridos por las víctimas directas y familiares de aquellos que han desaparecido o que han nacido en cautiverio. La última dictadura militar es una injusticia que sucedió en un tiempo relativamente reciente. Asimismo, las respuestas a sus efectos adversos fueron y continúan siendo proporcionadas mientras muchos de aquellos involucrados en la injusticia, ya sea como perpetradores o como víctimas, continúan viviendo entre nosotros.

Sin embargo, uno podría preguntarse si está moralmente justificado que se reparen y compensen injusticias que tuvieron lugar muchos años atrás. ¿Existen razones para reparar y proporcionar compensación por las injusticias que ocurrieron, por ejemplo, ochenta, cien o ciento cincuenta años atrás? Jeremy Waldron ha señalado que «las injusticias históricas pueden ser superadas por cambios en las circunstancias, de manera que una situación que fue injusta cuando fue llevada a cabo puede coincidir con lo que la justicia requiere en un momento temporal posterior» (2004, p. 237).[1] De acuerdo con esta tesis, incluso si una persona o un grupo fueron responsables por haber cometido alguna injusticia en el pasado, es posible que reparar tal injusticia ya no sea requerido, dado que las circunstancias han cambiado a lo largo del tiempo.

Pensemos, por ejemplo, en la Conquista del Desierto ocurrida en Argentina a finales del Siglo XIX. Desde 1875 a 1878, la primera etapa consistió en cavar una gran *zanja* para contener a la población indígena en la frontera. La segunda etapa, la más famosa, comenzó en 1878 y consistió en un conjunto de campañas militares lideradas por Julio Roca. Esta etapa finalizó cuando las tropas de Roca alcanzaron la isla de Choele Choel, el 25 de mayo de 1879. La última etapa, comandada por Conrado Villegas, terminó con la rendición del *Lonko* Sayhueque, en 1885. Como consecuencia de la Conquista del Desierto, muchas tierras previamente ocupadas por los pueblos indígenas pasaron

1. Todas las traducciones del inglés al castellano son mías.

a manos de los miembros del Estado argentino, miles de indígenas fueron asesinados o dañados gravemente, y muchos de los que sobrevivieron fueron confinados en ciertas prisiones o museos, o fueron expulsados a las zonas más australes de lo que hoy son los Estados de Argentina y de Chile (Bustos Videla, 1964, pp. 44-66; Marimán Quemado, 2006, p. 113).

Permítaseme asumir que la Conquista del Desierto fue una de las injusticias más graves cometidas en el pasado por los miembros del Estado argentino en contra de los pueblos indígenas.[2] Si esto es así, luego de que dichas injusticias fueran cometidas, los perpetradores deberían haberlas reparado. Sin embargo, no estamos más a finales del Siglo XIX, y muchas circunstancias han cambiado. Por lo tanto, aun bajo la asunción de que la Conquista del Desierto constituye una grave injusticia histórica, no es claro que hoy, es decir, a más de 130 años del fin de las campañas militares, tal injusticia requiera ser reparada.

Un cambio de circunstancias posiblemente relevante se conecta con las partes involucradas en la injusticia pasada. Por ejemplo, Chandran Kukathas argumenta que «para que el pago de reparaciones sea defendible, tiene que ser posible identificar dos clases de agentes: la víctima de la injusticia, hacia quien la reparación es debida, y el perpetrador o beneficiario de la injusticia, que puede ser responsable por la injusticia o el costo de restitución» (2006, p. 330). Mostrar estos extremos no hubiese sido problemático si estuviésemos discutiendo cómo responder a la Conquista del Desierto a finales del Siglo XIX, dado que tanto los perpetradores como las víctimas de la injusticia hubiesen sido más fáciles de identificar. Sin embargo, muchos años han pasado desde que finalizaron las campañas militares, y todas las personas que estuvieron involucradas ya están muertas. Por lo tanto, tiene que explicarse si, a pesar de esto, los deberes de proporcionar compensación todavía existen en el presente.

En este trabajo mostraré que, incluso si aquellas personas involucradas en la Conquista de Desierto están muertas, tal hecho es insuficiente para afirmar que la injusticia fue superada. Para esto, asumiré que existe una continuidad entre los miembros del Estado argentino del pasado y del presente, que hace que estos últimos puedan tener que responder por las injusticias perpetradas por sus predecesores.[3] Sin embargo, aun sobre la base de tal asunción, no es claro que los miembros actuales de las comunidades indígenas puedan tener reclamos individuales por compensación debido a los efectos duraderos de la Conquista del Desierto. La objeción al hecho de tener que proporcionar compensación en el presente comienza reconociendo que la Conquista del Desierto ha afectado negativamente el nivel de bienestar de los miembros de los pueblos indígenas.

2. He defendido por qué esto es así en Truccone-Borgogno (2021a, pp. 48-78).
3. En otro trabajo he argumentado por qué esto es así. He afirmado que los miembros del Estado argentino que se consideran parte de la misma comunidad que aquellos que les dejaron ciertos bienes públicos como herencia colectiva, tales como un sistema de educación libre y gratuito, no pueden afirmar que no son miembros de esa comunidad cuando las mismas personas que les legaron esos bienes, a su vez, les transfirieron males públicos que requieren reparación. Véase: Truccone-Borgogno (2022, pp. 11-15).

Sin embargo, incluso si los indígenas de aquella época fueron dañados, puede ser objetado que es incoherente afirmar que los efectos duraderos de las campañas militares puedan afectar negativamente el nivel de bienestar de las personas indígenas que viven en el presente. La objeción reposa sobre el famoso *problema de la no identidad,* popularizado por Derek Parfit en su libro *Reasons and Persons* (1984, Cap. 16). El problema atraviesa la posible validez de los reclamos individuales por compensación de las personas indígenas vivas actualmente, dado que, puede decirse, si la Conquista del Desierto no hubiese tenido lugar, ellos no estarían en una mejor condición, sino que, en cambio, no habrían existido en absoluto. Si, en ese caso, ellos no hubiesen existido, es extraño sostener que puedan considerarse víctimas de los efectos duraderos de la Conquista del Desierto. Pareciera que la injusticia histórica –al menos en lo que respecta a los reclamos personales (o individuales) por compensación– ha sido superada.[4]

En este trabajo argumentaré que los miembros actuales de las comunidades indígenas pueden tener reclamos personales por compensación debido a los efectos duraderos de la injusticia histórica que sufrieron sus predecesores. Para sostener este argumento, primero, explicaré la objeción en detalle; mostraré que la respuesta negativa a considerar que las personas indígenas que viven en el presente han sido negativamente afectadas por las acciones pasadas se fundamenta en la aceptación de nociones *comparativas de daño* (Sección 1). Segundo, mostraré que una concepción de *daño intrínseco* puede explicar por qué los miembros actuales de las comunidades indígenas pueden considerarse dañados, en tanto individuos, por la injusticia que sufrieron sus ancestros. Esto sería así, como argumentaré más abajo, si ellos se encontraran en un estado en el que sus necesidades básicas no fueran satisfechas como consecuencia de la injusticia histórica en cuestión (Sección 2). Tercero, mostraré que las personas indígenas, en tanto individuos, pueden tener reclamos adicionales por compensación, aun en aquellos casos en que se encuentren con sus necesidades básicas satisfechas. Estos reclamos adicionales se deben a haber sufrido una injusticia distinta pero fuertemente conectada con la injusticia histórica original. No obstante, como mostraré debajo, los reclamos por compensación conectados con esta injusticia adicional no se encuentran atravesados por el problema de la no identidad (Sección 3). Cuarto, explicaré que el paso del tiempo puede hacer que se reduzca la reparación que los indígenas deban recibir por los efectos de eventos injustos pasados (Sección 4). Finalmente, responderé a la objeción que afirma que la perspectiva que defiendo en este trabajo es demasiado estrecha dado que no da cuenta de las injusticias estructurales sufridas por los miembros presentes de las comunidades indígenas. En contra de esta objeción argumentaré que aunque las injusticias estructurales

4. En este artículo no consideraré la justificación de sus demandas colectivas. En otro trabajo he analizado qué tipos de respuestas deben darse ante esta clase de reclamos. Para un análisis de cómo los grupos y pueblos que sufrieron injusticias históricas pueden haber perdurado en el presente, Véase: Truccone-Borgogno (2022, pp. 4-11). Para un análisis de reclamos colectivos por recuperar una soberanía desplazada, Véase: Truccone-Borgogno (2021b). Para un análisis de reclamos colectivos por recuperar territorio, Véase: Truccone-Borgogno (2021a, pp. 148-187).

nos hacen portadores de deberes con relación a nuestros contemporáneos, de allí no se sigue que todas las injusticias deban ser entendidas en ese sentido. Argumentaré que focalizarse en los agravios interaccionales de las víctimas de injusticias proporciona una oportunidad para que los efectos meramente interaccionales de las injusticias pasadas sean reparados (Sección 5).

1. EL PROBLEMA DE LA NO IDENTIDAD Y LOS RECLAMOS POR COMPENSACIÓN

Para ilustrar el problema de la no identidad permítaseme contar la historia del *Cacique Pincén,* quien fuera aprisionado, junto a varios miembros de su familia, en la Isla Martín García, por el coronel Conrado Villegas, en noviembre de 1878. Como resultado de este hecho y las campañas militares subsiguientes en la región de Trenque Lauquen, en Buenos Aires, varios miembros sobrevivientes de tal comunidad se vieron forzados a emigrar de sus tierras. Aunque la historia de los miembros de la comunidad es difícil de seguir hay reportes de que la nieta del Cacique Pincén, Marcelina Pincén, y su pareja, Honorio Cejas, organizaron varias reuniones con los descendientes de los miembros de la comunidad del Cacique Pincén a finales de 1960 (Nagy, 2014, p. 100). Sin embargo, estas reuniones fueron interrumpidas por las políticas represivas iniciadas por el ministro de Bienestar Social Peronista José López Rega; políticas que se intensificaron durante la última dictadura militar de 1976-1983 (Nagy, 2014, p. 103). Con la vuelta de la democracia a la Argentina, Lorenzo Cejas Pincén, bisnieto del Cacique Pincén, promovió el reconocimiento legal de lo que hoy se conoce como la *Comunidad Indígena Cacique Pincén.* Tal comunidad obtuvo su inscripción en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas en abril de 2015.[5] Aun así, algunos descendientes de los miembros de la comunidad del Cacique Pincén siguen viviendo en condiciones de precariedad. Más aún, la comunidad nunca recibió la titularidad jurídica de tierras de la calidad suficiente como para poder vivir de sus productos (Nagy, 2014, pp. 102-123).

Pensemos en las demandas personales (o individuales) por compensación por ser víctimas de injusticias históricas. Por ejemplo, tomemos el caso del *Lonko* Lorenzo Cejas Pincén, bisnieto del Cacique Pincén. ¿Hay razones a favor de proporcionarle compensación debido a la injusticia sufrida por sus predecesores?[6] Supóngase que se acepta que las personas tienen reclamos válidos por compensación cuando ellos son

5. Para una descripción detallada de la historia de la Comunidad Cacique Pincén véase: Nagy (2012).
6. Aunque esta es una historia real, mi interés no es tanto dilucidar los detalles históricos en cuestión sino utilizar el caso a modo de ejemplo de lo que se le debe a las personas que se encuentran en condiciones normativamente similares a Lorenzo, es decir los descendientes de quienes sufrieron injusticias pasadas.

dañados. Para afirmar que hay razones para compensar a Lorenzo por las injusticias sufridas por sus ancestros tenemos que afirmar que aquellas injusticias lo dañan a él.[7]

De acuerdo con la concepción de daño más ampliamente aceptada, una persona sufre daño cuando ella está en un estado que es peor que otro en el que podría haberse encontrado de otro modo (Feinberg, 1984, p. 34). En particular, de acuerdo con esta tesis, llamada usualmente *concepción contrafáctica de daño,* una persona o entidad A daña a una persona B si «la acción de A causa un efecto adverso en el autointerés de B» (Feinberg, 1987, p. 148). Para Feinberg, los daños son *medidos* de acuerdo a lo que él llama «el test contrafáctico», el que se satisface si «el interés personal de B está en una peor condición (…) que en la que habría estado si A no hubiese actuado como lo hizo» (Feingerg, 1987, p. 149). Existe una dimensión esencialmente comparativa que explica por qué sufrir daño es malo. Desde esta perspectiva, sufrir daño es malo porque, de otro modo, uno hubiese estado mejor (Parfit, 2017, p. 134). De acuerdo con esta tesis, Lorenzo habrá sido dañado por las injusticias sufridas por sus ancestros, si su autointerés o, al menos, su nivel de bienestar están en una condición peor que aquella en la que habrían estado si su bisabuelo (el Cacique Pincén) no hubiese sido expulsado de sus tierras y confinado en la isla Martín García.

Desde esta perspectiva es difícil afirmar que Lorenzo ha sido dañado. Esto es así porque es probable que la expulsión y el aprisionamiento de su bisabuelo estén entre las condiciones necesarias de su existencia. El asunto es que, como ha mostrado Derek Parfit, «del mismo modo en que nuestros actos y políticas tienen efectos sobre la calidad de vida de las personas futuras, ellas también pueden tener efectos en quién será la persona particular que vivirá luego» (2011, p. 218). Este asunto es conocido en la literatura como el *problema de la no identidad*, y descansa en algunos detalles referidos a cómo se reproducen los seres humanos. Estos detalles son relevantes dado que, sea cual sea la teoría de la identidad personal que se sostenga, cada persona surge de un óvulo y de un espermatozoide en particular. Como en el espacio de un mes ni el óvulo ni el espermatozoide pueden ser el mismo, es verdadero que «si cualquier persona particular no hubiese sido concebida dentro del mes en que de hecho fue concebida, esa persona, de hecho, nunca habría existido» (Parfit, 1984, p. 352). El asunto es que, dependiendo de qué acción haya sido realizada, la identidad de la persona resultante será diferente. Por lo tanto, no es posible que las acciones empeoren las condiciones de aquellos cuya existencia es contingente en relación a esos actos.

El problema cruza la validez de los reclamos por compensación individual en casos como los de Lorenzo Cejas Pincén, dado que, si su bisabuelo no hubiese sido

7. Estoy asumiendo que Lorenzo Cejas Pincén continúa vivo. Mientras estoy revisando este artículo, lamentablemente, Lorenzo ha fallecido. Para los propósitos de este artículo, asumo que todas las consideraciones que se aplicaban a Lorenzo cuando estaba vivo pueden ser correctamente extendidas a sus descendientes y, de manera análoga, a los demás descendientes del Cacique Pincén, aprisionado a finales del Siglo XIX. En particular, estoy pensando en la situación de Isabel Araujo Pincén, tataranieta del Cacique Pincén, quien es la actual *Lonko* de la Comunidad Indígena Cacique Pincén.

aprisionado, él no estaría en una mejor condición, sino que, en ese caso, no habría existido en absoluto. De acuerdo con la concepción contrafáctica de daño, Lorenzo no ha sido dañado por la injusticia sufrida por su bisabuelo. Por lo tanto, de acuerdo con esta posición, Lorenzo no tiene reclamos válidos por compensación debido a las injusticias sufridas por sus ancestros. La misma conclusión se aplica a todos los descendientes de aquellos miembros de los pueblos indígenas que sufrieron en el pasado los efectos de la Conquista del Desierto. Dado que su existencia probablemente depende de la realización de las campañas militares, si la Conquista del Desierto no hubiese tenido lugar, ellos no estarían en una mejor condición, sino que no existirían. Por tanto, de acuerdo con esta concepción de daño, ellos tampoco tienen reclamos válidos por compensación debido a los efectos duraderos de aquella injusticia pasada.

Nótese que para explicar por qué los descendientes de quienes sufrieron la Conquista del Desierto han sido dañados no es suficiente con reemplazar la noción contrafáctica con otra concepción comparativa de daño. Por ejemplo, uno podría pensar en reemplazar la línea de base de la idea de daño, en función de la cual se hace la comparación, con una línea histórica. Desde esta perspectiva, una persona sufre daño si su interés se encuentra en una peor condición que antes.[8] Si apoyamos esta concepción *histórica de daño,* tampoco podríamos explicar que personas como Lorenzo hayan sido dañadas por lo que les ocurrió a sus ancestros. Para afirmar esto tendríamos que aceptar tanto que: (a) ellos estarían peor que antes de ser concebidos y (b) que la vida de una persona es comparable con su no existencia. Como ha argumentado Lukas Meyer, aceptar (a) es implausible, dado que requiere «asignarle un estado de bienestar a un óvulo antes de su fertilización por un espermatozoide» (2021, Sec. 3.2). Aceptar (b) también es problemático. De hecho, como nos recuerda David Heyd, «la comparación entre una vida y la no existencia está bloqueada por dos consideraciones: la carencia de valor de la no existencia como tal y la imposibilidad de atribuirles tal alegado valor a los sujetos individuales» (1992, p. 37).

2. LA CONCEPCIÓN DE UMBRAL DE DAÑO Y LOS RECLAMOS POR COMPENSACIÓN

Para explicar por qué las personas en la situación descripta arriba han sido dañadas podemos apelar a una concepción de daño diferente. No estamos forzados a aceptar alguna concepción *comparativa*. Una posibilidad es recurrir a las nociones de *daño intrínseco.* Desde esta perspectiva, para que exista daño no se requiere que las personas afectadas por nuestras acciones se encuentren en un estado o condición que sea peor que su alternativa; por el contrario, el estatus de daño deriva de ciertas propiedades intrínsecas asociadas con los estados en los que se encuentran las personas afectadas

8. Véase Truccone-Borgogno (2015, pp. 477-482).

(Parfit, 2017, p. 133). La concepción de *umbral de daño* puede ayudar aquí. De acuerdo con esta concepción, una persona ha sido dañada cuando se causa que esté debajo de un umbral normativamente definido (Meyer, 2003, pp. 409-410). No obstante, para que esta posición sea aceptable, se debe explicar qué propiedades hacen que sea intrínsecamente malo encontrarse en estados por debajo del umbral relevante de bienestar.

Una razón por la que estar en estados por debajo del umbral relevante de bienestar es intrínsecamente malo se conecta con la noción de *necesidades básicas*. La idea fundamental detrás de casi todas las definiciones de necesidades básicas es que su no cumplimento representa un grave daño de tipo objetivo (Braybrooke, 1987, p. 32; Copp, 1998, p. 123; Gough, 2017, p. 42; Meyer and Pölzler, 2022). Por ejemplo, Doyal and Gough conectan la gravedad del daño de no tener las necesidades básicas satisfechas con cómo tal circunstancia obstaculiza «la persecución de la propia visión del bien» (1991, p. 50). No tener cubiertas estas necesidades nos pone en una situación de lo que David Axelsen y Lasse Nielsen llaman *coerción,* «una situación en la que uno sufre una presión significativa en áreas centrales de la vida humana, una presión que obstaculiza la normal habilidad de los humanos de tener *éxito*» (2015, p. 408). Como ellos argumentan, aquellos cuyas necesidades básicas no están satisfechas se encuentran ante una presión significativa que les dificulta seguir y llevar adelante sus planes de vida (Axelsen and Nielsen, 2015, p. 416).

Entendida de este modo, la concepción de *umbral de daño* muestra una conexión estrecha entre las nociones de *bienestar* y de *autonomía*. Como afirman Meyer y Pölzler, cuando una persona se encuentra por debajo del umbral caracterizado por el hecho de que sus necesidades básicas sean satisfechas, tal persona no puede tomar decisiones sobre lo que es valioso hacer (Meyer and Pölzler, 2022). De acuerdo con estos autores, estar en estados por debajo del umbral es malo no solo porque la autonomía personal ha sido afectada de manera negativa, sino también porque la persona se encuentra en un estado que es incompatible con que tenga una vida mínimamente buena (Meyer and Pölzler, 2022). El problema radica no solamente en que los planes de vida pueden verse afectados cuando alguien se encuentra debajo del umbral de daño, sino que la misma habilidad de planear se menoscaba. Esta circunstancia es lo que hace que encontrarse en estados por debajo del umbral de daño sea intrínsecamente malo.

De acuerdo con esta concepción puede considerarse que Lorenzo ha sido dañado si se encuentra en un estado por debajo del umbral relevante de bienestar a consecuencia del aprisionamiento y expulsión del Cacique Pincén de sus tierras. No estoy afirmando que, de hecho, él haya sido dañado. Lo que estoy afirmando es que la concepción de umbral de daño nos permite sostener que Lorenzo puede haber sido dañado por las injusticias que sufrieron sus ancestros. Él habrá sido dañado en este sentido solo si las injusticias pasadas están causalmente conectadas con el hecho de que su nivel actual de bienestar se encuentre por debajo del umbral de daño, esto es, si sus necesidades básicas no están siendo satisfechas. La misma conclusión se aplica a todos los descendientes de quienes sufrieron los efectos de la Conquista del Desierto en el pasado. En la

medida en que su nivel de bienestar se encuentre por debajo del umbral relevante y en la medida en que pueda establecerse una conexión causal entre las campañas militares y tal estado de cosas, entonces, los indígenas que viven en la actualidad pueden tener reclamos válidos por compensación, en tanto individuos, debido a la injusticia histórica sufrida por sus ancestros. Consideraciones similares se aplican a los descendientes de las victimas directas de otras injusticias históricas.

3. LA CONCEPCIÓN COMBINADA DE DAÑO Y LOS RECLAMOS POR COMPENSACIÓN

Aun si se acepta lo anterior, uno podría preguntarse si puede haber reclamos de compensación justificados, por los efectos de las injusticias históricas, en aquellos casos en los que las personas están viviendo en estados que se encuentran por encima del umbral de daño, esto es, cuando sus necesidades básicas están satisfechas. Si las personas indígenas están por arriba del umbral de daño y, a su vez, ellas no hubiesen existido si la Conquista de Desierto no hubiese tenido lugar, ¿hay alguna razón por la que los indígenas podrían realizar un reclamo por compensación debido a posibles daños sufridos a consecuencia de la injusticia histórica? Depende. Como muestra la historia de la Comunidad Indígena Cacique Pincén, las injusticias que sufrieron las personas indígenas en Argentina no se limitan a los eventos que rodearon a la Conquista del Desierto. Por ejemplo, Lorenzo Cejas Pincén ha reportado:

> Mi padre, Honorio Cejas, reunía a los indígenas, pero no se forma comunidad, aparte estaba prohibida la reunión de indígenas, no se podían hacer ceremonias, a mi mamá, Marcelina Pincén, la metieron presa (…). Después hubo un intento en el año setenta y tres (…). Pero después en el 76 con el golpe de estado no se pudo trabajar (Nagy, 2014, pp. 103-104).

Con relación a esta clase de hechos no hay necesidad de apelar a la concepción de umbral de daño para explicar por qué Lorenzo puede haber sido dañado. El problema de la no identidad no tiene relevancia respecto a los posibles daños que pueda haber sufrido como resultado de los eventos ocurridos luego de haber nacido. La concepción contrafáctica de daño puede explicar por sí sola por qué Lorenzo ha sido dañado, si es el caso de que, a consecuencia de –por ejemplo– el aprisionamiento de su madre o de la prohibición de reuniones indígenas, él está en una peor condición que aquella en la que habría estado de otro modo.

Hay injusticias adicionales que también pueden ser explicadas por medio de la concepción contrafáctica de daño. Al considerar casos de robo de tierras, George Sher da cuenta de que no restituir la tierra al dueño original es una injusticia *distinta* a la apropiación inicial injusta (Sher, 2005, p. 192). Por lo tanto, puede que sea verdadero que alguna persona no hubiese nacido si la tierra de sus padres no hubiese sido robada. Sin embargo, como afirma Sher, sus padres debieron ser compensados incluso luego de que esta persona naciera (Sher, 2005). El coronel Villegas arrestó al Cacique Pincén en 1978

y, como consecuencia de este y otros hechos asociados con la Conquista del Desierto, muchos miembros de la comunidad de Pincén tuvieron que dispersarse y perdieron sus tierras. Rosa Pincén (hija del Cacique y abuela de Lorenzo) estuvo entre esas personas (Nagy, 2012, p. 313). Puede ser verdadero que la hija de Rosa, Marcelina, no hubiese existido si su madre no hubiese sido expulsada de sus tierras. Sin embargo, Rosa debió haber sido compensada incluso luego de que su hija, Marcelina, naciera. Como afirma Sher, con relación a esta persona –en nuestro caso, Marcelina–: «la injusticia por la que a ella se le debe compensación no es la injusticia original, que fue perpetrada antes de que ella fuera concebida, sino la subsecuente injusta falta de compensación *por* la injusticia original, que tiene lugar *luego* de que ella fuera concebida» (Sher, 2005, p. 192). Es injusto que los padres de esta niña no sean compensados. Dado que tal falta ocurre luego de que la niña –Marcelina– ha nacido, esta niña puede tener reclamos válidos de compensación que no son atravesados por el problema de la no identidad. De acuerdo con Sher, «dado que es perfectamente coherente decir que una niña hubiese estado en una mejor condición si una de estas injusticias post concepción no hubiesen tenido lugar, también tiene que ser coherente decir que se le debe compensación a [la niña] por los efectos de las injusticias realizadas luego de su concepción» (2005, pp. 192-193).

En el caso que nos ocupa, esta nueva injusticia puede ser localizada luego de que Marcelina naciera. Supóngase que, como la historia parece mostrar, Marcelina tampoco fue compensada, y tal falla puede también ser localizada luego de que su hijo, Lorenzo, naciera. Dado que esta injusticia adicional ha sido localizada luego de que Lorenzo viniera a la existencia, él puede tener un reclamo válido por compensación, por estar en un peor estado que aquel en el que hubiera estado si su madre hubiese recibido compensación. Las mismas consideraciones se aplican si Lorenzo tiene descendencia, si él no fue adecuadamente compensado, y si tal falta de compensación puede ser localizada luego de que su descendencia viniera a la existencia. Por supuesto, cuánta compensación se debe es un asunto complejo[9]; no obstante, el punto es que la reparación no está limitada por el hecho de que las necesidades básicas de quien reclama estén satisfechas.

La tesis que estoy defendiendo asume que se acepta alguna versión de la *concepción combinada de daño* (Meyer, 2021, Sec. 3.2). En mi interpretación preferida, esta tesis afirma que una persona P sufre un daño solo si [a] esta persona P está (en algún aspecto) en un estado por debajo del umbral de daño, o [b] si esta persona P está en un estado E, y si E no hubiera tenido lugar, esta persona P hubiese estado (en algún aspecto) en una mejor condición (Truccone-Borgogno, 2018, p. 38). En el caso que nos ocupa, Lorenzo sufre un daño a consecuencia de las injusticias pasadas si [a] se encuentra (en algún aspecto) en un estado por debajo del umbral de daño, o [b] está en un estado tal que, si dicho estado de cosas no hubiese tenido lugar, por ejemplo, porque sus padres hubiesen recibido compensación luego de su concepción, él estaría (en algún aspecto) mejor.

9. En la sección 4 haré algunas consideraciones sobre este punto.

4. COMPENSACIÓN Y EL PASO DEL TIEMPO

De acuerdo con la tesis que vengo defendiendo, al menos con relación a los posibles reclamos por compensación de aquellas personas que se encuentran viviendo sobre el umbral de bienestar relevante, «las injusticias no rectificadas de las generaciones anteriores están sistemáticamente correlacionadas con ciertas injusticias realizadas *dentro* de la generación presente, y lo que luce como un reclamo por ser compensados por injusticias pasadas es, de hecho, un reclamo por compensación asociado a injusticias recientes» (Sher, 2015, p. 191).

Cuando los miembros del Estado argentino en el pasado no compensaron al Cacique Pincén, le causaron daño adicional. Dado que este daño proviene de la violación de un deber, tal daño es también injusto. Por todo el tiempo en el que Cacique Pincén y sus descendientes no recibieron los bienes que deberían haber percibido a modo de compensación, el costo de no ponerlos en uso se incrementa. Por ejemplo, la falta de recursos de los hijos del Cacique Pincén pudo haberlos llevado a tener que trabajar como mano de obra barata en los nuevos emprendimientos agropecuarios de la época. Si ellos hubiesen recibido la compensación adecuada, quizás no hubiesen tenido que trabajar bajo esas condiciones. Este daño adicional, por el que también puede haber reclamos válidos de compensación, no es el daño original consistente en haber sido expulsados de sus tierras. Es una injusticia *distinta;* aun así, como afirma Sher, se correlaciona con la injusticia original. Aún más, mientras más tiempo pase sin que la víctima de la injusticia reciba la compensación debida, los daños a ser reparados parecen incrementarse. Esto sería así porque, en la medida en que pase más tiempo sin recibir cierto bien, la distancia entre el estado de bienestar en el que está la víctima y aquel otro en el que podría haber estado si hubiese recibido compensación se incrementa. Por lo tanto, dado que en el pasado los indígenas no han recibido compensación adecuada por las injusticias sufridas, parece que se les debe una reparación sustancial que pueda contrarrestar todo el daño sufrido a lo largo de los años.

Sin embargo, hay una dificultad con esta tesis. La idea de que mientras mayor sea el tiempo sin cumplir con el deber de compensación, más probabilidades hay de que se produzcan daños adicionales que necesiten ser reparados es plausible solo en ciertos contextos y durante cierto tiempo. Supóngase que yo le robo su bicicleta y usted no puede usarla para ir a su trabajo todos los días. En tal caso, es razonable afirmar que por cada día que usted no puede usar su bicicleta para ir a su oficina, el daño a reparar se incrementa. Por tal razón, yo le debo compensación no solo por haber robado su bicicleta, sino también por todos esos días en los que usted no pudo usarla. Si alguien le dona una bicicleta, o incluso si yo se la regreso, le sigo debiendo compensación por todo el tiempo en que usted no pudo usarla. A medida en que mayor sea el tiempo sin que yo le restituya la bicicleta, mayor será el daño que usted sufrirá. Consecuentemente, mayor será, también, el daño que tendré que compensar.

Sin embargo, hay otros contextos en los que no es del todo claro que el daño a reparar se incremente en la medida en que pase más tiempo sin que la víctima reciba

compensación. En cambio, lo opuesto parece ser verdadero. George Sher argumenta que nuestros juicios normativos sobre lo que alguien tiene derecho a modo de compensación en el mundo hipotético rectificado no se traslada completamente al mundo real (Sher, 2004, p. 139). De acuerdo con Sher, tal transferibilidad está limitada, primero, por todas las cosas que la persona podría haber hecho en el mundo real para evitar los efectos de la injusticia; segundo, «por el grado en el que el derecho de uno en el mundo rectificado es generado por las acciones que uno realiza allí», (Sher, 2004, p. 140) y no realiza en el mundo real.

Pensemos nuevamente en el ejemplo de Lorenzo. En tal caso, los miembros del Estado argentino en el pasado no cumplieron con su deber de compensación en relación a sus ancestros. En el mundo rectificado, esto es, en el mundo en que la injusticia de no haber proporcionado compensación no ocurre, los ancestros de Lorenzo hubiesen recibido porciones de tierra adecuadas y ellos hubiesen estado en una mejor condición. Al haber recibido estas parcelas de tierra, ellos podrían haber desarrollado sus vidas de mejor manera y podrían haber construido un modo de vivir que les hubiese permitido incrementar su bienestar. Sin embargo, no parece adecuado afirmar que en el mundo real, en el que los ancestros de Lorenzo no recibieron compensación, ellos hubiesen tenido derecho a ser compensados de manera tal que hubiesen recibido todos los bienes que adquieren en el mundo rectificado. Esos bienes del mundo rectificado son parcialmente el resultado de las acciones y decisiones que los ancestros de Lorenzo hubiesen realizado en este mundo luego de la injusticia inicial, y que no realizaron en absoluto en el mundo real. Dado esto, los ancestros de Lorenzo no tenían derecho a recibir a modo de compensación todos esos bienes que ellos podrían haber tenido en el mundo rectificado si sus tierras y otros recursos les hubiesen sido restituidos y ellos hubiesen usado dichos recursos de manera sabia y prudente. Lo que ellos podrían haber reclamado es la oportunidad de usar esos bienes. Sin embargo, como ha sido expresado por Sher: «una oportunidad claramente no vale lo mismo que los bienes en sí mismos» (2004, p. 140). De acuerdo con esta tesis, por lo tanto, lo que uno debe recibir a modo de compensación en el mundo real es menor que aquello a lo que uno tendría derecho de recibir en el mundo hipotético rectificado.

Sher resalta un punto adicional cuando considera el paso del tiempo y cómo eso afecta a la compensación (Sher, 2004, pp. 140-141). Su esquema, cuando es aplicado a la situación de Lorenzo, es el siguiente: si los ancestros de Lorenzo hubiesen recibido compensación, dicha rectificación los beneficiaría no solo a ellos, sino también a Lorenzo. Como consecuencia de que los ancestros de Lorenzo hubiesen recibido compensación en el mundo hipotético rectificado, Lorenzo también estaría mejor en el mundo rectificado. Sin embargo, los bienes recibidos por Lorenzo en el mundo rectificado dependen no solo de sus acciones, sino también de las decisiones tomadas por sus ancestros en dicho mundo. Por lo tanto, mientras más tiempo pase entre la injusticia original y quienes reclaman compensación en el presente, mayor será la influencia de las propias decisiones de los receptores de compensación, tanto en relación a lo que habrían hecho en el mundo rectificado, como en relación a lo que no han hecho en el

mundo real para superar los efectos de la injusticia. Dado que mientras más tiempo pase, mayor será el peso de las propias decisiones (y aquellas de nuestros ancestros) y menor el de la injusticia original en relación al nivel de bienestar del reclamante, mientras más generaciones pasen, la cantidad de compensación a ser recibida por la injusticia original parece decrecer. Como concluye Sher: «cuando la injusticia original fue realizada muchos cientos de años atrás, puede esperarse que casi toda la diferencia entre los derechos de las víctimas en el mundo actual y sus derechos en el mundo rectificado provenga de las acciones de varios agentes intervinientes en los dos mundos alternativos» (2004, p. 141). Si esto es así, puede que hayan sido anulados o superados por el paso del tiempo los efectos de la injusticia que da lugar a los reclamos personales por compensación de Lorenzo, de los demás descendientes del Cacique Pincén y, en general, de los descendientes de las personas indígenas que sufrieron la Conquista del Desierto en el pasado.

5. ENFOQUE ESTRUCTURAL Y RECLAMOS POR COMPENSACIÓN

En este trabajo, he argumentado que los descendientes de las víctimas directas de injusticias históricas pueden tener reclamos por compensación debido a sus efectos duraderos. Sin embargo, he mostrado que el paso del tiempo puede reducir el deber de compensar. De hecho, he argumentado que, al menos en lo que respecta a los reclamos personales por compensación, el paso del tiempo puede hacer que la injusticia histórica sea superada.

Podría objetarse que la perspectiva que defiendo es demasiado estrecha dado que no da cuenta de aquellos daños que los individuos pueden sufrir derivados de estructuras injustas en relación a las cuales la injusticia histórica en cuestión ha contribuido a generar. Mi enfoque está circunscripto a lo que Catherine Lu ha llamado asuntos de *justicia correctiva interaccional*. La «justicia interaccional se refiere a los ajustes de cuentas entre los agentes por sus conductas agraviantes (*wrongful)* o interacciones injustas y por los daños y las pérdidas o lesiones inmerecidas» (Lu, 2017, p. 19). El asunto es que las injusticias sufridas por los miembros de los pueblos indígenas, incluso aquellas conectadas con la Conquista del Desierto, no se reducen a los eventos realizados durante las campañas militares.

Por ejemplo, los sobrevivientes de la Conquista del Desierto fueron incorporados como ciudadanos argentinos de manera forzosa y fueron relegados a los sectores más pobres de la sociedad (Svampa, 2016, p. 45). Tal incorporación formal, no obstante, fue acompañada por una narrativa que veía a los indígenas como «forasteros internos», lo que ha favorecido la negación de los miembros de los pueblos indígenas como miembros de la sociedad argentina (Kropff, 2005, pp. 105-108; Svampa 2016). De hecho, tal exclusión ha sido considerada «natural» por muchas generaciones de argentinos no indígenas educados bajo un modelo de uniformidad cultural durante el siglo xx (Salgado, 2010, p. 150). Estas injusticias fueron posible, en parte, porque desde incluso antes de

la Conquista del Desierto existía una red moral, jurídica e ideológica que ha perdurado en el presente y coloca a los miembros de las comunidades indígenas en una posición desventajosa en relación al resto de la población argentina no indígena –incluso en ausencia de campañas militares en contra de ellos.[10] Este tipo de injusticia no se refiere a si tal o cual agente ha realizado acciones agraviantes en contra de personas indígenas específicas. En cambio, la injusticia que se refleja en las líneas anteriores se refiere a las condiciones mismas bajo las cuales los agentes interactúan entre sí. Esta objeción se fundamenta en lo que se conoce cómo enfoque estructural sobre la justicia (Young, 2011; Lu, 2017; Waligore, 2018; Nuti, 2019; McKeown, 2021). Este enfoque pone el acento en las estructuras sociales, prácticas y procesos impersonales que limitan los modos de interacción entre los agentes (Lu, 2017, p. 35). De acuerdo con la objeción aquí considerada, mi propuesta es inadecuada dado que no dice nada con relación a esas estructuras que hacen que los agentes interactúen –aún en el presente– de un modo desfavorable para los miembros de las comunidades indígenas.[11]

Mi respuesta a esta objeción comienza distinguiendo entre distintos tipos de agravios que una víctima de injusticias puede sufrir. Catherine Lu distingue entre injusticias *interaccionales, estructurales* y *estructuradas.* Lu llama injusticias *interaccionales* a los «agravios (*wrongs*), daños y perjuicios que son perpetrados en interacciones entre agentes, sean estos individuales o colectivos» (Lu, 2017, p. 33). Muchas injusticias perpetradas durante la Conquista del Desierto pertenecen a esta categoría, tales como los asesinatos, daños y perjuicios sufridos por los miembros de los pueblos indígenas. También pertenecen a esta categoría de injusticias aquellos medidas tomadas por los miembros del Estado argentino destinadas a evitar nacimientos dentro de las comunidades indígenas, como así también el confinamiento de muchos de ellos en lugares tales como la Isla Martín García en Buenos Aires o en museos como el de La Plata.[12]

Como la mayor parte de las injusticias históricas, los efectos de Conquista del Desierto no se limitan a aquellos surgidos de un conjunto de injusticias interaccionales ocurridas en el pasado. La Conquista el Desierto también contribuyó a la injusticia estructural que los miembros de los pueblos originarios sufren en el presente. Por *injusticia estructural* se entiende «a las instituciones, normas, prácticas y condiciones materiales que juegan un rol causal o condicionante en la producción o reproducción de posiciones sociales, conductas o consecuencias objetables» (Lu, 2017, p. 19). La injusticia estructural que sufren los miembros presentes de los pueblos originarios puede verse en, por ejemplo, en que ellos se encuentran actualmente empobrecidos, segregados

10. Sin embargo, es verdadero que la población indígena sigue siendo criminalizada durante manifestaciones y otras formas de protesta, como ha sido resaltado por el informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Anaya, 2012: 13). En otro lado he argumentado cómo esa red moral, ideológica y social que posibilitó campañas como la Conquista del Desierto perdura en el presente en Argentina (Truccone-Borgogno, 2022, pp. 11-15).
11. Agradezco al revisor anónimo que me presionó sobre esta objeción.
12. Para una descripción detallada de estas injusticias *vease* Marimán-Quemado (2006), Delrio, et. al. (2010).

de los principales centros urbanos y viviendo en condiciones de vulnerabilidad social, en parte por el conjunto de políticas desarrolladas por el Estado argentino desde finales del siglo XIX hasta el presente (García-Gualda 2012, pp. 134-136).

Otro ejemplo de las injusticias estructurales sufridas por los miembros presentes de los pueblos originarios puede verse las barreras (materiales) que existen para que ellos puedan participar en los procesos colectivos de decisión pública.[13] La existencia de estas barreras califica como injusticia estructural incluso si los afectados no sufren actos, políticas o eventos agraviantes. Como afirma Iris Marion Young, las injusticias estructurales pueden incluso «tener lugar como consecuencia de que muchos individuos e instituciones actúan para perseguir sus fines e intereses particulares, en su mayor parte dentro de los límites de las reglas y normas aceptadas» (Young, 2011, p. 52).

Además de injusticias *interaccionales* y *estructurales,* eventos como la Conquista del Desierto pueden contribuir a generar injusticias *estructuradas*. Las injusticias *estructuradas* son aquellas «donde actos agraviantes o resultados objetables producidos por individuos pueden atribuirse a sus roles dentro de agentes colectivos o altamente organizados y/o grupos sociales con algún propósito particular» (Lu, 2017, p. 99). Los miembros presentes de las comunidades indígenas también sufren este tipo de injusticias. Las políticas posteriores a la Conquista del Desierto, desarrolladas durante más de un siglo, contribuyeron –por ejemplo– a relaciones interétnicas desiguales entre indígenas y no indígenas que viven en ciertas regiones de Argentina. Por ejemplo, como reporta García-Gualda, en varias localidades de la Patagonia argentina no es extraño que propietarios no indígenas de empresas turísticas contraten bajo condiciones de trabajo francamente desfavorables a varios miembros de las comunidades indígenas (García-Gualda 2021, pp. 137-138). Supóngase que alguno de estos empresarios explota a los miembros de los pueblos originarios en alguna de sus empresas turísticas. En este caso, los miembros de los pueblos indígenas afectados por esta explotación sufren una injusticia *estructurada* dado que el empresario se vale de un rol o estructura social para realizar un agravio (que puede ser una interacción) en su contra.

Existe una segunda distinción que debe considerarse para responder a la objeción que afirma que mi propuesta es inadecuada por no dar cuenta de cómo responder a las injusticias estructurales que sufren los miembros presentes de las comunidades indígenas. Debe distinguirse entre víctimas directas e indirectas de injusticias históricas. Son *victimas directas* aquellas que sufrieron en primera persona (generalmente en el pasado) las acciones y políticas que constituyen a la injusticia histórica en cuestión. En cambio, son *víctimas indirectas* los descendientes de aquellas personas afectadas directamente por la injusticia histórica. Las *victimas indirectas,* a su vez, pueden ser afectadas de diferente modo por los efectos que las injusticias históricas tienen en el presente. En primer lugar, ellas pueden ser afectadas por ser miembros de un grupo que fue víctima de injusticias históricas. En este caso, las victimas tienen reclamos *colectivos.* Por ejemplo,

13. He analizado este problema en Truccone-Borgogno (2021a, pp. 25-27).

la Conquista del Desierto despojó de sus tierras a varios pueblos y comunidades indígenas (Truccone-Borgogno, 2021b, pp. 48-62, 148-185). En la medida en que tales pueblos y comunidades hayan perdurado en el presente, sus miembros, pueden tener reclamos colectivos por recuperar aquellas tierras que les fueron arrebatadas varios años atrás (Truccone-Borgogno, 2022, pp. 4-11).

Sin embargo, también es posible tener reclamos por los efectos negativos asociados a ser descendientes de las *victimas directas* de la injusticia histórica en cuestión. En este caso, se tienen reclamos *personales* por ser víctimas *indirectas* de aquella injusticia histórica. Por ejemplo, con relación a los asesinatos, lesiones graves, aprisionamientos, y traslados forzosos a otras regiones para ser usados como mano de obra barata sufridos por los indígenas durante las distintas etapas dela Conquista del Desierto, sus descendientes pueden tener reclamos personales por los efectos negativos de aquellas injusticias que pueden haber perdurado en el presente.

Con estas distinciones en mente es más fácil responder a la objeción que afirma que mi propuesta es inadecuada dado que no da cuenta de las injusticias estructurales que sufren los miembros presentes de las comunidades indígenas. Mi respuesta a esta objeción es que, efectivamente, mi propuesta no dice nada sobre cómo responder a las injusticias estructurales sufridas por los miembros presentes de las comunidades indígenas. Es más, la tesis que defiendo en este trabajo tampoco da cuenta de cómo responder a las injusticias estructuradas sufridas por ellos ni a las injusticias interaccionales que dan lugar a reclamos colectivos. Sin embargo, esto no hace que mi propuesta sea inadecuada. Esto es así porque el objetivo de este trabajo está dado por proporcionar una respuesta adecuada a otro tipo de injusticias: Este trabajo se centra solamente en los reclamos personales de las víctimas indirectas de las injusticias históricas interaccionales sufridas por sus ancestros. Para resumir, dado que el objeto de preocupación de mi trabajo no son las injusticias estructurales sino algo distinto (las injusticias interaccionales), el hecho de que mi propuesta no de cuenta de cómo se debe responder a las injusticias estructurales no hace ella sea inadecuada.[14]

De hecho, creo que distinguir entre distintos tipos de injusticia y, consecuentemente, enfocarse en una de ellas debe entenderse como una fortaleza de mi propuesta antes que una debilidad. Aunque los miembros presentes de los pueblos indígenas sean víctimas de injusticias estructurales, de allí no se sigue que no se deba pensar y, sobre todo, responder también a los efectos de las injusticias históricas interaccionales que han sufrido. Como afirma Daniel Butt, del hecho de que tengamos deberes con relación a nuestros contemporáneos como resultado de los efectos persistentes de las injusticias históricas estructurales no se sigue que todas las injusticias deban ser entendidas en ese sentido (Butt, 2021). Si así fuera, algo esencial se perdería. Hay un sentido en el que

14. Para un visión general sobre cómo responder a distintos tipos de injusticias estructurales en contextos de injusticias históricas véase, Lu (2017, Cap. 5). Para un modelo de justicia transicional en los casos donde se requieren transformaciones estructurales y sobre la necesidad de combinar los enfoques estructurales e interaccionales, véase Rekers (2022, pp. 71-75).

cierto tipo de efectos de las injusticias históricas deben tratarse como injusticias interaccionales. Entender a todos los efectos de las injusticias históricas como una injusticia estructural es incorrecto. Si así se hiciese, estaríamos dejando sin la posibilidad de ser reparado o compensado aquellos efectos interaccionales de muchos eventos pasados injustos.

CONCLUSIÓN

En este trabajo he argumentado que, aun si todas las personas involucradas en una injusticia histórica están muertas, ese hecho es insuficiente para afirmar que en el presente no se le deba compensación a aquellos que sufren los efectos duraderos de tales injusticias. En particular, he argumentado que las víctimas indirectas de injusticias históricas interaccionales tienen reclamos personales por compensación en dos clases de circunstancias: primero, si a consecuencia de la injusticia histórica en cuestión, ellos tienen un nivel de bienestar que se encuentra por debajo de un umbral normativamente definido; segundo, si puede mostrarse que existe una cadena de faltas de compensación por injusticias conectadas a la injusticia histórica original, de manera que quienes sufrieron, por ejemplo, las campañas militares durante la Conquista del Desierto no fueron compensados, y esa falta de compensación puede localizarse en un momento posterior a la concepción de sus descendientes, y así sucesivamente, hasta el presente. En todos estos casos hay buenas razones para que se proporcione compensación a aquellas personas aún negativamente afectadas por la injusticia histórica sufrida por sus ancestros.

Sin embargo, he argumentado que el paso del tiempo puede reducir el peso del deber de proporcionar compensación. Por lo tanto, para el caso de la Conquista del Desierto, aunque sea verdadero que muchas personas indígenas que viven en el presente puedan considerarse negativamente afectadas por sus efectos duraderos, puede ser que, por el paso del tiempo y los efectos que ello tiene en el deber de proporcionar compensación, la injusticia histórica haya sido superada, al menos con relación a algunos reclamos personales por compensación surgidos de interacciones agraviantes sufridas por sus ancestros.

BIBLIOGRAFÍA

Anaya, J. (2012). *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the situation of indigenous peoples in Argentina*, UN. Human Rights Council. Special Rapporteur on Rights of Indigenous Peoples A/HRC/21/47/Add.2

Axelsen, D. y Nielsen, L. (2015). Sufficiency as Freedom from Duress, *The Journal of Political Philosophy*, 23(4): 406 a 426. https://doi.org/10.1111/jopp.12048

Braybrooke, D., (1987). *Meeting Needs*, Princeton University Press. https://doi.org/10.1515/9781400858521

Bustos Videla, C. (1964). The 1879 Conquest of the Argentine 'Desert' and its Religious Aspects, *The Americas*, 21(1): 36 a 57. https://doi.org/10.2307/979704

Butt, D. (2021). What Structural Injustice Theory Leaves Out, *Ethical Theory and Moral Practice*, 24:1161-1175. https://doi.org/10.1007/s10677-021-10180-w

Copp, D. (1998). Equality, Justice and the Basic Needs en Brock G. (ed.), *Necessary Goods: Our Responsibility to Meet Others' Needs*, Rowman & Littlefield.

Delrio, W., Lenton, D., Musante, M., Nagy, M., Papazian, A. and Perez, P.(2010). Discussing Indigenous Genocide in Argentina: Past, Present and Consequences of Argentinean state Policies toward native Peoples. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 5(2)3: 138-159. https://doi.org/10.3138/gsp.5.2.138

Doyal, L. y Gough, I. (1991). *A Theory of Human Need*, Macmillan Publishers. https://doi.org/10.1007/978-1-349-21500-3

Feinberg, J. (1984), *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*. Oxford University Press.

Feinberg, J. (1987). Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming, en Coleman, J. and – Fankel Paul, E. (eds.). *Philosophy and Law*, Basil Blackwell.

Garcia-Gualda, S (2021). *Urbanización y Municipalización en Territorio Indígena*, Bitácora Urbano Territorial, 31(2): 131-142). https://doi.org/10.15446/bitacora.v31n2.89592

Gough, I. (2017). *Heat, Greed and Human Need*, Elgar Publishing. https://doi.org/10.4337/9781785365119

Heyd, D. (1992), *Genethics: Moral Issues in the Creation of People*, University of California Press. https://doi.org/10.1525/9780520313484

Kukathas, C. (2006). Who? Whom? Reparations and the Problem of Agency, *Journal of Social Philosophy*, 37(3): 330 a 341. https://doi.org/10.1111/j.1467-9833.2006.00340.x

Lu, C, (2017). *Justice and Reconciliation in World Politics*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781108329491

Marimán-Quemado, P. (2006). «Los Mapuche antes de la conquista Militar Chileno-Argentina», en Marimán, P., Caniuqueo, S., Millalén, J., y Levil, R. (eds.), ¡… Escucha, Winka…! Cuatro ensayos de Historica Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro, Lom ed..

McKeown, M. (2021). Structural Injustice, *Philosophy Compass*, 1-14. https://doi.org/10.1111/phc3.12757

Meyer, L. H., (2003). Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm, en Meyer, L., Paulson, S. y Pogge, T.(eds.). *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199248254.001.0001

Meyer, L. H. (2006). Reparations and Symbolic Restitution, *Journal of Social Philosophy*, 37(3): 406-422. https://doi.org/10.1111/j.1467-9833.2006.00345.x

Meyer, L. H., (2021). Intergenerational Justice, en Zalta, E. N. (ed.), The Stanford Encyclopaedia of Philosophy (Summer 2021 Edition), forthcoming URL = https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/justice-intergenerational/

Meyer, L. H. y Polzler, T. (2022). Basic Needs and Sufficiency: The Foundations o Intergenerational Justice, en Gardiner S.M. (ed.) *The Oxford Handbook of*

Intergenerational Ethics, Oxford University Press, en prensa. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190881931.013.23

Meyer, L. H., y Sanklecha, P. (2014). How Legitimate Expectations Matter in Climate Justice, *Politics, Philosophy & Economics*, 13(4): 369 a 393. https://doi.org/10.1177/1470594X14541522

Nagy, M. (2012). *Tradiciones Situadas, Usos del Pasado y Devenir Indígena*. Vol. 1 y 2. Tesis Doctoral, Universidad de Buenos Aires.

Nagy, M. (2014) «Después del Fin. Sometimiento, Proletarización y Rearticulación Comunitaria Indígena en Buenos Aires», en Lanata, J. (Comp.). *Prácticas Genocidas y Violencia Estatal en Perspectiva Transdisciplinar*, IIDyPCa-CONICET-UNRN, 2014.

Nuti, A. (2019). *Injustice and the Reproduction of History*, Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108325592

Parfit, D. (1984). *Reasons and Persons*, Oxford Clarendon Press.

Parfit, D. (2011). *On What Matters*, Vol. II, Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199572816.001.0001

Parfit, D. (2017). Future People, the Non-identity Problem, and Person-Affecting Principles, *Philosophy & Public Affairs*, 45(2):118-157. https://doi.org/10.1111/papa.12088

Rekers, R. (2022). Epistemic Transitional Justice: The Recognition of Testimonial Injustice in the Contexto f Reproductive Rights, *Redescriptions*, 25(1): 65-79. https://doi.org/10.33134/rds.374

Salgado, J. M. (2010). Tomando en Serio los Derechos de los Pueblos Indígenas. in R. Gargarella, (Coord.) *La Constitución 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. (pp.150-155). Siglo 21 editores.

Sher, G. (2004). «Ancient Wrongs and Modern Rights», en Meyer, L. H. (ed.), *Justice in Time: Responding to Historical Injustice*, Nomos Verlagsgesellschaft.

Sher, G. (2005). Transgenerational Compensation, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 33(2):181-200. https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.2005.00029.x

Svampa, M. (2016). *Debates Latinoamericanos: Indianismo, Desarrollo, Dependencia, Populismo*. Edhasa.

Truccone-Borgogno, S. (2015). Derecho, Moral y el Problema de la No Identidad: Apuntes sobre el Concepto de Daño, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38: 473-499. https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.18

Truccone-Borgogno, S (2018). Consideraciones sobre la Fuerza de las Razones en Contra de Dañar, *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía* 50(149): 31-57. https://doi.org/10.22201/iifs.18704905e.2018.09

Truccone-Borgogno, S. (2021a). *The Temporal Dimension of Justice*, Ph.D. dissertation, University of Graz. https://unipub.uni-graz.at/download/pdf/6390927.

Truccone-Borgogno, S. (2021b). La Conquista del Desierto, Confianza y el Principio de Proximidad, *Análisis Filosófico*, 41(1):7-36. https://doi.org/10.36446/af.2021.378

Truccone-Borgogno, S. (2022). Responding to Historical Injustices: Collective Inheritance and the Moral Irrelevance of Group Identity, *European Journal of Political Theory, Early view*: 1-20. https://doi.org/10.1177/14748851221100094

Young, I. M. (2011) *Responsibility for Justice*, Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195392388.001.0001

Waldron, J. (2004). Settlement, Return, and the Supersession Thesis, *Theoretical Inquiries in Law*, 5(2): 237-268. https://doi.org/10.2202/1565-3404.1093

Waligore, T. (2018). Redress for Colonial Injustice: Structural Injustice and the Relevance of History, *Global Justice. Theory Practice Rhetoric*, 11:15-28.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 183-220
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.8

Razón (teórica y práctica), racionalidad y razonabilidad. De sus límites, semejanzas y diferencias

Reason (Theoretical and Practical), Rationality and Reasonableness. On Limits, Similarities and Differences

Humberto Luis Cuno Cruz

Autor:
Humberto Luis Cuno Cruz
hlcuno@gmail.com
https://orcid.org/0000-0003-1406-8789

Recibido: 26/1/2022
Aceptado: 27/9/2022

Citar como:
Cuno Cruz, Humberto Luis (2023). Razón (teórica y práctica), racionalidad y razonabilidad. De sus límites, semejanzas y diferencias. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 183-220. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.8

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Humberto Luis Cuno Cruz

Resumen

El ser humano siempre busca explicarse lo que existe y acontece a su alrededor e, igualmente, siempre aspira a determinar lo que es moralmente bueno. Ello genera en él la necesidad de encontrar certeza en el conocimiento que adquiere en esa búsqueda y objetividad en esa determinación práctico-moral. Una vez que lo sobrenatural o divino le resultan fundamento insatisfactorio, solo le queda apelar a su razón como último recurso, pero ¿qué hace que la razón se constituya en ese fundamento último?, ¿hasta dónde efectivamente la razón es capaz de satisfacer esa búsqueda de objetividad o certeza?, ¿a qué responde la distinción entre razón teórica y razón práctica?, ¿cuándo y por qué se dice que algo es racional o razonable?, ¿qué asemeja, diferencia y determina los alcances y límites de la racionalidad y la razonabilidad? Son interrogantes que se busca responder en este trabajo siguiendo una metodología que pretende guiar de manera intuitiva el propio razonamiento del lector.

Palabras clave: Razón; razón teórica; razón práctica; racionalidad; razonabilidad; objetividad.

Abstract

The human being always seeks to explain what exists and happens around him, likewise, he always aspires to determine the morally good. This generates in him the need to find certainty in the knowledge that acquire in that search and objectivity in that practical-moral determination. Once the supernatural and the divine results unsatisfactory foundations for him, he can only appeal to his reason as the last resource, but what make the reason be

constituted in that ultimate foundation? To what extend can effectively the reason satisfy that search of objectivity or certainty? What does the distinction between theoretical reason and practical reason answer to? When and why is something said to be rational or reasonable? What resembles, differentiates and determines the scope and limits of rationality and reasonableness? These are questions that are sought to be answered in this work following a methodology that aims to intuitively guide the reader's own reasoning.

Keywords: Reason; theoretical reason; practical reason; rationality; reasonableness; objectivity.

PRESENTACIÓN

Hace más de diez años hice un primer intento por encontrar claridad en la definición y uso de los conceptos de «razón», «racionalidad» y «razonabilidad», pero una lectura posterior de aquel trabajo[1] me notificó de que en él no había logrado responder con solvencia las interrogantes que me llevaron a escribirlo, pues, en último término, solo había llegado a la conclusión de que la razón es la fuente más objetiva a la que es posible recurrir como fundamento último del conocimiento y la actuación consciente humana. Y ahora, la propia *razón* hace que me percate de que eso es solo una trivialidad, pues responder a la pregunta de ¿qué es la razón?, exige algo más. Exige explicar[2] *por qué* o *qué hace* que la razón sea, precisamente, esa *fuente* objetiva última de apelación. Si es que lo es. Es decir, la pregunta por lo que es la razón, no es una pregunta solo por el tipo de facultad que es, ni tampoco solo por lo que ella permite, sino también y creo que, sobre todo, por lo que hace posible que permita lo que permite.

Solemos utilizar con mucha frecuencia y naturalidad[3] expresiones tales como: «tienes *razón*», «no es *racional* lo que haces», «eso suena *razonable*» y similares, y en las circunstancias más diversas; sin embargo, cuando nos enfrentamos a la pregunta de ¿qué es la razón, la racionalidad o la razonabilidad?, las respuestas ya no fluyen tan naturalmente, muchas veces incluso para quienes se dedican a la ciencia o la filosofía. La dificultad se incrementa si se nos pide distinguir claramente esos conceptos para discriminar correctamente su uso. Una distinción, claro está, que vaya más allá de afirmar simplemente que «razón» es un sustantivo, en tanto que «racional» y «razonable» son adjetivos que indican que algo es conforme o relativo a la razón. Tal vez esto último es lo único que, en principio, tenemos más o menos claro, es decir, que tanto lo racional como lo razonable finalmente están vinculados a un concepto general de razón, pero con ello estamos aún muy lejos de una respuesta satisfactoria a la pregunta formulada.

1. Publicado bajo un título similar al de este trabajo, con el que, sin embargo, guarda mucha diferencia, principalmente por la estrategia de abordaje del tema, pero también por las limitaciones de contenido de aquel trabajo.
2. Sin caer en el *esencialismo*.
3. Empleamos este término en el sentido de «llaneza» o «sencillez».

Para este cometido, uno podría recurrir a cualquiera de las múltiples definiciones formuladas por quienes ya han realizado estudios sobre la razón o por quienes se han detenido en él a propósito de propuestas teóricas diferentes o, incluso, de mayor alcance. Pero a pesar de que ello significa una ayuda fundamental, por lo general nuestras dudas persisten en algunos aspectos, particularmente en relación a la diferencia entre «racionalidad» y «razonabilidad», cuyos límites parecen difuminarse o confundirse en algún momento. Entonces, la estrategia adecuada para responder a nuestra interrogante inicial no parece estar simplemente en apelar a las definiciones, no obstante que estas puedan estar debida y sólidamente sustentadas; sino en *comprender el trasfondo*[4] de aquello que nos permite afirmar que algo es racional o razonable, de tal forma que podamos hacer uso correcto de estos conceptos en situaciones concretas.

Es decir, debemos determinar qué requisitos deben cumplirse para poder sostener que algo está o no de acuerdo con la «razón» y, a partir de ello, poder establecer también cuáles de esos requisitos o exigencias deben estar presentes para afirmar que algo es «racional» y cuáles para afirmar que algo es «razonable». Esos requisitos, si se pretende que sean completamente objetivos, no pueden sino estar determinados por principios o leyes de carácter universal, es decir, válido para todos en cualquier tiempo y espacio. Si logramos determinar cuáles son esos principios o leyes, lo único que tendremos que hacer en seguida es verificar si se cumplen o no, en tal o cual situación concreta, para determinar la racionalidad o la razonabilidad de lo que se desee calificar como tal (un conocimiento, una decisión, una acción, un procedimiento, etc.). No sería aceptable sostener que algo está de acuerdo con la razón simplemente porque alguien, por muy calificado que sea, considera que es así.

Tampoco aceptaríamos que lo que está o no de acuerdo con la razón sea determinado por el principio mayoritario, esto es, simplemente por el número de personas que aprueban o desaprueban lo que se somete a juicio. Precisamente, uno de los grandes saltos en la historia del conocimiento humano, tuvo lugar cuando «[l]os griegos descubren que *la adhesión general, aún unánime, a una creencia no es condición de su verdad*»[5], sino que esa verdad debe ser producto de un conocimiento objetivo de lo que existe o acontece en la realidad, y esto los condujo a centrar su interés en la búsqueda de una respuesta a la interrogante de qué es «aquello a que aludimos cuando afirmamos que "esto" es verdaderamente "así"»[6] y para tener éxito en ese afán tuvieron que dejar de lado los mitos y quedarse solo con las «reglas de la razón» como única herramienta[7]. De

4. «¡Es tanto lo que se sabe y tan poco lo que se comprende!»: Frase memorable que Einstein escribió a Cornelius Lanczos dos años antes de su muerte. En: Cornelius Lanczos. *Rationalism and the Physical Word*. Cit. por Popper, 1997, p. 41.
5. Tamayo y Salmorán, 2004, p. 16.
6. Szilasi, 1970, p.13.
7. En relación a este giro en la forma de pensar, Coplestón señala: «… los griegos surgen indiscutiblemente como los primeros pensadores y científicos de Europa. Ellos por primera vez buscaron el saber por lo que sí vale, y lo buscaron con un espíritu científico libre y sin prejuicios». En: Copleston, 2004, p. 31.

esta manera nace la ciencia y «con el advenimiento de la ciencia, "razón" y "emoción" se separan. Los cursos de acción intelectual (*i.e.* los razonamientos), sus mecanismos y resultados, se convierten en el núcleo del significado de "razón" y "racionalidad". La ciencia […] deviene, así, en paradigma […] de la racionalidad»[8].

Esto explica por qué cada vez que evocamos la idea de razón o de lo racional solemos asociarla al conocimiento científico o, en concreto, a alguna disciplina de las que hemos convenido en clasificar como pertenecientes a las ciencias «exactas» (las ciencias naturales y las matemáticas), término, este último (exacto), que nos produce sensación de seguridad, de que algo tiene que ser así y no podría ser de otra manera, es decir, de que las cosas o los fenómenos de la realidad deben darse «necesariamente» según las reglas establecidas por esas disciplinas científicas, pues ellas garantizarían la «validez objetiva» de las afirmaciones en relación a su existencia o acaecimiento. Entonces, queda claro que razón, ciencia y objetividad están estrechamente vinculados, pero con ello aún no hemos definido la razón. Lo único que sabemos hasta el momento es que algo parece ser objetivo si responde a las reglas establecidas por la ciencia, por ser estas garantía de que no derive de pareceres individuales o incluso mayoritarios (*subjetividad*), sino de patrones normativos cuya validez está demostrada previamente.

Esto, sin embargo, hace surgir una de las preguntas centrales en este trabajo: ¿cómo se han demostrado objetivamente esas reglas?, es decir, ¿qué garantiza que esas reglas no sean también fruto de la subjetividad de un individuo o grupo de ellos (grupo de científicos mayoritario, por ejemplo)? Si la respuesta es que «esa objetividad está garantizada por la razón» y no queremos caer en un círculo de definiciones tautológicas, hemos llegado a un punto en que se nos impone responder a la pregunta: ¿por qué la razón tiene la capacidad de garantizar la objetividad?; aunque esto exige a su vez, por resultar metodológicamente necesario, aclarar primero algunas ideas en relación a qué es lo objetivo o cuándo algo es realmente objetivo y, por supuesto, en relación a los límites de la objetividad.

1. VERDAD O CONOCIMIENTO OBJETIVO DE LA REALIDAD: EL MITO DE SU CERTEZA ABSOLUTA E INMUTABLE

Se busca lo *objetivo,* como es evidente, para superar criterios *subjetivos* individuales o grupales[9]. Pero ¿no somos acaso los individuos (sujetos) los que calificamos algo como

En similar sentido, Ramnoux & otros sostienen que «[los griegos» pudieron rechazar el género de la cosmogonía e inventar una forma absolutamente distinta de pensar. Este es el avance que de ordinario se les atribuye, haciendo de ellos los primeros pensadores racionales, o, simplemente, los primeros pensadores. Los nombres de la Tierra, el Mar, el Cielo y el Eter no designarían, pues, a los Dioses, sino a cosas: las masas en que se dividen todas las cosas visibles». Ramnoux, Clémence & otros, 2002, pp. 9-10.

8. Tamayo y Salmorán, 2004, p. 16.

9. De aquí la dicotomía *subjetivo-objetivo*.

objetivo o no?, ¿y cómo hacemos eso, si acabamos de decir que lo objetivo no depende de nosotros (los sujetos)? La definición que nos proporciona el Diccionario de la Lengua Española cuando indica que lo *objetivo* es lo «que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce»[10], no despeja tampoco la duda, pues, nuevamente: si lo objetivo existe fuera del sujeto, ¿cómo se explica que sea precisamente ese sujeto quien determine lo que finalmente es objetivo o no?… Estando constituido por la realidad externa, lo objetivo es *independiente del sujeto* en el sentido de que no basta su parecer individual o colectivo para calificar algo como conocimiento objetivo de esa realidad, pero, al mismo tiempo, es *dependiente del sujeto* en el sentido de que si es posible determinar tal conocimiento objetivo, quien se supone que tiene capacidad de hacerlo es el ser humano, gracias a que posee una *facultad* muy particular que se lo permitiría: «la razón».

Entonces, si bien todo sujeto está dotado de razón (tener razón *como facultad*), ello no basta para afirmar que cualquier juicio emitido por ese sujeto respecto de algún conocimiento o acción es acorde con la razón (tener razón *como criterio de objetividad*). Es evidente que debe existir necesariamente un proceso interno que le permita a la razón *discriminar* los juicios objetivos de los subjetivos. Por tanto, ni nuestras percepciones ni nuestros pareceres o creencias inmediatas sobre la realidad, tienen la capacidad, *por sí mismas*, de dotar de objetividad a un conocimiento.

Y ¿cuál es ese proceso interno o qué hace que la razón tenga la capacidad de determinar lo que es *objetivo* o no?, ¿es acaso la razón una especie de *Dios interior* que tiene el poder de identificar con certeza absoluta e inmutable lo que es objetivo?… Esta idea de un Dios[11], aunque interno, no parece ser una respuesta aceptable. Además, si fuera así, es decir, si tuviéramos una capacidad innata para discriminar la verdad objetiva de la que no lo es apenas entremos en contacto con la realidad, tendríamos que aceptar, entre otras cosas, que aquello que fue considerado como verdad objetiva en el pasado (que la tierra era plana, por ejemplo) tiene que seguir siéndolo hoy y también en el futuro. Y resultará claramente inconsistente porque la historia demuestra con infinidad de hechos que ello no es así. Por el contrario, los conocimientos «verdaderos» cambian constantemente.

Esta idea de cambio permanente del conocimiento humano nos notifica de un dato relevante: si lo que la razón nos indica como objetivo hoy puede no serlo más adelante, parece que esa objetividad no resulta siendo tan «objetiva» como creíamos. Y si esto es así, y hemos aceptado que es la razón la que determina la objetividad de algo, parece que ella tampoco es tan infalible como creíamos, pues, siguiendo con el mismo razonamiento, pudimos haber aceptado hace un tiempo como verdad absoluta, por mandato de la razón, una idea acerca de algo tan importante como la gravedad, por

10. Tercera acepción de la palabra «objetivo». En: Diccionario de la Lengua Española. En: https://dle.rae.es/objetivo?m=form [Consultado el 31 de mayo del 2020].
11. Salvo que nos estemos refiriendo al Dios de Spinoza que, como decía Albert Einstein, es uno que se hace evidente a sí mismo en la regularidad de lo existente.

ejemplo (concibiéndola como producto de una fuerza terrestre que atrae a los objetos a su núcleo[12]), y, por mandato de la misma razón, ya no aceptar esa idea hoy (que se la concibe como resultado de una fuerza que ejerce el tejido del espacio extendido por la masa de la tierra[13] y que empuja los objetos al centro de esta[14]). Y esto, por supuesto, podría cambiar más adelante y, en tal caso, dejaría también de estar de acuerdo con la razón.

Entonces, para responder a la pregunta de ¿qué hace que la razón tenga esa capacidad de determinar la objetividad de algo?, debemos quitarnos de la cabeza: *primero,* la idea de que, apenas se tiene contacto con algún dato o conocimiento de la realidad, brotan de la razón *inmediata y automáticamente* criterios que le permiten discriminar lo objetivo de lo que no lo es, pues, en tal caso, tendríamos que aceptar algo que ya descartamos, esto es, que lo objetivo está determinado por los pareceres de cada sujeto; y, *segundo*, la idea de que la razón es infalible, ya que ello nos conduce al error de aceptar dogmáticamente un conocimiento, como verdad absoluta e inmutable, por el solo hecho de haber encontrado constatación en la razón en un determinado tiempo y espacio.

Alguien podría sostener que caigo en la obviedad cuando afirmo que la razón no es infalible, pues a todos nos consta que el conocimiento humano cambia y evoluciona constantemente y cada vez con más velocidad. Lo llamativo es que teniendo completa seguridad de ello, cuando aceptamos algo como verdadero, solemos asumir que esa verdad es absoluta e invariable y no algo cambiante. Así, por ejemplo, con frecuencia sostenemos *rígidamente* que las matemáticas expresan verdad definitiva y exactitud incondicionada[15] o que la prueba de ADN[16] es una prueba científica infalible para determinar la paternidad de alguien, y rechazamos de inmediato y con contundencia (áspera incluso en ocasiones) cualquier otra posible alternativa o crítica respecto de ese conocimiento. Esto se debe a que en el fondo consideramos que con esa verdad hemos

12. Mecánica newtoniana.
13. Curvatura del espacio-tiempo.
14. Teoría de la relatividad general de Einstein, que permitió, por ejemplo, salvar el inconveniente que tenía la teoría newtoniana para explicar o predecir la órbita de Mercurio.
15. Sin considerar que las matemáticas también evolucionan y, por tanto, cambian. «Morris Klein [en su libro publicado en 1980: *Matemáticas, la pérdida de la certidumbre*], describe así la situación: «Las extrañas geometrías y las extrañas álgebras, creaciones de comienzos del siglo XIX, forzaron a los matemáticos a admitir, de mala gana y a regañadientes que las matemáticas propiamente dichas y las leyes matemáticas de la ciencia no eran verdaderas. Encontraron, por ejemplo, que había varias geometrías diferentes que se acomodaban igualmente bien a la experiencia espacial. Todas no podían ser verdaderas. Aparentemente no había un diseño matemático inherente a la naturaleza, o si lo había las matemáticas del hombre no eran necesariamente la descripción de aquel diseño. Se había perdido la clave de la realidad…»» Cit. por Woods & Grandt, 2002, p. 387; quienes, más adelante, luego de destacar, por ejemplo, el gran avance que significó el cálculo diferencial e integral para representar la realidad como un continuo (funcionamiento real de la naturaleza), añaden que «incluso los modelos matemáticos más avanzados son solamente una aproximación basta a la realidad, válida solamente dentro de ciertos límites». Woods & Grandt, 2002, p. 389.
16. Ácido desoxirribonucleico.

alcanzado «"el" conocimiento objetivo», y que, por ello mismo, no puede ser refutado de ninguna manera.

Lo coherente, entonces, es que si aceptamos que el conocimiento evoluciona progresivamente con el desarrollo de la humanidad, también debemos aceptar que las certezas que ese conocimiento genera irán cambiando con ese transcurso[17]. Y si esto es así, de una cosa podemos estar ya seguros en este punto: que *no existe algo como una verdad objetiva, absoluta e inmutable en ningún ámbito del conocimiento humano, ni siquiera en el científico o el matemático.*

En efecto, si lo que reconocemos como leyes universales del conocimiento se constituyen en parámetros de control racional para determinar la verdad u objetividad, únicamente en la medida en que también ellas son fruto de una construcción racional (de ahí la afirmación de que es la razón la que, en último término, permite determinar la objetividad), queda claro, no solo que no existe ninguna verdad o conocimiento objetivo, acabado para todo tiempo y lugar, sino también que tampoco existe ninguna ley universal absoluta e inmutable a la que recurrir como último e infalible recurso para eliminar la subjetividad de manera definitiva, ni siquiera –como se acaba de esbozar– para la ciencia[18] o las matemáticas. Y si esto es verdad para las ciencias «exactas», paradigmas de objetividad y razón, con mucha más razón lo es para las que solemos denominar, en conjunto, ciencias sociales o «inexactas»[19].

2. ¿QUÉ ES LA RAZÓN?

Hemos señalado que la objetividad encuentra su mejor expresión en la ciencia y que esta deviene en paradigma de la razón. Pero de ello no se puede desprender, de ninguna manera, que hablar de la razón *equivale* a hablar *solo* de ciencia o *solo* de conocimiento

17. En este sentido, Popper afirmar que «el método de la ciencia consiste en proponer con audacia hipótesis tentativas y someterlas a contrastaciones críticas». Añade, enseguida, que «hemos aprendido de Einstein que la ciencia nos ofrece tan sólo hipótesis o conjeturas, que no conocimiento cierto. […] Sin embargo, en la búsqueda del conocimiento cierto los científicos tropezaron, por así decirlo, con un método hipotético, conjetural, crítico. Pues el conocimiento, fuera o no cierto, tenía que pasar por la prueba de la crítica. Si fracasaba en ello, había que desecharlo». En: Popper, 1997, p. 198.
18. Con lo que no se pretende negar la importancia de la ciencia como motor del desarrollo humano, pues, por ejemplo, ha hecho y viene haciendo posible lo que hace mucho se consideraba imposible; ni tampoco la importancia del método científico, que nos permite aproximarnos lo más posible a la verdad (aunque esta no deje de ser relativa), especialmente hoy que la verdad se ha tornado en un bien tan preciado, dado que el mundo virtual crea realidades tan distintas para cada ser humano, acorde con sus inclinaciones (necesidades, creencias, gustos, deseos, esperanzas, miedos, etc).
19. A propósito de la búsqueda de la verdad en materia de prueba de los hechos, Taruffo subraya que «nadie habla de verdades o de certezas absolutas, que son "privilegio del fanático", y que, de hecho, se encuentran solo en algunas metafísicas y en algunas religiones integristas. Nadie piensa tampoco en correspondencias automáticas entre el pensamiento y el mundo o entre el lenguaje y el mundo, que serían típicas de un realismo ingenuo insostenible o de un fisicalismo radical desde hace tiempo superado». Taruffo, 2010, p. 94.

objetivo. En todo caso, ciencia y conocimiento objetivo, son únicamente expresiones de los alcances de la razón, tal vez las más elaboradas, pero, en último término, solo expresiones de ella. Es más, el simple hecho de percatarnos de que llegamos al conocimiento científico (que se supone el más objetivo posible) gracias a la razón, nos debe llevar a *descartar* de inmediato la *identidad* entre razón y ciencia, por un lado, y, entre razón y conocimiento objetivo, por el otro.

Ahora bien, si cerramos un poco más el círculo, debemos tener claro que cuando nos formulamos la pregunta de ¿qué es la razón?, nos estamos preguntando por: *a)* qué es lo que en esa «facultad» llamada «razón» nos permite *reconocer* y *elegir un* camino (observar la realidad –identificar semejanzas y relaciones– clasificar y extraer reglas particulares –derivar leyes generales– construir leyes o principios universales), que denominamos «método científico», *descartando* varios *otros* perfectamente posibles. Pero, además, y muy especialmente, nos estamos preguntando por: *b)* qué es lo que en esa «facultad» llamada «razón» nos permite *comprender* y *determinar* que el camino elegido es el correcto y que los otros (los descartados) son equivocados, para, de esta manera, confiar en que las leyes o principios universales construidos nos permitirán efectivamente alcanzar el conocimiento objetivo.

Es decir, ¿por qué no aceptamos simplemente, por ejemplo, que los dictados de nuestra sola *intuición inmediata* (que sería otro de los posibles caminos) es ya garantía de acceso al conocimiento objetivo? La respuesta, también inmediata, seguramente sería: «porque estamos dotados de "razón"». Pero insistir en una respuesta de este tipo, sería expresar un puro acto de *fe* en la razón, sin entender *qué es* ella realmente, y esto no parece ser muy racional. Por eso es tan importante, no solo *saber* que podemos aspirar a alcanzar el conocimiento objetivo porque poseemos razón, sino también *comprender* cómo la razón puede discriminar correctamente y permitirnos alcanzar ese conocimiento. La clásica afirmación de que el ser humano es racional y por eso actúa racionalmente, no basta, pues deja siempre abierta la posibilidad de que nos inquieran válidamente con la pregunta: ¿por qué es bueno que actuemos racionalmente?, es decir, ¿qué hace o qué garantiza que actuar racionalmente es nuestra mejor opción?, pues con seguridad existen otras opciones, ¿verdad?

Veamos si su acepción original nos puede proporcionar mayores elementos para responder a nuestra pregunta. Etimológicamente «razón» deriva del latín «ratio», que, a su vez, proviene del griego «logos», y significa «el propio pensamiento», «prueba», «fundamento»[20]. Esto en realidad no nos ayuda mucho, porque solo parece decirnos que en la razón podemos encontrar la prueba o fundamento de todo, pero no nos dice por qué, ni cómo es que la razón se constituye en ese fundamento último, que es la respuesta que en realidad estamos buscando. Aunque Aristóteles no define la razón[21], sostiene que «el razonamiento es un enunciado en el que, *sentadas ciertas cosas*, se sigue

20. Tamayo y Salmorán, 2004, p. 29.
21. Por lo menos yo no la encontré en la bibliografía revisada.

necesariamente algo distinto de lo ya establecido»[22]. «Ciertas cosas» que evidentemente hacen referencia a aquello que es aceptado por todos, a los lugares comunes que no se discuten ni necesitan ser probados, y que, en cambio, se constituyen en *premisas necesarias* de las que debe partir el razonamiento para explicar o predecir lo que se desconoce. Pero tampoco se nos dice aquí qué es lo que nos hace aceptar como sentadas esas cosas. Si la respuesta es porque son establecidas por la razón, entonces volvemos a refugiarnos en un *acto de fe* en ella.

Hasta ahora tenemos claro que es a la razón a la que debemos la posibilidad de construir leyes o principios universales (con valor temporal) que nos permiten alcanzar conocimientos objetivos (temporales), pero no sabemos por qué debemos confiar en esas leyes o principios, pues tampoco sabemos por qué debemos confiar en la razón. Ahora mismo somos perfectamente conscientes de que es la razón la que nos viene conduciendo en esta búsqueda de respuestas, y que, incluso, es ella la que en este preciso momento nos hace preguntarnos: ¿por qué debemos confiar en sus dictados? Evidentemente no basta con *creer* en su infalibilidad. Si somos consecuentes con las exigencias racionales, esa no falibilidad debe ser *demostrada* o *justificada*. Pero, sin pretender evadir las interrogantes formuladas (pues, al final, desembocaremos en ellas necesariamente), y solo para dar un paso más en nuestro razonamiento, aceptemos solo como hipótesis que la razón es efectivamente infalible. Toca preguntarnos, entonces, si esa infalibilidad se edifica progresivamente con el conocimiento (de manera semejante a como sucede con los principios o leyes universales) o está dada ya naturalmente en la razón humana.

Si fuera una facultad cuya infalibilidad se *construye,* habría que aceptar que, al igual que el conocimiento, fue o es *fruto de la experiencia*, pues una construcción de la nada es inconcebible. Con lo que el *empirismo* Humeano[23] habría acertado hace mucho tiempo y nosotros, en el lugar más modesto de quienes reflexionando sobre esto han mostrado su desacuerdo, habríamos pecado de ingenuidad al intentar determinar lo que ya está determinado y perdido el tiempo al hacerlo. Y, lo que es más grave, se lo habríamos hecho perder también al lector. Sin embargo, la debilidad de esta opción, que se expresa en su evidente circularidad (experiencia –reglas generales– leyes universales – experiencia), hace por lo menos sospechar[24], no solo de no ser la respuesta correcta

22. Aristóteles, 1995, p. 95. [24b, 15-20] [Las cursivas de la cita son añadidas].
23. Según David Hume, «todas nuestras ideas simples proceden ya mediata o inmediatamente de sus impresiones correspondientes». Y en relación a esta afirmación, señala: «Este es, pues, el primer principio que establezco en la ciencia de la naturaleza humana, y no debemos despreciarlo por la sencillez de su apariencia. […] Podemos observar que, para probar que las ideas de extensión y color no son innatas, los filósofos no hacen otra cosa que mostrar que se nos dan por los sentidos. Para probar que las ideas de pasión y deseo no son innatas, observan que tenemos una experiencia anterior a estas emociones. Ahora bien, si examinamos cuidadosamente estos argumentos, hallaremos que demuestran, efectivamente, que a las ideas preceden otras percepciones más vivaces de las que se derivan y que representan». Hume, 1984, p. 38.
24. Ya que es en ese punto, precisamente, cuando surgen las preguntas que estamos buscando responder.

(no la última o la más acabada, por lo menos[25]), sino también, y sobre todo, de que ni los griegos en general –con todo el desarrollo intelectual y el alto nivel de especulación filosófica que alcanzaron–, ni Aristóteles en particular, o muchos otros grandes filósofos más contemporáneos junto a ellos, estuvieran pensando en que la infalibilidad de la razón tiene como fundamento último a la experiencia.

Parece más bien –y esto resultaría más acorde con el talante intelectual de esos grandes hombres– que estaban pensando en que esa infalibilidad descansa en algo inmanente al ser humano, es decir, que la infalibilidad de la razón le es dada naturalmente al hombre y que, por tanto, no tiene fundamento en experiencia alguna[26]. Pero si asumimos esta postura, nuestras reflexiones deben ingresar necesariamente en lo que está más allá de ella, a un ámbito en el que, como afirma Kant, los conocimientos «no tendrán por base ni la experiencia externa que constituye la fuente de la física propiamente dicha, ni la interna, que es fundamento de la psicología empírica. [… Sino en] un conocimiento *a priori*, o del entendimiento puro, o de la razón pura»[27]. ¿A qué se refiere Kant cuando habla de «razón pura»? ¿Es esta «razón» adjetivada como «pura» diferente a la «razón sin mayores especificaciones» de la que venimos hablando hasta ahora?… No, no es una razón diferente, son una y la misma razón. Sin embargo, esa adjetivación permitiría especificar que dentro de «la razón», existe un ámbito en el que las leyes universales extraídas de la experiencia son validadas como infalibles (objetivas), pero mediante juicios que no tienen fundamento en ningún dato empírico (*a posteriori*), sino únicamente en conocimientos *a priori.*

Y dado que estos juicios se emitirían con base en *conocimientos a priori*, no pueden sino ser también *juicios a priori* y, en tal condición, estarían fuera del alcance de los condicionamientos de la percepción sensorial y las emociones, que suelen atentar contra un juicio objetivo. Por ello sostiene Kant que a «los *juicios a priori* no se les puede hacer depender de la verosimilitud superficial (pues lo que se supone como reconocido *a priori* ha de ser, por lo mismo, declarado como necesario), no les puede ser permitido jugar con suposiciones, sino que sus afirmaciones deben ser ciencia [juicio objetivo], o no ser nada»[28]. Entonces, lo que *fruto de un juicio a priori* es reconocido como objetivo

25. Pues, ningún razonamiento, por muy abstracto que sea, puede escapar de una referencia a la experiencia concreta, directa o indirectamente. En palabras de Hume: «Aunque el espíritu, en sus razonamientos a partir de las causas y los efectos, lleva sus visiones más allá de los objetos que ve o recuerda, no debe jamás perderlos de vista por completo ni razonar tan sólo sobre sus propias ideas, sin mezclar algunas impresiones o, por lo menos, las ideas de la memoria, que equivalen a las impresiones». Hume, 1984, pp. 77-78.
26. Kant sostiene que quienes actúan, no en el marco de la ciencia, sino más acomodados al entendimiento general humano «[e]mplearán […] el lenguaje modesto de una *creencia* racional, confesarán que no les es permitido conjeturar, mucho menos saber, *algo de lo que está sobre las fronteras de toda experiencia posible,* sino solamente *suponer* algo (no para usos especulativos, pues a estos deben renunciar, sino simplemente prácticos), que es posible y hasta indispensable para la dirección del entendimiento y de la voluntad en la vida». Kant, 1984, p. 63. [Cursivas añadidas].
27. Kant, 1984, pp. 43-44.
28. Kant, 1984, p. 63.

ya no estaría supeditado tampoco a un espacio-tiempo determinados, sino que valdría para todo tiempo y para todo lugar (valor necesario y universal), no habría cambiado ni cambiaría con el desarrollo de la ciencia o el conocimiento en general. Es decir, el producto de ese juicio sería la última verdad a la que podemos apelar, y tener la posibilidad de realizar juicios de esta naturaleza es lo que nos haría denominarnos seres racionales. Por lo tanto, son estos *juicios a priori* los que nos permitirían en última instancia reconocer, establecer y aceptar *principios o leyes universales infalibles* como fundamento último para determinar la objetividad del conocimiento.

Si somos consecuentes con el rigor que hemos pretendido imprimir en este análisis, lo que correspondería ahora es señalar cuáles son esos *conocimientos a priori* que poseemos y explicar cómo es que se forman los *juicios a priori* a partir de ellos. Kant lo hace en una de sus obras más memorables: *Crítica de la razón pura*, y lo hace con un detalle que apenas intentaremos sintetizar con fidelidad en este espacio. Antes, sin embargo, vale precisar ya de inicio que si bien su teoría es una de las más elaboradas y aceptadas (no en vano se habla de un giro copernicano en la filosofía), incluso él, con el muy elevado nivel de razonamiento especulativo que llegó a alcanzar, no pudo nunca «demostrar» que es posible para el ser humano alcanzar esa verdad o esas verdades absolutas e inmutables, pues incluso la razón pura tiene límites. Su obra se denomina precisamente «*Crítica» a la razón pura* porque en ella exhibe esos límites, y se plantea una interrogante que con seguridad el lector también se viene planteando en este momento: *¿cómo es posible contemplar algo* A PRIORI?

El razonamiento de Kant, aproximadamente es el siguiente: la representación de un objeto en el intelecto humano depende necesariamente del contacto con ese objeto. Si esto es así, parece imposible representarse objetos *a priori*. Sin embargo, el entendimiento posee *conceptos a priori* que contienen el *pensamiento de los objetos*, y, por tanto, permiten la representación de ellos completamente *a priori*, sin que nos encontremos en una relación inmediata con los objetos. Pero como esa representación se da *solo* a partir del *pensamiento* de los objetos y no de un *contacto real* con ellos, únicamente puede tratarse de una representación de *objetos de nuestros sentidos* (no de objetos reales) y no de una representación de *los objetos tal como son en sí mismos* (en la realidad), pues esto último exige necesariamente una representación empírica (no *a priori*) de los objetos; dado que, en efecto, el entendimiento puede saber de lo que está contenido en el objeto mismo solo si este está presente ante él[29]. Es decir, según el propio Kant, incluso si aceptamos que nuestro entendimiento posee *conceptos a priori* (de sustancia, magnitud, fuerza, causa, acción, etc.), estos solo nos permiten representarnos objetos tal *como los pensamos*, no *como realmente son*[30]. Por lo tanto, el conocimiento que podemos

29. Kant, 1984, pp. 69-70.

30. «[A] pesar de la independencia de nuestros puros conceptos del entendimiento y de los principios de la experiencia y aun de la extensión aparentemente mayor de su uso, nada puede ser pensado por medio de los mismos fuera del campo de la experiencia, porque no pueden hacer otra cosa sino determinar simplemente la forma lógica del juicio en relación con las intuiciones dadas; pero, puesto que fuera

alcanzar a través de ello es también solo un conocimiento de las cosas *tal como se nos representan a nosotros*, NO *tal como son en realidad*. Este es el límite de la razón pura que señala Kant[31]: su finitud.

Entonces, si ni siquiera los conceptos, conocimientos y juicios *a priori* nos permiten conocer las cosas tal como son realmente, no tenemos ninguna garantía de que nos conduzcan siempre a la verdad ni de que mediante ellos podamos alcanzar verdades absolutas e inmutables. A partir de esto, solo podemos definir a «la razón» como *la facultad intelectual que fruto de la interacción entre la sensibilidad* (lo percibido) *y el entendimiento* (lo pensado) *nos da la posibilidad* de *buscar comprender objetivamente lo que existe o acontece en la realidad.* Pero, nuevamente, que tengamos esta *posibilidad de buscar la comprensión objetiva* de las cosas gracias a la razón, no significa que siempre podamos alcanzarla. Por lo tanto, si bien gracias a la razón tenemos la *posibilidad* de *aspirar* a emitir juicios objetivos sobre la realidad y, por ende, la *posibilidad* de *aspirar* a determinar qué conocimientos son objetivos, no existe ninguna garantía de que siempre emitamos juicios objetivos ni de que los conocimientos que consideramos objetivos lo sean, menos aún, de que lo sean de manera absoluta e inmutable[32].

---

del campo de la sensibilidad no hay en absoluto, intuición alguna, aquellos conceptos puros carecen por completo de significación en cuanto no pueden ser expresados *in concreto* por medio alguno; por consiguiente, todos estos *noumena* [cosas en sí mismas] con su contenido, de un modo inteligible, no son otra cosa que representaciones de un problema, cuyo objeto en sí es, sin duda, posible, pero cuya solución, según la naturaleza de nuestro entendimiento, es completamente imposible, puesto que nuestro entendimiento no es propiedad alguna de la intuición, sino solamente del enlace de intuiciones dadas en una experiencia, y que éstos deben contener, por tanto, todos los objetos de nuestros conceptos, pero fuera de ellas, todos los conceptos, bajo los cuales no puede estar dada intuición alguna, carecerán de significación» Así explica Kant la necesidad y la importancia de los *conceptos a priori* en el entendimiento, pero también de su *dependencia necesaria* de la *representación de objetos posibles* como límite a la divagación intelectual etérea. En este sentido –añade de inmediato y en forma categórica– que «[p]uede perdonársele a la fantasía que desvaríe a veces, esto es, que no se mantenga prudentemente dentro de los límites de la experiencia; pues al menos, se vivificará y fortalecerá por medio de este vuelo libre y será siempre más fácil moderar su atrevimiento que remediar su laxitud. Pero que el entendimiento que debe pensar, en vez de hacerlo, desvaríe, esto no puede nunca ser perdonado; pues en él se fundan todos los medios para poner límites a los desvaríos de la fantasía, donde esto es necesario». Kant, 1984, pp. 118-119.

31. En términos de Kant, «tampoco tienen absolutamente sentido alguno los puros conceptos del entendimiento, si se pretende apartarlos de los objetos de la experiencia y referirlos a las cosas en sí mismas (*noumena*). Sirven, sólo, para decirlo así, para deletrear los fenómenos, para poderlos leer como experiencia; los principios que brotan de la relación de los mismos con el mundo de los sentidos, sirven solamente a nuestro entendimiento para el uso de la experiencia; aparte de eso, son relaciones arbitrarias sin realidad objetiva, cuya realidad ni se puede reconocer *a priori*, ni se puede confirmar su relación con los objetos por ejemplo alguno o hacerla solo inteligible, porque todo ejemplo es solamente tomado de alguna experiencia posible; por consiguiente, los objetos de aquellos conceptos no pueden tampoco ser encontrados sino en una experiencia posible». Kant, 1984, p. 113.
32. Tal vez por eso incluso podría resultar más fácil estar de acuerdo (lo que no significa que lo estemos, por lo menos no completamente) con Hume que con Kant, cuando, el primero, sostiene, por ejemplo, que: «… no solo nuestra razón nos falla en el descubrimiento de la *última conexión* de causas y efectos, sino que, después de que la experiencia nos ha informado de su *unión constante,* aún es imposible convencernos por la razón por qué debemos extender la experiencia más allá de los casos particulares

Lo único de lo que podemos tener certeza es de que *gracias a la razón* tenemos la capacidad de asumir una *actitud crítica* frente al conocimiento aceptado como verdad en un determinado espacio-tiempo y, si llegamos a dudar de ella, también gracias a la razón tenemos la *capacidad de seguir buscando* y *aspirando* a encontrar esa verdad. Por eso todo está en permanente debate y cambio en el mundo, y es bueno que así sea, pues ello evita aceptar las cosas dogmáticamente y, de esta manera, permite el progreso del conocimiento humano. Incluso el propio concepto de ciencia cambia debido a los nuevos descubrimientos científicos. De nuevo, cabe recalcar en este punto, que si esto es válido para la ciencia o el conocimiento científico, paradigmas de objetividad y razón, con mucha más razón lo es para las denominadas ciencias o disciplinas sociales. Entre ellas, por supuesto, el Derecho.

3. ¿QUÉ ES LA RACIONALIDAD?

Dejando de lado solo la *actuación o reacción instintiva,* que no es sino fruto de un impulso involuntario (en el sentido de irreflexivo), es decir, de un *impulso no deliberado*; si aceptamos que los seres humanos estamos dotados de razón, debemos aceptar también necesariamente que siempre hacemos uso de ella cuando *pensamos* (examinamos para formarnos ideas o juicios) para conocer (percibir, entender, saber) o para actuar (hacer u omitir), es decir, cuando un conocimiento o una acción consciente y voluntaria son el resultado de un juicio previo[33]. Esto incluso sin saber lo que es esa facultad que nos permite pensar. Tal vez esto explica, en parte, que no nos interesemos mucho en tener una definición clara de la razón, pues, para muchos efectos prácticos, ello no nos significa ningún aporte relevante y bastará con tener conciencia de que poseemos la facultad de razonar[34] y definirnos así como seres racionales.

---

que han caído bajo nuestra observación. Suponemos, pero no somos capaces de probarlo, que debe existir una semejanza entre los objetos de los que tenemos experiencia y aquellos que están más allá del alcance de nuestro descubrimiento. […] La razón no puede nunca demostrarnos la conexión de un objeto con otro, aunque esté ayudada por la experiencia y la observación de su enlace constante en todos los casos pasados». De allí, por supuesto, concluye que después de la experiencia no hay nada más y, por tanto, la relación de causalidad no existe, ya que «[l]a simple repetición de una impresión pasada, aunque sea al infinito, no sugiere nunca una idea original, como la de unión necesaria, pues el número de impresiones no tiene en este caso mayor efecto que si nos limitásemos a una sola». Hume, 1984, pp. 81-86.

33. Por básico o elemental que este sea.

34. Que puede ser entendida: «a) como facultad de captar las verdades que se ofrecen a nuestra mente como evidentes y, en moral, los primeros principios de la conducta buena y, por oposición, de la mala […]; b) como facultad calculadora que, partiendo de algunas premisas dadas por ciertas, bien por convención o bien por estar establecidas por una autoridad indiscutible, recaba analíticamente las consecuencias que acaban por tener el mismo status de certeza que las premisas […]; c) como facultad de conocer la «naturaleza de las cosas» y de extraer de este conocimiento las leyes generales que la gobiernan. […], d) como facultad que conoce y prescribe los medios adecuados para obtener el fin dado […]». Bobbio, 1985, p. 23.

Entonces, cualquier conocimiento o acción *deliberada* (pensada) debe ser catalogada indudablemente como racional. Y si esto es así, *la racionalidad solo puede ser definida como la calificación que se atribuye a todo conocimiento o actuación humana (en sentido amplio) que es producto de una evaluación reflexiva (uso de la razón), por muy inmediato o sofisticado que sea este proceso de evaluación.* Por lo tanto, tienen cobertura bajo este concepto de racionalidad conocimientos o actuaciones que van desde lo que tiene origen en una reflexión intuitiva (lo más inmediato[35]) hasta lo que responde a una reflexión científica (lo más sofisticado[36]), quedando en medio de ellos, por supuesto, toda una serie de posibilidades más.

En efecto, aunque tengamos la impresión de que cuando aprendemos o actuamos intuitivamente no realizamos reflexión alguna y, por tanto, no empleamos la razón[37], si consideramos que nuestras reacciones intuitivas responden al siguiente proceso: a) en un primer momento nuestros sentidos se ponen en contacto con los objetos o sucesos de la realidad; luego, b) nuestros sentidos remiten la información que perciben a nuestro pensamiento; y, finalmente, c) nuestro pensamiento nos hace *comprender* la información recibida y *reaccionar* a partir de esos datos; es evidente que en estos procesos existe también un momento, aunque muy inmediato, de deliberación[38]. En consecuencia,

35. Por ejemplo, cuando identificamos una semejanza o diferencia con «inmediatez» (salta a la vista, solemos decir); lo que evidentemente no podríamos hacer si no realizamos, aunque de manera muy breve, un juicio previo (empleando la razón). ¿En virtud de qué sino diríamos que A es semejante o diferente de B?
36. Como cuando, por ejemplo, debemos «demostrar» esa semejanza o diferencia empleando estructuras lógicas de razonamiento, fórmulas matemáticas o procedimientos científicos elaborados.
37. Postura que aparentemente, en relación al juicio moral, defiende Jonathan Haidt. Decimos aparentemente porque cuando afirma que «[l]as intuiciones ocurren primero y el razonamiento generalmente se produce después de emitirse un juicio…», en realidad, en este postulado al menos, no afirma que la intuición sea irracional. Por el contrario, inmediatamente después, añade que «… a medida que avanza una discusión, las razones dadas por otras personas a veces cambian nuestras intuiciones y juicios»; influencia y cambios que serían imposibles si la razón no tuviera que ver con las intuiciones. Y más adelante sostiene que «… las intuiciones (incluidas las respuestas emocionales) son un tipo de cognición, sólo que no son un tipo de razonamiento», y si son un tipo de cognición, indudablemente involucran el entendimiento y, por tanto, la razón. Es verdad que en otros pasajes de su obra, Haidt da a entender con algo más de claridad que la intuición no es racional. Así, afirma, por ejemplo, que «… la mente humana, al igual que la mente de los animales, reacciona constantemente de forma intuitiva a todo lo que percibe, y basa sus respuestas en esas reacciones». Pero creemos que Haidt comete aquí el error de confundir el «instinto» con la «intuición». El instinto no presupone juicio alguno, la intuición sí, por muy inmediato que sea. Entonces, una cosa es afirmar que no hay un *razonamiento estratégico consciente* en la intuición y, otra muy distinta, sostener que es *una reacción inconsciente o irracional*. Haidt, 2019, Caps. 2 y 3.
38. En este sentido, González Lagier sostiene que «la intuición no desplaza a la razón, sino que o bien es una forma imperfecta de ejercerla o bien está en el campo más adecuado para que florezca» y que «[e]n definitiva, parece haber razones para dudar de que las intuiciones desplacen todo papel causal de las razones en la toma de decisiones y realización de elecciones. La neuroética –concluye– parece haber exagerado la separación entre intuición y razón y no haber advertido las relaciones entre ellas». González Lagier, 2017, pp. 57 y 58. Por su parte, Bunge afirma que «[l]a intuición […] es real, pero es por lo menos tan falible como la percepción y el razonamiento. Sin embargo, al igual que éstas,

todo conocimiento o actuación intuitiva es también una actuación racional, por muy básico o limitado que sea el proceso de raciocinio que tiene lugar en ello.

En el otro extremo tenemos el razonamiento más sofisticado que corresponde a la ciencia. El proceso de reflexión aquí no solo es mucho más elaborado, sino que es el más elaborado que conocemos, por eso hemos afirmado antes que la ciencia se constituye en el *paradigma de la razón*, es decir, en su *modelo más acabado*. Entonces, es solo a través del razonamiento científico que podemos aspirar a alcanzar el conocimiento más objetivo posible. Dicho de otra manera, la *metodología de la ciencia* es el único camino conocido hasta el momento con posibilidad de acercarnos más a la verdad (en cuya búsqueda estamos constantemente). Pero que ese método sea el camino más eficiente, no significa que sea el único camino posible. Igualmente, que el conocimiento científico sea el más objetivo o cercano a la verdad que podemos alcanzar, no significa que otros tipos de conocimiento carezcan de toda validez y deban ser descartados o descalificados sin más.

No comprender estos dos aspectos fundamentales: a) que el hecho de que exista un mejor camino, no significa que sea el único; y, b) que el hecho de que la ciencia nos permita acercarnos más a la verdad, no significa que sea la única fuente de conocimiento válido; es lo que ha conducido al error de considerar generalmente como «racional» solo al conocimiento científico o al que es fruto de la aplicación del método científico o de principios y procedimientos lógico-matemáticos. Lo que se agrava cuando, no con poca frecuencia, a las disciplinas del conocimiento que encajan en estas exigencias (la matemática, la física y las ciencias naturales en general) se les denomina también equivocadamente *ciencias exactas,* pues ya hemos hecho evidente en este mismo trabajo que ni la verdad última, ni la exactitud del conocimiento, han sido alcanzados. Y no sabemos siquiera que ello sea posible.

Sin embargo, más allá de la importancia de hacer notar ese error que impide ver con claridad que *lo racional* es un calificativo que *debería* ser atribuido a todo lo que es producto de *la razón,* no es posible tampoco simplemente negar o desconocer la terminología comúnmente aceptada y empleada, y para buscar una salida que siendo coherente con lo que acabamos de anotar, nos permita, al mismo tiempo, tener claro también el *uso* que convencionalmente damos a la expresión «racional», hablaremos de «racionalidad en sentido amplio»[39] para referirnos a *todo* lo que involucra el empleo de la facultad de razonar (lo que debería ser) y de «racionalidad en sentido estricto» para referirnos *solo* a lo que involucra un razonamiento científico o lógico-matemático (uso convencional). Entonces, a partir de este momento, emplearemos las expresiones

la intuición se puede entrenar. Ese entrenamiento se da con la experiencia y la reflexión. Así pues, al hacer matemáticas uno puede adquirir intuición con respecto a asuntos abstractos. En este caso, lejos de ser preanalítica, la intuición es un dividendo de la razón…». Bunge, 2005, p. 424.

39. Como ya lo han hecho otros. Entre ellos los profesores Karl Popper y Manuel Atienza.

«racional» y «racionalidad» en su sentido estricto. Esto nos permitirá más adelante, apreciar con más claridad su diferencia con la «razonabilidad».

Antes es importante destacar que la distinción entre *racionalidad en sentido amplio* y *racionalidad en sentido estricto,* permite explicar también por qué no son equivocadas expresiones tales como *racionalidad con arreglo a fines, racionalidad con arreglo a valores*[40], *racionalidad instrumental*, *racionalidad material o sustancial*[41], o también expresiones como *racionalidad jurídica, racionalidad política, etc.*; a pesar de que en todas ellas no se está haciendo referencia a un tipo de razón lógico-formal o científica (por lo menos no necesariamente). Y no son equivocadas porque en todos estos casos, y otros similares, se está haciendo uso del término «racionalidad» en su *sentido amplio,* esto es, solo para destacar que en ellos se exige una reflexión que involucra el uso de la razón para deliberar respecto de si a tal conocimiento o actuación se le puede atribuir alguno de esos calificativos, aunque no se siga el método científico o lógico-matemático, ni se pretenda alcanzar un conocimiento científico o matemático; pues para este tipo de reflexión o deliberación está reservado *exclusiva y excluyentemente* el uso de la expresión «racionalidad» en su *sentido estricto*. Esto, por supuesto, como es obvio, no significa que no se pueda usar la racionalidad en su *sentido amplio* para referirse también a lo científico o matemático.

4. RAZÓN PRÁCTICA

Hemos concluido más arriba que aunque la razón no garantiza que alcanzaremos el *conocimiento objetivo*, hoy aceptamos que los métodos científico y lógico-matemático tienen el mérito de, por lo menos, *acercarnos* a él con *mayor éxito o probabilidad*. Sin embargo, esos métodos pierden total efectividad y aplicabilidad cuando ya no estamos frente a las regularidades de los *fenómenos naturales*, sino frente *al comportamiento humano,* en el que claramente no es posible establecer patrones necesarios y, por ello mismo, no es posible tampoco establecer un *método* que nos permita determinar o predecir si en tal o cual situación una persona *hará* o *dejará de hacer* algo, o lo hará en tal o cual sentido. Es decir, aceptado que el método científico tampoco es garantía de certeza absoluta sino solo de certeza transitoria, en el propósito de identificar regularidad en la conducta humana, ni siquiera es posible aspirar a acercarse a los niveles transitorios de certeza científica.

Esto se debe a que, a diferencia de los fenómenos naturales, los seres humanos poseen *libertad* o, más propiamente, poseen *voluntad* que les permite actuar con libertad, lo que hace que su conducta sea prácticamente impredecible. El hombre siempre puede *decidir* con *libertad* si hacer o no hacer algo, incluso si lo habitual es hacerlo.

40. Weber, 1964, p. 20.
41. Segura Ortega, 1998, p. 19.

Entonces, lo más que podremos afirmar respecto de su actuación es que es *probable* que las personas se comporten de tal o cual manera, pero teniendo presente que los niveles de *probabilidad* en este caso son *completamente precarios* en relación a los que nos permite alcanzar el método científico en la búsqueda de la verdad.

Precisamente por esto, por ser solo el *grado de probabilidad* lo que distingue la predicción de un fenómeno natural de la predicción del comportamiento humano[42], lo peculiar y relevante de la *razón práctica* no es la determinación de cuan acertada o no puede ser la *predicción* de las acciones humanas, sino la *calificación de estas,* como *buenas, (justas, correctas, mejores)* o *no,* es decir, su *rectitud o corrección moral* (por tanto, normativa), pues creo que estaremos de acuerdo en que no todo lo que decida hacer el hombre en ejercicio de su libertad es *moralmente bueno*. ¿Acaso no calificaríamos como moralmente mala para el propio sujeto la conducta de salir a la lluvia sin abrigo padeciendo de una neumonía, por ejemplo?… Igualmente, frente a alguien que requiere de ayuda para salvar su vida, tengo libertad de decidir si le presto auxilio o no, presuponiendo, por supuesto, que estoy en condiciones de hacerlo. Si elijo ayudar, todos, o por lo menos la mayoría, sostendrán que actué moralmente bien. En cambio, si pudiendo hacerlo no presté ayuda, todos, o por lo menos la mayoría, considerarán que actué moralmente mal[43]. Entonces, como resulta evidente, *libertad de actuar* no es lo mismo que *actuar moralmente bien*.

En ambos ejemplos hemos calificado el comportamiento como bueno a partir de lo que habitualmente consideramos de ese modo y, por ello, tal vez no encontraríamos mayor oposición. Sin embargo, el asunto se torna más complejo si nos percatamos de que esa calificación no surge tan espontáneamente como parece, pues incluso para calificar el comportamiento de los demás, necesitamos, primero, haber determinado lo que es bueno para nosotros. Y aquí el hombre se encuentra *solo frente a sí mismo*, es decir, únicamente frente a su calidad de ser humano dotado de *razón*, la que se supone que es capaz de conducirlo hacia el bien o hacia lo bueno. Aquí no cuenta con ninguna ayuda externa que oriente su decisión. Incluso los referentes de habitualidad o algunos ejemplos aislados no le serán de utilidad[44], pues si se precia de ser *autónomo* solo podrá

42. Pues, bien entendidas las cosas, externamente o visto desde fuera, el ser humano físico no deja de ser sino un objeto más existente en la naturaleza. Entonces, la predicción de su comportamiento «externo» solo puede expresarse en términos de probabilidad, igual que cualquier otro fenómeno que acontece en la realidad.
43. Con lo que no se pretende afirmar de ninguna manera que lo que es «moral» o «inmoral» es o puede ser determinado por acuerdo mayoritario. Pues, de ser así, bastaría con identificar las costumbres mayoritarias para determinar lo que es moralmente bueno o malo; con la consecuencia nefasta de que costumbres también nefastas en una sociedad se convertirían en parámetros normativos del comportamiento de sus miembros.
44. Kant sostiene: «El peor servicio que puede hacerse a la moralidad es quererla deducir de ciertos ejemplos. Porque cualquier ejemplo que se me presente de ella tiene que ser a su vez previamente juzgado según principios de la moralidad, para saber si es digno de servir de ejemplo originario, esto es, de modelo; y el ejemplo no puede en manera alguna ser el que nos proporcione el concepto de la moralidad». Kant, 2007, p. 23.

recurrir a *los principios morales que guían su conducta* para determinar lo que es *bueno;* pero –y este es otro detalle importante– incluso habiendo determinado lo que es bueno para él, su *libertad* siempre le permite elegir actuar en ese sentido o en otro (lo malo), tanto en relación con los demás (*buena* o *mala* para otro/s), como consigo mismo (*buena* o *mala* para sí); en principio, sin reproche externo alguno.

Frente a esa subjetividad (pues los principios morales de uno/s no coincidirán necesariamente con los de otro/s), es perfectamente válido plantearse ahora la siguiente interrogante: ¿es posible determinar objetivamente lo que es moralmente bueno para todos?… Relevados ya –luego de lo anotado en el segundo apartado de este trabajo– de la necesidad de explicar lo relativo a la posibilidad (o imposibilidad) de determinación de lo objetivo, partimos aquí respondiendo directamente que *la razón* es el único y último recurso que poseemos, si no para señalar con objetividad total lo que es bueno, sí para acercarnos lo más posible a esa determinación. Precisamente por ello hemos señalado en el párrafo precedente, que se supone que la razón humana debe ser capaz de conducirnos hacia lo moralmente bueno[45].

Esto, además, en la línea de aquello que ya ha quedado establecido en este trabajo: que, dado que somos seres dotados de razón, todo lo que nos exija una reflexión o juicio para la toma de decisiones, sea cual fuere la naturaleza o el sentido de esta, inevitablemente involucra el uso de esa razón. La determinación de lo que consideremos bueno no es la excepción y no pierde, tampoco, sentido alguno, incluso si luego tenemos libertad de decidir actuar en uno u otro sentido. Por el contrario, precisamente por poseer esa libertad necesitamos recurrir a algo que nos dicte criterios de comportamiento que nos permitan la supervivencia y la convivencia. Ese algo es *la razón.* Entonces, como es obvio, si deseamos que ella nos conduzca hacia lo bueno, debe permitirnos primero determinar lo que es bueno[46].

Pero ¿cómo determina la razón lo que es *moralmente bueno* de manera objetiva? Antes de responder esta interrogante, valgámonos de ella para explicar comparativamente la distinción con otra que nos hemos formulado anteriormente: ¿cómo determina la razón lo que es *verdadero* de manera objetiva?… En ambos casos lo que se pretende

45. Y en este sentido es importante anotar que «… el valor moral no reside en el efecto que de ella se espera, ni tampoco, por consiguiente, en *ningún principio* de la acción que necesite tomar su fundamento determinante en ese efecto esperado, pues todos esos efectos –el agrado del estado propio o incluso el fomento de la felicidad ajena– pudieron realizarse por medio de otras causas, y no hacía falta para ello la voluntad de un ser racional, que es lo único en donde puede, sin embargo, encontrarse el bien supremo y absoluto. Por tanto, no otra cosa, sino sólo la *representación de la ley* en sí misma –la cual desde luego no se encuentra más que en el ser racional–, en cuanto que ella y no el efecto esperado es el fundamento determinante de la voluntad, puede constituir ese bien tan excelente que llamamos bien moral, el cual está presente ya en la persona misma que obra según esa ley, y que no es lícito esperar de ningún efecto de la acción». Kant, 2007, pp. 14-15.

46. No podemos asumir simplemente que debido a que actuamos guiados por la razón, esta nos conduce siempre hacia lo bueno, pues, si fuera así, cualquiera sea la opción que tomemos, esta sería siempre la acertada, con la consecuencia absurda de que todo lo elegido resultaría ser *siempre bueno*. Y, en tal caso, sí dejaría de tener sentido reflexionar sobre el bien o sobre lo que es *bueno*.

es alcanzar *la objetividad:* en el último, buscando los principios o leyes universales del *conocimiento* y, en el primero, buscando los principios o leyes universales de la *conducta moral.* Cuando en la primera parte de este trabajo, preocupados solo por explicarnos cómo alcanzar el conocimiento verdadero u objetivo, nos hemos preguntado por ¿qué es la razón?, nuestra respuesta ha sido formulada, como es lógico, también con la idea de definir solo *la razón para conocer* la realidad externa. Sin embargo, la razón a la que venimos haciendo referencia ahora, es *la razón para actuar* (que es la que nos debe permitir determinar la acción moralmente buena) o *razón para la acción*[47] (no para conocer). En el primer caso, hablamos de ***razón teórica.*** En el segundo, de ***razón práctica***. Aunque, por supuesto, esta distinción solo responde a un criterio metodológico, pues ambas son, al fin y al cabo, una única y misma razón.

Volvamos a la pregunta que dejamos pendiente de respuesta. Hemos dicho que, en la búsqueda del *conocimiento objetivo* de la realidad, la *experiencia* no es garantía de alcanzar principios o leyes universales que se constituyan luego en parámetros de determinación última de lo que es objetivamente verdadero. Hemos dicho también, al menos preliminarmente y solo como presupuesto teórico, que esos principios o leyes solo podrían ser determinados por la *razón pura*, que se denomina así, justamente por no tomar ningún dato de la experiencia. Algo muy parecido cabe decir en relación a los valores que guían la conducta de las personas, pues no es posible extraer de las *costumbres* (experiencia social) los principios o leyes universales que nos permitan determinar con objetividad lo que es *moralmente bueno*, incluso si se trata de costumbres mayoritariamente aceptadas, pues, es sabido que lo que se acostumbra no necesariamente es bueno (el sacrificio humano aceptado por una comunidad, por ejemplo)[48]. Entonces, bajo aquel presupuesto, sería también la *razón pura* la que nos permitiría determinar estos principios o leyes universales. Para distinguir ambos ámbitos de la razón se emplea la denominación de ***razón pura teórica*** en el primer caso y de ***razón pura práctica,*** en el segundo.

Esta razón pura práctica ¿realmente nos permitirá determinar lo que es moralmente bueno con objetividad? Hemos señalado más arriba que comprender *lo que guía el*

47. En relación a las razones para la acción, Joseph Raz señala: «Nos referimos a razones al explicar, al valorar y al guiar la conducta de las personas. […] Las razones pueden usarse para guiar y para valorar sólo porque pueden usarse también en la explicación, y su única característica como tipo de explicación es que ellas explican la conducta por referencia a las consideraciones que guiaron la conducta del agente». Raz, 1991, p. 18.

48. Y, tal como ya reflexionaba Kant, aunque alguien pudiera considerar que «[l]a razón vulgar […] sabe distinguir perfectamente en todos los casos que ocurren qué es bien, qué es mal, qué conforme al deber o contrario al deber, […] qué es lo que debe hacer para ser honrado y bueno y hasta sabio y virtuoso. [… Sin embargo] El hombre siente en sí mismo una poderosa fuerza contraria a todos los mandamientos del deber […]. […Y es solo] la razón [de ciencia o filosófica la que] ordena sus preceptos, sin prometer con ello nada a las inclinaciones, severamente y, por ende, con desprecio, por decirlo así, y desatención hacia esas pretensiones tan impetuosas y a la vez tan aceptables al parecer –que ningún mandamiento consigue nunca anular–». Kant, 2007, pp. 17-18.

comportamiento humano es *mucho más complejo* que comprender los patrones de la realidad que lo circunda. Por lo tanto, si hemos concluido que ni siquiera recurriendo a las leyes o principios de la razón pura teórica es posible alcanzar el conocimiento objetivo (la realidad tal como realmente es); sería ingenuo pensar que la razón pura práctica sí nos permitirá establecer un catálogo de lo que es bueno con objetividad total y absoluta, pues, a las dificultades que enfrenta la razón en la búsqueda del conocimiento objetivo, se suma el hecho de que en este caso, no se enfrenta a una realidad externa regida por relaciones de *necesidad* natural[49], sino al sujeto interno, cuyos pensamientos y sentimientos son, por lo menos hasta hoy, imposibles de escudriñar.

Pero, si esto es así, ¿cómo es posible, entonces, considerar siquiera, que la razón pura pueda establecer *principios o leyes universales prácticas* objetivas?… Sigamos nuevamente el razonamiento kantiano para intentar responder esta pregunta. Kant sostiene que «[t]oda ley práctica representa una acción posible como buena y, por tanto, como necesaria para un sujeto capaz de determinarse prácticamente por la razón. Resulta, pues –continúa–, que todos los imperativos son fórmulas de la determinación de la acción, que es necesaria según el principio de una voluntad buena en algún modo. […Así] [e]l imperativo dice, pues, qué acción posible por mí, es buena, y representa la regla práctica en relación con una voluntad que no hace una acción sólo porque ésta es buena, porque el sujeto no siempre sabe que es buena, y también porque, aun cuando lo supiera, pudieran sus máximas ser contrarias a los principios objetivos de una razón práctica»[50].

Es decir, según Kant, toda ley práctica se expresa en imperativos que son fórmulas de determinación de acciones posibles *buenas* y, por tanto, un sujeto que determina su comportamiento por *la razón* debe seguir necesariamente esos imperativos, incluso contra lo que le dictan sus máximas de conducta individuales, e, incluso también, por tanto, sin saber que esas acciones son buenas. A partir de ello añade Kant que «hay un imperativo que, sin poner como condición ningún propósito a obtener por medio de cierta conducta[51] manda esa conducta inmediatamente. Tal imperativo es categórico. No se refiere –dice Kant– a la materia de la acción y a lo que de ésta ha de suceder, sino a la forma y al principio de donde ella sucede, y lo esencialmente bueno de la acción consiste en el ánimo que a ella se lleva, sea el éxito el que fuere. Este imperativo –concluye– puede llamarse el de la moralidad»[52].

Evidentemente nuestra razón exige ahora una explicación respecto del fundamento de tal imperativo, Kant mismo se pregunta: si la necesidad representada objetivamente no puede asentarse en ninguna suposición previa ¿cómo es posible el imperativo de la

49. Aunque tal vez sea más apropiado hablar de «aparente» necesidad, pues esta solo responde a lo que somos capaces de percibir por nuestros sentidos.
50. Kant, 2007, p. 29.
51. Como sí hace el *imperativo hipotético,* en virtud del cual una acción es buena solo como medio para algún otro propósito o para alcanzar alguna otra cosa.
52. Kant, 2007, p. 31.

moralidad?[53]… Responde afirmando que ese imperativo es dictado por la razón y tiene un origen totalmente *a priori,* y de ello surge su autoridad imperativa[54]. Esta respuesta seguramente nos resultará poco satisfactoria, pues parece ser nuevamente una remisión a un simple acto de fe en la razón. Pero Kant se explica un poco más y dice: Cuando el hombre se considera o toma conciencia de sí mismo «como inteligencia», esto es, como independiente de las impresiones sensibles en el uso de la razón (es decir, como perteneciente al «mundo inteligible»), quien da leyes en ese mundo es la *razón* y solo la *razón pura* independiente de la sensibilidad y esas *leyes* se refieren a él inmediata y categóricamente[55].

Anota en seguida, que el concepto de un mundo inteligible es sólo un *punto de vista* que la razón *se ve obligada a tomar* fuera de los fenómenos, para *pensarse a sí misma como práctica*; lo que resulta, sin embargo, necesario, si no ha de quitársele al hombre la conciencia de su yo como inteligencia y, por tanto, como causa racional y activa por razón, esto es, libremente eficiente[56]. Es decir, si realmente consideramos al ser humano como un ser inteligente, pero, además, y, sobre todo, consciente de su inteligencia y, por tal, capaz de *autorregular efectivamente* su conducta de manera *racional,* no podemos sino aceptar que solo la razón pura puede dictarnos leyes que se expresan en mandatos imperativos inmediatos e incondicionados, esto es, leyes morales objetivas.

En otros términos, si entendemos bien a Kant, sería absolutamente contradictorio que el ser humano, una vez consciente de su «ser inteligente», que es lo que, precisamente, le hace ser «racionalmente autónomo», admita luego que es condicionado por algo más que su razón. Parece evidente que esto resultaría ilógico a los ojos de cualquiera. Por ello no debe resultarnos desalentador, sino consecuente con nuestra defendida autonomía racional, que Kant sostenga más adelante que «la razón humana es totalmente impotente para explicar cómo ella, sin otros resortes, vengan de donde vinieren, pueda ser por sí misma práctica […] y producir un interés que se llamaría moral, o, dicho de otro modo: *cómo la razón pura pueda ser práctica*»[57]; y termine afirmando que «[t]odo esfuerzo y trabajo que se emplee en buscar explicación de esto será perdido»[58].

En un similar sentido, al abordar el tema del *cogito* de Descartes, Thomás Nagel sostiene que «[e]l elemento filosófico verdaderamente significativo no consiste en la conclusión de Descartes de que él existe […] ni tampoco en el descubrimiento de algo absolutamente cierto. Antes bien, lo principal es que Descartes muestra que hay ciertos pensamientos respecto de los cuales no podemos ubicarnos *en el exterior*. […] Los pensamientos lógicos y matemáticos más sencillos, por ejemplo, forman parte de la estructura dentro de la cual debe situarse cualquier cosa que se nos ocurra para

53. Kant, 2007, p. 33.
54. Kant, 2007, p. 39.
55. Kant, 2007, pp. 69-70.
56. Kant, 2007, pp. 70-71.
57. Kant, 2007, p. 73.
58. Kant, 2007, p. 73.

socavarlos o condicionarlos, y pensamientos del mismo tipo deben, de modo inevitable, jugar un papel en los argumentos de socavación. Aunque es menos obvio, creo que –apunta Nagel– algo similar sucede en el caso del razonamiento práctico, incluyendo el razonamiento moral: si tratamos de adoptar un punto de vista completamente fuera de él, habremos de fracasar»[59].

Con seguridad, la solidez racional (y no el argumento de autoridad) de los pasajes citados, nos ayudarán a aceptar con mejor disposición que, de manera similar a lo que nos sucede en el afán de buscar la verdad o conocimiento objetivo de la realidad, *la razón* es la única y última herramienta intelectual[60] que poseemos con capacidad de darnos *la posibilidad* de por lo menos *aspirar* a determinar con objetividad, esta vez, lo que es bueno (justo, correcto, mejor), y actuar en consecuencia con ello[61]. Y, nuevamente, tal vez sea bueno que solo quede así, en posibilidad. Probablemente esto constituya *una virtud de la razón y no una limitación,* especialmente cuando de los valores que guían el comportamiento humano se trata, pues muchas cosas que, por ejemplo, fueron consideradas buenas o justas en el pasado (esclavizar, discriminar, etc.), hoy las consideramos malas o injustas, y muchas otras que hoy consideramos justas, probablemente sea mejor que no lo sigan siendo más adelante.

Pero si esto es así, es decir, si a pesar de haberse demostrado que la eficacia de la razón es realmente limitada no solo en su aspiración de alcanzar el conocimiento objetivo o verdad última sobre la realidad, sino también, y sobre todo, en su aspiración de determinar objetivamente lo moralmente bueno; seguir considerándola fuente última de apelación en esas pretensiones ¿finalmente no significa acaso refugiarse en un simple acto de fe en la razón?… Sí, en efecto así es. Pero ¿no era esto lo que precisamente queríamos evitar?… También. Entonces, ¿hemos fracasado en nuestro propósito?… Definitivamente no. Tenemos este sentimiento de frustración porque condicionados culturalmente nos hemos propuesto al inicio de este trabajo encontrar la explicación de por qué la razón es la fuente última a la que se puede apelar para alcanzar la verdad con certeza absoluta y para determinar lo moralmente bueno también con objetividad absoluta, pero en el camino hemos caído en la cuenta de que la certeza u objetividad absoluta es solo un mito, dado que es imposible acceder a ella, por los propios límites de la razón, que no puede sino ofrecernos más que capacidad intelectual para seguir en

59. Nagel, 2000, pp. 31-32.
60. Entiéndase intelectual como relativo al entendimiento.
61. Con mucho acierto señala Kant que «… ha habido en todos los tiempos filósofos que han negado en absoluto la realidad de esa disposición de espíritu [obrar por deber puro] en las acciones humanas y lo han atribuido todo al egoísmo, más o menos refinado; más no por eso han puesto en duda la exactitud del concepto de moralidad; más bien han hecho mención, con íntima pena, de la fragilidad e impureza de la naturaleza humana, que, si bien es lo bastante noble para proponerse como precepto una idea tan digna de respeto, en cambio es al mismo tiempo harto débil para poderlo cumplir, y emplea la razón, que debiera servirle de legisladora, para administrar el interés de las inclinaciones, ya sean aisladas, ya –en el caso más elevado– en su máxima compatibilidad mutua». Kant, 2007, pp. 21-22.

esa búsqueda permanente, cuestionándonos lo que hoy aceptamos como verdadero, válido o bueno.

Sin embargo, no es con actitud de resignación con que debemos reconocer y aceptar esos límites, pues, como ya hemos señalado, no tienen por qué significar necesariamente una desventaja, sino probablemente su mayor ventaja, ya que a partir de ello la idea de lo racional se enriquece al comprender que la «fe en la razón no solamente es una fe en nuestra propia razón, sino también –y más aún– en la de los demás[62]. De este modo un racionalista, aun cuando se crea intelectualmente superior a otros, habrá de rechazar toda pretensión de autoridad, puesto que tiene conciencia de que, si bien su inteligencia es superior a la de otros (lo cual, sin embargo, no le resulta fácil juzgar), ello se cumple sólo en la medida en que es capaz de aprender de la crítica de los demás, de sus propios errores y de los ajenos, y de prestar atención a las razones de los demás».[63]

Y una actitud de esta naturaleza es, precisamente, la que impide que desaparezca en el ser humano la *necesidad* permanente de *buscar determinar con objetividad* (o con la mayor objetividad posible) lo que es bueno (justo, mejor, correcto); carga que no deja de estar presente cuando en su ámbito *estrictamente individual* debe determinar lo que es *objetivamente bueno* para sí (lo que le genera felicidad o lo que lo mantiene sano, por ejemplo), a pesar de que las consecuencias de su elección solo le atañen a él mismo; y que está presente con mayor razón aún en el *escenario social*, no solo porque las consecuencias de lo que considere *objetivamente bueno* esta vez se extienden también a otro/s, a la comunidad entera inclusive, sino, sobre todo porque así como un sujeto puede elegir como parámetro de determinación de lo que es bueno, *la felicidad*, otro podría perfectamente elegir el *dolor;* otro, *la salud;* otro, *el valor instrumental*; otro, *el cumplimiento del deber,* otro, *la justicia*, etc.

Entonces, si sabemos que en el ámbito de la razón práctica no contamos con un patrón o método similar al método científico ¿cómo satisfacemos esa necesidad de alcanzar acuerdos mínimos (por circunstanciales o temporales que sean) en relación a lo que objetivamente podemos considerar como moralmente bueno en un grupo social?… *La razón* sigue siendo nuestro único recurso, aunque en este caso, en atención a que responde a criterios de intersubjetividad (de ahí, precisamente, su riqueza), se ha convenido en hablar ya no de *razón* ni de *racionalidad*, sino de *razonabilidad,* expresión a la que, con seguridad, aunque sin ser conscientes de ello, solemos recurrir de manera más intuitiva y cotidiana, incluso para validar nuestras propias ideas, decisiones o acciones luego de haber hecho una elección o enfrentado un dilema (las solemos calificar de *razonables* cuando consideramos que hemos optado por lo mejor en esa circunstancia).

62. Popper sintetiza esta actitud que denomina de «racionalismo crítico» en estos versos: «Quizá esté yo equivocado y tú en lo cierto, quizá con un esfuerzo a la verdad nos acerquemos». Popper, 1997, p. 15.
63. Popper, 2006, p. 451.

5. ¿QUÉ ES LA RAZONABILIDAD?

Lo que se acaba de afirmar al cerrar el apartado precedente, nos anuncia ya que el empleo del término *razonabilidad* no implica solamente un cambio convencional de terminología debido a que hemos dejado el ámbito de la *razón teórica* (que busca determinar objetivamente el *conocimiento verdadero*), para pasar al ámbito de la *razón práctica* (que busca determinar objetivamente lo *moralmente bueno*); pues si bien ello sería una justificación perfectamente válida para emplear un término distinto al de *racionalidad*[64] (que, según la convención aceptada, se acomoda más a los frutos de la razón teórica), plantear ese cambio en tales términos significaría detenerse solo en lo más superficial.

Utilizar el término «razonabilidad» en el ámbito de la razón práctica responde especialmente al abandono de las ideas de universalidad unidireccional o unicidad, de lo absoluto, de atemporalidad, de totalidad conglobante, de generalidad abstracta, de centralidad, de exactitud, que son pretensiones que alberga la idea de «racionalidad»; para acoger las ideas de multidireccionalidad, de relatividad, de diversidad, de descentralidad, de contextualidad, de pluralismo, de plausibilidad, de relevancia de lo particular, de sensibilidad moral. Y puesto que (por condicionamiento cultural) nos hemos creado la necesidad de apegarnos a la idea de origen o referente único, de fuente última de objetividad o certeza, entonces, lo que nos resulta no solo más atractivo sino incluso más valioso es la idea de racionalidad[65], a partir de lo cual tendemos a entender la razonabilidad como algo subsidiario a la racionalidad, fruto de la relajación forzada de las exigencias de esta última y, por tanto, algo que aceptamos con disgusto frente a la imposibilidad de alcanzar los niveles de objetividad racional que anhelamos.

Esa desazón tiene explicación en el hecho de que «el pensamiento, al abandonar su referencia a la totalidad, pierde también su autarquía. Pues el objetivo que ahora ese pensamiento se propone de un *análisis formal* de las condiciones de racionalidad no permite abrigar ni esperanzas ontológicas de conseguir *teorías substantivas* de la naturaleza, la historia, la sociedad, etc., ni tampoco las esperanzas que abrigó la filosofía trascendental de una *reconstrucción apriórica* de la dotación trascendental de un sujeto genérico, no empírico, de una conciencia en general»[66]. Pero, nuevamente, entender la racionalidad[67] o la razón de esta manera, con la apertura que expresa y justifica el uso del vocablo «razonabilidad», antes que una desventaja, es, y ahora sí lo podemos afirmar con seguridad, otra, si no la mayor, de sus virtudes.

64. Racionalidad en sentido estricto.
65. Bien afirma Segura Ortega, que «[l]a racionalidad tiene un carácter ideológico cuando se introducen a través de ella principios o ideas que responden a una determinada concepción del mundo. Esta *Weltanschauung* se absolutiza y lo que constituye una creencia se pasa a través del filtro de la razón con una doble pretensión: por una parte, su universalización y, por otra, su veracidad. La razón se constituye así en el Instrumento que sirve para dar solidez a una determinada concepción…». Segura Ortega, 1998, p. 17.
66. Habermas, 1988, pp. 16-17. [Las cursivas que aparecen en la cita son añadidas].
67. Racionalidad en sentido amplio.

Circunscribir el potencial de la razón únicamente a los alcances de la racionalidad, significaría optar por asignarle un contenido restringido, y ello implicaría no solo estrechar lo esencial de ella a ciertos modos particulares de operar con el intelecto, sino, y sobre todo, esterilizarla, amputándola y embotando su dimensión decisiva[68], pues, en efecto, «*el contenido de la razón* puede ser *bastante rico*, incluyendo métodos firmes de justificación empírica de creencias y distintos tipos de razón práctica y justificación moral; o puede ser *muy austero*, y limitarse a principios lógicos y no mucho más»[69]. Y decimos *asignarle contenido* porque sin duda, ya lo hemos dicho también, «las raíces de la racionalidad se encuentran en nuestra cultura, es decir en las formas como usamos este concepto en el lenguaje ordinario»[70].

Con mucho acierto Habermas hace notar que aunque «la expresión "racional" supone una estrecha relación entre racionalidad y saber […], la racionalidad tiene menos que ver con el conocimiento o con la adquisición de conocimiento que con la forma en que los sujetos capaces de lenguaje y de acción hacen uso del conocimiento»[71], lo que, evidentemente, no significa restar importancia al conocimiento, pues es el elemento de esa relación que «permite sospechar que la racionalidad de una emisión[72] o de una manifestación depende de la fiabilidad del saber que encarnan»[73], saber no necesariamente formalizado ni adquirido institucionalmente, con lo que pueden ser sujetos igual y perfectamente racionales tanto un iletrado o analfabeto *sensato* como alguien que ha obtenido el más alto grado académico, siempre que también sea *sensato* claro está.

«En una palabra, todos los tipos de habla o de lenguaje están más o menos situados o arraigados en la ocasión en la que se emplean y, si se abstraen de esa ocasión, en teoría pueden estar más o menos "desituados" o "desarraigados". Algunos usos corrientes del lenguaje están más situados o desituados, otros menos; ninguno de ellos es solo escrito, o solo hablado»[74]. Y esto es así especialmente «en los dominios [en los que][75] se trata de establecer lo que es preferible, lo que es aceptable y razonable, [pues] los razonamientos no son ni deducciones formalmente correctas ni inducciones que van de lo particular a lo general, sino argumentaciones de toda especie que pretenden ganar la adhesión de los espíritus a las tesis que se presentan a su asentimiento. [… Es decir], discurso persuasivo [… que busca] obrar sobre los otros hombres por medio del *logos*, término que designa de una manera equívoca, a la vez, la palabra y la razón»[76].

68. Ortega y Gasset. Cit. por Recaséns Siches, 1956, p. 130.
69. Nagel, 2000, p. 29.
70. Aarnio, 1991, p. 251.
71. Habermas, 1988, p. 24.
72. Pues «el que no posee ideas adecuadas a las palabras que usa no puede establecer proposiciones de cuya verdad pueda estar seguro». Locke, 1984, p. 165.
73. Habermas, 1988, p. 24.
74. Toulmin, 2003, p. 53.
75. La traducción original consigna la expresión «donde».
76. Perelman, 1998, p. 12.

Ya Aristóteles subrayaba que «[h]ay *demostración* cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; en cambio, es *dialéctico* el razonamiento construido a partir de cosas plausibles. Ahora bien, son verdaderas y primordiales –dice Aristóteles– las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas (en efecto, en los principios cognoscitivos no hay que inquirir el por qué, sino que cada principio ha de ser digno de crédito en sí mismo); en cambio –continúa–, son cosas plausibles las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados»[77].

De ello no se debe entender –reiterando una observación– que lo razonable esté determinado por consenso o por mayoría[78], ni menos aún por el punto de vista de un solo individuo, por muy distinguido que este sea. Por eso es importante hacer notar que en el pasaje citado, Aristóteles está haciendo referencia a las cosas plausibles como fuente o *puntos de partida* para el razonamiento dialéctico, no como resultados de él. En todo caso, parafraseando a Perelman[79], cabría decir que si en algún momento entendemos lo plausible como razonable (como resultado), este plausible debe poseer un aspecto cualitativo que lo acerque más a lo «razonable» que a la idea de «tópica» de Viehweg[80] (lugares o puntos de vista comúnmente aceptados[81]).

Lo claro hasta aquí es que lo razonable es un producto intersubjetivo y, por ello mismo, relativo, pues «no disponemos de ningún mundo inteligible que nos proporcione unas ideas listas para usar, de modo que no tenemos otra opción que inventar verdades prácticas. Es más, si uno no confía en la idea de que es posible algún tipo de intuición moral de aquellas verdades prácticas, no puede esperar descubrirlas en sí mismo, sino que sólo puede esperar encontrarlas a través de procedimientos de argumentación que nos exijan [considerar y, en su caso,] adoptar el punto de vista de otros, en lo que sería algo así como una aplicación efectiva del imperativo categórico»[82],

77. Aristóteles, 1994, p. 90. [100a (25-30) – 100b (20-25)].
78. En términos de Nagel, por una generalidad «estadística» y «no racional». Nagel, 2000, p.17.
79. Perelman sostiene que «[e]n ciertos casos, lo que es generalmente aceptado es verosímil, pero no se trata de confundir este verosímil con una probabilidad calculable. Al contrario, el sentido de la palabra *Eulogos*, que se traduce por «generalmente aceptado» o «aceptable», tiene un aspecto cualitativo, lo que lo aproxima más al término «razonable» que al término «probable»». Perelman, 1998, p. 20.
80. A decir de Viehweg, «[l]a tópica o *ars inveniendi* proporciona indicaciones útiles, los *topoi* o *loci* ofrecen ayudas iniciales concretas. Funcionan como "fórmulas de búsqueda", en el sentido estricto, como directrices ofrecidas, aceptadas, o de alguna manera impuestas o rechazadas, para la invención, es decir, para descubrir puntos de vista que solucionen el problema en la dirección indicada dentro de una tópica de primer o segundo grado, como posibilidades para ingresar en conversaciones, como objetos de la negociación, etcétera». Viehweg, 1997. pp. 180-181.
81. Que sin duda deben gozar de un mínimo de razonabilidad, pues, de lo contrario, sería absurdo o ilógico considerarlos como puntos de partida o directrices iniciales válidas. No perdamos de vista, por ejemplo, que varias de las cosas que consideramos razonables hoy, se constituirán en el futuro solo en *puntos de partida o ayuda* para buscar *resultados* más razonables.
82. Renaut, Alain. En: Habermas, 2003, pp. 16-17.

«pues el racionalismo se halla íntimamente relacionado con la creencia en la unidad del género humano»[83] y «supone […] la idea de que nadie debe ser su propio Juez, y también la idea de imparcialidad»[84]. Entonces, lo razonable, si pretende ser expresión objetiva de lo que aceptamos como socialmente bueno, justo, mejor o correcto, debe también responder a esos presupuestos.

Está claro que no podrá hacerlo recurriendo al método o procedimiento científico, pero sin duda es posible identificar otro que, respondiendo a una lógica diferente, sirva para ese fin. Una evidencia de que tal método existe es el hecho concreto y verificable de que vivimos en grupos humanos que conviven logrando permanentes acuerdos. Esto no sería posible si no hubiéramos encontrado una *forma* de llegar a ellos. Lo único que hace falta, entonces, tal como sucede con la ciencia, es reconocer correctamente el camino seguido para llegar a ese punto. Y ¿cuál es ese camino? *Grosso modo*: primero los participantes plantean sus posiciones, luego se contradicen y debaten esas posiciones, se presentan argumentos (razones que las justifican) de una y otra parte, y, finalmente, se llega a una conclusión (debidamente fundamentada y persuasiva) que es aceptada como la más «plausible», «aceptable» o «razonable».

Como se puede ver claramente, se trata también de un procedimiento lógico (en el sentido amplio de este término), pero no se trata de una *lógica demostrativa* (que es a la que responde el conocimiento científico), sino de una *lógica dialéctica* (pues, en este caso, a diferencia del objeto de estudio de la ciencia, existe *contradicción*) o de una *dialógica*, como lo han denominado también algunos[85]. Esto debido a que el procedimiento que hemos descrito en el párrafo precedente no ha sido sino uno de *diálogo*[86] (en el que

83. Popper, 2006, p. 445.
84. Popper, 2006, p. 451.
85. «Consecuentemente, se esboza una *dialógica* que permite concebir al diálogo como un juego reglado entre dos jugadores o partes. Estos son llamados, siguiendo la tradición retórica, proponente (o responsor, o defensor), por una parte, y oponente, por otra, o simplemente B (blanco) y N (negro). Sus acciones discursivas son los movimientos en el juego del diálogo, que atacan o defienden un enunciado compuesto o simple (que aquí es equiparado a una aseveración). La regla general del juego indica en una tabla cuáles son las posibilidades que existen de ataque y de defensa y la regla especial del juego indica cuándo, en el curso del diálogo (describible igualmente en una tabla), puede llevarse a cabo un ataque o una defensa. Aquel jugador que logra responder a su favor todos los movimientos concebibles del contrincante en el diálogo es el ganador. Posee –suele decirse siguiendo la terminología de la nueva teoría de los juegos– la estrategia del triunfo para ese diálogo. El concepto de estrategia del triunfo determina lo que aquí es lógicamente verdadero o falso». Viehweg, 1997. pp. 166-167.
86. Habermas afirma que «[l]a transición de una reflexión monológica al diálogo pone de manifiesto un rasgo del procedimiento de universalización que permaneció implícito hasta el surgimiento de una nueva forma de conciencia histórica, a caballo entre el siglo XVIII y el XIX. Tan pronto como percibimos la historia y la cultura como fuentes de una abrumadora variedad de formas simbólicas, y de la singularidad de las identidades individuales y colectivas, también nos damos cuenta del reto que supone, en consecuencia, el pluralismo epistémico. Hasta cierto punto, el hecho del pluralismo cultural significa también que el mundo es percibido e interpretado globalmente de formas distintas desde la perspectiva de individuos distintos y grupos distintos (al menos al principio). Existe una especie de pluralismo interpretativo que afecta a la visión del mundo y a la comprensión de uno mismo, al tipo y a la relevancia de los valores y los intereses que perciben las personas, cuya historia vital se halla

se presentan y se confrontan posiciones para arribar a un acuerdo razonable), lo que sin duda es una expresión del *método dialéctico* o *técnica de la controversia* (tesis, antítesis y síntesis[87]), cuya importancia no se encuentra centralmente en su denominación ni en la identificación de sus etapas, sino en la comprensión del proceso dialéctico.

Hegel sostiene que en el método dialéctico «hay que atenerse, ante todo, al resultado y que él es el que hay que aprehender en su verdad, porque sólo el resultado puede procurar una base a la marcha y al desarrollo del conocimiento»[88]. Esta relevancia dada al resultado se debe a que para el método dialéctico *la afirmación de algo* solo expresa un momento inmediato, en el que la contradicción no está presente, es decir, el momento en el que la afirmación solo está en relación consigo misma. Y si no sale más allá de sí y se contradice o se niega, se estanca en ese momento y con ello también el progreso del conocimiento o, en este caso, de nuestras concepciones de lo bueno, lo más justo, lo más correcto o lo mejor. Por eso la *contradicción* juega el rol preponderante en el proceso dialéctico, pues ella hará que esa afirmación termine por ponerse en crisis, por cuestionarse a sí misma, pero no para desaparecer o quedar anulada, sino para alcanzar un *resultado* más evolucionado.

De lo que se trata, entonces, es de entender «que sin recorrer y explorar todos los caminos es imposible dar con la verdad y adquirir inteligencia de ella»[89]. Esa exploración y búsqueda, por supuesto, son permanentes, pero un aspecto fundamental en esa tarea es no limitarse a «sólo suponer que cada cosa es y examinar las consecuencias que se desprenden de esa hipótesis, sino también suponer que esa misma cosa no es»[90], y evaluar también las consecuencias derivadas de esto. A partir de ello debemos ser capaces de reconocer eso que aceptamos como bueno o mejor en tal o cual caso concreto, en ese momento y en esa circunstancia particular. Por ello afirma Hegel que como resultado de la contradicción, afirmación y negación se hacen unidad y unidad reforzada. Y el ciclo, por supuesto, se repite permanentemente porque nuestras concepciones de lo que es bueno o mejor cambian también constantemente en el tiempo y en las circunstancias.

Por ejemplo, la protección del derecho a la vida se constituye en una protección más integral cuando su concepción inicial, que se limitaba a proteger el ámbito existencial de ese derecho, fue negada, pues negar que esa esfera limitada de protección signifique realmente proteger la vida es lo que ha conducido a que luego ese mismo derecho se extienda a la protección de otros aspectos materiales como la salud integral, el vestido,

integrada en tradiciones y formas de vida particulares, y es configurada por ellas. Esta multiplicidad de perspectivas interpretativas –concluye– es la razón por la cual el significado del principio de universalización no queda suficientemente agotado por ninguna reflexión monológica a partir de la cual las máximas serían aceptables […] como ley general». Habermas, 2003, pp. 22-23.

87. Para referirse a este proceso, Hegel utiliza la terminología de *afirmación*, *negación* y *negación de la negación*.
88. Hegel, 2002, p. 124.
89. Zenón en el Diálogo «Parménides». En: Platón, 1998, p. 59.
90. Parménides en el Diálogo «Parménides». En: Platón, 1998, p. 57.

la vivienda, la recreación, etc., pero sin dejar de proteger el ámbito existencial. Es decir, primero se *niega* la concepción inicial del derecho a la vida, luego *se niega esa negación* y el derecho a la vida resurge (no desaparece) en una concepción mucho más acabada (aunque no última). Entender el derecho a la vida de esta nueva forma seguro que nos resulta mejor (más bueno) que la primera y, por ello mismo, más razonable.

Pero para que algo sea razonable no basta con aplicar el método dialéctico. Tampoco se trata solo de llegar a un acuerdo. Si así fuera, *primero*: razonabilidad y acuerdo serían equivalentes, con lo que la propia expresión perdería completo sentido, y, *segundo:* incluso los acuerdos más absurdos e ilógicos resultarían razonables. Entonces –y esto tiene que ver con los presupuestos que deben cumplir los sujetos intervinientes en la determinación de lo razonable– una conclusión o decisión resulta razonable si viene de personas competentes en la materia que se discute y en el arte de presentar y rebatir razones[91] (solo así se podrá alcanzar solidez argumentativa), si es producto de un esfuerzo argumentativo receptivo[92] (para considerar en serio los argumentos de otros) y honesto[93] (para estar dispuesto a aceptar otro argumento como mejor que el suyo). Es decir, si responde a la guía de la razón, cuyos parámetros de objetividad últimos son las leyes o principios universales que nuestra naturaleza humana nos impone como *deberes de actuación* para *sobrevivir* y para *convivir,* las que, aunque no podemos *verificar* cuáles y cuántos puedan ser, sí sabemos por lo menos que no son *solo* producto ni de las inclinaciones naturales, ni del egoísmo, ni de los intereses individuales, ni de los intereses grupales[94].

91. Pues «en cada disciplina hay un conjunto de tesis y de métodos que cada especialista debe admitir y que solo en casos excepcionales se someten a discusión; no se les puede discutir arbitrariamente sin manifestar incompetencia». Perelman, 1998, p. 37.
92. Ya que «el querer convencer a alguien siempre implica cierta modestia por parte de la persona que argumenta: lo que dice no constituye un "dogma de fe", no dispone de la autoridad que hace que lo que se dice sea indiscutible y lleve inmediatamente a la convicción». Perelman, & Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 51.
93. «[P]odemos juzgar también de la racionalidad de un sujeto capaz de lenguaje y de acción según sea su comportamiento, llegado el caso, como participante en una argumentación: «Cualquiera que participe en una argumentación demuestra su racionalidad o su falta de ella por la forma en que actúa y responde a las razones que se le ofrecen en pro o en contra de lo que está en litigio. Si se muestra abierto a los argumentos, o bien reconocerá la fuerza de esas razones, o tratará de replicarlas, y en ambos casos se está enfrentando a ellas de forma racional. Pero si se muestra sordo a los argumentos, o ignorará las razones en contra, o las replicará con aserciones dogmáticas. Y ni en uno ni en otro caso estará enfrentándose racionalmente a las cuestiones» [Toulmin, Riecke, Janik]. A la susceptibilidad de fundamentación de las emisiones o manifestaciones racionales responde, por parte de las personas que se comportan racionalmente, la disponibilidad a exponerse a la crítica y, en caso necesario, a participar formalmente en argumentaciones. En virtud de esa susceptibilidad de crítica, las manifestaciones o emisiones racionales son también *susceptibles de corrección*. Podemos corregir las tentativas fallidas si logramos identificar los errores que hemos cometido. El concepto de *fundamentación* va íntimamente unido al de *aprendizaje*». Habermas, 1988, p. 37.
94. El siguiente pasaje de Kant creo que ilustra mejor lo que aquí pretendemos afirmar: «… hay muchas almas tan llenas de conmiseración, que encuentran un placer íntimo en distribuir la alegría en torno suyo, sin que a ello les impulse ningún movimiento de vanidad o de provecho propio, y que pueden

Pero incluso teniendo consciencia de estas exigencias para alcanzar una conclusión o acuerdo razonable, nada garantiza que se cumplan. Es más, sería ingenuo pensar que en un debate *es posible* determinar, por ejemplo, si los participantes están actuando guiados por su egoísmo o no, pues nada obsta a que estratégicamente *disfracen de posiciones objetivas y honestas* sus intereses egoístas. Peor aún, probablemente esto es lo que sucede casi siempre. Entonces, saber que la razón es la única y última herramienta intelectual que poseemos con capacidad de darnos *la posibilidad* de *aspirar* a determinar con objetividad lo que es bueno, justo, correcto o mejor, no es garantía de que la utilicemos para ese fin. Precisamente por ello es fundamental que en un diálogo que busque una conclusión razonable participen sujetos competentes material (conocimiento del tema en cuestión) y procedimentalmente (solvente en materia argumentativa). Es la única forma en que proponente y oponente pueden tener la posibilidad de poner en evidencia los reales intereses de su contraparte y obligar a que el diálogo se torne más racional.

Bien sostenía Aristóteles que «no hay que discutir con todo el mundo, ni hay que ejercitarse frente a un individuo cualquiera. Pues, frente a algunos, los argumentos se tornan necesariamente viciados»[95]. Ocultar los intereses de manera deliberada claramente vicia el diálogo y lo torna en irracional, por ello afirmamos más arriba que «la racionalidad tiene menos que ver con el conocimiento o con la adquisición de conocimiento que con la forma en que los sujetos capaces de lenguaje y de acción hacen uso del conocimiento»[96]. Pero igualmente sostuvimos que eso no significa restar importancia al conocimiento, pues también puede darse el caso de que alguien, aunque equivocadamente, *crea* realmente que está planteando su posición de manera *honesta* a partir de lo que *conoce* y, en tal caso, este participante no puede ser tachado ni se puede sostener

regocijarse del contento de los demás, en cuanto que es su obra. […] [E]n tal caso, semejantes actos, por muy conformes que sean al deber, por muy dignos de amor que sean, no tienen, sin embargo, un valor moral verdadero y corren parejas con otras inclinaciones; […] pues le falta a la máxima contenido moral, esto es, que tales acciones sean hechas, no por inclinación, sino por deber.
Pero supongamos que el ánimo de ese filántropo está envuelto en las nubes de un propio dolor, que apaga en él toda conmiseración por la suerte del prójimo; supongamos, además, que le queda todavía con qué hacer el bien a otros miserables, aunque la miseria ajena no lo conmueve, porque le basta la suya para ocuparle; si entonces, cuando ninguna inclinación le empuja a ello, sabe desasirse de esa mortal insensibilidad y realiza la acción benéfica sin inclinación alguna, sólo por deber, entonces, y sólo entonces, posee esta acción su verdadero valor moral. Pero hay más aún: un hombre a quien la naturaleza haya puesto en el corazón poca simpatía; un hombre que, siendo, por lo demás, honrado, fuese de temperamento frío e indiferente los dolores ajenos, acaso porque él mismo acepta los suyos con el don peculiar de la paciencia y fuerza de resistencia, y supone estas mismas cualidades, o hasta las exige, igualmente en los demás; un hombre como este –que no sería de seguro el peor producto de la naturaleza–, desprovisto de cuanto es necesario para ser un filántropo, ¿no encontraría, sin embargo, en sí mismo cierto germen capaz de darle un valor mucho más alto que el que pueda derivarse de un temperamento bueno? ¡Es claro que sí! Precisamente en ello estriba el valor del carácter moral, del carácter que, sin comparación, es el supremo: en hacer el bien, no por inclinación sino por deber». Kant, 2007, p. 12.

95. Aristóteles, 1994, p. 305. [164b, 8-10].

96. Habermas, 1988, p. 24.

prima facie que el diálogo está viciado, ya que si «es capaz de dejarse ilustrar sobre su irracionalidad, no solamente dispone de la racionalidad de un agente capaz de juzgar y de actuar racionalmente con arreglo a fines, de la racionalidad de un sujeto moralmente lúcido y digno de confianza en asuntos práctico-morales, de la racionalidad de un sujeto sensible en sus valoraciones […], sino también de la fuerza de comportarse reflexivamente frente a su propia subjetividad…»[97]

Sin embargo, si somos conscientes de las particularidades de nuestra naturaleza humana y no queremos pecar de ingenuidad teórica, debemos aceptar que ni todas las precauciones reseñadas garantizarán la racionalidad de los intervinientes ni tampoco la racionalidad del procedimiento de diálogo. Esto explica que, a diferencia de lo que ocurre en el caso del conocimiento científico, en el que es posible hablar tanto de la «racionalidad de su método» como de la «racionalidad de su resultado», en el terreno de la determinación de lo bueno (justo, correcto, mejor) solo se puede atribuir «razonabilidad», o el calificativo de «razonable», al resultado obtenido en un debate de posiciones en el que, *por lo menos,* todos los interesados hayan tenido la posibilidad de intervenir y formular con *libertad* sus posiciones, de cuestionar y contradecir las otras posiciones también con *libertad*, de arribar con *libertad* a los acuerdos y, sobre todo, que posean conocimientos y competencias racionales y argumentativas suficientes para permitir, precisamente, esa *actuación libre*.

Hemos mencionado a la argumentación varias veces y es que no puede haber diálogo racional o al menos no se puede propender a ello, sin contar con reglas procedimentales mínimas que coadyuven a ese fin y es aquí donde la(s) teoría(s) de la argumentación adquieren especial relevancia. Y aunque, en efecto, «[l]a argumentación no puede intervenir más que si la evidencia es discutida»[98], de esto no se colige que no se puedan o no se deban discutir, desde el punto de vista práctico-moral, los resultados de la ciencia. ¿Cuántas veces hemos puesto en debate, por ejemplo, los límites del desarrollo científico en lo que a inteligencia artificial se refiere? Interrogantes o inquietudes de este tipo, evidentemente no pueden ser respondidas recurriendo al método científico, pues este no permite determinar lo que es bueno, justo, correcto o mejor para el ser humano. La respuesta exige, sin duda, argumentar respecto de las posiciones morales que se asuman. Es decir, una vez que nos cuestionamos los resultados científicos, no por atribuirle algún defecto lógico o matemático, sino por su corrección moral, se activa la necesidad de argumentar para determinar su razonabilidad.

Que aceptemos casi inmediatamente y sin reproche la mayoría de los resultados, conclusiones o avances de la ciencia, no significa que no las hayamos sometido a una evaluación práctico-moral. Con seguridad lo hemos hecho y por eso los aceptamos no solo como «racionales» (científicamente correcto), sino también como «razonables» (bueno, justo, correcto o mejor). Sin embargo, en no pocas ocasiones, sin perjuicio de

97. Habermas, 1988, p. 41.
98. Perelman, 1998, p. 25.

aceptar y reconocer la «racionalidad»[99] de ese producto científico, consideramos que es «irrazonable» por exceder los límites morales de lo que es bueno o mejor para algún fin superior de un ser humano, de un grupo humano, o de la humanidad en su conjunto[100]. Entonces queda claro que nuestra aquiescencia pasiva del grueso de los resultados de la ciencia se debe únicamente a que casi intuitivamente hemos considerado (por lo menos temporal y circunstancialmente) que eso es correcto o lo mejor desde el punto de vista práctico-moral[101].

Es más, no es exagerado afirmar que «[l]a *razón teorética* se supedita a la *razón práctica*, porque la noción de justicia[102], alumbrada por ésta, es la base del principio de contradicción, supuesto fundamental de aquella»[103]. En efecto, bien vistas las cosas, todo el conocimiento y la actuación humana, incluyendo el desarrollo de la ciencia, se supedita al interés humano y este responde, qué duda cabe, a la búsqueda incesante de lo que le resulte bueno, justo, correcto o mejor[104] (más razonable); y en el afán de perseguir permanentemente esos fines, es que nos cuestionamos (contradecimos o ponemos en crisis) también de manera constante los conocimientos y actos humanos aceptados como valiosos (racionales o razonables) en un determinado espacio-tiempo. Entonces, es la aspiración a alcanzar siempre lo más razonable en cada circunstancia lo que en ocasiones incluso llega a poner en crisis lo racional[105], con lo que lo estrictamente racional también debe dar cuenta de su razonabilidad para ser aceptable[106].

Finalmente, se debe precisar que cuando decimos que la «razonabilidad» es un producto intersubjetivo o derivado de una confrontación de posiciones, no estamos afirmando que esta confrontación necesariamente exija la presencia de dos sujetos físicos en debate, pues basta con que haya dos posturas o puntos de vista debidamente justificados,

99. Racionalidad en sentido estricto.
100. Pues al interés humano se reducen también, por ejemplo, la protección de otras especies y el medio ambiente.
101. Y en estos casos, como es evidente, ese producto o resultado científico puede ser calificado no solo como «racional en sentido estricto» (Por ser producto del método científico), sino también como «razonable» (Por contar con la aprobación práctico-moral).
102. [Que engloba, además de la idea de lo justo, también la de lo bueno, lo correcto y lo mejor].
103. González Bedoya. Jesús. «Prólogo a la edición española». En: Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 17. En similar sentido, Gadamer, señala que «Kant […] [a]veriguó los límites de la razón pura y demostró su dependencia estricta de la experiencia posible, justificando con ello al mismo tiempo la autonomía de la razón práctica». Y, a partir de ese presupuesto, añade más adelante, que a Kant se debe el logro de «sentar la primacía de la razón práctica». Gadamer, 2018, pp. 178-179.
104. Aunque muchas veces se equivoque en determinar lo que es bueno, justo, correcto o mejor.
105. Racional en sentido estricto.
106. Sin embargo, mientras está en debate su razonabilidad (discusión que puede durar incluso generaciones), lo estrictamente racional se debe aceptar, acatar o aplicar (siempre que sea fruto del método científico, otros procedimientos lógico-matemáticos o de actos institucionalizados), pues que el debate se extienda nos indica que no se ha evidenciado de manera suficiente su irrazonabilidad y esto, a su vez, refuerza la necesidad de mayor argumentación racional, que, como bien dice González Bedoya, «es un golpe tanto al irracionalismo como al dogmatismo racionalista» (González Bedoya. Jesús. «Prólogo a la edición española». En: Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 17.)

para que puedan ser confrontados (incluso dentro de uno mismo) buscando arribar a una decisión a partir de ellas (aprobando o desaprobando, sancionando o absolviendo, etc.). Es esta decisión o conclusión de la que se podrá decir que es «razonable» o no. Y si esto es así, tenemos que ser perfectamente conscientes de la enorme importancia que tiene el contar con la garantía de que quien o quienes tengan en sus manos evaluar la razonabilidad o no de una decisión, acción o medida (los jueces, por ejemplo), deben contar también no solo con libertad sino con iguales o mayores competencias cognitivas, racionales y argumentativas de quien o quienes tomaron la decisión o realizaron la acción que se evalúa. Solo así tendrán sentido los debates racionales (utilizo aquí la expresión racional en su sentido amplio) que tienen por objeto alcanzar la mejor decisión posible (la más razonable).

6. ¿POR QUÉ ES POSIBLE SOSTENER QUE «TODO LO RAZONABLE ES RACIONAL, PERO NO TODO LO RACIONAL ES RAZONABLE»[107]?

Estando clara ya la diferencia entre *racionalidad en sentido amplio* y *racionalidad en sentido estricto,* es fácil ver que es a ambas a la que se hace referencia de manera ambigua con la expresión «racional» en la interrogante que encabeza este apartado; y si tenemos en cuenta que la primera, por su amplitud, engloba no solo la racionalidad en sentido estricto y la razonabilidad, sino también todo aquello que sin ser estrictamente racional ni razonable es también producto de la razón; entonces, entre racionalidad en sentido amplio y razonabilidad no cabe sino establecer una relación de género a especie, y, en este sentido, es perfectamente válido sostener que *todo lo que es razonable es también racional (en sentido amplio)*.

Por su parte, sostener la distinción entre *racionalidad en sentido estricto* y *razonabilidad*, no implica afirmar una relación de oposición entre ambas, pues, aunque el método científico o los métodos lógico-matemáticos no son los que nos permitirán determinar si algo es razonable o no, ello no obsta a que la mayoría de conclusiones (si no todas) a las que se llega a través de esos métodos coincidan con lo que consideremos que es razonable o plausible. Por ello es que las aceptamos pacíficamente, aunque sea temporalmente. De lo contrario, incluso el conocimiento científico más adelantado sería cuestionado inmediatamente. Recordemos que es precisamente el hecho de haber encontrado o reconocido límites en la racionalidad en sentido estricto para aspirar a determinar objetivamente lo que es moralmente bueno, justo o mejor, lo que, en último término, nos condujo a recurrir a la razonabilidad.

En efecto, si por un lado la *racionalidad en sentido estricto* implica la aplicación «insensible» y ciega del método científico o lógico-matemático en busca de un resultado (sin importar su valoración práctico-moral), por el otro, la *razonabilidad,* en su afán

107. Tomando una frase del Profesor Manuel Atienza.

de alcanzar o intentar alcanzar los mejores o más justos resultados, sí es «sensible» a los criterios práctico-morales, y, por ello mismo, se percata y atiende a las particularidades de cada caso y al contexto en que se presentan. De ahí que no siempre consideremos o aceptemos como «razonable» lo que como resultado de la aplicación de un método científico o lógico-matemático es calificado o aceptado como «racional». Por ejemplo, el método científico condujo a producir y emplear armas químicas y puede conducir a la clonación de seres humanos, pero no aceptamos eso, por lo menos no pacíficamente, como algo bueno o razonable. Igualmente, la aplicación estricta y por igual de las normas es perfectamente racional, pero en ocasiones esa aplicación no la aceptamos como justa o razonable.

Por ello podemos encontrarnos con: a) resultados *racionales en sentido estricto*, pero no razonables; b) Resultado *razonables,* pero no racionales en sentido estricto; y, c) Resultados *racionales en sentido estricto* y *razonables a la vez*; a partir de lo cual es perfectamente válido sostener que *no todo lo racional (en sentido estricto) es razonable* y *no todo lo razonable es racional (en sentido estricto).* Veamos la siguiente representación gráfica que ilustra con más claridad esta afirmación:

Gráfico 1

Pero reiterando lo inicialmente señalado, debemos insistir en que, sea que recurramos a la *racionalidad en sentido estricto* o a la *razonabilidad,* estamos apelando finalmente a la *razón*, es decir, la distinción solo sirve para especificar las peculiaridades de dos formas en la que se expresa una sola y misma razón, bajo cuyo patrón, no lo olvidemos tampoco, se rige toda actuación deliberada (pensada) del ser humano, por muy inmediata que esta sea o por mucho que se aleje de determinados métodos y procedimientos aceptados como objetivos. Y es entendiendo a la razón en estos términos que se afirma la «racionalidad del ser humano», racionalidad que para distinguirla de la que evoca solo a aquella que responde o es el resultado de un método científico o procedimiento lógico-matemático, hemos convenido en denominar *racionalidad en sentido amplio*. Y si integramos este dato a la representación gráfica que acabamos de presentar, tendríamos:

Gráfico 2.
Racional en sentido amplio

Sin embargo, no debemos perder de vista tampoco de que lo que es *racional en sentido estricto* y lo que es *razonable* representan, en conjunto, *solo* la parte de la *racionalidad en sentido amplio* que es producto de la aplicación de algún método o procedimiento que aceptamos que nos conduce hacia lo objetivo o lo más objetivo posible (por lo menos en un determinado espacio-tiempo o en una situación particular); pues está también dentro de la *racionalidad en sentido amplio* el ámbito de lo que no puede ser calificado como irracional solo por el hecho de no ser producto de ninguno de esos métodos o procedimientos. Aquí podemos encontrar, por ejemplo, lo que constituye expresión: a) de un conocimiento intuitivo[108]; b) de un parecer individual sensato; o,

108. No compartimos, por tanto, la idea de «intuiciones no racionales», ni la equiparación de lo «inconsciente» con lo «intuitivo» que hace Karl Popper en su ya citada obra *El mito del marco común. En defensa de la ciencia y la racionalidad.* En todo caso distinguimos lo «instintivo» de lo «intuitivo», siendo lo primero *inconsciente* y lo segundo *consciente*. Por ello somos más cercanos a la idea de «conocimiento intuitivo» a que hace referencia John Locke, cuando sostiene que la «[l]a diferencia de claridad que se manifiesta en nuestros conocimientos creo que reside en el modo diferente de percepción que la mente tiene de la concordancia y no concordancia de alguna de sus ideas. Pues, si reflexionamos sobre nuestros diversos modos de pensar, hallaremos que algunas veces la mente percibe la concordancia o no concordancia de dos ideas inmediatamente por sí mismas, sin intervención de ninguna otra: a esto creo que podemos llamarlo «conocimiento intuitivo». Así, la mente percibe que lo blanco no es negro, que un círculo no es un triángulo, que tres son más que dos e igual a uno más dos. Tales clases de verdades las percibe la mente por simple intuición, sin intervención de ninguna otra idea…». Locke, 1984, p. 161. En esa misma línea y más contemporáneamente, Kahneman y otros sostienen que «[u]na crítica de la intuición en la toma de decisiones en la gestión empresarial la define como «un juicio para un determinado curso de acción que viene a la mente con un aura o convicción de corrección o plausibilidad, pero sin razones o justificaciones claramente articuladas; exactamente un 'saber', pero sin saber por qué» (E. Dane y M. G. Pratt)». Kahneman *et al.*, 2021, Cap. 11. Donde ausencia de razones o justificaciones *claramente articuladas* no significa ausencia *total* de razones, menos aún inconsciencia o irracionalidad.

c) de una generalidad estadística sensata; que, por ello mismo, no resultan ser absurdos, disparatados o ilógicos. Con este nuevo elemento nuestra representación final sería:

Gráfico 3.
Racional en sentido amplio (todo lo que es producto de la razón)

Finalmente, debemos precisar que estas conclusiones respecto de la racionalidad y la razonabilidad, sus diferencias, interrelaciones e incluso la nomenclatura empleada, encuentran coincidencia con las conclusiones a las que, refiriéndose en específico a las decisiones jurídicas, arribó el profesor Manuel Atienza en su trabajo *Para una razonable definición de «razonable»*[109], y también seguramente encuentran coincidencia con otros igualmente destacados autores; lo que solo es evidencia de que en este trabajo no se aborda una temática inédita (sin que ello signifique tampoco que no se hacen importantes aportes), pues lo que hemos pretendido, más bien, es ingresar en detalles que siendo fundamentales, la mayoría de filósofos del derecho, si no todos, parecen dar

109. En este trabajo publicado en 1987 sostuvo que «[e]n un sentido estricto, la razonabilidad puede predicarse únicamente de cierto tipo de decisiones jurídicas: las que no podrían (no deberían) adoptarse siguiendo criterios estrictamente racionales […] En un sentido amplio, puede decirse –señala el profesor Atienza– que todas las decisiones jurídicas deberán ser razonables. Es decir, la razonabilidad operaría como un límite o criterio general que afectaría tanto a las decisiones propiamente razonables como a las estrictamente racionales. Podríamos entonces –concluye– clasificar las decisiones jurídicas en tres grupos: 1) las razonables pero no estrictamente racionales; 2) las razonables y estrictamente racionales; 3) las no razonables (sean o no estrictamente racionales)». Y más adelante, añade: «Empleo, en fin, la expresión "estrictamente racional" en lugar de «racional» (a secas), para evitar contraponer lo razonable a lo racional, lo que obligaría a su vez a considerar a lo razonable como no racional o como irracional. La idea de que parto –dice– es que lo razonable también es racional (tomada esta expresión en un sentido amplio), aunque lo racional pueda no ser razonable: todo lo razonable es racional, pero no todo lo racional es razonable». En: Atienza, 1987, pp. 192-193.

por sobreentendidos, sin percatarse de que, a quienes no entramos en esa categoría, esas ausencias nos dificultan la comprensión de los conceptos abordados y otros.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., (1991). *Lo Racional Como Razonable, Un tratado sobre justificación jurídica*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Aristóteles, (1994). *Tratado de Lógica (Órganon) I.* Trad. de Miguel Candel Sanmartín. Revisada por José Montoya. Madrid: Gredos.

Aristóteles, (1995). *Tratado de Lógica (Órganon) II.* Trad. de Miguel Candel Sanmartín, Revisada por Quintín Racionero. Madrid: Gredos.

Atienza, M., (1987). «Para una razonable definición de "razonable"». En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 4,* pp. 192-193.

Bobbio, N., (1985). «La Razón en el Derecho (Observaciones Preliminares)». Trad. de Alfonso Ruiz Miguel. En: *doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2,* pp. 17-26. https://doi.org/10.14198/DOXA1985.2.01

Bunge, M., (2005). *Buscar la Filosofía en las ciencias sociales.* 2da. Edición en español. México: Siglo xxi Editores s.a.

Copleston, F., (2004). *Historia de la Filosofía.* Vol. I: *Grecia y Roma.* 7.ª edición. Trad. de Juan Manuel García de la Mora. Barcelona: Ariel.

Gadamer, H. G., (2018). *El giro hermenéutico.* 6ta. Edición. Trad. de Arturo Parada. Madrid: Cátedra.

González Lagier, D., (2017). *A la sombra de hume. Un balance crítico del intento de la neuroética de fundamentar la moral.* Madrid: Marcial Pons.

Habermas, J., (1988). *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social.* Trad. por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus.

Habermas, Jürgen. (2003). *La ética del discurso y la cuestión de la verdad.* Trad. de Patrick Savidan. Barcelona: Paidós.

Haidt, J., (2019). *La mente de los justos. Por qué la política y la religión dividen a la gente sensata.* Trad. de Antonio García Maldonado. Barcelona: Editorial Planeta (versión electrónica).

Hegel, G. W. F., (2002). *Lógica I.* Colección: Biblioteca de los Grandes Pensadores. Trad. de Antonio Zozaya. Barcelona: cayfosa-quebecor.

Hume, D., (1984). *Del conocimiento.* Trad. de Juan Segura Ruiz. Madrid: Sarpe.

Kahneman, D.; Sibony, O. y Sunstein, C. R., (2021). *Ruido. Un fallo en el juicio humano*. Trad. de Joaquín Chamorro Mielke. Editorial Debate (versión electrónica).

Kant, I., (1984). *Prolegómenos.* Trad. de Julián Besteiro. Madrid: Sarpe.

Kant, M., (2007). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres».* Trad. de Manuel García Morente. San Juan, Puerto Rico: Edición de Pedro M. Rosario Barbosa.

Locke, J., (1984). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Trad. de Luis Rodríguez Aranda. Madrid: Sarpe.

Nagel, T., (2000). *La última palabra.* Trad. de Paola Bargallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa.

Perelman, C. & Olbrechts-Tyteca, L., (1989). *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica.* Trad. de Julia Sevilla Muñoz. Madrid: Gredos.

Perelman, C., (1998). *El imperio retórico. Retórica y argumentación.* Trad. de Adolfo León Gómez Giraldo. Santafé de Bogotá: Norma.

Platón, (1998). *Diálogos. V.* Trad. de M.ª Isabel Santa Cruz. Revisada por Carlos García Gual. Madrid: Gredos.

Popper, K., (1997). *El mito del marco común. En defensa de la ciencia y la racionalidad.* Trad. de Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós.

Popper, K., (2006). *La Sociedad Abierta y sus Enemigos,* Trad. por Eduardo Loedel. Ediciones Paidós S.A., Barcelona.

Ramnoux, C. & otros., (220). *Historia de la Filosofía.* Vol. 2: *La Filosofía Griega.* Trad. de Santos Juliá y Miguel Bilbatúa. 12.ª edición. Madrid: siglo xxi.

Raz, J., (1991). *Razón práctica y normas.* Trad. de Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Recaséns Siches, L., (1956). *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.* México: Fondo de Cultura Económica.

Segura Ortega, M., (1998). *La Racionalidad Jurídica,* Editorial Tecnos S. A., Madrid.

Szilasi, W., (1970). *¿Qués es la ciencia?* Trad. de W. Roces y E. Ímaz. México: FCE.

Tamayo y Salmorán, R., (2004). *Razonamiento y Argumentación Jurídica. El Paradigma de la Racionalidad y la Ciencia del Derecho.* 2da. Edición. México: Universidad Autónoma de México.

Taruffo, M., (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos.* Trad. de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons. https://doi.org/10.2307/jj.2321940

Toulmin, S., (2003). *Regreso a la Razón. El debate entre la racionalidad y la experiencia y la práctica personales en el mundo contemporáneo.* Trad. de Isabel González-Gallarza Granizo. Barcelona: Ediciones Península.

Viehweg, T., (1997). *Tópica y Filosofía del Derecho.* 2.ª Edición. Trad. de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa.

Weber, M., (1964). *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva.* 2da. Edición en Español de la Cuarta en Alemán. Trad. de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Ímaz y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica.

Woods, A & Grandt, T., (2002). *Razón y Revolución. Filosofía marxista y ciencia moderna.* 2da. Edición. Trad. por Jordi Martorell. Madrid: Fundación Federico Engels.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 221-251
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.9

Dialéctica y Derecho: apuntes para una teoría jurídica crítica

Dialectics and Law: Notes toward a Critical Legal Theory

Pablo Gres Chávez

Autor:
Pablo Gres Chávez
Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile
pablo.gres@ucn.cl
https://orcid.org/0000-0002-7202-957X

Recibido: 1/3/2022
Aceptado: 27/9/2022

Citar como:
Gres Chávez, Pablo (2023). Dialéctica y Derecho: apuntes para una teoría jurídica crítica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 221-251. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.9

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Pablo Gres Chávez

Resumen

Las últimas décadas han servido para que la dialéctica, entendida como tradición filosófica, sea desmitificada y actualizada. El presente trabajo pretende aportar a aquello, ofreciendo una reconstrucción de la teoría jurídica de base dialéctica que permita comprender el Derecho como un fenómeno multidimensional que, a su vez, forma parte de una totalidad internamente relacionada.

En primer lugar, se presenta a la tradición filosófica dialéctica. Posteriormente, se desarrolla su sustrato ontológico y epistemológico. En tercer lugar, se hace referencia a la relación entre el pensamiento dialéctico y lo concreto. En cuarto lugar, se establecen conexiones entre la teoría jurídica crítica y la dialéctica. En quinto lugar, se reflexiona sobre la relación entre capitalismo, lucha de clases y Derecho. En sexto lugar, se presenta una reconfiguración de la tesis de los hechos sociales. En séptimo lugar, se presentan y estructuran las dimensiones que la tradición dialéctica ha desarrollado al momento de estudiar el Derecho. Finalmente, a modo de colofón, se ofrecen algunas conclusiones.

Palabras clave: dialéctica; derecho; teoría crítica jurídica.

Abstract:

The last decades have served to demystify and update the dialectic (as a philosophical tradition). This paper aims to contribute to that, offering a reconstruction of the dialectic-based legal theory that allows understanding the Law as a multidimensional phenomenon that, in turn, is part of an internally related totality.

First, the dialectical philosophical tradition is presented. Subsequently, its ontological and epistemological

substratum is developed. Thirdly, reference is made to the relationship between dialectical thought and the concrete. Fourthly, connections between critical legal theory and dialectics are established. Fifth, it reflects on the relationship between capitalism, class struggle and law. Sixth, a reconfiguration of the thesis of social facts is presented. Seventh, the dimensions that the dialectical tradition has developed in the study of law are presented and structured. Finally, as a colophon, some conclusions are offered.

Keywords: Dialectic; Law; Critical Legal Theory.

INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas pretenden ser un aporte a la teoría jurídica crítica. Buscan establecer y esclarecer algunas cuestiones metodológicas, ontológicas y epistemológicas que contribuyan al desarrollo y fortalecimiento de la teoría jurídica crítica. De tal forma, en esta investigación intentaremos reconstruir o reordenar aquellos elementos o dimensiones que la teoría jurídica crítica de base dialéctica ha desarrollado al momento de estudiar el Derecho.

Para lograr nuestro objetivo, dividiremos nuestra exposición en distintos momentos. En el primero, a modo de introducción, presentaremos a la dialéctica como una tradición filosófica que goza de plena actualidad en el ámbito académico y crítico. Mostraremos sus principales desarrollos argumentativos y filosóficos, poniendo énfasis en su forma de comprender la realidad. En un segundo momento, nos centraremos en los aspectos metodológicos de la dialéctica. Pondremos nuestra atención en las cuestiones ontológicas y epistemológicas implicadas, ya que permiten comprender la forma en que ésta opera. El tercer momento mostrará la manera en que la dialéctica pasa de lo concreto real al pensamiento concreto, es decir, intentaremos mostrar cómo la dialéctica aprehende la realidad y la estructura teoréticamente. Una vez culminado el camino filosófico general, el apartado siguiente servirá de puente entre la dialéctica y la teoría crítica del derecho, es decir, se establecerán algunas conexiones y puntos comunes entre esta tradición filosófica y los puntos de vista críticos del Derecho (que dan cuenta de la compatibilidad entre estos dos desarrollos teóricos). En el acápite siguiente se apuntalarán algunas reflexiones en torno a la relación entre Derecho, capitalismo y la lucha de clases. Consiguientemente, considerando lo anterior, se ofrecerá una reformulación de la tesis de las fuentes sociales, que permita comprender al Derecho como un fenómeno multidimensional. Así, para dar cumplimiento al objetivo propuesto para la investigación, en el penúltimo apartado desarrollaremos las que, a nuestro juicio, son las dimensiones que la tradición dialéctica ha considerado al momento de estudiar el Derecho. Finalmente se ofrecerán algunas conclusiones.

1. LA DIALÉCTICA COMO TRADICIÓN FILOSÓFICA

La dialéctica en tanto *tradición filosófica*[1] general y la dialéctica marxista en particular, por diversas razones, han sido objeto de múltiples reducciones, confusiones y mistificaciones. El filósofo español Carlos Moya reconoce claramente el punto anterior cuando sostiene que, para muchos, hoy, la dialéctica «no constituye un método de conocimiento científico, sino una forma de dramatización axiológica del mundo y del propio yo, cuya formulación teórica sistemática habrá de ser rechazada como metafísica» (Moya, 1971, p. 91).

En la Filosofía del Derecho, la dialéctica tampoco goza de demasiada popularidad. En el ámbito jurídico los enfoques de base analítica (iuspositivismo o realismo jurídico) suelen ser los puntos de vista más comunes. Es decir, la filosofía analítica es el sustrato filosófico de la teoría jurídica dominante de nuestra época.

Para comprender adecuadamente este asunto, es relevante recordar que la tradición analítica nace como una reacción contra la tradición dialéctica. Sobre el particular, es muy útil recordar el debate en torno a la *filosofía de las relaciones* que enfrentó a analíticos y dialécticos[2]. Para el primer grupo de filósofos –los analíticos–, el neohegelianismo (una manifestación de la tradición dialéctica) defendido por autores como Francis H. Bradley (Bradley, 1908) o Brand Blanshard (Blanshard, 1991), era un punto de vista en exceso metafísico que pensaba a contrapelo o «en contra de la intuición del sentido común» (Glock, 2012, p. 52). Por su parte, los neohegelianos asumieron una posición que denominaron *filosofía de las relaciones internas* (Blanshard, 1967, pp. 227-236). Ésta, en realidad, es una posición ontológica, es decir, una doctrina en torno al ser, que comprendió que todo lo existente debe ser considerado como relación[3] y como proceso, y además que todos los aspectos de la realidad están internamente relacionados, de modo que «el mundo –o la realidad– es una unidad y las cosas dentro de él son lo que son, debido a su lugar en el todo» (Sayers, 2015, p. 25).

Por su parte, los filósofos analíticos representados en este debate por Russell (Russell, 1956) y Moore (Moore, 1919), sostuvieron la posición contraria, o *filosofía de las relaciones externas*. Éstos, en tanto y en cuanto herederos del empirismo clásico inglés, sostuvieron que el mundo consistía en una serie de cosas diferentes, auto-subsistentes. Éstas se relacionan entre ellas sólo externamente en el sentido de que, si algo cambia, las otras no se ven alteradas.

Con el tiempo, el enfoque analítico se impuso sobre el neoidealismo y sobre el pensamiento dialéctico. La filosofía anglosajona tomó el camino que los primeros proyectaron y la tradición neohegeliana fue relegada a ser considerada un episodio oscuro

1. Utilizo el concepto de *tradición filosófica*, en el sentido otorgado por Orellana Benado (Orellana Benado, 2010, pp. 49 y ss.).
2. Una visión panorámica del debate puede encontrarse en: (Rorty, 1967).
3. En este estudio, el concepto *relación* será utilizado en dos grandes sentidos: a. como nexo o conexión; y b. como conjunto de relaciones abstraídas que conforman un factor.

en su historia. Y no sólo la filosofía general se vio afectada por este debate, sino que también la filosofía asociada a otras disciplinas, de forma que la Filosofía y la teoría del Derecho, no fueron la excepción (Suárez Llanos, 2005). De esto modo, el objeto de la filosofía en general y de la filosofía del Derecho en particular, no parece ser otro más que la claridad de los enunciados lingüísticos.

Ahora bien, a pesar del carácter metafísico e incluso místico que se la ha otorgado a la dialéctica, hoy ésta ha vuelto a tomar fuerza de la mano de la tradición marxista tanto en el mundo anglosajón como en el hispanoparlante. Bertell Ollman (Ollman, 1975), David Harvey (Harvey, 2018) o Tony Smith (Smith, 1993), entre muchos otros, han reivindicado esta tradición en el mundo académico.

La *nueva tradición dialéctica*[4] es un rescate y una relectura de la dialéctica de Marx que se aleja radicalmente del dogmatismo soviético. Puede caracterizarse como un enfoque que tiende a comprender todo objeto de estudio como una relación y como un proceso. Es un punto de vista filosófico que nos insta a llevar a cabo nuestros análisis «expandiendo nuestra noción de cualquier cosa para incluir, como aspectos de lo que eso es, tanto el proceso por el cual eso se ha convertido en lo que es, como el más amplio e interactivo contexto en el que eso se encuentra» (Ollman, 2003, p. 13)[5].

Cabe añadir que la dialéctica no sólo es una tradición filosófica, sino que también es, en un sentido muy particular, un método[6] que permite por un lado, ver cómo cada uno de los aspectos que conforma la realidad (o la totalidad) es lo que es debido a su lugar en el todo, y a su vez, ver el *todo* contenido en las partes (Ollman, 1975, pp. 280-286). En consecuencia, la dialéctica puede comprenderse como un *método,* pero no en el mismo sentido que el *método científico.* El método sobre el que opera la dialéctica trabaja sobre una base ontológica radicalmente distinta. Entiende que todo aquello que en la realidad aparece como *cosa* es en realidad un *proceso* y una *relación*. Dicho de otro modo, para la dialéctica, la realidad misma debe comprenderse como una *unidad orgánica* (Iñigo Carrera, 2019, p. 149 y Gres, 2019, p. 280), en la que todas las cosas que la componen son, en sí mismas, procesos internamente relacionados.

2. FILOSOFÍA DE LAS RELACIONES INTERNAS Y ABSTRACCIÓN

Para comprender de manera adecuada la forma en que opera la dialéctica en tanto método, es imprescindible hacer referencia a dos de sus principales aspectos: la filosofía de las relaciones internas, es decir, su sustrato ontológico, y el proceso de abstracción o, dicho de otro modo, el ejercicio epistémico relacionado con la base óntica referida.

4. La expresión es utilizada por Alfredo Saad Filho (Saad Filho, 1997, p. 107).
5. Una visión panorámica de la dialéctica contemporánea es presentada en: (Gres, 2021, pp. 151-171)
6. De hecho, Marx en su obra más importante, *El Capital*, se refería a la dialéctica como «mí método» (MARX, 2010, p. 26).

La filosofía de las relaciones internas puede comprenderse como una crítica de la filosofía empirista inglesa, ya que duda, por decir lo menos, de que la experiencia sea la última y única fuente del conocimiento. Según esta doctrina, la experiencia es sólo un aspecto muy parcial del conocimiento y por sí misma no puede dar cuenta de la unidad, ni del movimiento de lo real (de Cabo, 2010, pp. 9-19). Sostiene, en el fondo,

> que lo que otros consideran una cosa que puede o no experimentar cambios y que puede o no tener relaciones con otras cosas es en sí mismo un proceso y una relación (aunque algunas de ellas pueden requerir tiempo y esfuerzos o instrumento especiales para descubrirlas) (Ollman, 2015, p. 10).

La filosofía de las relaciones internas es el sustrato ontológico asumido por aquellos filósofos que pueden enmarcarse dentro de la tradición dialéctica. Esta doctrina sostiene que todo está relacionado internamente con todo, tanto en el espacio como en el tiempo. Sin embargo, no desconoce que tales relaciones pueden ser menos o más directas.

Para los filósofos de las relaciones internas la realidad no es un conjunto de cosas, sino que «consiste en un número infinito de procesos de diferentes tipos que experimentan cambios de un tipo u otro y a una velocidad u otra, mientras están en relaciones directas o indirectas (y a menudo muy indirectas) entre sí» (Ollman 2018, 98).

Ahora bien, si la realidad se comprende como una unidad orgánica parece obvio que cualquier análisis se vuelve inmediatamente problemático. Si todo está relacionado con todo, es muy probable que se haga difícil trazar límites claros entre los distintos objetos y fenómenos sociales. Para esto, Bertell Ollman ha desarrollado una herramienta epistémica que tiene base en la filosofía de Marx: el proceso de abstracción.

El proceso de abstracción que habita en la filosofía de Marx es lo que habilita a estudiar la realidad como una unidad orgánica sin perder el foco de nuestro objeto, es decir, evita que el objeto de estudio se confunda, disemine o difumine en el contexto más grande al que pertenece.

En efecto, la abstracción nos habilita a «aprender sobre tal realidad sin abrumarnos con nuestros hallazgos» (Ollman, 2018, p. 99). Mientras que los enfoques analíticos nos conducen a

> trazar límites claros entre nuestros objetos de consideración, abstraemos sus interconexiones fuera de la vista, y éstas solo aparecen por accidente cuando tratamos de reconstruir la influencia de un fenómeno sobre otro, como fenómenos contingentes en una cadena causal (Paolucci, 2015, p. 66),

la dialéctica, por el contrario, opera asumiendo las interconexiones de la realidad como internas. De este modo, los límites trazados para nuestros objetos de estudio son siempre provisorios y dependen de la extensión (cuánto espaciotiempo hay involucrado),

el nivel de generalidad (qué totalidad está implicada) o el punto de vista (panorámico) asumido en aquella abstracción[7].

3. LA DIALÉCTICA Y LO CONCRETO

A pesar de que Marx utilizó la abstracción como ejercicio epistémico, nunca fue pensador abstracto. Muy por el contrario, se esforzó desde los inicios de su vida intelectual en asir la realidad en su forma concreta. Su camino consistió en ir desde *lo concreto real*, a la abstracción, para arribar al *pensamiento concreto*.

Ya en sus escritos de juventud podemos notar que abogaba por comenzar analizando lo real y concreto (Marx, 1980, p. 105). Mucho más claramente este punto se observa en la *Contribución a la Crítica de la Economía Política*, donde sostiene que su método de análisis de la economía política, «com[ienza] por lo real y lo concreto, por el supuesto efectivo […] Lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones, por lo tanto, unidad de lo diverso» (Marx, 2008, p. 300).

Sin embargo, lo concreto real, la representación fenoménica inmediata, tiene la particularidad de que es caótico, muestra su esencia, pero a la vez la oculta. Es por eso que la abstracción es necesaria, toda vez que nos permite pasar de ese todo caótico a representaciones teóricas ordenadas.

> Marx afirma que su método parte de lo real concreto (el mundo tal como se nos presenta) y procede a través de la abstracción (la actividad intelectual de descomponer este todo en las unidades mentales con las que lo pensamos) hasta el pensamiento concreto (el todo reconstituido y ahora entendido, presente en la mente) […] El concreto real es simplemente el mundo en el que vivimos, en toda su complejidad. El pensamiento concreto es la reconstrucción de Marx de ese mundo en las teorías de lo que se ha dado en llamar marxismo. Se dice que el camino real hacia la comprensión pasa de uno a otro a través del proceso de abstracción. (Ollman, 2003, p. 60).

De este modo, la realidad es asumida por Marx como una unidad orgánica, sin duda, pero a pesar de aquello sabe que toda reflexión sobre ella necesita descomponerse en partes que permitan manejarla de forma adecuada. Esta idea fue muy trabajada por Karel Kosik (Kosik, 1967).

El filósofo checo sostiene que el hecho de estar inmersos en un mundo en el que la parcelación de la realidad es un principio lógico *a priori* (piénsese en la división de clases, la división social del trabajo, la constante fragmentación de conocimiento, etc.), tiene como resultado que el ejercicio de concreción no sea siempre del todo efectivo. A este fenómeno, al errar en la concreción de lo real, Kosik le llama *pseudoconcreción* (Kosik, 1967, p. 16).

7. Extensión, nivel de generalidad o punto de vista, son clases de abstracción presentadas por Ollman (Ollman, 1993, pp. 23-83).

Para Kosik, la tarea de la filosofía y la ciencia es precisamente develar las apariencias relacionadas con el mundo de la pseudoconcreción. Es, en otros términos, enfrentarse a un mundo cosificado y estático. La pseudoconcreción determina que experimentemos la realidad como un conjunto de cosas y los fenómenos sociales como estancos separados.

Al respecto, el filósofo de Praga escribe:

> Los fenómenos y las formas fenoménicas de las cosas se reproducen espontáneamente en el pensamiento cotidiano como realidad (la realidad misma) pero no porque sean más superficiales y estén más cerca del conocimiento sensible, sino porque el aspecto fenoménico de la cosa es un producto espontáneo de la práctica cotidiana. La práctica utilitaria de cada día crea el pensamiento común–en el cual se captan tanto la cosa y su aspecto superficial como la técnica del tratamiento de ella como forma de su movimiento y de su existencia. El pensamiento común es la forma ideológica del obrar humano de cada día. Pero el mundo que se revela al hombre en la práctica fetichizada, en el traficar y el manipular, no es el mundo real, aunque tenga la consistencia y la validez de este mundo, sino que es el mundo de la apariencia (Marx). La representación de la cosa, que se hace pasar por la cosa misma y crea la apariencia ideológica, no constituye un atributo natural de la cosa y de la realidad, sino la proyección de determinadas condiciones históricas petrificadas, en la conciencia del sujeto (Kosik, 1967, p. 32).

El proceso de abstracción que Marx utiliza (como ejercicio intelectual) le permite configurar, establecer los bordes o límites, conceptualizar la realidad y determinar las partes, aspectos o relaciones que la componen. También lo habilita para reconfigurar una realidad que se muestra cosificada y estática, sustituyendo este pensamiento por uno que incluye las relaciones, los procesos, las interacciones y el cambio en aquello que se conceptualiza y se estudia. Esto, precisamente, representa el paso de la pseudoconcreción al *pensamiento concreto*.

En el fondo, lo que está en juego aquí es un movimiento (una tendencia o una ley) dialectico: la relación entre la forma y la esencia de las cosas. Acostumbramos a pensar las cosas como autónomas y estáticas, sin embargo, la dialéctica advierte que todo aquello que llamamos cosa es realmente una *relación* y un *proceso* en sí mismo que se encuentra interconectado con todo lo demás.

Lo concreto real, entonces, es algo complejo en un sentido cualitativo. «Una situación es compleja cuando las relaciones que se dan en ella no son lineales» (Pérez Soto, 2008, p. 105). Lo concreto real es tal, porque los procesos y relaciones (no lineales, ni causales) que lo componen se muestran completamente caóticos. El pensamiento concreto permite reconfigurar aquello. «Por lo tanto, [escribe Ian Fraser] el método de investigación debe comenzar con las formas que los fenómenos adoptan en la sociedad y someterlos a una crítica para encontrar su conexión interna» (Fraser, 1997, p. 98). Es por eso que Marx comienza su exposición en *El Capital* desmontando las apariencias del mundo de las mercancías, para centrarse en que lo que, de hecho, las excede (Marx, 2010, pp. 49 y ss.). En la misma sintonía se encuentra Hegel, quien comienza su *Filosofía del Derecho* con el análisis del derecho abstracto (el derecho positivo) (Hegel, 1999, pp. 115 y ss.) para poder arribar a aquello que, a su juicio, lo excede: la eticidad.

De este modo, el pensamiento concreto no es lo que aparece como dato empírico inmediato, sino que es el producto de la abstracción, un ejercicio que nos permite comprender las formas en conexión interna con aquello que, a simple vista, aparece como externo a ellas.

Un primer acercamiento a las formas es crucial para rastrear la relación interna entre los fenómenos. Las formas, por lo general, son expresiones fetichizadas (como la forma jurídica, la forma dinero, la forma Estado, etc.), y a través de su disolución es que la relación social que contienen puede ser descubierta.

La esencia, para Marx, no es una cuestión oculta, ni mística, ni incognoscible, tampoco es un mero postulado. La esencia es el conjunto de procesos y relaciones más grandes a la apariencia misma que permiten que nuestro objeto se muestre como tal.

El estudio de las formas permite transitar desde *la apariencia a la esencia* (Ollman 2018, 102). La apariencia de algo se presenta ante nosotros de forma inmediata, sin embargo, la esencia es mucho más compleja de aprehender. Es un asunto lleno de dificultades pues para captarla deben considerarse sus relaciones históricas y sistemáticas.

Presentados los aspectos básicos para comprender la dialéctica, en el próximo apartado construiremos un puente entre la tradición dialéctica contemporánea y teoría jurídica crítica.

4. DIALÉCTICA Y TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO.

Las posiciones académicas que hoy llamamos *Teorías Jurídicas Críticas* aparecieron entre las décadas de los 70' y 80'. Prácticamente en paralelo, surgen en Estados Unidos, Europa (Italia, Francia y España) y Sudamérica, diseminándose inorgánicamente por el mundo. Los *Critical Legal Studies* (Mangabeira Unger, 1986) o la Teoría Jurídica Crítica argentina (Cárcova, 2006) son buenos ejemplos de lo que sostenemos[8].

Ahora bien, a pesar de tener ya medio siglo de existencia (sin considerar que su historia se puede remontar a Marx, Engels, Bakunin o Proudhon), los enfoques críticos no gozan de demasiada popularidad entre los juristas. «Ello se ha debido [escribe Núñez Vaquero], al menos en parte, a lo sorprendente de algunas de sus tesis y a un aparato conceptual en ocasiones demasiado distante del empleado por los juristas» (Núñez Vaquero, 2010, p. 414). Considérese, además, que se suele sostener que la Teoría Critica del Derecho no constituye una tradición iusfilosófica en sí misma, toda vez que las distintas escuelas críticas no comparten un núcleo teórico común[9]. Y si los distintos enfoques jurídicos críticos no comparten un sustrato filosófico común, podría llegarse

8. En Chile, por mucho tiempo, los enfoques críticos fueron prácticamente inexistentes. Sin embargo, la obra de Novoa Monreal es una notable excepción, quien en la década de los 70' ya sostenía un punto de vista que, a todas luces, puede considerarse crítico (Novoa Monreal, 1975).

9. Ni en su origen, ni en su desarrollo histórico, los movimientos jurídicos críticos han compartido un único fundamento filosófico común (Vernengo, 1998, pp. 477-479). Hoy, su sustrato filosófico oscila

a la absurda conclusión de que todas las escuelas iusfilosóficas que no son positivistas son, en principio, críticas.

Al respecto, Alicia Ruiz ofrece una definición de la Teoría Crítica del Derecho que resuelve, al menos, el segundo de los problemas identificados. Para nuestra autora, las Teorías Críticas del Derecho son aquellas reflexiones en torno al Derecho que «producen una ruptura de carácter epistemológico porque abandonan un modelo explicativo y lo sustituyen por un modelo dialéctico-comprensivo» (Ruiz, 2000, p. 4). Siguiendo a Ruiz, entonces, vamos a considerar que una reflexión sobre el Derecho es crítica cuando: a) abandona el punto de vista descriptivo, es decir, no sólo describen el Derecho *que es* (Bobbio, 1993, p. 145) atendiendo sólo a su forma, sino que también, b) asumen, debido a lo anterior, un punto de vista comprensivo en el sentido que no sólo intentan describir lo que entienden por fenómeno jurídico, sino que pretenden entenderlo-comprenderlo de forma dialéctica, es decir, considerando que todos aquellos factores que hacen que el Derecho sea lo que es, están relacionados internamente.

Una comprensión similar (aunque no homóloga) de la Teoría Crítica Jurídica es ofrecida por Aníbal D'Auria, quien sostiene que la *Crítica Radical del Derecho* consiste en una reflexión o una indagación «acerca de las condiciones históricas, sociales, psicológicas e ideológicas que hacen posible la existencia de un aparato normativo-coactivo como mediador de las relaciones intersubjetivas de la sociedad» (D'Auria, 2016, p. 29). Condiciones que pueden estar fuera y dentro del fenómeno jurídico.

En este sentido, la dialéctica, tal y como la hemos presentado, constituiría un enfoque crítico por excelencia, porque precisamente hace lo que Ruiz y D'Auria reconocen como ejercicio crítico.

Ahora bien, los enfoques jurídicos críticos dialécticos no son realmente una novedad. Excluyendo a Marx y Engels (porque, en realidad, el Derecho nunca fue su principal objeto de estudio o reflexión), podemos atribuir el nacimiento de la Crítica Jurídica dialéctica a E. B. Pashukanis (Pashukanis, 1976), quien ofreció una reflexión sobre el fenómeno jurídico centrando su atención en la categoría de sujeto jurídico. La virtud de Pashukanis es que ofrece una teorización sobre el Derecho que se conecta directa y claramente con la crítica de la Economía Política de Marx. Sin embargo, su análisis descuida otros aspectos relevantes para comprender el Derecho (o más bien la forma jurídica) y sus conexiones con la totalidad.

A pesar del esfuerzo de Pashukanis, y de su antigüedad, la concepción dialéctica del marxismo durante todo el siglo XX no prestó demasiada atención al fenómeno jurídico, con excepción de un grupo minoritario de autores.

entre el marxismo, el anarquismo, la filosofía de la liberación, la semiótica, el pensamiento decolonial, entre otros.

Hoy, a diferencia del siglo pasado, juristas marxistas de raigambre dialéctica y autores afines a esta tradición[10], han destinado importantes esfuerzos en construir una teoría jurídica crítica o en desarrollar herramientas teoréticas que fortalecen este enfoque[11]. Así, desde el punto de vista de la dialéctica marxista contemporánea, el Derecho se ha estudiado como un conjunto de aspectos o factores, que involucran distintas dimensiones donde el aspecto subjetivo y normativo juegan un papel principal, sin embargo, no se descuidan otras dimensiones. Es muy claro Paul O'Connell al sostener que

> el Derecho, en sus múltiples formas, juega un papel crucial en el mantenimiento y reproducción del modo de producción capitalista. Derechos, normas de propiedad, contratos, códigos penales, constituciones, tratados internacionales y las tradiciones jurisprudenciales que se desarrollan a su alrededor, todos sirven para estructurar y legitimar las relaciones sociales dentro de las sociedades capitalistas (O'Connell, 2018, p. 647).

Para estudiar esa función, la tradición y método dialéctico pueden ser muy útiles. Si los enfoques tradicionales tienen por objeto describir el Derecho en cuanto sistema o en cuanto práctica, la Teoría Crítica del Derecho de base dialéctica no sólo se queda en la descripción, sino que intenta explicar el lugar del Derecho en la totalidad. Para lograr observar este tipo de asuntos, los estudios dialécticos-críticos del Derecho han

> subrayando las condiciones históricas y materiales específicas que hacen surgir formas jurídicas particulares. Al mismo tiempo, esto [se ha] complementado con una comprensión dialéctica de las formas jurídicas específicas, no como cosas, sino como procesos y relaciones complejas y contradictorias (O'Connell, 2018, p. 649).

Adoptar este enfoque implica rechazar todas aquellas interpretaciones del Derecho que lo consideren estático, como lo hacen algunas visiones iusmoralistas (García Amado, 2015) o iusnaturalistas que lo conciben como la encarnación natural de la razón o moralidad humana. Por otro lado, esta visión requiere, a nuestro juicio, de no desconocer los desarrollos iuspositivistas, en el sentido de aprovechar su espíritu profundamente antimetafísico y sus desarrollos teóricos en torno a la dimensión normativa del fenómeno jurídico. Sin embargo, tal enfoque necesita ser complementado con reflexiones que abandonen el mundo de la mera apariencia (o la pura forma jurídico-normativa) y se ocupen de estudiar la esencia de aquellas formas, es decir, el conjunto de relaciones más complejas que se incluyen en esas formas (pero que las exceden) que permiten que la forma jurídica aparezca ante nosotros como un objeto autónomo.

En este sentido, y poniendo las cosas en perspectiva, hay dos cuestiones involucradas o dos niveles de análisis en juego. Un primer nivel, más general, atiende a las cuestiones

10. Con *autores afines* referimos a filósofos y iusfilósofos que sin ser necesariamente *marxistas* desarrollan un pensamiento que puede catalogarse como *marxiano,* es decir, una teoría compatible con los desarrollos teóricos (particularmente ontológicos o metodológicos) de Marx.
11. Es dentro de este esfuerzo propositivo-teorético en el que debe enmarcarse este estudio. Sin desconocer que la Teoría Crítica del Derecho no es uniforme, se defiende la dialéctica como una perspectiva que permite apuntalar ciertas cuestiones de fundamento necesarias para fortalecer el enfoque crítico.

que suelen considerarse extrajurídicas desde los enfoques analíticos, pero que desde la perspectiva dialéctica se consideran parte del entramado de factores internamente relacionados que llamamos capitalismo, y que permiten entender por qué la forma jurídica se muestra como tal. El segundo nivel, más particular, tiene que ver con la forma jurídica misma, es decir, con aquellos elementos que la componen, pero que para ser comprendidos necesitan de la consideración de aquello que desde otros enfoques se presenta como extrajurídico.

En las próximas líneas intentaremos reconstruir lo que la tradición marxista dialéctica ha sostenido sobre el Derecho, comenzando por el primer nivel que hemos identificado. Al respecto, hay dos puntos que deberían ser considerados: el carácter histórico del capitalismo, y la lucha de clases (O'Connell, 2018, pp. 650-653).

5. PRIMER NIVEL DE ANÁLISIS: CAPITALISMO, LUCHA DE CLASES Y DERECHO

Marx sostuvo que la sociedad humana no es homogénea, aunque cada momento histórico tiene su propia especificidad. En sus palabras, «la sociedad actual no es un cristal de roca, sino un organismo capaz de transformarse, y que está sujeto a un proceso de constante cambio» (Marx, 2010, p. 20). De este modo, en la comprensión marxista, la sociedad contemporánea (el capitalismo) no es la última etapa en la historia humana –como se llegó a postular a finales del Siglo xx (Fukuyama, 1992)–, sino que, más bien, es un episodio más en el devenir en el que nos vemos envueltos. En consecuencia, el capitalismo es producto del devenir histórico y por tanto transitorio.

Esa misma racionalidad es aplicable al Derecho moderno. Lo que el Derecho es hoy depende de los factores o de las relaciones sociales que lo componen. Es decir, el Derecho se manifiesta como históricamente determinado[12]. O sea, la tesis básica del marxismo jurídico es la historización del Derecho, formulación que lo aleja del positivismo que suele despreocuparse, aunque no desconocer[13] aquella historia, y a su vez, lo posiciona en contra de las teorías iusnaturalista que ven el Derecho como un producto sin historia, sujeto a la voluntad de Dios o de la razón práctica.

En este sentido, la teoría jurídica crítica marxista no sólo se queda en la descripción del sistema como algo aislado, sino que intenta mostrar el lugar del Derecho en el

12. Esta cuestión ha sido cuidadosamente examinada por Juan Ramón Capella en su principal obra: *Fruta prohibida* (Capella, 2008)
13. De hecho, el mismo Kelsen reconoce explícitamente el punto en su primera edición de la *Teoría Pura del Derecho,* en 1934. Kelsen, negando el dualismo derecho objetivo-derechos subjetivos, sostiene: «Reducido así el derecho subjetivo al derecho objetivo, queda aquel absorbido por este, y queda también excluida la posibilidad del abuso ideológico. Pero, sobre todo, se consigue que el concepto de derecho no quede limitado a una específica forma técnica del ordenamiento jurídico. Y se da cuenta de la condicionalidad histórica del orden jurídico capitalista al elaborar el concepto de derecho» (Kelsen, 2011, pp. 73-74).

entramado de relaciones sociales que componen la formación social capitalista. Así, en la teoría jurídica marxista se recurre también al estudio de las *funciones* que el Derecho cumple en la totalidad capitalista.

La teoría jurídica marxista y la teoría crítica del Derecho nos invitan a considerar muy seriamente una cosa: no debe desatenderse al hecho de que el Derecho cumple funciones particulares según la época y lugar histórico que se esté viviendo. No es casualidad que en el capitalismo renano europeo el Derecho cumpla funciones distributivas, y que en el capitalismo extractivista latinoamericano tales políticas sean mínimas o se eliminen sistemáticamente. Es decir, las funciones del Derecho son históricas y están determinadas por la formación económico-social y por la geopolítica (Cárcova, 2012, pp. 134-141).

En esa línea argumentativa, Carlos Cárcova sostiene que el Derecho en lo sustancial cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, un rol transformador de tales relaciones (Cárcova, 2012, pp. 129-131). Si observamos en perspectiva histórica y general, el Derecho es profundamente contradictorio o paradójico, cumple a la vez una función conservadora y otra reformadora del orden social imperante. El Derecho es paradojal porque en manos de los grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades, y en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política.

Esa función paradojal o contradictoria que cumple el Derecho es una manifestación más de que el Derecho no puede escapar al conflicto central del capitalismo: la lucha de clases. Paul O'Connell sostiene rotundamente que

> la explotación de clase es el factor definitorio dentro del análisis marxista, pero entendido adecuadamente, no desconoce, ni descarta las otras valencias de opresión, de importancia crucial, ya sea género, raza, casta o sexualidad. Finalmente, la clase en la tradición marxista se entiende mejor como la relación estructural de grupos específicos de personas para controlar la apropiación de la plusvalía. Crucialmente, lo que esto significa es que, independientemente de cómo las personas se definan subjetivamente y se comprendan a sí mismas, como millonarios temporalmente frustrados o lo que sea, la gran mayoría de las personas permanecen, bajo el capitalismo contemporáneo, dentro de la clase trabajadora (O'Connell, 2018, p. 651-652).

Si el capitalismo se explica históricamente y el Derecho moderno es una estructura internamente relacionada con aquello, el estudio del fenómeno jurídico no puede desconocer que hay cuestiones en esa sociedad que son relevantes para la comprensión del fenómeno. Es decir, no debemos descuidar que lo que estudiamos es el Derecho propio de una sociedad de clases[14], porque en el fondo, en lo jurídico se disputan elementos que

14. Por si cabe alguna duda. Hasta el día de hoy, el capitalismo es una sociedad de clases: a. Porque el capital y los recursos productivos son propiedad privada. Un sector de la humanidad se diferencia del resto ya que ostenta dicha propiedad. b. Porque debido a lo anterior, todo lo necesario para subsistir, incluso lo más básico, toma forma de mercancía. c. Porque quienes no poseen capital o recursos productivos,

constituyen «un sistema de desigualdad y de falta de libertad para la clase trabajadora, además de la desigualdad sistémica concomitante que conlleva» (O'Connell, 2018, p. 652). Precisamente por ello, Juan Ramón Capella ha insistido en que el origen del Derecho está asociado a la apropiación del excedente económico (Capella, 2008, p. 47). Dicho de otro modo, el Derecho es un sistema de normas que favorece la apropiación de plusvalía que hace una clase en desmedro de otra.

6. HACIA EL SEGUNDO NIVEL DE ANÁLISIS: UNA REFORMULACIÓN DE LA TESIS SOCIAL.

En este intento de reconstruir las reflexiones critico dialécticas sobre el Derecho hemos insistido en valorar los aportes iuspositivistas. Ocurre que, de hecho, a los iuspositivistas (Kelsen, Hart, Raz, entre otros), les debemos una tesis que favorece radicalmente la entrada de puntos de vistas críticos en el estudio del Derecho. Nos referimos a la tesis social (o tesis de las fuentes o de los hechos sociales), «es decir, la tesis de que el origen del derecho radica en hechos sociales» (Jiménez Cano, 2013, p. 84). Una tesis que desmitifica el Derecho, ese es su mayor potencial.

La tesis social puede tener, al menos, dos versiones en el marco del iuspositivismo, una fuerte y una débil. «La diferencia entre la tesis social débil y la fuerte es que ésta insiste, mientras que la primera no, en que la existencia y contenido de toda disposición jurídica es totalmente determinada por fuentes sociales» (Raz, 1985, p. 66), la tesis débil incluiría en la identificación del Derecho no sólo convenciones, sino que también cuestiones morales.

Ahora bien, nuestra intención aquí no es ofrecer una explicación detallada de la tesis social tal y como la entiende el iuspositivismo, o una toma de posición respecto de alguna de sus variantes, sino que nos interesa reformular esta tesis en términos crítico-dialécticos.

Si buscamos el mínimo común denominador entre ambas formulaciones de la tesis social en el iuspositivismo, descubrimos que tanto la existencia como el contenido del derecho dependen únicamente de hechos sociales. Dicha tesis puede ser leída en clave dialéctica. Si el mínimo irreductible de la realidad no son las *cosas* (que componen los

deben vender la única mercancía que les pertenece: su fuerza de trabajo. De este modo, otro sector de la sociedad se diferencia del resto ya que se encuentra en esta situación, siendo incluso la mayoría de la población. d. Finalmente, porque este último grupo sólo es contratado por el grupo que posee el capital y los recursos productivos, bajo la condición de que produzcan un excedente que puedan apropiar. Como puede observarse, es la relación la que produce a los sujetos históricos. Los sujetos individuales tienen poco que hacer al respecto. Si bien la libertad y la igualdad formal o el Derecho hacen una gran diferencia en otros aspectos, no cambia el hecho de que la relación trabajo-capital sea una relación de clase, de producción de excedente y de apropiación privada o de expropiación del mismo (Smith, 2017, pp. 183-217).

hechos)[15], sino las *relaciones*, la reformulación de la tesis social que puede ofrecer la tradición dialéctica, diría que la existencia y el contenido del derecho dependen sólo de *relaciones sociales.*

> Los hechos son conocimiento de la realidad si son comprendidos como hechos de un todo dialéctico, esto es, si no son átomos inmutables, indivisibles e inderivables, cuya conjunción constituye la realidad, sino que son concebidos como partes estructurales del todo (Kosik, 1967, p. 40).

Para Marx y su tradición, «las categorías [o conceptos] político económicas son expresiones abstractas de las relaciones sociales reales, transitorias, históricas y solo conservan validez mientras existen tales relaciones» (Ollman, 1975, p. 32). De este modo, todo concepto producto de la teoría social, es realmente una abstracción que intenta expresar un todo concreto realmente existente; además, cada concepto está ligado a otros conceptos que también refieren a la estructura social concreta –la totalidad–, de modo que entre ellos se forma una estructura particular. Es así como la totalidad se expresa en los conceptos.

Las categorías o conceptos económicos de Marx, tales como

> el capital, el trabajo, el valor, la mercancía, etc., se entienden todos como relaciones, que contienen en sí mismas, a modo de elementos integrantes de su ser, las partes a las cuales tendemos a ver como vinculadas exteriormente con ellas. Ha habido, en esencia, un cambio de enfoque: de ver factores independientes relacionados entre sí, se pasó a ver la forma particular en que ellos se relacionan en cada factor y de ahí a comprender ese vínculo como parte del significado transmitido por su concepto (Ollman, 1975, p. 34).

Es decir, todo concepto que quiera referir a una *cosa* realmente refiere a un clúster de relaciones que permiten que tal cosa aparezca como es.

Así, la dialéctica pone como objeto de estudio a las relaciones sociales (y no los hechos aisladamente), es decir, practicas concretas pero interdependientes, determinadas históricamente. Las relaciones sociales son lo que constituye la realidad, y a medida que abstraemos un conjunto de funciones particulares tenemos un concepto.

Observado desde esta perspectiva, el Derecho en sí mismo puede concebirse como una relación que contiene distintos factores. Un primer aspecto a considerar son los enunciados normativos, que se presentan como la primera imagen o el dato empírico inmediato. Esa dimensión tiene un reverso (o complemento) que no es otra cosa más que la fuerza socialmente organizada (la violencia), que se muestra como una práctica material, como praxis efectiva. Otra cuestión implicada, es la obligatoriedad o normatividad de aquello que está contenido en los enunciados normativos. Un cuarto factor, tiene que ver con la autoridad que pretende el Derecho, en el sentido de que éste ofrece razones que excluyen a otras. Por otro lado, para comprender el Derecho es necesario

15. El primer Wittgenstein expresa este asunto claramente: «el mundo se divide en hechos […] Algo puede ser o no el caso y todo el resto permanece igual[…] Lo que es el caso, un hecho, es la existencia de estados de cosas[…] Un estado de cosas es la combinación de objetos (cosas)» (Wittgenstein, 2002, p. 107).

atender al concepto de sujeto, en tanto categoría general que permite que personas reales y concretas actúen a través del Derecho, mediante una personificación abstracta. Finalmente, se debe tener en consideración que el Derecho es un campo en disputa en términos de su contenido, es siempre político y aquello no puede ser obviado.

Todo esto debe poder leerse a la luz del nivel más general, es decir, a la luz de la totalidad que se denomina formación social capitalista (tal y como hicimos en el acápite anterior).

7. SEGUNDO NIVEL DE ANÁLISIS: DIMENSIONES PARA UNA TEORÍA JURÍDICA CRÍTICO-DIALÉCTICA.

Sosteníamos en el acápite anterior que para comprender el Derecho lo que debe tenerse en consideración no son *hechos sociales,* sino que *relaciones sociales.* De este modo, el desarrollo de una teoría jurídica crítica de base dialéctica implica reconocer al Derecho como un factor, es decir, como un conjunto complejo de relaciones sociales históricamente determinadas.

Para el punto de vista que venimos desarrollando, el Derecho es un fenómeno normativo, indiscutiblemente, pero no se agota en eso. El Derecho, a pesar de que muchos estén empecinados en demostrarlo, no se encuentra encerrado en sí mismo. Muy por el contrario, se encuentra inserto en una compleja red de relaciones y prácticas sociales. «Las normas, resultan, sólo una dimensión de un objeto complejo y no como pretende el normativismo, su exclusiva referencia. Como hemos señalado muchas veces, las normas sólo dicen, lo que algunos hombres dicen, que las normas dicen» (Cárcova, 2012, p. 152). Visto así, el Derecho está compuesto por múltiples dimensiones (relaciones abstraídas) que lo determinan[16].

Las dimensiones que le dan forma son: la dimensión normativa, la dimensión coercitiva, la dimensión autoritativa, la dimensión política, la dimensión subjetiva, y la dimensión social. La tradición iusfilosófica marxista dialéctica ha tratado de manera muy inorgánica todas estas cuestiones, de modo que ofrecer una teoría que le dé orden y sentido a este asunto es un pequeño aporte al estado de reflexión en torno al fenómeno jurídico. Y es que comprender el Derecho como una relación social implica comprender todos aquellos elementos en unidad. Así, en las próximas líneas desarrollaremos cada una de estas dimensiones, advirtiendo que deben ser leídas y comprendidas como una parte del todo, y a su vez, considerar el todo que se expresa en cada una de las partes.

16. La tesis del fenómeno jurídico como fenómeno multidimensional, no es particularmente novedosa. Es, de hecho, una tesis muy propia de la Teoría Jurídica Crítica argentina, escuela que sostiene que el Derecho es un fenómeno multinivel, es decir, que su comprensión se ve afectada por distintos niveles, donde el normativo es sólo uno de ellos. Buenos ejemplos de esto son las teorías de Cárcova (Cárcova, 2012, pp. 120-125) y Entelman (Entelman, 2006, p. 210).

7.1. Dimensión normativa

Los teóricos del Derecho han insistido, desde principios del siglo XX o fines del siglo XIX, en que el Derecho es un orden normativo. A nuestro juicio la afirmación es correcta pero incompleta. Lo que ocurre, tal y como escribe Pashukanis, es que el

> Derecho como forma no existe únicamente en las mentes y en las teorías de los especialistas del Derecho. Este tiene una historia real paralela, que se desarrolla no como sistema de conceptos, sino como sistema específico de relaciones […] En otro lugar hablo de los conceptos jurídicos que reflejan teóricamente el sistema jurídico como un todo orgánico […] En otras palabras: la forma jurídica, expresada mediante abstracciones lógicas, es el producto de una real o concreta […] forma jurídica, de una mediación real de las relaciones de producción (Pashukanis, 1976, p. 34).

La teoría del Derecho dominante suele entender que el Derecho está constituido por un tipo específico de normas que son el producto de enunciados de lenguaje que han sido producidos por autoridad u órgano competente mediante procedimientos prestablecidos, que tienen por objeto regular la conducta humana y que están amparadas en la fuerza socialmente organizada. El Derecho así visto, no es otra cosa más que un orden de normas jurídicas válidas.

A nuestro juicio, considerar que el Derecho es un fenómeno normativo es correcto[17], sin embargo, la pregunta sobre qué es el Derecho, parece no agotar su respuesta en ello.

> La norma como tal, es decir, su contenido lógico, bien es una inferencia de relaciones ya existentes, o bien no representa, cuando es promulgada como ley estatal, más que un síntoma que permite prever con una cierta verosimilitud el futuro nacimiento de las relaciones correspondientes (Pashukanis, 1976, p. 75).

Para explicar el Derecho como relación social no basta con sostener que éste consiste en un conjunto de normas vigentes-válidas, porque la pregunta inmediata es de dónde se adquiere tal vigencia-validez, reflexión que nos conduce casi causalmente hacia el borde del sistema jurídico.

Con la modernidad, tal borde ya no es la voluntad divina o la justicia eterna. «El pensamiento jurídico moderno […] separó la cuestión de la validez de las normas jurídicas de su carácter de justicia. En el mundo moderno se sabe que el derecho válido no se

17. Ya, antes de Pashukanis, Vyshinski sostuvo que el Derecho era un fenómeno normativo. Ahora bien, el problema principal en la teoría de Vyshinski es la forma en que comprendió las normas. Para el jurista soviético, las normas son prácticamente ideología. En su *The law of the Soviet State* sostiene: «En consecuencia, el verdadero y supremo criterio del derecho se encuentra en el derecho como tal, no en los fenómenos ajenos a él (economía, relaciones de producción). Las normas que establece la legislación son normas jurídicas porque el ordenamiento jurídico reconoce al legislador como un órgano de derecho. La fuerza coercitiva de este ordenamiento jurídico se debe a la conformidad de sus normas con las convicciones legales del pueblo. Por tanto, las normas jurídicas se presentan como expresión de las convicciones jurídicas de las personas y, como tales, son el regulador supremo de la vida social y estatal» (Vyshinski, 1948, p. 32).

puede confundir con el derecho justo» (Capella, 2004, p. 89). Lo anterior obviamente, nos remite al problema de la validez originaria de las normas.

Para que una norma exista en el Derecho debe ser válida, pero el problema teórico implicado en aquella afirmación es que, en cierto modo, la validez de una norma realmente no nos dice nada sobre la existencia material de la misma, porque en el fondo la validez es una cuestión lógica. Las normas válidas son aquellas que pertenecen a un engarce lógico.

La validez, en tanto y cuanto categoría lógica deja una respuesta pendiente. Su origen está constantemente sometido a la sospecha. Tal problema se vuelve profundamente opaco cuando miramos el Derecho como un sistema cerrado en sí mismo, sin embargo, se hace cada vez más prístino cuando nos acercamos a los *límites* del sistema.

La Teoría Jurídico Crítica de base dialéctica ha defendido la idea de que la validez puede considerarse un criterio correcto para identificar las normas jurídicas, sin embargo, lo es sólo para aquellas normas que ya están dentro del sistema jurídico. Es decir, la validez es un criterio *interno* de identificación. Pero tal y como afirma Capella, «este criterio para usar *validez* o *invalidez* respecto de las normas más corrientes de los cuerpos jurídicos obviamente no sirve para decidir el problema de la validez o invalidez de las normas-origen» (Capella, 2004, p. 89). El problema, entonces, es que no se puede hablar de la validez o invalidez de las normas-origen. Y es en este momento en el que los discursos jurídicos críticos pueden ofrecer buenos argumentos.

Al respecto, Capella con toda potencia crítica afirma que realmente son cuestiones fácticas las que posibilitan la identificación de las normas-origen.

> En primer lugar, la autoridad-origen ha de afirmarse como tal ante la sociedad, y ésta ha de prestarle reconocimiento en grado suficiente. La efectividad de las normas emanadas por una autoridad-origen –el hecho de que sean efectivamente tomadas en consideración y aplicadas en grado significativo por las instituciones públicas– hace posible empíricamente reconocer que tales normas existen. Respecto de las normas-origen de un sistema jurídico, se les atribuye validez a partir del mero hecho de su existencia como tales normas (Capella, 2004, p. 90).

Esto nos obliga a hacer una fina distinción entre *eficacia* y *efectividad*.

Al respecto, uno de los fundadores del movimiento *Critique du Droit*, Antoine Jeammaud, publicó en 1984 en castellano una conferencia que llama la atención sobre el problema (Jeammaud, 1984). Jeammaud muestra que Capella logra identificar que Kelsen utilizó los términos *efectividad* y *eficacia* indistintamente, pero un análisis minucioso muestra que en ello hay, realmente, dos cuestiones distintas involucradas.

Escribe Jeammaud,

> llamaremos efectividad de una norma a la relación de conformidad (o al menos de no contrariedad) con ella, de las situaciones o comportamientos que se hallan en su ámbito de competencia. De modo que la efectividad jurídica se concibe como la aplicación efectiva, real, de las reglas vigentes en los casos concretos que regulan. [Por otro lado, es] conveniente

> reservar el uso de la palabra eficacia para apuntar el logro efectivo de los resultados buscados por quienes las legislaron (Jeammaud, 1984, p. 6).

En este sentido, con *eficacia* se quiere expresar una determinada adecuación a fines (políticos o económicos) a través de las normas jurídicas, mientras que, con *efectividad,* se quiere expresar una la relación de conformidad (o de no contrariedad) con la norma. Oscar Correas, resume el asunto con mucha claridad: «efectividad hace referencia al hecho de que los obligados producen las conductas que evitan las sanciones, mientras que eficacia dice relación con las *intenciones* del legislador» (Correas, 1988, p. 91)

El iusfilósofo argentino-mexicano al respecto profundiza y sostiene que para comprender correctamente esta cuestión es relevante distinguir entre «efectividad *en el cumplimiento* u *obediencia*, y […] efectividad *en la aplicación*» (Correas, 1988, p. 92). La primera se relaciona con los ciudadanos (aquellos que obedecen –o no– las normas), y puede distinguirse: el cumplimiento por consenso, es decir, son los mismos ciudadanos los que promueven las conductas prescritas por las normas; y el cumplimiento por temor, es decir, el cumplimiento de las normas únicamente por temor a la sanción o al castigo[18].

En resumen, lo que queremos sostener es lo siguiente. La validez de las normas es un criterio de identificación de las normas jurídicas que sirve únicamente como criterio *intrasistémico*, pero no permite explicar cómo pueden identificarse o cómo pueden existir las normas originarias. El criterio que realmente es útil para aquello es la *efectividad*.

La validez de las normas cumple una función retórica, opera como la ficción que permite generar una imagen del sistema jurídico como consistente, cerrado y autoproductivo. Pero lo que ocurre realmente es que, en el mundo social, las relaciones efectivas que son determinadas como jurídicas quedan sometidas a un criterio material, la *efectividad*. Sólo cuando la primera norma es efectiva, por consenso o temor, el Derecho puede autoproducirse (como conjunto de normas válidas) con el objeto de cumplir su fin general, es decir, ser eficaz en la apropiación de trabajo excedente.

7.2. Dimensión coercitiva

Un segundo problema al que la teoría jurídica dialéctica ha atendido es a la relación entre Derecho y Fuerza.

En toda la teoría analítica del Derecho se acepta la idea de que el Derecho es respaldado por la *fuerza socialmente organizada* (Squella, 2011, p. 83), sin embargo, poco se ha reflexionado sobre qué significa concretamente aquello. Los enfoques críticos han reparado en esto y tomando elementos de la teoría dominante han presentado potentes

18. Un buen ejemplo de complimiento por consenso, son las normas que prescriben el pago por las mercancías, mientras que las relaciones laborales son un buen ejemplo de complimiento por temor (Correas, 1993, pp. 46-47).

reflexiones. Por ejemplo, en su obra *La Crítica Radical del Derecho*, Aníbal D'Auria sostiene que el estudio de la relación entre Derecho y Fuerza es el problema nuclear para la teoría jurídica crítica radical.

> Aquí la cuestión ya no es particularmente, por ejemplo, cómo, cuándo y por qué se filtra la ideología política en las decisiones del juez. Tampoco se trata de la cuestión genérica de por qué el derecho dice eso que dice y no otra cosa, o de por qué lo que el derecho dice se supone jurídicamente conocido por todos a pesar de su evidente opacidad para todos. La cuestión de la Crítica Radical del Derecho apunta específicamente a la raíz del Derecho, es decir, a su carácter coactivo: ¿Por qué hay coacción jurídica? ¿Qué condiciones sociales hacen posible que exista un orden coactivo, cualquiera fuera? ¿Existe una suerte de *ideología de la coacción*? Y en tal caso, ¿sobre cuáles prejuicios y supuestos implícitos se apoya? (D'Auria, 2016, p. 100).

En *Para una crítica de la violencia* (Benjamin, 2001, pp. 23-45), Walter Benjamin intenta fundar las bases de una nueva tradición iusfilosófica, superadora del iusnaturalismo y el iuspositivismo, donde pone el problema en comento en el centro del análisis. La novedad del punto de vista de Benjamin radica, justamente, en reconocer al Derecho y a la violencia (o la fuerza) como *modalidades*, o aspectos, de una misma sustancia, que adquiere sentido precisamente a partir de su imbricación.

El Derecho sólo tiene sentido a través de su recurso a la violencia y la violencia sólo puede racionalizarse a través del Derecho. Mientras «el derecho natural aspira a *justificar* los medios a través de la justicia de los fines, por su parte, el derecho positivo intenta *garantizar* la justicia de los fines a través de la legitimación de los medios» (Benjamin, 2001, p. 24).

El único fin del Derecho es afirmar su propia autonomía, afirmar al Derecho mismo. Toda violencia que no persiga los fines de Derecho amenaza su monopolio. Esto significa «que la violencia, cuando no está en manos del derecho correspondiente, lo pone en peligro» (Benjamin, 2001, p. 24).

La violencia no sólo es auxiliar del Derecho, sino que también está profundamente arraigada a su origen. La violencia, entonces, cumple dos funciones: fundar y conservar el Derecho, y en caso de no reivindicar alguno de estas dos dimensiones, renuncia a toda validez.

La tesis de Benjamin puede conectarse con la posición de Carlos Pérez Soto, quien ha sostenido que los *poderes sociales* administran la violencia según la racionalidad que tienen sus intereses. Sostiene que el Estado y el Derecho racionalizan y administran la violencia en favor de un sistema que tiene como fin principal su propia reproducción. Para Pérez, el problema puntual y de fondo es que hay un tipo de violencia profunda y desatada que nunca ha podido ser racionalizada por el Derecho, una «violencia histórica excedente» (Pérez Soto, 2012, p. 78)[19], que no es otra que la violencia capitalista. Una forma de violencia que arroja a la infelicidad, a la miseria y al menosprecio, a soportar

19. Pérez está reinterpretando la tesis de la *represión excedente* de Marcuse (Marcuse, 1969, p. 48).

las crisis cíclicas del capital a un grupo mayoritario, a un sujeto histórico que no tiene más posesión que su fuerza de trabajo.

Si en la perspectiva de las revoluciones burguesas el Derecho era lo que permitía el diálogo entre ciudadanos, la propia historia de la modernidad ha mostrado que el diálogo sólo es posible hasta que los intereses nucleares de los *poderes sociales* son amenazados[20].

7.3. Dimensión autoritativa

Hay en la dimensión autoritativa del Derecho dos problemas íntimamente relacionados, uno de carácter lingüístico-pragmático y otro de ontología social.

Sobre el primero, Capella ha sostenido que el hecho de que una proposición normativa sea efectivamente dictada es una cuestión pragmática. Necesita de una relación entre hablante y oyente, en la que el hablante actúa como autoridad, pero necesita cierta *actitud* por parte el oyente.

> El dictado de una norma se reconoce por sus rasgos sociales materiales, si se trata de una norma que origina la legitimación de otras (como puede ser una constitución), o por rasgos formales que se derivan, de todos modos, de alguna norma-origen (Capella, 2004, p. 80).

Es decir, para que el Derecho opere como tal, necesita que el oyente de una proposición normativa reconozca a aquella proposición como una *norma* y al agente como *autoridad*. Además, requiere que esta última se reconozca a sí misma como tal. Es así como la dimensión lingüístico-pragmática nos conduce casi necesariamente a la búsqueda de explicaciones en torno a la ontología social que permitan comprender cómo la autoridad puede operar como tal.

Una explicación crítica de la autoridad, que se enmarca en la tradición dialéctica, es la de Mijaíl Bakunin. Aquí se articulan su anti-teísmo y su crítica radical del Estado. Se funda filosóficamente en una crítica a aquellas posiciones metafísicas dualistas neokantianas o tomistas, que conciben un mundo más allá de nuestro mundo material y sus relaciones. Escribe Aníbal D'Auria que «el anti-teísmo en Bakunin es entonces, en última pero principal instancia, una polémica contra la metafísica idealista, de la cual emana el principio de autoridad jerárquica y su inevitable derivado: la desigualdad» (D'Auria, 2009, p. 34).

Al oponerse al dualismo metafísico, es decir, a aquellos discursos que postulan un mundo celestial, idílico y supra terrenal distinto a nuestro mundo, Bakunin hace un doble ejercicio: a. en primer término, afirma como real el mundo material o natural, únicamente, y b. en segundo lugar, concibe a tal mundo como *internamente relacionado* o en sus términos *universalmente causado* (Bakunin, 1979, p. 181).

20. La historia de los golpes de Estado en Latinoamérica, particularmente, en el Chile de Salvador Allende, son buenos ejemplos de lo que se sostiene

Postular la divinidad como *causa primera* justifica la *revelación*, es decir, esa posibilidad de saber cómo es y opera ese mundo al que no tenemos acceso. Sin embargo, sostiene que tal causa primera no existe, sino que es una derivación para que tal posición ontológica tenga sentido.

El universo para Bakunin es, de hecho, un asunto más complejo que «la suma de todas las cosas realmente existentes» (Bakunin, 1979, p. 181). Su posición ontológica es, más bien, la opuesta y siguiendo su nomenclatura puede denominarse *causalidad universal* (pero en nuestro marco lingüístico es la *filosofía de las relaciones internas*). En sus palabras:

> Todo lo que es, los seres que constituyen el conjunto indefinido del universo, todas las cosas existentes en el mundo, cualesquiera que sea por otra parte su naturaleza particular, tanto desde el punto de vista de la calidad como de la cantidad, las más diferentes y las más semejantes, grandes o pequeñas, cercanas o inmensamente alejadas, ejercen necesaria e inconscientemente, sea por vía inmediata y directa, sea por transmisión indirecta, una acción y una reacción perpetuas; y toda esa cantidad infinita de acciones y de reacciones particulares, al combinarse en un movimiento general y único, produce y constituye lo que llamamos vida, solidaridad y causalidad universal, la naturaleza (Bakunin, 1979, pp. 181-182).

Esta forma de comprender la realidad es lo que habilita a Bakunin a negar la posibilidad de una *causa primera* y con ello a toda la jerarquía y pensamiento teológico, «la religión, que es el inicio de la salida del hombre de su esclavitud bajo la naturaleza, es también el inicio de su esclavitud bajo los hombres. La religión es el origen histórico y real de los Estados» (D'Auria, 2009, p. 35).

El relato laico en torno al surgimiento y origen del Estado¸ no es tanto más distinto al misticismo de las *revelaciones,* a pesar de sus pretensiones de laicidad. Ese relato, muchas veces requiere de una figura igual de ficticia, tal como el *contrato social*. Tal ficción realmente esconde tras un halo de *legitimidad* los intereses materiales y de clase que hay en los Estados modernos.

> En efecto, [escribe Aníbal D'Auria], el Estado, hacia afuera, está siempre en guerra latente o actual contra otros Estados; su sino es la conquista y la dominación, esto es, la esclavitud. Y, hacia adentro, el Estado se asigna la función de proteger a sus socios unos de otros, ya que la teoría del Estado, como la religión, supone al hombre esencialmente malo. No hay teoría del Estado –como no hay religión, ni teología– que no postule el principio jerárquico de autoridad externa legisferante (D'Auria, 2009, p. 35).

Es así como la posición ontológica de Bakunin se traduce en una crítica a la autoridad. A su vez, el problema de la justificación de la autoridad es otro punto de vista desde el que puede discutirse la legitimidad del Derecho y del Estado.

7.4. Dimensión subjetiva.

La aparición en 1924 de la *Teoría General del Derecho y el marxismo* de Evgeny Pashukanis, inaugura una manera profundamente dialéctica de reflexionar sobre el fenómeno jurídico. Reconociendo la multiplicidad de dimensiones involucradas en el Derecho, el jurista soviético pone su énfasis[21] en una dimensión particular: la del sujeto jurídico.

Sostiene Pashukanis que en el capitalismo se espera que socialmente se produzcan *mercancías* que tienen como fin ser puestas en el mercado para ser vendidas. El acto mediante el cual la mercancía es adquirida por otro tiene forma jurídica, la de *contrato.* Tal intercambio, en el que se compran y venden mercancías, requiere de individuos recíprocamente libres e iguales.

Como se puede observar, el jurista soviético entra a estudiar el fenómeno jurídico desde el Derecho Comercial, ya que desde su enfoque, para analizar el Derecho situado (en el capitalismo) lo central es el intercambio de mercancías (la compraventa mercantil).

> El derecho comercial es, por una parte, un derecho específico que únicamente tiene relevancia para las personas que han hecho de la transformación de las mercancías en dinero, y viceversa, su profesión. Por otra parte, el derecho mercantil es el mismo derecho civil en su dinámica, en su movimiento hacia esquemas más puros donde ha desaparecido ya todo rastro de organicismo, hacia esquemas en los que el sujeto jurídico opera en su forma acabada como complemento necesario e inevitable de la mercancía (Pashukanis, 1976, p. 33).

Lo que ocurre es que el derecho mercantil hace patente de manera muy prístina, los esquemas básicos para la operatividad del Derecho en el capitalismo. Más específicamente, para Pashukanis, la cuestión nuclear es que el sujeto jurídico hace posibles los movimientos jurídicos mercantiles. Ahí está su centralidad. En sus palabras:

> El principio del sujeto jurídico, y los esquemas basados en él (que para la jurisprudencia burguesa son como esquemas a priori de la voluntad humana) derivan con absoluta necesidad de las condiciones de la economía mercantilmonetaria […] Pero si examinamos la cuestión con más detenimiento está claro que no sólo las estructuras técnicas del aparato del Estado surgen sobre el terreno del mercado, sino que entre las mismas categorías de la economía mercantilmonetaria y la forma jurídica existe un *nexo interno indisoluble* (Pashukanis, 1976, p. 33).

Como se puede observar, para Pashukanis lo propiamente jurídico es ese nexo interno indisoluble entre Derecho e intercambio mercantil. Es decir, la principal característica del Derecho es que permite la vinculación entre poseedores de mercancías.

21. Pashukanis reconoce explícitamente que su atención está puesta en los problemas que le parecen más centrales (Pashukanis, 1976, p. 29). Sin embargo, su excesiva atención en la categoría *sujeto* (descuidando otras) ha motivado algunas críticas de autores que están dentro de la misma tradición, tales como Bob Fine (Fine, 1990, pp. 252-254) o Paul O'Connell (O'Connell, 2018, p. 647).

Ahora bien, otro punto de vista sobre el sujeto jurídico desarrollado dentro de la tradición dialéctica en iusfilosofía, es el de Alicia Ruiz, quien concibe al Derecho como un *discurso social*, específicamente como el *discurso del poder*, en el que la categoría que ahora examinamos es determinante. Para nuestra autora,

> la ciencia del Derecho interviene en la producción de su objeto y lo construye, en tanto lo explica mediante categorías y conceptos. Así, participa en la realización de las funciones sociales que le atribuye y fundamenta las ficciones que lo estructuran. Para dar cuenta del Derecho, dicen, no basta con ceñirse a sus aspectos normativos (Ruiz, 2013, pp. 9-10).

Ruiz y Cárcova sostienen que el Derecho es una *práctica discursiva social específica*. Para los críticos argentinos, el Derecho produce sentidos propios y diferenciables a otros discursos (a otras prácticas lingüísticas), expresando los niveles de acuerdo y conflicto que son propios a cada formación histórico-social determinada.

El Derecho no sólo dota de sentido –jurídico– a determinadas prácticas, sino que también convierte a los individuos en sujetos habilitados para practicar tal discurso. El discurso jurídico es el discurso del poder en tanto y cuanto lo instituye, es decir, constituye o institucionaliza a la autoridad. Racionaliza las relaciones de dominación como instituciones, legitimando así el poder.

La operatividad del discurso jurídico permea aspectos muy sutiles de nuestra vida, cuando determina qué actos pueden producir efectos jurídicos (y cuáles no).

> Para comprender la complejidad de las operaciones discursivas es necesario volver al sujeto de Derecho. Ese sujeto libre y autónomo que el Derecho afirma es, en sí mismo, una categoría histórica y también lo son las cualidades que se le atribuyen […] Se trata de desmontar la ficción de la libertad y la autonomía, como cualidades que hacen a la esencia de lo humano, para proponer, en cambio, que no hay sujeto libre y autónomo, que no hay sujeto como unidad indivisible, completa y subsistente fuera de las formas sociales que lo constituyen y de las ilusiones que lo sostienen (Ruiz, 2013, p. 24).

7.5. Dimensión política

Una de las características importantes del capital (esa relación social general que tiene como único fin su reproducción para la acumulación), es su gran capacidad para adecuarse al cambio político, incluso a aquellos cambios que lo afectan directamente, a corto o mediano plazo. Es que el capital es pura forma, la acumulación no tiene una concreción determinada y puede asumir distintas representaciones. Exactamente lo mismo puede decirse del Estado. Éste resiste distintas formas, como la de Estado capitalista neoliberal o de Estado capitalista renano.

El movimiento histórico de la formación social capitalista, entendida como totalidad requiere de estímulos que vengan tanto desde la economía como desde la política. Su dinamismo reside ahí. Sin embargo, hay algo que caracteriza a la formación social capitalista y que se relaciona con la función del Estado, el Derecho y la Política.

El capitalismo como tal, se define por la bifurcación de lo político, por separar lo económico de lo político y por poner a lo jurídico como la forma-límite que permite aquella bifurcación. Las formaciones sociales pre-capitalistas no distinguían entre una esfera económica y otra política. Lo político y lo económico estaban unidos, lo jurídico a su vez se difuminaba entre cuestiones morales y religiosas (Capella, 2008, pp. 17-45). En el capitalismo, gracias al desarrollo histórico de las propias formaciones sociales anteriores, el proceso productivo es mediado por las decisiones de personas individuales. La burguesía se constituye como sujeto histórico dominante (es decir político) ya que controla este importante aspecto de la vida.

Así, se advierte un asunto crucial: la economía es profundamente política, de modo que la dimensión política del Derecho no sólo tiene que ver con el aparato estatal, sino que con el modo de producción en general. La sociedad capitalista moderna, antes y hoy, es una sociedad de clases en la que la relación general de producción, intercambio y acumulación es la que produce a los sujetos históricos, y los individuos tienen poco que hacer al respecto. Si bien la libertad y la igualdad formales hacen una gran diferencia en otros aspectos, no cambia el hecho de que la relación trabajo-capital es una relación de clase, de producción de excedente y expropiación del mismo. Por esta razón, Juan Iñigo Carrera ha sostenido que «no existe ninguna relación económica que no tenga por forma una Relación jurídica o política. De manera correspondiente, no existe ninguna Relación jurídica o política que no tenga por contenido la organización indirecta del trabajo social» (Íñigo Carrera, 2012, p. 64). Aunque inmediatamente no lo parezca, la relación de explotación (entendida como la relación en que se extrae la plusvalía, la ganancia capitalista) es también un asunto político y jurídico. Envuelve necesariamente relaciones de poder y de control.

Aquella relación se considera únicamente económica, porque lo político adquiere un significado claramente restringido,

> asociado únicamente a lo institucional, es decir instituciones estatales, políticas estatales, acciones de funcionarios estatales, acciones de agentes externos al aparato estatal para influir en la constitución, la legislación o políticas específicas del estado, la extensión de este tipo de asuntos a las relaciones internacionales, etc. (Smith, 2017, p. 189).

Vista así, la función del Estado parece neutra. La regulación política estatal puede, en ciertas ocasiones, obedecer a intereses no capitalistas y otras veces a los intereses del capital. Sin embargo, lo más adecuado es que el Estado, desde la perspectiva metodológica que asumimos, deba pensarse como *Estado capitalista*, en el que las políticas estatales son indeterminadas, pero consideradas en su contexto real y material no lo son de forma irrestricta.

> La indeterminación del contenido se combina con una determinación de la forma, imponiendo así una restricción en el contenido determinado por la forma […].
> En realidad, solo hay un conjunto de relaciones sociales que subyacen tanto a la forma Estado como a la forma Capital. La forma Estado restringe el rango (no obstante, indeterminado) de políticas estatales en el siguiente sentido: el Estado Capitalista no puede

> introducir reformas que superen la bifurcación de lo político y lo económico sin desmantelarse (Smith, 2017, p. 190).

El Estado puede hacer que la economía capitalista funcione de forma más amable para las masas trabajadoras, por ejemplo, o puede convertirse en una maquinaria para el logro de los propósitos de la burguesía. Lo que es imposible, es que el campo económico totalmente despolitizado se politice de forma adecuada, en el sentido de que sea controlado por la esfera estatal. Si esto sucediera se afectarían relaciones que están en la base de la formación social capitalista.

La historia ha demostrado que el bloque dominante se ha resistido a políticas que afectan esta bifurcación y ha defendido con balas y tanques aquellas que buscan erradicar esta división.

¿Cuál es el rol del Derecho aquí? Kelsen no se equivoca al sostener que el Estado coincide con el conjunto de normas jurídicas que le dan forma, sin duda. Sin embargo, no logra ver la función de mediador que cumple en esta lucha que hemos descrito y que la filosofía política marxista ha denominado lucha de clases. El rol del Estado no es otro más que proteger los intereses del capital y permitir a toda costa su reproducción, beneficiando algunas veces a los sectores explotados, dominados y oprimidos, y otras (históricamente, las más) a los sectores dominantes, opresores y explotadores. El Derecho es el medio a través del cual es posible configurar las funciones de reproducción del capital (relacionadas estrechamente con el control de la división social del trabajo y la apropiación de trabajo excedente, entre otras cosas).

Ante esa contradicción, ante la tensión entre capital y trabajo, el Estado a través del Derecho, surge como un protector, pero no de aquellos sujetos en pugna. El Estado no es la burguesía erigida en ley, sino el representante del capital entendido como relación social general.

> El Estado es esa Relación social objetivada, cuyo cuerpo como tal se encuentra sustantivado en su estructura burocrática-militar, que aparece portando la acción consciente y voluntaria de los individuos libres y que tiene la potestad de dominarlos como representante de la unidad de movimiento del capital total de la sociedad. En pocas palabras, el Estado es el representante del capital total de la sociedad. Tiene a su cargo la unidad del movimiento de la acumulación de los capitales individuales (Íñigo Carrera, 2012, pp. 60-61).

7.6. Dimensión social

Llamamos *dimensión social* a un problema profundamente complejo y que ha sido abordado de múltiples formas, utilizando un sinnúmero de conceptos distintos en la filosofía y teoría del Derecho. Este asunto tiene, por decirlo así, dos caras. Una ha sido abordada por la teoría analítica del Derecho con el nombre de *normatividad, fuerza vinculante* u *obligatoriedad* del Derecho; su otra cara ha sido abordada por la tradición dialéctica con en nombre de *ontología social del Derecho.* Decimos que es un problema

bifronte porque aquí se relacionan internamente las dos cosas: el ser mismo del Derecho y su obligatoriedad a nivel social.

Aquellos que engruesan las filas del enfoque analítico-positivista, a nuestro juicio parecen coincidir en que esta cuestión, o al menos la forma de abordar el problema, conduce a terrenos extrajurídicos[22]. Pero realmente, el problema no es tan simple de abordar desde otro lado. La tradición dialéctica ha sido igual de problemática al enfrentar la ontología social e institucional, no sólo en relación al Derecho, sino como problema general. Aquí, conceptos como cosificación, fetichismo, reificación, etc., suelen ser utilizados sin mucho rigor, ni uniformidad, adoleciendo la tradición de un lenguaje común sobre el que discutir.

Sin embargo, el concepto de *Fetichismo jurídico* (Magnet Colomer, 2008, pp. 1-14) postulado por la tradición marxista dialéctica, puede ser útil para dar luces sobre cómo abordar este asunto desde la perspectiva filosófica asumida.

Marx, cerrando la inauguración de su ópera *magna,* analiza el *fetichismo de la mercancía* (Marx, 2010, pp. 83-95), madurando y concretando una reflexión que puede rastrearse hasta sus textos de juventud[23]. Su punto central es, si se nos permite la reducción, sostener que los procesos fundamentales para la producción de mercancías para el capital están ocultos a la simple experiencia, de modo que tal ocultamiento hace aparecer a las mercancías como autónomas. La relación de intercambio, que es una relación mediada por personas, aparece únicamente como una relación mediada por cosas.

En ese sentido, la modernidad como hemos venido sosteniendo, ha transformado en *cosas autónomas* a relaciones sociales profundamente humanas e internamente imbricadas. Es precisamente aquello lo que ha ocurrido con el Derecho, de modo que la tarea de la Teoría Crítica del Derecho ha sido invertir esta comprensión de lo real (buscando mostrar que el Derecho no tiene la autonomía que pretende) a través del develamiento de las condiciones históricas y sociales que han hecho posible la existencia del fenómeno jurídico como un fenómeno que se experimenta como normativo.

Cárcova lo sostiene muy claramente:

> Desde esta perspectiva, dar cuenta de lo jurídico es dar cuenta de una instancia de la vida social y exige una visión global de su estructura […] Decimos que no se puede hablar del Derecho en un sentido abstracto y genérico; que no es lo mismo hablar del Derecho de los sumerios, que del derecho de las sociedades capitalistas avanzadas; que la idea de que el derecho puede reducirse a un conjunto finito de prohibiciones más una norma de clausura, sólo permite entender, en el mejor de los casos, la dimensión formal del fenómeno, pero

22. Nicola Muffato ha publicado una de las investigaciones más completas sobre el problema de la normatividad en la teoría analítica del Derecho. Para el jurista italiano, normatividad podría entenderse, en términos generales como «la propiedad o característica por la cual las normas jurídicas guían la conducta vinculando e influyendo de una manera particular sobre la deliberación práctica de sus destinatarios» (Muffato, 2015, p. 1147).
23. Muchos de los conceptos que permiten entender el fetichismo de la mercancía, como objetivación o extrañamiento, aparecen ya en su reflexión sobre el *Trabajo enajenado* (Marx, 1980, pp. 103-119).

> otras dimensiones se pierden. […En las sociedades contemporáneas], secularizadas, racionalizadas y burocratizadas, es el derecho de la ley (abstracto y universal) el que actúa como ordenamiento fundamental, brindando seguridad y previsibilidad, demandas insoslayables del modo de producción capitalista (Cárcova, 2012, p. 152).

El Derecho moderno es lo que es por lo que hace. Manda, prohíbe o permite asumiendo, en el plano general, una función particular, que no es otra más que asegurar la operatividad del Capital.

El Derecho actúa a través de directivas a las que socialmente se les otorga cierta obligatoriedad. Ahora bien, para comprender este asunto no debe desatenderse el proceso de fetichización[24] involucrado. Con esto queremos referir a que el conjunto de relaciones sociales que intervienen en la constitución y composición de lo jurídico deja de ser visible, considerándose su forma puramente normativa. Y a través de ello (y del orden interesado que socialmente genera) nos domina.

8. COLOFÓN

En esta contribución, nos hemos propuesto ordenar los elementos propios de la teoría crítico-jurídica de base dialéctica. Para ello, nuestros esfuerzos se han condensado en tres cuestiones principales.

En primer término, valoramos la tradición dialéctica y su método asociado, destacando su aspecto ontológico y epistemológico para mostrar que, si se asume este punto de vista, el fenómeno jurídico se estudia como un *factor,* es decir, como un conjunto complejo de prácticas, creencias y relaciones sociales, donde la dimensión normativa es fundamental, pero no agota el problema.

En segundo lugar, nos pareció relevante destacar que la teoría marxista del Derecho no sólo se ha propuesto describir lo que el Derecho *es,* sino que para esta tradición es tan relevante como lo anterior, mostrar lo que el Derecho *hace.* Es decir, los enfoques iusmaterialistas han puesto énfasis en referir a la función de mantención y reproductiva que la forma jurídica asume respecto de las relaciones sociales que conforman el modo de producción capitalista. El Derecho mantiene un nexo interno con la formación social capitalista, de modo que lo que se puede decir de ésta, también puede afirmarse sobre el Derecho. El carácter transitorio e histórico del capitalismo, tal y como su conflicto central, la lucha de clases, son aspectos que no pueden ser obviados al analizar el fenómeno jurídico.

En tercer término, hemos ofrecido una reformulación de aquello que el iuspositivismo ha denominado *tesis social.* Esa *cosa,* ese *conjunto de hechos* que llamamos Derecho desde el enfoque iuspositivista, es concebido como un *factor* o como un *conjunto de*

24. Para comprender el concepto de fetichización, en el marco de una teoría general de la enajenación, se recomienda: (Pérez Soto, 2017, pp. 255-272)

relaciones desde el enfoque que hemos adoptado como contraste. Es decir, el Derecho puede identificarse rastreando un conjunto de hechos institucionales, sin embargo, no puede comprenderse sin referir a un conjunto complejo de dimensiones que le dan forma. Si bien, lo normativo aparece fenoménicamente como el primer dato empírico, esta dimensión requiere de las prácticas sociales materiales para ser tal. El Derecho se expresa a través de enunciados normativos (y a la postre, en normas) pero aquello es producto de un proceso de subsunción y de condensación de relaciones sociales mucho más complejas que interrelacionan cuestiones como convenciones, dominación, poder, explotación, etc.[25].

Esa complejidad multidimensional se expresa en cada una de las partes de lo que el Derecho es. Solo considerando al Derecho como un conjunto de relaciones, y a la vez comprendiendo que el *todo* se expresa en cada una de ellas, puede entenderse adecuadamente este fenómeno social complejo.

BIBLIOGRAFÍA

Bakunin, M., (1979). «Consideraciones filosóficas sobre el fantasma divino, sobre el mundo real y sobre el hombre», en Bakunin, M. *Obras Completas* (Vol. III), Madrid, La Piqueta, 179-296.

Benjamin, W., (2001). «Para una crítica de la violencia» en Benjamin, W., *Para una crítica de la violencia y otros ensayos: Iluminaciones IV*, España, Taurus, 23-45

Blanshard, B., (1967). «Internal Relations and Their Importance to Philosophy», *The Review of Metaphysics* (21, No. 2), 227-236.

Blanshard, B., (1991). *Reason & Analysis*, Estados Unidos, Open Court Publishing Company.

Bobbio, N., (1993). *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía de Derecho*, España, Debate.

Bradley, F. H., (1908). *Appearance and Reality: A Metaphysical Essay*, Nueva York, The Macmillan Company.

Capella, J. R., (2004). *Elementos de análisis jurídico*, Madrid, Trotta.

Capella, J. R., (2008). *Fruta Prohibida: Una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*, Madrid, Trotta.

Cárcova, C. M., (ed.). (2006). *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Cárcova, C. M., (2012). *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Correas, O., (1988). «Teoría sociológica del Derecho y sociológica jurídica (II parte)», *Crítica Jurídica* (8), 73-108.

Correas, O., (1993). «Acerca de la sociología jurídica: un ensayo de definición», *Crítica Jurídica* (12), 23-53.

25. Una reflexión profundamente arraigada en la tradición marxista dialéctica sobre la imbricación entre Derecho, normas, trabajo y capital es ofrecida por Alysson Mascaro (Mascaro, 2016, pp. 33-54)

D'Auria, A., (2009). «Estado y Derecho en el pensamiento anarquista: una aproximación a Bakunin», *Crítica Jurídica* (27), 33-44. https://doi.org/10.22201/ceiich.01883968p.2009.27.16792

D'Auria, A., (2016). *La Crítica Radical del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba.

De Cabo Martín, C., (2010). *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta.

Entelman, R., (2006). «Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra», en Cárcova, C. M (ed.). *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, LexisNexis – Abeledo Perrot, pp. 209-220.

Fine, B., (1990). «The Antinomies of Evgeni Pashukanis» en Berewick, R. y Green, P., *The Routledge Dictionary of Twentieth Century Political Thinkers*, 252-254.

Fraser, I., (1997). «Two of a kind: Hegel, Marx, Dialectic and Form», en *Capital and Class* (61), 81-106. https://doi.org/10.1177/030981689706100105

Fukuyama, F., (1992). *El fin de la historia y el último hombre*, España, Planeta.

García Amado, J. A., (2015). *Iusmoralismo(s): Dworkin, Alexy, Nino*, Ecuador, Cevallos.

Glock, H. J., (2012). *¿Qué es la filosofía analítica?,* Madrid, Tecnos.

Gres. P., (2019). «Igualdad, Derecho y Capital: Una lectura crítica», *Derechos en Acción* (13), 271-303. https://doi.org/10.24215/25251678e339

Gres. P., (2021). «Sobre la dialéctica contemporánea: concepto, ontología y capacidad crítica», *Revista de Humanidades de Valparaíso* (18), 151-171. https://doi.org/10.22370/rhv2021iss18pp151-171

Harvey, D., (2018). *Justicia, naturaleza y geografía de la diferencia*, Madrid-Ecuador, Traficantes de Sueños-IAEN

Hegel, G. W. F., (1999). *Principios de la Filosofía del Derecho*, España, Edhasa.

Iñigo Carrera, J., (2012). «El capital: determinación económica y subjetividad política» *Crítica Jurídica* (34), 51-69.

Iñigo Carrera, J., (2019). «Del capital como sujeto de la vida social enajenada a la clase obrera como sujeto revolucionario», en Escorcia, R y Caligaris, G. (eds.), *Sujeto capital – Sujeto revolucionario. Análisis crítico del sistema capitalista y sus contradicciones*, México, Universidad Autónoma Metropolitana – ITACA, 147-180.

Jeammaud, A., (1984). «En torno al problema de la efectividad del derecho», *Crítica Jurídica* (1), 5-16.

Jiménez Cano, R., (2013). «Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)», *Isonomía* (39), 83-126. https://doi.org/10.5347/39.2013.108

Kelsen, H., (2011). *Teoría Pura del Derecho [primera edición de 1934]*, Madrid, Trotta.

Kosik, K., (1967). *Dialéctica de lo concreto*, México, Grijalbo.

Magnet Colomer, J., (2008). «Fetichización Jurídica y Derechos Sociales», *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences* (20), 245-258.

Mangabeira Unger, R., (1986). *The Critical Legal Studies Movement*, Estados Unidos, Harvard.

Marcuse, H., (1969). *Eros y civilización*, Barcelona, Seix Barral.

Marx, K., (1980). *Manuscritos: economía y filosofía*, Madrid, Alianza Editorial.

Marx, K., (2008). *Contribución a la crítica de la economía política*, España, Siglo XXI.

Marx, K., (2010). *El Capital (I). Proceso de producción del Capital*, Santiago de Chile, LOM.

Mascaro, A. L., (2016). «Derecho, Capitalismo y Estado para una lectura marxista del Derecho», en Conde Gaxiola, N. y Peñaloza, P. J., *Crítica del Derecho desde América Latina,* México, Horizontes, 33-54.

Moore, G. E., (1919). «External and Internal Relations», *Aristotelian Society* (20), 40-62. https://doi.org/10.1093/aristotelian/20.1.40

Moya, C., (1971). «Razón analítica y razón dialéctica en las ciencias sociales», en *Teorema: international journal of philosophy* (1, No 1), 91-112.

Muffato, N., (2015). «Normatividad del Derecho», en Fabra Zamora, J. L. y Núñez Vaquero, A. (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho* (Vol. 2, cap. 31), México, UNAM, 1145-1175.

Novoa Monreal, E., (1975). *El Derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI.

Núñez Vaquero, A., (2010). «Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho. (Ejemplar dedicado a: XXII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: Viejos temas, nuevos problemas)*, 413-434.

O'Connell, P., (2020). «Law, Marxism and Method», *Triple C* (16 (2)), 647-655. https://doi.org/10.31269/triplec.v16i2.1003

Ollman, B., (1975). *Alienación. Marx y su concepción del hombre en la sociedad capitalista*, Buenos Aires, Amorrotu.

Ollman, Bertell., (1993). *Dialectical investigations*, Estados Unidos, Routledge.

Ollman, B., (2003). *Dance of Dialectic: Steps in Marx's Method,* Estados Unidos, University of Illinois.

Ollman, B., (2015). «Marxism and the philosophy of internal relations; or, How to repla ce the mysterious 'paradox' with 'contradictions' that can be studied and resolved», *Capital & Class* (39 (1)), 7-23. https://doi.org/10.1177/0309816814564128

Ollman, B., (2018). «The Eight Steps in Marx's Dialectical Method», en Vidal, M., Smith, T, (Eds.), *The Oxford Handbook of Karl Marx.* Inglaterra, Oxford press. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190695545.013.3

Orellana Benado, M. E., (2010). «Tradiciones y concepciones en filosofía», en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (31), 49-78.

Paolucci, P., (2015). «Marx's scientific and political criticism: The internal relation», *Capital & Class* (39(1)), 65-78. https://doi.org/10.1177/0309816814564657

Pashukanis, E. B., (1976). «La teoría general del Derecho y el marxismo», Barcelona, Grijalbo.

Pérez Soto, C., (2008). *Desde Hegel. Para una crítica radical de las ciencias sociales*, México, Ítaca.

Pérez Soto, C., (2012). «Violencia del derecho y derecho a la violencia», en *Derecho y Humanidades* (20), 73-91.

Pérez Soto, C., (2017). *Proposición de un marxismo hegeliano*, Santiago de Chile, Ceibo.

Raz, J., (1985). *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, México D.F., UNAM.

Rorty, R., (1967). «Relations, internal and external», en Edwards, P. (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, New York, Macmillan.

Ruiz, A. E. C., (2000). *Idas y vueltas: por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, UBA.

Ruiz, A. E. C., (2013). *Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación – Instituto Electoral del Distrito Federal.

Russell, B., (1956). *Logic and Knowledge*, Londres, Allen and Unwin Ltd.

Saad Filho, A., (1997). «Re-reading both Hegel and Marx: the New Dialectics and the method of Capital», en *Brazilian Journal of Political Economy* (7 (1)), 107-120. https://doi.org/10.1590/0101-31571997-0917

Sayers, S., (2015). «Marxism and the doctrine of internal relations», en *Capital & Class* (39(1)), 25-31. https://doi.org/10.1177/0309816814564129

Smith, T., (1993). *Dialectical social theory and its critics: from Hegel to analytical marxism and postmodernism*, Estados Unidos, State University of New York Press.

Smith, T., (2017). *Beyond Liberal Egalitarianism: Marx and Normative Social Theory in the Twenty-First Century*, Oxford-Leiden, Brill. https://doi.org/10.1163/9789004352292

Squella, A., (2011). *Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Suárez Llanos, L., (2005). «Planteamiento analítico – iusanalítico: el aspecto ontológico», en *Isonomía* (22), 61-206.

Vernengo, R. J., (1998). «Derechos de las minorías y tolerancia», en *Doxa* (21-II), 477-482. https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.32

Vyshinski, A., (1948). *The Law of the Soviet State*, New York, MacMillan Company.

Wittgenstein, L., (2002). *Tractatus Logico– Philosophicus*, Madrid, Tecnos. https://doi.org/10.4324/9780203010341

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 253-281
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.10

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

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

Diego M. Papayannis*

Look into your book of rules
and tell me what you see
Am I 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: 30/8/2022
Aceptado: 14/10/2022

Citar como:
Papayannis, Diego M. (2023). No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte II. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 253-281. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.10

Financiación:
Con apoyo de los proyectos PID2020-114765GB-I00 y CEX2021-001169-M, financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN, España).

Agradecimientos:
Agradezco los comentarios de Hugo Acciarri, Carolina Fernández Blanco, Esteban Pereira Fredes, Lorena Ramírez Ludeña, Henry M. Reyes Garcés y Alexander Vargas Tinoco a un borrador previo de este trabajo.

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Diego M. Papayannis

Resumen

Este trabajo es una defensa de las competencias del derecho privado para contribuir en la redistribución del ingreso. En particular, se centra en la crítica de arbitrariedad. Las posiciones más tradicionales acusan al derecho privado redistributivo de ser arbitrario en, al menos, dos sentidos. Primero, el derecho privado redistributivo es *ilegítimo*, ya que traslada a los particulares una carga que es esencialmente colectiva. Segundo, estas normas llevan a resultados distributivos *aleatorios*. Argumentaré que la crítica de ilegitimidad descansa sobre una concepción equivocada del derecho privado, como distributivamente neutral y ajeno a las políticas públicas, y una noción muy cuestionable de lo que cuenta como una «respuesta colectiva» a un problema social. A su turno, respecto de la aleatoriedad, mostraré que toda objeción que pueda presentarse contra la arbitrariedad distributiva del derecho privado es aplicable con igual fuerza al derecho tributario y el gasto público. Por lo tanto, si ambos instrumentos comparten los mismos defectos, entonces, ¿por qué sería el derecho tributario y el gasto público siempre mejor para redistribuir recursos? Más sensato es reconocer que la tarea redistributiva debe ser llevada a cabo mediante una combinación de reglas de derecho público y de derecho privado, aprovechando sus fortalezas relativas, y evitando sus debilidades, en diferentes contextos.

Palabras clave: derecho privado; justicia distributiva; redistribución del ingreso; ilegitimidad; aleatoriedad.

Abstract

This paper offers a defense of the ability of private law to contribute to the redistribution of income. In particular, it focuses on the criticism of arbitrariness. The most traditional views criticize redistributive private law as being arbitrary in at least two senses. First, such views claim that redistributive private law is *illegitimate*, since it places on individuals a burden that is essentially collective. Second, the views state that these norms lead to *random* distributive outcomes. I will argue that the illegitimacy objection rests on a misconception of private law as distributionally neutral and unrelated to public policy, and a highly questionable notion of what counts as a 'collective response' to a social problem. Regarding randomness, I will demonstrate that any objection that can be raised against the distributive arbitrariness of private law is applicable with equal force to tax law and public spending. Then, if both instruments share the same flaws, why would tax law and public spending always be better at redistributing? It would be more sensible to acknowledge that the redistributive task should be carried out through a combination of public law and private law rules, leveraging their relative strengths and avoiding their weaknesses, in different contexts.

Keywords: Private Law; Distributive Justice; Income Redistribution; Illegitimacy; Randomness.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo forma parte de un trabajo más amplio en el que intento mostrar que el derecho privado no está en particular desventaja respecto del derecho público para implementar políticas redistributivas. La tesis que se sostiene es que el derecho privado puede contribuir de modo significativo en la redistribución del ingreso. Esta tesis es modesta, en cierto sentido, ya que no afirma que el derecho privado sea superior –ni siquiera equivalente– al derecho público como mecanismo general de redistribución. Aboga más por el reconocimiento de lo que el derecho privado *puede aportar* en este ámbito. Las implicaciones de esta tesis, sin embargo, no son para nada triviales, ni modestas. Si el derecho privado tiene esa capacidad, entonces, es una herramienta más con la que se cuenta en el diseño de políticas públicas redistributivas y, por ello, el legislador está racionalmente compelido a considerarla. La idea de que todo lo relativo a la justicia distributiva pertenece exclusivamente a la esfera del derecho público –y lo redistributivo, en particular, al derecho tributario y al gasto público– debe ser abandonada.

En efecto, el creciente debate sobre las funciones del derecho privado evidencia que sus distintas áreas pueden perseguir, con mayor o menor éxito según el caso, una multiplicidad de propósitos[1]. Asimismo, la sociedad tiene un fuerte interés en fiscalizar el

1. Este debate es especialmente álgido y nutrido de argumentos en la teoría de la responsabilidad civil. Véase Papayannis, 2022b.

contenido del derecho privado, ya que este puede causar graves problemas distributivos y de igualdad, pero también puede prevenirlos. Una buena política pública adopta una perspectiva desprejuiciada al respecto y se vale de todos los instrumentos a su alcance, aprovechando al máximo las virtudes de cada rama del derecho (sea público o privado) para el logro de los objetivos sociales planteados.

Estas ideas contrastan fuertemente con la tradición *iusprivatista* que, con pocas excepciones, no escatima esfuerzos al enfatizar que el derecho privado es incapaz de redistribuir el ingreso sin incurrir en costes sociales inadmisibles. Concretamente, se ha afirmado que las normas de derecho privado redistributivo son ineficaces, en tanto fracasan en su aspiración de beneficiar a los sectores a quienes se pretende favorecer, e incluso que en muchos casos son contraproducentes, pues empeoran la posición de los grupos desaventajados. De igual forma, se ha señalado con vehemencia que el derecho privado genera grandes ineficiencias cuando se inmiscuye con ostensible torpeza en labores redistributivas, propias del derecho público. Por último, se ha dicho que los efectos de la redistribución del derecho privado son arbitrarios, *ergo*, distributivamente injustificables. En suma, según la posición tradicional, el derecho privado redistributivo tendría una tasa de éxito muy limitada, en cualquier caso a un coste económico excesivo y siempre mediante normas de dudosa moralidad, en la medida en que sus resultados distributivos no pueden ser justificados con los mismos principios que rigen la tributación justa y, por lo tanto, la distribución equitativa de las cargas y los beneficios de la cooperación social.

En la Parte I de este trabajo, ofrecí una respuesta a las objeciones de ineficacia e ineficiencia (Papayannis, 2022a). Procuré mostrar que el derecho privado no es particularmente ineficaz o ineficiente en comparación con el derecho público (que debe lidiar con sus propias fuentes de ineficacia e ineficiencia) y, además, que en algunos casos podría tener un rendimiento redistributivo superior. En el presente escrito, completaré el argumento brindando una respuesta a la crítica de arbitrariedad.

Las posiciones más conservadoras acusan al derecho privado redistributivo de ser arbitrario en, al menos, dos sentidos. En primer lugar, el derecho privado redistributivo es *ilegítimo*, ya que traslada a los particulares una carga que es esencialmente colectiva. No son los particulares quienes deben garantizar que sus conciudadanos gocen de un mínimo de recursos para llevar adelante su vida, sino el Estado. En segundo lugar, estas normas llevan a resultados distributivos *aleatorios*: no logran que participen en la redistribución todos los agentes relevantes, ni del lado de los aportantes, ni del lado de los beneficiarios; solo participan de la redistribución quienes tienen la *buena* o *mala* fortuna de verse involucrados en una interacción (como un contrato o un accidente), siempre que satisfagan las condiciones en las que sería apropiado realizar un ajuste distributivo entre las partes. Adicionalmente, el derecho privado redistributivo no puede evitar que se tome de los obligados más o menos de lo que deben aportar, ni que los beneficiarios reciban más o menos de lo que les corresponde percibir, según el criterio

de justicia distributiva colectivamente acordado. A fin de cuentas, el derecho privado redistributivo no solo es ilegítimo sino que impacta aleatoriamente sobre los miembros de la comunidad. En conjunto, estas normas son moralmente inadmisibles. Por ello, el derecho privado debería regular las relaciones entre particulares con independencia de que las condiciones sociales en las cuales se desenvuelven e interactúan sean justas. Si estas condiciones fuesen injustas, incumbe al derecho público, no al derecho privado, subsanar la injusticia de fondo. Esta es la posición tradicional que intentaré rebatir aquí.

En lo que sigue argumentaré que el derecho privado no excede sus competencias institucionales cuando se implica en tareas redistributivas, ni sus resultados son particularmente aleatorios. En la sección 2, reconstruiré la objeción de arbitrariedad con más detalle. Luego, en la sección 3, disiparé las dudas sobre la legitimidad del derecho privado para involucrarse en la redistribución del ingreso. Para completar el argumento, en la sección 4, expondré las razones por las cuales el derecho público no está en mejores condiciones para superar los problemas de aleatoriedad. En esta sección pretendo llamar la atención sobre el hecho de que tampoco podrían justificarse los resultados del derecho público si evaluásemos su desempeño redistributivo con la misma vara que se utiliza para juzgar al derecho privado. Concluyo el trabajo con una reflexión general sobre la manera en que la doctrina tradicional ha negado el carácter público del derecho privado, lo que nos ha impedido apreciar hasta qué punto este es un instrumento más a disposición de las políticas públicas, incluyendo las políticas redistributivas.

2. LA CRÍTICA DE ARBITRARIEDAD

Una buena presentación de la crítica de arbitrariedad puede encontrarse en el análisis de Charles Fried de las normas que permiten anular o revisar los términos de un contrato abusivo o lesivo. Pensemos en dos supuestos que discute Fried (2015, pp. 103-104).

> Caso 1: un comerciante de electrodomésticos situado en un barrio pobre descubre que la única manera económicamente rentable de otorgar crédito a sus clientes es cobrando una tasa de interés alta y predisponiendo una cláusula de devolución de *todos* los bienes adquiridos, aun en caso de incumplimiento trivial. De esta manera, si un consumidor compra una lavadora, una secadora y un refrigerador a pagar en 48 cuotas mensuales, y luego de la cuota 47 es incapaz de hacer frente a la última cuota, el vendedor tiene derecho a recuperar los tres electrodomésticos en virtud de esta cláusula.
>
> Caso 2: un empresario de la construcción logra ofrecer trabajo a jóvenes inexpertos pagando un salario muy bajo, sin proveer medidas de seguridad suficientes e incluyendo en el contrato una exoneración de responsabilidad por daños. Los trabajadores están perfectamente informados de estas circunstancias y, aunque no están conformes con ellas, el mercado no les ofrece ninguna alternativa mejor.

En algunos sistemas jurídicos se ha apelado a diversas doctrinas, como el abuso del derecho, el principio de buena fe contractual, la lesión objetivo-subjetiva o, en el *common*

law, la *unconscionability*, entre otras[2], para revisar los términos del contrato en casos como estos, lo que impediría recuperar *todos* los bienes al vendedor del primer caso y haría al empleador responsable por los accidentes laborales en el segundo. Esto equivale a una redistribución desde el comerciante a sus clientes (pues parte de las ventajas que se procuraba mediante este contrato se pierden a favor de estos últimos) y desde el empresario hacia sus trabajadores (en tanto la perspectiva de tener que asumir esa responsabilidad hubiese repercutido en una baja de salario ofrecido o, directamente, en una pérdida de interés por contratar).

Hay al menos dos consideraciones normativas relevantes en estos casos. Una, en la que no me detendré aquí, nos exhorta a evaluar si los contratantes débiles ejercieron una genuina libertad o, por el contrario, fueron explotados[3]. La otra, que concierne directamente al problema de arbitrariedad, es si esta forma de redistribución es defendible desde los principios que rigen la tributación en un sistema liberal. Observa Fried (2015, p. 106) al discutir estos ejemplos que la redistribución «no es una carga que deba ser soportada de manera aleatoria y *ad hoc* por quienes se encuentran con personas más pobres que ellos mismos». En su opinión, el comerciante minorista y el empresario de la construcción deberían pagar impuestos justos, una suma acorde con sus ganancias, y con esos impuestos el Estado debería mejorar las condiciones de quienes no tienen acceso al crédito o están desesperados por conseguir trabajo. Ello es así, según Fried, porque «no hay razón por la cual el vendedor minorista o el empleador deban asumir una carga mayor a este respecto que, digamos, un cirujano plástico de Beverly Hills con un ingreso diez veces más alto solo porque el cirujano nunca tiene la ocasión de tratar con los pobres y los desempleados» (*ibidem*).

Así, la postura de Fried puede ser planteada a la luz de los principios de capacidad contributiva, igualdad de cargas y progresividad. Los tres principios, en realidad, son expresión de una concepción de la igualdad según la cual: a) la aportación exigible

2. Todas estas normas han sido receptadas por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de diferentes sistemas jurídicos. Por ejemplo, el art. 7 del Código Civil Español (CCE) y el art. 10 del Código Civil y Comercial argentino (CCyC) se refieren al abuso del derecho; el principio de la buena fe contractual está previsto en innumerables disposiciones, como el art. 1258 CCE, el art. 20, inc. 2, del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) o el art. 961 CCyC. La lesión es más restrictiva en ordenamientos como el derecho español (arts. 1291, inc. 1 y 2, y art. 1293 CCE), aunque bastante amplia en otros como el argentino (art. 332 CCyC). A su vez, la llamada «*unconscionability*» está regulada, por ejemplo, en la sección 2-302 del *Uniform Commercial Code* en los Estados Unidos; el *leading case* que permitió la evolución de esa doctrina es *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co*., 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).
3. Algunas de las cuestiones sobre las que debe reflexionarse son las siguientes: 1) ciertamente, los afectados obraron deliberadamente, pero ¿ejercieron su autonomía? Para ello, debieron contar con un mínimo de opciones valiosas (véase Raz, 1994, p. 119); ¿se satisface esta condición?; 2) ¿es relevante para evaluar la justicia del contrato que el contexto apremiante no haya sido creado por la parte supuestamente explotadora?; 3) ¿cuánto incide el hecho de que quienes ofrecen términos tan duros a la vez son los únicos que hacen algo por los pobres, pues mejoran sus alternativas respecto del *statu quo*?

debe guardar una adecuada proporción con los ingresos percibidos (es decir, que no debe resultar excesiva); b) quienes tienen ingresos más altos deben contribuir en mayor medida, lo que implica que en cada nivel de ingresos las aportaciones deben ser equivalentes; y c) la dirección de la redistribución debe ser desde los más privilegiados a los más desaventajados[4].

En los ejemplos tratados por Fried, parece dudosa la satisfacción de alguno de estos requisitos. Un sistema de derecho privado redistributivo no puede garantizar que las contribuciones sean proporcionadas, ni que se incluya a todos los contribuyentes de manera igual, ni tampoco que el peso de la redistribución recaiga necesariamente sobre los grupos privilegiados. Finalmente, el mecanismo redistributivo no es *neutral* respecto de la manera en que los contribuyentes obtienen sus ingresos. En estos ejemplos, es claro que el negocio de proveer bienes y servicios a los pobres termina siendo *gravado* mucho más que el negocio de realizar retoques estéticos a las personas de altos ingresos. Por otra parte, se ha de añadir, una crítica análoga es pertinente respecto de la recepción de los beneficios de la redistribución. Estas normas no aseguran que todos los que necesitan asistencia la reciban, ni tampoco que la reciban en la proporción correcta, de modo consistente con los principios mencionados en el párrafo anterior.

De estas apreciaciones, aclara Fried, no debe inferirse que el derecho contractual *liberal,* que rechaza las reglas de revisión del contrato, sea insensible con la situación de la parte débil. Tiene perfecto sentido reconocer que en las circunstancias descritas hay un problema distributivo de fondo que debe ser remediado, y a la vez propugnar que la solución sea *colectiva.* El punto es que la redistribución es un objetivo social legítimo, siempre que sea perseguido por la comunidad en su conjunto. Por ello, es inapropiado trasladar a los agentes económicos individuales una responsabilidad que es compartida (Fried, 2015, p. 106). En términos de la teoría de la legislación racional, podría decirse que emplear el derecho privado con fines redistributivos constituye una *irracionalidad ética* (Atienza, 1997, pp. 36-39), aunque de carácter *relativo* (Papayannis, 2021a, p. 63): no es que el fin perseguido sea moralmente objetable –al contrario, es loable redistribuir el ingreso de modo que nos aproximemos al ideal de justicia distributiva–; sin embargo, es ilegítimo perseguir *ese fin con esos medios* en concreto.

En síntesis, la formulación que considero más clara e interesante de la crítica de arbitrariedad consiste en las siguientes afirmaciones:

1) Ilegitimidad: la redistribución mediante el derecho privado es ilegítima porque traslada injustificadamente una carga colectiva a los agentes individuales.
2) Aleatoriedad: la participación en la redistribución mediante el derecho privado es ocasional y azarosa, porque depende de que la persona celebre un contrato o tenga un accidente con alguien más pobre que él; esto implica:

4. Un análisis detallado de estas ideas puede encontrarse en Murphy & Nagel, 2002, pp. 12-39.

c) Parcialidad: no participan de la redistribución todos los que deben aportar al fondo común, ni tampoco todos los que deben recibir;
d) Imprecisión: de aquellos que sí participan, nada garantiza que aporten exactamente lo que deben aportar según su nivel de ingresos (riqueza, consumo o cualquier factor que se tome como relevante), ni que reciban exactamente lo que deben recibir según sus necesidades[5];
e) Regresividad: dado todo lo anterior, la satisfacción del principio de progresividad es muy improbable[6].

En mi opinión, la crítica de ilegitimidad descansa sobre 1) una concepción equivocada del derecho privado, como si se tratase de un área del derecho neutral a los problemas distributivos y ajena a las consideraciones de política pública; y 2) una noción muy cuestionable de lo que cuenta como una «respuesta colectiva» a un problema social. A su turno, respecto de la aleatoriedad, argumentaré que toda objeción que pueda presentarse contra la arbitrariedad distributiva del derecho privado es aplicable en igual medida al derecho público, en particular a las normas del derecho tributario y del gasto público. Por lo tanto, si ambos instrumentos comparten los mismos defectos, entonces, ¿por qué sería el derecho tributario y el gasto público siempre mejor para redistribuir recursos? Más sensato es reconocer que la tarea redistributiva debe ser llevada a cabo mediante una combinación de reglas de derecho público y de derecho privado, aprovechando sus fortalezas relativas, y evitando sus debilidades, en cada contexto.

3. LA ILEGITIMIDAD DEL DERECHO PRIVADO PARA REDISTRIBUIR RECURSOS

Un aspecto crucial del argumento es que la utilización del derecho privado para redistribuir recursos traslada indebidamente a los agentes individuales una responsabilidad colectiva. Al hacerlo, no solo grava en exceso a algunos desafortunados que terminan sufragando un coste que pertenece a la sociedad en su conjunto, sino que desnaturaliza la relación entre las partes, en la medida en que el marco de interacción interpersonal queda subordinado a la satisfacción de fines sociales. Sin importar cuán valiosos sean esos objetivos, canalizarlos por el derecho privado altera el esquema normativo que permite a las partes relacionarse de igual a igual.

Dicho en otros términos, el derecho privado redistributivo trastoca la *horizontalidad* típica de las relaciones entre particulares y, con ello, destruye la división del

5. Este punto en concreto es introducido por Keren-Paz, 2007, pp. 62-63.
6. La misma idea sostiene Shavell (2004, p. 653) cuando afirma que los resultados de la distribución mediante reglas del derecho privado son difusos, pues no incluyen a todos los sujetos relevantes ni tampoco garantiza que la dirección de la transferencia sea de ricos a pobres. De ahí se sigue la recomendación de gestionar la redistribución por el sistema de impuestos, tal como ya se ha mencionado. Véase también Kaplow & Shavell, 2002, pp. 33-34.

trabajo entre las instituciones que procuran que el trasfondo social o distributivo sea equitativo y aquellas pensadas para que las personas se relacionen con otros en libertad, guiadas fundamentalmente por la persecución de los fines que consideren valiosos (Rawls, 1993, pp. 268 y ss.). La única manera de distinguir lo que debemos a otros en nuestras relaciones interpersonales y lo que debemos a la sociedad es con un derecho privado que sea indiferente a las cuestiones de justicia distributiva. Estas últimas –sigue la objeción–, aunque es fundamental abordarlas en una sociedad liberal igualitaria, no deberían depender de que las interacciones privadas nos empujen azarosa y arrebatadamente hacia resultados más favorables para los desaventajados, sino que merecen una respuesta colectiva.

La crítica presentada tiene varias aristas que conviene examinar por separado, así que estructuraré mi respuesta en tres partes.

3.1. La distinción público/privado

La acusación de ilegitimidad asume que el derecho privado redistributivo quiebra la racionalidad subyacente del derecho privado, asociada exclusivamente con la justicia correctiva. No obstante, se ha de observar, la división público/privado está lejos de ser pacífica. Así, se ha señalado, en mi opinión con acierto, que lo público y lo privado se manifiestan en distintos grados en todas las áreas del derecho (Velasco Caballero, 2014, pp. 21 y ss.). Esto no significa que trazar la distinción público/privado sea del todo desacertado. Puede resultar útil hacer la distinción con ciertos propósitos teóricos, pero no debe caerse en dogmatismos que nos impidan ver que toda decisión sobre la manera de diseñar el derecho privado tiene una dimensión pública innegable, en tanto el derecho privado a menudo es una de las causas de serios problemas sociales y, como intento mostrar, puede también contribuir en las correspondientes soluciones. La decisión de utilizar o no el derecho privado para objetivos de justicia social es una decisión eminentemente *política* y, por ello, compete a la comunidad en su conjunto (Papayannis, 2016, pp. 17 y ss.).

Aun aceptando que uno de los fines principales, o el fin distintivo, del derecho privado es permitir a los particulares relacionarse en términos de libertad e igualdad –y no resolver injusticias sociales de carácter global–, todavía queda por discutir cómo se definen esos términos de interacción privada. Cuando se alude a la libertad y la igualdad con cierto nivel de abstracción, estos valores son ampliamente aceptados. Las desavenencias comienzan al extraer consecuencias concretas de estos valores para el diseño institucional[7]. Lamentablemente, el debate filosófico-político muestra que

7. La discusión política está normalmente enmarcada en un acuerdo superficial sobre los valores relevantes y un desacuerdo profundo relativo a cómo entenderlos. Sobre esto puede consultarse Dworkin, 1986, pp. 70 y ss.

no es nada sencillo determinar qué normas nos permiten relacionarnos como personas genuinamente libres e iguales.

La concepción convencional del derecho privado considera que la libertad y la igualdad tienen un carácter puramente formal. De hecho, este es uno de los presupuestos fundamentales de los teóricos de la justicia correctiva más tradicionales (Weinrib, 1995, pp. 86 y ss.) y también del movimiento codificador decimonónico que en su origen dio contenido al derecho privado en los sistemas de tradición continental (Bobbio, 1998, pp. 85 y ss.). Esta parece ser la única perspectiva que honra la división del trabajo institucional, mencionada más arriba, y la idea de que nuestras responsabilidades (o deberes) hacia otros son distinguibles de las que tenemos respecto de la comunidad. Sin embargo, esta posición teórica ha sufrido un fuerte cuestionamiento, sobre todo, desde mediados del siglo xx. La evolución del derecho privado en la regulación de la vida familiar es particularmente ilustrativa al respecto. Las paulatinas reformas que se han sucedido y que van desde la derogación de normas que exigían la autorización del marido para que la mujer casada pudiese ejercer el comercio[8] hasta la instauración del divorcio incausado, la desaparición de las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad y la posibilidad de optar por un régimen de separación de bienes, entre muchas otras[9], no pueden ser entendidas sino como la implementación de una determinada *política pública de derecho privado*[10].

Lo mismo puede afirmarse del desarrollo de las normas de defensa del consumidor que, en evidente tensión con el dogma de la autonomía de la voluntad, brindan una protección robusta a la parte débil del contrato[11], y de la responsabilidad civil extracontractual, en la que la culpa ha sido destronada como fundamento de imputación exclusivo para dar lugar a factores de atribución objetivos –como el riesgo o la garantía–, a la vez que se han extendido los catálogos de daños indemnizables y se han flexibilizado las reglas sobre nexo causal, todo con el sentido de salvaguardar el bienestar de las víctimas de accidentes[12]. La transformación del derecho privado en

8. Sobre la evolución legislativa y jurisprudencial en España, véase Gete-Alonso y Cabrera & Solé Resina, 2014, pp. 794 y ss.
9. Véase, por ejemplo, los arts. 431, 437 y 505 y ss. CCyC.
10. Entiendo por «política pública» el conjunto de decisiones y acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diversos actores, en principio estatales (aunque no siempre), con el propósito de resolver o prevenir un problema definido políticamente como «colectivo». Las políticas públicas se implementan fundamentalmente mediante normas jurídicas generales, mas su desarrollo requiere también la realización de actos jurídicos concretos, como la celebración de contratos administrativos o –más pertinente para nuestro objeto de análisis– el dictado de normas individuales, como las sentencias juridiciales. Sobre esto, véase Fernández Blanco, 2021, pp. 11 y ss. Puede discreparse sobre si en los ejemplos mencionados en el texto las normas dictadas han sido todas favorables a la igualdad de los cónyuges, pero eso no cambia el hecho de que constituyen una política pública.
11. Para un buen recuento de la manera en que el derecho se adecuó a fin de contrarrestar la debilidad contractual, puede consultarse en Rezzónico, 1987, pp. 447 y ss.
12. He realizado una particular lectura de la evolución de la responsabilidad civil en Papayannis, 2014, capítulo 3.

el último siglo responde visiblemente a una demanda de más igualdad en los tratos interpersonales.

Esta tendencia puede ser racionalizada desde las dos perspectivas que aquí nos interesan. Desde el punto de vista de la *justicia interpersonal,* es importante apreciar que el contenido de los derechos y deberes que tienen las personas en sus interacciones es sensible al contexto en que se relacionan, lo que supone que la determinación de su extensión depende, al menos parcialmente, de la situación social de injusticia distributiva (Bagchi, 2008, pp. 117 y ss.; 2014, pp. 197 y ss.). De manera coincidente, pero con una argumentación diferente, también Dagan & Dorfman (2018, pp. 172-173 y 189; 2022, pp. 6 y ss.) sostienen que la justicia interpersonal no puede limitarse a respetar la libertad e igualdad de las partes en términos puramente formales. Antes bien, puede conllevar exigencias sustantivas que tomen en consideración la situación particular en que se encuentran al momento de definir los derechos y deberes que tienen recíprocamente. De lo contrario, sería imposible mantener una relación plenamente respetuosa con otros. Así, las exigencias de igualdad sustantiva (no meramente formal) alcanzan a la justicia interpersonal y no se confinan a la justicia distributiva. Esta manera de concebir la justicia interpersonal hace imposible que podamos responder en abstracto cómo debe Axileas tratar a Xenofonte, sin valorar el contexto distributivo en que sus relaciones tienen lugar[13].

A su turno, desde el punto de vista de la *justicia distributiva*, también puede interpretarse la transformación del derecho privado como un intento de eliminar aquellas reglas de juego que generan un patrón distributivo indeseable en el cual, entre otras cosas, los contratantes débiles son explotados sistemáticamente y las personas de bajos recursos resultan infracompensadas cada vez que son víctimas de un accidente. Estas tendencias tienen sentido. ¿Por qué deberíamos siempre permitir que la operación ordinaria del derecho privado cause un empeoramiento de los más desfavorecidos y confiar luego en que el derecho público sea capaz de revertir el problema? Más allá de si el derecho privado debe en cada oportunidad posible procurar una neutralización de resultados regresivos, lo relevante para mi argumento es que en ambas perspectivas (justicia interpersonal y justicia distributiva) las consideraciones de igualdad y la evaluación de la manera en que las reglas del derecho privado impactan en la asignación final de los recursos son parte ineludible del análisis.

13. En otros trabajos argumenté que la fuerza normativa de la justicia correctiva dependía en última instancia de que el marco de interacción fuese distributivamente justo. Véase Papayannis, 2014, pp. 213 y ss.; y 2016, p. 248.

3.2. La ilusión de un derecho privado neutral o indiferente a los problemas distributivos

A la luz de lo anterior, la posición tradicional podría proponer que el derecho privado permanezca al margen de las operaciones distributivas o, cuando esto sea imposible, que sea indiferente a ellas. Lo primero, se vera enseguida, no es más que una ilusión, ya que todas las normas distribuyen derechos y deberes entre las partes y estos derechos y deberes generan transferencias implícitas de recursos en un sentido u otro. Lo segundo (es decir, permitir que el derecho privado agrave las desigualdades e intentar remediar esto *a posteriori* con el derecho público) es muchas veces inconveniente.

¿Por qué es falso que el derecho privado pueda ser neutral? Como han señalado muchos autores, el derecho privado tiene inevitablemente efectos distributivos[14]. En la primera parte de esta investigación (Papayannis, 2022a, pp. 110 y ss.), se pudo observar cómo la elección entre las reglas de responsabilidad objetiva o culpa, el estándar de diligencia exigible, la imposición de un deber de información o una garantía obligatoria supone optar, entre otras cosas, por una determinada transferencia implícita de recursos de un grupo de personas a otro. Por ejemplo, si Axileas tiene un deber de información en su contrato con Xenofonte, entonces Axileas soporta el coste de obtener y transmitir eficazmente esa información a Xenofonte (y, además, asume los riesgos derivados de que la información no se transmita correctamente). En caso de no existir ese deber, para contar con esa misma información, Xenofonte tendría que invertir sus propios recursos en obtenerla. La misma idea se aplica a todas las reglas mencionadas más arriba.

Sin duda, los grupos afectados por estas normas son heterogéneos, pero ello no es obstáculo para realizar evaluaciones intergrupales e intragrupales, tomando en cuenta el criterio relevante en cada caso. De esta manera, es posible que una norma sea progresiva desde el punto de vista intergrupal, si favorece a los trabajadores en lugar de ampliar las ventajas de los empleadores, y que a la vez sea regresiva en el plano intragrupal, por ejemplo, si dentro de los trabajadores los hombres acumulan los beneficios de la redistribución en mayor proporción que las mujeres o si favorece a los ya contratados dificultando el ingreso al mercado laboral de los desempleados. La norma estaría justificada desde el punto de vista de la justicia intergrupal, pero no intragrupal[15].

Evidentemente, que los efectos distributivos del derecho privado sean inevitables no significa que sean incontrolables. Se puede crear o suprimir una determinada transferencia de un grupo a otro o, también, modular su intensidad. Lo que es claro es que un derecho privado *distributivamente neutral*, que elimine todas las transferencias, es conceptualmente imposible. Si Olympia está sujeta a una regla de responsabilidad

14. Entre otros, Keating, 1996; Cane, 1997; Calnan, 1997; Dagan, 1999; Keren-Paz, 2007.
15. Véase Keren-Paz, 2007, pp. 63-64. La idea de distinguir entre transferencias intergrupales o intragrupales depende de un criterio clasificatorio. Por lo tanto, el primer ejercicio evaluativo consiste en seleccionar las categorías de personas que serán consideradas relevantes para el análisis.

objetiva por los daños que causa a Cleo en el desarrollo de su actividad empresarial y deseamos eliminar esa transferencia, supongamos, por considerarla excesiva, en realidad estaremos permitiendo un subsidio de Cleo a Olympia y sus clientes. Los daños que Olympia causa a Cleo son condición necesaria de su proceso productivo. Sujetar a Olympia a una regla de culpa le permite externalizar parte de esos costes y, al no tener que asumirlos en forma de indemnización, puede ofrecer un precio más bajo a los consumidores. La transferencia no ha sido eliminada con el paso a un régimen subjetivo, sino que simplemente ha cambiado de orientación.

La crítica de ilegitimidad es miope a estas consideraciones, aunque son de suma relevancia para apreciar que la verdadera *responsabilidad colectiva* consiste en controlar que los efectos redistributivos inevitables del derecho privado vayan en la dirección correcta, es decir, que sean progresivos y que respeten los principios de igualdad de cargas y de capacidad contributiva tanto como sea posible. Alternativamente, el legislador puede detectar que para un subgrupo de casos las reglas de derecho privado son regresivas y optar por solucionar el problema mediante normas del derecho público. Así pues, el legislador no está obligado a resolver todas las inequidades con reformas del derecho privado, sino a considerar el derecho privado como un instrumento jurídico más para abordarlas, sopesando las ventajas y desventajas de recurrir a otros mecanismos. Ello requiere comparar los efectos (los costes y beneficios, el grado de efectividad, los aspectos simbólicos implicados, etc.) de una determinada política pública de derecho privado progresiva con los de una de derecho privado tradicional en combinación con una respuesta de derecho público que sea paliativa de la inequidad generada por el normal funcionamiento de las reglas de trato interpersonal vigentes.

Como anticipé, la opción de dejar que un derecho privado ordenado por el ideal de igualdad formal opere sin restricciones, generando las desigualdades que sean, y luego encomendar al derecho público la totalidad de la tarea redistributiva es poco atractiva. En otro trabajo, expliqué que los destinatarios de las políticas redistributivas son normalmente las personas más vulnerables de la sociedad, razón por la cual cuentan con una menor capacidad de espera. Sus necesidades suelen ser de las más urgentes. Las consecuencias de un derecho privado injusto bien podrían ser irreparables para ellos; o incluso siendo reparables, la asistencia pública podría nunca llegar, en tanto estas medidas dependen de programas estatales cuya implementación varía según el signo político del gobierno y el clima económico-social de cada país. Durante una fuerte crisis económica, por ejemplo, incluso un gobierno bienintencionado, que desee responder con medidas paliativas a las inequidades generadas por el derecho privado, seguramente se encontrará con recursos insuficientes para ello. Un derecho privado atento a la cuestión distributiva previene esta clase de inequidades, lo que hace innecesario subsanarlas *a posteriori* (Papayannis, 2021b, pp. 89 y ss.).

Insisto, pese a todo, en que emplear el derecho privado para evitar injusticias sociales no es una exigencia estricta para el legislador racional. Esto en modo alguno implica que no existan límites a las inequidades que pueden tolerarse en el derecho privado. Si

un apego extremo a la igualdad formal permitiese que algunas personas fuesen tratadas indignamente, esas reglas de derecho privado serían en sí mismas injustificables con independencia de cualquier medida subsanadora que el Estado pretendiese implementar en compensación[16].

En definitiva, el derecho privado, aun el más conservador que podamos imaginar, impone transferencias de recursos a los agentes individuales en sus operaciones diarias. El sistema es regresivo cuando esas transferencias perjudican a las partes más débiles, ya sea porque las desprotege frente a las potestades negociales de quienes están mejor situados, les asigna riesgos (y cargas de precaución) o establece pautas de organización familiar opresivas, entre otros supuestos. En contraste, es progresivo si procura que las transferencias no tengan esos efectos o que se produzcan en la dirección contraria. El diseño del derecho privado debe tener en cuenta en qué medida sus normas contribuyen a la realización de un estado de cosas distributivamente defendible, en atención a los efectos esperados de la totalidad del sistema, integrado por el resto de las normas típicamente catalogadas como de derecho público. Qué derecho privado debemos tener no es una cuestión que pueda decidirse aisladamente.

3.3. Una noción imprecisa de respuesta colectiva

En tercer lugar, la objeción de ilegitimidad hace un uso retórico de la idea de «respuesta colectiva» que es desconcertante. Se reconoce que la justicia distributiva es un objetivo social legítimo, aunque la única manera de implementarlo, se afirma, es mediante una respuesta colectiva como el derecho tributario y el gasto público. Ahora bien, ¿qué hace que el derecho tributario y el gasto público sean una respuesta colectiva y el derecho privado no lo sea? En realidad, si deseásemos utilizarlo como instrumento para la justicia distributiva, el derecho privado sería una solución tan colectiva como los impuestos y las transferencias. Es decir, el derecho privado es una creación de la comunidad; no resulta de la interacción espontánea entre los agentes, sino que es producto de una legislación cuya función es crear las condiciones para que *cierto orden* emerja espontáneamente[17].

Tal vez, por «repuesta colectiva» quiera decirse que la carga debe recaer sobre el total de las personas de la comunidad y no sobre algunos pocos desafortunados captados por el sistema de derecho privado[18]. Así, bien conceptualizado, el problema no es que la respuesta del derecho privado no sea colectiva, sino que la contribución individual

16. Piénsese en las reglas que permiten un derecho de admisión irrestricto a favor de los propietarios de establecimientos abiertos al público. He analizado este supuesto en Papayannis, 2021b, p. 116 y ss.
17. Shapiro, 2011, p. 134. Enfatizo «cierto orden» para dejar espacio a que ese resultado sea condicionado en un sentido u otro. Como he explicado más arriba, una regulación mínima permitirá patrones de distribución en los cuales los agentes más fuertes imponen términos que les son favorables. Una regulación más robusta neutralizará los efectos del desequilibrio de fuerzas.
18. Véase Morgan, 2013, p. 156; Fried, 2015, pp. 71-72.

en la satisfacción de este deber público es desigual, caprichosa y, en última instancia, distributivamente injusta, cuando se la implementa mediante las normas del derecho privado; es tan distributivamente injusta como lo sería un sistema tributario en el que se decidiese *por sorteo* quiénes estarán exentos de impuestos cada año y quiénes soportarán una carga agravada para mantener estable el nivel de recaudación. La crítica, entonces, es que aun en el escenario más optimista, *la redistribución por medio del derecho privado solventa una injusticia distributiva, generando otra*.

Esta interpretación de la crítica de ilegitimidad es mucho más interesante, pero colapsa con la crítica de aleatoriedad que responderé en detalle en el apartado 4. De momento, anticiparé que la objeción transmite una falsa representación del derecho privado como *parcial* y del derecho público como *global*. Es decir, asume que la política tributaria y de gasto público está planificada, en tanto calcula de antemano qué grupos serán beneficiados y cuáles no por las decisiones legislativas, mientras que el derecho privado sigue teniendo un carácter caótico, azaroso, *ad hoc*, que hace depender sus efectos exclusivamente de quiénes tengan la buena o la mala suerte de encontrarse en un litigio. Nada más lejos de la verdad. El enfoque que defiendo recomienda una u otra norma de derecho privado sobre la base de sus efectos distributivos, pero en todo caso se trata de normas *generales* formuladas *ex ante* por el legislador, cuyos efectos también pueden ser calculados. El derecho privado redistributivo no propone que los jueces decidan en cada caso aceptar o rechazar una demanda según ello se adecúe o no a la justicia distributiva[19]. Se trata de elegir normas que a nivel agregado orienten la distribución en la dirección deseada[20].

A la vista de estas consideraciones, no se aprecia por qué el derecho privado sería más aleatorio o parcial que el derecho público. Es verdad que la identidad de quienes vayan a ser beneficiados o gravados con las consecuencias de estas normas de derecho privado está indeterminada, pero lo mismo ocurre con una deducción fiscal por nacimiento de un hijo o con el gravamen sobre la transferencia de inmuebles, pues se desconoce qué personas concretas terminarán siendo afectadas por ellas. Por otra parte, tampoco debe asumirse que el derecho tributario incide sobre todas las personas abarcadas por el hecho imponible de modo uniforme. El propio comerciante minorista del ejemplo discutido por Fried podría estar exento de algunos impuestos que sí son aplicables a

19. Como apuntan Goldberg & Zipursky (2020, p. 279), que las reglas del derecho privado tengan efectos distributivos y su aplicación dé ocasión a la redistribución no implica que los jueces deban decidir sus casos por razones distributivas.
20. Exista una diferencia, señalada tempranamente por Rawls (1955, pp. 6 y 16), entre justificar una institución y justificar las acciones llevadas a cabo en el marco de ella. En este sentido, el diseño *legislativo* del derecho privado podría estar sujeto a lo que Scheffler (2015, p. 222) denominó distributivismo débil. Esto supondría que, cualquiera sea su configuración, sus normas no podrán trasgredir los principios de justicia relevantes. Una concepción rawlsiana, por ejemplo, requeriría que las normas del derecho privado sean respetuosas de las libertades básicas, de la igualdad de oportunidades y, por último, del principio de la diferencia, conforme con el cual las desigualdades solo pueden estar justificadas si resultan ser beneficiosas para los grupos menos favorecidos en la sociedad.

otros comerciantes, o podría pagar un porcentaje más bajo, si el Estado desease impulsar la compra de electrodomésticos por parte de las familias pobres. Las posiciones críticas exageran los defectos del derecho privado a la vez que idealizan las virtudes del derecho público, incurriendo en lo que se conoce como «falacia del Nirvana».

En suma, no hay razones conceptuales para afirmar que el derecho privado redistributivo siempre incurrirá en un grado de aleatoriedad (parcialidad, imprecisión o regresividad) mayor que el derecho tributario y las políticas de gasto público. Ello dependerá de qué reglas de derecho privado y qué impuestos y programas de redistribución específicos se estén comparando. En mi opinión, la evaluación de qué mecanismos son mejores para redistribuir en un contexto u otro depende de consideraciones empíricas. Por ello, lo realmente *arbitrario* es excluir de pleno la participación del derecho privado en la tarea redistributiva.

Con estas nociones preliminares en mente, creo que la mejor respuesta a la crítica de aleatoriedad es una que Keren-Paz advierte, pero que no desarrolla en detalle. La clave de su argumento es que «al analizar los patrones distributivos del sistema de impuestos y transferencias, solo podemos concluir que su redistribución es aleatoria en ambas partes de la ecuación –cobro y transferencia»[21]. ¿Cuál es la idea detrás de esta afirmación? Que el derecho privado redistributivo aleatorio no tiene realmente como alternativa un buen derecho público exento de este problema. El derecho público, para decirlo claramente, también es aleatorio en un grado considerable. Con esto no quiere insinuarse que el derecho privado sea tan apto como el público para redistribuir los recursos. Más bien, intento argumentar que la capacidad del derecho privado, al igual que la capacidad del derecho público, para redistribuir el ingreso con una aleatoriedad tolerable es contingente. Por tanto, en las circunstancias apropiadas, una buena combinación de normas de derecho privado y de derecho público podría ser la mejor manera de afrontar la tarea redistributiva. La idea es que el legislador racional debe aprovechar las capacidades variables de cada instrumento a fin de lograr una compensación mutua de sus respectivas debilidades.

4. PARCIALIDAD, IMPRECISIÓN Y REGRESIVIDAD: EL MITO DE LA PRECISIÓN QUIRÚRGICA DEL DERECHO PÚBLICO

En esta sección, argumentaré que la crítica de aleatoriedad fija un estándar de competencia institucional muy elevado para el derecho privado. Siendo ese el nivel de precisión exigido, parece que el derecho privado bien haría en mantener su discurso al margen de la política pública, tal como recomienda la corriente tradicional. Pese a todo, tomada

21. Keren-Paz, 2007, p. 60. El trabajo de Keren-Paz ofrece varias respuestas más contra la crítica de aleatoriedad, aunque en mi opinión son menos persuasivas. Por ello, he preferido concentrarme en la comparación con el derecho público, que es la vía más promisoria y ha recibido menos atención.

en serio, esta aproximación crítica también podría revelar que la imagen del derecho público usualmente presupuesta en este debate no es más que un mito bien asentado. Los resultados redistributivos del derecho público son también aleatorios y, por coherencia con la propia crítica, injustificables. No existiendo un mecanismo redistributivo que sea inmune a la objeción de aleatoriedad, el impacto de las críticas provenientes de la doctrina tradicional se ve notablemente debilitado. Veámoslo.

¿Qué condiciones deberían satisfacer el derecho tributario y las políticas de gasto público para evitar la crítica de aleatoriedad? En primer lugar, deberían ser comprehensivos. Esto significa que, una vez consensuados políticamente los criterios que definen el deber de aportar y el derecho a recibir, *todas* las personas que satisfacen los criterios deberían estar abarcadas como contribuyentes y/o beneficiarios. En segundo lugar, estas normas deberían tomar de los aportantes una *cantidad precisa*, ni superior ni inferior a la justificada según su *capacidad* contributiva y el principio de igualdad de cargas, y transferir a los beneficiarios también una cantidad precisa, ni superior ni inferior a la justificada por su *necesidad*. En tercer lugar, el sistema de tributos y transferencias debe ser *progresivo*: los impuestos deben incidir en mayor medida sobre los ricos que sobre los pobres, y las transferencias deben ir desde los primeros a los segundos[22].

¿Se ajustan el derecho tributario y el gasto público a estas pautas? Hay varias razones que impiden al derecho tributario y del gasto público tener la clase de desempeño redistributivo que los haría inmunes a la objeción de aleatoriedad.

4.1. La redistribución en competencia con una pluralidad de objetivos

En primer lugar, las críticas al derecho privado redistributivo se han basado siempre en la idea de que a efectos de redistribuir es mejor contar con un instrumento especialmente diseñado para ello, como el derecho tributario[23]. Sin embargo, no es verdad que la principal fuerza motora del derecho tributario sea la redistribución. Como he expuesto en la introducción de la Parte I (Papayannis, 2022a), aunque es amplio el consenso respecto de que redistribuir es un objetivo legítimo del Estado, la propia discusión política sobre si es legítimo redistribuir la riqueza y el grado o la manera en que debe hacerse muestra que en ningún caso se trata del propósito fundante o prioritario del derecho tributario[24].

De hecho, mediante los impuestos y las políticas de gasto público suelen perseguirse varios objetivos que desplazan la prioridad de la redistribución a un segundo plano. Para empezar, el Estado debe financiar su propia existencia. La actividad reguladora,

22. Esta caracterización asume que los mismos principios que rigen la tributación son aplicables al gasto público. En efecto, es difícil que la justificación de ambos extremos pueda realizarse de modo independiente. Véase Corti, 2018, p. 432 y ss.
23. Véase Fried, 2015, p. 72.
24. Véase Murphy & Nagel, 2002, pp. 4 y 5.

que tiene un carácter constitutivo, y los complejos esquemas de gobierno que requieren nuestras democracias contemporáneas conllevan una serie de gastos bastante obvios en los que huelga profundizar aquí. A la vez, el Estado debe velar por la provisión de algunos bienes públicos más explícitos (pues la propia legislación recién mencionada es un bien público), como la seguridad nacional, interna y externa, o las vías y carreteras públicas, entre muchos otros. También los Estados necesitan incurrir en los denominados «gastos productivos», conducentes a favorecer el desarrollo de la economía y la competitividad. Esto, en un nivel muy general y abstracto. Los impuestos y el gasto público satisfacen una multiplicidad de necesidades estatales y la redistribución ha de encontrar un espacio entre ellas.

En un nivel más específico, los distintos impuestos no tienen por única finalidad recaudar fondos para financiar estas actividades, o incluso políticas redistributivas, sino que muchas veces son implementados con el propósito explícito de desalentar conductas consideradas indeseables. Por ejemplo, el gravamen sobre la propiedad inmueble persigue (en algunos países con escaso éxito) la finalidad de evitar concentraciones excesivas de tierra en pocas manos; los impuestos especiales sobre las bebidas alcohólicas, el tabaco o las bebidas azucaradas apuntan a reducir su consumo por razones de salud pública[25]; algunas tasas y contribuciones especiales no se imponen y mantienen en el tiempo necesariamente para financiar la obra pública sino para controlar la demanda de los usuarios, ya que una concurrencia excesiva generaría colapsos y arruinaría las ventajas de haberla realizado; etc.[26].

En definitiva, al decidirse los lineamientos del derecho tributario y del gasto público, la redistribución compite con muchos otros objetivos legítimos y fundamentales del Estado. La concreta forma del entramado de impuestos vigente es la resultante de un conjunto de valores y propósitos no siempre coincidentes y, por lo tanto, es imposible afirmar *a priori* que la distribución final nunca será arbitraria o, menos aún, que siempre será progresiva. Muy a menudo será aleatoria y regresiva, como veremos a continuación[27]. Por otra parte, los efectos de las miles de normas tributarias y las acciones de gasto público no pueden ser medidos con suficiente precisión como para afirmar ni siquiera *ex post* que la redistribución operó con la precisión quirúrgica que se exige al derecho privado. La evaluación del éxito de estas políticas suele basarse en estimaciones y cálculos realizados a trazo grueso. Aun cuando las mediciones empíricas sobre un programa concreto de transferencias establezcan con alguna precisión sus efectos en

25. Véase Jarach, 1996, p. 293.
26. Véase Jarach, 1996, p. 240.
27. Los objetivos redistributivos y los disuasorios pueden entrar fácilmente en conflicto. Por ejemplo, disuadir el consumo de tabaco es un objetivo defendible; sin embargo, el mayor porcentaje de fumadores se encuentra en las clases sociales más bajas (véase Bardach, *et al*, 2016). Como la disuasión no es total e inmediata, en el corto plazo los pobres destinan un porcentaje mayor de su ingreso a sustentar su adicción.

los más desaventajados, por ejemplo, mediante ensayos controlados aleatorizados[28], la medición debería realizarse sobre todas y cada una de las múltiples normas que afectan a los grupos de referencia, y los costes de estas mediciones son prohibitivos.

En este sentido, cualquier argumento a favor de una evaluación *parcial* del sistema es aplicable al derecho privado, ya que también es posible evaluar una norma particular, como la garantía legal en los bienes de consumo, analizada en detalle en la Parte I (Papayannis, 2022a, pp. 106 y ss.), y determinar si sus efectos son progresivos o regresivos. En este aspecto, no hay una diferencia sustancial entre el grado de aleatoriedad que pueda tener un específico conjunto de normas del derecho privado en comparación con las del derecho público.

4.2. Las dificultades de diseño en el derecho tributario

Más allá de esta razón general, existen razones *técnicas* que impiden al derecho tributario tener la precisión que los críticos reclaman al derecho privado y, erróneamente, atribuyen al derecho público. Como señala Kaplow, el diseño del derecho tributario plantea serios desafíos que no son nada fáciles de resolver. El legislador se enfrenta invariablemente al siguiente dilema: si se empeña en conseguir resultados perfectamente justos, entonces, debe implementar formas de recaudación más complejas y, naturalmente, más costosas; en cambio, si opta por formas más sencillas de recaudación a fin de reducir los costes administrativos, pronto descubre que estas son menos rigurosas en cuanto a la satisfacción de las aspiraciones distributivas políticamente definidas[29]. La decisión es difícil porque la mayor justicia distributiva se logra destruyendo una porción de la riqueza que se pretende recaudar, dado que parte de estos recursos se destinan a un despliegue más amplio de la administración tributaria. Estas dificultades afloran tanto en el momento del diseño del tributo como en el momento de su aplicación.

En cuanto al diseño de un tributo óptimo, una complicación fundamental que aqueja al legislador racional tiene que ver con que las normas tributarias, como toda norma, están afectadas por problemas de sub y sobreinclusión[30]. La técnica del derecho tributario consiste en definir un hecho imponible, es decir, un caso genérico que crea la obligación tributaria. Estos hechos imponibles son diversos. La percepción de una renta, la entrega de un bien o la prestación de un servicio en una actividad empresarial o profesional, ser propietario de un inmueble o ser beneficiario de una herencia o donación son ejemplos de casos que los distintos sistemas jurídicos constituyen como

28. Véase Fernández Blanco, 2019, pp. 149 y ss. De todas formas, aunque los experimentos aleatorizados sin duda aportan información valiosa para el legislador, no están exentos de dificultades en cuanto a la ambigüedad de sus resultados. Véase Abramowicz & Ayres & Listokin, 2011, pp. 948 y ss., 997 y ss.
29. Véase Kaplow, 2008, p. 90-96.
30. Todas las reglas incluyen más y menos casos de los que deberían ser abarcados conforme con su razón subyacente. Véase Schauer, 1991, pp. 89-92.

hechos imponibles a efectos de sujetarlos a gravamen. La cuestión relevante es que el derecho tributario no puede más que establecer categorías más bien amplias que abarcan a grupos de personas bastante heterogéneos. Así, nada garantiza que las personas que son «beneficiarias de una herencia», o «quienes tienen una renta superior a 12.000 euros e inferior a 24.000» vayan a tener la misma capacidad contributiva. Sin embargo, la norma no puede más que crear categorías de este tipo e imputarles la misma obligación tributaria como, por ejemplo, pagar un 17% de impuesto sobre la renta de las personas físicas. Ese porcentaje ciertamente tendrá efectos distintos entre las personas que conforman el colectivo de quienes perciben una renta superior a 12.000 e inferior a 24.000. Esto debería ser bastante obvio, por dos razones. La primera es que los rangos suelen ser bastante amplios. Contar con ingresos ligeramente superiores a 12.000 no es lo mismo que tenerlos ligeramente inferiores a 24.000. La segunda, y más importante, es que en cada nivel de ingresos las situaciones personales pueden ser bien diferentes. Una persona que padece una enfermedad crónica probablemente obtendrá mucho menos provecho de unos ingresos de 20.000 euros anuales que otra perfectamente sana. La capacidad contributiva y la eventual necesidad de recibir por vía de redistribución no serán idénticas en uno y otro caso.

Para evitar este problema, el legislador podría subcategorizar a los contribuyentes, pero al hacerlo se incrementarían rápidamente los costes administrativos[31]. Esto ocurriría no solo porque la implementación de reglas más complejas, con más exenciones, deducciones y desgravaciones, eleva el grado de actividad estatal, sino por la dificultad que entrañan las decisiones en juego y la falta de información para tomarlas sobre una base firme. ¿Cuáles son las subcategorías relevantes? ¿Son el género, la edad, el hecho de ser soltero, casado o vivir con una pareja estable o la religión que se practica características relevantes para definir las excepciones legales en uno u otro impuesto? Decidir esto requiere atender a un conjunto de consideraciones que van más allá de la cuestión distributiva. Entre otras cosas, deben anticiparse los incentivos que las nuevas categorías generarán a los contribuyentes para intentar (allí cuando sea posible) quedar comprendidos en las más beneficiosas[32]. Como puede apreciarse, el ejercicio necesario para responder estas preguntas es muy exigente y las políticas tributarias y de gasto público que se propongan seguramente serán controvertidas.

Pese a todo, podría pensarse, hay casos claros. Los contribuyentes con personas a cargo (hijos menores de edad, discapacitados o padres que no pueden valerse por sí mismos) indiscutiblemente merecen ser beneficiados de algún modo: deberían pagar menos impuestos o recibir más redistribución. Ambas opciones son equivalentes en el marco de una política de tributación y gasto público[33]. Lo mismo vale para quienes

31. Asimismo, la subcategorización generaría nuevos problema de sub y sobreinclusión, lo que perjudica a los necesitados y beneficia a los privilegiados, respectivamente.
32. Véase Salanié, 2003, pp. 149 y ss.
33. De hecho, las exenciones, deducciones, desgravaciones y los subsidios tienen efectos similares en el contribuyente, aunque los subsidios incurren en costes de transacción más altos, ya que el Estado cobra

sufren enfermedades crónicas. Pero aun acordando sobre algunos supuestos claros, el legislador habrá de determinar en qué medida debería reducirse la carga de estos grupos de personas, y para ello debería saber, entre otras cosas, cuál es la pérdida social exacta en caso de que su carga no sea alivianada[34].

Estas barreras informativas y dificultades evaluativas impiden que el diseño de la tributación sea óptimo. Más bien, se tratará de subcategorizar a coste razonable, con la aspiración de obtener resultados *relativamente* progresivos, es decir, con una precisión aproximada. No obstante, eso es del todo insuficiente para garantizar que estas normas estén efectivamente justificadas por sus resultados distributivos. Adviértase que las exenciones, deducciones, desgravaciones o los subsidios muchas veces operan a petición de parte, y esto supone que quienes tienen mejor asesoramiento legal pueden aprovechar en mayor medida los beneficios que ofrece el sistema[35]. Si puede establecerse una correlación entre mejor asesoramiento y mayor capacidad contributiva, entonces, los efectos distributivos de estas excepciones no repercutirán sobre los menos aventajados tanto como nos gustaría, ni la determinación *ex post* de su incidencia será sencilla. Es perfectamente posible que quienes más necesiten las exenciones sean quienes menos las disfruten.

Siendo así las cosas, el derecho tributario lejos está de satisfacer el ideal de certeza y precisión necesarios para superar la objeción de arbitrariedad, tal como es planteada en contra del derecho privado.

4.3. Errores en la aplicación de los tributos

Expuestas las dificultades de diseño, corresponde ahora abordar las de aplicación del tributo. A una perspectiva igualitaria le preocupan en particular dos clases de errores: los que benefician a las clases acomodadas y los que perjudican a las más desaventajadas. Estos son especialmente importantes porque implican un alejamiento del principio de progresividad. Pese a todo, los errores no pueden ser eliminados por completo a coste razonable. Por tanto, el legislador debe elegir un nivel *adecuado* de inversión en la prevención de errores. El problema es que, aun siendo adecuado ese nivel, la administración ha de resignarse a que las normas tributarias afecten injustamente a algunas personas de un colectivo desaventajado o beneficien a otras pertenecientes a los grupos más privilegiados. Otra decisión importante es cuánto invertir en la detección y procesamiento de los incumplimientos. Ningún sistema controla a todos los contribuyentes, ni investiga y enjuicia por igual todos los casos de evasión. Ello introduce la decisión

el impuesto y luego lo devuelve selectivamente a quienes desea beneficiar. En todo caso, las decisiones sobre la política tributaria y el gasto público no pueden tomarse separadamente. Véase Burton & Sadiq, 2013, pp. 5, 20-22.

34. Kaplow, 2008, p. 36.

35. Véase Burton & Sadiq, 2013, p. 114.

de implementar –en palabras de Kaplow– un sistema con un grado de *aleatoriedad* óptimo, pero aleatoriedad al fin. Las soluciones más eficientes pueden determinar que, a fin de cuentas, algunos individuos paguen más y otros menos de lo que sería ideal, lo cual refleja una vez más la tensión entre los valores de eficiencia y justicia distributiva[36].

El problema del error en la aplicación se relaciona directamente con la complejidad del diseño a efectos de lograr un derecho tributario justo. Mientras más categorías y subcategorías se creen legislativamente para evitar injusticias distributivas, mayor será la cantidad de errores en la aplicación de los tributos. Como acabo de mencionar, interesan en concreto dos clases de errores. La primera clase consiste en aplicar tributos más altos que los que en realidad les corresponden a los más desaventajados. La segunda clase de error es la aplicación de tributos más bajos a quienes tienen una capacidad contributiva mayor. Esta segunda clase de errores estará favorecida por la propia actividad del contribuyente, que intentará ocultar sus manifestaciones de riqueza a fin de ser confundido como una persona con menor capacidad contributiva de la que en realidad disfruta. Ello podría indicarnos que lo más probable es que el Estado aplique a los ricos tributos más bajos que los correspondientes, pero es menos frecuente que aplique tributos más altos a los más desfavorecidos, pues ellos nunca tomarán medidas para confundirse con contribuyentes de mayor capacidad de la que tienen.

Sin embargo, como bien apunta Kaplow, la autoridad tributaria es consciente de los esfuerzos de los ricos por esconder su riqueza y, en consecuencia, inicia investigaciones para detectar estos intentos de defraudación. Estas investigaciones culminan eventualmente con algún falso positivo de evasión, lo cual comporta que algunas personas con baja capacidad contributiva (no necesariamente pobres) sean tratadas como personas de alta capacidad que ocultan su riqueza[37].

Por más diligencia que se emplee en estos procedimientos, habrá una cantidad inevitable de errores, dado que estadísticamente la evidencia disponible en contra de los inocentes no es nula, y por lo general los culpables toman medidas para no dejar rastros de su defraudación. Ello implica que una vez iniciada la investigación, una persona culpable y otra inocente pueden tener la misma apariencia de culpabilidad. La solución para proteger a los más desaventajados podría consistir en establecer estándares de prueba más elevados. Ello reducirá la cantidad de falsos positivos, es decir, de personas con baja capacidad contributiva que serán erróneamente considerados culpables. Como contrapartida, esta decisión beneficiará enormemente a los contribuyentes de alta capacidad[38], pues el estándar de prueba exigente facilitará su defensa jurídica y acarreará falsos negativos que repercutirán de forma directa en una recaudación mucho

36. Kaplow, 2008, p. 36.
37. Kaplow, 2008, p. 100.
38. Ello es así en tanto el estándar de prueba distribuye los riesgos del error. Si uno desea reducir los falsos positivos incrementando la exigencia probatoria, favorecerá los falsos negativos, y viceversa. Sobre este tema véase Laudan, 2006, p. 110; Ferrer Beltrán, 2021: 115 y ss.

menor, y cada vez menor[39], lo que en última instancia mermará el financiamiento para la política pública progresiva.

Lamentablemente, las dificultades no acaban allí, ya que mientras mayor sea la evasión tributaria, mayor es la necesidad de los gobiernos de incrementar el esfuerzo fiscal de los contribuyentes honestos. A resultas de ello, la repartición de las cargas colectivas es todavía más arbitraria[40]. Si a esto añadimos que una respuesta habitual de los gobiernos para luchar contra la evasión es ofrecer moratorias o amnistías a quienes regularicen su situación, esto supone que los evasores de mayor capacidad contributiva terminan pagando mucho más tarde, en cómodas cuotas y con reducciones en el monto total, que los contribuyentes de bajos recursos. Estos normalmente carecen de asesoramiento profesional en materia tributaria y, además, en los tramos más bajos, destinan la mayor parte de su ingreso a bienes de consumo, por lo que soportan la carga de los impuestos indirectos como el IVA, que tienen un fuerte componente regresivo[41].

Todo esto hace que la carga colectiva de sostener el Estado y de proveer recursos para los más desaventajados se reparta desigualmente entre los miembros de la sociedad. Los ejemplos para mostrar que el derecho público no es superior al derecho privado en cuanto a los problemas de aleatoriedad y progresividad son muy numerosos. Seguramente, todas estas diferencias de trato puedan ser justificadas de muchas maneras, por los incentivos y desincentivos que desean brindarse a los agentes, entre muchas otras cosas, pero desde el punto de vista distributivo son decididamente arbitrarias *cuando* personas con igual capacidad contributiva asumen cargas tributarias dispares.

4.4. Las arbitrariedades del gasto público

Uno podría pensar que la política explícita de gasto redistributivo es capaz de neutralizar todos los efectos negativos de las operaciones recaudatorias, pero esto es imposible que ocurra, en primer lugar, por el déficit informativo y las dificultades evaluativas que he subrayado más arriba: el mismo problema que tiene el legislador para determinar las categorías relevantes a efectos de la contribución también lo tiene para definir las necesidades que merecen ser atendidas. Sin información precisa es imposible tomar medidas para contrarrestar el perjuicio del derecho tributario sobre los desaventajados.

39. La razón es que, al elevarse el estándar de prueba para la condena, los evasores se sienten más seguros. Véase Kaplow, 2011, p. 748. El modelo predice que en esas circunstancias habrá más evasores, por lo tanto, una menor recaudación.
40. Salanié, 2003, p. 155.
41. El carácter regresivo de estos impuestos sobre el consumo puede ser morigerado con algunas medidas como los impuestos especiales sobre los bienes suntuarios, o las excepciones sobre artículos de primera necesidad, como los alimentos básicos, o bienes cuyo consumo no se desea desalentar, como los libros. Véase Jarach, 1996: 789. Pese a ello, los gobiernos no suelen implementar estas excepciones (y cuando las implementan las revocan inmediatamente en tiempos de crisis económica) ya que estos impuestos suponen una fuente de financiamiento muy importante y de fácil recaudación para el Estado.

Adicionalmente, y más importante, la política de gasto público es *típicamente aleatoria*, dada la escasez de recursos públicos. El gobierno a menudo decide otorgar subsidios a ciertos colectivos y no a otros. Las víctimas del terrorismo de Estado pueden recibir un subsidio vitalicio, mientras que los veteranos de guerra no, o podrían recibirlos ambos, pero no en valores equivalentes, con independencia de sus necesidades relativas. Más claro aun es el supuesto en que el gasto público favorece a un barrio con una nueva obra de acueductos, cloacas y drenajes, mientras que el barrio contiguo permanece en la precariedad, siendo sus necesidades idénticas. También en algunos países existen regímenes de promoción industrial, que favorecen impositivamente a los productores de ciertas regiones, lo cual ha generado enérgicas objeciones en tanto consagran «privilegios irritantes», que dependen de la decisión discrecional de los funcionarios estatales[42]. Sea como fuere, aunque estas normas estuviesen justificadas distributivamente, comprenden solo a un subgrupo de los potenciales beneficiarios, excluyendo así a otras personas con igual legitimación para ser receptores.

Tampoco puede obviarse que la decisión del gasto público pertenece inexorablemente a la arena política y, en consecuencia, está sujeta a sus vaivenes. Aun existiendo una preocupación por la redistribución, su intensidad varía según el gobierno de turno. Los gobiernos más conservadores suelen implementar políticas mucho más austeras, con menor efectividad, pues confían en que el mercado resuelva el problema de la justicia distributiva. Postulan que la mejor manera de luchar contra la pobreza es mediante el crecimiento económico y que este solo puede darse en el marco de un libre mercado no distorsionado por la tributación excesiva[43]; e incluso los gobiernos más progresistas, como ya mencioné, se encuentran limitados por el contexto económico y social.

En este sentido, un derecho privado preocupado por instaurar reglas de interacción que generen efectos distributivos y redistributivos justos no solo puede ser más eficaz, según el caso, sino que puede resultar menos aleatorio, que el derecho público. El derecho privado, al ordenar la vida cotidiana de las personas, tiene una estabilidad mayor que la política de gasto público. Las normas de contratos y responsabilidad civil no son decididas cada año, como sí lo son los presupuestos nacionales. De hecho, un derecho privado que estuviese en constante cambio destruiría la interacción social pacífica y provechosa entre los particulares. Las instituciones del derecho privado requieren cierta persistencia a lo largo del tiempo para funcionar como marco de referencia dentro del cual las personas pueden diseñar un plan de vida que incluye las relaciones con otros; en cambio, las políticas de asistencia estatal pueden ser absolutamente contingentes y, en general, este es el caso: responden a necesidades sociales percibidas como urgentes, lo cual les confiere una alta volatibilidad conforme cambian las circunstancias o las percepciones asociadas con ellas.

42. Véase Spisso, 2007, p. 15.
43. Véase Friedman, 2002, pp. 107, 168-169, 190 y ss.

Por esta razón, un buen diseño del derecho privado puede generar un tipo de redistribución básica más consolidada a lo largo del tiempo y resolver de esa manera algunas de las carencias más apremiantes de los grupos desaventajados o, más claramente, evitar que la interacción con otros (empresas, empleadores, arrendadores, etc.) les resulte ruinosa. Para apreciar en qué medida el derecho privado debe ser considerado como uno de los aspectos relevantes de una política pública redistributiva, basta poner de relieve que es absurdo pensar que una política de gasto público orientada a beneficiar a los desaventajados pueda ser eficaz si no está acompañada por un derecho privado sensible a la distribución. Si Cleo recibe un subsidio –supongamos una asignación monetaria justificada exclusivamente por su situación de pobreza–, pero las normas del derecho contractual permiten a Olympia explotar a Cleo imponiéndole cláusulas abusivas, una parte importante de ese subsidio terminaría directamente en los bolsillos de Olympia. Los beneficios de la política redistributiva se diluirían inexorablemente y la asignación final de recursos sería regresiva. El subsidio solo puede tener eficacia si las normas del derecho privado no permiten el abuso y para ello se requiere que no sean ciegas, como propone la corriente tradicional, a las consecuencias distributivas.

5. PALABRAS FINALES

Para concluir, quisiera hacer alguna reflexión adicional sobre el argumento general de los dos artículos que conforman esta investigación, en relación con la objeción de arbitrariedad tratada en esta Parte II. El pensamiento jurídico tradicional se ha estructurado a partir de una serie de dualismos, como derecho público/derecho privado, justicia distributiva/justicia correctiva, problemas y responsabilidades colectivos (sociales)/problemas y responsabilidades individuales (personales), que sin duda son útiles para comprender inicialmente ciertos aspectos del derecho y las formas de justicia que resultan aplicables. No obstante, han devenido en dogmas que naturalizan una manera específica de regulación social –en la línea del liberalismo clásico– y bloquean toda reflexión crítica al respecto.

Desde distintos ángulos, cada uno de estos dualismos ha sido cuestionado. En lo que hace a la *distinción tajante* entre derecho público y derecho privado, esta es insostenible dado que todos los criterios clasificatorios propuestos (interés general o individual, carácter colectivo o particular del objeto de la regulación, orden público o autonomía de la voluntad, entre otros) enfrentan casos recalcitrantes. Más plausible es reconocer, como mencioné más arriba, que en todo el ordenamiento jurídico lo público y lo privado están presentes en distintos grados.

A su vez, la justicia correctiva o interpersonal no es concebible con total abstracción de un contexto en el cual la justicia distributiva cumple un papel fundamental. No puede haber interacciones injustas sino por infracción de un conjunto de derechos y deberes correlativos cuyo contenido no puede depender de la justicia correctiva misma.

Ese contenido, he argumentado en otros trabajos, está definido principal, aunque no exclusivamente, por la justicia distributiva. Incluso si uno parte de una noción muy básica de justicia interpersonal conforme con la cual nadie debe dañar la integridad física del otro, ni la propiedad ajena, ni el buen nombre y honor (Ripstein, 2016, pp. 7-8, 33 y ss., 79 y 83), queda por definir cuál es el grado de protección de cada uno de estos bienes, es decir, la extensión de cada derecho. Al determinar esta cuestión, las consideraciones de justicia distributiva e igualdad sustantiva son ineludibles (Papayannis, 2014, capítulo 6).

Finalmente, la identificación del derecho privado con los problemas individuales o particulares funciona con relativo éxito únicamente en el momento de la decisión judicial, pero no en la etapa legislativa[44]. Sin duda, que Axileas incumpla un contrato con Xenofonte, en principio, es un problema particular que no incumbe al resto de la sociedad. Una vez judicializado el caso, no deberían introducirse consideraciones de justicia distributiva en el dictado de esa sentencia. Mas en el plano legislativo, cuando estamos decidiendo qué contenido deberían tener las áreas del derecho, no podemos ignorar que todas ellas regulan problemas sociales; o, acaso, ¿no son problemas sociales el fomento del intercambio mutuamente ventajoso, la compensación de los daños que nos causamos unos a otros en nuestras interacciones involuntarias, la definición de un modo adecuado de organización de la vida familiar, reglados por el derecho contractual, la responsabilidad extracontractual y el derecho de familia, solo por mencionar algunos ejemplos? Y, para continuar con cuestiones derivadas de las anteriores, ¿no son también problemas sociales la disparidad en el poder de negociación que lleva a situaciones de explotación, que las víctimas pobres sean infracompensadas cuando sufren un accidente o que los hombres sometan a las mujeres en sus relaciones familiares?

El derecho privado se ha ido adaptando a las circunstancias y transformando paulatinamente para dar respuesta a estos problemas derivados que eran vistos como endógenos al derecho privado. El paso siguiente es admitir que muchos de estos problemas no son atribuibles exclusivamente al derecho privado, sino a un esquema de regulación global en el cual el derecho privado tiene un determinado ámbito de influencia y el derecho público peca por omisión. En mi opinión, esto es de capital importancia para entender por qué el derecho privado puede también dar respuesta a problemas que usualmente se consideran ajenos al propio derecho privado, como la distribución del ingreso. En efecto, es infrecuente que un problema social pertenezca exclusivamente a un área del derecho y, por lo tanto, también será infrecuente que solo un área del derecho en concreto pueda solucionarlo.

44. Digo con «relativo éxito» porque también en las decisiones judiciales hay espacio, aunque de modo excepcional, para las consideraciones de política social. Esto es claro al menos en tres supuestos: a) cuando el juez debe colmar una laguna normativa; b) cuando enfrenta una antinomia no resuelta por los criterios formales (como *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*); y c) cuando resultan aplicables las normas de indemnización por razones de equidad o, su contractara, la reducción de la indemnización por razones de equidad. Sobre esto véase Papayannis, 2022b, pp. 318-319.

Un ejemplo claro de cómo el derecho privado a veces se adjudica problemas que sería más natural concebir como pertenecientes al derecho público es el deber de alimentos que tienen los hijos respecto de sus padres. Este deber es una respuesta de derecho privado ante un problema social, como es la manutención de las personas mayores que, pese a haber sido miembros plenamente cooperantes de la sociedad durante toda su vida, carecen de medios de subsistencia. La respuesta del derecho puede ser juzgada como más o menos sensata[45], pero ilustra que el derecho privado no resuelve exclusivamente problemas que les son inherentes. La tradición de entender el deber de alimentos como parte del derecho privado hace que pase desapercibida la *naturaleza pública* del problema en cuestión. En contraste, un ejemplo claro en sentido inverso, es decir, de cómo el derecho público se apropia de un problema típico del derecho privado esta dado por los fondos de compensación de accidentes. En lugar de gestionar estos daños mediante la lógica de la justicia interpersonal, el Estado decide ofrecer un mecanismo alternativo para garantizar una base indemnizatoria que se espera que resulte más efectiva[46]. Advertido esto, parece que cualquier instrumento disponible puede ser utilizado si demuestra ser más eficaz, más eficiente o menos aleatorio.

Sobre esta base, puede comprenderse que la visión tradicional erra al formular la crítica de arbitrariedad en su aspecto de ilegitimidad, porque asume que una respuesta solo puede ser genuinamente colectiva si es gestionada de modo centralizado. Si el derecho privado, como todo derecho, es producto de una acción colectiva, entonces habrá que admitir que algunos problemas sociales reciben como respuesta un mecanismo de solución descentralizado, en el cual se espera que cierto orden, cierta tendencia, emerja como consecuencia de la interacción espontánea de los ciudadanos, cuyas conductas están regidas por normas especialmente diseñadas para promover esos fines, aunque no sea exclusivamente. La respuesta no es menos colectiva por ser descentralizada. Emplear uno u otro método es una decisión *política* que toda sociedad está legitimada para tomar. Así, cuando se confía en que el derecho privado contribuya en la tarea redistributiva, se toma en cuenta que *una parte* de la redistribución se producirá de modo atomizado, en cada ocasión en que la norma redistributiva sea respetada voluntariamente o ejecutada judicialmente.

Pese a todo, la doctrina tradicional insistiría en que la redistribución mediante el derecho privado es ineficaz, ineficiente y arbitraria. En la Parte I de este trabajo, expliqué que el derecho privado redistributivo no es necesariamente ineficaz o ineficiente; todo depende del contenido de las normas concretas que se analicen y del contexto social en que serán aplicadas. En esta segunda parte, respondí la crítica de arbitrariedad. Esta crítica consiste en afirmar que es ilegítimo utilizar el derecho privado para estos fines

45. Para una sólida crítica a la incorporación de este deber dentro del ámbito del derecho privado, véase Ribot Igualada, 1998.
46. La ley de Compensación de Accidentes de Nueva Zelanda (1972) es un ejemplo interesante puesto que niega a las víctimas la potestad de demandar al agente dañador si resulta que su daño está comprendido por la cobertura ofrecida por el fondo. Véase Todd, 2016, pp. 22 y ss.

y, además, que produce resultados aleatorios. En cuanto a la ilegitimidad, acabo de decir, existe un equívoco al considerar que una respuesta descentralizada no es colectiva. Respecto de la aleatoriedad, la sección 4 estuvo dirigida a mostrar que no existe una verdadera alternativa de regulación que vaya a ser siempre mejor. El derecho tributario y el gasto público también son parciales, imprecisos y, muchas veces, regresivos. Siendo esto así, no hay razones para descartar *a priori* el empleo del derecho privado con fines redistributivos. La mayor parte de la tarea será normalmente canalizada por normas de derecho público, pero el derecho privado puede contribuir de modo no trivial. Las normas del derecho privado redistributivo tendrán en ocasiones defectos importantes y también los tendrán las del derecho público. A este respecto, el derecho público y el derecho privado no son tan distintos.

BIBLIOGRAFÍA

Abramowicz, M. & Ayres, I. & Listokin, Y. (2011). «Randomizing Law», *University of Pennsylvania Law Review*, (159 (4)), 929-1005.

Atienza, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.

Bagchi, A. (2008). «Distributive Unjustice and Private Law», *Hastings Law Journal,* (60 (1)), 105-148.

Bagchi, A. (2014). «Distributive Justice and Contract», en Klass, G. & Letsas, G. & Saprai, P. (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198713012.003.0011

Bardach A. & García Perdomo, H. A. & Ruano Gándara, R. A. & Ciapponi, A. (2016). «Niveles de ingreso y prevalencia de tabaquismo en América Latina: revisión sistemática y metaanálisis», *Rev. Panam. Salud Publica*, (40 (4)), 263-271.

Bobbio, N. (1998). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate.

Burton, M. & Sadiq, K. (2013). *Tax Expenditure Management. A Critical Assessment*. Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511910142

Cane, P. (1997). *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing.

Calnan, A. (1997) *Justice and Tort Law*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.

Corti, H. (2018). «Los principios comunes del derecho constitucional presupuestario, el gasto público justo y la Teoría General de la Constitución Financiera», *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, (55 (78)), 423-458.

Dagan, H. (1999). «The Distributive Foundation of Corrective Justice», *Michigan Law Review*, 98, 138-166. https://doi.org/10.2307/1290197

Dagan, H. & Dorfman, A. (2018). «Justice in Private: Beyond the Rawlsian Framework», *Law and Philosophy*, 37, 171-201. https://doi.org/10.1007/s10982-017-9309-1

Dagan, H. & Dorfman, A. (2022). «Poverty and Private Law: Beyond Distributive Justice», en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3637034 (consultado el 21/7/2022).

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire.* Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.

Fernández Blanco, C. (2019). «Current Approaches to the Rule of Law Are Not Enough for Latin America», *Analisi e Diritto*, (19 (2)), 129-158.

Fernández Blanco, C. (2021). «Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas», *Diritto & Questioni Pubbliche*, XXI, 2021(2): 7-30.

Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso.* Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Fried, C. (2015). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190240158.001.0001

Friedman, M. (2002). *Capitalism and Freedom*. 40th anniversary edition. Chicago: The University of Chicago Press. https://doi.org/10.7208/chicago/9780226264189.001.0001

Gete-Alonso y Cabrera, M. & Solé Resina, J. (2014). «Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)», en *Anuario de Derecho Civil,* LXVII, 765-894.

Goldberg, J. C. & Zipursky, B. (2020). *Recognizing Wrongs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/9780674246546

Jarach, D. (1996). *Finanzas públicas y derecho tributario*. 3ra ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Kaplow, L. (2008). *The Theory of Taxation and Public Economics*. Princeton – Oxford: Princeton University Press. https://doi.org/10.2139/ssrn.1155194

Kaplow, L. (2011). «Burden of Proof», *Yale Law Journal*, (121 (4)), 738-859. https://doi.org/10.2139/ssrn.1954006

Kaplow, L. & Shavell, S. (2002) *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Mass. – London, England: Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/9780674039315

Keating, G. (1996) «Reasonableness and Rationality in Negligence Theory», *Stanford Law Review*, (48 (2)), 311-384. https://doi.org/10.2307/1229365

Keren-Paz, T. (2007). *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate. Citado por la traducción al castellano de Perrota, G., (2016). *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Laudan, L. (2006). *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press. Citado por la traducción de Vázquez, C. & Aguilera, E. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. https://doi.org/10.2307/jj.2321936

Morgan, J. (2013). *Contract Law Minimalism. A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*. New York: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781139108171

Murphy, L. & Nagel, T. (2002). *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/0195150163.001.0001

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

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

Papayannis, D. M. (2021a). «El derecho privado como instrumento de la política pública», *Ars Interpretandi*, 2/2021, 57-72.

Papayannis, D. M., (2021b). «¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?», pp. 81-128, en Fernández Blanco, C. & Pereira Fredes, E. A. (eds.), *Derecho y pobreza*. Madrid– Barcelona: Marcial Pons. https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp5023.7

Papayannis, D. M. (2022a). «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, 99-130. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.04

Papayannis, D. M. (2022b). «Responsabilidad civil (funciones)», *Eunomia*, 22, 307-327. https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6818

Rawls, J. (1955). «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review*, (64(1)), 3-32. https://doi.org/10.2307/2182230

Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198260691.001.0001

Rezzónico, J. C. (1987). *Contractos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales.* Buenos Aires: Astrea.

Ribot Igualada, J. (1998). «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho Civil*, LI (3), 1105-1177.

Ripstein, A. (2016). *Private Wrongs.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/9780674969896

Salanié, B. (2003). *The Economics of Taxation*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.

Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción de Orunesu, C. y Rodríguez, J. (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.

Scheffer, S. (2015). «Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law», Oxford Journal of Legal Studies, 35 (2): 213-235. https://doi.org/10.1093/ojls/gqu030

Shapiro, S. J. (2011). *Legality*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press. https://doi.org/10.2307/j.ctvjnrsd5

Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Mass. – London: Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/9780674043497

Spisso, R. (2007). *Derecho constitucional tributario*. 3ra ed. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Todd, S. (2016). «Accident Compensation and the Common Law», en Todd, S. (ed.), *The Law of Torts in New Zealand*. 7th ed. Wellington: Thomson Reuters.

Velasco Caballero, F. (2014). *Derecho público más derecho privado* Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Weinrib, E. J. (1995). *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Hay traducción al castellano de Páez, E., 2017: La idea de derecho privado. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 283-312
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.11

La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de pervivencia práctica y problemas teóricos

On Historical or Subjective Interpretation of Law: a Story of Survival and Theoretical Debts

Juan Manuel Pérez Bermejo

Autor:
Juan Manuel Pérez Bermejo
Universidad de Salamanca, España
jbermejo@usal.es
https://orcid.org/0000-0001-5867-4081

Recibido: 14/11/2022
Aceptado: 15/1/2023

Citar como:
Pérez Bermejo, Juan Manuel (2023). La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de pervivencia práctica y problemas teóricos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 283-312. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.11

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Juan Manuel Pérez Bermejo

Resumen

La investigación se concentra sobre el llamado canon histórico, subjetivo o genético de interpretación. Su primera parte explica sus características y exigencias básicas. La segunda sostiene una tesis descriptiva: pese a la cantidad y entidad de las críticas recibidas, el canon pervive en nuestra práctica jurídica; no es insólito su uso por nuestra jurisprudencia, y conserva influencia e incluso hegemonía en países de nuestro entorno. Sin posibilidad de emprender una investigación exhaustiva, el trabajo aspira a reunir pruebas suficientes que acrediten esta tesis. La tercera parte denuncia el uso del método subjetivo por la incorrección de los presupuestos teóricos sobre los que se asienta, y sugiere una reducción de su papel a argumento de corroboración o ex abundantia. Las críticas se distribuyen en tres grupos: a) Las que, sin cuestionar su corrección filosófica, denuncian su inaplicabilidad. b) Las que revelan las consecuencias prácticas indeseables de su uso, bien en algunas ramas en particular, bien en el sistema en general. c) Las que denuncian los presupuestos erróneos de teoría del derecho que subyacen a su aplicación. Dentro de este apartado, se repasarán algunas críticas relativas a las dificultades de conciliar el método con sistemas jurídicos vertebrados por un conjunto de principios y valores morales y políticos, así como con sistemas arraigados en un principio de soberanía popular. Por último, me referiré al problema que juzgo de más entidad: la necesidad del intérprete de realizar una tarea de unificación y ordenación del cuerpo normativo que aplica, y la imposibilidad de llevarla a cabo desde un método que convierte cualquier conjunto de legislación en una cacofonía de voces

dispares. El trabajo termina extrayendo algunas conclusiones generales sobre quién es y qué funciones ostenta la figura que llamamos «legislador».

Palabras clave: Interpretación; legislador; voluntarismo; literalismo; escuela de la exégesis.

Abstract

This research focuses on the so-called historical, subjective or genetic interpretative canon. Its first section defines its basic features and demands. The second one claims a descriptive thesis: despite the quantity and substantial weight of the obtained criticisms, this canon survives in our legal practice; its use by our courts is not rare or uncommon, and it preserves influence and even predominance in some European countries. Far from being able to complete here an exhaustive investigation, the work aspires to gather sufficient evidence to support this thesis. The third section reveals the theoretical mistakes on which the method relies and suggests that its role should be reduced to a corroborative or ex abundantia argument. Criticisms are distributed in three groups: a) those which, although not interested in the philosophical rightness of the tool, sustain that it is inapplicable; b) those which warn us about the undesirable practical consequences of the application, either in some concrete branches of law or in the whole legal system; c) those which report about the wrong assumptions on legal theory that underlie its use. Some of these criticisms are relatively contextual: we can mention the problems of combining the subjective canon with legal systems that, nowadays, are principled and framed by moral and political values; secondly, we must consider the difficulties involved in making together this canon with the principle of popular sovereignty. Finally, we must deal with the most devastating problem: legal interpreters must undertake the work of unifying and organizing a body of legislation, but to apply this canon turns the meaning of a set of norms into a cacophony of voices. This work concludes with some considerations on who is and what is the role of whomever we distinguish as «legislator».

Keywords: Interpretation; legislator; voluntarism; literalism; Exegetical School.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es un estudio parcial sobre métodos, cánones o instrumentos de interpretación jurídica. La idea general que presupone es que los métodos o cánones no componen todos ellos una especie de panoplia o caja de herramientas a la libre disposición del intérprete con el fin de justificar la tesis jurídica que esgrima. Bajo cada método subyacen una serie de concepciones de teoría general del derecho y, dado que hay teorías del derecho correctas e incorrectas, la conclusión es que no podemos aprobar a priori el uso de cualquier método de interpretación; y, dentro de los que podemos aprobar, no todos ellos pueden ostentar el mismo peso.

De entre los cánones habitualmente estudiados, el trabajo se concentra en uno de ellos: el llamado canon subjetivo, histórico o genético.

La primera parte del trabajo consiste en una caracterización de esta forma de interpretar. La segunda trata de refutar la impresión de que el canon subjetivo o histórico es una herramienta superada por la práctica: el canon sigue siendo doctrinalmente

defendido, invocado en no pocas ocasiones por nuestra jurisprudencia, y ampliamente secundado en el derecho comparado, donde, en algunos contextos, es incluso el método preeminente. Un breve trabajo como este no podrá acometer esta tarea de forma exhaustiva, y se limitará a aportar pruebas suficientes para desmentir su supuesta extinción. La tercera parte tratará de demostrar que el canon subjetivo se asienta sobre presupuestos erróneos de teoría del derecho; a salvo de algunas precisiones necesarias en derecho de contratos, esta tercera parte invita a concluir que una interpretación justificada fundamentalmente mediante este método carece de sentido. Por último, estudiar el método histórico implica reflexionar sobre la figura del legislador: a quién llamamos «legislador» y cuáles son sus funciones a lo largo de todo el ciclo vital de la norma. En realidad, esta reflexión constituye uno de los principales impulsos de este trabajo, razón por la que la tercera parte concluye con algunas notas sobre esta figura.

Antes de desarrollar cada una de estas tesis, trataré de establecer una convención terminológica. Dentro de una representación muy esquemática de la tarea interpretativa, llamaré «enunciado interpretativo» a la premisa que establece si las circunstancias particulares del caso que ha suscitado el problema interpretativo son o no subsumibles en el supuesto de hecho de la norma. En la norma «todo núcleo urbano de más de mil habitantes contará con una farmacia», el problema interpretativo de si «núcleo urbano» debe entenderse reductivamente como «municipio» o no conduce a dos enunciados interpretativos posibles («núcleo urbano equivale a municipio», «núcleo urbano incluye cualquier concentración urbana significativa»). Resuelta esta premisa, llamaré «regla de decisión» a la prescripción con la que resolvemos finalmente el caso de acuerdo con la interpretación elegida (por ejemplo, «las urbanizaciones o zonas residenciales de más de mil habitantes contarán con una farmacia»). El problema es, por supuesto, cómo podemos justificar la elección de un enunciado interpretativo u otro. Es aquí donde los distintos métodos o cánones ofrecen sus servicios. Este es también el caso del método subjetivo, histórico o genético[1].

2. QUÉ ES Y QUÉ NO ES INTERPRETACIÓN SUBJETIVA

La prescripción característica de este método es que debemos elegir aquel enunciado interpretativo concordante con la voluntad o la intención de uno o varios individuos particulares e identificables y dotados de autoridad normativa. De ese modo, el intérprete debe resolver el caso como el legislador de la norma concernida por dicho caso

1. Este trabajo ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación con cargo al proyecto «Discrecionalidad judicial y debido proceso», referencia PID2019-105841RB-C21. Agradezco a los profesores y alumnos del Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante sus comentarios a la presentación que realicé del mismo en mayo de 2022, así como a los asistentes al IV Seminario Iberoamericano «Abogar y Juzgar en el Siglo XXI» por su discusión en Salamanca en julio de 2022.

hubiese querido que se resolviera[2]. Como resumía Gény, el método prescribe «escrutar el pensamiento querido por el legislador, sea en el texto, sea en las circunstancias externas que pueden aclarar su sentido»[3].

Destacaré dos rasgos de este método: 1) Su objetivo es constatar o acreditar una manifestación de voluntad y, por tanto, un hecho de carácter psicológico. Por esa razón, el método puede ser calificado de empírico y descriptivo. 2) El método es también histórico o retrospectivo; aunque el carácter inherente o necesario de este rasgo es discutible, sí es su manifestación más frecuente.

1) Como se ha expresado, el objetivo de la investigación es constatar o acreditar un hecho relativo a la psicología del legislador: que este abriga una determinada voluntad o intención acerca de cómo resolver un determinado problema social. La aspiración es realizar un informe psicológico de la voluntad o las intenciones del legislador, una representación fiel de sus inclinaciones con independencia de nuestros juicios y de las razones o principios en que aquellos pudieran descansar. Buscamos reconstruir la voluntad real o verdadera del legislador.

Esta voluntad real no puede ser sustituida o desvirtuada por: a) Prescripciones que restrinjan la manifestación de voluntad a lo que podamos considerar «voluntad racional». b) Suposiciones o hipótesis sobre cuál habría sido esa voluntad caso de que el legislador hubiese posado su atención sobre las circunstancias del caso particular.

a) El método subjetivo estrictamente considerado persigue la voluntad real del legislador, y no la «voluntad racional», que podemos identificar con aquello que el legislador debería haber pensado de haber razonado correctamente sobre las circunstancias del caso. No han sido pocos los autores supuestamente alineados con una posición subjetivista, pero que se han dejado tentar por esta estrategia[4]; sin embargo, la versión más coherente de nuestro método nos exhorta a conformarnos con lo que el legislador «ha efectivamente querido o excluido»[5], sea racional o no, y responda o no a las reglas, principios o pautas lógicas y normativas de las que supuestamente depende una solución racional. Esta es la razón por la cual el método subjetivo es descriptivo, y no normativo; tratamos de describir o reflejar de un modo fidedigno cuál fue la manifestación de voluntad del legislador, y no de prescribir cuál debería haber sido de acuerdo con una

2. «Por "intención" del legislador quiero decir cómo el legislador ha evaluado o habría evaluado el problema aplicativo suscitado por la norma en el caso que se esté considerando». Ekelöf, 1958, p. 91.
3. Gény, 1919, p. 315
4. Se adopta especialmente en la doctrina alemana del siglo XIX y comienzos del XX. Donde más claramente se manifiesta es en Windscheidt, 1891, I, § 22, pp. 54-55. Para este autor, la voluntad que debe perseguirse es una voluntad auténtica, lo que debe interpretarse como la consecuencia racional de lo pensado por el legislador. También es clara en Bierling, 1894, IV, pp. 257 y ss. Para Bierling, si no existen manifestaciones muy explícitas de la voluntad del legislador, debemos acudir a un principio objetivo como el de «buena fe», e interpretar desde la buena fe las concepciones y formas de vida imperantes en el momento de la legislación. Sobre el desdibujamiento de la voluntad real mediante el recurso a la voluntad racional, véase Calvo García,1986, pp. 113 y ss.
5. Gény, 1919, p, 300.

serie de presupuestos normativos. Y, para describir este hecho, necesitamos pruebas empíricas, indicios o guías constatables.

Este carácter empírico y descriptivo del canon podría ponerse en cuestión si tenemos en cuenta que el legislador, en muchos casos, ofrece como mejor puerta de acceso a su voluntad la declaración de una serie de principios o de valores morales con los que trata de iluminar cuáles son los fines de su legislación, lo que ocurre ejemplarmente en las Exposiciones de Motivos de las leyes. Y, si dependemos de un elenco de fines expresados mediante principios y valores morales y políticos, podría inferirse que la interpretación subjetiva obliga al intérprete a un trabajo que ya no podría juzgarse de descriptivo, sino de normativo o valorativo, porque la decantación o reconstrucción del contenido de estos principios y valores obligará a desarrollar razonamientos morales o normativos. Este contexto nos conduciría además a una segunda conclusión: la interpretación subjetiva converge con la interpretación teleológica y la interpretación moral.

Sin embargo, si la investigación del intérprete en relación con los fines o valores fuese normativa, en ese caso estaría comprometido con la selección y la formulación de aquellos principios y valores que debiéramos reputar como objetivamente correctos aun cuando contradijeran la voluntad del legislador. Pero no es este el caso de la interpretación subjetiva, donde los principios y valores se tienen en consideración por el hecho de formar parte de los deseos del legislador, y donde podemos suponer que su voluntad cuenta con un derecho de veto en relación con su selección y su comprensión. Los fines y principios valen por su asiento en la psicología del legislador, y no por su justificación normativa[6]. En la interpretación subjetiva ni siquiera es admisible la expresión los principios «del derecho» o los fines «del ordenamiento jurídico»: los fines y principios que perseguimos son, escuetamente, los queridos por el autor de la norma interpretada[7]. Es así posible que la interpretación histórica o subjetiva deba dar cuenta de principios o fines contradictorios o incoherentes por el simple hecho de que se alojaban en la psicología del autor del texto. La concordancia de un enunciado interpretativo con la voluntad de la autoridad es condición necesaria y suficiente para su justificación, sin que dicha voluntad se subordine a supuestos razonamientos normativos o valorativos

6. En Ph. Heck, los fines o intereses a los que se refiere son «apetencias» o «tendencias apetitivas». El legislador puede expresarse en términos valorativos u objetivos; sin embargo, lo que le interesa al intérprete es desentrañar el conjunto de hechos, intereses y factores causales que le han conducido a orientar su legislación en torno a una serie de fines y no a otra. «El jurista debe, como establece la vieja fórmula, preguntarse cuál es la voluntad histórica real del legislador». Heck,1914, p. 4.
7. En lugar de referirse a una moral objetivamente correcta que impusiera sus directrices a cualquier derecho, los partidarios de la interpretación objetiva, la opuesta a la que estamos aquí estudiando, han preferido hablar tradicionalmente de principios internos o inmanentes al derecho, de «los fines objetivos del Derecho», de «lo que la ley quiere» frente a lo que quiere el legislador, o de los «fines necesarios» que «expresen el círculo de ideas» presente en el derecho de la comunidad. Para estas referencias, me he servido de Kohler, 1886, p. 35.

a propósito de los principios que informan el contenido del derecho[8]. De ese modo, la interpretación subjetiva no es una interpretación moral objetiva, porque no incorpora un razonamiento moral; sin embargo, sí puede coincidir con una interpretación teleológica siempre y cuando esta entienda que los fines a los que prestamos atención son, simplemente, los que coincidan con la voluntad, la intención, el interés o el deseo del legislador.

b) Como se ha dicho, el método subjetivo persigue una voluntad real, constatable y sobre la cual podamos aportar pruebas o indicios. Si el método literal y el que nos ocupa han sido los métodos más arraigados en el positivismo clásico es, sin duda, porque dicen someter la tarea del intérprete al uso de evidencias empíricas, y apartarlo así de cualquier tendencia a la especulación moral. Sin embargo, es posible que no contemos con pruebas o registros fehacientes de la voluntad del legislador sobre el problema estudiado, pero sí con algunos datos o conocimientos sobre su ideología moral o política. En estos casos, se ha apelado a una hipótesis relativa a lo que el legislador habría hecho de haber contemplado el caso particular, o, en otras palabras, al contrafáctico según el cual, si el legislador hubiese conocido los pormenores del caso x, sin duda lo habría subsumido (o no) en el supuesto de hecho X de la norma.

El problema es que, como expresa Ekelöf, el argumento «el legislador no dijo esto, pero lo habría dicho de haber pensado sobre ello» no es más que una ficción[9], y cuál habría sido la voluntad del legislador ante una serie de circunstancias particulares es un misterio precisamente porque no contamos con ningún registro de su voluntad sobre dichas circunstancias particulares. Por supuesto, los vagos conocimientos que podamos tener sobre su ideología no son una guía fiable: esta ideología se modula de acuerdo con las particularidades de los problemas, y nosotros no podemos prever estas modulaciones. Es cierto que esta ficción es un recurso argumentativo tan arraigado históricamente que se remonta a Aristóteles[10]; también es cierto que ha merecido en nuestros días algún esfuerzo teórico de rescate[11]. Sin embargo, si tenemos en cuenta

8. Esta idea se expresa en el mayoritarismo político inherente al originalismo norteamericano: la interpretación de una ley debe centrarse en lo que pretendían sus autores, en concreto los congresistas que la aprobaron por mayoría; no es lícito que aquella voluntad se vea supeditada a las posibles deducciones e inferencias de los miembros de un tribunal a propósito de los valores que sostienen el ordenamiento. No será posible abundar en esta tesis, de la que el juez Bork se ha destacado como uno de sus defensores más tenaces. Véase, por ejemplo, el fallo 741 F 2d 1388 *Dronenburg v. Zech*, del que fue ponente.

9. Ekelöf, 1958, p. 93. En el mismo sentido Troper – Grzegorczyk – Gardies, 1991, p. 178.

10. Para Aristóteles (1934: XIX, 1137b), es claro que en la regla «prohibido matar» no podemos subsumir el caso de quien da muerte a otro accidentalmente porque le golpea con su anillo de hierro. ¿Qué nos autoriza a proceder así? Para Aristóteles, lo que nos autoriza es que tal es la solución que el legislador habría dispuesto de estar presente.

11. J. Elster (1978, pp. 227-231), por ejemplo, acepta este tipo de contrafácticos si contamos con una teoría que los avale. El enunciado «Francia habría perdido su independencia si De Gaulle lo hubiera querido» es falso, porque sabemos que luchó por la independencia de Francia. Creo que, más que una teoría, lo que poseemos en este caso es un conocimiento vago sobre la ideología del protagonista de nuestras predicciones. Sin embargo, una predicción fundada de este modo es tan aventurada que

que estas hipótesis se despliegan en un contexto de falta de pruebas sobre la voluntad del legislador, es incierto fingir que se ha establecido diálogo o comunicación alguna con la voluntad del legislador, y las razones por las que se admita o no la subsunción en la regla serán razones distintas a las propias de este canon.

Allí donde no contemos con pruebas o indicios sobre la voluntad del legislador, los partidarios de la primacía de este método concluyen que el derecho ha enmudecido, y estamos ante una laguna[12]. En estos casos, de acuerdo con la terminología de quienes abogan por el subjetivismo interpretativo, la actividad de los aplicadores del derecho ya no sería de interpretación, sino de «integración» del derecho[13]. Para estos autores, la interpretación es una actividad de descubrimiento y de razonamiento teórico o probatorio; además, se trata de una actividad ligada a fuentes jurídicas, porque se nutre de declaraciones de voluntad del legislador. La integración, por el contrario, sería una actividad de razonamiento práctico; en ella, el aplicador ya no está supeditado a condicionantes jurídico-normativos, y puede elegir una de entre la panoplia de soluciones que le brinden otros métodos interpretativos, las necesidades sociales y los principios y valores morales a los que atribuya más peso en dicho caso[14]; en lugar de una actividad descriptiva, se trataría de una actividad constructiva e incluso creativa. El límite es que el aplicador no podrá elegir una solución que pueda probarse contradictoria con la voluntad del legislador de acuerdo con las pruebas que contemos sobre ella[15]. Por supuesto, dado que la primacía de este método ha de buscarse en el positivismo clásico, muy optimista sobre las posibilidades regulativas de los códigos, la presunción es que los casos de lagunas serán excepcionales.

2) Hasta ahora, he definido el método como empírico y descriptivo; conviene dedicar unas palabras a su condición de método «histórico». Este carácter está proporcionado

no creo que sea posible hablar siquiera de un indicio, y sí de una conjetura de imposible justificación teniendo en cuenta que, como hemos dicho, la modulación de estos supuestos valores generales puede proporcionar matices y excepciones diversas, y que la voluntad empírica de los legisladores, con demasiada frecuencia, no es del todo coherente. Tal vez esta conjetura pudiera en algún caso avalar el juicio de un historiador; pero no el de un tribunal.

12. «Para que se pueda decir que el legislador quiere algo es necesario que haya hablado. Cuando calla, no dice ni sí ni no». Laurent,1869, p. 355.
13. El término procede de Savigny (1940, I, p. 323), que lo atribuía a las actividades de «corrección» de la ley, es decir, de interpretación restrictiva y extensiva. La dialéctica interpretación-integración se halla fuertemente arraigada en la teoría del contrato, sobre todo en su versión alemana. Para F. Leonhard (1922, pp. 14 y ss.), interpretar un contrato se ciñe a reconstruir la declaración de voluntad, y todo lo que exceda a esta tarea es ya interpretación integradora o, más propiamente, integración.
14. Gény, 1919, pp. 202-203.
15. Es lo que prevé Gény (1919, p. 103, nota 2), un teórico del derecho firmemente voluntarista, sobre la analogía. En ella no investigamos la voluntad del legislador sobre el caso, porque la desconocemos; pero hacemos referencia a otras disposiciones del legislador, y debemos cuidarnos de que la conclusión que establezcamos sea una mera prolongación de la voluntad del legislador.

por el ligamen entre la interpretación y la voluntad del autor del texto: debemos atender a la voluntad de la autoridad histórica que formuló y promulgó las normas[16].

Podría discutirse si el carácter histórico es inherente o necesario al método que nos ocupa. Difícilmente se puede hablar de investigación histórica en leyes inmediatamente contemporáneas; más claramente aún, a veces los tribunales se han servido de la voluntad del legislador prospectivamente, y han interpretado muy restrictivamente algunas normas bajo el argumento de que el legislador acababa de manifestar su voluntad de derogarlas en el futuro[17]. Menos discutible es afirmar que la historicidad o el carácter retrospectivo de la investigación es el caso más frecuente y paradigmático. En el modelo estándar de interpretación subjetiva o genética, buscamos manifestaciones pretéritas de la voluntad del legislador[18]; en ocasiones, el método exigirá una investigación casi arqueológica en la que rastrearemos huellas o indicios relativos al legislador de un pasado remoto.

Más claramente, «interpretación histórica o subjetiva» no se refiere a los precedentes legislativos, los antecesores jurídicos que fueron válidos en el pasado y sustituidos por la ley interpretada; en especial, no es interpretación subjetiva aquella que busca una determinada tendencia o tradición comunitaria visible en la continuidad histórica de sus leyes positivas, y que deba ser elevada al rango de principio interpretativo. En realidad, la interpretación subjetiva no atiende a la evolución del derecho positivo, sino que concreta su análisis en el período de discusión y elaboración de la ley interpretada. Cuando el artículo 3 del Código Civil español sostiene que las leyes se interpretarán de acuerdo con los «antecedentes históricos y legislativos», los antecedentes legislativos se refieren a las leyes positivas anteriores, mientras que los históricos apuntan a las manifestaciones de voluntad del legislador.

Después de exponer los rasgos fundamentales del método, subrayaré una consecuencia de su carácter empírico: su dependencia de pruebas o de indicios que constaten o acrediten el hecho de que el legislador abrigaba una determinada voluntad o intención. En efecto, lejos de compartir escepticismo alguno sobre la prueba de estados mentales, el método nos observa que el legislador, durante el procedimiento de elaboración de las leyes, obligado por la necesidad de formular y corregir sus contenidos y por defenderlos en distintas instituciones, deja con frecuencia constancia escrita de su voluntad y sus intenciones en relación con los problemas sociales a los que responde la ley. Las pruebas que reconoce el método subjetivo son los registros en los que conste

16. «Interpretar una ley es, por tanto, precisar la manifestación de voluntad que la ha hecho nacer, investigar cuál era el pensamiento de sus redactores. Para descubrirlo, es necesario, evidentemente, situarse en el momento de la promulgación de la ley». Capitant, 1929, pp. 95-96.
17. La STS de 21 de diciembre de 1989 rechazó la preferencia de la masculinidad en la sucesión de los títulos nobiliarios aduciendo una «Propuesta de Reforma» del Código Civil español que se llevaría a cabo en 1990.
18. Para G. Oppo (1943, p. 95), la diferencia entre la interpretación subjetiva y la objetiva es que la segunda es ahistórica.

una manifestación de voluntad del legislador emitida en el curso de sus tareas oficiales de formulación del contenido de la norma y promulgación de esta. ¿A qué podemos llamar «registros oficiales» de la voluntad del legislador? Me referiré a ellos en orden descendente a su valoración.

a) El propio texto de la ley, su formulación normativa, lo que incluye los artículos y párrafos de la ley o las cláusulas contractuales. El método subjetivo es esencialmente voluntarista, y el texto de la ley es la manifestación por excelencia de la voluntad del legislador. De ese modo, puede afirmarse que el método subjetivo incluye o integra el método literal, y lo reconfigura teóricamente dentro de sus parámetros subjetivistas y voluntaristas.

Ahora bien, ¿qué ocurre si encontramos discordancias entre la letra de la ley y nuestras informaciones sobre la voluntad del legislador, plasmadas, por ejemplo, en trabajos preparatorios o discursos parlamentarios? Creo que la respuesta a esta pregunta abre un cisma entre dos posiciones subjetivistas, y que este ya se constató, por ejemplo, en los años de hegemonía de la escuela de la exégesis francesa, internamente dividida por esta controversia.

i) La primera posición está representada por quienes podemos definir como «subjetivistas moderados» o «textualistas subjetivistas». Para estos autores, ante un conflicto entre el significado atribuido por la letra de la ley y el avalado por otras fuentes de la voluntad del legislador, debe primar la letra de la ley, porque esta es una prueba más fiable de dicha voluntad[19]. Aquí es donde solemos hallar las declaraciones más enfáticas de suficiencia del texto y del carácter meramente declarativo de lo que llamamos interpretación[20]: solo tiene sentido que nos sirvamos de los trabajos preparatorios o de otras fuentes de la voluntad del legislador cuando la letra de la ley sea oscura.

Esta idea ha tenido y sigue teniendo continuadores[21]. Creo que, dentro del originalismo constitucional norteamericano, la línea representada por el juez A. Scalia puede clasificarse dentro de esta tradición de textualismo subjetivista a la que nos estamos

19. Después de subrayar la ambigüedad de los trabajos preparatorios, F. Laurent (1869, I, p. 369) concluye: «¿Qué hacer entonces? Ceñirse a la letra clara y formal de la ley».
20. «El Derecho está ya hecho. No existe incertidumbre, porque el derecho está ya escrito en textos auténticos». Laurent, 1923, p. 9. «El legislador se ha cuidado de decir lo que quiere, y por eso ha formulado su pensamiento en un texto. ¿Qué es la letra de la ley? Es la expresión de la voluntad del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos el espíritu del legislador establecido de forma auténtica. ¿Qué necesidad tenemos de buscarlo en otra parte?». Laurent, 1869, I, p. 343. «Mi divisa es la siguiente: ¡los textos ante todo!». Demolombe, 1872, I, p. 3.
21. Aunque Gény parece ensayar a veces una síntesis de esta posición y de la siguiente, su posición es en general adscribible a este punto de vista: «Pero, cuando la ley está bien redactada… la interpretación está ligada al texto, y no hay derecho a modificar su sentido o su alcance bajo el pretexto de que lo declarado en la exposición de motivos, las actas o las deliberaciones no concuerdan con él». Gény, 1919, p. 268. Tampoco faltan seguidores en el mundo anglosajón: Allen, 1951, p. 489. En la teoría del contrato, puede rastrearse su vigencia en la doctrina alemana de la *Erklärungstheorie* o *Vertrauenstheorie*, según la cual las cláusulas, como manifestación de la voluntad de las partes, son el único elemento constitutivo del contrato. Jonasco, 1977, t.2, p. 370.

refiriendo. Como es sabido, para este autor y sus seguidores, «originalismo» quiere decir que los términos de la Constitución deben significar lo que significaban originalmente en el momento de su promulgación; cabe así, en hipótesis, que el significado que atribuyamos al texto no se corresponda realmente con la voluntad o la intención subjetiva de los framers o autores de la Constitución americana[22]. Dada la posibilidad de que interpretemos contra la voluntad, es comprensible que algunos autores nieguen que esta corriente originalista, o incluso que el originalismo en general, puedan ser descritos como una propuesta subjetivista de interpretación[23]. Sin embargo, creo que la única forma de responder a la pregunta de por qué hemos de embarcarnos en una investigación léxico-histórica, de acuerdo con los diccionarios de otros períodos y no con los actuales, no puede ser otra que porque esta es la única forma de reconstruir el sentido que los autores del texto atribuían a este. Si se impone una interpretación literal arcaizante es por fidelidad a las intenciones del legislador. Por último, tampoco creo que el originalismo pueda, en general, ser reducido a esta versión textualista, y no faltan versiones para las cuales su sentido genérico es la búsqueda de la intención subjetiva de los framers, para lo cual las convenciones semánticas de la época son una información entre otras[24].

ii) Una versión subjetivista más pura sostiene que, allí donde tenemos pruebas suficientes de que la intención del legislador era otra distinta de la que se deriva de la lectura literal del texto, debemos apartarnos del sentido literal para ser fieles a la voluntad del legislador. Es lo que en la terminología tradicional se entendió como la superación de la letra por el «espíritu» de la ley[25]. En la práctica, el desplazamiento de la letra por el espíritu significaba, en algunos casos, priorizar lo escrito en los travaux préparatoires frente a lo escrito en la letra de la ley. Pero debemos tener en cuenta que las opiniones que, en muchas ocasiones, se tomaban en cuenta en dichos trabajos no eran las del alto cargo político o gubernamental, sino las opiniones de algunos juristas participantes en las comisiones legislativas. De ese modo, el método subjetivista radical sirvió para atribuir una influencia práctica muy relevante a algún sector de la doctrina

22. Scalia, 1997, pp. 38 y ss.
23. Guastini, 2010, p. 109) llama a esta posición «literalismo estático», no subjetivismo. Para Rodríguez-Toubes (2014, p. 324), el originalismo se diferencia netamente del subjetivismo interpretativo: no pone el foco en la voluntad o la intención del legislador, sino en el texto o la letra, lo que supone abogar por un objetivismo interpretativo.
24. En una de las sentencias originalistas más célebres (*Dred Scott v. Sanford*, 60 US 393, de 1857) se afirma que el texto constitucional debe ser interpretado «de acuerdo con su verdadera pretensión y significado cuando fue adoptado». Creo que el uso del término «pretensión» alude a la intención subjetiva del legislador, y no al sentido léxico entonces usual o convencional. En su monografía sobre el originalismo, De Lora (1998, pp. 48-49) recuerda que «lo primero que salta a la vista del lector es efectivamente la heterogeneidad de posiciones que se agrupan bajo tal rótulo». Pero, cuando presenta el originalismo, el sintagma con el que se refiere a él es «intención original de los constituyentes» (p. 29).
25. Demante,1835, I, p. 14; Proudhon, 1809: p. IX; K.G. von Wächter, 1835, sección 2, pp. 242 y ss.

científica[26]. En cualquier caso, esta comprensión también ha encontrado continuadores: aun cuando la ley pueda ser clara desde el punto de vista literal, es posible desplazar esta lectura por convicciones más firmes sobre la intención o el espíritu[27].

La distinción anterior, que separa el textualismo subjetivista del subjetivismo más puro, presume en todo momento que la letra de la ley es clara. Sin embargo, incluso los autores más fieles al optimismo ilustrado admiten que son constatables leyes oscuras en las que ya no es posible inferir un significado unívoco del texto interpretado[28]. Cuando tropezamos con leyes oscuras, precisamos de otras fuentes de las que podamos inferir la voluntad del legislador. Las pruebas que siguen a continuación tratan de desempeñar este papel.

b) Leyes de bases, es decir, leyes del Parlamento que delegan en el gobierno la potestad de dictar un texto articulado, pero de acuerdo con una serie de principios y criterios contenidos en las llamadas «bases». Una vez publicada la ley delegada, la ley de bases pierde valor normativo, pero conserva un valor interpretativo que, para el subjetivismo, puede alcanzar un gran peso.

c) Exposiciones de motivos y preámbulos[29]. Su rendimiento es más limitado de lo que parece si tenemos en cuenta, en primer lugar, que no son pocas las leyes que carecen de exposiciones de motivos y preámbulos; además, el carácter muchas veces técnico y complejo que suele contener el articulado de la norma interpretada dificulta su anclaje con las consideraciones muy abstractas y generales que son típicas de los preámbulos[30].

d) Borradores del texto finalmente aprobado (proyectos o anteproyectos) bajo la misma autoridad normativa.

e) Trabajos preparatorios. Es el recurso más característico y habitual. Pese a ello, podemos trazar una distinción entre «trabajos preparatorios en sentido amplio» y «en sentido estricto». En sentido amplio, el término se refiere a los registros y actas de las

26. Creo que este planteamiento explica lo que Bonnecase (1944, p. 180) llama «el culto supersticioso consagrado a Pothiers por la escuela de la exégesis; […] el primer beneficiado por dicho culto fue indiscutiblemente Toullier» (su discípulo).
27. «A veces, en suma, la expresión empleada exige ser rectificada, porque es impropia y no se corresponde con la voluntad de sus autores». Capitant, 1929, p. 101; Heck, 1914, § 18, pp. 259 y ss. La STS de 22 de junio de 1950 dice: hay que «aplicar la doctrina de tradición multisecular que admite que se puede ir incluso contra el sentido claro e inequívoco de las palabras cuando las circunstancias especiales del caso llevan a estimar que no está comprendido en la mente y la intención del legislador». En la interpretación de los contratos, es tradicional en España sustentar una «doctrina espiritualista» que prima la voluntad de los contratantes frente a la literalidad de lo estipulado en las cláusulas, y que encontraría su fortaleza en el artículo 1281, 2 de nuestro Código Civil. Tal es la lectura de López y López (1978, pp. 17 y ss.) o de Cano Mata (1971, p. 195). Según Jonasco (1977, p. 372) también es la tradición francesa en contraposición a la alemana.
28. El «exégeta» F. Laurent (1869, pp. 344-347) admite que existen leyes oscuras, si bien la oscuridad «debe probarse», y se trata de «una rara excepción».
29. Nuestra jurisprudencia niega que estas exposiciones incluyan verdaderas normas jurídicas, así como su carácter vinculante; sin embargo, les concede un carácter de interpretación «auténtica» de las normas. Véase, por ejemplo, SSTC 36/1981 de 12 de noviembre o 31/2010 de 28 de junio.
30. Sobre estos límites, véase Allen, 1951, p. 475.

comisiones oficiales reunidas con el objeto de elaborar el contenido de las normas y dotarles de su formulación lingüística. Nos referimos en este caso a dos tipos de comisiones: i) Comisiones técnico-administrativas, que reúnen a expertos y profesionales del área o materia concernida, a los que se suman altos funcionarios de la administración y cargos políticos. También es posible que se sumen representantes de intereses sectoriales o lobistas. Nuestras Comisiones Generales de Codificación serían un ejemplo oportuno. ii) Comisiones parlamentarias, que reúnen a parlamentarios y, eventualmente, a profesionales diversos que los parlamentarios invitan para asesorarles. Sin embargo, en sentido estricto, los trabajos preparatorios designan tradicionalmente los trabajos del primer tipo, es decir, las actas de las comisiones que podemos llamar técnico-administrativas. Se presume que los pronunciamientos de los diputados en las comisiones parlamentarias, y más aún en los plenos, no poseen muchas veces un carácter estrictamente técnico o legislativo, sino más bien político[31].

f) Declaraciones manifestadas en deliberaciones y debates parlamentarios. Se reconoce su utilidad para reconstruir la occasio legis, el tipo de realidad al que el legislador trataba de dirigirse específicamente[32]. Sin embargo, como también se ha explicado, a los debates parlamentarios se les suele atribuir un peso inferior a los trabajos de comisiones técnicas y gubernamentales.

g) Comentarios y obras dogmáticas de juristas que participaron en la redacción de la norma interpretada. No faltan sentencias y obras doctrinales que reivindican el valor auténtico de alguna de estas obras[33]. En realidad, este encumbramiento no es explicable desde el planteamiento positivista y voluntarista que nutre filosóficamente este instrumento interpretativo.

h) En la interpretación de los contratos, además del tenor literal del contrato, se admiten como pruebas indirectas de la voluntad de los contratantes los llamados «actos propios» reveladores de su intención, ya sean actos anteriores, coetáneos o posteriores a la celebración[34].

3. LA PERVIVENCIA DEL MÉTODO: HUELLAS Y MANIFESTACIONES CONTEMPORÁNEAS

Hay razones que avalan la impresión de que el método histórico o subjetivo es un método caduco. La primera es el ocaso de las teorías jurídicas sostenedoras de este

31. Summers, 1991, p. 424. También para F. Laurent (1869, pp. 348-351), los discursos de los oradores en el parlamento ofrecen menos garantías: lejos de discutir o deliberar, las Cámaras se limitan a votar en silencio, y sus trabajos se llevan a cabo con enorme premura.
32. Cerdeira, 2019, p. 770.
33. Es el caso de los comentarios de García Goyena al Proyecto de Código Civil de 1851, muy influyente en el de 1889. La STS de 11 de noviembre de 1943 habla de su valor «moralmente auténtico».
34. Véase, por ejemplo, la STS de 21 de febrero de 1986.

método o tendentes a concederles primacía: las teorías voluntaristas e imperativistas del derecho, para las cuales este puede describirse como un conjunto de órdenes de la autoridad[35]. También parece afianzada por algunas decisiones de nuestra jurisprudencia[36], así como por algunos juicios de la doctrina inclinados a constatar el abandono de la interpretación subjetiva[37]. En este apartado, sin embargo, incluiré algunas pruebas de la pervivencia del método y, en algunos casos, de su hegemonía.

a) Las reglas interpretativas de nuestro derecho positivo. El artículo 3 de nuestro Código Civil dicta que las leyes se interpretarán, entre otros recursos, de acuerdo con sus «antecedentes históricos y legislativos». No abordaré la polémica relativa a si el elenco de recursos del artículo 3 posee o no carácter imperativo o de ius cogens; lo relevante es que, en contra de un precedente tan destacado como el Código de Napoleón, nuestro Código sí se decide a regular la cuestión, y a incluir entre los instrumentos prescritos el método subjetivo[38]. Como expresa el profesor Coderch, el voluntarismo jurídico se plasma en una aspiración a «reglamentar la interpretación judicial», a «convertir los criterios de interpretación en reglas jurídicas». Añade a continuación: «este tipo de disposiciones… tiende a considerarse hoy como poco menos que una insensatez, como el producto de una ilusión»[39]. Sin embargo, el hecho es que la legislación civil vigente y, por tanto, la normativa común y general de nuestro derecho incluye al método subjetivo como uno de los prescritos y vinculantes en la aplicación del derecho, y es factible apelar a otras manifestaciones de la voluntad del legislador aun cuando la letra de la ley sea clara y diáfana[40]. Incluso más transparente es la opción del legislador en lo que se refiere a la interpretación de los contratos. Si códigos como el alemán o el portugués han prescindido de reglas de interpretación de los contratos, nuestro Código Civil incluye un catálogo de preceptos que se extiende del 1281 al 1289. En el 1281,2, los subjetivistas parecen hallar un cómodo pedestal: «si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas».

b) Jurisprudencia española. La buena noticia para quienes no simpatizan con el método subjetivo es que las invocaciones de nuestra jurisprudencia son escasas. En realidad, el listado de sentencias que los estudiosos anotan como ejemplos de uso del

35. Hitos en la refutación del imperativismo son: Hägerström, 1953, pp. 17-55; Olivecrona, 1971, cap. V; Hart, 1961, pp. 26-78.
36. «Tampoco está de más recordar que, como afirmara la doctrina clásica de la hermenéutica jurídica, el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto». STS de 26 de febrero de 2018.
37. Cerdeira, 2019, p. 752. Una excepción a este diagnóstico de crisis se halla en el siguiente juicio de Guastini (2010: 104), para quien la interpretación subjetiva «hoy está ampliamente defendida, especialmente en la doctrina de la interpretación constitucional».
38. En sus comentarios al proyecto de 1851, García Goyena era rotundo: «no parece necesaria una regulación ad hoc de la interpretación». El legislador de 1889 desobedeció esta doctrina. Véase una narración más detallada de este proceso en Coderch, 1985, pp. 277-279.
39. Coderch, 1985, p. 264.
40. La claridad de la ley no bloquea el recurso a los demás métodos interpretativos; así se afirma en las STS de 13 de febrero de 1984 (civil) y 4 de julio de 1990 (social).

método subjetivo puede ser incluso acortado, bien porque se acude a los debates parlamentarios no para justificar un veredicto, sino la occasio legis del precepto[41], bien porque la voluntad del legislador sirve no para justificar, sino para corroborar lo que se ha justificado ya mediante otros métodos[42].

La mala noticia, sin embargo, es que las referencias son suficientes para afirmar que el método subjetivo es un método aceptado y homologado por nuestra práctica; tal vez sea un método más dudoso para nuestros magistrados, pero estos no presumen que su aplicación sea lógica o conceptualmente incorrecta. Tanto nuestro TC como nuestro TS han invocado en ocasiones trabajos de comisiones de codificación y debates parlamentarios con el fin de identificar la voluntad del legislador[43], y el flujo de sentencias relativas a la voluntad, el ánimo, el propósito o la intención del legislador no ha dejado de gotear lenta, pero continuadamente[44]. La idea es extensible a nuestro TS en su jurisprudencia civil[45], penal[46], laboral[47] o contencioso-administrativa[48].

c) Derecho comparado. El diagnóstico de pervivencia sostenido hasta ahora habla de huellas escasas y esporádicas. Pero, desde la perspectiva del derecho comparado, debemos elevarlo varios escalones, porque en algunos ejemplos alcanza el grado de influencia destacada e incluso de hegemonía.

De hegemonía debemos hablar, por ejemplo, en el derecho sueco. «El rasgo más importante de la interpretación de las leyes en Suecia –dicen Peczenik y Bergholz– es el alto valor de los materiales preparatorios, segundo en importancia después de la letra de la ley»[49]. La interpretación es así subjetiva: es preciso servirse en primer lugar de la letra de la ley porque esta es la manifestación más clara de la voluntad del legislador. Si esta es oscura, en ese caso los trabajos preparatorios de las comisiones legislativas

41. Por ejemplo, SSTC 215/2015 de 22 de octubre; 26/2016 de 18 de febrero o 84/2016 de 28 de abril.
42. Pérez Álvarez, cit., p. 152.
43. Sobre el TC, véase, por ejemplo: SSTC 2/1981 de 30 de enero; 5/1981 de 13 de febrero; 11/1981 de 8 de abril; STC 189/2005 de 7 de julio, FJ 4. STC 41/2010 de 22 de julio, FJ7.
44. Una de las decisiones supuestamente más críticas contra el método subjetivo de nuestro TS (STS de 30 de septiembre de 2010) no es en realidad una impugnación teórica de este, sino una discusión de su exclusividad: «sin embargo, … la labor del intérprete no puede limitarse a identificar la voluntad del legislador».
45. SSTS de 10 de junio de 1978; 4 de febrero de 1988 21 de diciembre de 1989; 13 de junio de 1994; 22 de septiembre de 1997, 22 de noviembre de 1999; 22 de diciembre de 2011; 14 de marzo de 2018.
46. SSTS de 11 de junio de 1981; 6 de febrero de 1989; 23 de julio de 2015; 9 de junio de 2016; 28 de junio de 2017.
47. SSTS de 12 de febrero de 1991; 6 de mayo de 1991; 17 de marzo de 2015.
48. SSTS de 6 de diciembre de 1986; 2 de noviembre de 1999; 14 de diciembre de 2015. Por último, puede recordarse la STS de 18 de diciembre de 1990 de la Sala Especial del TS, que, refiriéndose a una posible interpretación restrictiva de la LOPJ, concluía: «Esta restricción… carece de respaldo en la Ley… y no lo tiene tampoco ni en los antecedentes parlamentarios ni en los trabajos prelegislativos de la Comisión General de Codificación (Sección Quinta) … No estaba, pues, en la mente del legislador». Acotaciones más amplias de algunas de estas sentencias se hallan en Cerdeira, 2019, pp. 780-793 y en Pérez Álvarez, 1994.
49. Peczenik y Bergholz, 1991, p. 355.

ostentan un papel decisivo, porque poseen el rasgo de fuentes del derecho[50]. Incluso cabe la posibilidad de que estos trabajos, cuando poseen singular fuerza, prevalezcan frente a la letra de la ley, lo que denota una cierta inclinación al subjetivismo radical. Un jurista sueco (Schmitt) denomina a los artículos de la ley «titulares de prensa» de la interpretación jurídica; podemos suponer así que a veces son suficientes, pero otras tenemos que pasar al contenido del artículo o recorte, lo que nos obliga a consultar los trabajos preparatorios[51].

No resultará sorprendente añadir que el subjetivismo es también protagonista de la tarea interpretativa en Francia, si bien con una tendencia al subjetivismo moderado o el textualismo: debemos atenernos a la letra de la ley, y solo cuando esta es oscura podemos buscar información en los trabajos preparatorios y otras fuentes[52]. Por esta razón, son muy escasos los ejemplos en los que otros métodos alternativos, como puede ser el sistemático o el moral, logran prevalecer[53].

En Estados Unidos también se reconoce la posibilidad de que, en los casos civiles, la voluntad del legislador manifestada en trabajos preparatorios desplace a la letra de la ley. Se trata, sin embargo, de un fenómeno excepcional, aunque debe subrayarse que ello no se debe a que se desconfíe del método, sino a que se exige un estándar probatorio muy alto de esa supuesta verdadera voluntad del legislador[54].

Inglaterra es tradicionalmente representada como un contrapunto al subjetivismo[55]. Sin embargo, MacCormick y Bankowski advierten que «esto ya no es tan cierto, y algunos de estos materiales han sido admitidos en algunas circunstancias»[56].

---

50. p. 316.
51. Schmidt, 1976, p. 262.
52. Incluso allí donde se expresa una cierta desconfianza hacia los trabajos preparatorios (por ejemplo, Batiffol: 1972, p.16), los recelos son muestras de subjetivismo, porque se trata de subrayar la prioridad de la interpretación literal. Capitant, 1977, p. 208).
53. Troper– Grzegorczyk – Gardies, 1991, pp. 186-192. Esta conexión necesaria con la intención del legislador es comprensible desde la influencia tradicional en la práctica jurídica de la llamada fórmula de Saleilles: «au-delà du Code civil, mais par le Code civil». Saleilles, 1919, p. xiii.
54. El TS americano tiende a considerar «no del todo claras» las pruebas supuestamente acreditativas de la voluntad del legislador, e «impone una carga relativamente pesada de persuasión» a quien alegue estas consideraciones. Summers, 1991, 439 y 446. No faltan referencias más recientes del TS americano que invocan trabajos preparatorios: *Zicherman v. Corean Airlines*, 516 U.S. 217 (1996); *Israel Airlines Lted. v. Tsui Yuang Tseng*, 525 U.S. 155 (1999). Deben añadirse también las sentencias férreamente originalistas que, como *District of Columbia v. Heller* (554 U.S. 570, 2008), se remontan a diccionarios históricos. No creo que pueda olvidarse que una de las últimas nominadas a magistrada del TS declaró: «los jueces somos todos originalistas», con lo que aludía al carácter inevitablemente histórico de su tarea: *The Nomination of Elena Kagan to Be an Associated Justice for the Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, Part 1*, 111th Cong. 62 (2010)
55. Suele invocarse en este caso la doctrina establecida en *Eastern Railways Co. v Railways Commissioners*, 1881, 50, L.J.Q.B., 201.
56. MacCormick y Bankowski, 1991, p. 381. Véase también Allen, 1951: pp. 468, 487 y 501. En cualquier caso, las condiciones para su uso son restrictivas. En palabras de Lord Stein, «solo puede contar un disparo al blanco [a bull's eye]; no puede aceptarse menos». *Effort Shipping Company Limited v. Linden Management* SA (1998) AC 605, 623

d) En la teoría del derecho contemporánea, a la mención del originalismo podría añadirse la alusión a las teorías de J. Raz (2013) y A. Marmor (2001). El compromiso de estos autores con el método subjetivo es polémico, y posiblemente suscitaría el rechazo de un autor como Raz[57]. Justificar aceptablemente esta catalogación exige, sin embargo, un estudio complejo y dilatado que no es posible acometer ahora; como se ha dicho, esta sección no aspira a reunir un aparato probatorio exhaustivo, sino suficiente.

Sí anotaremos que en la doctrina civilista sigue experimentándose un notable interés por este canon y, en general, por la polémica entre objetivismo y subjetivismo interpretativo, un interés explicable desde el primado de la autonomía de la voluntad en el derecho contractual. Es así comprensible que incluso recientemente se destaquen corrientes subjetivistas en la dogmática civil, como es el caso del llamado «neosubjetivismo» alemán, ejemplo al que podemos añadir autores de la doctrina española tan consecuentes en su subjetivismo como J.L. Lacruz[58]. En derecho de contratos, es habitual hallar apologías de una interpretación «espiritualista», y posiciones para las cuales, más allá de la letra de las cláusulas o la voluntad de los contratantes, servirse de cualquier otro instrumento ya no es interpretar, sino integrar el contrato[59]. Incluso en las posiciones críticas se sigue observando una actitud respetuosa con las fuentes de la interpretación subjetiva; así, G. Cerdeira niega en realidad la tesis voluntarista clásica, y asume que las leyes, una vez publicadas, se emancipan de la voluntad del legislador; sin embargo, atribuye a los trabajos preparatorios «un valor doctrinal de autoridad, intermedio entre la interpretación verdaderamente legal que la ley haga en su Exposición de Motivos… y la genuinamente científica que cualquier autor de la doctrina pueda hacer al comentarla»[60].

4. REFORMULACIÓN CRÍTICA

Dividiré las críticas en tres apartados. En primer lugar, me referiré a las que podemos llamar «técnicas», y que son relativas a la imposibilidad de aplicar el método: aun cuando este fuese lógicamente correcto, su ejecución sería empíricamente imposible. En segundo lugar, me referiré a críticas «prácticas»: aun cuando el método fuese aplicable, las consecuencias de su aplicación serían indeseables o contraproducentes. En tercer lugar, me referiré a los problemas del método que considero fundamentales, y que denuncian el carácter erróneo de sus premisas de teoría del derecho.

57. Afirma que su «tesis de la intención mínima» no es un método de interpretación; sin embargo, reconoce que tiene consecuencias en su elección. Raz, 2013, pp. 295 y 215. Véase sobre este autor Lifante (2018), capítulo III.
58. Lacruz, 1988. En el caso alemán, véase, por ejemplo, Hegenbarth,1982.
59. Lo denuncia Vattier, 1987: 511
60. Cerdeira, 2019, p. 766.

1) Problemas técnicos

Son las críticas más habituales, y muchas veces las únicas esgrimidas. Podemos distinguir dos.

i) Cuando se interroga a los defensores del modelo acerca de qué entienden por el legislador, la respuesta nos remite a lo que determine nuestra Constitución política. En general, esta respuesta apunta a órganos colegiados, fundamentalmente el Parlamento, que posee la potestad legislativa, y el Gobierno y la Administración, que poseen la potestad reglamentaria. El problema es que nuestro método persigue identificar un estado mental psicológico –una voluntad, intención o deseo– y, en opinión de muchos autores, no podemos atribuir estos estados a construcciones abstractas o entidades colectivas, como son estos órganos[61]. Aquí no puedo introducirme en los problemas ontológicos que subyacen a esta crítica. Me limitaré a apuntar, en primer lugar, que esta actitud escéptica no se concilia bien con las últimas tendencias de nuestra legislación; por aportar un ejemplo, la reforma de nuestro Código Penal de 2010 consagró en su artículo 31 bis la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, con ello, la presunción en ellas de finalidades e intenciones (delictivas). En segundo lugar, creo que el método subjetivo puede eludir el problema individualizando la voluntad de estos órganos colegiados, y, como en la doctrina del levantamiento del velo de las corporaciones, reconociendo como autores a aquellos individuos que hayan ostentado un papel determinante en la integración del contenido de la norma (STS 28 de mayo de 1984).

ii) Aunque admitiéramos que podemos atribuir esta voluntad a algunas de las personas físicas que los integran, no seríamos capaces de identificarlas. En efecto, elegir a estos individuos es una tarea muy incierta, y en la cual los errores acechan constantemente. En teoría, la respuesta jurídica más precisa, de acuerdo con nuestra Constitución, habría de atribuir la autoridad de la ley a todo el Parlamento como depositario de la soberanía popular. El problema es que esta respuesta incluye como autores de las leyes –y, por tanto, como voluntades que han de ser investigadas– las de aquellos parlamentarios que votaron en contra de dicha ley, en blanco o se abstuvieron, lo que resulta ilógico. Podríamos reducir la voluntad que debemos investigar a la de aquellos diputados del partido o del grupo parlamentario mayoritario. Sin embargo, también sabemos que estas mayorías suelen construirse en nuestros días mediante una disciplina de voto muy férrea, y que no son pocos los parlamentarios que votan a favor de leyes con las que disienten o que incluso desconocen. Se podría acotar mucho más drásticamente la base subjetiva de autoridades, y reconocer como verdadero «autor» de la ley al individuo que la firma o defiende en el Parlamento, normalmente el ministro del área vinculada al contenido de la ley. Sin embargo, todos sabemos que los ministros, muchas veces, no juegan un papel especialmente relevante en el contenido de las normas; mayor protagonismo

61. Hägerström, 1953, pp. 18 y 111; Guastini, 2010, pp. 105-106. La crítica es también acogida fuera del realismo jurídico: Díez-Picazo, 1970, p. 727.

cobran funcionarios de nivel alto o incluso medio, personajes que permanecen en el anonimato. No olvidemos, por último, el problema muchas veces denunciado de los discursos en el Parlamento: son opacos y enmascaradores (no es infrecuente que los políticos digan una cosa y plasmen en la legislación otra muy distinta).

Los problemas a los que me he referido afectan sobre todo a los debates parlamentarios. Ahora bien, cuando se aduce la interpretación histórica o subjetiva, la fuente más a menudo invocada son las comisiones técnico-legislativas, lo que la doctrina suele conocer como trabajos preparatorios[62]. Sin embargo, incluso autores férreamente voluntaristas reconocen que el recurso a los trabajos preparatorios está también sembrado de dificultades, sobre todo porque las actas de estas comisiones suelen reflejar opiniones contradictorias, y no es posible generalizar alguna de estas a todo el órgano colegiado[63].

Sobre estas críticas sostendré, en primer lugar, que no las considero falsas, y, desde luego, son un buen indicio de los problemas del modelo. Sin embargo, no creo que sean suficientes para desacreditarlo. Un autor contemporáneo como Raz entiende que, en su formulación, «se ha introducido mucha ingenuidad», y concluye que «no hay buenas razones para pensar que no podemos saber cuál fue la intención con la cual las acciones pasadas fueron realizadas»[64]. En la fuente de prueba más relevante, que son los trabajos de las comisiones técnicas, el problema puede anularse mediante dos criterios: el primero restringe las opiniones relevantes a aquellas que hayan recaudado consenso o mayoría; el segundo sería un criterio de jerarquía o de autoridad que atribuiría más peso a la opinión de quienes ostenten una posición más elevada en el gobierno y la administración. Claramente, su impacto no ha sido devastador, y, de hecho, la práctica sueca se ha desarrollado normalmente sin verse perturbada por estos problemas.

2) Problemas prácticos

Un segundo grupo de dificultades denuncia las consecuencias indeseables para la práctica jurídica que incorpora el uso de este método. En algunos casos, estas consecuencias perjudiciales son especialmente visibles en algunas ramas o sectores del sistema jurídico; en otros, comprometen la totalidad del sistema, porque apuntan a la posible parálisis que sufriría la administración de justicia caso de que este método se convirtiera en hegemónico.

En primer lugar, se dice que los jueces no podrían satisfacer las demandas del método porque no son historiadores, y porque este los obliga a enfrentarse con un

62. En España, por ejemplo, la Comisión General de Codificación funciona regularmente en los ámbitos civil y mercantil; sus miembros emiten informes y propuestas legislativas que se entregan al Ministerio de Justicia, y de todas sus reuniones se levanta acta.
63. Laurent, 1869, I, p. 348
64. Raz, 2013, pp. 286-287.

material inabarcable cuyo estudio haría imposible una justicia puntual[65]. Sin embargo, creo que esta es otra dificultad superable. Especialmente en derecho continental, las fuentes históricas que pueden concernir a los jueces están lejos de sumirles en ingentes tareas de archivo, y la tecnología puede simplificarlas en gran medida.

De mayor entidad son las dificultades que conlleva el uso del método en algunas ramas e instituciones específicas. Un primer ejemplo es el derecho de contratos. Es preciso empezar reconociendo que la voluntad y la intención de las partes de un contrato son relevantes para su interpretación; el peso de la autonomía de la voluntad en el derecho de contratos obliga a reconocer matices en nuestras críticas al canon subjetivo en este departamento. Sin embargo, creo que, pese a los presupuestos teóricos, la interpretación de los contratos debe resolverse objetivamente porque la aplicación prioritaria de la supuesta voluntad real de las partes incorpora excesivos problemas. Tengamos en cuenta, en primer lugar, que hablamos de voluntades, propósitos o intereses contrapuestos, y que el equilibrio defendible más obvio es el estipulado en las cláusulas[66]. En segundo lugar, defender la primacía absoluta de la voluntad implicaría, por ejemplo, conceder un margen excesivo a la alegación del error. Una de las partes podría intentar desvincularse de sus obligaciones declarando que estipuló en el contrato una determinada cláusula pensando que no le comprometía a nada, y añadiendo que lo importante es su intención por encima incluso de la letra escrita. A veces son incluso las dos partes quienes alegan error; y, sin embargo, la jurisprudencia impide que el contrato se resuelva, e impone su cumplimiento amparándose en principios objetivos: la apreciación de negligencia o el principio de buena fe[67]. En suma, la interpretación de los contratos implica una combinación de elementos subjetivos, pero también de elementos objetivos, normativos y valorativos que pueden superar los primeros[68]. No es así extraño que una práctica como la inglesa imponga un objetivismo estricto en la interpretación de los contratos[69].

65. MacCormick y Bankowski, 1991, pp. 380 y 403; Ekelöf, 1958, p. 92.
66. Para O'Callaghan (2022, p. 1290), esta es la diferencia fundamental entre la interpretación del contrato y de otros negocios como el testamento, y también la razón que empuja hacia el objetivismo en su interpretación.
67. Es el caso de la muy voluntarista práctica jurídica sueca, donde, en estas situaciones, se invoca el principio «cada parte debe afrontar un sacrificio proporcional a su falta». Schmidt, 1960, p. 206.
68. Subraya esta pluralidad de perspectivas Vattier Fuenzalida, 1987, pp. 517-519.
69. Los tribunales ingleses no consideran acuerdos previos, correspondencia escrita o electrónica, precedentes o borradores. *Rugby Group Ltd. versus ProForce Recruit Ltd.* (2006) EWCA Civ 1058. La interpretación del contrato se remite a una fórmula objetiva como la interpretación «de una persona razonable dotada de todo el conocimiento del contexto que le fue accesible a las partes» [*Chartbrook Ltd v. Persimonn Homes Ltd.* (2009) UKHL 38, parágrafo 14. Lord Hoffman, ponente de esta sentencia, ya había expuesto sus argumentos objetivistas en *Investor Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society* (1998) 1WLR 896]. Esta fórmula suele descomponerse en dos fuentes primordiales: el lenguaje del documento y el «contexto comercial», alusivo a un «sentido común» comercial y económico. La doctrina objetivista está también muy arraigada en Alemania: es clásica la obra de Danz, 1897, pp. 78 y ss.; más modernamente: Bickel, 1976, pp. 138 y ss.

Un segundo ejemplo lo hallamos en el derecho internacional convencional o relativo a pactos y tratados. Es una práctica común en los tratados internacionales que estos recaben la adhesión de nuevos Estados que no participaron en su negociación. Si un nuevo Estado se adhiere a un tratado, pero se prescribe como método de interpretación necesario un método subjetivo fundado en los trabajos preparatorios, el resultado es que la interpretación y aplicación de dichos tratados queda supeditada a la voluntad de los Estados fundadores, y condicionamos la adhesión de nuevos Estados a una manifestación de acatamiento o sometimiento a la interpretación de aquellos. Quizá esta sea una de las razones por las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se sirve nunca de trabajos preparatorios[70].

Finalmente, creo que el principal problema práctico tiene como protagonista la figura del referimiento al legislador: si presumimos que el uso y la aplicación de la ley se ligan a la voluntad del legislador, lo lógico es que, cuando los jueces tropiecen con un problema interpretativo, y cuando sea físicamente posible, le remitan el problema al legislador y esperen que este decida la regla de decisión correspondiente[71].

Creo que no es necesaria una larga explicación en torno a cuál es el principal problema práctico del referimiento: este paraliza la administración de justicia; ocurrió en la Revolución francesa[72], y es previsible que así ocurra en ordenamientos más complejos como los nuestros.

Ahora bien, lo curioso del referimiento es que, pese a ser la solución más lógica desde las bases voluntaristas del modelo, también supone su abandono, y ello por dos razones.

En primer lugar, porque el modelo subjetivo es un canon de interpretación, y el referimiento desplaza la solución del problema de la interpretación a la legislación. Aquí estoy presumiendo que el legislador, cuando responde al referimiento, no se está interpretando a sí mismo, sino que está legislando, porque está estipulando con carácter general cuál es la solución jurídica de cualquier caso que reproduzca las circunstancias del problema que propició el referimiento[73].

Supongamos que mi suposición anterior es equivocada, y lo que obtenemos tras el referimiento no es un acto legislativo, sino una interpretación auténtica. El problema es que lo que persigue el método subjetivo no es tanto una interpretación auténtica

70. Gulmann, 1980, p. 199.
71. Sobre la conexión histórica entre el referimiento y el voluntarismo jurídico, véase Guzmán Brito, 2011, p. 95 y 2000, pp. 358-363
72. Gény (1919, pp. 85 y 88) describe el referimiento revolucionario como un «incidente efímero y casi olvidado» del que «no es posible reconocer ninguna influencia positiva».
73. En el caso del referimiento en la Francia revolucionaria, este finalizaba con un *décret déclaratoire,* lo que suponía un acto legislativo y la promulgación de una regla general. Para T. Suavel (1958, fasc. 12, pp. 186-86), «se invitaba al legislador a pronunciarse no sobre el proceso de un particular… sino sobre una cuestión teórica que este proceso desvelaba». Este decreto es identificado por este autor como una «ley interpretativa». Esta era enviada al Tribunal de Casación, y era este instituto el que resolvía finalmente el caso de acuerdo con la ley interpretativa.

como una interpretación subjetiva: en el referimiento, la autoridad a la que recurrimos es siempre la autoridad contemporánea, y esta puede ser muy distinta y posterior a la que promulgó la norma que interpretamos. De hecho, el referimiento convierte en innecesarias las fuentes más características de la interpretación subjetiva, como son el estudio de los debates parlamentarios y de las comisiones técnicas. Y, desde luego, la hipótesis de que el legislador contemporáneo hace suyas las leyes vigentes mientras no las derogue es otra ficción imposible; desde luego, no las hace suyas en el sentido psicológico y voluntarista que aquí estamos presumiendo.

Por último, el referimiento incorpora un problema de justicia material. En primer lugar, es falso que el legislador sea más neutral que el juez por estar más alejado de las partes: no lo está, y su cargo político y provisional le convierte incluso en una figura más expuesta que el juez a las influencias de las partes. En segundo lugar, la decisión del legislador tendrá carácter definitivo e inapelable: el solo hecho de sugerir lo contrario equivaldría a discutir su poder soberano; sin embargo, las soluciones de los jueces suelen permitir la posibilidad de los recursos[74].

3) Problemas teórico-jurídicos

Llega el momento de abordar los presupuestos erróneos de teoría del derecho incorporados en el cultivo del canon. Antes de abordar estos problemas, me permitiré precisar de mejor modo las tesis de teoría del derecho subyacentes al método (a); después procederé a su crítica (b).

a) Como es previsible, el modelo presupone una tesis voluntarista del derecho y de las normas jurídicas.

La tesis voluntarista se asume muchas veces como una mera observación de la naturaleza constitutiva de las normas jurídicas: es imposible concebir una ley sin un acto de decisión del legislador; la ley es así una emanación de la voluntad de la autoridad, y su contenido la expresión de lo que esta quiere.

Ahora bien, el método histórico o subjetivo incorpora otra idea: la ley debe continuar ligada a la voluntad del legislador durante todo su desenvolvimiento práctico, es decir, su uso y su aplicación. De ese modo, la relación de la ley con la voluntad del legislador es semejante a la que vinculan al autor y su obra artística. Más aún, el modelo apropiado quizá no sea el arte, sino la técnica o la tecnología en su versión artefactualista: la relación entre legislador y ley es semejante a la que media entre el inventor y su artefacto. Este ligamen contiene también una idea negativa. Para resolver los problemas que pueda suscitar la aplicación del instrumento normativo, recurrimos naturalmente a su propio creador o fabricante, y no a catálogos de uso o manuales de instrucciones distintos o confeccionados por otros fabricantes. Consecuencia de este

74. Son ideas expresadas por un autor tan influyente en el derecho civil francés como Portalis, 2004, p. 22.

ligamen permanente con el legislador es que no podemos interpretar las normas recurriendo a supuestos criterios objetivos de corrección normativa prevalecientes sobre la voluntad del legislador, como pueden ser supuestos principios o valores subyacentes al sistema jurídico[75]. Supeditar el método a las exigencias de otras vías de interpretación objetiva –en especial provenientes de métodos sistemáticos o morales– solo puede saldarse al precio de socavar por completo las bases teóricas del método subjetivo[76].

b) Expondré cuatro argumentos críticos. Los dos primeros son relativos a la compatibilidad del modelo con los sistemas jurídicos de nuestro entorno. Aunque correctos en nuestra cultura jurídica, tal vez se hallen expuestos a la acusación de contingencia. Sin embargo, a estos argumentos les siguen otros dos. El primero es el clásico lex facit regem, non rex facit legem¸ que tiene un alcance limitado en nuestro ámbito de discusión. El cuarto y decisivo es relativo a las funciones del legislador.

i) La primera razón por la que debemos rechazar el carácter puramente autoral de las leyes parte de una constatación: nuestros ordenamientos jurídicos contemporáneos suelen sustentarse sobre una estructura de principios morales y políticos. Por ello, el legislador debe perseguir en todo momento la coherencia del contenido de su legislación con una interpretación correcta de dichos principios morales, so pena de someter sus normas a una seria amenaza de anulación por parte del poder judicial. Por supuesto, los tribunales y la dogmática más comprometida con los principios y valores no dejan de reiterar la deferencia necesaria de los jueces hacia las competencias del legislador y su ámbito de libre decisión. Sin embargo, esta deferencia es compatible con la constatación de que una ley incoherente con estos valores debe ser anulada. En consecuencia, el legislador debe anticiparse a los razonamientos de los jueces, lo que supone en muchas situaciones examinar conflictos o competencias entre principios, valores y derechos fundamentales, y resolver esta controversia quizá no tal y como él querría que se resolviera, sino mediante la solución que pudiera sobrevivir al escrutinio de un número indeterminado y desconocido de jueces.

En este momento, los partidarios del subjetivismo recurrirían a lo que para ellos es el núcleo incuestionable de verdad del subjetivismo, según el cual, en expresión de Larenz, «la ley es hecha por hombres y para hombres», y es «la expresión de una voluntad»[77]: la ley es una decisión humana, y no una consecuencia lógica de una serie de principios. Es cierto que la ley presume el concurso de una voluntad; pero esta voluntad

75. «Todos estos procedimientos, que trabajan sobre la fórmula legal misma o ponen en funcionamiento elementos exteriores a esta, solo valen como interpretación propiamente dicha de la ley en la medida en que ayuden a descubrir la voluntad soberana, que forma exclusivamente su esencia», y «dejarán de estar justificados en la medida en que tiendan a suplir su voluntad». Gény, 1919, p. 300.

76. «La ley solo vale como declaración de voluntad; separada del pensamiento que la ha inspirado, pierde todo su alcance, y se convierte en un texto muerto susceptible de recibir las más diversas interpretaciones. Solo la voluntad que ha presidido su nacimiento atribuye a la ley la firmeza y la fijeza propia del derecho escrito». Capitant, 1929, p. 96.

77. Larenz, 2001, p. 313.

o fiat incide sobre el momento de promulgación de la norma, y no sobre el de elección y formulación de su contenido[78]. Es acertado afirmar que no basta con concluir cuál es la mejor solución posible a un problema social, sino que es necesario promulgarla legislativamente; del mismo modo, no basta con razonar cuál es la mejor acción moral posible, y necesitamos que la voluntad nos mueva a emprenderla. Pero ello no nos permite afirmar que el enunciado en el que estipulamos lo que nos parece la mejor ley o regla moral sea una simple decisión subjetiva, y no el resultado de un razonamiento operado desde premisas normativas y reglas lógicas objetivas.

ii) El método subjetivo o histórico también tropieza con otra característica de los sistemas jurídicos de nuestro entorno: el principio de soberanía popular. De acuerdo con las prescripciones del método, tanto la legislación como la aplicación son siempre una comunicación unidireccional del legislador hacia los operadores jurídicos y los ciudadanos; ocurre con las leyes, y también con los enunciados interpretativos y las reglas de decisión con los que aquellas se interpretan y aplican. Unas y otras son mensajes o comunicaciones cuya emisión es competencia exclusiva del legislador[79].

El problema es que el principio de soberanía popular identifica «soberanía» y «ciudadanía» y, por ello, refuta esta caracterización dicotómica que separa a emisor y destinatario. Ni las leyes ni las reglas de decisión son un proceso unidireccional que discurre siempre desde el legislador hasta el ciudadano, porque la ciudadanía se da las leyes a sí misma. Sobre el legislador pesa el encargo democrático de elaborar leyes generales con las que integrar el ordenamiento jurídico del Estado. El legislador cumple así un papel mediador entre los valores, principios, fines y aspiraciones morales y políticas de la comunidad y el sistema jurídico, y esta mera función mediadora implícita en el principio de legitimidad democrática no permite establecer esa vinculación biológica u orgánica entre el legislador y la ley que a veces han presupuesto incluso los adversarios del modelo: así, cuando se critica la interpretación histórica o subjetiva, se aduce muchas veces la necesidad de que, en cuanto se promulgue la ley, «cortemos el cordón umbilical» que la ata al legislador, y atendamos los puntos de vista de la comunidad en que la ley se aplica[80]; pero la metáfora es inapropiada porque nunca ha habido cordón umbilical o maternidad alguna, ni siquiera subrogada.

El principio democrático introduce aún más problemas. Tal vez el más obvio sea el que nos devuelve a una discusión ya mencionada: no se respeta el principio democrático si las reglas de decisión de una serie de casos son impuestas por el legislador

78. Olivecrona (1971, p. 125) distinguía estos dos aspectos de la legislación: al contenido lo denominaba *ideatum,* mientras que al hecho de promulgar la norma lo llamaba *imperatum.* El primero consistía en la parte material de la orden del legislador, mientras que el segundo representaba la parte formal.
79. Se trataría de lo que Dworkin (1986: pp. 50 y ss.) llama un «modelo conversacional» de interpretación. En la conversación, si el destinatario tiene dudas acerca del sentido del mensaje escuchado, le consulta a quien lo ha emitido para que las despeje. Es el emisor quien «asigna sentido» o atribuye significado al mensaje.
80. Ross, 1999, p.401.

pretérito frente al contemporáneo. A mayor antigüedad de la ley, mayor será el problema de legitimidad suscitado, y menos justificable el uso del método[81]. Por último, otra dificultad es el conservadurismo extremo de la interpretación. Si hemos de ser fieles al voluntarismo hermenéutico, la interpretación de las leyes queda fosilizada o petrificada per saecula saeculorum no ya desde la promulgación de la ley, sino desde su proceso de elaboración. Una multitud de enunciados interpretativos y reglas de decisión aplicables a casos particulares, con los que decidimos si una serie de situaciones encajan o no en el supuesto de hecho de la norma general, deberá buscarse en un pasado que puede ser demasiado distante, ética y culturalmente extraño y claramente distinto al sistema de valores defendido por los destinatarios. Esta «jurisprudencia de anticuario» es, como mínimo, escasamente democrática[82].

iii) Me refiero ahora a las imputaciones clásicas contra el voluntarismo y, en concreto, su versión imperativista. Esta doctrina presume que la ley es obra del legislador porque una norma jurídica solo puede describirse adecuadamente como una orden de la autoridad respaldada por su monopolio de la coacción. Sin embargo, esta caracterización pasa por alto que alguna razón debe existir para que el ciudadano seleccione esta orden coactiva como una razón privilegiada para justificar su conducta, una razón que no se verifica, por ejemplo, en la orden que nos traslada un atracador o un grupo mafioso, también dotados de capacidad coactiva[83]. Esta razón ya no puede ser explicada mediante el recurso a la voluntad de la autoridad. El análisis del punto de vista interno o del participante en la práctica jurídica quiebra así esta relación de autosuficiencia entre la voluntad del legislador y la ley; como acaba de expresarse, la ley no funciona ni puede ser entendida como ley o norma jurídica sin elementos normativos ajenos a dicha voluntad. Por expresarlo en términos clásicos, el argumento rex facti legem se ve refutado por la corrección del principio contrario: lex facit regem.

Sin embargo, no creo que esa crítica resulte devastadora en nuestro dominio, que es el de la interpretación. Funciona en un nivel relativo a las bases últimas de legitimidad del legislador: en última instancia, si el legislador está autorizado a legislar es en virtud de una serie de criterios que pueden ser normativos. Sin embargo, asentada la autoridad del legislador, la tesis es compatible con una tesis hermenéutica según la cual el contenido de las leyes debe comprenderse desde las intenciones subjetivas de quien la promulgó.

iv) Creo que si la voluntad subjetiva del legislador no puede determinar las reglas de decisión con las que se interpreta y aplica el derecho es por los límites lógica y conceptualmente necesarios ligados a lo que podemos llamar «función del legislador».

La función del legislador consiste en promulgar leyes que se integran dentro de una colección en la que ha participado una pluralidad de voluntades: ningún legislador,

81. El método trata de conciliarse con el principio democrático mediante una especie de ley de rendimientos decrecientes, según la cual el valor de la interpretación es menos fiable cuanta más antigua sea la ley, y es inapreciable en leyes muy antiguas. Véase Raz, 2013, p. 301; Peczenik y Bergholz, 1991, p. 326.
82. La expresión es de Thibaut, 1807, § 9, p. 27.
83. El argumento del atracador o *gunman* se expone en Hart, 1957, pp. 603-604.

por amplia y revolucionaria que haya sido su tarea, puede patrimonializar todo un ordenamiento jurídico y apropiárselo integralmente como único autor; y, aunque así lo fuera, habrían de considerarse sus cambios de voluntad y sus contradicciones. Pero esta premisa incorpora una importante consecuencia para el usuario o intérprete del sistema, porque este no puede contemplar el derecho como una mera colección: desde la necesidad de aplicar el derecho con equidad, debe contemplar su derecho como una unidad ordenada, coherente y lógica. Esta tarea de reducir el derecho a una unidad coherente no puede realizarse desde la voluntad de quienes elaboraron las leyes; muy al contrario, obedecer esta estrategia sería un obstáculo para dicha tarea, porque, desde la misma, lo único que podríamos apreciar en el derecho es una cacofonía de voces. Por eso, representar el derecho como una unidad lógica exigirá una tarea de «impersonalización»[84] de la ley que se interprete. En suma, el usuario de la ley debe contemplar el precepto como una norma que funciona lógicamente dentro de un sistema o conjunto unitario. Desde esta exigencia de unificación, el mundo de las preferencias subjetivas, relativo a la personalidad empírica del legislador, debe quedar desdibujado o eclipsado, y sus supuestos condicionamientos o determinaciones son en realidad irrelevantes.

Creo que con esta tesis no estamos quebrando ninguna idea de soberanía del legislador, sino definiendo su ejercicio o sus funciones. El legislador legisla, pero no pre-interpreta. Como sostenía Max Radin (1930, p. 871), la función del legislador es promulgar leyes generales; una vez cumplida esta función, su tarea ha terminado. Si el legislador no interviene en la interpretación es «por simple descripción de su functus oficio; no por el principio de separación de poderes de Montesquieu, sino porque esto es lo que significa ser legislador».

Esta descripción austera de las funciones del legislador se ha expresado tradicionalmente mediante otros argumentos. Se ha aducido así que no podemos interrogar al legislador por asuntos y problemas particulares que este no pudo prever en virtud de los cambios culturales, sociales, económicos, científicos y técnicos, los cuales se traducen en continuos cuestionamientos del alcance y el ámbito de validez de sus normas[85]. Creo que muchos de los casos a los que se refiere esta crítica tradicional pueden también explicarse mediante la apelación a la unidad del sistema que he empleado. Es cierto que no podemos interrogar al legislador por casos y circunstancias que nunca estuvieron en su inteligencia. Pero también podemos describir la situación de otro modo: lo que no habitó en la inteligencia del legislador fue la composición completa del sistema jurídico que debe ser considerado en la fase de aplicación de la norma, y que el intérprete sí está en condiciones de conocer. Desde que el legislador promulga una norma hasta que esta se aplica, es muy posible que se hayan promulgado nuevas leyes o establecido nuevos precedentes. El sistema jurídico es una red compleja de prescripciones que interactúan y se interrelacionan; por ejemplo, un cambio en la concepción de un

84. Castán Tobeñas, 2005, p. 246.
85. [85] Portalis, 2004, p.16; Radin, 1930, p.17

principio fundamental asumido por las altas magistraturas desencadena inevitablemente un cambio en la interpretación de muchos preceptos. La norma originalmente promulgada por el legislador de nuestro ejemplo, en la fase de aplicación, se inserta dentro de una estructura normativa distinta que reconfigura su ámbito de validez, de forma que circunstancias sociales o económicas antes irrelevantes pueden ahora ser subsumibles en su supuesto de hecho, así como otras excluidas, porque el sistema es una unidad distinta. Y, para realizar esta tarea de unificación y ordenación, la voluntad empírica o histórica del legislador original no solo no es una ayuda, sino que es en realidad un obstáculo.

Tras este recorrido, creo que pueden extraerse algunas conclusiones genéricas sobre a quién nos referimos cuando empleamos la etiqueta «legislador».

Aunque las constituciones atribuyen a instituciones y órganos colegiados la etiqueta de «poder legislativo», es posible individualizar el impulso y la formulación de un precepto, y responsabilizar de estas tareas a un elenco de personas físicas. Podemos aceptar un sentido de la idea de legislador que podemos llamar «técnico», según el cual «legislador» es la persona o personas físicas que han ostentado un papel relevante y decisivo en la elección de los términos de la formulación lingüística de la norma. Sin duda, especial protagonismo debe concederse a aquellos individuos que participaran en las discusiones acerca del enunciado del precepto y desempeñaran un papel relevante y decisivo en su aprobación, lo que apunta a los altos cargos del gobierno o de la administración presentes en las comisiones técnico-administrativas y, más tarde, impulsores y defensores de su aprobación.

Lo que no es admisible es sostener una tesis patrimonialista acerca de las relaciones entre ley y legislador, según la cual la ley pertenece a quien la ha elaborado y promulgado, y debe ser aplicada de acuerdo con sus criterios. La imagen de la tecnología, antes atribuida al mismo método subjetivo, puede ahora ser útil para criticarlo: es posible que un técnico o ingeniero haya alcanzado un papel decisivo en la confección o elaboración de la pieza de una máquina o electrodoméstico; sin embargo, ni la pieza ni la máquina le pertenecen, sino que son propiedad de la firma o de la marca que se hace responsable de su funcionamiento, de sus desperfectos y de los daños que ocasione. Por supuesto, la diferencia es que los usuarios u operadores jurídicos, a diferencia de los usuarios de las máquinas, pueden y deben reconfigurar la pieza o la máquina, porque deben acomodarlas dentro de un conjunto que debe funcionar unitariamente. En cualquier caso, la ley pertenece a la comunidad, a las instituciones que la representan y, por ello, al Estado.

Además de no ser propietarios de las leyes que formulan y establecen, en los sistemas jurídicos de nuestro entorno también debe relativizarse su condición de autores de dichos contenidos. Como se ha mostrado, en modelos de soberanía popular que se apoyan sobre una columna vertebral de principios y valores morales y políticos, la función del legislador es más bien la de un mediador que especifica el mandato político popular y concreta el alcance de dichos principios.

Si la autoría de quien da forma definitiva a las leyes es muy relativa, y si la ley no pertenece y no es propiedad de esta persona o personas, puede entenderse que, junto

al sentido técnico, otros autores hayan propugnado un sentido que podemos llamar «amplio» de legislador. Así, como ya sostenía G. Radbruch, a quien debemos llamar realmente «legislador» es al Estado[86]. Precisamente porque el término «legislador» es atribuido a una unidad política, es preciso que esta unidad se exprese también de forma unitaria, tarea en la cual los jueces desempeñan un papel fundamental. Es cierto que jueces y magistrados no son legisladores en el sentido técnico antes mostrado, lo que explica la distinción tradicional entre legisladores e intérpretes y aplicadores. En un Estado democrático, los jueces están obligados a respetar el ámbito de decisión de un legislador técnico que, de modo más o menos directo o indirecto, está respaldado por el principio de soberanía popular, y actúa en su representación. Sin embargo, jueces y tribunales son también órganos estatales, y sobre ellos pesa especialmente el deber de convertir las distintas voces que hablan en representación del Estado en una sola voz, lo que convierte la interpretación de las normas jurídicas en una tarea no meramente pasiva, sino constructiva. Por eso, en la interpretación jurídica, es posible que jueces y magistrados lleguen a comprender una ley mejor que aquellos que la formularon y establecieron[87].

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1991). «Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany», en N. MacCormick y L. Summers (eds.) Interpreting Statutes, Aldershot, Darmouth, 73-120. https://doi.org/10.4324/9781315251882

Allen, C.K. (1951). Law in the Making, Oxford, Clarendon.

Aristóteles (1934). Aristotle in 23 volumes, The Nicomachean Ethics, Vol. XIX, Cambridge, Harvard UP, 1975.

Batiffol, H (1972). «Questions de l'interprétation juridique», Archives de Philosophie du Droit, (XVII), 9-27.

Bickel, D. (1976). Die Methoden der Auslegung rechtsgeschätlicher Erklärungen, Marburg, Elwert.

Bierling, E.R. (1894). Juristische Prinzipienlehre, Frieburg, Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr.

Bonnecase, J. (1944). La «escuela de la exégesis» en derecho civil, Puebla, José M. Cajica.

Calvo García, M. (1986). «La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica», Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho, (3), 113-127. https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.08

Cano Mata, A. (1971). «La interpretación de los contratos civiles», Anuario de Derecho Civil, (24), 193-206.

Capitant, H. (1929). Introduction a l'étude du droit civil. Notions générales. 5.ª edition, Paris, A. Pedone Editeur.

86. Radbruch, 1977, pp. 218, 223 y 224.
87. Radbruch, 1977, p. 218.

Capitant, H. (1977). «Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois», Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur du François Gény, II, Paris, Topos, 202-216.
Castán Tobeñas, J. (2005): Teoría de la aplicación e investigación del derecho, Madrid, Reus.
Cerdeira, G. (2019). «El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos», Anuario de Derecho Civil, (72), 749-794. https://doi.org/10.53054/adc.v72i3.3828
Coderch, P.S. (1985). La compilación y su historia, Barcelona, Bosch.
Danz, E. (1897): Die Auslegunt der Rechtsgeschäfte, Jena, Fischer.
De Lora, P. (1998). La interpretación originalista de la Constitución, Madrid, CEPYC.
Demante, A.M. (1835). Programme d'un cours de droit civil, Paris, Alex-Gobelet.
Demolombe, Ch. (1872). Cours du code Napoleon, I, Préface, Paris, Auguste Durand et Hachette et co.
Díez-Picazo, L. (1970). «La interpretación de la ley», Anuario de Derecho Civil, (23), 711-738.
Dworkin, R. (1986). Law's Empire, Cambridge, Harvard U.P.
Ekelöf, P.O. (1958). «Teleological Construction of Statutes», Scandinavian Studies in Law, 1958, (2), 77-117.
Elster, J. (1978). Logic and Society, Chichester, John Wiley & Sons.
Gény, F. (1919). Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, I, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence.
Guastini, R. (2010). Nuevos estudios sobre la interpretación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
Gulmann, C. (1980). «Methods of Interpretation of the European Court of Justice», Scandinavian Studies in Law, (24), 189-204.
Guzmán Brito, A. (2000). Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra.
Guzmán Brito, A. (2011). Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes, Madrid, Iustel.
Hägerström, A. (1953). Inquiries into Law and Morals, K. Olivecrona (ed.), Uppsala, Almqvist & Wiksell.
Hart, H.L.A. (1957). «Positivism and the Separation of Law and Morals», Harvard Law Review, (71), 593-629. https://doi.org/10.2307/1338225
Hart, H.L.A. (1961). The Concept of Law, Oxford, Oxford U.P.
Heck, Ph. (1914). «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», Archiv für die civilistische Praxis, Bd. H1, (112), 491-511.
Hegenbarth, R. (1982). Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, Dargestellt am Beispiel der Lehre vom Wortlaut als Grenze des Auslegung, Königstein, Athenäum.
Jonasco T.R. (1977). «De la volonté dans la formation des contrats», en Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, II, cit. 368-379.
Kohler, J. (1886). «Über die Interpretation von Gesetzen», en Zeitschrift für das Privat– und Öffentliche Recht der Gegenwart, Grünhuts Zeitschrift, (13), 1-61.
Lacruz Berdejo, J.L. (1998). Elementos de derecho civil, Parte general, vol. I, Introducción, edición actualizada de J. Delgado Echeverría, Madrid, Dykinson.
Larenz, K. (2001). Metodología de la ciencia del derecho, Barcelona, Ariel.
Lifante Vidal, I. (2018). Interpretación y argumentación jurídica, Valencia, Tirant lo Blanch.

Laurent, F. (1869): Principes de droit civil, Paris, A. Durant & P. Lauriel.
Laurent, F. (1923). Cours élémentaire du droit civil, Paris, Nabu Press.
Leonhard, F (1922). «Die Auslegung der Rechtsgeschäfte», AcP, 120 (1922), 14-58.
López y López, A. (1978). Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, compilación de M. Albadalejo, Vol. XVII-2, Madrid, Edersa.
MacCormick, N. y Bankowski, Z. (1991). «Statutory Interpretation in the United Kingdom», en Interpreting Statutes, cit., 359-406
Marmor, A. (2001). Interpretación y teoría del derecho, Barcelona, Gedisa.
O'Callaghan Muñoz, X. (2022). Código civil con comentarios y jurisprudencia, Madrid, La Ley.
Olivecrona, K. (1971). Law as Fact, London, Sweet & Maxwell.
Oppo, G. (1943). Profile dell'interpretazione oggettiva del negocio giuridico, Bolonia, Zanichelli.
Peczenik, A. y Bergholz, 1991. «Statutory Interpretation in Sweden», en Interpreting Statutes, cit., 311-358
Pérez Álvarez, M.A. (1994). Interpretación y jurisprudencia: estudio del artículo 3.1 del Código civil, Pamplona, Aranzadi.
Portalis, J.E.M. (2004). Discours préliminaire du premier projet de Code civil, Bordeaux, Editions Confluences,
Proudhon, M. (1809). Cours de droit français, Dijon.
Radin, M. (1930). «Statutory Interpretation», Harvard Law Review, (43), 863-885. https://doi.org/10.2307/1330769
Radbruch, G. (1977). «Arten der Interpretation»; cito por la traducción de Jean Spach «Modes d'Interprétation», en Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, I, cit. 217-226.
Raz, J. (2013). Entre la autoridad y la interpretación, Madrid, Marcial Pons.
Rodríguez-Toubes, J.L. (2014). «Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)», Anuario de Filosofía del Derecho, (30), 309-339.
Ross, Alf (1999): Teoría de las fuentes del derecho, Madrid, CEPYC.
Saleilles, R. (1919): «Préface á Gény», cit., xiii-xxiv,
Savigny, F.K. (1940). System des heutigen römischen Rechts, I, Berlin.
Scalia, A. (1997). A Matter of Interpretation, Princeton, Princeton UP, 1997.
Schmidt, F. (1960). «Model, intention, fault. Three canons for interpretation of contracts», Scandinavian Studies in Law, (4), 179-207,
Schmidt, F. (1976): Facklig arbetsträtt, Stockholm, P.A. Nordstedt & Söners Förlag.
Suavel, T. (1958). Le Tribunal de Cassation de 1791 à 1795, Conseil D'État, Études et documentes du Conseil d'État, Paris.
Summers, R.S. (1991). «Statutory Interpretation in the United States», en Interpreting Statutes, cit., 407-450.
Thibaut, A.F.J. (1807): Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts, Altona, hr. Johann Friedrich Hammerich
Troper, M. – Grzegorczyk, C. – Gardies, J.L. (1991). «Statutory Interpretation in France», en Interpreting Statutes, cit., 171-211.
Vattier Fuenzalida, C. (1987). «La interpretación integradora del contrato en el Código Civil», Anuario de Derecho Civil, (40), 495-524.

Wächter, K.G. von (1835). Abhandlungen aus dem Strafrechte, Leipzig, Widmann'sche Buchhandlung.
Windscheitdt, B. (1891). Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt am Main, 1891.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 313-347
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.12

El principio de publicidad y la publicidad de los principios

The Principle of Publicity and the Publicity of Principles

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

Autor:
Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz
Universidade de Santiago de Compostela, España
joaquin.rodriguez-toubes@usc.es
https://orcid.org/0000-0003-0969-8647

Recibido: 14/11/2022
Aceptado: 15/1/2023

Citar como:
Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín (2023). El principio de publicidad y la publicidad de los principios. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 313-347. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.12

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

Resumen

El artículo discute cómo pueden ser fuente del derecho español los principios generales del derecho, según dice el artículo 1.1 del Código Civil, cuando el artículo 9.3 de la Constitución española garantiza la publicidad de las normas. La primera parte del artículo concreta el problema examinando la noción de principios generales del derecho, en especial su naturaleza normativa y sus modalidades implícitas, así como el significado de la garantía de publicidad de las normas y su aplicación a los principios implícitos. La segunda parte expone y evalúa cinco argumentos para responder la pregunta inicial: el argumento del error, según el cual no hay normas jurídicas implícitas; el argumento de la publicidad jurisprudencial, según el cual los principios generales del derecho implícitos son normas jurídicas válidas cuando las resoluciones judiciales los aplican y hacen públicos; el argumento de la publicidad material, según el cual los principios implícitos son normas jurídicas válidas cuando son públicos y notorios; el argumento de la excepción, según el cual el artículo 9.3 de la Constitución española no afecta a las normas implícitas; y el argumento de la regla de reconocimiento, según el cual los principios implícitos son normas jurídicas válidas cuando así lo creen en la práctica los operadores jurídicos. La conclusión es que el último argumento describe y explica mejor que los demás la realidad jurídica española en lo concerniente a los principios generales del derecho implícitos, donde es común entre los juristas aceptar las dos creencias en conflicto que suscitan la pregunta inicial.

Palabras clave: principios implícitos; fuentes del derecho; publicidad de las normas

Abstract

The article discusses how general principles of law can be a source of Spanish law, according to Article 1.1 of the Civil Code, when Article 9.3 of the Spanish Constitution guarantees the publicity of norms. The first part of the article clarifies the problem by examining the notion of general principles of law, in particular their normative nature and their implicit modalities. The second part states and evaluates five arguments to answer the initial question: the argument of error, according to which there are no implicit legal rules; the argument of jurisprudential publicity, according to which implicit general principles of law are valid legal rules when they are applied and made public by judicial decisions; the argument of material publicity, according to which implicit principles are valid legal rules when they are public and notorious; the argument of exception, according to which Article 9.3 of the Spanish Constitution does not affect implicit norms; and the argument of the rule of recognition, according to which implicit principles are valid legal rules when they are actually believed to be so by legal operators. The conclusion is that the last argument describes and explains better than the others the Spanish legal reality concerning implicit general principles of law, where it is common among jurists to accept the two conflicting beliefs that raise the initial question.

Keywords: implicit principles; sources of law; publicity of norms

1. INTRODUCCIÓN[1]

El objeto de este trabajo es discutir un problema en la teoría de las fuentes del derecho español, una especie de paradoja, que se resume en esta pregunta: ¿Cómo pueden ser fuente del derecho español los principios generales del derecho, según dice el artículo 1.1 del Código Civil, cuando el artículo 9.3 de la Constitución española garantiza la publicidad de las normas? Esta pregunta contiene términos interpretables y requiere aclaraciones, por lo que la primera parte del trabajo está dedicada a precisar el problema teórico y mostrar su dificultad e interés. En la segunda parte, discutiré algunas respuestas al problema y defenderé una de ellas.

El problema que quiero desarrollar es más teórico que práctico: afecta a cómo entienden el derecho y sus fuentes quienes operan en el ordenamiento jurídico español, y no a su efectiva aplicación. Porque es patente que en la práctica jurídica española no plantea ningún problema o inquietud la aplicación del principio de publicidad de las normas a los principios generales del derecho (en adelante, PGD). Al argumentar y decidir sobre el derecho aplicable a los casos, los jueces y otros juristas españoles invocan y aplican a menudo principios sin considerar necesario que hayan sido enunciados en una publicación oficial, pero no por ello ven conflicto con la garantía constitucional de publicidad de las normas. No hay aquí un problema práctico para los operadores jurídicos, pero sí hay un problema teórico. Porque es inconsistente aceptar que la publicidad es requisito de la validez jurídica de las normas por exigirla la Constitución y a la vez que los PGD son fuente de normas jurídicas implícitas.

1. Trabajo del Proyecto de investigación PID2019-105841RB-C22, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Los juristas españoles asumen típicamente que la Constitución española (en adelante, CE) tiene autoridad normativa supralegal para establecer requisitos de validez jurídica en el ordenamiento español, de manera que las normas que incumplan tales requisitos no son fuentes del derecho español aunque una ley declare otra cosa. Según esto, la garantía expresa en el artículo 9.3 CE es una norma vigente del ordenamiento español en virtud de la cual en éste las normas han de tener publicidad para ser derecho. Sin embargo, de la jurisprudencia, de la doctrina y del ejercicio del derecho se desprende que también es típico entre los juristas creer que el derecho contiene normas que no han sido publicadas. En efecto, creen que entre las fuentes del derecho español hay PGD, como afirma el artículo 1.1. del Código Civil (en adelante, CC): «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Y sostienen que algunos de estos PGD son fuente de normas implícitas, carentes de publicidad mientras no las incorpora una disposición o las aplica una resolución judicial. Quienes tengan ambas creencias y se planteen el conflicto entre ellas experimentarán una disonancia cognitiva[2]. Intuirán que tienen dos convicciones incompatibles y procurarán evitar la contradicción dándole una solución rápida y negándole importancia. De hecho no conozco ningún estudio que dé importancia al problema y sospecho que la actitud de pasarlo por alto seguirá siendo habitual, porque es la respuesta más fácil a la disonancia.

2. EL PROBLEMA

Para concretar el problema presentado haré unas precisiones sobre los PGD y su condición de normas (§2.1) y sobre el significado de la garantía constitucional de publicidad (§2.2).

2.1. La naturaleza normativa de los principios

El concepto de *principio* ha sido muy discutido por la teoría jurídica y ha protagonizado numerosas controversias. Entre los juristas españoles la noción de PGD es bien conocida, pues constaba ya en el artículo 6 *in fine* del Código Civil de 1889: «Cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho». Desde la reforma del Código Civil de 1973, los PGD se mencionan en su artículo 1 como fuentes del ordenamiento jurídico español que «se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio

2. En Psicología se conoce por disonancia cognitiva o cognoscitiva, desde que Festinger (1957) acuñó la expresión, la inconsistencia entre las creencias de un sujeto que este no consigue resolver o racionalizar y que, por causarle incomodidad, le motivan a tratar de reducirla y a evitar situaciones e información que la aumenten.

de su carácter informador del ordenamiento jurídico». Esta condición de fuente del derecho no suele ser cuestionada, pero plantea al menos el problema que discute este trabajo. Para abordarlo examinaré primero cómo encajan los principios entre las normas (§2.1.1), y después la posibilidad de que las normas basadas en principios sean implícitas y no explícitas (§2.1.2).

2.1.1. Los principios como normas

Aunque muchos juristas parecen asumir que los principios son un tipo de normas y que los PGD son normas jurídicas, hay disparidad de fondo en cómo se conciben las normas y en qué características peculiares se atribuyen a los principios. Si ya Hart (1961) renunció a definir el derecho como una clase de normas porque la noción de norma apenas añade precisión a la de derecho, definir los principios como una clase de normas conduce a otro estancamiento. Con todo, el análisis del propio Hart sobre la idea de norma es útil como base conceptual inicial. Según Hart (1961), las normas son fundamentalmente pautas para guiar y evaluar las conductas que al menos algunos sujetos aceptan como tales pautas de conducta. Las normas motivan conductas externas, pero se caracterizan sobre todo por su *aspecto interno*, consistente en que son aceptadas y aportan razones para actuar y evaluar. Como las han presentado después Raz (1990, 2009) y otros, las normas son razones para la acción. Se acepta que los principios son normas en cuanto que son también pautas para guiar y evaluar la conducta que algunos sujetos interiorizan como razones para la acción[3].

Son normas jurídicas las normas que se tienen por válidas en algún ordenamiento jurídico, y según la opinión general incluyen principios. Ahora bien, la expresión «norma jurídica» es doblemente ambigua (Hernández Marín, 1998a, p. 58). Puede referir a entidades fácticas, tales como los enunciados legales o las prácticas consuetudinarias, o a entidades abstractas o ideales, tales como ideas normativas o prescripciones. Y puede referir a entidades individuales, como un precepto, o a conjuntos de entidades, como el Código Civil. Dado que la noción «norma jurídica» se emplea en todos esos sentidos, es fácil generar malentendidos y equivocarse de discusión. No obstante, lo que se predica de un sentido de «norma jurídica» con frecuencia también es aplicable a otros. A mi juicio así ocurre en el artículo 9.3 CE, donde «las normas» cuya publicidad se garantiza son textos legales que enuncian varios preceptos y también los preceptos individuales y las prescripciones jurídicas. Por eso el artículo 9.3 CE plantea un problema a los PGD cualquiera que sea la acepción de «norma» que les atribuyamos.

3. Cabría objetar que la concepción funcional de las normas como pautas y razones para la acción se ajusta a su paradigma o prototipo, las prescripciones, pero describe peor otras modalidades normativas, como las reglas técnicas o las reglas constitutivas. Pero aquí no tenemos que ocuparnos de esto, pues se asume generalmente que los principios son prescripciones y por tanto están en el prototipo de las guías y razones para la acción.

Sin perjuicio de los reparos que discutiré (§3.1), creo que los juristas suelen concebir las normas jurídicas como entidades lingüísticas abstractas[4]. Son percibidas como el significado prescriptivo que transmiten o expresan las oraciones normativas. No son los actos de voluntad normativos (como la promulgación de leyes), ni lo que estos emiten (las leyes, en el ejemplo), sino el significado o sentido prescriptivo abstracto de esos actos o emisiones. Y son entidades lingüísticas porque necesitan algún tipo de formulación, aunque solo sea en el pensamiento[5]. Esta concepción abstracta de las normas la teorizó Kelsen al definir la norma como «el sentido de un querer, de un acto de voluntad», que en el caso de los mandatos «es el sentido de un acto que se dirige a la conducta de otro, un acto cuyo sentido es que otro (u otros) debe (o deben) comportarse de un modo determinado» (Kelsen, 2018, p. 34). Y es también la concepción que desarrolla Tarello al distinguir entre norma y disposición: «La norma "es" el significado de un segmento del lenguaje en función prescriptiva, enunciado por un documento lingüístico y promulgado observando ciertas fórmulas (ley, sentencia) o bien expresando (quizá con formas específicas de publicidad) un cierto tipo de prácticas (costumbres)» (Tarello, 1966, p. 353, trad. 2011, p. 118). Aunque las nociones de norma de Kelsen y Tarello difieren, porque el sentido del acto normativo puede no coincidir con el significado de su producto, lo que nos interesa aquí es que en ambas la norma es un objeto abstracto; y así es como creo que los juristas suelen entender las normas, conscientemente o no.

La concepción abstracta de las normas explica la distinción terminológica teórica entre fuentes del derecho y derecho. Cuando el artículo 1.1 CC habla de la ley como «fuente del derecho» da a entender que la ley no es derecho, sino que de ella emana derecho. Aunque la expresión «fuente del derecho» solo es una metáfora, es razonable atribuir ese modo de hablar a que los juristas conciben el derecho como un producto abstracto de factores concretos como la ley, diferenciando ambos tipos de entidades. Y si con frecuencia se habla de la ley como derecho, es por una metonimia entre el derecho y su causa, que acaba por confundirlos. Según esto, aunque se dice que la Constitución y las leyes son normas, en el fondo se piensa que las normas son los significados prescriptivos de (los enunciados de) la Constitución y de las leyes, y así lo capta la teoría jurídica. Ahora bien, esta explicación es menos intuitiva cuando la

4. No sigo la distinción entre entidades (factuales) *lingüísticas* y entidades (ideales) *semánticas* (Hernández Marín, 1998a, p. 43), porque creo que las normas tienen naturaleza abstracta pragmática además de semántica.

5. En cuanto guía de conducta, una norma requiere una formulación prescriptiva capaz de ser seguida. Una actitud, un ideal o un valor no son propiamente normas. Las normas pueden ser enunciadas, pero no es necesario: hay normas solo ideadas, formuladas en el pensamiento. Pero incluso una vez enunciada, la norma es una entidad abstracta: es la prescripción y no la emisión lingüística. Naturalmente, estas ideas son especulativas y discutibles. Hay quien identifica las normas jurídicas con enunciados (Hernández Marín, 1998a), lo cual excluye los principios implícitos (§3.1). Inversamente, cabe oponer que hay normas sin formulación lingüística, como hace la concepción pragmatista de las normas implícitas en prácticas (Brandom, 1994, p. 21). De hecho, hay juristas para quienes las creencias sociales y morales ya son principios (Arce y Flórez-Valdés, 1990, p. 76; Díez-Picazo, 1993, p. 218). Pero es más común distinguir los principios (prescripciones, normas) de los valores (ideas sobre fines).

fuente del derecho son PGD que cuando son leyes o costumbres. Estas últimas tienen manifestación explícita en textos promulgados y prácticas sociales, mientras que los PGD pueden ser implícitos y las normas procedentes de ellos son el sentido abstracto de entidades abstractas. Por eso si ya es frecuente hablar de la ley o la costumbre como normas, dando al producto el nombre de su fuente, lo es más hablar de los PGD como normas[6]. Aunque cabe diferenciar teóricamente entre los PGD como fuente del derecho y como derecho, la distinción no tiene importancia práctica. En este trabajo procuro tenerla presente, pero la confusión es inofensiva y no hay que evitarla.

Los PGD son considerados habitualmente normas de un tipo especial por su estructura. No es pacífico cuál es esta estructura peculiar, pero el punto de vista estándar es posiblemente el teorizado por Atienza y Ruiz Manero (1996, p. 7 y ss.)[7]. Como es sabido, las normas se estructuran típicamente combinando un supuesto fáctico o caso con la consecuencia que debe darse en ese supuesto, de manera que el caso opera como condición de aplicación de la consecuencia, la cual puede ser una conducta o un estado de cosas[8]. Pues bien, los principios se caracterizan por tener un supuesto de hecho impreciso o abierto, lo cual los distingue de otras normas, habitualmente llamadas «reglas», cuyo supuesto de hecho es preciso o cerrado. Como la propiedad de ser o no un supuesto de hecho impreciso o abierto es a su vez imprecisa, la demarcación entre principios y reglas no es nítida sino gradual; pero es teóricamente plausible y útil. Por ejemplo, es un principio una norma enunciada así: «Al interpretar y aplicar las normas jurídicas que afectan a un menor de edad, debe prevalecer el interés del menor»; porque la condición que activa la consecuencia jurídica es muy abierta: cuandoquiera que se interpreten y apliquen normas jurídicas que afecten a un menor. Por el contrario, «Los menores de edad no emancipados no pueden contraer matrimonio» enuncia una regla, porque la consecuencia jurídica (la prohibición de contraer matrimonio y la nulidad del intento) está asociada a una condición bien definida: que los contrayentes sean menores edad no emancipados. Las condiciones cerradas especifican (sin perjuicio de la eventual vaguedad) las excepciones aplicables, mientras que las condiciones abiertas están expuestas a excepciones imprevistas[9].

6. La doctrina española presenta los PGD a la vez como ideas y normas; juicios de valor sociales y contenidos implícitos en las leyes y también derecho aplicable; fundamentos del orden jurídico que lo armonizan e integran y parte integrante de este. Ver, entre otros, Díez-Picazo (1993, p. 219), Arce (1990, p. 55) o Gordillo (1990, p. 20). Esta complejidad explica que se llame PGD tanto a fuentes del derecho como a normas jurídicas. Por un lado, son normas (o ideas normativas) coherentes con la legislación o presentes en la sociedad que operan como fuentes del derecho. Por otro lado, son derecho en cuanto normas que concretan esas fuentes y son aplicables a casos.
7. Los siguen, por ejemplo Beladiez Rojo (1994) y Tardío Pato (2011).
8. Como toda norma se puede reformular de manera que tenga una condición y una consecuencia, no es viable atribuir a los principios la propiedad distintiva de carecer de esta estructura (Ávila, 2011, p. 59).
9. La diferencia entre condición abierta y cerrada no es la determinación o precisión semántica, pues hay reglas con condiciones semánticamente indeterminadas, sino la configuración del conjunto de casos que sirven de supuesto, como explican Atienza y Ruiz Manero (1996, p. 32).

Es más discutible si es también distintivo de los principios la apertura de la conducta o estado de cosas que prescriben como consecuencia. Según la influyente teoría de Alexy (1993), los principios jurídicos son «mandatos de optimización» que obligan a perseguir cierto fin todo lo que sea posible en las circunstancias jurídicas y fácticas dadas. Según esto, los principios no prescriben una conducta o un resultado específicos, como las reglas, sino una conducta genérica favorable a un resultado cuando no haya mejores razones para otra diferente[10]. Algunos teóricos rechazan este enfoque tanto por razones morales y políticas como descriptivas (García Amado, 2017, p. 70 y ss.). Objetan que los principios, correctamente interpretados, pueden dar lugar a obligaciones específicas igual que las reglas; y que asumir esto –en vez de dejar su aplicación al albur de una ponderación con otros principios– es una exigencia de los estados de derecho y además lo habitual en la práctica jurisdiccional. Así, cuando el artículo 18.1 CE «garantiza el derecho al honor», establece una prohibición de dañar el honor y no un mandato de promoverlo en lo posible. Con todo, me parece claro que algunos principios funcionan efectivamente como mandatos de optimización. Por ejemplo, la norma contenida en el artículo 40 CE («Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico […]»), que obliga a hacer lo posible para que haya progreso social y económico.

Ante la circunstancia de que unos principios funcionan como mandatos específicos y otros como mandatos de optimización, teóricos como Atienza y Ruiz Manero (1996) optan por distinguir entre *principios en sentido estricto* (cuyas consecuencias jurídicas son cerradas) y *directrices* (cuyas consecuencias jurídicas son abiertas). El inconveniente de esta solución es que algunos principios combinan ambos mandatos: son bivalentes. Así ocurre con los principios constitucionales que protegen derechos fundamentales. Son mandatos de optimización porque prescriben promover todo lo posible el fin que justifica el derecho (tienen *fuerza expansiva*, se dice). Al mismo tiempo, son mandatos específicos que garantizan a los titulares del derecho un nivel mínimo de protección frente a todos, incluido el legislador[11]. En definitiva, hay principios que son mandatos de optimización y además imponen conductas traducibles en reglas. Por otra parte, el carácter abierto o cerrado de la condición o de la consecuencia de una norma dependen de cómo se interprete el enunciado que la dispone; y a veces un mismo enunciado normativo se puede reconstruir indistintamente como principio o como regla. Pero las interpretaciones no suelen ser equivalentes y hay enunciados cuya norma se entiende

10. Según otra versión, los principios establecen fines, mientras que las normas establecen obligaciones, permisos y prohibiciones (Ávila, 2011, p. 64).
11. Este nivel es el umbral de satisfacción del principio, pues solo se respeta el principio cuando no se invade ese umbral, que es por ello una barrera a la ponderación (Rodríguez-Toubes, 2000). Así, el artículo 18.1 CE dispone el honor como un valor constitucional y su protección como un fin de las políticas públicas, pero también lo garantiza como un derecho con un «contenido esencial» inmune al efecto de otros principios.

más naturalmente como principio, otros como regla y otros como un combinado bivalente de ambas[12].

2.1.2. La publicidad de los principios jurídicos

Una vez visto qué tipo de norma son los PGD, debemos tratar la posibilidad de que sean implícitos y carezcan de publicidad, desafiando la garantía constitucional de publicidad de las normas. En la doctrina es ya común distinguir entre principios jurídicos explícitos, implícitos y extrasistémicos (o extrasistemáticos)[13]. Son principios explícitos o positivos los formulados expresamente en las disposiciones normativas y los enunciados jurisprudenciales que forman el ordenamiento jurídico positivo[14]. Son principios implícitos los que se infieren de las normas positivas del ordenamiento jurídico. Y son principios extrasistémicos los que supuestamente fundamentan el ordenamiento

12. Por ejemplo, en hipótesis el artículo 40 CE puede hacer un mandato específico aplicable por subsunción: *Cualquier poder público capaz de promover condiciones favorables para el progreso social y económico, debe hacerlo (en vez de no hacerlo)*. Sin embargo, interpretarlo así es forzado, pues no impone una conducta concreta en un caso indefinido, sino que indica un objetivo de las políticas públicas. En cambio, el principio *in dubio pro reo* es aplicable cuandoquiera que la interpretación de un hecho con relevancia penal es dudosa y puede beneficiar o perjudicar al acusado (una condición de aplicación indefinida), pero su consecuencia jurídica no es el mandato de procurar un fin, sino un deber específico: escoger la opción interpretativa que beneficia al acusado.

    Considérese este otro ejemplo: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional» (artículo 19 CE). Este precepto puede ser reconstruido como normas diversas por sus condiciones y consecuencias, asumiendo en todo caso que no permite a los españoles residir y circular libremente por el territorio nacional, pues hay zonas vedadas lícitamente. Una interpretación podría ser: *Si alguien tiene nacionalidad española y pretende residir o circular en una zona del territorio español no vedada lícitamente, todos tienen la obligación de permitirlo*. Esta norma es un principio con supuesto de hecho abierto (expuesta a excepciones indefinidas, como que la pretensión de residir o de circular afecte a un derecho legítimo ajeno) y consecuencia cerrada (la obligación universal de tolerar la pretensión). Una segunda interpretación podría ser: *Quien tenga nacionalidad española tiene permiso para residir y circular en una zona del territorio español no vedada lícitamente*. Esta norma sería una regla dado que su condición está bien perfilada: que haya alguien con nacionalidad española. Pero no sería una buena interpretación del artículo 19 CE, porque este proclama un derecho y no solo una libertad o permiso, y comporta un deber general de respeto. Y cabe otra interpretación: *Los poderes públicos españoles competentes para facilitar que quien tenga nacionalidad española pueda residir o circular libremente en una zona del territorio español no vedada lícitamente, están obligados a procurarlo en lo posible*. La norma sería un mandato de optimización; y a mi juicio también es parte del contenido del artículo 19 CE.
13. La clasificación se remonta a Wróblewski (1989, p. 153 y ss.), la concreta Prieto Sanchís (1992, p. 134) y la adoptan García Figueroa (1998, p. 49 y ss.) y otros.
14. En la legislación española abundan los principios explícitos, y la técnica legislativa tiende a introducirlos en número creciente. Por ejemplo, recientemente la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, introdujo nuevos principios en esta ley, que ya incluía varias decenas, como «el principio de investigación e innovación responsable» (artículo 2.l) o «los principios de gestión correcta, transparente y eficaz» (artículo 15.1.i). También las sentencias y los autos de jueces y tribunales y del Tribunal Constitucional enuncian principios que pueden funcionar como normas jurídicas.

jurídico y contribuyen a su contenido sin estar explícitos ni implícitos en sus enunciados normativos positivos. El conflicto con la garantía de publicidad de las normas se suscita especialmente con los principios implícitos. Un principio explícito no plantea problemas especiales porque tiene la publicidad y la validez que tenga la disposición legislativa o la resolución judicial o del Tribunal Constitucional que lo enuncia. Los principios extrasistémicos carecen de publicidad, pero su naturaleza jurídica es polémica y no son un desafío para quienes se la niegan. La doctrina española incluye en la noción de PGD implícitos tanto las ideas sociales que fundamentan el ordenamiento jurídico positivo como las normas que se fundamentan en él y se infieren de él, pero son estas últimas las que suelen tomarse como fuente del derecho en la práctica y las que chocan con el artículo 9.3 CE.

Los PGD se entienden comúnmente como principios implícitos en las fuentes del derecho explícitas[15]. Buena parte de los principios jurídicos invocados por los tribunales y juristas españoles vienen de la tradición romanista (Reinoso, 1987), presumiblemente porque sintetizan una regulación vigente de base romana. Los PGD implícitos se infieren del derecho positivo por varias vías. La vía paradigmática es la inducción a partir de preceptos específicos, sintetizando en una norma la razón que subyace a uno o varios preceptos[16]. Un ejemplo es el «principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto o sin causa en daño de otro», llamado así por el Tribunal Supremo, Sala Primera (STS, 1.ª), en su Sentencia de 25.11.1985, según la cual dicha Sala lo acogió «tomándolo del Derecho Natural o de la tradición romana». Como afirmó la STS,

15. Sirva como ejemplo lo que afirmó el presidente del Tribunal Constitucional en su voto particular a la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021, que declaró nulos algunos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, respecto de una de las cuestiones suscitadas en el recurso de inconstitucionalidad: «La respuesta, en mi opinión, está en el principio de proporcionalidad como emanación de la vigencia del artículo 19 CE». Este «principio de proporcionalidad» capaz de resolver el recurso *emana* del artículo 19 CE por estar implícito en él.

16. Lo resume bien Guastini (1999, p. 41): «Los principios no expresos son el fruto […] de integración del derecho por obra de los intérpretes. Los operadores jurídicos los obtienen a veces de normas singulares, otras de grupos más o menos amplios de normas, en ocasiones del ordenamiento jurídico en su conjunto». Alonso (2018, p. 230 y ss.) distingue tres procedimientos para obtener por inducción o generalización principios implícitos en un conjunto (típicamente incompleto) de normas: el falsacionismo, la inducción probabilística y la abducción. Con ellos se acepta, respectivamente, la generalización confirmada mientras no sea refutada, la que es más probable que se confirme o la que explica mejor los casos originales. Alonso defiende la abducción como método más adecuado para generalizar normas, porque gestiona mejor que el resto los casos anómalos o excepcionales debidos a sobreinclusión o infrainclusión de las reglas. En todo caso, también se puede generalizar un principio a partir de una única norma, como se hace al identificar la razón de ser de un precepto para aplicarlo a supuestos análogos a los que regula. Por eso se ha dicho que «el procedimiento que da vida a los principios implícitos es el propio de la analogía»; y que si bien formular principios implícitos (*analogía iuris*) supone más generalización y tiene más proyección que establecer una analogía específica (*analogía legis*), la mecánica es muy similar (Prieto Sanchís, 1992, p. 142). Así, de la regla que obliga a responder por los daños causados por humos excesivos nocivos (artículo 1908 CC) se extrae un principio general de responsabilidad por daños causados por emisiones nocivas.

1.ª, 195/2003, de 28.02.2003, «éste es un principio general del Derecho, no recogido expresamente por ninguna norma positiva, aunque sí por la jurisprudencia»[17]. Otra vía para obtener PGD implícitos es deducirlos de otros principios aún más generales, explícitos o no. La deducción puede ser lógica o, con más frecuencia, una especificación informal en la que hay cierta construcción del intérprete. Así ha ocurrido al especificar el principio de tutela judicial efectiva explícito en el artículo 24 CE, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 223/2015, de 2 de noviembre, según la cual, «aunque no se encuentre expresamente enunciada en el art. 24 CE», la prohibición de la *reformatio in peius* «representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos». Y pienso que otra vía para obtener PGD implícitos es la presuposición pragmática (Stalnaker, 1999), pues los principios explícitos prescriben implícitamente los principios que hay que aceptar para afirmar aquéllos. Por ejemplo, a mi juicio la garantía de publicidad de las normas del artículo 9.3 CE presupone un principio de primacía normativa de la Constitución, pues sin él esta no podría dar esa garantía.

2.2. El principio de publicidad de las normas

El problema de hacer compatibles la garantía de «publicidad de las normas» y la aceptación generalizada de que hay principios implícitos que son (fuente del) derecho depende en parte de cómo entendamos las palabras «publicidad» y «normas» en el artículo 9.3 CE.

Hay dos maneras básicas de entender que las normas han de ser públicas para sus destinatarios: como difusión efectiva y como publicación en algún soporte material

17. Que este principio es una norma jurídica lo pone de manifiesto la STS, 1.ª, 584/2003 de 17.06.2003, que lo aplicó para atribuir una indemnización al miembro superviviente de una pareja de hecho con cargo a la herencia del miembro difunto, ante la «falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión "more uxorio"». Los herederos negaban tener un deber legal de indemnizar –precisamente por no haber norma positiva que lo impusiese– y la Audiencia Provincial les había dado la razón, pero el Tribunal Supremo casó la sentencia con base en el principio formulado anteriormente por el propio tribunal.

Otro ejemplo del vigor normativo del principio de [reparación del] enriquecimiento injusto lo brindan tres SSTS, 3.ª, de 15.04.2002, que lo aplicaron para confirmar que la devolución del anticipo de una ayuda para exportar aceites por incumplir su finalidad debía incluir los intereses, pese a que ninguna disposición vigente los exigía. Dicen estas SSTS (FJ 4.º): «Los principios generales del derecho forman parte del ordenamiento jurídico español, en general (art. 1.1 y 1.4 CC) y muy especialmente del ordenamiento jurídico administrativo»; si bien «la admisión, entre nosotros, de la figura enriquecimiento injusto, tanto en lo que respecta a su construcción como a sus requisitos y consecuencias, es obra de la jurisprudencia civil»; de modo que «el que "ratio decidendi" de la sentencia sea la aplicación del enriquecimiento injusto no puede ser contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica (arts. 9.3 y 103 CE) […], puesto que dicha figura, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo». Estas tres sentencias las cita Tardío Pato (2011, pp. 19-23) como modélicas.

accesible y fiable, en particular un boletín oficial. Podemos llamar publicidad *material* a la primera y *formal* a la segunda. Es dudoso qué acepción usa el artículo 9.3 CE, pero la segunda es más plausible porque es inviable que la Constitución pueda garantizar la publicidad material de las normas jurídicas necesarias en el Estado español, y en cambio es fácil que pueda garantizar su publicidad formal: basta con negar validez jurídica a las normas no publicadas. Por eso los tratamientos doctrinales de la publicidad de las normas suelen estar enfocados hacia la publicidad formal, si bien a veces la consideran una condición necesaria pero no suficiente[18]. Con todo, también cabe interpretar que el artículo 9.3 CE exige a las normas jurídicas un mínimo de publicidad del tipo que corresponda a sus características propias. Así, mientras que las normas enunciadas por escrito pueden y deben tener publicidad formal en un documento oficial, a las normas consuetudinarias les basta la publicidad material. En ese caso, las normas implícitas basadas en PGD podrían cumplir la condición de publicidad si son suficientemente notorias, un argumento que examinaré luego (§3.3).

La STC 179/1989, de 2 de noviembre, afirmó que los destinatarios de las normas han de tener «una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento». Pero, ¿qué instrumento de difusión general da a conocer los PGD implícitos? Aparte de las dificultades materiales para conocer las normas contenidas en PGD por causa de la indeterminación de su contenido, cuando son normas implícitas se añade como dificultad la ausencia de publicidad formal. Algunos PGD se publican con las sentencias que los formulan, pero a menudo estas los aplican considerándolos fuentes del derecho ya antes de ser públicos. ¿Cómo puede haber principios no publicados que se aportan y aplican como fuentes del derecho, si el artículo 9.3 CE garantiza la publicidad de las normas?[19]

18. Por ejemplo, escribe Jerez Delgado (2005, pp. 766-767): «La publicación de las normas en el "Boletín Oficial del Estado" [o demás periódicos oficiales] es un presupuesto de eficacia jurídica, sin el cual no entrarán en vigor (art. 2 CC)». Pero más adelante añade: «El imperativo constitucional de publicidad de las normas no debe entenderse c*omo sinónimo de publicación* en periódicos oficiales, sino como veto al *carácter oculto* de las normas» (p. 776). Esta advertencia puede significar que el artículo 9.3 CE también exige la difusión efectiva (publicidad material) o simplemente que las publicaciones oficiales deben ser accesibles.

19. Cabría objetar que la garantía de publicidad del artículo 9.3 CE no impone una condición de validez de las normas, sino un mandato de optimización dirigido a los poderes públicos para que procuren la publicidad en la mayor medida posible. Según esto, el artículo 9.3 CE utiliza el verbo *garantizar* con el significado de promover como hace el artículo 46 CE, según el cual los poderes públicos «garantizarán la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España», que nadie interpretaría como la obligación de introducir algún tipo de condición. Pero esta analogía es implausible, porque a diferencia de lo que sucede en el artículo 46 CE, en el artículo 9.3 CE la posibilidad de dar al verbo su significado habitual (asegurar) es sencilla, y no se justifica darle un significado extraño (promover). De hecho, la necesidad de interpretar el artículo 46 CE dando un significado inusual al verbo *garantizar* indica que la palabra no está bien elegida en este artículo. Aunque la discrepancia sobre la interpretación del artículo 9.3 CE no se resuelve diciendo cuál es más

Por otro lado, ¿a qué llama *normas* el artículo 9.3 CE? Por lo pronto, podemos suponer que se refiere a normas *jurídicas*, porque solo sobre ellas tiene competencia y alcance la Constitución. En cambio no podemos dar por hecho que se refiera a las normas como entidades lingüísticas abstractas, aunque la concepción dominante distingue el derecho de sus fuentes y concibe las normas jurídicas como sentidos de disposiciones y de prácticas (y acaso de los actos de voluntad que las crean). Porque esa concepción no tiene reflejo en la práctica terminológica y, por ejemplo, se llama «ley» indistintamente a la disposición y a la norma que resulta de ella[20]. Es inverosímil que el artículo 9.3 CE aluda a las normas diferenciándolas de las disposiciones, porque en la cultura jurídica española de 1978, como ahora, son términos intercambiables[21]. De cualquier modo no importa mucho si el artículo 9.3 CE usa «norma» como sinónimo de disposición o como entidad abstracta, porque a todos los efectos el resultado es el mismo. Si el artículo 9.3 CE exige la publicidad de las normas entendidas como significados normativos, exige igualmente que esas entidades abstractas se plasmen y hagan públicas en documentos, de manera que equivale a la exigencia de que se publiquen las disposiciones. A fin de cuentas, entonces, es indiferente si la palabra «normas» en el artículo 9.3 CE refiere entidades concretas o abstractas, porque su garantía de publicidad tiene las mismas consecuencias.

El artículo 9.3 CE también es ambivalente en cuanto a si se refiere a las normas como preceptos individuales o como los cuerpos o conjuntos que los integran, pero la exigencia de publicidad tiene un contenido parecido con ambas acepciones. Probablemente al redactar el artículo 9.3 CE se pensó en «normas» tales como leyes y reglamentos más que en sus reglas y principios específicos, pero cualquier requisito de publicidad de los conjuntos afecta a los elementos incluidos en ellos. Viceversa, exigir publicidad a las normas específicas (como las «normas relativas a los derechos fundamentales» a que se refiere el artículo 10.2 CE o las «normas para resolver los conflictos de leyes» que menciona el artículo 149.1 CE) también afecta a los cuerpos legales que las contienen. Por

plausible, defiendo que la Constitución garantiza que las normas de su competencia serán públicas porque está en condiciones de asegurarlo, lo cual solo es posible si impide que las normas sin publicidad adquieren validez jurídica.

20. Incluso autores que distinguen entre ley-fuente y ley-norma entienden por «norma» textos y no entidades abstractas. Así Santaolalla (1998, pp. 446-450) explica con la distinción por qué una ley aprobada y publicada puede dar lugar a normas válidas sin haber sido sancionada o promulgada; pero añade que la discrepancia entre la ley como fuente y como norma disminuye al utilizar medios informáticos que minimizan los errores al publicar el texto legal aprobado, con lo cual indica que no piensa en la ley-norma como significado abstracto, sino como texto vigente. También en el contexto de la distinción kelseniana fuente/norma, Centenera (2016, p. 85) afirma que «no es posible hablar de norma propiamente jurídica si falta la publicación oficial», como si el texto creado por el acto normativo fuese ya la norma, en vez de ser también fuente de la norma, la cual es según Kelsen un sentido y no un texto.
21. La palabra «norma» aparece en la Constitución indistintamente como documento (así el artículo 147.1 dice que «los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma») y como idea abstracta (así el artículo 117.3 habla de «las normas de competencia y procedimiento» que establezcan las leyes).

eso es razonable pensar que el artículo 9.3 CE usa la palabra «normas» con su polisemia tradicional y sin restringir su significado. De ser así las cosas, la garantía constitucional de publicidad afecta plenamente a los principios[22].

3. LAS RESPUESTAS

Una vez caracterizado el problema de aceptar a la vez la exigencia constitucional de publicidad de las normas y la validez jurídica de normas implícitas cuya fuente son PGD, procede ahora evaluar las posibles soluciones del problema. En concreto, consideraré cinco argumentos de respuesta, que llamaré el argumento del error, según el cual no hay normas jurídicas implícitas (§ 3.1); el argumento de la publicidad jurisprudencial, según el cual los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando las resoluciones judiciales los aplican y hacen públicos (§3.2); el argumento de la publicidad material, según el cual los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando son públicos y notorios (§3.3); el argumento de la excepción, según el cual el artículo 9.3 CE no afecta a las normas implícitas (§3.4); y el argumento de la regla de reconocimiento, según el cual los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando así lo creen los operadores jurídicos, tengan o no publicidad (§3.5). Sostendré que el último argumento describe y explica mejor la realidad jurídica española en lo concerniente a los PGD implícitos, donde es común entre los juristas aceptar las dos creencias en conflicto, mientras que los cuatro primeros argumentos eluden esta realidad sin afrontarla.

3.1. Argumento del error: no hay normas jurídicas implícitas

La respuesta más radical a la pregunta de por qué muchos juristas creen que hay principios implícitos que son normas jurídicas, siendo un requisito constitucional de ellas tener publicidad, es que están en un error, pues los principios implícitos no son normas jurídicas. Entre quienes se han ocupado de los PGD implícitos no faltan los escépticos sobre su carácter normativo. Este escepticismo ante la posibilidad de que haya PGD implícitos fuente de normas jurídicas se debe a reparos filosóficos hacia ellos por su ontología y por la amenaza que suponen al estado de derecho. En cambio no he visto que nadie los niegue por un reparo *jurídico*, alegando que los PGD implícitos no pueden ser fuente de derecho porque lo impide el artículo 9.3 CE, de manera que el artículo 1.1 CC es inconstitucional. Esta variante del argumento del error, según la cual los PGD implícitos no son normas jurídicas porque son inconstitucionales, es insólita

22. Por lo demás, los principios también pueden ser normas simples (como la que somete las obligaciones a la cláusula *rebus sic stantibus*) o compuestas (como el principio de seguridad jurídica, que según la STC 150/1990, de 4 de octubre, «es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, […]».

y no la tendré más en cuenta, pero quien la defienda tiene una solución clara y simple al problema que discute este trabajo y no experimentará disonancia cognitiva alguna.

Consideraré aquí la tesis de Hernández Marín (1998a, p. 131), que «sostiene que el Derecho se reduce al contenido de los cuerpos legales o jurídicos, que el Derecho se reduce a la ley», entendida como el conjunto de enunciados de los textos legales. Según esto, como los PGD son entidades ideales, no factuales, no son parte del derecho; en realidad no existen. Hernández Marín (1998a, p. 92) observa que los PGD son normas jurídicas y fuentes del derecho en la concepción estándar o mayoritaria, pero «nadie se atreve a ofrecer una lista exhaustiva» de ellos ni hay acuerdo sobre qué exigen. A su juicio, esta indeterminación e inconcreción de los principios postulados por los juristas se debe al error metodológico de suponer que existen igual que existe la ley, dando un salto categorial injustificable (Hernández Marín, 1998a, p. 134)[23]. Hernández Marín (2021, p. 27) advierte que en la ontología actual más sólida, dispuesta a admitir algunas entidades ideales lógicas y matemáticas, «no tienen cabida la mayoría de las entidades jurídicas ideales admitidas por la concepción estándar del Derecho: valores, principios, obligaciones, derechos subjetivos […], normas jurídicas consuetudinarias, etc.».

La concepción realista del derecho defendida por Hernández Marín, escéptica hacia los PGD, es un serio desafío a las ideas sostenidas por el común de los juristas, pero tiene problemas. Creo que yerra al reducir ser realista describiendo el derecho a describirlo como entidades reales factuales. El derecho no es un fenómeno que pueda ser definido y explicado científicamente sin contar con lo que piensan de él quienes lo experimentan. Por el contrario, es un producto social cuya naturaleza depende estrechamente de cómo lo perciben quienes lo producen. Describir el derecho no es como describir un fenómeno natural como la gravedad. Para explicar la gravedad es pertinente una teoría científica que haga caso omiso de lo que opina la gente sobre la gravedad. En cambio, para explicar el derecho es inapropiado prescindir de lo que la gente considera derecho, porque el derecho no es otra cosa que lo que la gente considera derecho. Y por lo que se percibe, en la sociedad española actual se considera derecho y norma jurídica lo que los jueces y otros operadores jurídicos identifican (por reconocerlo, no por decidirlo) como derecho y norma jurídica. Se confía y defiere la identificación del derecho al criterio de los jueces porque se asume que aplican a ello un conocimiento experto importante, al tratarse de un fenómeno complejo, que justifica prescindir de otros

23. González Lagier (1998, pp. 389-390) ha contestado la objeción realista de Hernández Marín proponiendo que la existencia y el contenido de los principios implícitos «se pueden determinar sin recurrir a postular la existencia de entidades que carezcan por completo de conexión con la realidad», sino adoptando «una concepción "inductiva" o "de abajo a arriba", para la cual los PGD son abstracciones y generalizaciones a partir de normas que sí se encuentran explicitadas en el texto de la ley»; o también basándolos en una moral social. Pero la existencia empírica del texto legal no se reproduce en los principios inducidos de él, como replicó Hernández Marín (1998b, p. 916): «los principios y las normas consuetudinarias ni son hechos, ni son reducibles a hechos». La conexión de los principios con los hechos por inducirse de ellos no basta para asimilarlos a los hechos, porque no dejan de ser entidades abstractas. Si hay principios implícitos ha de ser porque existen como entidades abstractas.

juicios de valor. Pienso que en este aspecto el derecho es un fenómeno parcialmente análogo al arte. Como el arte, es un producto humano cuya configuración y contenido depende de cómo se conciba. No hay una esencia o noción objetiva de arte que la ciencia pueda describir sin tener en cuenta la percepción no científica, y tampoco la hay de derecho, porque tanto el derecho como el arte son constructos dependientes de las contingencias de su construcción. Pero a diferencia del arte, el derecho se concibe hoy como un fenómeno institucionalizado donde el rol reconocido a las autoridades expertas para deslindarlo de otros es mucho mayor que el reconocido a los expertos en arte. La identificación del derecho está actualmente deferida o confiada a los expertos y en esto sí se parecen el derecho y la gravedad, pero a diferencia de ella, el derecho es lo que los expertos cuyo juicio se respeta, en particular los jueces, consideran que es[24].

Pues bien, mi argumento es que si se aceptan estas consideraciones es un error describir el derecho, *en contra de la concepción dominante,* como un conjunto de entidades factuales, aceptando que la mayoría de juristas y de legos lo entiende de otra manera. Si el derecho no es otra cosa que lo que se acepta generalmente como derecho, y actualmente es lo que los jueces aceptan como derecho, entonces algo es derecho si y solo si los jueces lo reconocen como tal, ya sean entidades factuales como los textos legales o ya sean entidades ideales o abstractas como los principios implícitos. Negar que existan como derecho principios que aceptan como derecho la mayoría de los jueces –y quienes delegan en ellos este juicio– es análogo a negar que exista como arte la música no interpretada (la que captan en las partituras quienes saben leerlas), sin importar lo que piensen otros. En definitiva, si la concepción del derecho dominante acepta que los principios implícitos en las leyes son fuentes del derecho, lo son. En tal caso, negar que lo sean puede justificarse *de lege ferenda*, por decirlo así, para exponer la confusión

24. La idea de que los jueces y tribunales conocen el derecho (*iura novit curia*) no solo supone aceptar que basen sus decisiones en normas no invocadas por las partes, sino también, más profundamente, que son quienes saben qué es derecho. Pero el derecho dejaría de entenderse como lo que los jueces creen que es si cundiese la desconfianza en su criterio para identificarlo. Entonces la noción de derecho se disociaría del punto de vista judicial y se disolvería en la comprensión diversa de quienes la manejan. Permítaseme otra comparación: así como consideramos *partícula elemental* lo que los físicos identifican como tal, por deferencia a un conocimiento experto que la mayoría no poseemos, en la actualidad consideramos norma jurídica lo que los jueces reconocen como tal. En consecuencia, estamos dispuestos a adaptar nuestro concepto de «partícula elemental» y de «norma jurídica» a la evolución que tengan estos conceptos en la práctica respectiva de los físicos y de los jueces. La diferencia es que una partícula elemental es lo que es con independencia de lo que se piense sobre ella, igual que ocurre con la gravedad, mientras que las normas jurídicas y el derecho son lo que se piensa sobre ellos. Por tanto, el conocimiento experto tiene consecuencias muy distintas al determinar qué es una partícula elemental o la gravedad que al determinar qué es una norma jurídica o el derecho. En el primer caso, es un conocimiento puramente técnico y descriptivo, o pretende serlo, porque los físicos no modifican su objeto de estudio al concebirlo de una u otra manera. En el segundo caso, en cambio, es un conocimiento parcialmente constitutivo, porque si bien los jueces no tienen autoridad para decidir libremente qué es o no norma jurídica y derecho (pues la deferencia al criterio judicial cuando hay que identificar el derecho está condicionada a que no sea una decisión interesada o arbitraria), sí tienen un amplio margen de maniobra y sus concepciones sobre tales objetos pueden cambiar su naturaleza.

de la concepción dominante e impulsar una concepción más sólida. En cambio, esa negación no se justifica como descripción del derecho vigente, *de lege lata*, porque este no es algo distinto de lo que la concepción dominante cree que es.

Por lo dicho, creo que como punto de vista realista sobre el derecho es más plausible la explicación de Ross, según la cual las normas jurídicas no son solo enunciados y conductas: son también un «esquema de interpretación» para comprenderlos, una «ideología» presente en jueces y otros actores jurídicos que les lleva a percibir el funcionamiento del derecho como un todo coherente y hace predecibles sus conductas (Ross, 2019, pp. 76, 126)[25]. El derecho es lo que los tribunales creen que es, no lo que el teórico postula[26]. El derecho –apunta Ross– son hechos, pero además de los textos y actos que se consideran normativos cuentan en él las experiencias subjetivas de reconocimiento de pautas sociales obligatorias. Este enfoque puede aceptar como normas jurídicas los PGD implícitos en la legislación, porque los explica como esquemas de interpretación de las pautas de conducta prescritas en ella. Aunque los principios implícitos no tienen naturaleza fáctica, su existencia se explica como hechos psicológicos que facilitan entender y predecir el derecho en acción. De hecho, al tratar la teoría de las fuentes del derecho Ross incluye entre ellas las ideas y las teorías que forman la cultura jurídica de los jueces y que les sirven de base para decidir casos cuando no les satisface la solución que les da la legislación o la costumbre (Ross, 2019, p. 115-118)[27]. Ahora bien, aunque la explicación de Ross hace posible seguir hablando de los PGD como normas jurídicas, no resuelve el problema de su falta de publicidad. Porque una ideología normativa ha de tener consistencia interna para poder servir de esquema de interpretación de los hechos jurídicos, y sin embargo la ideología dominante asume

25. «Las normas jurídicas son las ideas normativas abstractas que, empleadas como un esquema de interpretación, hacen posible asimilar el fenómeno jurídico (el derecho que funciona en el mundo real) como una red significativa de transacciones jurídicas y hacer predicciones, dentro de ciertos límites, acerca del curso que tomará el derecho cuando opera en un contexto del mundo real» (Ross, 2019, p. 76). Así, «el proceso mental mediante el cual el juez llega a un estadio donde puede basar su decisión en una regla en vez de otra no tiene lugar de manera caprichosa y arbitraria (diferente en el juez Pedro que en el juez Pablo), sino que está determinada por actitudes y nociones, por una ideología normativa común que está presente y operativa de modo uniforme entre las mentes de los jueces daneses cuando actúan como tales jueces» (Ross, 2019, p. 126). Cfr. trad. esp. (Ross, 1994, pp. 31, 72).

26. Ross (2019, p. 90) es aquí rotundo: «Cualquier intento de llegar a una doctrina de las fuentes del derecho que sea normativa en el sentido de que establezca directivas acerca de cómo deben comportarse los tribunales, en vez de establecer y describir las directivas que de hecho son seguidas por los tribunales, está condenada al fracaso; esto es, en la medida en que sea presentada como derecho científicamente válido y no meramente como un proyecto para un derecho diferente, y mejor, del territorio. Como cualquier otra teoría del derecho válido científicamente, la teoría de las fuentes del derecho es *descriptiva de normas* y no *expresiva de normas*: es una teoría acerca de normas, no una teoría en normas»

27. Ross explica que la tradición jurídica que opera como fuente del derecho, la *naturaleza de la cosa* en la terminología danesa, no debe confundirse con un derecho natural suprapositivo basado en razonamientos *a priori*, pero no es tampoco una fuente positiva y por ello refuta la explicación positivista. Pues bien, esta ideología que los jueces aceptan como *naturaleza de la cosa* del derecho, descrita por Ross como un hecho de la vida jurídica, viene a ser la misma fuente del derecho que el Código Civil español llama «principios generales del derecho».

simultáneamente que hay principios no publicados que son normas jurídicas y que no hay normas jurídicas sin publicidad. Para reconocer los PGD como ideología normativa hay que entender cómo les afecta la garantía constitucional de publicidad.

3.2. Argumento de la publicidad jurisprudencial: los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando las resoluciones judiciales los aplican y hacen públicos

Aunque la inconsistencia de aceptar que los PGD implícitos son normas jurídicas y a la vez exigir que estas tengan publicidad se evita negando que existan los PGD, como entre los juristas domina la creencia de que existen y pueden ser normas jurídicas, el problema requiere otra solución. La que seguramente muchos juristas españoles darían es que los PGD implícitos son normas jurídicas en cuanto los hace públicos una resolución judicial, pero no antes[28]. Más precisamente, llegan a ser normas jurídicas públicas en la jurisprudencia de los tribunales superiores y del Tribunal Constitucional. En términos de la distinción ya discutida (§2.1.1), los PGD son fuentes mientras están implícitos o son postulados (por abogados, por la doctrina…) y son normas jurídicas cuando toman forma aplicable en una resolución judicial.

La tesis de que los PGD son normas jurídicas que tienen su publicidad en las sentencias judiciales puede complementarse o reforzarse argumentando que la formulación judicial de principios está autorizada por el derecho. Hay varias maneras de argumentar

28. Sospecho que la tesis de que los principios implícitos son normas jurídicas solo cuando los aplican jueces y tribunales está más extendida entre los juristas españoles de lo que afirman sus escritos. A mi modo de ver, esa tesis acompaña de manera problemática a planteamientos que caracterizan los PGD como normas implícitas. Así, Rodríguez Boente (2008, p. 96 y 112) sostiene que los PGD «son siempre implícitos» y podrían obtenerse por inducción o deducción de otras normas válidas; pero no obstante añade que «son posteriores a la labor de interpretación que lleva a cabo el juez, existen desde ese momento, y no antes». La autora indica así que los PGD con estatus de normas jurídicas no son todos los que cabría inferir y formular a partir de las normas positivas, sino solo los que ha inferido (y presumiblemente publicado) algún juez o tribunal.

También Tardío Pato (2011, pp. 191 y 199), aunque defiende que los PGD son normas jurídicas frente a quienes les atribuyen una naturaleza prenormativa que solo se actualiza en norma mediante la legislación o la jurisprudencia –cita a Betti, Esser o Larenz–, enseguida afirma que una norma jurídica «*está institucionalizada*, lo que significa que existen ciertos órganos estatales, los jueces y otros órganos administrativos, encargados de aplicarlas»; y para indicar que los PGD cumplen esa condición, pone como ejemplo «que la norma principial de enriquecimiento sin causa ha sido aplicada» por órganos administrativos y judiciales. El ejemplo es ilustrativo, porque tras la tesis de que el principio existe como norma jurídica cuando es *aplicable* institucionalmente, y no cuando es *aplicado*, trasluce la necesidad de se aplique de hecho. Si la aplicación efectiva es lo que puede revelar los principios implícitos aplicables y determinar que son normas jurídicas, entonces los principios no son normas jurídicas hasta haber sido aplicados. Pero tal vez todo lo que se quiere decir es que los PGD son normas jurídicas porque son aplicables como tales *a juicio de los órganos de aplicación del derecho*. Esta interpretación es la que yo defiendo (§3.5): los PGD no son normas jurídicas porque haya instituciones encargadas de aplicarlos que en efecto los aplican, sino porque hay instituciones que se consideran obligadas a aplicarlos y por eso los aplican.

que el derecho autoriza a los jueces y tribunales a formular principios basados en las normas positivas para decidir casos que estas no resuelven o resuelven insatisfactoriamente. Un argumento es que si el derecho impide a los jueces excusarse de decidir un caso de su competencia porque no está regulado (prohibición del *non liquet*), implícitamente les autoriza a aportar su solución[29]. Otro argumento es que si el derecho permite a los jueces y tribunales en algunos contextos aplicar las normas positivas analógicamente a casos que ellas no regulan, implícitamente les autoriza a formular y aplicar los principios que justifican esa analogía[30]. Por estas y otras razones, los principios que los tribunales superiores y el Tribunal Constitucional consideran normas implícitas en el ordenamiento jurídico positivo, y publican en sus resoluciones, tienen la autoridad de normas válidas en el derecho español[31].

La solución expuesta en este apartado al desafío de la dudosa publicidad de los principios jurídicos implícitos es adecuada y suficiente para justificar la validez jurídica de los principios de construcción jurisprudencial, pero no es satisfactoria respecto de los principios *implícitos* primigenios, que siguen suscitando el desafío original. Ciertamente, cuando en la práctica jurídica se invocan y aplican normas alegando que son principios jurídicos implícitos, suele hacerse citando sentencias que los aplicaron antes. Esto hace que tiendan a percibirse como productos jurisprudenciales, en vez

29. Los jueces y tribunales tienen «el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (artículo 1.7 CC), bajo amenaza de castigo penal (artículo 448 del Código Penal). El artículo 1.1 CC facilita cumplir ese deber incluyendo los PGD en el sistema de fuentes: hay una autorización para formular PGD cuando haya deber de decidir casos que no regulan ni la ley ni la costumbre.
30. Así ocurre en el derecho civil por efecto del artículo 4.1 CC: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Este artículo supone una autorización –o incluso obligación– a los jueces y tribunales para que indaguen y formulen los principios que sintetizan la razón de ser de las normas positivas, con el fin de decidir casos que ellas no regulan con la misma justificación que los que sí regulan. Se ha dicho con razón que «el procedimiento que da vida a los principios implícitos es el propio de la analogía»; y que si bien formular principios implícitos (*analogía iuris*) supone más generalización y tiene más proyección que establecer una analogía específica (*analogía legis*), la mecánica es muy similar (Prieto Sanchís, 1992, p. 142). En consecuencia, si el derecho autoriza a establecer analogías, también autoriza a formular y aplicar los principios que las sustentan.
31. Según Alonso Vidal (2012, p. 165), los principios implícitos son «normas no identificables de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes», lo cual supongo que significa que no se identifican por proceder de una autoridad aceptada como fuente, pues el sistema de fuentes sí autoriza su identificación. Si los operadores jurídicos invocan y aplican principios implícitos es porque se consideran autorizados para ello, y el sistema de fuentes no es otra cosa que la costumbre seguida para identificar el derecho. Alonso Vidal enumera unas exigencias del derecho para aplicar principios implícitos, pero son ficciones si los operadores jurídicos no las asumen. Así, dice que una condición es que «no exista norma identificable autoritativamente aplicable al caso» (entiendo que identificable por la autoridad de donde procede) o que ella deba «ser inaplicada por la concurrencia del principio implícito en cuestión». Esta condición es nimia y a la vez realista: exige que el principio implícito no contradiga una disposición legal salvo que el operador considere que esta debe ceder ante el principio.

de como contenidos del derecho que los tribunales captan, pero no crean[32]. Y como percibir las normas basadas en principios como creaciones jurisprudenciales publicadas en sentencias y autos es consistente con la garantía de publicidad del artículo 9.3 CE, es un recurso socorrido para evitar la disonancia cognitiva que provoca exigir la publicidad a normas implícitas. Sin embargo, aunque cuando se invocan PGD como normas jurídicas lo que típicamente se invoca son normas construidas por tribunales, también es común considerar normas jurídicas válidas los propios principios implícitos en el derecho positivo. El Tribunal Supremo no siempre ampara en precedentes las normas que aplica como PGD, ya sea porque no los hay, cuando formula la norma por primera vez para decidir el caso, o porque asume que esas normas no nacen en la jurisprudencia que las aplicó, sino en el derecho implícito[33]. Por otra parte, la idea de que los PGD son fuente de normas jurídicas ya antes de que los tribunales las publiquen subyace a muchas exposiciones doctrinales. Además suele asumirse que también es función de la doctrina jurídica detectar los principios implícitos en el derecho positivo y formularlos en normas susceptibles de ser aplicadas, para interpretar e integrar el ordenamiento. Pero entonces, si se acepta que puede haber normas jurídicas fundadas en principios implícitos ya antes de que intervenga un juez o tribunal que las construya y publique, sigue sin respuesta el dilema de cómo esas normas carentes de publicidad pueden ser válidas para el derecho si el artículo 9.3 CE garantiza la publicidad de las normas.

3.3. Argumento de la publicidad material: los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando son públicos y notorios

Como dije (§2.2), la publicidad de las normas para conocimiento de sus destinatarios puede ser *formal* –la publicación en un soporte oficial accesible a ellos– o *material* –la difusión efectiva de su contenido entre ellos–; y la garantía del artículo 9.3 CE puede interpretarse en ambas acepciones (aunque es más plausible la primera). Esta distinción facilita responder la pregunta que motiva este trabajo diciendo que los PGD implícitos son normas jurídicas conformes con la Constitución cuando tienen publicidad material suficiente, pero no en otro caso. Esto es, cabría sostener que hay principios implícitos

32. Esta percepción está alentada por el propio Tribunal Supremo, que ha exigido a quienes alegan PGD «la necesidad de probar su vigencia general y aplicación al caso, demostrando que es acogido por el ordenamiento jurídico, citado el precepto que lo sanciona o la jurisprudencia que lo recoge (sentencias de 27 de octubre de 1967, 28 de mayo de 1968, 7 de febrero de 1972)» (STS, 1.ª, 295/2000 de 23.03.2000, FJ 3). Incluso podría aducirse que la reducción del derecho de los principios implícitos a normas jurisprudenciales es consistente con la tesis y la terminología que distingue entre el derecho y sus fuentes. Porque cabe interpretar que los PGD implícitos son fuentes del derecho (*ex* artículo 1.1 CC) que pasan a ser derecho, en su caso, solo cuando son tratados, aplicados y publicados como normas jurídicas en las resoluciones judiciales.

33. Por ejemplo, vimos que según la STS, 1.ª, de 25.11.1985, la Sala Primera del Tribunal Supremo acogió el principio que veda el enriquecimiento sin causa «tomándolo del Derecho Natural o de la tradición romana».

en el derecho positivo que son tan evidentes para cualquiera que conozca mínimamente ese derecho que no es verosímil que quienes se guían habitualmente por él desconozcan esos principios. Siendo así, esas normas implícitas evidentes son públicas para sus destinatarios igual que lo son las normas positivas de las que se infieren; y si estas tienen publicidad suficiente a los efectos del artículo 9.3 CE, también aquéllas[34]. Además, podría añadirse que las normas implícitas cuya fuente son PGD a menudo se siguen y se aceptan públicamente como costumbres jurídicas, de manera que si la costumbre puede ser fuente de normas jurídicas válidas pese a carecer de publicidad formal en un soporte oficial, también han de serlo los PGD que es costumbre aceptar.

Esta estrategia de respuesta tiene al menos tres problemas graves. El primero es que es implausible que el artículo 9.3 CE garantice la publicidad material de las normas, porque sería una garantía falsa, imposible de cumplir salvo con un número muy reducido de normas, como ya apunté. Alguien podría objetar que algunas sentencias sugieren que el artículo 9.3 CE pide publicidad material y no formal. Pienso sobre todo en la STC 219/1989, de 21 de diciembre, y en la STS, 3.ª, de 09.07.2001, que sigue la doctrina de aquella. Ambas sentencias confirmaron sanciones impuestas por sendos colegios profesionales por incumplimiento de normas deontológicas, rechazando las alegaciones de insuficiente certeza y publicidad de las reglas sancionadoras, por considerar que eran previsibles para los colegiados recurrentes[35]. Su juicio es que «lo que de verdad importa es, en primer lugar que el destinatario de la norma pueda conocer su existencia; en segundo lugar, que pueda tener certeza de que su contenido no ha sido alterado; y, por último, que pueda entenderla». En vista de esto, podría pensarse que lo que importa a los efectos del artículo 9.3 CE es el conocimiento y la difusión material de las normas por los vinculados por ellas y no su publicidad formal. Siendo así, cabría sostener que los principios jurídicos implícitos notorios tienen la publicidad

34. Se ha dicho incluso que si los PGD se entienden implícitos en la ley, «resultará difícil justificar el valor de fuente autónoma del Derecho» reconocida por el artículo 1 CC (Gordillo, 1990, p. 495). Esto supone que formular un PGD implícito en la ley es reproducirla y que la fuente del derecho es la misma tanto si se aplica la ley como un PGD basado en ella, una idea solo plausible si la relación entre ley y PGD fuese de entrañamiento lógico.

35. Según la STC 219/1989 (FJ 5.º), «Frente a esta manifiesta previsibilidad de las conductas sancionables para un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de la colegiación, carece de relieve […] que las Normas Deontológicas no hayan sido objeto de publicación en el "Boletín Oficial del Estado" o en el diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del Colegio profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados». Y la STS, 3.ª, de 09.07.2001 añade (f. d. 3.º): «nadie se atrevería a negar la necesidad de que las normas que integran el ordenamiento jurídico puedan ser conocidas, exacta y fácilmente, por sus destinatarios o, si se prefiere y por hablar con mayor precisión, por aquéllos a quienes vinculan. Pero esto no significa que haya que admitir también la necesidad de que, siempre y en todo caso, y sin posible solución alternativa, tengan que ser publicadas en un diario oficial. Entre otras razones, porque lo que la Constitución garantiza es únicamente la publicidad de las normas (artículo 9.3) y no el instrumento por medio del cual esa publicidad se haga efectiva».

exigida constitucionalmente sin necesidad de publicación formal alguna. Sin embargo esta sería una lectura apresurada, porque esas sentencias abordan específicamente la publicidad de una norma disciplinaria en la relación especial de un colegiado con su colegio profesional. El criterio de la «manifiesta previsibilidad» juega solo en este ámbito especial y no es extrapolable a otros. Ni es aplicable a todas las normas sancionadoras, ni tiene por qué serlo a los principios jurídicos implícitos[36].

También podría objetarse que si el artículo 9.3 CE exigiese la publicidad formal de las normas para su validez jurídica, no podría haber normas consuetudinarias válidas; y como las hay, ha de ser porque el artículo 9.3 CE no exige publicidad formal sino la publicidad material que la costumbre posee por definición (pues no hay costumbre sin un comportamiento regular público y notorio). Pero en esta reducción al absurdo hay petición de principio, porque asume como premisa que una norma consuetudinaria no es válida jurídicamente sin ser conforme con el artículo 9.3 CE y de esa premisa (junto con el hecho de que hay normas consuetudinarias válidas), concluye una interpretación del artículo que hace posible esa conformidad. El reparo es que el argumento pretendía mostrar que una norma sin publicidad formal puede ser conforme con el artículo 9.3 CE, y asumir que lo es incurre en petición de principio. En realidad, a la postre, el conflicto con el artículo 9.3 CE, interpretando que exige la publicidad formal de las normas, afecta a la costumbre tanto como a los PGD, y su solución podría ser la misma (§ 3.5). Por otra parte, si los PGD tuviesen la publicidad material de las costumbres, serían costumbres. Si se consideran una fuente del derecho distinta de la costumbre ha de ser porque no son como ella normas públicas seguidas por ser de general conocimiento y aceptación.

El segundo problema de la respuesta ensayada es que solo es aplicable a los principios evidentes o entrañados por el derecho publicado, y pocos lo son verdaderamente. Las normas que suelen citarse como principios implícitos, típicamente porque la jurisprudencia los aplica, pueden parecer evidentes retrospectivamente, pero no lo eran antes de ser postuladas. Es más habitual que el principio postulado aparezca como una novedad que la jurisprudencia posterior confirma. Además, a veces es posible inferir principios contradictorios de un mismo conjunto de normas jurídicas, lo cual indica que ninguno de esos principios alternativos es evidente por sí mismo[37]. Con estas

36. En cambio, las dos sentencias citadas dejan claro, sobre todo la extensa reflexión del Tribunal Supremo, que la publicidad (formal) de las normas no requiere su publicación en un boletín oficial, sino que basta con que sean accesibles a sus destinatarios en un soporte del que se puedan fiar. Esto afecta a normas publicadas en tablones de anuncios o en Internet (algo habitual en la normativa universitaria), y también a los PGD publicados en las sentencias que los aplican, que pueden contar con publicidad formal suficiente en ellas. Lo problemático es creer que hay PGD que ya son normas jurídicas siendo implícitos y carecer de publicidad ni siquiera en sentencias.

37. Por ejemplo, de los artículos del Código Civil es posible inducir tanto el principio que obliga a cumplir lo pactado (*pacta sunt servanda*) como el principio que condiciona esa obligación a que las circunstancias del pacto se mantengan (*rebus sic stantibus*). Dado que estos dos principios son opuestos, sería extraño alegar que ambos tienen publicidad material por ser obvios en el Código Civil y que ninguno es más evidente que el otro.

objeciones no niego que haya normas implícitas evidentes, porque sin duda las hay[38]. Pero en lo que atañe a los principios, las evidencias son tenues y escasean. Por ejemplo, de la obligación de reparar el daño causado por culpa o negligencia (artículo 1902 CC) son deducibles principios y reglas más específicos, pero no es evidente cuáles. Y todavía menos evidente es la obtención de principios por inducción de otras normas, entre otras razones porque el resultado de la generalización depende del conjunto de normas que se seleccione para hacerla. La postulación de PGD implícitos no es casi nunca una deducción lógica, sino que está a medio camino entre la interpretación y la construcción jurídica.

Un tercer problema para sostener que los PGD implícitos pueden tener publicidad material es que su contenido abierto y fundamentalmente indeterminado hace inverosímil que quienes deberían seguirlos los conozcan uniformemente. Por ejemplo, ¿qué contenido público tiene el principio que veda el enriquecimiento sin causa? Es público a lo sumo que la legislación civil no protege el enriquecimiento sin causa, pero es dudoso qué es enriquecimiento y qué causa es inaceptable. La publicidad material de los principios implícitos es raquítica, vacía de contenido.

Por otra parte, el desafío teórico que aborda este trabajo no es identificar los PGD implícitos evidentes que podrían ser compatibles con el artículo 9.3 CE, sino la vigencia entre los juristas españoles de dos creencias incompatibles: que no hay normas jurídicas sin publicidad y que entre las normas jurídicas hay principios implícitos carentes de publicidad. El problema afecta a principios implícitos que se tienen por derecho sin ser evidentes, o cuya evidencia es cuestionable porque chocan con otros principios no

38. Por ejemplo, de los contenidos semánticos claros de unas normas se infieren por deducción lógica otras normas evidentes. Así, si el acreedor no puede disponer de lo que recibe en prenda o hipoteca (artículo 1859 CC), es evidente, por deducirse del significado de «disponer», que no puede vender lo que recibe en prenda o hipoteca.

En la revisión anónima de este trabajo, un informe me sugirió reflexionar sobre el hecho de que no todo lo público es explícito y da algunos ejemplos. Para evitar malentendidos, insisto en que no es imprescindible que las normas sean explícitas para que satisfagan la exigencia constitucional de publicidad, porque a menudo las normas publicadas entrañan o presuponen claramente otras, las cuales entonces comparten suficientemente esa publicidad. Pero no todas las normas implícitas en las normas publicadas se siguen de ellas con claridad, y cuando hay dudas e incertidumbre ya no es plausible la tesis de la publicidad compartida (como en los ejemplos de las notas 37, 39 o 42). El informe incluye como ejemplo que al autorizar al Estado a gravar la venta de bienes, el legislador también establece que la base para calcular el impuesto es el valor de los bienes. A mi juicio una implicación así no es una norma pública, sino una interpretación muy discutible (¿por qué no podría el regulador disponer como base imponible la naturaleza del bien, en vez de su valor?), la cual no será norma pública si no se hace explícita. Con frecuencia las emisiones lingüísticas, tanto normativas como enunciativas y otras, comunican significados que no *dicen* explícitamente sino que ha de inferirlos la audiencia aplicando principios generales de interpretación al contexto dado. Y los significados implícitos pueden ser necesarios también para comprender correctamente los explícitos. Pero es ilusorio pensar que todo lo comunicado implícitamente tiene *publicidad* para la audiencia.

menos obvios[39]. A este problema no da solución el argumento de la publicidad material, que solo afecta a los (hipotéticos) PGD obvios.

3.4. Argumento de la excepción: el artículo 9.3 CE no afecta a las normas implícitas

Se ha escrito que «es evidente que con el principio [del artículo 9.1 CE], el legislador, ha querido referirse solamente a las normas escritas, puesto que normas lo son también la costumbre y los generales del Derecho; lo cual no excluye que éstos tengan también alguna forma de publicidad, como la conciencia social en el caso de la costumbre, o lo que se deduce de las demás normas (que son públicas) en el caso de los principios generales del Derecho» (Villar Palasí y Suñé Liñás, 1996, p. 561). Según esta interpretación, las normas implícitas aportadas por los PGD no están afectadas por la garantía de publicidad porque el artículo 9.3 CE las exceptúa de ella.

Pero ¿es una excepción evidente? Si el artículo 9.3 CE se refiere sin más a «las normas», ¿por qué habría que entender excluidas las que tienen como fuente la costumbre o los PGD, por más que al intérprete le parezca necesario para evitar la disonancia cognitiva? El argumento de la excepción desvirtúa los preceptos constitucionales, porque quedan expuestos a que quien haya de aplicarlos considere evidente que no son aplicables al caso aunque encaje en su texto. Por ejemplo, el argumento daría pie a sostener también que la garantía de publicidad de las normas no afecta a los preceptos legales que contienen datos comprometidos para la seguridad de las personas o del Estado y cuya difusión amenaza algún bien importante, como la salud o el orden público. Esto es, podría considerarse evidente que la garantía de publicidad del artículo 9.3 CE no afecta a las normas que deben ser secretas por seguridad pública. Esta es una argumentación peligrosa, que amenaza la eficacia de las garantías constitucionales[40].

39. Por poner otro ejemplo (ver nota 37), pensemos en el principio de autonomía de la voluntad, una inducción ya clásica de los preceptos de la legislación civil sobre obligaciones y contratos. Dada la naturalidad con que se invoca este principio, podría tomarse como un ejemplo de norma evidente para quien conozca la legislación civil, y por tanto con la misma publicidad material que ella. Sin embargo, de la legislación civil también se infieren principios opuestos a la autonomía de la voluntad, como la prohibición de las cláusulas inmorales (artículo 1255 CC), que puede tener una interpretación muy expansiva si se da eficacia horizontal a los derechos fundamentales. Mi objeción no es que la autonomía de la voluntad y la prohibición de las obligaciones inmorales no pueden ser a la vez principios del derecho español, porque lo son, sino que no puede sostenerse que cada uno de los principios opuestos es público y notorio. Valga este nuevo ejemplo para confirmar que la pregunta de por qué se aceptan como normas jurídicas PGD no publicados queda sin contestar diciendo simplemente que son principios públicos.

40. Recuérdese lo sucedido con el Reglamento (CE) n.º 622/2003 de la Comisión, de 4 de abril de 2003, por el que se establecen las medidas para la aplicación de las normas comunes de seguridad aérea. El Reglamento disponía medidas de seguridad aérea y decía en su artículo 3 *in fine*: «Dichas especificaciones serán secretas y no se publicarán. Se pondrán a disposición de las personas debidamente autorizadas por los Estados miembros o la Comisión». El Reglamento fue cuestionado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual falló en su Sentencia de 10.03.2009, asunto C-345/06, que

Ahora bien, mi reparo al argumento de la excepción no se basa en un dogma que obligue a entender los preceptos constitucionales o legales en sus términos literales, sin modulación alguna. Si fuera así, tendría que afirmar que el artículo 9.3 CE también garantiza la publicidad de las normas morales o sociales, que también son normas; lo cual sería absurdo, puesto que la Constitución española no tiene jurisdicción sobre la moral ni sobre los usos sociales. Por el contrario, sostengo que todo precepto debe ser interpretado a la luz de su contexto relevante, como cualquier manifestación lingüística. Y sostengo, como ejemplo ahora pertinente, que en el contexto relevante de la interpretación jurídica operan principios contrarios a que las normas sean absurdas y favorables a que sean racionales, razonables y coherentes entre sí. Pero una cosa es pensar que el artículo 9.3 CE y cualquier otro ha de interpretarse dándole razonabilidad y sentido en el ordenamiento jurídico, y otra muy distinta es pensar que cuando una regulación altera llamativamente el *statu quo* hay que interpretar que no es aplicable. La Constitución y las leyes se promulgan típicamente para alterar el *statu quo*, y la convicción de que una situación debe continuar no basta para que la nueva regulación no le afecte. Las normas constitucionales que prohíben discriminar por razón de sexo no exceptúan las reglas que estaban asentadas en la legislación, y la norma que ampara la libertad de expresión no exceptúa las declaraciones que era habitual prohibir; y no puede darse por hecho que la norma que exige publicidad a las normas exceptúa las que tradicionalmente no eran públicas.

El argumento de la excepción tiene fundamento, no obstante, si se adopta una teoría intencionalista de la interpretación de las disposiciones legales, según la cual estas significan lo que significaban para la autoridad que las promulgó. Esta teoría tiene mucho a su favor, y sin duda anima a bastantes juristas, pero también enfrenta importantes dificultades y, en general, me parece menos convincente que otras, como la teoría que defiende interpretar los textos legales por su significado público. En todo caso, para que la teoría intencionalista pueda justificar que el artículo 9.3 CE no incluye entre las normas las basadas en PGD (o en la costumbre), debería demostrar que quienes promulgaron la Constitución española no querían incluirlas. No creo que baste con aducir que como siempre fueron (y siguen siendo) normas jurídicas, es evidente que no querían incluirlas. Por otra parte, si de la evidencia de que hay normas jurídicas implícitas podemos inferir que no era intención de quienes promulgaron el artículo 9.3 CE incluirlas en la garantía de publicidad, el mismo razonamiento justificará numerosas salvedades al texto de la Constitución. Así, sin salir del artículo 9.3 CE, la evidencia de que hay reglamentos y usos administrativos que se aplican contradiciendo el sentido de las leyes sería indicativa de que son excepciones del principio de legalidad.

Con todo, el argumento de la excepción no es descartable de plano y, reenfocándolo, también lo puede acoger quien prefiera interpretar los textos legales por lo que

como las medidas no publicadas incluían obligaciones a particulares, tales como la prohibición de introducir en las aeronaves una lista de artículos, debían ser publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, y al no haber sido publicadas carecían de fuerza vinculante.

dicen. En esta versión reenfocada, el argumento sostendría que la redacción del texto es un error o descuido legislativo, que el intérprete debe corregir con naturalidad como lo haría con cualquier error de un hablante. El argumento de la excepción por corrección es a mi juicio defendible respecto de las disposiciones manifiestamente erradas, cuya interpretación literal produce un claro absurdo (Rodríguez-Toubes, 2021)[41]. Sin embargo es dudoso que el artículo 9.3 CE admita este argumento, porque no hay un error de redacción manifiesto. No es necesariamente absurdo exigir publicidad a todas las normas jurídicas y negar validez a las normas implícitas. Sobre todo, no es absurdo respecto de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos[42].

Si el mandato de publicidad del artículo 9.3 CE no es aplicable a las normas implícitas procedentes de PGD no es porque el legislador constituyente las haya exceptuado, sino porque el común de los operadores jurídicos no cree que haya que aplicárselo. El artículo 9.3 CE y el resto del ordenamiento jurídico se aplica cuando y como a los jueces y a los demás operadores jurídicos les parece que ha de aplicarse, pero no debe confundirse este hecho de la vida jurídica con la (inverosímil) existencia de una norma que excluye de los mandatos de la Constitución aquello que la dicción del texto incluye pero al intérprete le parece evidente que debe excluirse. Un precepto constitucional que nadie toma en serio no deja de ser un precepto constitucional. Quien al aplicar la Constitución cree su deber jurídico pasar por alto su texto no sigue la Constitución, sino un principio supraconstitucional que opera como criterio de validez de las normas constitucionales y justifica no aplicarla. En mi opinión, que desarrollaré enseguida (§3.5), el artículo 9.3 CE condiciona la validez jurídica de todas las normas a que tengan publicidad, pero en la práctica esta condición no opera en las normas implícitas porque su validez está amparada en el derecho español por una norma activa todavía más importante[43].

41. Por ejemplo, la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, tras su modificación de 2006, se deroga a sí misma en su disposición derogatoria; pero esto es tan absurdo que nadie interpreta esta derogación en sus propios términos y se pasa por alto.
42. Para percibir esto recuérdese el célebre ejemplo usado por Radbruch (1930, p. 156), en el que un hombre con un oso se pregunta si puede entrar en una estación de ferrocarril donde un cartel prohíbe entrar con perros. Radbruch dice que un jurista contestará negativamente por analogía y para evitar un resultado absurdo; y en efecto en un caso así es natural razonar *a fortiori* e interpretar que la prohibición de entrar con osos está implícita en la regla del cartel. Pero supongamos ahora que incumplir la prohibición está castigado con una fuerte multa: ¿estará el jurista igualmente dispuesto a interpretar la norma *a fortiori* y multar a quien entra en la estación con un oso cuando lo prohibido es entrar con perros? O supongamos que hay una tasa por viajar con perros: ¿la extendería a los osos? En contextos como el sancionador o el impositivo tiene sentido exigir que la norma sea pública, con lo cual no es absurdo garantizar que en ellos no haya normas implícitas.
43. La diferencia entre la explicación que defiendo y los argumentos de la excepción y del error legislativo puede apreciarse también con el ejemplo del artículo 19 CE («Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional»). Está claro que este artículo se entiende y aplica asumiendo que hay zonas del territorio nacional donde los españoles no tienen derecho a residir ni circular libremente, como las fincas privadas ajenas. Entonces cabría argumentar que las áreas de acceso legalmente restringido son excepciones evidentes del artículo 19 CE. Pero esto vacía

3.5. Argumento de la regla de reconocimiento: los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando así lo creen los operadores jurídicos, tengan o no publicidad

Los cuatro argumentos considerados afrontan el problema de la publicidad de las normas implícitas eludiéndolo, aduciendo que no hay normas jurídicas implícitas, que dejan de ser implícitas cuando se aplican, que son suficientemente accesibles o que no les afecta la garantía constitucional de publicidad. Por supuesto, eludir el problema evita la disonancia cognitiva que causa percibirlo, y por eso estas estrategias negadoras son una consecuencia previsible de la propia disonancia. Negar la contradicción satisface al jurista que no quiere problemas. Ahora bien, el problema sigue sin resolver, porque es un hecho que muchos jueces y otros juristas españoles tienen dos creencias incompatibles: que en virtud del artículo 9.3 CE las normas sin publicidad no tienen validez jurídica y que los PGD son fuente de normas jurídicas implícitas válidas. El problema es explicar la realidad causada por la coexistencia de estas ideas opuestas.

La explicación a mi juicio más convincente es que los juristas españoles se engañan al creer que la conformidad con la Constitución es un criterio supremo de validez de las normas jurídicas y que el artículo 9.3 CE determina que la publicidad es condición de su validez. En el orden jurídico español, y potencialmente en cualquiera, hay criterios de validez jurídica más decisivos que la conformidad con la Constitución, los cuales corrigen o modulan las normas explícitas de la Constitución y hacen posible que tengan validez jurídica normas implícitas que no satisfacen la garantía de publicidad del artículo 9.3 CE. Este artículo no puede impedir que las normas sin publicidad tengan validez jurídica, aunque lo pretenda. Porque contra lo que a veces se dice, los criterios de validez jurídica no los decide el poder constituyente ni los recoge la Constitución formal (el texto constitucional) de un sistema jurídico, sino que son parte de la Constitución material conformada de hecho.

Según puede apreciarse, propongo como respuesta a nuestro desafío aplicar la teoría de la *regla de reconocimiento* de Hart. Como se sabe, Hart (1961, trad. 1980) sostuvo que en los sistemas jurídicos modernos, los jueces y tribunales y demás operadores jurídicos suelen identificar las normas del sistema por su conformidad con determinados criterios de validez, los cuales forman una *regla de reconocimiento*, típicamente no explícita ni precisa, cuya existencia es un hecho constatable externamente en la práctica concordante de los operadores, si bien ellos aceptan internamente que para hacer esa identificación

de contenido el artículo como límite al legislador (resultaría que solo atribuye el derecho a circular por donde la ley permite circular) y expone la Constitución a excepciones *ad hoc*. Otra solución es entender el artículo como lo haría un lector informado del contexto jurídico y social, modulando con él su significado literal, lo cual lleva a evitar las interpretaciones incongruentes con el resto del ordenamiento jurídico o absurdas. En concreto, lleva a entender que el artículo no impide al legislador restringir la circulación para proteger derechos y bienes jurídicos importantes. Y una tercera explicación es que si bien el artículo 19 CE da derecho a circular libremente por todo el territorio nacional, esta norma está desplazada (invalidada) por otra más importante, vigente en la práctica, que niega el derecho de circular por donde la ley lo prohíbe razonablemente.

jurídica es obligatorio seguir dicha regla; y la ciudadanía en general también identifica las normas jurídicas con esa misma regla de reconocimiento o, en todo caso, le muestra su aquiescencia al obedecer las normas que según ella son válidas (Hart 1961, p. 113; trad. 1980, p. 145). La teoría de la regla de reconocimiento es compleja y ha dado lugar a infinidad de discusiones que aquí no procede tratar. Me conformaré con tomar de ella esa idea central: las normas que pertenecen al derecho son las conformes con los criterios comunes o *regla de reconocimiento* que los operadores jurídicos tienen la costumbre (práctica normativa) de seguir para hacer esa demarcación, y que la ciudadanía en general respeta; no lo establece ninguna norma promulgada.

En realidad, la explicación de la validez jurídica dada por Hart no es muy distinta de la que vimos que daba Ross: lo que verdaderamente importa no son las normas, sino las creencias normativas de los operadores jurídicos que explican sus conductas respecto al derecho y las hacen predecibles hasta cierto punto. Pienso que la diferencia entre Hart y Ross es apenas de enfoque: mientras que Ross adopta una perspectiva científica y propone una explicación sociológica puramente externa o *etic*, la perspectiva de Hart contemporiza con el punto de vista jurídico y combina la descripción externa de las prácticas con una justificación, al modo *emic*, de la noción de validez jurídica[44]. Sea como sea, dar cuenta de la pertenencia al derecho de unas u otras normas por referencia a las creencias empíricas de los operadores jurídicos sobre la cuestión, como hacen Ross y Hart, y no por referencia a lo que disponen las normas del propio derecho, nos permite dar una respuesta más plausible al problema planteado en este trabajo. La respuesta es que la regla de reconocimiento del derecho español incluye como criterio de validez de las normas jurídicas ser un contenido implícito de otras normas cuya validez también se acepta. En estas condiciones, las normas implícitas pueden tener validez jurídica aunque se la niegue explícitamente una norma positiva, incluida la Constitución. En concreto, volviendo a nuestro tema, los PGD son fuente de normas implícitas del derecho español cuando y porque así lo creen por costumbre los operadores jurídicos cuyo criterio para identificar el derecho respeta de hecho la ciudadanía española, pese a que el artículo 9.3 CE niega formalmente validez a las normas implícitas carentes de publicidad. Así las cosas, el hecho de que hay principios implícitos que son fuente del derecho a juicio de quienes tienen la competencia para reconocerlo –los jueces y tribunales, básicamente– refuta (falsea) el postulado de que la Constitución «garantiza» la publicidad de las normas[45].

44. La distinción *emic*/*etic* procede de la lingüística y de la antropología y diferencia los enfoques teóricos sobre fenómenos culturales por (respectivamente) su mayor o menor receptividad a las interpretaciones que les dan los participantes o, al revés, por su menor o mayor materialismo (Mostowlansky y Rota, 2020). En otro trabajo ya apunté que esta distinción incide en los puntos de vista sobre el derecho (Rodríguez-Toubes, 2013, p. 183).

45. En este punto podría objetarse que una norma inválida según el artículo 9.3 CE no puede estar implícita en el derecho positivo español. Esta objeción se contesta de dos maneras. Primero, no es imposible que un derecho positivo tenga normas implícitas que se contradicen. Así, un mismo conjunto normativo tolera generalizaciones opuestas, como ocurre en el derecho civil con el principio *pacta sunt servanda*

La posibilidad de que haya normas jurídicas implícitas supraconstitucionales, capaces de resistir o de desactivar mandatos claros de la Constitución, resultará chocante a muchos porque contraría ideas jurídicas firmes, como la jerarquía normativa con primacía de la Constitución. Según lo expuesto, las normas pueden ser válidas aunque no respeten la Constitución: basta que lo permitan otros criterios de validez efectivos y prevalentes, como el que reconoce validez a normas implícitas[46]. Formalmente los PGD son fuentes supletorias de la ley (artículo 1.4 CC), y por eso la idea de PGD válidos *contra Constitutionem* es incluso más contraintuitiva que la de PGD válidos *contra legem*, pero ambas ideas se materializan en la práctica y tienen la misma explicación con la teoría de la regla de reconocimiento[47]. Según Hernández Marín (2021, p. 29), la prevalencia de un principio implícito sobre una norma explícita habría que justificarla «mediante una tesis general que permita decidir, dados dos elementos cualesquiera del derecho (normas, principios, etc.), cuál de ellos es superior al otro». Mi planteamiento es que esa tesis general es la regla de reconocimiento contingente del sistema jurídico. Es decir, no es una teoría sobre las fuentes del derecho y su jerarquía respectiva, sino el modo en que los jueces las conciben y ordenan en la práctica por considerarlo su obligación.

---

y su excepción *rebus sic stantibus*. Por eso no tiene que sorprender que haya normas jurídicas implícitas consistentes con una parte del ordenamiento (las normas de donde se infieren) y en conflicto con otra (como la exigencia de publicidad). Segundo, el argumento de la regla de reconocimiento sostiene que si los operadores jurídicos cuya autoridad para identificar el derecho es aceptada (por acción u omisión) por la ciudadanía consideran que cierto principio implícito satisface los criterios que ellos deben seguir para decidir si es una norma del derecho, entonces es una norma del derecho digan lo que digan las normas formales, incluida la Constitución. Por tanto, este argumento cuestiona precisamente que la compatibilidad con la Constitución formal pueda ser un criterio determinante para establecer la pertenencia al derecho español de una norma cualquiera, implícita o explícita; de manera que no vale como objeción al argumento decir que el derecho español no puede tener normas implícitas contrarias a la Constitución.

46. Mi criterio antes de llegar a las conclusiones que presento en este artículo era que según la regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico español es derecho «lo que prescribieron o prescriban en el futuro las resoluciones del Tribunal Constitucional, la Constitución, los Tratados internacionales ratificados por España y las normas derivadas de ellos, las normas promulgadas por los Parlamentos estatal y autonómicos, las resoluciones judiciales y las normas y decisiones de la Administración, por este orden, salvo que sea sumamente inmoral o absurdo» (Rodríguez-Toubes, 2001, p. 229). Ahora tendría que añadir: «…así como las normas implícitas en otras normas jurídicas y coherentes con su conjunto». Pero sigo creyendo que (por ahora) el criterio del Tribunal Constitucional es decisivo para la validez jurídica, de modo que puede determinar qué normas implícitas son parte del derecho español (haciéndolas explícitas, en su caso).

47. Como ejemplo de desplazamiento de leyes explícitas por un principio implícito se ha citado la STS, 1.ª, 76/2015, de 17.02.2015, que casó una sentencia que había aplicado en sus propios términos artículos del Código Civil y de la Ley del Registro Civil, con el argumento del principio de interés superior del menor, que en esa fecha no estaba explícito en la ley española (Hernández Marín, 2021, p. 28). Quizá no sea el mejor ejemplo, porque la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por España en 1990, dispone que en las medidas concernientes a los niños los tribunales y otras autoridades atenderán «el interés superior del niño», por lo que cabe argumentar que en el caso prevaleció un principio explícito de mayor jerarquía que las reglas legales. Pero aunque sean poco frecuentes, hay supuestos en que un principio implícito se sobrepuso a una regla legal (vid. nota 17 *supra*); y sobre ellos son certeras, y comparto, las reflexiones que hace Hernández Marín sobre la amenaza al imperio de la ley.

Que un principio implícito prevalezca *jurídicamente* sobre la ley o sobre la Constitución no lo determina una concepción del derecho o la teoría sobre sus fuentes que nos formemos como observadores, sino la práctica de los jueces por la cual reconocen y aplican esa prevalencia como parte del derecho que les vincula, en tanto en cuanto dicha práctica judicial sea aceptada por la ciudadanía en general, por deferencia, como criterio para demarcar lo jurídico. Aunque la naturaleza del derecho que revela la teoría de la regla de reconocimiento choque con nuestras expectativas o preferencias, su valor en cuanto enfoque descriptivo no se ve afectado. La teoría de la regla de reconocimiento puede discutirse como explicación de los conceptos de derecho y de validez jurídica, pero no es una teoría política o moral. Puede ser criticada por cómo describe el derecho, pero no debería criticarse por cómo es el derecho que describe, si lo describe fielmente. En concreto, según esta teoría son derecho cualesquiera normas que la regla de reconocimiento admita, ya sean inmorales, ilegales o inconstitucionales[48]. Por eso esta teoría puede explicar que sean derecho principios implícitos pese a incumplir el requisito constitucional de publicidad.

Ante el argumento expuesto habrá juristas que invocarán el auxilio de Kelsen para defender que el derecho no es lo que los operadores jurídicos contingentemente creen que es, sino el conjunto de normas producidas conforme a normas de derecho previas; porque la validez jurídica no la explica ningún hecho, sino otras normas y, a la postre, una norma fundante presupuesta. Estos juristas querrán afirmar que en el derecho español la producción normativa está regida por la Constitución y que en ella fundan su validez las demás normas jurídicas, de manera que una norma inconstitucional no puede tener validez; y si los operadores jurídicos se la reconocen de hecho, cometen un error que no cambia el derecho. Sin embargo, la teoría de Kelsen y la teoría de la regla de reconocimiento están más en sintonía de lo que parece. Aunque de Kelsen

48. La teoría de la regla de reconocimiento es difícil de aceptar, incluso siendo receptivos a ella, por quienes quieren preservar a toda costa la supremacía normativa de la Constitución formal. Es el caso de Tardío Pato (2011, p. 209), que critica la teoría, precisamente en el contexto de evaluar (y afirmar) la identificación de los PGD como normas del derecho español, por poner en duda la supremacía de la Constitución aprobada por voluntad del pueblo. Según Tardío Pato (2011, p. 213-214) «la regla de reconocimiento de nuestro sistema jurídico remite a lo que se establezca en nuestra Constitución y en las normas en ella previstas directa o indirectamente»; y se colige «*que la exigencia de obediencia a las autoridades instituidas por la Constitución queda mediatizada por la salvaguardia por todos esos poderes públicos de los referidos valores y principios constitucionales*», los cuales son prevalentes. Esto es, según Tardío Pato, si algunas normas del derecho español son principios que prevalecen sobre las reglas positivas es porque así lo establece la Constitución, y *por tanto* la regla de reconocimiento; y no porque lo establece la regla de reconocimiento con independencia, o incluso en contra, del texto de la Constitución. Esta crítica está desencaminada. Equivale a criticar unas gafas graduadas porque no gusta lo que se ve con ellas. Por descontado, tanto los métodos como las gafas pueden ser engañosos y presentarnos realidades distorsionadas, pero la crítica ha de dirigirse a que la observación sea fiable y veraz, no a que nos satisfaga lo observado. Si un derecho donde rige una Constitución formal se percibe y se aplica sistemáticamente prescindiendo de algunas de sus normas, es una ficción sostener que esas normas tienen supremacía; y reivindicar esa ficción no ayuda a entender ese derecho, aunque pueda estar justificado políticamente para cambiarlo.

suelen destacarse sus planteamientos formalistas, que niegan toda validez jurídica a las normas cuya producción no está autorizada expresamente por normas previas formalmente válidas, tales como una constitución positiva o las leyes, lo cierto es que Kelsen también admitió que es posible una autorización tácita del ordenamiento jurídico. Esta posibilidad la explica al tratar el caso de un orden jurídico que acepta la costumbre como fuente de derecho incluso superior a la legislación (Kelsen, 1991, pp. 232-237).

Como es sabido, Kelsen distingue tres sentidos de constitución de un orden jurídico estatal: el *formal* (el texto llamado «Constitución»), el *material* («la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales») y el *lógico-jurídico* (la «norma fundante básica» que hay que presuponer para fundamentar la validez del derecho positivo). Pues bien, Kelsen considera el caso en que «la aplicación de la costumbre por los tribunales es vista como conforme a derecho, aunque la constitución escrita no contenga facultamiento alguno al respecto» (ibíd., p. 233); ni lo faculte en general la constitución (material) jurídico-positiva (ibíd., p. 236). El caso incluye la posibilidad de que se considere conforme a derecho «la aplicación de un derecho consuetudinario que derogue el derecho legislado». En un supuesto así, la autorización para aplicar costumbres, incluso *contra legem*, viene también de una costumbre. Pero esta costumbre no puede explicarse como una parte de la constitución material jurídico-positiva, aunque tiene como función regular la producción normativa, porque de otro modo tendría que fundamentarse en ella misma y habría *petitio principii*, sino que ha de explicarse como parte de la constitución lógico-jurídica presupuesta (ibíd., p. 237)[49]. La conclusión de este argumento es que, en último término, la conformidad o disconformidad de las normas con el derecho no depende de lo que dispongan al respecto la constitución formal o la constitución material, sino de lo que es aceptado de hecho y –precisamente para dar cuenta de este hecho– ha de presuponerse respaldado por la constitución lógico-jurídica. Y esta conclusión es aplicable a los PGD igual que a la costumbre. En efecto, el argumento de Kelsen conduce a afirmar que cuando en un orden jurídico se aceptan los PGD como fuente de normas válidas, aunque no lo autorizan o lo desautorizan las normas positivas, incluida la Constitución formal, hay que presuponer que lo autoriza la norma fundante básica de ese orden jurídico[50].

49. Al abrir la posibilidad de que en un orden jurídico se presuponga la validez de una constitución escrita y a la vez la de una costumbre que autoriza a soslayarla, Kelsen complica su estrategia de explicar la unidad de los sistemas jurídicos remitiendo a su norma fundante. Como advirtió Raz (2009, p. 129), si la observación determina que hay dos conjuntos de normas efectivas, uno consuetudinario y otro promulgado, la teoría de Kelsen no puede establecer si forman un sistema con la misma norma fundante o no.

50. Hay que advertir que Kelsen no llega a la conclusión de que los PGD son fuente de normas jurídicas, sino que por el contrario lo niega, incurriendo a mi juicio en una contradicción. Por un lado, como acabamos de ver, admite que en un orden jurídico puede ser costumbre constitucional, cuya validez hay que presuponer, aceptar como derecho normas que el derecho positivo no ampara. Por otro lado, en cambio, sostiene que solo son derecho las normas positivas que prescriben actos coactivos; y más específicamente, que no son derecho los principios meramente implícitos. Según explica, los principios morales, políticos o éticos que influyen en las autoridades productoras de derecho se pueden considerar

En definitiva, al admitir Kelsen la necesidad lógica de presuponer validez jurídica a la constitución material que de hecho se acepta como válida, su teoría implica que el criterio de validez de un orden jurídico es su regla de reconocimiento y no su constitución formal. Por ello Kelsen no es un buen aliado para combatir el argumento que explica la validez de las normas implícitas por referencia a la regla de reconocimiento. Su teoría también conduce a afirmar que los PGD son fuente de normas válidas cuando los jueces y tribunales actúan como si lo fuesen. La diferencia crucial entre las teorías de Kelsen y Hart es, claro está, que Kelsen da por supuesta la validez de la constitución material del orden jurídico efectivo para evitar el salto lógico de fundamentarla en algún hecho, mientras que Hart considera innecesario explicar la validez de la regla de reconocimiento del orden jurídico y se conforma con dar cuenta de su existencia y funcionamiento (Hart 1961, p. 105; trad. 1980, p. 135).

La tesis que defiendo también es contraintuitiva respecto de la idea muy difundida de que la publicidad de las normas es un requisito ineludible para su juridicidad (con independencia del artículo 9.3 CE). Esta intuición la teorizó Fuller (1969, p. 39), quien defendió que una de las ocho condiciones que ha de cumplir un sistema jurídico para serlo propiamente es la publicidad de sus normas, una propiedad moral que ha de poseer mínimamente y también debe ser impulsada (es una aspiración además de un deber)[51]. Pues bien, el derecho español refuta la tesis de que no hay normas jurídicas carentes de publicidad, porque los operadores jurídicos con autoridad para demarcar qué normas son o no derecho incluyen en él normas implícitas. Esto es, la regla de reconocimiento del derecho español admite normas sin publicidad; y no sería de extrañar que ocurra lo mismo en otros sistemas jurídicos.

Es sabido que Fuller discrepó de Hart respecto a cómo establecer qué es o no derecho, y por ello las tesis de Fuller sobre la condición de publicidad son refutadas por la teoría de la regla de reconocimiento solo si esta explica mejor lo que llamamos «derecho», como defiendo. Mientras que Fuller explica el derecho basándose en intuiciones acerca de cómo debe ser para cumplir bien la función que se le supone (regular la conducta humana con normas) –lo cual le lleva a postular la condición de publicidad y otras–, Hart explica el derecho basándose en cómo funciona y se vive de hecho; y

jurídicos, pero no son derecho si no son normas «que disponen actos de coacción específicos, producidas de un modo determinado por el derecho» (Kelsen, 2018, p. 138). Tenemos, pues, que Kelsen no considera derecho los principios no positivados, pero tendría que admitir que los principios son derecho cuando en el orden jurídico se ven como derecho, igual que lo admitió respecto de la costumbre *contra legem*. Así las cosas, Kelsen está en la tesitura de muchos juristas. Por una parte, niega que los principios implícitos sean normas del derecho hasta que son positivados en las leyes o por los jueces y tribunales al decidir casos. Por otra parte, sin embargo, no puede negar que los principios implícitos son normas del derecho ya antes de ser positivados cuando es un hecho que es así como se perciben en el orden jurídico.

51. Es discutible si Fuller negó naturaleza jurídica a toda norma sin promulgación o publicidad, pero lo parece (Centenera, 2016, p. 84). En todo caso, es una idea común que también compartí, razonando que al identificar el derecho habría que exigir un mínimo de accesibilidad para quienes están obligados por él, para que pudiesen seguirlo, lo cual descartaría las normas que carecen totalmente de publicidad.

creo que este segundo enfoque es superior. Dicho en términos simples, según Hart el derecho es lo que quienes lo usan creen que es, y no lo que creen los filósofos; y como quienes actualmente usan el derecho defieren el juicio sobre qué es o no derecho al criterio seguido en común por los jueces y otros pocos agentes, es este criterio el que al fin y al cabo determina qué es o no derecho.

Con todo, Hart (1961, p. 202) no tiene inconveniente en suponer que el derecho, en tanto en cuanto es visto como un medio de control social, posee en la práctica algunos de los rasgos que le atribuye Fuller, como la inteligibilidad. Esto lo toma Fuller (1969, p. 198) como una concesión que impide afirmar que el derecho se identifica con el Estado y que «cualquier cosa –incluso un gruñido o un gemido– es derecho solo con tal de que venga de una fuente identificada por la regla de reconocimiento»[52]. Pero la concesión es previsible, porque con la teoría de la regla de reconocimiento es inverosímil que en una sociedad moderna sea derecho cualquier cosa que emita una fuente autorizada. Es fácil observar que hay filtros de jerarquía, coherencia, inteligibilidad y otros que también forman parte de los criterios de validez. Pero aunque sea conveniente, sensato y natural que las normas tengan ciertas propiedades, como la inteligibilidad, la publicidad o la irretroactividad, que estas propiedades sean condiciones para pertenecer al derecho no es una necesidad lógica, sino un hecho contingente, y más o menos previsible, causado por la regla de reconocimiento efectiva. Así, es improbable que un colectivo de juristas acepte como derecho un gruñido, pero los hay que aceptan normas sin publicidad. En definitiva, si los operadores jurídicos toman como derecho una norma porque satisface los requisitos de validez que ellos siguen como costumbre vinculante y aplican con la autorización o la aquiescencia del grupo social, entonces choca con la evidencia y no sirve de explicación –es excéntrico– afirmar que esa norma no es derecho porque incumple algún requisito, como la publicidad, postulado por el teórico como una exigencia lógica o moral. En cambio, no parece que la publicidad de las normas se tome en la práctica de los juristas como una condición imprescindible para reconocerlas como derecho.

52. Por desgracia, la tesis ridícula que Fuller no quiso atribuir a Hart se me ha atribuido a mí (Peña Freire, 2019, p. 36), aunque en este punto me limito a seguir a Hart. La atribución se debe a haber escrito que si todos los operadores jurídicos consideran que ciertas normas son válidas, «parece excéntrico afirmar que tales normas son derecho solo si cumplen en una medida misteriosa ciertas exigencias formales añadidas» (Rodríguez-Toubes, 2001, p. 232). A mi modo de ver hay un abismo entre esa idea y afirmar que es derecho cualquier cosa que emita una autoridad reconocida, y lamento la confusión. Lo único que sostenía y sostengo –siguiendo a Hart– es que los criterios de validez jurídica son los que emplean en la práctica para identificar el derecho los operadores jurídicos autorizados socialmente para ello (criterios que parecen requerir bastante más que la procedencia de una autoridad reconocida), y no los criterios supuestamente esenciales que los filósofos deducen de la naturaleza de las cosas.

4. REFERENCIAS

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés (trad.)). Centro de Estudios Constitucionales. [Orig. *Theorie der Grundrechte*, 1986].

Alonso, J. P. (2018). *Principios implícitos*. Marcial Pons.

Alonso Vidal, H. J. (2012). Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *35*, 157.

Arce y Flórez-Valdés, J. (1990). *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Civitas.

Atienza, M., y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho : Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.

Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios* (L. Criado Sánchez (trad.)). Marcial Pons. [Orig. *Teoria dos Princípios,* 2003]. https://doi.org/10.2307/jj.2321986

Beladiez Rojo, M. (1994). *Los principios jurídicos*. Tecnos.

Brandom, R. B. (1994). *Making It Explicit : Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. Harvard University Press.

Centenera Sánchez-Seco, F. (2016). La promulgación de las normas en el pensamiento de L. Fuller: Una lectura a propósito del ordenamiento jurídico actual. *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, *25*(1), 73-99. https://doi.org/10.15304/dereito.25.1.3047

Díez-Picazo, L. (1993). *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho* (3ª ed.). Ariel.

Festinguer, L. (1957). *A Theory of Cognitive Dissonance*. Stanford University Press. [Hay trad. esp. de J. E. Martín Daza: *Teoría de la disonancia cognoscitiva*, Instituto de Estudios Políticos, 1975]. https://doi.org/10.1515/9781503620766

Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law* (2ª ed.). Yale University Press. [1.ª ed. 1964; con trad. esp. de F. Navarro: *La moral del derecho*, Trillas, 1967].

García Amado, J. A. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. Tirant lo Blanch.

García Figueroa, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

González Lagier, D. (1998). Los presupuestos ontológicos del Derecho: (a propósito de una crítica de Rafael Hernández Marín a la «concepción estándar del Derecho»). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *21-v1*, 369-395.

Gordillo Cañas, A. (1990). *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho*. Centro de Estudiios Ramón Areces.

Guastini, R. (1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial (P. Andrés Ibáñez, trad.). *Jueces para la democracia*, *34*, 39-46.

Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press.

Hart, H. L. A. (1980). *El concepto de derecho* (G. R. Carrió (trad.); 2ª ed.). Editora Nacional.

Hernández Marín, R. (1998a). *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Marcial Pons.

Hernández Marín, R. (1998b). Réplica a «Los presupuestos ontológicos del Derecho», de Daniel González Lagier. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *21-v1*, 397-410. https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.20

Hernández Marín, R. (2021). *Teoría general de las decisiones judiciales*. Marcial Pons.

Jerez Delgado, C. (2005). Publicidad de las normas y técnica legislativa en la sociedad de la información. *Anuario de Derecho Civil*, *58*(2), 765-812.

Kelsen, H. (1991). *Teoría pura del derecho* (R. Vernengo (trad.)). Porrúa – UNAM. [Orig. *Reine Rechtslehre, 2. Auflage*, 1960].

Kelsen, H. (2018). *Teoría general de las normas* (M. Á. Rodilla (trad.)). Marcial Pons. [Orig. *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979 (ed. póstuma, de R. Metall].

Mostowlansky, T. y Rota, A. (2020). Emic and etic. En F. Stein (ed.), *The Cambridge Encyclopedia of Anthropology*. En línea: http://doi.org/10.29164/20emicetic.

Peña Freire, A. M. (2019). *Legalidad y orden jurídico : El debate sobre la legalidad del exterminio nazi*. Atelier.

Prieto Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas : Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales.

Radbruch, G. (1930). *Introducción a la ciencia del derecho* (L. Recasens Siches (trad.)). Revista de Derecho Privado. [Orig. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Quelle & Meyer, 1910].

Raz, J. (1990). *Practical Reasons and Norms* (2ª ed.). Princeton University Press. [Hay trad. esp. de J. Ruiz Manero: *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991].

Raz, J. (2009). *The Authority of Law* (2ª ed.). Oxford University Press. [1.ª ed. 1979, con trad. esp. de R. Tamayo y Salmorán: *La autoridad del Derecho*, UNAM, 1985 (2.ª ed.)].

Reinoso Barbero, F. (1987). *Los principios generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Dykinson.

Rodríguez Boente, S. E. (2008). *Los Principios Generales del Derecho*. Universidade de Santiago de Compostela.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2000). El punto de vista jurídico y los jueces. En R. Ortega García (ed.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica: ensayos contemporáneos* (pp. 143-191). Tirant lo Blanch.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2000). *Principios, fines y derechos fundamentales*. Dykinson / Universidad Carlos III de Madrid.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2001). La relevancia conceptual y valorativa de la moral interna del derecho. *Derechos y libertades, 10*, 215-232.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2021). La excepción del absurdo en la interpretación de la ley. En J. A. García Amado y J. A. Sendín Mateos (eds.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos* (pp. 289-317). Tirant lo Blanch.

Ross, A. (1994). *Sobre el derecho y la justicia* (G. R. Carrió (trad.); 5ª ed.). EUDEBA.

Ross, A. (2019). *On Law and Justice* (J. v. H. Holtermann (ed.); U. Bindreiter (trad.)). Oxford University Press. [Orig. *Om Ret og Retfærdighed*, 1953]. https://doi.org/10.1093/oso/9780198716105.001.0001

Santaolalla López, F. (1998). Artículo 91. Sanción y promulgación de las leyes. En Ó. Alzaga Villaamil (ed.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, vol. VII* (pp. 419-455). Edersa.

Stalnaker, R. C. (1999). Pragmatic Presuppositions. En *Context and Content : Essays on Intentionality in Speech and Thought* (pp. 47-62). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/0198237073.003.0003

Tardío Pato, J. A. (2011). *Los principios generales del Derecho*. Bosch.

Tarello, G. (1966). Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, *XLIII*, 349-357.

Tarello, G. (2011). El «problema» de la interpretación: una formulación ambigua. En S. Pozzolo y R. Escudero (eds.), & M. Fernández Pérez (trad.), *Disposición vs. Norma* (pp. 111-127). Palestra.

Villar Palasí, J. L., y Suñé Liñás, E. (1996). Artículo 9. El estado de derecho y la constitución. En Ó. Alzaga Villaamil (ed.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, vol. I* (pp. 467-582). Edersa.

Wróblewski, J. (1989). *Sentido y hecho en el derecho* (J. Igartua y F. J. Ezquiaga (trads.)). Universidad del País Vasco.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 349-380
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.13

La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual

Sexuality and the Concept of Sexual Consent

Silvina Alvarez Medina

Autor:
Silvina Alvarez Medina
Universidad Autónoma de Madrid, España
silvina.alvarez@uam.es
https://orcid.org/0000-0003-0210-1051

Recibido: 6/7/2022
Aceptado: 29/11/2022

Citar como:
Alvarez Medina, Silvina (2023). La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 349-380. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.13

Financiación:
Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto *Teorías de la justicia y derecho global de los derechos humanos*. Financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI). Referencia del proyecto/ AEI/10.13039/501100011033.

Agradecimientos:
Agradezco a Ángeles Ródenas por su lectura atenta, así como por sus comentarios en torno a la noción de conceptos interpretativos, que me sirvieron para indagar en el consentimiento a la luz de los mismos; agradezco también a Carolina de Miguel por su lectura y comentarios.

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Silvina Alvarez Medina

Resumen

Este trabajo se propone mostrar que una adecuada comprensión de los delitos sexuales requiere un conocimiento certero del entorno social y cultural que nutre los roles –y los estereotipos– de varones y mujeres en sus interacciones sexuales. Con este propósito se aborda, en primer lugar, la sexualidad de los varones y las mujeres en las relaciones heterosexuales, como partes de una práctica compartida que, sin embargo, se desarrolla desde posiciones y aproximaciones diferentes. El artículo se detiene en la noción de consentimiento, cuya invocación se ha convertido en la llave maestra para la resolución de los conflictos sexuales. Se perfilará la diversa configuración del consentimiento en la sexualidad heterosexual, según se asuma la posición de los varones o de las mujeres. En la segunda parte del trabajo se indagará en los conceptos jurídicos interpretativos, para ofrecer una explicación de la diversidad interpretativa que adquiere el consentimiento sexual, reflejo del estándar dual, femenino y masculino, de libertad sexual. Se pondrá de manifiesto, así, el alcance interpretativo del concepto, que se traducirá en dos concepciones del consentimiento sexual.

Palabras clave: sexualidad; libertad sexual; consentimiento sexual; conceptos jurídicos interpretativos.

Abstract

The article shows a proper comprehension of sexual crimes requires an accurate knowledge of social and cultural roles and stereotypes regarding sexual intercourse. Accordingly, heterosexual sexuality is analysed first, pointing out sexuality as a shared practice, nonetheless differently developed by men and women. Consent is the main issue of analysis in the article, which reveals a different configuration depending on positional roles and sexual status.

The second part of the article focuses on interpretive legal concepts and offers an explanation of various interpretations of sexual consent, which reflect the sexual double standard. An interpretive concept arises from the analysis, which allows two conceptions of sexual consent.

Keywords: sexuality; sexual liberty; sexual consent; legal interpretive concepts.

A word is dead
When it is said,
Some say.
I say it just
Begins to live
That day.
Emily Dickinson (poema 1212)

La sexualidad de las mujeres pasa a un primer plano en el ámbito jurídico cuando su libertad es atropellada en lo que conocemos como agresiones sexuales o violación, hoy delitos contra la libertad sexual. La valoración de los elementos que componen y caracterizan este tipo de atropellos lleva algunos años siendo objeto de estudio y de cambios en la literatura jurídica, así como en la jurisprudencia y la legislación. Estos cambios en la valoración han ido en paralelo, aunque con distancia, a la evolución social y política en relación con el reconocimiento de la capacidad de autonomía de las mujeres para decidir sobre su vida sexual y, en consecuencia, para ser reconocidas como sujetos de derecho también a este respecto. De tal modo, para proteger contra la lesión de ese bien que es la libertad sexual es necesario conocer aquello que se quiere proteger, es decir, conocer qué es y cómo se expresa la sexualidad libre. Sin embargo, la protección de la libertad sexual no ha logrado aún expresarse de una manera satisfactoria. Muestra de esta insatisfacción son las manifestaciones sociales que en España han llamado la atención sobre la falta de sintonía de amplios sectores de la sociedad con algunas decisiones jurídicas en la materia[1], así como el debate entre juristas y políticos, que ha llevado a la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)[2].

1. Ver al respecto las numerosas aportaciones realizadas en torno al caso de La Manada, entre ellas, Faraldo Cabana y Acale Sánchez (2018).
2. Dicha ley fue precedida del *Proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, ver en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1.PDF, que a su vez fue precedido del *Anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, ver en https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf

Para un análisis del concepto de consentimiento en el citado Anteproyecto, ver Peramato Martín, 2020; ver también Marcilla Córdoba (2021); para un análisis del concepto de consentimiento en el citado Proyecto, ver Cancio, 2022.

A lo largo del tiempo, el derecho ha abordado la sexualidad de manera muchas veces torpe, sesgada, a menudo a través de una lectura complaciente con estereotipos, mitos patriarcales y, en general, presupuestos social y culturalmente alimentados, pero no contrastados con la experiencia original de las mujeres. El primer error jurídico tal vez estribe en haber configurado penalmente los delitos sexuales, primero como delitos contra el honor, ahora como delitos contra la libertad sexual, sin abordar conjuntamente el estudio y configuración de la libertad sexual como bien jurídico protegido, como libertad constitucional y derecho humano[3]. Este torpe punto de partida hace que el ámbito de la libertad sexual, sus espacios de reconocimiento y garantía, su dimensión objetiva así como los diversos ámbitos de su expresión individual, permanezcan en un terreno de gran indeterminación y desconocimiento por parte de los operadores jurídicos. Para comprender mejor esta carencia, puede pensarse en la protección de otras libertades fundamentales como puede ser la libertad de expresión. Repertorios extensos de jurisprudencia y literatura académica se han encargado a lo largo de los siglos y en diversos contextos jurídicos, de construir una caracterización precisa y cuidada de los ámbitos de protección de dicha libertad –la expresión de creencias religiosas, ideología o ideas políticas, la expresión artística, científica, cultural, libertad de cátedra, entre otras. Vastas bibliotecas de análisis y resolución de conflictos han ido configurando también los perfiles particulares de la libertad de expresión, que se ponen especialmente de manifiesto en los casos de conflictos con otros derechos; piénsese en la extensa jurisprudencia y bibliografía sobre el conflicto entre libertad de expresión y derecho a la intimidad, o entre libertad de expresión y derecho al honor, o en la configuración de delitos de odio cuando la expresión puede incitar reacciones violentas o soliviantar a amplios sectores de la sociedad, especialmente cuando se trata de cuestiones sensibles para grupos discriminados o vulnerables. El desarrollo amplio y pormenorizado que en los sistemas jurídicos occidentales han alcanzado numerosos derechos fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión, dista mucho del desarrollo del derecho de libertad sexual.

Propongo en este artículo repasar algunos presupuestos que alimentan el debate jurídico sobre la libertad y el consentimiento sexuales, así como algunos tropiezos y equivocaciones que han acompañado su desarrollo normativo y jurisprudencial. Es difícil que el derecho pueda diseñar herramientas jurídicas certeras o adecuadas para la resolución de los conflictos que se presentan en este terreno, si previamente la comunidad jurídica no realiza una reflexión más extensa sobre la sexualidad y sus significados para las personas, sobre cómo la abordan sus protagonistas, y sobre el entorno social y cultural que nutre los roles –y los estereotipos– de varones y mujeres en sus interacciones sexuales. Empezaré refiriéndome a la sexualidad de los varones y las mujeres en las relaciones heterosexuales, como partes de una práctica compartida que, sin embargo,

3. Sobre la protección constitucional del derecho de libertad sexual, ver Alvarez Medina, 2021, cap. 7.

se desarrolla desde posiciones y aproximaciones diferentes. A continuación, señalaré algunos hitos en el reciente recorrido realizado en materia de construcción de conceptos jurídicos vinculados a la caracterización –tipificación en el ámbito penal– de las conductas sexuales. Me detendré principalmente en el consentimiento, cuya invocación se ha convertido en la llave maestra para la resolución de los conflictos sexuales. Este desarrollo abundará en la idea antes mencionada sobre los sesgos y, en buena medida, el desconocimiento en el que se ha asentado gran parte de la construcción jurídica en torno a la sexualidad. Se perfilará entonces la diversa configuración del consentimiento en la sexualidad heterosexual, según se asuma la posición de los varones o de las mujeres. En la segunda parte del trabajo se indagará en los conceptos jurídicos interpretativos, para ofrecer una explicación a las diversas manifestaciones que se atribuyen al consentimiento sexual. Sostendré la necesidad de reformular el consentimiento sexual heterosexual atendiendo al estándar dual, femenino y masculino, de libertad sexual. Se pondrá de manifiesto, así, el alcance interpretativo del concepto, que se traducirá en dos concepciones del consentimiento sexual.

1. LA SEXUALIDAD

1.1. Desarrollo y configuración del deseo y la interacción sexuales

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, la sexualidad expresa diversos aspectos de la vida de las personas, incluidos aspectos «somáticos, emocionales, intelectuales y sociales» que confluyen de manera positiva en el desarrollo de la personalidad de los individuos, así como de la construcción de la comunidad[4]. Para ahondar en esta definición, resulta pertinente indagar en los conocimientos que aportan disciplinas no jurídicas en torno a la sexualidad de varones y mujeres. Desde la psicología se ha señalado lo que se conoce como el «doble estándar» o la diferente valoración que se hace de un mismo acto o comportamiento sexual, según que se trate de un chico o una chica, un varón o una mujer[5]. Nicole M. Else-Quest y Janet Shibley Hyde ofrecen una detallada exposición de los estudios más importantes realizados sobre la sexualidad femenina y señalan las diferencias que dichos estudios han registrado en la forma en que mujeres y varones conciben y practican su sexualidad, al focalizar en cuestiones como el orgasmo, la masturbación, el sexo ocasional, la excitación, los materiales sexuales y el desarrollo

4. Ver el documento de la Organización Mundial de la Salud, *Defining Sexual Health: Report of a Technical Consultation on Sexual Health*, 28-31 de enero de 2002, Ginebra; citado en Todd, 2021, p. XV.
5. Ver la extensa bibliografía al respecto, citada en Else-Quest y Hyde, 2022, p. 293; ver también Denmark, Carulli Rabinowitz y J. Sechzer, 2016, pp. 244-251; estas últimas ofrecen un desarrollo histórico de la configuración del doble estándar sexual, así como algunos indicadores del mismo, a través de lo que denominan «la dicotomía Madonna-puta» y «la exhaltación de la virginidad y la fidelidad femeninas».

sexual, entre otros. Diversos estudios demuestran la muy diferente iniciación sexual de los y las adolescentes, seguida de la también diferente disposición sexual por parte de varones y mujeres. Basándose en diversos estudios, Else-Quest y Hyde afirman que los aspectos de su sexualidad sobre los que las adolescentes hablan con mayor frecuencia son los relacionados con la posibilidad de quedar embarazadas y las violaciones que suceden tras una cita –*date rape*–, y agregan:

> «Está ausente de sus conversaciones cualquier reconocimiento de que las adolescentes puedan en verdad experimentar deseo sexual. La psicóloga Michele Fine (1988) ha llamado a esto «el ausente discurso del deseo.» (Else-Quest y Hyde, 2022, p. 294)[6]

Al ser confrontados unos y otras con sus experiencias de deseo y placer sexual, las encuestas realizadas revelan que «las chicas tienden a experimentar menos placer que los chicos en su primera relación sexual» (Else-Quest y Hyde, 2022, p. 295). Al indagar en los aspectos sociales y culturales que rodean estas diferencias, las autoras afirman que «el deseo sexual de los chicos ha recibido más atención que el deseo sexual de las chicas, mientras que los riesgos sexuales y sus consecuencias negativas han sido representados más frecuentemente para las chicas que para los chicos» (2022, p. 295)[7]. Las autoras apuntan también otros estudios sobre «la dinámica de poder» presente en los encuentros entre chicos y chicas; afirman que en ocasión de concertar una cita, las chicas más que los chicos se sienten a menudo incómodas o susceptibles de ser criticadas y agregan:

> «Sentirse juzgadas fue relacionado con una sensación de falta de poder en la interacción. La falta de poder significa que una mujer podría llevar a cabo un acto sexual solo para complacer al varón o ceder a la presión para tener relaciones sexuales» (Else-Quest y Hyde, 2022, p. 296)[8]

Estas diferencias en relación con la vivencia adolescente de la sexualidad son constatadas también por el trabajo de Rosario Ortega *et al.*, que incide en que, aunque tanto ellas como ellos manifiestan haber sido víctimas de algún tipo de violencia sexual, chicas y chicos interpretan la violencia, su alcance y manifestación, de manera diferente:

> «Mientras que ellas parecen vivir este tipo de victimización de forma emocionalmente intensa, como un ataque a su dignidad personal, ellos tienden a subestimar el hecho e incluso a no considerarlos como verdaderas agresiones, sobre todo si provienen de chicas,

6. Otro estudio de referencia en la materia también señalado por las autoras es el de D. L. Tolman y S. I. McClelland, «Normative sexuality development in adolescence: A decade in review, 2000-2009». *Journal of Research on Adolescence*, 21, 2011, pp. 243-255; ver también Denmark, Carulli Rabinowitz y Sechzer, 2016, p. 248.
7. Estas conclusiones se extraen del trabajo realizado por S. P. Joshi et al., «Scripts of sexual desire and danger in US and Duch teen girl magazines: A cross-national content analysis. *Sex Roles*, 64, 2011, pp. 463-474, un estudio comparado de las revistas para adolescentes en los Estados Unidos y los Países Bajos.
8. El estudio de referencia fue realizado por H. H. Kettrey en campus universitarios de los Estados Unidos; ver Kettrey, H. H. «What's gender got to do with it? Sexual double standards and power in heterosexual college hookups». *Journal of Sex Research*, 53, 2016, pp. 754-765.

> en cuyo caso, como se ha dicho, podrían ser recibidos como expresión del interés sexual de éstas hacia ellos (Hand y Sánchez, 2000). Esta diferente perspectiva influiría en la afirmación y reconocimiento por parte de unos y otras de ser víctimas de agresión sexual; mientras para ellas sería más duro expresarlo, ellos lo harían de forma desinhibida (Jackson, 1999; Menesini y Nocentini, 2008; Ortega et al., 2008; Timmerman, 2002).» (Ortega *et al.*, 2011, p. 105)[9]

El doble estándar sexual se consolida y transmite a través de la socialización y los mensajes que reciben las y los jóvenes sobre la sexualidad. F. Denmark, V. Carulli Rabinowitz y J. A. Sechzer se refieren a estos mandatos sociales con la denominación de «el guion sexual»[10], para señalar el tipo de mensaje que moldea la identidad heterosexual. Para ahondar en esta línea ofrecen diversos estudios que señalan que las chicas son instruidas en la vinculación entre el sexo y el amor más que los chicos, que ellos con mayor frecuencia toman la iniciativa para el contacto sexual mientras ellas se preparan para responder a tales iniciativas, y que «los varones más que las mujeres suelen buscar el atractivo físico en sus parejas, mientras las mujeres más que los varones ofrecen atractivo físico a sus parejas (Deaux & Hanna, 1984; Harrison & Saeed, 1977)» (Denmark, Carulli Rabinowitz y Sechzer, 2016, p. 250).

A estas diferentes sensibilidades en materia sexual, que acompañan el desarrollo adolescente y la juventud, sigue una experiencia de la sexualidad adulta que se configura diversamente en varones y mujeres, a través de acciones y comportamientos a los que unos y otras llegan por vías muy diferentes. Esta dualidad respecto de la iniciación, desarrollo y sensibilidad sexuales, sin embargo, no siempre se representa con claridad cuando se aborda la sexualidad en diversos contextos sociales, incluido el jurídico. Katherine Franke afirma que el terreno de la sexualidad ha sido históricamente «colonizado» por los varones, en la medida en que han sido ellos quienes han protagonizado mayormente la sexualidad activa o propositiva, quienes han moldeado las pautas de relación sexual a partir de sus propios patrones de deseo. Al hablar de sexualidad se utilizan usualmente los referentes y significados masculinos sobre el deseo y el placer. Franke se interroga sobre la posición de la sexualidad femenina en este escenario y afirma:

> «Casi completamente, los varones han colonizado el terreno de la sexualidad que excede a la reproducción como un lugar de ellos y sobre ellos. Las películas, las publicidades, la moda, son en gran medida proyecciones de las fantasías masculinas ¿Qué implicaría, para las mujeres, apropiarnos un poco de este exceso cultural? Así como hemos aceptado que la orientación sexual no es meramente un fenómeno natural, ¿estamos dispuestas a explorar hasta qué grado nuestras pasiones, fantasías, deseos secretos y no tan secretos son el producto del mundo en el que vivimos? Judith Walkowitz ha observado que «las mujeres (…)

9. Para ilustrar estos aspectos de las relaciones sexuales entre adolescentes, resulta de interés el detallado análisis de los hechos y los relatos de la víctima y el acusado en un caso de violación entre adolescentes, expuesto en Oberman, 2013, sobre el que se volverá más adelante.
10. El término *sexual scripts* fue acuñado en los '70 por Laws y Schwartz; ver Denmark, Carulli Rabinowitz y Sechzer, 2016, p. 249.

> no experimentan simplemente una pasión sexual y 'naturalmente' encuentran las palabras para expresar esos sentimientos». En lugar de eso, las cosas que experimentamos como nuestros propios deseos son en gran medida el producto de una compleja combinación de un sistema de fuerzas sociales externas y convenciones personalizadas internas que residen en nuestro subconsciente.» (Franke, 2001, p. 311 y ss.)

De acuerdo con Franke, y en contraste con la sexualidad masculina hegemónica, los estándares tradicionales y más extendidos de sexualidad femenina vinculan el deseo de las mujeres a aspiraciones románticas o de maternidad:

> «Vale la pena notar que un retrato suave de la sexualidad femenina que se opone a la dureza de la sexualidad masculina, al igual que la inclinación a reducir las preguntas de la sexualidad a cuestiones de parentesco o maternidad, se corresponde con la descripción dominante de las sexualidades femeninas y masculinas que proveen los sexólogos tradicionales y que ha sido rigurosamente criticada por las feministas e investigadoras *queer*. De acuerdo con Rebecca Young, la mirada que predominaba hasta hace poco menos de veinte años atrás caracterizaba la sexualidad femenina como 'romántica, no genital, pasiva, monógama y no abierta a una expresión autónoma. En este estereotipo, la mujer normal era tan casta que su excitación podía nombrarse apenas tímidamente como sexual; era más bien una respuesta puramente emocional: deseo romántico.' El material que Young examina revela que 'el deseo sexual femenino y su expresión no es tanto un fin en sí mismo, como es un medio para satisfacer otras necesidades y deseos: amor y maternidad'.» (Franke, 2001, p. 311 y ss.)

La caracterización que resulta así de la sexualidad femenina y masculina se refiere, como se afirma en los párrafos transcritos, a tendencias dominantes o mayoritarias, que de ningún modo niegan la diversidad individual y el universo de casos diferentes que la realidad y los contextos plurales proporcionan. Por el contrario, se trata de comprender el horizonte de significados con los que se forja esa diversidad individual, inevitablemente condicionada por la historia, la cultura y las pautas, estándares y modelos de relaciones heterosexuales heredados o transmitidos[11]. Si echamos un rápido vistazo hacia atrás, observamos un momento de la historia reciente que marcó un giro importante en la percepción social de la sexualidad; tal fue la llamada revolución sexual de los años 60 y 70 del siglo pasado, momento en el que se produjeron importantes confluencias políticas y sociales, que desembocaron en la llamada «revolución sexual». Aunque a menudo se presenta ese momento como el giro de tuerca que permitió la liberación de las mujeres respecto de la represión y la censura sexual precedente, estudios más recientes coinciden en subrayar que no se indagó entonces tanto en el deseo y el placer

11. La visión dominante de la sexualidad permea tanto en las mujeres como en los propios varones. Las condiciones del patriarcado ejercen su influencia sobre unos y otras, también en lo que respecta a los patrones de sexualidad y el predominio de la posición masculina; sobre la presión que sobrellevan los varones jóvenes para demostrar su heterosexualidad y actuar conforme a los patrones de sexualidad masculina, ver Todd, 2021:176. En tal sentido, se hace muy necesario el estudio de las masculinidades. Agradezco la puntualización sobre este particular que me hiciera uno de los evaluadores o evaluadoras anónimas.

femeninos, cuanto se reforzaron los estándares de deseo y placer masculinos, abriendo las puertas para que las mujeres participaran del mismo[12].

Desde la indagación filosófica, Raja Halwani analiza la cosificación de la otra persona a través del deseo sexual presente en las interacciones íntimas, y las diferencias que a este respecto revelan varones y mujeres. Este análisis se sustenta en la filosofía moral kantiana, con independencia de la objetivación en el marco de la estructura patriarcal –tal como la presentan algunas autoras feministas que entienden que la sexualidad, con su componente de cosificación, es la expresión del sometimiento de las mujeres. En ese primer sentido, kantiano, la cosificación tiene lugar toda vez que una persona es deseada exclusiva o principalmente para la satisfacción del placer sexual (Halwani, 2020, 2.2.2.). Halwani considera también la repercusión de la sexualidad masculina y femenina en relación con la cosificación de la otra persona:

> «Los varones experimentan el deseo sexual con mayor frecuencia e insistencia que las mujeres, aunque ambos se parecen en lo que se refiere al disfrute de la actividad sexual (Ogas y Gaddam 2001; caps. 3 y 4; Symons 1979:179; Wertheimer 2003:38-46). Así, los varones podrían estar envueltos en más episodios de cosificación sexual que las mujeres dado que los varones piensan más sobre sexo, miran más a otras personas con deseo sexual y se excitan más fácilmente también solo visualmente. Aunque durante la actividad sexual ambos cosificarían en cierta medida sexualmente a la otra persona de manera muy similar, en general los varones cosificarían sexualmente más a las mujeres de lo que ellas lo harían con los varones. Los varones también consumen mucha más pornografía (hetero y gay) que las mujeres, y así se involucrarían en mucha más cosificación sexual que las mujeres (al mirar personas en la pantalla, al mirar personas que se presentan como meros objetos sexuales, etc.). Tal vez sea en este sentido que la pornografía permite que las mujeres (y los varones, como objetos del deseo de otros varones) sean cosificadas, no tanto en el sentido feminista […]» (Halwani, 2020, 2.2.2.)

No pretendo detenerme aquí en el análisis del deseo sexual como emoción que entraña necesariamente, o no, la instrumentalización de la otra persona para la satisfacción exclusiva del autointerés sexual y la consumación del propio placer, es decir, la cosificación del otro. Me interesa, en cambio, y en la línea apuntada desde el inicio de este trabajo, resaltar las diferencias a este respecto entre la formación del deseo que experimentan, a grandes rasgos y mayoritariamente como aproximación sociológica, varones y mujeres. Estas diferencias tienen su génesis, como se apuntó más arriba, en una diferente evolución sexual durante la adolescencia y juventud, que se gesta en el marco de las más amplias diferencias históricas, sociales y culturales entre varones y mujeres. Tras ese inicio sexual dual –guiado por estándares distintos en lo que respecta a la búsqueda de placer corporal y genital, formación del deseo y consumación o satisfacción del propio deseo–, se fragua un doble estándar sexual, femenino y masculino respectivamente, también en lo que respecta a la sexualidad heterosexual adulta. Mientras las mujeres

12. Ver Todd, 2021, p. 115; Cobo, 2015, pp. 9-17; Alvarez Medina, 2021, pp. 115-117.

guían más frecuentemente su deseo llevadas por ideas románticas y sentimentales, los varones objetivizan o cosifican más frecuentemente a las mujeres como medio para su satisfacción sexual.

Halwani señala cómo esta idea de la cosificación sexual de las mujeres a través de la mirada sexual masculina ha sido más recientemente caracterizada por algunas autoras como *derivatization*, un neologismo con el que se quiere poner el acento precisamente en la «representación de la sexualidad femenina como reflejo de los deseos sexuales de los varones» (2020, 2.2.2. *in fine*), que según la autora pondría también de manifiesto la dimensión intrincadamente relacional de la sexualidad. En otras palabras, la *derivatización* o *derivación*, apuntaría al hecho de incorporar a las mujeres en la representación de la sexualidad, pero hacerlo homologando sus deseos y placer a los estándares de satisfacción masculina. El protagonismo masculino en las relaciones sexuales ha sido la constante en una cultura de la sexualidad conformada históricamente en torno a la satisfacción del deseo masculino. La posición de la mujer como suministradora de placer sexual masculino determinó la construcción de modelos, estereotipos, aspiraciones, fantasías y horizontes de satisfacción sexual masculina que han tenido a las mujeres como objeto. En este proceso, la sexualidad femenina ha quedado supeditada a la búsqueda y satisfacción del placer sexual masculino, lo que ha determinado la construcción de la primera como derivado del segundo. En otras palabras, la sexualidad como práctica íntima que se enmarca en prácticas sociales más extensas, así como sus significados culturales asentados a través de procesos históricos de construcción del deseo y el placer sexuales, se habría configurado con el protagonismo masculino y la participación necesaria pero controlada y dirigida de las mujeres.

1.2. La recepción jurídica de la sexualidad: consentimiento y contrato

El protagonismo masculino en la configuración de los criterios de satisfacción sexual ha relegado el conocimiento de la sexualidad femenina –sus referentes de deseo y placer, así como sus formas de exteriorización y realización–, que se ha construido principalmente a través de la mirada masculina y centralmente como subproducto de la misma[13]. También el derecho se ha hecho eco de esta cultura masculina de la sexualidad. Esto ha llevado a varias autoras a afirmar la necesidad de emprender una reflexión jurídica que incorpore la perspectiva de las mujeres al momento de interpretar los comportamientos sexuales violentos[14]. Volver a pensar la sexualidad desde la posición de las mujeres es una tarea pendiente.

13. Algunas autoras prolongan la construcción masculina de la sexualidad hasta incluir la violación como parte de la misma, es decir, inscriben la violación en la cultura masculina de satisfacción sexual; ver Whisnant sobre A. Dworkin, 2017, 3.2.
14. Ver Franke, 2001; Whisnant, 2017.

En este sentido, Franke propone plantear la sexualidad de las mujeres más allá de los parámetros tradicionales y desde la experiencia íntima femenina. La autora señala el debate que desató el movimiento *queer* como ejemplo del tipo de reflexión y debate que debería inaugurase en torno a la sexualidad femenina, capaz de descubrir lo que ha estado velado o vedado: proponer prácticas y significados desde la experiencia femenina, la exploración del deseo, el placer, el erotismo y la sexualidad de las mujeres a partir de la experiencia de las propias mujeres –esta experiencia podrá ser o no heterosexual, aunque aquí nos centraremos en la sexualidad heterosexual. La autora traslada esta reflexión al ámbito del derecho, y propone un análisis de la sexualidad que no se agote en las estrategias de definición de la sexualidad no consentida, la que no debe ser, la que es rechazada por las mujeres por violenta, invasiva, forzada. Franke aboga por realizar un ejercicio en positivo, en la medida en que el conocimiento del tipo de prácticas que las mujeres buscan o propician en sus interacciones sexuales –«las complejas formas en que la negación, la vergüenza, el control, la prohibición, la cosificación y el poder pueden posibilitar o capacitar el deseo y el placer»– redundará en mejores diseños jurídicos en relación con las prácticas no consentidas (Franke, 2001, p. 311 y ss.).

Así, construcciones sociales sesgadas o parciales sobre el deseo y el placer, han propiciado que se forjasen algunos lugares comunes sobre la forma en que varones y mujeres se comunican sexualmente. Lois Pineau identifica en su trabajo estos lugares comunes, a los que denomina «mitos» o creencias arraigadas en la sociedad. La autora describe el escenario de los encuentros sexuales como un espacio en el que se tejen ambigüedades e inseguridades que, a veces, pueden concitar errores más o menos velados. Pineau recoge las interpretaciones que se hacen de los gestos rodeados de silencio, de las palabras no pronunciadas que se suponen insinuaciones. Estos significados construidos a partir de la incomunicación y el silencio han ido configurando, según Pineau, una estética del deseo y del placer que refuerza los roles de varones y mujeres en torno a la dominación y la sumisión, respectivamente (2013, p. 465)[15].

Pineau desgrana y explica los mitos que con frecuencia salen a la luz en los casos de violación que se presentan ante los tribunales, principalmente en torno a la defensa de los acusados; podemos sintetizar y enunciar dichos mitos de la siguiente manera:

1) «Ella me lo pidió», frecuentemente asociado a una actitud «provocativa» de la mujer (1996, pp. 10-11).
2) Los varones tienen una naturaleza especialmente agresiva e insistente en relación con la sexualidad (1996, p. 11).

15. Ver también Todd, 2021, p. 223; sobre el sustrato patriarcal de la violencia contra las mujeres, las actitudes sexistas, los estereotipos y los mitos en torno a la violencia sexual, ver Lameiras, Carrera y Rodríguez, 2011, pp. 23-26.

3) La sexualidad masculina desarrolla una progresión que, a partir de un momento, revela una necesidad sexual incontrolable; las mujeres, en cambio, contienen el deseo más naturalmente (1996, p. 11).
4) Las mujeres han estado históricamente educadas para una sexualidad orientada al matrimonio y la maternidad; aunque la sexualidad femenina es ahora más libre, sigue existiendo un condicionamiento cultural que lleva a menudo a que «las mujeres quieran ser permisivas sexualmente, al tiempo que se inclinan por sacrificar este deseo en pos de fines más elevados», todo lo cual hace que persista «el mito de que ellas quieren que las violen» (1996, p. 12).
5) Como parte de una concepción sobre la «dinámica del placer sexual» basado en buena medida en la «insistencia masculina», se construye el mito según el cual el perpetrador de la violación «conoce cómo causar ese placer independientemente de cualquier información que ella pueda transmitir al respecto» (1996, pp. 12-13).
6) Como consecuencia de «esta creencia en la destreza masculina no comunicativa» se desarrolla «una concepción del placer sexual que surge de intercambios sin palabras y del éxito sexual que ocurre en un espacio de silencio significativo»; un espacio propicio para los errores (1996, p. 13).

Los mitos que describe Pineau inciden en la caracterización de la sexualidad femenina a través del deseo y la búsqueda de placer masculinos. Tal caracterización se plasma en las evocaciones de la mujer provocadora, la mujer que reprime el propio deseo o el varón llamado a insistir para provocar el placer femenino. Obsérvese que estas configuraciones o construcciones sobre qué es el deseo, que apunta Pineau, se corresponden con lo señalado más arriba en relación con la colonización de la sexualidad femenina por las aspiraciones sexuales masculinas. Los mitos que identifica Pineau ofrecen una explicación de la disposición sexual femenina conforme con las expectativas masculinas. Se trataría precisamente de lo que antes se presentó como la derivatización o representación del deseo de las mujeres aplicando las categorías que definen el deseo de los varones. En otras palabras, una interpretación de la sexualidad femenina como derivado o complemento de la sexualidad masculina.

El corolario de mitos y creencias sobre la interacción sexual heterosexual lleva a Pineau a formular algunas premisas normativas sobre las que se asienta el relato que a menudo se construye en torno a la defensa en casos de violación, fundamentalmente que «las personas deberían mantener los acuerdos que hacen» y que «la conducta sexualmente provocativa, llevada más allá de un cierto punto, genera acuerdos» (1996, p. 13). Vemos la aparición de un elemento normativo vinculado al deber de cumplimiento de las expectativas generadas con el propio comportamiento. Aparecen así el acuerdo y el consentimiento, en tanto generadores de obligaciones, como sucede en los casos de contrato. En primer lugar, y para valorar la pertinencia de la equiparación entre los acuerdos que se van trabando en una relación íntima y los acuerdos de otro tipo,

conviene que nos detengamos en la noción de contrato, ya que podría confundirse el concepto de consentimiento contractual con el de consentimiento sexual o en las relaciones íntimas. El contrato vincula el consentimiento a la idea de que se ha expresado una voluntad de acuerdo que exige un cumplimiento o un curso de acción no susceptible de ser evitado o reformulado. Conforme al derecho civil, el «acuerdo de dos o más voluntades»[16] para formar un consentimiento único aglutina ambas voluntades en la expresión de un común acuerdo. La declaración de dicha voluntad vincula a las partes en el contrato. A pesar de que existen semejanzas entre una y otra manifestación de voluntad, el objeto de la relación sexual consentida no puede, por sus propias características, depender de una única manifestación de voluntad, ya que esta puede variar a lo largo del desarrollo de las relaciones pre-sexuales o sexuales en cuestión. La propia configuración de la relación, como algo dinámico, sujeto a cambio, comunicación y confirmación, hace que la voluntad deba actualizarse a lo largo de la relación según se avance hacia un encuentro sexual íntimo.

A pesar de estas diferencias, sobre la base de los mencionados mitos y confusiones se ha construido una idea arraigada de relación sexual que aplica el modelo de la «obligación contractual», según el cual la seducción de un encuentro desembocaría en un acuerdo de sexualidad de obligado cumplimiento (Pineau 2013, pp. 470-471). Este modelo encierra errores evidentes. En primer lugar, una relación sexual constituye una forma compleja de interactuar, que se compone de numerosas acciones, comportamientos, comunicaciones verbales y no verbales. Aferrar consecuencias necesarias o, en los términos de Pineau, «obligaciones contractuales» o asimilables, a un primer acto de seducción o insinuación sensual o erótica, es un *non sequitur*. En general, resulta poco intuitivo, y difícil de justificar desde la perspectiva moral y jurídica, que se pueda exigir el cumplimiento de expectativas que se basan en la continuidad o permanencia de la reciprocidad emocional, cuando no se cumple dicho requisito emocional. Pineau sostiene que el comportamiento sexual tiene lugar sobre la base de «construir el umbral necesario de deseo», poniendo en acción los necesarios pasos «preliminares», todo lo cual requiere grados importantes de control sobre los propios actos, capacidad de expresión y comunicación, para mantener a lo largo de todo el tiempo que dure la interacción pre-sexual y sexual, un testeo recíproco de la disposición de la otra persona (2013, pp. 471-472).

En segundo lugar, este proceso de interacción está mediado por los aspectos vinculados al género, a la estructura histórico-social-cultural, así como por los estereotipos sexuales que alimentan los señalados mitos sobre la sexualidad de varones y mujeres. De tal modo, el proceso resultante se realiza en un contexto de fuertes asimetrías que hace laboriosa la manifestación de consentimiento y, más aún, la construcción de un consenso. Lejos de poder aplicarse los más previsibles presupuestos de una relación

16. Sobre el consentimiento contractual y su regulación en el código civil español (art. 1262.I CC y ss.), ver M. J. Marín López, 2020, p. 668 y ss.

contractual, las relaciones íntimas avanzan en un terreno predominantemente incierto y con gran carga emocional, que se confronta y debate con el corset de significados que proporciona el entorno. Este escenario aleja la sexualidad de las obligaciones contractuales, desterrando la posibilidad de exigir el cumplimiento de expectativa alguna que no sea revalidada en cada momento de la relación. Sumado a esto, hay que añadir el doble estándar sexual de varones y mujeres –reseñado en el apartado anterior–, que refuerza y vuelve a dibujar importantes asimetrías en el desarrollo de la práctica sexual.

Estos argumentos abundan en la distancia entre el consentimiento contractual y el consentimiento sexual. Aquello que se quiere expresar con la noción de consentimiento sexual dista mucho de aquello que el concepto de consentimiento expresa en otros ámbitos jurídicos. Dadas las dificultades que la noción de consentimiento acarrea cuando se traslada de otros ámbitos del derecho al ámbito de la intimidad sexual, Pineau propone cambiar los presupuestos sobre los que se interpretan los encuentros sexuales entre varones y mujeres, para sustituirlos por una «sexualidad comunicativa», que entraña cambiar los falibles códigos de silente seducción cargada de ambigüedad, por un «sistema de señales» atento a la reciprocidad o falta de ella; la autora llega así a afirmar que tal comunicación debe ser la antesala del consentimiento[17], configurándose lo que Pineau denomina el consentimiento como «cooperación en curso», es decir, a través de una actitud activa y de una indagación certera, un consentimiento que deberá ser buscado y constatado antes que sobreentendido o supuesto. De tal modo, cuanto más riesgo de provocar daños conlleven las prácticas sexuales adoptadas (por ejemplo, porque se realicen prácticas sadomasoquistas, existan relevantes diferencias de edad o se trate de sexo entre más de dos personas), mayor debería ser la comunicación y la confirmación de señales, en definitiva, mayores deberían ser los testeos de aceptación o confirmación mutua. Nótese que este enfoque supera la concepción del consentimiento como autorización o permiso que se espera de la mujer, considerándola así como la parte pasiva de la relación, tal como lo ha descrito John Gardner (2018, p. 55)[18]. Así, la noción de consentimiento unilateral es reemplazada en la propuesta de Pineau por una acción conjunta encaminada a la realización también conjunta del acto o comportamiento sexual, en la medida en que la comunicación prospere en tal sentido.

Recapitulando, hemos expuesto la práctica de la sexualidad heterosexual como una práctica compleja y dual, que hunde sus significados en patrones culturales heredados,

17. La autora se detiene en lo que denomina «el modelo comunicativo de sexualidad», centrado en la necesidad –moral– de respetar el deseo de la otra persona, indagando en el ritmo o tempo del mismo, así como en su modalidad (Pineau, 2013, p. 478).
18. Para un análisis más extenso de la propuesta de Gardner, ver Alvarez Medina (2020:294-296; 2021: cap. 4); en la misma línea de comunicación genuina e interesada en las expectativas, deseos e intenciones de la otra persona, que se inscribe lo que he denominado en otro lugar como consentimiento kantiano, es decir, el que surge de tomar en consideración a la otra persona, lo cual, en el terreno de la sexualidad, implica indagar en las intenciones del otro en relación con el contacto corporal íntimo, ver Alvarez Medina, 2020, pp. 287-296; 2021, pp. 121-123.

algunos de los cuales han cristalizado en estereotipos y mitos fuertemente anclados en el deseo masculino. La centralidad de la experiencia sexual masculina ha postergado el conocimiento y la construcción jurídica de estándares que tomen en consideración la experiencia femenina de la sexualidad. Varones y mujeres viven sus interacciones y experiencias sexuales heterosexuales de manera diferente, como evidencia su también diferente desarrollo adolescente y su sexualidad adulta. Para superar la incertidumbre y ambigüedad que genera la presencia de mitos asentados en un modelo patriarcal de la sexualidad, he analizado y propuesto estándares comunicativos para la interpretación y valoración de la interacción sexual. Esta propuesta, sin embargo, podría no resolver completamente los desajustes que genera el «doble estándar» sexual de varones y mujeres, que amenaza con frustrar o malograr la comunicación. Conviene entonces avanzar hacia una caracterización más precisa del consentimiento sexual expresado en el curso de una relación íntima y explorar sus diversos significados.

2. EL CONSENTIMIENTO SEXUAL: INTERPRETACIÓN Y CONCEPCIONES

Para poder trazar el concepto de consentimiento debemos rastrear los criterios que lo definen en el contexto de la práctica sexual de la que forma parte. El consentimiento sexual es una forma particular de consentimiento que, como hemos visto, aunque pueda guardar algunas similitudes con el consentimiento tal como aparece en el derecho de contratos –o en otros ámbitos jurídicos, como el biosanitario–, reviste unas características específicas. Ante todo, el consentimiento sexual no puede ser ajeno a la dimensión relacional de la sexualidad; qué se consiente y respecto de quién son aspectos de la relación sexual que se definen contextual y relacionalmente. En las relaciones heterosexuales, la posición que varones y mujeres ocupan en la estructura social será un factor importante ya que, como hemos visto en los apartados anteriores, unos y otras realizan itinerarios diferentes hacia la sexualidad. A su vez, estas dimensiones contextual y relacional hacen del consentimiento un concepto de contornos no definidos de manera taxativa en cuanto a las formas de manifestación. El consentimiento será así interpretado en cada supuesto atendiendo a aquellos aspectos que están en el núcleo del concepto pero que no cierran las diversas formas de expresión o manifestación. El doble estándar sexual tendrá su reflejo en el consentimiento sexual, a través de distintas concepciones e interpretaciones diversas que habrá que tamizar a la luz del contexto histórico, social y cultural, de las circunstancias concretas de cada caso, y de las protecciones y garantías que revistan, en su caso, la indagación judicial.

Antes de profundizar en el concepto de consentimiento, su interpretación y concepciones, hay que destacar algunos aspectos de las relaciones sexuales heterosexuales que resultan relevantes para el derecho y que por tanto la regulación jurídica deberá tomar en cuenta para desplegar protecciones eficaces. Aproximarse al consentimiento sexual requiere conocer las interacciones heterosexuales y sus significados. En primer

lugar, resulta imprescindible distinguir dos momentos en el desarrollo de las relaciones sexuales, que conviene explicitar. Estos dos momentos o instancias se refieren, por un lado, a las *relaciones pre-sexuales*, es decir, al conjunto de intercambios, gestos, actitudes, palabras u otras formas de manifestación del interés o deseo por la otra persona, y, por otro lado, a las *relaciones propiamente sexuales*, es decir, al contacto corporal explícito, incluido el contacto genital y el coito. Los conflictos que llegan a los tribunales se producen con mayor frecuencia al pasar de lo que podríamos denominar juegos, intercambios o insinuaciones pre-sexuales, a conclusiones sobre las intenciones propiamente sexuales, es decir, aquellas que comprometen de manera directa la interacción corporal, el contacto íntimo y la cópula sexual. Aunque los primeros podrían ser el preámbulo de las segundas, esto no tiene que ser siempre así y de hecho no lo es; el pasaje de los intercambios pre-sexuales a las intenciones propiamente sexuales puede no producirse y, por tanto, no basta constatar los primeros para esperar o confirmar la presencia de las segundas. Así, los hechos que nutren los conflictos judiciales surgen con frecuencia de la falta de comunicación no ya en el terreno pre-sexual, sino en el terreno propiamente sexual, en el que se requiere renovar la comunicación y realizar nuevas constataciones. Hay que tener en cuenta que los desencuentros se hacen aún más significativos en las relaciones entre adolescentes y personas jóvenes, que a menudo se enfrentan con experiencias sexuales que son nuevas para ellas.

En ocasión del análisis de un mediático caso judicial norteamericano, el caso *In re John Z.*[19], Michelle Oberman resalta las dificultades que experimentan los y las adolescentes para calibrar el alcance de los actos pre-sexuales: ¿qué significa un beso? ¿A qué compromete? Algunos estudios muestran que a menudo las mujeres jóvenes tienen dificultades para resistir verbal y corporalmente las propuestas de los varones, a lo que se suma el deseo de evitar una discusión, un enfado o una reacción que las aleje de la actitud compasiva, de complacer o agradar al otro (Oberman, 2013, p. 392). Esto

19. Los hechos de este caso, objeto de análisis en el mencionado artículo de M. Oberman, tuvieron lugar en 2003, e involucraron a adolescentes de 17 años, una chica y dos chicos, uno de los cuales resultó condenado por violación. El caso tiene interés especial ya que consideró probado el conocimiento por parte del condenado del no consentimiento de la víctima, no obstante haberse dado la circunstancia de que ella se encontrara en una habitación de su casa, tras haber entrado voluntariamente y permanecido en la misma –ella mantenía una relación sentimental con el amigo del condenado, también presente en la vivienda. El contexto en el que el condenado entró desnudo a la habitación en la que se encontraba la víctima, se aproximó a ella, le propuso mantener relaciones sexuales y avanzó sobre el cuerpo de la víctima, no obstante la negativa de ella, configuraron un escenario en el que el condenado tuvo oportunidad de conocer la resistencia de Laura, a pesar de lo cual persistió en la consumación del acto sexual. El caso se centra en la ausencia de «consenso afirmativo» por parte de Laura, ya que, a pesar de no haber opuesto resistencia física, y no obstante su permanencia en la habitación donde se consumaron los hechos, manifestó en diversas oportunidades que no quería mantener la intimidad sexual que proponía el condenado. Aunque algunos entendieron que se trató de un caso de retirada del consentimiento otorgado en un primer momento, según Oberman se trató más bien de un caso de sexo entre adolescentes, en el que el condenado sacó provecho de la inexperiencia y vulnerabilidad de la joven; ver Oberman, 2013, pp. 370; 375; 384 y ss.)

nos habla de un espacio de comunicación a menudo incompleta, nutrida de intensas emociones que pueden conducir a acciones no siempre auténticas o en sintonía con dichas emociones, toda vez que confluyen también factores contextuales y culturales. De tal modo, a veces se llega a situaciones en las que se aceptan propuestas de contenido sexual y se avanza hacia intercambios sexuales no queridos, aunque tácita o explícitamente consentidos, es decir, escenarios en los que el consentimiento expresado no está avalado por el deseo o la intención genuina, opacada esta por el contexto de desigualdad –asimetrías de poder, posición social, capacidad de decisión y expresión. En estos casos, las expectativas sociales, los mandatos culturales, la persuasión ambiental o personal, sumados a la vulnerabilidad o dependencia de una de las partes respecto de la otra, sirven para desplazar la comunicación y el acuerdo. En el reciente trabajo sobre aproximaciones criminológicas a la sexualidad, Fanghanel, Milne, Zampini, Banwell y Fiddler (2021) indagan en los significados del consentimiento sexual y las insuficiencias del concepto para dar cuenta del contenido positivo de la sexualidad. En este trabajo se refieren a recientes investigaciones sobre comportamiento sexual femenino, que ponen de manifiesto conductas sexuales «problemáticas», en tanto revelan patrones de conducta sexual femenina guiada por estándares de deseo y placer sexual masculino, es decir, que descuidan o postergan el deseo y el placer propios (2021, p. 76). En consonancia con lo apuntado en el apartado anterior, el consentimiento aparece desligado del deseo o la intención sexual, lo que llevaría a situaciones de seudoconsentimiento, es decir, un consentimiento en nombre del deseo del otro, tal vez un consentimiento vicario. En otras palabras, estos comportamientos y actitudes vuelven a poner en primer plano el doble estándar presente en las interacciones y prácticas sexuales heterosexuales, sobre el que, sin embargo, el derecho, su regulación jurídica e interpretación judicial, no ha dedicado suficiente atención.

En segundo lugar, cabe recordar que el derecho ha avanzado en el terreno de las agresiones sexuales sin un conocimiento adecuado de la sexualidad femenina y de las relaciones sexuales heterosexuales desde la perspectiva de las mujeres. Tal vez esta sea la razón de la lenta adecuación de la legislación y la jurisprudencia a caracterizaciones más certeras de las agresiones sexuales. Como ha señalado Susan Estrich en su trabajo pionero sobre violación, las legislaciones y la jurisprudencia sobre agresiones sexuales han insistido durante mucho tiempo en la presencia de fuerza o amenazas como elemento necesario para poder acreditar la conducta delictiva (2010, pp. 67-71). A su vez, dicha fuerza debía ser resistida por la víctima con señas físicas visibles para poder completar el cuadro probatorio (Estrich 2010:72-73). Solo muy recientemente en la evolución del tratamiento de los delitos contra la libertad sexual aparece el consentimiento como elemento nuclear para dirimir la responsabilidad penal, persistiendo, sin embargo, una gran confusión, mitos y errores, en torno a sobre qué se debe consentir, cómo se espera que se exprese dicho consentimiento y qué tratamiento se debe dar a los aspectos que revisten dicho consentimiento, como la comunicación, la participación activa

en la consecución del consenso, etc.[20]. Este recorrido en la construcción de conceptos debe seguir perfeccionándose. También debe perfeccionarse la caracterización de los delitos contra la libertad sexual. De manera persistente las estadísticas registran cifras de agresiones sexuales que señalan como víctimas a las mujeres y como perpetradores a los varones en casi el 99% de los casos[21]. Estas cifras deberían ser tenidas en cuenta en el diseño de instrumentos jurídicos adecuados para afrontar la situación social que tales cifras revelan. Resulta artificioso configurar una herramienta jurídica, cuyo objetivo es reflejar y perseguir unos actos que producen un daño significativo a un bien jurídico protegido, sin tener en cuenta una característica tan relevante como es la que se refiere a los sujetos activo y pasivo de los actos en cuestión. De manera creciente, en las últimas décadas, nuestros ordenamientos jurídicos se han mostrado cada vez más receptivos a una perspectiva de género capaz de contribuir a una mejor configuración de los conceptos y categorías jurídicas, es decir, una configuración más acorde con los hechos sobre los que actúa el derecho[22].

2.1. El alcance interpretativo del concepto de consentimiento sexual

La dimensión contextual y relacional del consentimiento que se ha desarrollado en los apartados anteriores establece un margen para que, en cada situación específicamente configurada, el intérprete jurídico deba establecer su alcance y significado. Para desgranar el concepto de consentimiento en estos términos aparentemente más laxos o menos ceñidos a criterios precisos o cerrados, puede resultar útil recurrir a la idea de «concepto interpretativo» que propone Ronald Dworkin para entender conceptos –algunos de

20. Sobre la evolución de la configuración de los delitos de agresión sexual en el derecho penal español, ver Cancio (2022). Sobre la centralidad del consentimiento en el tratamiento de las agresiones sexuales, se ha señalado que esta excesiva atención ha pasado por alto la importancia de atender a otros elementos que suelen estar presentes, como la autonomía reducida, la fuerza o intimidación o la instrumentalización; sobre esta perspectiva, ver Lacey, 1998, p. 54; Alvarez Medina, 2021, pp. 125-133.
21. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) de España para 2020, de un total de 447 condenas por delitos sexuales, 442 recayeron sobre varones y solo 5 sobre mujeres, lo que indica que cerca del 99 % de los delitos sexuales han sido perpetrados por varones. Para una clasificación más detallada de las condenas según tipología delictiva, ver https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=28750#!tabs-tabla. Estas cifras señalan la pertinencia de indagar en la posible configuración género específica del delito de violación, como existe en algunos ordenamientos jurídicos –como el británico o el irlandés–, y como se hace en el ordenamiento jurídico español en relación con los delitos de violencia en la pareja –configurados por la ley 1/2004.
22. Este enfoque se aprecia en los denominados delitos género específicos, como los incorporados al código penal español con la ley 1/2004 de violencia de género; sobre delitos sexo específicos, ver Añón y Mestre (2005); sobre la configuración de género de los delitos sexuales, ver Lacey, 1998, p. 57; Alvarez Medina, 2021, pp. 133-146. La perspectiva de género permite trazar los contornos de la libertad sexual como bien jurídico protegido, despojándolo de antiguos criterios de la moral positiva como el honor de los varones, la reputación familiar o las costumbres patriarcales, ver Rosario de Vicente Martínez, 2018, p. 210; Cancio, 2022, A.1).

ellos con connotaciones morales– que forman parte de nuestra teoría política y jurídica (2006, p. 12). Dworkin se ha referido en varios de sus trabajos a la distinción entre 1) conceptos «criteriales» o basados en criterios, 2) conceptos de tipo natural y 3) conceptos interpretativos[23]. De manera resumida, los primeros aluden a aquellos conceptos respecto de los cuales se consigue un consenso porque están estructurados en base a unas pautas que los definen con suficiente precisión, lo que permite una utilización relativamente segura de los mismos: ejemplos de este tipo de concepto podrían ser las definiciones, generalmente muy precisas, a decir de Dworkin, de la geometría –como en el caso del triángulo equilátero–, u otras definiciones, menos precisas, como las de las ciencias sociales, que son objeto de cambios y reformulaciones contextuales y temporales –como en el caso del matrimonio–. Los conceptos naturales, tal vez los más sencillos de identificar, tienen una referencia o estructura fáctica en el mundo físico, la naturaleza o la biología: encontramos ejemplos en la zoología, la botánica, la geología, las ciencias naturales. Por último, los conceptos interpretativos, se mueven en un terreno de mayor vaguedad, que requiere actualizar con cada práctica nuestra reflexión sobre su alcance y los ejemplos más claros aparecen con las nociones que entrañan un componente evaluativo, como sucede en el terreno de la moral –justicia, bondad–, o elementos normativos en torno a los cuales existe un espacio amplio para el desacuerdo, como en la política y el derecho (Dworkin, 2006, pp. 9-12; 2011, pp. 158-160).

Al igual que los conceptos de tipo natural y de los que refieren a criterios, también los conceptos interpretativos sirven para dar cuenta del mundo en el que interactuamos. Todos los conceptos se refieren de manera más o menos directa, más o menos mediata, a una práctica compartida que permite identificarlos, sea a través de la referencia a aquellas características que surgen de la observación –como en el caso de los conceptos naturales–, de la cristalización de pautas que se reflejan en la interacción sostenida y consolidada –como en el caso de los conceptos criteriales–, o de la construcción de nociones complejas, respecto de las cuales podemos identificar algunos rasgos nucleares, pero cuyo desarrollo admite diversas elaboraciones –como en el caso de los conceptos interpretativos–. Así, vemos que la práctica adquiere protagonismo en la configuración de conceptos interpretativos y criteriales, y en los primeros más que en los segundos, en la medida en que la proyección de la propia posición dentro de la práctica revela matices diversos de la misma. La distinción entre conceptos criteriales e interpretativos puede plantearse, al menos en algún sentido, como un continuo en el que, de un lado, los criterios aparecen más nítidamente identificados y dejan por tanto menos espacio a la interpretación de la práctica compartida, mientras que, del otro lado, los criterios son menos o menos precisos, son a veces ellos mismos objeto de desacuerdo e interpretación.

23. Otras clasificaciones de los conceptos los agrupan diversamente; por ejemplo, siguiendo la propuesta de filósofos de la ciencia, José Juan Moreso distingue entre conceptos clasificatorios o cualitativos, conceptos comparativos y conceptos métricos, y señala que en las ciencias jurídicas se utilizan de manera predominante los conceptos clasificatorios (Moreso, 1995, pp. 364;370).

Cuando estamos en presencia de un concepto interpretativo, y a diferencia de lo que sucede con los conceptos criteriales y más claramente con los naturales, no basta con que se consigne la estructura o los criterios usados para identificarlos en los casos concretos (2006:11-12). Incluso cuando compartimos referentes y usos que son comunes dentro de una misma comunidad de usuarios o partícipes de una práctica, pueden persistir desacuerdos. En palabras de Dworkin,

> «No estamos de acuerdo porque interpretamos las prácticas que compartimos de manera diferente […]» (2011, p. 6)

En el ámbito jurídico, estos desacuerdos se manifiestan de manera más aguda respecto de aquellos conceptos que entrañan una fuerte carga valorativa o moral –claramente las nociones de justicia o democracia, así como los conceptos constitucionales llamados «esencialmente controvertidos»[24]–, aunque en distinto grado casi todos los conceptos jurídicos pueden verse sometidos bajo algunas circunstancias o dados determinados conflictos, a disputas interpretativas[25]. Estas mismas circunstancias del desacuerdo obligan a que la interpretación se pronuncie sobre la práctica en cuestión, ofreciendo no solo una versión del concepto, sino también una versión de la práctica; al decir de Dworkin:

> «Una teoría útil sobre un concepto interpretativo debe ser ella misma una interpretación, que es muy probable que sea controvertida, de la práctica en la que figura el concepto» (2006, p. 12)

De modo que compartir una práctica no garantiza que exista una unidad interpretativa respecto al modo en que se concretan instancias particulares de la práctica. Siguiendo el análisis de W. B. Gallie sobre conceptos esencialmente controvertidos, Marisa Iglesias afirma que los aspectos interpretativos de los conceptos jurídicos que encierran controversia se ponen de manifiesto a través de sus dimensiones valorativa, de complejidad, argumentativa y funcional a una práctica social (2000, pp. 80-91). Estas características descritas por Gallie se encuentran presentes con frecuencia en los conceptos jurídicos, como en el caso del consentimiento sexual, que están inmersos en una práctica, de la que forman parte y que los redefine en la medida del propio carácter dinámico de la práctica: se pueden presentar, además, bajo diferentes caracterizaciones o revestidos de diversos ropajes lingüísticos o actitudinales; contienen múltiples facetas, son complejos; y forman parte de nuestro lenguaje no solo descriptivo sino también y fundamentalmente normativo, concitan valor y apuntan hacia formas de corrección[26].

24. Ver Gallie, 1956; Iglesias, 2000.
25. Ver Plunkett y Sundell, 2013, pp. 252-253.
26. Ver Gallie, 1956, pp. 171-171. Aunque Gallie se refiere con estas características a los que denomina «conceptos esencialmente controvertidos», considero que tales características resultan aplicables también a los conceptos interpretativos de Dworkin. La diferencia entre unos y otros puede radicar en lo que Gallie denomina las condiciones de justificación de los primeros, a saber, la existencia de un referente ejemplar cuya autoridad se reconoce, y la competencia entre las diversas interpretaciones o usos del concepto que abonan la pervivencia del referente (1956:180-181). Conceptos como la justicia,

El concepto de consentimiento sexual se fragua y adquiere significado como parte de la práctica sexual. Compartimos una idea, un concepto, sobre la sexualidad y cómo el deseo, la seducción, el erotismo o el placer se ponen en acto en instancias específicas, a través del acuerdo, el consenso o el consentimiento respecto de su realización. La sexualidad como forma de interacción se configura socialmente a través de formas culturales que se proyectan sobre ella. Si nos centramos específicamente en la sexualidad heterosexual, nos encontramos con una práctica sexual cuya configuración, como hemos visto, se haya fuertemente condicionada por la posición que varones y mujeres ocupan en la estructura social, en cuyo marco se gestan las prácticas sexuales. En esta configuración dual de la sexualidad heterosexual, varones y mujeres participan de posiciones diferentes que les abocan a la construcción de nociones que, aún compartiendo un núcleo de significados –en torno al deseo, la seducción, el placer, etc.–, proyectan concepciones específicas sobre la sexualidad y el consentimiento sexual.

En el caso de las relaciones heterosexuales debemos indagar en las particularidades de la sexualidad femenina y masculina respectivamente y evaluar cómo se configura el deseo, la seducción, el erotismo o el placer en unas y otros. Algunas pautas sobre esta construcción dual de la sexualidad las podemos encontrar en el modelo tradicional de roles y estereotipos, la adscripción de modelos de sexualidad más o menos vinculados a la estimulación emocional –a través por ejemplo de nociones sobre el romanticismo, el matrimonio, la fidelidad, la maternidad, etc.–, presente con mayor frecuencia en el caso de las mujeres, o a la estimulación corporal –a través de imágenes eróticas, exposición genital, consumo de pornografía, prostitución, etc.–, presente con mayor frecuencia en el caso de los varones.

Esta compleja construcción dual de la sexualidad y de sus correspondientes pautas y estándares para la comprensión de las interacciones sexuales, responde a una práctica también compleja. Es en el marco de esta práctica que debemos ubicar el consentimiento sexual y dilucidar su significado. Esto hace que, no solo nos encontremos con diversas interpretaciones en torno al concepto de consentimiento, sino que algunas nociones auxiliares para la argumentación judicial deban también ser utilizadas teniendo en cuenta dichas divergencias. Tal es el caso, por ejemplo, con la noción de razonabilidad, a veces invocada en casos de violación y utilizada como criterio para discernir si el curso de acción seguido por el agresor y el seguido por la víctima están o no en el abanico de acciones que pueden esperarse de la persona razonable. La noción de razonabilidad suele tomarse como un criterio único u objetivo. Como apunta R. Whisnant en alusión a las observaciones de C. MacKinnon, tampoco está exento de

la democracia, el derecho, por ejemplo, reflejan estas condiciones de justificación a lo largo de una trayectoria, una historia del concepto que da cuenta de ellas. Los conceptos interpretativos en el sentido dworkiniano que aquí estamos utilizando, no requerirían esta dimensión de referente, ejemplaridad o competitividad. En una acepción tal vez más dependiente de la práctica social o política, se trata de conceptos fuertemente inmersos en una práctica que provoca las diversas versiones o entendimientos del concepto que se nutre de ella.

problemas este recurso a la noción de razonabilidad, o a un estándar razonable sobre qué actos o comportamientos son entendidos como manifestación de consentimiento, ya que también en este caso es probable que dicho estándar se revista de consideraciones distintas según que se asuma el punto de vista de los varones o el punto de vista de las mujeres en la práctica de la sexualidad; el análisis de razonabilidad y lo que es esperable exigir al «varón razonable» está presente en la valoración judicial del *mens rea*, el conocimiento del acusado respecto del no consentimiento de la víctima[27]. Frente a un estándar de razonabilidad único –a veces pretendidamente objetivo aunque construido desde la posición social dominante en el discurso jurídico–, se alzaría un «estándar de razonabilidad femenino» que permitiría una interpretación distinta de los mismos comportamientos:

> «por ejemplo, una conducta que los varones ven solo como flirteo, las mujeres podrían experimentarla como ofensiva o amenazadora, y mientras las mujeres podrían ver algunos avances o acercamientos como físicamente intimidatorios, los varones podrían verlos como agresivamente lujuriosos o apasionados.» (Whisnant 2017, 2.2).

En contraste con la propuesta de adoptar estándares diversos de razonabilidad, Hubin y Haely reconocen los matices de género, pero no se muestran partidarios de incorporar dos estándares diferentes de razonabilidad masculina y femenina. Los autores afirman que mientras introducir el punto de vista de la mujer razonable podría facilitar la explicación y justificación del comportamiento de las mujeres en los casos de agresiones sexuales, la necesaria incorporación del punto de vista del varón razonable facilitaría la prueba de la convicción del varón sobre el consentimiento de la mujer, es decir, la argumentación sobre *mens rea* (1999, pp. 130-131; 134). Así, estos autores se decantan por mantener un estándar objetivo de persona razonable, respecto del cual se puedan introducir matices interpretativos, así como los ajustes contextuales y de género que resulten pertinentes en cada caso (1999, pp. 133; 137). Esta aproximación vuelve, como vemos, sobre un concepto que no termina de asentar sus criterios de referencia, y que requiere renovarse y reinterpretarse. La interpretación contextualizada posibilitaría en estos casos tomar en consideración aspectos espaciales, temporales y relacionales, así como también aspectos más específicamente de género o relativos a las diferencias ya analizadas en relación con la sexualidad femenina y masculina.

Contra esta propuesta sobre el espectro interpretativo del concepto de consentimiento sexual, se podrían alzar diversas objeciones. Una primera observación o descontento podría apuntar que la matriz patriarcal de la sexualidad ha evolucionado en las últimas décadas, fundamentalmente en occidente, modificando el rol de las mujeres, su espacio para la toma de decisiones, y ha propiciado su progresivo empoderamiento, también en el ámbito de las relaciones sexuales heterosexuales. Tendríamos entonces dos frentes de divergencia en la interpretación, el relativo a la dimensión varón-mujer o

27. Ver Estrich, 2010, pp. 62-63; Whisnant, 2017, pp. 2.2.

variable de género, y el relativo a la evolución o cambio en los roles o variable temporal, que nos colocarían en una encrucijada interpretativa con variables múltiples. Para salir de ella, tal vez sea conveniente volver a la práctica de la sexualidad y a su interpretación en el marco de la práctica jurídica.

Marisa Iglesias señala que las controversias sobre el significado y el alcance de los conceptos que son objeto de importante controversia deben resolverse al interior de la práctica en la que se producen los desacuerdos. Entre las diversas respuestas que explora para resolver las divergencias, la autora se decanta por una resolución que admita el desacuerdo orientado por un concepto nuclear capaz de guiar hacia las respuestas más adecuadas –o correctas (2010, p. 101)– en el contexto de la práctica en cuestión; Iglesias se refiere a un «ejercicio holista» (2010, p. 100), que nos permita acercarnos progresivamente hacia la resolución del conflicto. La autora sintetiza la propuesta interpretativa dworkiniana en los siguientes términos:

> «Desde esta perspectiva, la pregunta por el significado es siempre interna a una práctica de uso. Dentro de esta práctica, cuál sea el uso correcto del término 'x' no puede independizarse de qué es para algo ser x. Y esta pregunta no es equivalente a la cuestión de qué es lo que comúnmente se acepta cómo x. A pesar de ello, el significado del término 'x' no trasciende nuestras creencias y capacidades epistémicas. En la línea interpretativa de Dworkin, cuando asignamos significado estamos desarrollando una concepción del concepto interpretativo. Este concepto es una idea general, abstracta e inarticulada acerca del propósito o valor de nuestro ejercicio colectivo.» (Iglesias, 2010, p. 98)

En esta línea argumental, el alcance del concepto de consentimiento en las relaciones sexuales heterosexuales debe dirimirse atendiendo a una práctica en la que participan, como se ha señalado ya, varones y mujeres con perspectivas que, aunque coincidan en algunos significados comunes, divergen en otros, para revestir los actos pre-sexuales y sexuales de diverso alcance y connotaciones. Volviendo a los términos de la caracterización dworkiniana[28], aunque en general estemos de acuerdo en que el consentimiento es valioso y debe formar parte de las relaciones sexuales, y en que el respeto de la libertad sexual requiere contar con la participación libremente manifestada de quienes intervienen en actos de carácter sexual, no estamos de acuerdo en cómo caracterizar, identificar o concretar dicho consentimiento en casos específicos. Más concretamente, a menudo se ponen de manifiesto discrepancias en torno a si determinadas actitudes –menos expresivas, más introvertidas, silentes– o circunstancias contextuales –el lugar del encuentro, la atmósfera intimidatoria, la presencia de más de dos personas, de más de dos varones– pueden matizar el sentido de las manifestaciones, es decir, pueden sumar o restar al consentimiento. El desacuerdo, por tanto, no está en el valor del consentimiento ni en su relevancia para la práctica de la sexualidad libre; tampoco está en los hechos o circunstancias que pueden haber tenido lugar en un caso concreto; el desacuerdo está, en cambio, en el contenido mismo que se atribuye a los hechos

28. Ver Dworkin, 2011, pp. 160-161.

–acompañados de las valoraciones que ser vierten sobre ellos– como reveladores de la satisfacción o no del consentimiento.

Las discrepancias en torno a los conceptos de esta índole, sin embargo, no pueden ser un obstáculo para dirimir los conflictos que se presentan en el seno de las prácticas que los albergan. Los conflictos interpretativos de este tipo, además de ser ellos mismos conflictos en torno a la dimensión valorativa que encierran, no se puede sustraer a los valores que guían el sistema jurídico y constitucional, expresados en principios que funcionan también como guías para la interpretación de la libertad sexual en las relaciones entre varones y mujeres. Estos principios y los valores que ellos expresan son fundamentalmente la igualdad, la capacidad individual de toma de decisiones y el respeto. En el ámbito de los derechos fundamentales, los avances en los derechos de las mujeres han señalado cada vez con mayor fuerza el peso de la igualdad como principio rector del sistema constitucional para dirimir los conflictos que se presentan a la justicia y que provienen de muy diversos ámbitos –laboral, político, reproductivo, familiar, de pareja, etc.–, incluido el de las relaciones sexuales. En este sentido, la práctica está guiada por valores que pueden servir de fiel de la balanza al momento de resolver conflictos entre soluciones rivales o divergentes, cuya génesis puede provenir de la diversidad interpretativa que se ha señalado[29].

El paulatino avance hacia relaciones de igualdad, respeto mutuo, capacidad de autonomía y elección para las mujeres en relación con su vida sexual, marca también un cambio en la práctica que progresivamente se quiere ajustar conforme a esos mismos valores de igualdad, respeto o capacidad de elección personal. Incluso asumiendo que estos conceptos morales son conceptos interpretativos, podemos identificar un núcleo compartido en dicha interpretación, en el sentido que propician prácticas no regidas por la dominación, el sometimiento o el daño. Puede resultar fructífero profundizar en cómo esos valores imponen un rumbo en la interpretación del consentimiento sexual. Más adelante volveremos sobre los valores y la orientación que la interpretación guiada por valores –o principios constitucionales– puede ofrecer, para dirimir interpretaciones conceptuales en conflicto.

Una segunda observación o descontento podría apuntar que la idea de conceptos interpretativos despierta perplejidad, especialmente en ámbitos como el derecho penal, en los que se espera que las normas proporcionen pautas inequívocas sobre el tenor de las conductas que el legislador ha considerado objeto de reproche y sanción. Sin embargo, mientras la aspiración por dotar de certeza a la ciudadanía en relación con la regulación es un objetivo legítimo e ineludible, no debería confundirse con la deliberación interna que llevan a cabo quienes se confrontan con la casuística judicial y deben

29. El entramado de valores que reviste la interpretación de la práctica sexual –a la luz de los cuales deben dirimirse las controversias– pone de manifiesto que no se trata solo de un concepto controvertido o que admite diversas concepciones, sino de un concepto interpretativo en el sentido de un concepto con una importante carga valorativa. Agradezco la señalización que sobre este particular y sobre los argumentos basados en la discrepancia me hiciera un evaluador o evaluadora anónima.

subsumir los casos en la generalidad de la norma. Esta tarea, que se realiza de manera circunstanciada y que entraña habilidades más técnicas, no resta a la norma certeza frente a la ciudadanía. Así lo expresa Jeremy Waldron, quien afirma que la mayor parte de las personas no necesitan extremar sus instrumentos interpretativos para comprender el alcance de las normas jurídicas:

> «Las ciudadanas y ciudadanos necesitan conocer qué demanda de ellos el derecho, pero esto no es necesariamente lo mismo que necesitar conocer exactamente hasta dónde se puede llegar sin que la propia conducta se convierta en una infracción. '¿Cuán cerca de la coerción puedo llegar con una mujer sin que cuente como una violación?' '¿Cómo de activa debe ser mi participación en la muerte de una persona para que se considere homicidio?' '¿Cuánto puedo engañar a un socio sin que llegue a ser fraude?' Una profesión jurídica que se plantee estas cuestiones u otras similares como si se tratase de asuntos cruciales para la comprensión que la ciudadanía en general debe tener del derecho, se encuentra ya embarcada en dificultades éticas.» (Waldron, 1994, p. 535)

Y agrega:

> «Lo mismo se podría decir de los argumentos sobre la pendiente resbaladiza y las líneas rojas, que se esgrimen en contra de la revisión de diversos delitos como el acoso sexual. Alguien para quien la pregunta importante sea '¿Cuánto podría flirtear con mi estudiante sin que se entendiese como acoso?', se encuentra ya en muy mala posición en relación con las preocupaciones que subyacen a la regulación del acoso.» (Waldron, 1994, pp. 535-536, n. 66)

Las afirmaciones de Waldron ofrecen un marco propicio para la reflexión jurídica en torno a cuestiones que tienen un significado moral importante para la convivencia social. Si la regulación jurídica sobre la violencia sexual se propone dirimir conflictos que alteran la convivencia respetuosa en el marco de las libertades individuales, entonces, para diseñar las normas jurídicas, debemos preguntarnos cómo hacer para captar el alcance de la violencia y la medida de la transgresión de la libertad que ella entraña, y diseñar normas que sirvan para restablecer un entendimiento social sobre estas cuestiones. Un buen diseño jurídico deberá ser capaz de transmitir este mensaje de reparación, al tiempo que ofrezca a las y los operadores jurídicos las herramientas para ejecutar mejor esos objetivos en cada caso, a través de las técnicas propias de la profesión.

2.2. Dos concepciones del consentimiento

Podemos ahora adentrarnos en las diversas versiones del consentimiento sexual que pugnan en el ámbito jurídico. Con frecuencia observamos argumentos encontrados sobre cómo deben interpretarse en sede judicial los hechos controvertidos, que podrían o no sentar las bases para la configuración del consentimiento[30]. Para la reconstrucción

30. Como ejemplo, y para un análisis de los controvertidos argumentos vertidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra en el caso de La Manada, ver P. Faraldo Cabana y M. Acale Sánchez, 2018.

de los hechos controvertidos resulta de especial importancia contar con conceptos capaces de captar el significado de las acciones que han tenido lugar. Sin embargo, el concepto de consentimiento y las nociones asociadas a él pueden presentar un ámbito extenso de desacuerdo. Tal desacuerdo puede rastrearse a través de la diversa comprensión que –como hemos visto en el apartado 1.1.– tienen varones y mujeres de la sexualidad heterosexual como práctica íntima, en la que a menudo confluyen distintas concepciones del deseo, el placer y la transmisión de mensajes erótico-sexuales encaminados a la relación sexual íntima. Cuando la sintonía en la progresión desde los actos presexuales hacia los sexuales se rompe, como sucede en los casos de *date rape* o violaciones que tienen lugar a partir de una cita o primer encuentro pre-sexual consentido, se hace necesario explorar dicha progresión en la relación para determinar si el encuentro sexual fue forzado, es decir, si existió una agresión. Este contexto de las citas entre personas que, tras acordar un encuentro, inician actos preparativos –presexuales– que pueden dar pie a posteriores actos sexuales no consentidos, son las que suscitan mayores controversias. El espacio del desencuentro es amplio y frecuente; se nutre del desacuerdo, el rechazo o simplemente la incomunicación o la indiferencia, que se ponen de manifiesto por actitudes diversas que van desde el silencio o la no disposición, hasta la expresión verbal, gestual o corporal. El espacio del encuentro es más reducido, menos frecuente; en él confluyen la sintonía, el interés o la implicación, es decir, interacciones que concitan habilidades cognitivas y emocionales, encaminadas a descartar ambigüedades e incertezas, al tiempo que comprometen mayores cuotas de intimidad. En otras palabras, el compromiso de la propia voluntad o disposición libre para la relación íntima sexual aboca a sus participantes a un comportamiento que cerciore o compruebe paso a paso la voluntad de la otra persona –eventualmente de las otras personas–.

El consentimiento en las relaciones sexuales heterosexuales ha concitado desacuerdos importantes. El análisis jurisprudencial y académico de los casos de agresión sexual muestra que nos encontramos en una situación en la que compiten en la interpretación diversos estándares para la valoración de los hechos susceptibles de ser calificados. Dicha calificación varía según cuál sea la concepción del consentimiento que se adopte. Por tanto, nos encontramos con desacuerdos sobre qué significa consentir una relación sexual; podemos pensar que existe un entendimiento más o menos unívoco en torno a una idea nuclear: consentir una relación sexual es participar de la misma sin que haya mediado coacción ni amenaza, intimidación o prevalimiento, es decir, cuando ha existido libertad genuina de participación, expresada a través de una manifestación de la intención de llevar a cabo o dejar que se lleven a cabo por parte de otra persona actos de índole sexual. Sin embargo, aparecen desacuerdos al indagar sobre qué acciones o comportamientos deben entenderse como manifestaciones del consentimiento en las relaciones sexuales. Aunque manejemos significados compartidos sobre qué es una relación sexual, a través de qué acciones específicas se realiza, existen discrepancias al precisar qué comportamientos o formas de aproximación entre un varón y una mujer

dan cuenta del acercamiento íntimo mutuo o recíproco, consentido: cómo se integran las manifestaciones y acciones que preceden a los actos propiamente sexuales, las palabras y los silencios, la ambigüedad y la vaguedad de expresiones y acciones que demoran su concreción y a veces encallan en un terreno de meros juegos verbales o actitudinales, insinuaciones o dilaciones. Dilucidar estas cuestiones compromete el concepto mismo de consentimiento, que podrá configurarse en un sentido u otro, según la interpretación que se adopte, como se pondrá de manifiesto en seguida.

La noción de consentimiento ha seguido su propia evolución interpretativa en el marco de los delitos contra la libertad sexual. El recorrido del concepto se ha demostrado rico en matices y aún existe desacuerdo en relación con su alcance. En la literatura sobre consentimiento encontramos una primera distinción entre consentimiento «actitudinal y performativo», según que para identificarlo se fije la atención en el estado o disposición mental del sujeto o en su exteriorización a través de actos o comportamientos[31]. Nótese que, aunque uno y otro podrían coincidir, este puede no ser siempre el caso. La doctrina jurídica parece haber avanzado en el sentido de fijar su atención cada vez más en las manifestaciones externas que, a través de palabras, gestos, acciones o comportamientos, puedan revelar el sentido afirmativo de la participación en una relación sexual. De tal modo, se abandona lo que algunos autores han denominado el aspecto más «subjetivo» del consentimiento, en favor de una configuración que resida principalmente en las manifestaciones externas de dicho consentimiento[32]. Este es un paso importante, ya que se descarta la posibilidad de acceder a los estados mentales en un sentido absoluto y se fija el terreno probatorio en la exteriorización de los mismos. Dado este paso, sin embargo, es preciso reconocer que las manifestaciones externas por sí solas pueden ser también insuficientes para conocer el sentido que se quiere imprimir a la iniciativa y la acción sexuales[33]. Así, mientras una externalización negativa marca un límite claro –«no es no»– y entenderlo así opera como una garantía en el ámbito jurídico, una manifestación afirmativa puede revestir significados diversos que deben

31. Ver Whisnant en referencia a Kazan, 2017, apartado 2.
32. Ver D. C. Hubin y K. Haely, 1999, p. 115.
33. Es difícil fijar cuánto se puede avanzar en el conocimiento de los estados mentales de los agentes a través de los actos y hechos que revelan sus intenciones o preferencias. En general se ha abandonado la indagación en los estados mentales de víctimas y acusados, para proponer reconstrucciones que, incluso en sus aspiraciones de descripción psicológica tengan base en su manifestación externa, acciones y comportamientos. En el ámbito de la sexualidad, es importante desterrar reconstrucciones que pretendan captar el estado mental más allá de los elementos fácticos, tanto performativos como contextuales; expresiones como «ella quería mantener relaciones sexuales aunque guardara silencio», o «el acusado interpretó que ella quería mantener relaciones sexuales a pesar de la actitud pasiva» son ejemplos del tipo de reconstrucciones carentes de fundamento empírico. Descartado esto, la argumentación debe transcurrir sobre las intenciones vertidas conforme a aquello que ponen de manifiesto las acciones en conjunción con el contexto –un rechazo gestual, una palabra, un entorno intimidatorio, etc.–. En otras palabras, hace falta contar con elementos externos –manifestaciones externas– para la reconstrucción de la intención o el estado mental que, en su aspecto estrictamente interno, puede resultar inaprensible; agradezco a Federico Arena sus comentarios e intercambio en torno a esta cuestión.

averiguarse contextualmente[34]. Existe, por tanto, una dimensión contextual ineludible en la noción de consentimiento, que determinará su alcance, atendiendo a los elementos temporales, espaciales y relacionales configurados en cada caso.

Debemos entonces plantearnos la construcción del concepto de consentimiento sexual teniendo en cuenta su dimensión externa, contextual –espacial, temporal, relacional– y dual –sexualidad femenina y masculina–, en el que varones y mujeres participan diversamente de la práctica sexual. Se entiende generalmente que el consentimiento es una manifestación de voluntad en relación con un hecho, una acción o un comportamiento que otra persona va a emprender o, en una acepción más incluyente, respecto de una acción o un comportamiento que se emprende conjuntamente. Como hemos visto más arriba, la aproximación mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia ha entendido el consentimiento como una manifestación, habilitación o permiso para que otra persona realice una acción o comportamiento que compromete a quien otorga el consentimiento[35]. Frente a esta caracterización, algunos autores y autoras han planteado otra concepción del consentimiento como consenso, es decir, una caracterización no ya unilateral sino bilateral de la manifestación de la voluntad de llevar adelante acciones pre-sexuales o sexuales. Más arriba se ha expuesto la concepción de Pineau, quien se refiere al consentimiento cooperativo, comunicativo o mutuo. Esta noción se conjuga con la idea de que se progresa en dicho consenso a través de un testeo o mutua contrastación de la recíproca voluntad de avanzar en la intimidad sexual. Estos controles, a los que Pineau denomina *check-ups*, se verían avalados, según la autora, por las afirmaciones de la sexología según las cuales, para alcanzar una situación de disfrute sexual «mutuo», hace falta que se genere «una atmósfera de confort y comunicación, un mínimo de presión, y un testeo continuado respecto del estado en que se encuentra el o la compañera» (1996, p. 15).

A través de estas caracterizaciones se perfilan dos concepciones distintas en torno al consentimiento. Por un lado, la concepción del consentimiento que propone Pineau, lo presenta como un acuerdo que surge de la comunicación, la cooperación y la mutua confrontación con los deseos y preferencias de la otra persona; un consenso para avanzar de las relaciones pre-sexuales a las propiamente sexuales, a través de una búsqueda, una actitud proactiva en la concreción de la intimidad sexual. Se trataría de una concepción

34. Ver Whisnant, 2017, apartado 2; ver también Alvarez Medina, 2021, cap. 4. En otros ámbitos del derecho, como el derecho de contratos –al que nos hemos referido más arriba–, la distinción entre voluntad interna y voluntad declarada da lugar a diversos supuestos en los que se hace necesario calibrar y sopesar la voluntad, expresa o tácita, junto a elementos personales y contextuales, como puede ser la preexitencia de una relación jurídica creada con anterioridad, la buena fe o la confianza; ver Marín López, 2020, pp. 686-688. Sin embargo, como se ha dicho ya, las analogías entre el consentimiento contractual y el consentimiento sexual no son fructíferas.

35. La propuesta de H. Hurd es representativa de esta posición; la autora ha señalado que el consentimiento obraría como un permiso o autorización capaz de transformar la calificación moral o jurídica de un acto, toda vez que, siempre en la concepción de la autora, actuaría sobre el estado mental de las personas (Hurd, 1996, p. 37).

del *consentimiento como disposición bilateral*. Por otro lado, la concepción que se fija en la noción de permiso o habilitación para que otra persona interfiera o actúe sobre el propio cuerpo, lo configura como la aceptación que surge en un contexto a menudo caracterizado por la presencia del riesgo y la incertidumbre; en esta segunda concepción el consentimiento sería la llave concedida por una de las partes a la otra, que habilita o permite la acción de esta última en relación con el cuerpo de la primera. Se trataría de una concepción del *consentimiento como permiso unilateral*.

Estas dos versiones del consentimiento responden a concepciones distintas sobre la experiencia sexual y las relaciones sexuales. La concepción del consentimiento como disposición bilateral o consensual apunta tanto al tránsito entre las relaciones presexuales y las relaciones sexuales, como al testeo activo en la progresión de estas últimas. Esta segunda concepción proporciona mayores garantías de certeza en la manifestación de voluntad de las partes, en la medida en que contempla instancias de testeo o verificación de dicha intención. De tal modo, la concepción del *consentimiento como disposición bilateral* ofrece en el ámbito jurídico un estándar de diligencia debida o razonabilidad para evaluar el comportamiento sexual. En la medida en que la relación se geste a partir de una interacción que recabe el conocimiento de las preferencias de la otra persona, mayores serán las probabilidades de no vulneración de la libertad sexual. Este estándar casa mejor con las diversas percepciones de la sexualidad que se dan cita en las relaciones sexuales heterosexuales –y que se han presentado más arriba como doble estándar sexual–, incluida la percepción que muchas mujeres jóvenes tienen de la sexualidad como una práctica conectada no solo con el deseo en un sentido exclusivamente corporal, erótico o genital, sino también con un relato afectivo-emocional. Por su parte, la concepción del consentimiento como permiso se enfoca en cambio en una interacción que quiere recabar una cesión, una habilitación o autorización de la mujer para la realización del deseo masculino; se trata por tanto de una concepción de la sexualidad centrada en la propuesta masculina y su disposición a mayores cuotas de riesgo y presión con vistas a la realización del deseo.

Junto con los deseos y circunstancias personales, convergen en la práctica sexual significados –históricos, sociales y culturales– que arrastran consigo estereotipos sobre sexualidad femenina y masculina, idealizaciones, aspiraciones, semejanzas y diferencias. Todos estos elementos forman parte de la sexualidad y de la forma en que varones y mujeres se relacionan sexualmente; entendemos entonces que el concepto de consentimiento en las relaciones sexuales se refiere a una práctica compleja, que se nutre no solo de la proyección individual del deseo, sino de múltiples significados que acompañan a la práctica. Compartimos, por tanto, un significado común y, sin embargo, realizamos distintas interpretaciones sobre esa misma práctica. Cada uno elabora la práctica y entiende los elementos de la misma desde su posición en el contexto. El concepto de sexualidad y el concepto de consentimiento se reformulan a través de distintas interpretaciones de la misma práctica. El derecho es receptor también de esas distintas interpretaciones de la práctica y es por esto que no basta con que exista acuerdo en torno

a qué es la sexualidad o qué es el consentimiento; distintas concepciones alimentadas por las distintas y asimétricas posiciones de los participantes, se ciernen sobre dichos conceptos. El doble estándar sexual explicado desde la psicología –y que analizamos en el apartado 1.1.–, tiene su reflejo también en el consentimiento sexual, lo que puede significar que varones y mujeres manejen significados diferentes en torno a las premisas y criterios que configuran el sexo consentido.

Todo esto abona un terreno de indeterminación, con frecuencia de confusión y falta de entendimiento, que propicia que se perpetúen los mitos o creencias sobre los que se construye el relato de la interacción sexual heterosexual –a los que nos hemos referido en el apartado 1.2. Debemos interrogar entonces a las dos concepciones del consentimiento que se han señalado y desentrañar cuál de ellas satisface mejor las garantías de libertad sexual e igualdad que deben guiar la regulación jurídica en esta materia. Cada una de dichas concepciones responde a una aproximación jurídica distinta en relación con la sexualidad. Se ha señalado la necesidad de seguir indagando en las diversas manifestaciones de la sexualidad, especialmente en la sexualidad femenina frente a la sexualidad masculina, los modelos y significados que la rodean. Se han planteado las diversas configuraciones que la idea de consentimiento admite según que se siga una u otra manifestación de la sexualidad, y se ha expuesto la distinta lectura que varones y mujeres pueden hacer de los mismos hechos. He presentado aquí las ventajas del consentimiento como disposición bilateral, en la medida en que integra las distintas voluntades que confluyen en la relación, y que solo pueden salir a la luz y ser expresadas si existe una actitud proactiva en el testeo de las intenciones. En el apartado anterior se han puesto de manifiesto las complejidades del consentimiento como concepto interpretativo capaz de desplegar diversas concepciones. Para dirimir este espacio interpretativo hace falta sumar el entramado de principios constitucionales y construir estándares de razonabilidad y diligencia conformes con la igualdad, la autonomía y el respeto.

El debate en torno a cuál pueda ser la mejor regulación para la violencia sexual no debería ignorar los costes que la judicialización de estos casos entraña, tanto para la víctima, que debe impulsar con su actuación el proceso y que se verá envuelta en un íter judicial caracterizado por una instrucción a menudo invasiva e incisiva[36], como para el demandado que verá comprometida su reputación y vida de relación, no solo al verse sometido al estigma de una denuncia de estas características, sino al enfrentarse a las severas sanciones que pueden acompañar la condena. Estos costes deben sopesarse con los que también acarrea, en este caso fundamentalmente para la víctima, la

36. Los recientes estudios sobre revictimización y victimización secundaria ponen de relieve estas cuestiones relativas al trato, con frecuencia innecesariamente violento, que reciben las presuntas víctimas en el transcurso del proceso judicial, en los casos de violencia de género y, dentro de esta noción amplia, en los casos de violencia sexual; progresivamente, los aspectos procesales empiezan a ser objeto de atención también por la jurisprudencia; ver Piqué, 2017, y Marco Francia, 2018; ver el reciente caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *J. L. c. Italia*, 2021 (n.º *5671/16).*

no judicialización del caso, el silencio, el trauma, la ansiedad, el temor, etc., todo lo cual apunta a la privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta situación, a su vez, adquiere una dimensión mayor cuando se trata de adolescentes o personas muy jóvenes, quienes pueden no sopesar enteramente el impacto de unas acciones cuyo significado y consecuencias a menudo desconocen, más allá del malestar y la inseguridad que provocan. Estos aspectos de la violencia sexual entre adolescentes y jóvenes –la presencia de la incomodidad, la vergüenza, el deseo de agradar, las dificultades para comunicar los propios deseos e intenciones, la impulsividad, la falta de autocontrol, la duda, la confusión, las emociones encontradas, etc.–, se ven atravesados, a su vez, por la distinta perspectiva, comprensión y repercusión social que para chicos y chicas tienen los hechos que protagonizan.

La sexualidad plantea importantes retos para el análisis jurídico. Para afrontarlos, el derecho, y más específicamente la regulación jurídica en cuestiones de sexualidad, no debería ser indiferente a la forma en que se configura la práctica sexual de varones y mujeres. Su diversa aproximación a la sexualidad, la diversa forma en que varones y mujeres inician su experiencia sexual adolescente y desarrollan su sexualidad adulta, repercute en la forma de entender la interacción y el consentimiento sexual, es decir, la forma en que se entiende habilitada la intimidad sexual entre un varón y una mujer. Las concepciones de *permiso unilateral* y *disposición bilateral* ponen de manifiesto las discrepancias interpretativas en torno a la sexualidad, así como la necesidad de avanzar hacia una concepción receptiva y garantista en relación con la distinta forma en que varones y mujeres participan de la práctica sexual heterosexual.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez Medina, S., 2020: «Las piezas de la sexualidad. Género, consentimiento, intimidad», en P. Benavente (coord.), *Mujeres y derechos*, Madrid, Marcial Pons. https://doi.org/10.2307/j.ctv1grb9b0.11

Alvarez Medina, S., 2021: *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia*. Madrid, Marcial Pons. https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp4xhd

Cancio Meliá, Manuel (2022). «Sexual assaults under Spanish law: law reform, consent and political identity», en T. Hörnle (ed.), *Sexual Assault in Comparative Perspective*, Oxford University Press (forthcoming). https://doi.org/10.1093/oso/9780198863397.003.0011

Cobo, R., 2015: «El cuerpo de las mujeres y la sobrecarga de sexualidad», *Investigaciones Feministas*, vol. 6. https://doi.org/10.5209/rev_INFE.2015.v6.51376

De Vicente Martínez, R., 2018: «La imprescindible formación y la imperiosa necesidad de juzgar con perspectiva de género», en P. Faraldo Cabana y M. Acale Sánches (directoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Denmark, F., V. Carulli Rabinowitz y J. A. Sechzer, 2016: *Engendering Psychology: Women and Gender Revisited*, London, Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315664293

Dworkin, R., 2006: *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.

Dworkin, R., 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.

Else-Quest, N. M. Y J. S. Hyde, 2022: *The Psychology of Women and Gender. Half the Human Experience* +, California, Sage.

Estrich, S., [1986]2010: «Violación», en J. Di Corleto (comp.), *Justicia, género y violencia*, Buenos Aires, Libraria.

Fanghanel, A., E. Milne, G. Zampini, M. Fiddler, 2021: *Sex and Crime. Key Approaches to Criminology*, London, Sage. https://doi.org/10.4135/9781529752304

Faraldo Cabana, P. y M. Acale Sánchez (directoras), 2018: *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Fineman, M., 2004: *The Autonomy Mith*, New York, The New Press.

Franke, K., [2001]2022: «Teorizar el sí: un ensayo sobre feminismo, derecho y deseo», traducción de A. Allori, en A. Ramón Michel y M. Cavallo (comps.), *Autonomia y Feminismos*, Buenos Aires, Didot. https://doi.org/10.2307/jj.2321926.12

Gallie, W. B., 1956: «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. LVI. https://doi.org/10.1093/aristotelian/56.1.167

Gardner, J., 2018: «The Oppossite of Rape», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, núm. 1, 2018. https://doi.org/10.1093/ojls/gqx022

Halwani, R., 2020: «Sex and Sexuality», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/sex-sexuality/>.

Hubin, D. C. y K. Haely, 1999: «Rape and the Reasonable Man», *Law and Philosophy* 18:113-139, 1999. https://doi.org/10.2307/3505194

Iglesias, M., 2000: «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», *Doxa* 23.

Lacey, N., 1998: «Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal Law», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 11, n. 1. https://doi.org/10.1017/S0841820900001685

Lameiras, M., M. V. Carrera y Y. Rodríguez, 2011: «La violencia sexual contra las mujeres: abordaje psicosocial», en M. Lameiras Fernández e I. Iglesias Canle (coords.), Violencia de género. La violencia sexual a debate, Valencia, Tirant lo Blanch.

MacKinnon, C., 1997: «Sexuality», en L. Nicholson (ed.), *The Second Wave. A Reader in Feminist Theory*, New York, Routledge.

Marcilla Córdoba, G., 2021: «Garantismo penal y delitos sexuales», en Perfecto Andrés Ibáñez, Pedro Grández, Betzabé Marciani, Susanna Pozolo (Eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto*, Lima, Palestra, pp. 517-547.

Marco Francia, María Pilar, 2018: «Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de «la Manada», en P. Faraldo Cabana y L. Acale Sánchez (directoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Marín López, M. J., 2020: «El consentimiento contractual», en R. Bercovitz, N. Moralejo y S. Quicios, *Tratado de Contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch; pp. 668-733.

Moreso, José Juan, 1995. «La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho* XII, pp. 363-385.

Oberman, M., 2013: «Two Truths and a Lie: *In re John Z.* and Other Stories at eh Juncture of Teen Sex and the Law», *Law & Social Inquiry*, Vol. 38, Issue 2, pp. 364-402, Spring 2013. https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2012.01310.x

Ortega, R., V. Sánchez, J. Ortega-Rivera y C. Viejo, 2011: «La violencia sexual en las relaciones interpersonales de adolescentes», en M. Lameiras Fernández e I. Iglesias Canle (coords.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Peramato Martín, T., 2020: «Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la libertad sexual. El consentimiento», *Boletín de la Comisión de Violencia de Género de, Juezas y Jueces para la Democracia*, número 11.

Pineau, L., 1996. «Date Rape: A Feminist Analysis», en L. Francis (ed.), *Date Rape*, The Pennsylvania State University Press.

Pineau, L. 2013: «Date Rape: A Feminist Analysis», en N. Power, R. Halwani y A. Soble (eds.), *The Philosophy of Sex. Contemporary Readings*, Plymouth, UK, Rowman & Littlefield Publishers.

Piqué, María Luisa, 2017: «Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional», en J. Di Corleto (comp.), *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires, Didot.

Plunkett, D. y T. Sundell, 2013: «Dworkin's interpretivism and the pragmatics of legal disputes», *Legal Theory*, 19, pp. 242-281. https://doi.org/10.1017/S1352325213000165

Spector, E., 2018: «Aspectos filosóficos del matrimonio. Una introducción», en D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.

Todd, M., 2021: *Sexualities & Society. An Introduction*, London, Sage.

Waldron, J., 1994: «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», *California Law Review*, Vol. 82(3), pp. 509-540. https://doi.org/10.2307/3480971

Whisnant, R., 2017: «Feminist Perspectives on Rape», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*

SOBRE LA PROPORCIONALIDAD

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 383-402
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.14

Proporcionalidad constitucional y el teorema Alchourrón-Makinson

Constitutional Proportionality and the Alchourrón-Makinson Theorem

Horacio Spector

Autor:
Horacio Spector
Universidad Torcuato Di Tella, Argentina
hspector@utdt.edu
https://orcid.org/0000-0002-6024-9401

Recibido: 3/11/2021
Aceptado: 10/2/2022

Citar como:
Spector, Horacio (2023). Proporcionalidad constitucional y el teorema Alchourrón-Makinson. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 383-402. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.14

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Horacio Spector

Resumen

El trabajo estudia los conflictos constitucionales como una especie de teoría moral deontológica pluralista moderada, por lo que se centra en los principios constitucionales, la proporcionalidad y la función de los tribunales constitucionales. A raíz de un análisis de las estructuras morales deontológicas (cuantitativas y no cuantitativas) y de un repaso por los conceptos de derogación, laguna normativa y jerarquía normativa, se analiza el teorema Alchourrón-Makinson. Se concluye, en base al teorema, que la proporcionalidad constitucional es una modalidad de cambio normativo. Según esto, los tribunales constitucionales actuarían como órganos de revisión constitucional que derogan algunas consecuencias normativas.

Palabras clave: Ponderación; proporcionalidad constitucional; deontología; derogación; sistema normativo; jerarquía normativa; laguna constitucional; Alchourrón; Makinson; Alexy.

Abstract

The paper studies constitutional conflicts as a kind of moderate pluralistic deontological moral theory, focusing on constitutional principles, proportionality and the role of constitutional courts. After an analysis of deontological moral structures (quantitative and non-quantitative) and a review of the concepts of derogation, normative gap and hierarchy of regulations, the Alchourrón-Makinson theorem is analyzed. It is concluded, on the basis of the theorem, that constitutional proportionality is a modality of normative change. According to this, constitutional courts would act as constitutional review bodies that derogate some normative consequences.

Keywords: Balancing; constitutional proportionality; deontology; derogation; normative system; hierarchy of regulations; constitutional gap; Alchourrón; Makinson; Alexy.

En los últimos años los iusfilósofos han discutido dos métodos diferentes de resolución de controversias constitucionales, que llaman *ponderación de principios* y *subsunción bajo reglas o normas*.[1] En tanto que la resolución de controversias civiles generalmente opera mediante la subsunción bajo reglas (codificadas en la tradición continental), se dice que los tribunales constitucionales que interpretan y aplican constituciones redactadas luego de la Segunda Guerra Mundial (como las de Italia y Alemania) utilizan un razonamiento de tipo ponderativo, que consiste en sopesar principios en conflicto y aplicar la solución que resulte justificada en atención a las circunstancias o propiedades del caso concreto. A veces se denomina a esta forma de constitucionalismo *neoconstitucionalismo*. También se sugiere que la subsunción es un método deductivo que solo requiere tomar a las normas positivas como premisas normativas, en tanto que la ponderación parte de principios normativos (a veces no codificados) y aplica un método de priorización de principios y maximización de valores que es más propio de la moral.

Aun cuando hay consenso en que la ponderación o proporcionalidad es una forma de argumentación moral, no se ha estudiado en profundidad qué tipo de teoría moral subyace a este método de resolución constitucional. Como es sabido, las teorías morales se clasifican en teorías *deontológicas* y *consecuencialistas*. Pero la distinción es difícil de formular, y quizás en el fondo insostenible, porque todas las teorías morales adjudican importancia a las consecuencias de las acciones para determinar su estatus moral. Entonces, en un cierto sentido, todas las teorías morales son «consecuencialistas».[2] Pero la diferencia entre ambos tipos de teorías estriba en el hecho de que, si bien todas las teorías morales consideran que las consecuencias de la acción son relevantes, las teorías deontológicas evalúan las consecuencias de una manera diferente que las consecuencialistas. Entonces, en este trabajo asumiré que existe tal distinción y me abocaré a estudiar la proporcionalidad como una teoría moral. Con este supuesto, podemos decir que la proporcionalidad, como una cuestión clasificatoria, podría ser o bien una teoría deon-

1. Por ejemplo, véanse las siguientes obras: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Robert Alexy, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison,» *Ratio Juris* 16 (2003); «The Weight Formula,» in Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, and Wojciech Załuski, *Studies in the Philosophy of Law, Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Krakow, Jagiellonian University Press, 2007; Josep Aguiló Regla y Pedro P. Grández Castro (comps.), *Sobre el razonamiento judicial, Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017, y José Juan Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, ensayos 16 y 18.
2. Defendí esta tesis hace muchos años: Horacio Spector, *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Oxford University Press, 1992, 67-74; «Los derechos liberales clásicos y el deontologismo moral», en Oscar Cornblit (comp.) *Libertad y Mercado*, Buenos Aires, Macchi, 1992, 115-121.

tológica o bien una teoría consecuencialista. Para dilucidar cuál de estas opciones es la correcta, tenemos que repasar qué se entiende por dentologismo y consecuencialismo.

Hay diversas formas de caracterizar el deontologismo moral. Una que me resulta útil es la brindada por Prichard. Él dice que «la corrección de una acción consiste en el hecho de que origine algo de una cierta clase A en una situación de una cierta clase, una situación consistente en una cierta relación B del agente con otros o con su propia naturaleza.»[3] Un corolario de esta definición es que una teoría moral deontológica puede prohibir una acción óptima (es decir, conductas que maximizan la utilidad general) si esa acción no origina algo de una cierta clase (por ejemplo, respetar un derecho constitucional). En cambio, una teoría moral consecuencialista exige producir resultados óptimos (excepto que sea una teoría satisfaccionista). Sostengo que la doctrina de la proporcionalidad es una *especie* de teoría moral deontológica. Se demuestra esta conclusión advirtiendo que, en algunos casos, la proporcionalidad le prohíbe al Gobierno adoptar medidas que, aunque son óptimas en el sentido de que maximizan un estado de cosas valioso, no moral, tienen como contrapartida el problema de que lesionan derechos constitucionales.

En un trabajo reciente, publicado en una revista inglesa, defendí la tesis de que la ponderación o proporcionalidad es una especie de *teoría moral deontológica*.[4] Así, criticando su interpretación como una teoría consecuencialista, sostuve que la doctrina de la proporcionalidad tiene una estructura deontológica. En el mismo trabajo analicé y comparé las diferentes estructuras deontológicas que subyacen a la doctrina de la proporcionalidad constitucional. En el presente ensayo, voy a presentar mi tesis sobre las estructuras deontológicas subyacentes a la proporcionalidad de una manera que espero sea más clara y directa.

Vale la pena recordar qué es la doctrina de la proporcionalidad constitucional. Por empezar, contiene cuatro principios fundamentales. Estos principios constituyen una *prueba cuatripartita* a ser aplicada por un Tribunal Constitucional con el fin de verificar si una acción llevada a cabo por el Gobierno respeta adecuadamente los principios constitucionales. Según esta prueba, el Tribunal debe establecer que se cumplan los siguientes extremos: (1) la acción adoptada por el gobierno persigue un interés público adecuado (*adecuación*), (2) existe una conexión racional entre la acción gubernamental y el interés público (*efectividad*), (3) no es posible utilizar una medida menos restrictiva que proteja el interés público tan efectivamente como la acción tomada por el gobierno (*necesidad*), y (4) existe una relación de proporcionalidad entre el interés público que persigue el Gobierno y la lesión que causa al derecho constitucional en conflicto (proporcionalidad *stricto sensu* o *balancing*). De estos cuatro puntos, el cuarto

3. H. A. Prichard, *Moral Obligation, Essays and Lectures*, Oxford Clarendon Press, 1949, 7.
4. Horacio Spector, «Constitutional Proportionality and Moral Deontology,» *Jurisprudence*, Volume 12 (3) (2021).

es el que me interesa considerar. Así, mi plan en este ensayo es argumentar a favor de las siguientes tesis:

1) Los principios constitucionales solo maximizan u optimizan en un sentido trivial (en una estructura deontológica no absolutista).
2) El «peso» o «valor» moral que un tribunal adscribe a un principio, en un caso concreto, denota su posición en una jerarquía normativa, o indica, en forma equivalente, el subconjunto de consecuencias que el tribunal «deroga» o remueve del sistema normativo que fundamenta las decisiones judiciales.
3) Al resolver controversias constitucionales apelando a doctrinas tales como la proporcionalidad, los tribunales constitucionales constituyen, en realidad, órganos de revisión del sistema normativo constitucional.

1. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SUS DOS FORMAS DE MAXIMIZACIÓN

Robert Alexy defiende en su *Teoría de los derechos fundamentales* una Ley de Colisión según la cual, si el principio P1 bajo las circunstancias *C* precede al principio P2, y si de P1 bajo las circunstancias *C* se sigue la consecuencia *R*, entonces vale una regla que contiene a *C* como supuesto de hecho y a *R* como consecuencia jurídica: $C \Rightarrow R$.[5]

Asimismo, Alexy dice que «los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.» Por ello, define a los principios como *mandatos de optimización*.[6] Esta expresión pone de manifiesto que el concepto de maximización es central en la definición de los principios de Alexy. Sin embargo, la definición es ambigua porque el concepto de maximización puede referirse a cosas diferentes.

En primer lugar, en las teorías morales consecuencialistas, lo que se maximiza es un estado de cosas que o bien es de hecho ampliamente deseado o bien es reputado valioso o deseable en términos no morales. Una característica de estas teorías es que la corrección moral depende de la producción de algo valioso en un sentido no moral. Algunos ejemplos servirán para ilustrar la idea de un juicio axiológico «no moral». Por ejemplo, el utilitarismo prescribe producir la mayor cantidad posible de utilidad o felicidad general. La utilidad general es algo valioso sin perjuicio de que sea originado por un agente en forma consciente; así, es algo valioso en un sentido general, o «no moral» específicamente. Otros ejemplos de valores no morales son la belleza, el conocimiento y la igualdad. Estos estados de cosas son valiosos en un sentido «no moral».

Según la doctrina normativa denominada «economía del bienestar», el Estado debe maximizar el bienestar social. La teoría económica normativa reconoce diversas

5. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 94.
6. Ibid., 86.

variantes. Así, en el análisis económico del derecho, el valor social a maximizar es la eficiencia en alguna de sus concepciones, tal como la eficiencia de Pareto. En estas teorías, lo que las políticas sociales han de maximizar es un estado de cosas valioso o deseable en un sentido no moral. Este concepto de maximización también es usado en el derecho constitucional comparado. Por ejemplo, en los *tests* de *balancing*, que utilizan los tribunales federales norteamericanos, la magnitud a maximizar son los intereses sociales protegidos por los derechos y principios constitucionales. Una prueba típica de *balancing* se basa en la magnitud del interés protegido por el derecho, la importancia del interés social que va a ser promovido por la acción gubernamental que vulnere un derecho constitucional y la probabilidad de que la intervención del Gobierno vaya a proteger ese interés. Así, por ejemplo, el juez de Cámara Learned Hand propuso una prueba multifactorial para balancear intereses sociales en conflicto: en cada caso, los tribunales deben preguntar si la gravedad del mal descontado por su improbabilidad justifica la invasión a la libertad de expresión que sea necesaria para evitar el peligro.[7] En una interpretación, el *balancing* busca la maximización del bienestar social definido en términos de los intereses sociales que el Estado busca promover. Esta interpretación es plausible si consideramos que en los Estados Unidos hay una correlación entre el realismo jurídico, centrado en las consecuencias sociales, y el auge del *balancing* como método de resolución de disputas constitucionales.

En tanto el *balancing* es una teoría jurídica que maximiza algo no moral, a saber, un conjunto de intereses sociales, se parece al utilitarismo. La conclusión que podemos extraer es que, en el consecuencialismo, la maximización se aplica a estados de cosas valiosos en un sentido no moral. Es justamente el hecho de que una decisión judicial maximiza los intereses sociales lo que determina que sea moralmente correcta. El hecho de que la acción judicial pertenezca a una cierta clase de acción, en una cierta situación, no es moralmente determinante para el consecuencialismo, como sí lo es para el deontologismo moral.

En rigor de verdad, la pregunta acerca de si las teorías deontológicas pueden contener prescripciones maximizadoras merece respuestas diferentes según se la formule para teorías *monistas* o *pluralistas*. En una teoría deontológica monista, que contiene un solo imperativo o principio, el concepto de maximización no tiene cabida. La obligación moral es simplemente cumplir con el único imperativo o principio. Efectivamente, si una teoría moral tiene un solo imperativo o principio, el razonamiento es meramente deductivo y no tiene sentido hablar de valores ordinales o cardinales. Por ejemplo, la ética kantiana contiene un solo imperativo, a saber, el imperativo categórico (en sus diversas fórmulas). Los agentes morales que actúan de conformidad con la ética kantiana no tienen necesidad de mensurar, comparar o medir. Frente a cualquier decisión moral, lo que deben hacer es seguir u obedecer el imperativo categórico.

7. United States v. Dennis et al, 183 F.2d 201 (2d Cir. 1950).

El concepto de maximización puede tener sentido en el caso de teorías deontológicas pluralistas, es decir, teorías que incluyen dos o más imperativos. Por ejemplo, la ética que propuso David Ross en *The Right and the Good* es un ejemplo de deontologismo pluralista. Ross afirma que hay varios deberes morales *prima facie* que pueden entrar en conflicto en algún caso particular. Una persona debe tomar una decisión moral en estos casos a través de una ponderación intuicionista de los deberes prima facie en conflicto. Ross dice que el agente moral debe considerar todas las características y aspectos de una situación concreta a fin de ponderar la fuerza o el peso moral de los deberes en conflicto y llegar a una respuesta acerca de cuál es el deber moral *propio* o *todas las cosas consideradas*.[8] Por el hecho de que Ross asigna un papel fundamental a la intuición, se suele llamar a esta forma de teoría pluralista *intuicionismo moral*.

El intuicionismo moral cayó en descrédito, especialmente luego de la crítica que le formulara John Rawls en *A Theory of Justice*. Rawls discute un enfoque intuicionista de los principios de justicia. Según este enfoque, un gobierno comprometido con la justicia social debe ponderar la fuerza o el peso de una pluralidad de principios de justicia aplicables en cada caso concreto y llegar a una solución acerca de su deber moral «todas las cosas consideradas» mediante el ejercicio de la intuición moral.

Sin embargo, aun en una teoría deontológica pluralista, el concepto de maximización no tiene sentido si se aplica a principios o deberes *absolutos*, es decir, principios o deberes que tienen prioridad sobre cualquier otro en casos de conflicto. Si un derecho o deber es absoluto, no hace falta ponderarlo, es decir, determinar su fuerza o peso moral en un caso concreto, porque de antemano la teoría establece que predomina sobre cualquier otra consideración moral en conflicto. Los principios o derechos absolutos no son ponderables porque su peso o fuerza moral es infinito, por así decirlo. Esto significa que no hay ningún otro principio, deber o derecho que pueda alcanzar un peso o fuerza moral comparable o equivalente. Un corolario de la definición de derechos absolutos es que, si un derecho es absoluto, no hay consideraciones o principios que puedan justificar su quebrantamiento o violación. Sin embargo, es improbable que una teoría pluralista pueda contener *varios* principios o deberes absolutos, porque la posibilidad de un conflicto entre ellos no puede ser descartada.

En contraste, tiene perfecto sentido calificar a los principios o deberes como consideraciones normativas que tienen fuerza o peso moral variable (no infinito) si tales deberes o principios son no absolutos. Puesto que en tal caso la fuerza o peso moral de un principio o deber solo puede determinarse apelando a consideraciones morales, esta magnitud no es empíricamente determinable o verificable. Como es obvio, a diferencia del peso o fuerza de la mecánica, el peso o fuerza de un principio o deber moral no es una característica susceptible de determinación o medición a través de instrumentos físicos. La posibilidad de un pluralismo de principios constitucionales no absolutos le

8. W.D. Ross, *The Right and the Good*, Oxford: Clarendon Press, 1930, 18-19.

otorga sentido al discurso sobre la maximización del *valor moral* en casos de conflictos de derechos constitucionales.

La teoría de la proporcionalidad afirma que existe una pluralidad de principios constitucionales no absolutos. No obstante, un objetor podría sugerir que algunos derechos son absolutos y que, por lo tanto, escapan a la doctrina de la proporcionalidad. A veces se cita el derecho a la dignidad humana como un ejemplo de derecho absoluto. Así, el artículo 1, apartado 1, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece que este derecho es *inviolable*. El Tribunal Constitucional Federal interpretó que esta cláusula protege el derecho a la vida como un derecho absoluto. Por esta razón, ese tribunal sostuvo que la Ley de Seguridad Aérea es inconstitucional en tanto autoriza al ministro de Defensa a ordenar el derribo de aviones civiles como forma de evitar que se pueda materializar una amenaza terrorista.[9] Sin embargo, es cuestionable que el Tribunal Constitucional Federal haya pretendido disponer que el derecho a la dignidad o a la vida es absoluto *en todo contexto*. Por ejemplo, en el derecho internacional humanitario se admite que una nación pueda usar la fuerza contra otros Estados ejerciendo su derecho de defensa, siempre que cumpla con las leyes de la guerra. Así, el derecho internacional le permitiría a Alemania causar la muerte de civiles inocentes como un aspecto incidental o efecto colateral de tal ejercicio (y es inconcebible que el derecho doméstico alemán contraríe esta conclusión). Por consiguiente, el derecho a la dignidad humana no puede ser considerado absoluto en el contexto de un enfrentamiento militar con un Estado agresor.

Frente a otros pretendidos ejemplos de derechos absolutos, podrían ensayarse réplicas similares. Pero es posible que sí haya algunos derechos absolutos. Por ejemplo, se menciona como ejemplo de derecho absoluto el derecho a no ser torturado, tal como está establecido en la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Así, el artículo 2, apartado 2, de la Convención dice: «En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.» Esta norma sugiere que el derecho contra la tortura es absoluto. Sin embargo, desde un punto de vista moral es discutible que haya derechos o deberes absolutos. Uno puede imaginar situaciones en las cuales torturar a un miembro de una organización terrorista es la única forma de evitar que explote una bomba atómica en una gran ciudad.[10] En este ejemplo hipotético, sería posible pensar que las autoridades tienen una justificación para utilizar métodos «ampliados» [*enhanced*] de interrogación si éstos son los únicos posibles para obtener la información

9. BVerfGE 115, 118. Sin embargo, Alexy interpreta el artículo 1(1) tanto como un principio y como una regla: Robert Alexy, «Human Dignity and Proportionality Analysis», *Joaçaba* vol. 16, no. 3 (2015), 91-92.

10. David Luban, «Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb,» *Virginia Law Review*, vol 91 (2005), pp. 1425-1461.

necesaria que permita evitar la explosión, incluso si esos métodos contasen como torturas o tratos crueles en cualquier otro contexto.

La pregunta de si existen algunos derechos absolutos excede el propósito de este ensayo. Para simplificar, voy a asumir que en los conflictos constitucionales compiten dos o más principios no absolutos. Parece ser una nota definitoria de una teoría moral deontológica pluralista que un agente moral debe maximizar u optimizar la fuerza de los principios morales en conflicto. Es decir, parece que el deontologismo moral moderado *por definición* exige optimizar el valor moral en casos de conflictos morales. Sin embargo, esta conclusión tiende a generar equívocos, que debemos evitar. El origen de estos equívocos es que se mezcla la noción de maximización consecuencialista con la noción de «maximización» en el marco de una teoría deontológica. A diferencia del consecuencialismo, el deontologismo moral no exige ni permite la *maximización intertemporal e interpersonal*. Voy a explicar ahora estos puntos.

En tanto el utilitarismo y el *balancing* constitucional norteamericano exigen siempre realizar la acción óptima, la doctrina de la proporcionalidad a veces requiere *acciones subóptimas*. De hecho, *prohíbe* acciones óptimas que infrinjan derechos siempre que el bien que producen tales acciones sea mayor, aunque no proporcionalmente mayor, que el mal que causan. Si se consideran las acciones a lo largo de una curva de valor moral, entonces es trivialmente verdadero que la proporcionalidad es una forma de optimización. Pero, en este sentido, *toda* teoría moral pluralista es tautológicamente una forma de optimización del valor moral. En efecto, a lo largo de la curva de valor moral, la solución moralmente correcta en cada caso concreto es aquella que nos lleva al punto o valor más alto. En cambio, si lo que se mide es un estado de cosas empírico, valioso en un sentido no moral (como la utilidad, el bienestar o la cantidad de vidas que el agente puede salvar o rescatar), no es cierto que una teoría moral deontológica siempre exija la maximización de ese estado de cosas. En efecto, el deontologismo muchas veces prohíbe conductas qué maximizan u optimizan la utilidad general. Por ejemplo, la condena de un hombre afroamericano acusado de violar a una mujer blanca es el ejemplo típico de conducta moralmente inaceptable para un juez comprometido con los principios morales deontológicos. Los deontologistas sostienen que un juez no debe condenar a un acusado inocente aun si esa es la única forma de evitar una ola de violencia racial en su comunidad.

El principio de proporcionalidad *stricto sensu* es un ejemplo de teoría moral deontológica. En efecto el principio no le exige al Tribunal Constitucional maximizar u optimizar la utilidad general o cualquier otro estado de cosas empírico. En muchas ocasiones, el principio de proporcionalidad *stricto sensu* requiere que el Tribunal priorice un principio constitucional por sobre la maximización de la utilidad general. En otras palabras, la proporcionalidad a veces le dice al Tribunal que exija del Gobierno la ejecución de *acciones subóptimas*. De hecho, la proporcionalidad prohíbe cualesquiera acciones óptimas que infrinjan derechos siempre que el bien que producen tales acciones sea mayor, *aunque no proporcionalmente mayor*, que el mal que causan.

Según dije recién, si se consideran las acciones del Gobierno a lo largo de una curva de *valor moral*, es trivialmente verdadero que la proporcionalidad es una forma de maximización del valor moral. Pero, en este sentido, toda teoría deontológica pluralista es por definición una forma de optimización del valor moral. Sin embargo, la maximización del valor moral es diferente, por dos razones, de la maximización pregonada por los consecuencialistas. Primero, la maximización del valor moral no es *interpersonal*. Así, el deontologismo no permite lesionar los derechos de otras personas para evitar que un tercero lesione los derechos de un número mayor de otras personas, o los derechos de mayor importancia del mismo número de otras personas. Segundo, la maximización del valor moral no es *intertemporal*. Por ejemplo, no es permisible ni obligatorio que Alicia lesione los derechos de otros para evitar que ella misma (Alicia) lesione los derechos de un número mayor de otras personas en el futuro, o los derechos más fuertes del mismo número de otras personas. O sea que en cada elección el agente debe maximizar la fuerza o peso moral de las razones o principios pertinentes para esa elección, sin considerar las elecciones de otras personas, o las elecciones que uno mismo vaya a realizar en el futuro.

Entonces, la maximización consecuencialista se aplica a cosas empíricas que poseen un valor no moral, en tanto que la «maximización» deontologista –si se puede llamar así– se aplica a la fuerza o peso de las consideraciones morales en conflicto en *cada* elección de *un* agente. Las dos formas de maximización son funciones distintas y separadas. Así, si se consideran las acciones del Gobierno a lo largo de dos curvas (una que representa la función de utilidad general y otra que expresa la «función de valor moral»), las dos funciones son diferentes, aunque en algunos casos sus valores puedan coincidir en forma contingente. La coincidencia de valores entre estas dos funciones solo existe respecto a las teorías consecuencialistas. En tales teorías, la única consideración moral es la que dicta maximizar la utilidad general. En cambio, las teorías morales deontológicas diferencian la función de valor moral de la función de utilidad general. En efecto, muchas veces el incremento de la utilidad general no produce un aumento correlativo del valor moral debido a la intervención de otras consideraciones morales. Incluso, puede ocurrir que el aumento de la utilidad general se correlacione con una disminución del valor moral. Esto es lo que ocurre en el ejemplo de un juez que procura maximizar el bien no moral condenando a un afroamericano inocente por el delito de violar a una mujer blanca.

La conclusión de esta sección es que la doctrina de la proporcionalidad constitucional solo es maximizadora en un sentido trivial. Es decir, lo que dice es que en caso de conflicto el tribunal debe asignar preeminencia al derecho o principio que tiene mayor fuerza o peso moral. Esto es tanto como pronunciar la tautología de que el criterio de ordenación moral es el peso o fuerza de los principios o derechos morales en conflicto. Sin embargo, en un sentido sustantivo, cuando dejamos a un lado la función de valor moral y nos centramos en la función de utilidad general (o en otra función relativa a un valor no moral), la doctrina de la proporcionalidad *no es* maximizadora. Prueba de ello

es que la doctrina de la proporcionalidad prohíbe al Gobierno maximizar u optimizar la utilidad general (o cualquier otro valor definido en términos no morales) siempre que la utilidad agregada que se pueda obtener *no* sea *proporcionadamente mayor* que el mal social o no moral producido por la violación de un principio constitucional. Esta conclusión es antitética con la idea de maximización u optimización de un valor no moral.

2. ESTRUCTURAS MORALES DEONTOLÓGICAS

Todos los principios constitucionales en conflicto están sujetos a ponderación en el caso concreto. En este sentido, la doctrina de la proporcionalidad es una especie de teoría deontológica pluralista moderada. Si bien los principios constitucionales están formulados canónicamente en un texto, este texto no establece el valor, peso o fuerza de cada principio y entonces el tribunal tiene que ponderar esos principios en casos de conflicto siguiendo los procedimientos habituales de deliberación moral.

Desde el punto de vista de la teoría moral, un juez o tribunal constitucional es un agente moral que debe tomar decisiones sobre la base de principios morales o constitucionales. En la medida que la ponderación constitucional que defienden los teóricos de la proporcionalidad se ajuste a los cánones de la teoría moral *deontológica*, el razonamiento de un tribunal podría tipificar una o más de las estructuras morales indicadas en la Tabla 1.

Estructuras morales deontológicas (Tabla 1)

Estructuras cuantitativas: Deontología de balance Deontología de umbral
Estructuras no cuantitativas: Deontología de derogación Deontología de jerarquía (u ordenación)

a. Estructuras cuantitativas

El grupo de estructuras cuantitativas incluye doctrinas que utilizan escalas cardinales para establecer la solución moral en un caso de conflicto de principios o normas morales. La deontología de balance le permite o exige a un agente moral respetar los deberes o derechos morales excepto en situaciones en las cuales pueda obtener una cantidad de utilidad u otro valor no moral que proporcionalmente justifique la violación. Por ejemplo, la doctrina del doble efecto permite que un agente moral infrinja un principio moral si con la infracción puede producir una cantidad de bien no moral que sea proporcionalmente mayor que el mal no moral producido por la violación, con tal que su intención no se dirija a la violación ni como fin ni como medio.

La deontología de umbral le permite a un agente moral el incumplimiento de un deber moral si con esa conducta puede salvar un umbral o mínimo de vidas o alcanzar un umbral de otras unidades de bien no moral. El umbral puede ser conceptualizado de forma *aditiva* o *multiplicativa*. Es *aditivo* cuando alcanzado el número mínimo de vidas salvadas para justificar quitar una vida, el agente tiene justificado quitar una vida adicional siempre y cuando sume una vida al número de personas a salvar. Por ejemplo, si el umbral es 100 vidas, salvando 101 vidas el agente puede tomar dos vidas (por ejemplo, matándolas o dejándolas morir). En cambio, el umbral es *multiplicativo* si para cada *n* víctimas adicionales el agente moral tiene que multiplicar por *n* el umbral de vidas a salvar. Por ejemplo, si se exige que un agente salve a 100 personas para justificar su acción de causar la muerte de una sola persona, se le exigiría que salve a 200 personas si el número de víctimas trepa a dos, y a 300 personas si el número de víctimas llega a 3.[11]

Tanto la deontología de balance como la deontología de umbral adhieren tautológicamente al principio de maximizar el valor moral en casos de conflicto. Según estas estructuras, la infracción a un derecho es permisible si y sólo si el peso moral de la acción de producir la utilidad *U* es igual o superior al peso moral de infringir ese derecho lesionando así los intereses *I* protegidos por ese derecho. Como señalé antes, en términos de valor moral una teoría deontológica pluralista es por definición maximizadora del valor moral. Los conceptos cuantitativos de «balance» o «umbral» no tienen sentido si nos circunscribimos al principio de optimización o maximización del valor moral. En cambio, esos conceptos escalares cobran sentido si pasamos a hablar de la optimización o maximización de la utilidad general u otro valor no moral. En otras palabras, el concepto de maximización adquiere un significado distintivo, no tautológico, si relativizamos la noción de maximización a una función de valor no moral (ignorando así la función de valor moral y la noción tautológica de maximización del valor moral).

Dicho en términos gráficos, podemos usar conceptos escalares tales como el concepto de maximización si trazamos una recta o curva que exprese la función de utilidad general (u otro valor no moral como vidas salvadas). En tal caso, la deontología de balance puede presentarse como una teoría que permite la violación de un derecho si y sólo si el cociente entre la utilidad general producida (*U)* y la frustración de los intereses protegidos por ese derecho (*I*) es igual o mayor que una determinada ratio o proporción geométrica (*K*):

$$(1)\ U / I \geq K$$

La fórmula (1) expresa la idea de que la transgresión de derechos es permisible siempre y cuando la utilidad general producida supere por una cierta razón o proporción la pérdida de intereses protegidos por tales derechos. Podemos también prescindir de la noción de balance o proporción y utilizar la noción de umbral. Así, el cociente (1),

11. Larry Alexander, «Deontology at the Threshold,» 37 *San Diego Law Review*, 2000, 898-899.

que representa la idea de proporcionalidad, podría reformularse en base a la noción de umbral o mínimo. Esto nos daría la siguiente fórmula:

$$(2)\ U \geq I \times K$$

Como se muestra en (2), en la deontología de umbral multiplicativo la infracción a un derecho es permisible si y sólo si la utilidad general producida *U* es igual o mayor que el nivel ponderado de la afectación de intereses (*I* x *K*) protegidos por el derecho. Un umbral multiplicativo es matemáticamente equivalente a una razón o proporción. Así, la deontología de umbral multiplicativo tiene la misma estructura que la deontología de balance. La demostración puede hacerse con álgebra básico. En efecto, la deontología de umbral multiplicativo y la deontología de balance son matemáticamente equivalentes porque las expresiones (1) y (2) son algebraicamente equivalentes.

Las estructuras cuantitativas (deontología de balance y deontología de umbral) sugieren que un agente moral (el juez o tribunal) tiene la capacidad para intuir o estimar el peso o fuerza de diversas consideraciones morales. Esta sugerencia intuicionista es controvertible. Para evaluarla, debemos advertir qué significa que el juez tenga la capacidad de estimar el valor o peso moral del derecho cuya infracción se justifica. En las estructuras cuantitativas el valor o peso moral de un principio o derecho constitucional está representado por el valor de *K*. Cuanto más alto sea el valor *K*, mayor será el valor o peso moral del derecho. A la inversa, cuanto más bajo sea ese valor, menor será el valor o peso moral del derecho. En el límite, cuando *K* llega a 1, el derecho carece de valor moral independiente y todo su valor dependerá de la intensidad de los intereses que protege. Determinar cuáles son las capacidades intuitivas o ponderativas de una persona (un juez) no es una cuestión exclusivamente científica. Ante todo, debemos establecer qué significa «intuir» o «ponderar» en este ámbito. Por un lado, cabe advertir que los principios constitucionales no tienen un valor o peso establecido en el texto constitucional. Entonces, podría conjeturarse que el juez debe adjudicar a un principio constitucional el peso o valor que tiene un principio moral de igual o similar contenido. Sin embargo, esta alternativa no está abierta, porque en este sentido los principios morales no se diferencian sustancialmente de los principios constitucionales. La realidad es que los principios morales tampoco poseen un peso o valor predeterminado. Puesto que los principios no tienen un valor numérico predeterminado ni en la moral ni en el derecho constitucional, la resolución de un conflicto de principios debe ser provista por el agente moral (por ejemplo, el tribunal). Al ejecutar esta tarea, el agente moral puede apelar a sus «intuiciones» o «corazonadas», es decir, a la *heurística moral* como conjunto de reglas de buen cubero. Pero el hecho de que pueda existir una heurística de este tipo no significa que los principios tengan un peso en un sentido objetivo. Las metáforas mecánicas tienen implicaciones metafísicas y epistémicas muy discutibles.

En realidad, las metáforas asociadas a las estructuras cuantitativas omiten poner el foco en el *carácter dinámico* de los sistemas jurídicos. Los sistemas jurídicos son dinámicos en el sentido de que sus normas generales pueden cambiar en el tiempo.

Estos cambios son introducidos por autoridades u órganos facultados por normas de segundo orden que Hart llamó «reglas de cambio».[12] Una de las conclusiones que aspiro a alcanzar en este ensayo es que la proporcionalidad constitucional es una modalidad de cambio normativo. Para ilustrar la importancia de la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos para una cabal comprensión de la resolución judicial de conflictos constitucionales, imaginemos un sistema estático, es decir, uno en el que ningún órgano tiene la potestad de introducir cambios normativos. En un sistema tal, la idea de ponderar principios no tendría sentido. Dicho más precisamente, si el sistema no asigna un valor numérico (peso o umbral) a los principios, y ningún órgano está autorizado para hacerlo (esto, por su carácter estático), un conflicto de principios en un caso concreto se transforma en un problema sin solución. Básicamente, un sistema tal no tiene una autoridad que pueda colmar la laguna de segundo orden o metalaguna constituida por la ausencia de una metanorma que permita resolver el conflicto.[13] Esta metanorma sería, por ejemplo, una regla que jerarquice los principios en conflicto. Es solo en el contexto de un sistema normativo dinámico que cobra sentido la idea de que la resolución del conflicto pasa por un «ponderación» judicial de los principios. Como veremos más adelante, la mentada «ponderación» es una revisión del sistema normativo ejecutada por el tribunal constitucional en uso de sus prerrogativas de revisión normativa. Estas prerrogativas son inseparables de la obligación de resolver las causas constitucionales que las Constituciones típicamente atribuyen al órgano judicial.

b. Estructuras no cuantitativas

Las estructuras no cuantitativas usan escalas meramente ordinales. A diferencia de las estructuras cuantitativas, estas estructuras no sugieren que la resolución de conflictos se hace de manera intuicionista. Las estructuras no cuantitativas tienen una explicación diferente del concepto de laguna constitucional y del procedimiento para resolver lagunas constitucionales. Estas estructuras sugieren que la llamada ponderación moral o constitucional no es el ejercicio de la intuición sino la revisión de un sistema normativo moral o jurídico. En lugar de conflictos entre principios, las estructuras no cuantitativas llevan a pensar que la llamada ponderación es una forma de colmar lagunas constitucionales. Estas lagunas se parecen a las *lagunas axiológicas* teorizadas por Alchourrón y Bulygin.[14] En efecto, los arreglos constitucionales deben proveer una forma de remover

12. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edn (Clarendon Press, 1994), 95-96.
13. Estudié los conceptos de «metanorma» y «metalaguna» en otro ensayo: Horacio Spector, «Metanormas y metalagunas», en Jorge L. Rodríguez, José Juan Moreso, Jordi Ferrer, Cristina Redondo, Giovanni Ratti and Pablo E. Navarro (comps.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, Vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2022.
14. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, 154.

estas lagunas porque ellas generan contradicciones en el *sistema normativo-fáctico* que sirve de base para la resolución judicial de conflictos.

Llamo «sistema normativo-fáctico» a la unión del conjunto normativo y el conjunto de enunciados fácticos que son probados en una cierta causa. Los conflictos de principios o derechos son contradicciones en la unión del conjunto normativo *A* y el conjunto de enunciados fácticos *F* probados en un cierto caso, como sostuvo Carlos Alchourrón.[15] Así, dos o más principios contrapuestos pueden generar una contradicción lógica cuando son combinados con un conjunto de enunciados fácticos. Si la unión del conjunto normativo y el conjunto fáctico contiene una contradicción, ésta puede originarse en una contradicción en el conjunto normativo o en una contradicción en el conjunto fáctico o en una contradicción producida por la interacción de ambos conjuntos. Para coherentizar la unión de conjuntos el agente moral (el tribunal) tienen que derogar algunas consecuencias normativas o, alternativamente, introducir alguna regla ordenadora o jerarquizadora. Muchas veces, la revisión de un sistema normativo dinámico tiene por objeto remover este tipo de contradicciones en el sistema normativo-fáctico.

Justamente podemos concebir la tarea de un tribunal constitucional como una de revisión en este sentido. Pero este tipo de revisión no da lugar a la introducción de consecuencias normativas o a la creación de reglas de primer orden, como sugiere Alexy con su Ley de Colisión. La razón es que las consecuencias normativas contenidas en la pretendidamente nueva regla ya se podían deducir de los principios en conflicto por aplicación del *principio de refuerzo del antecedente*. Una vez que las condiciones de aplicación *C* implícitas en los principios constitucionales en conflicto, *P1* y *P2*, son explicitadas en dos normas condicionales, las dos consecuencias normativas contradictorias se siguen del conjunto normativo. Así, la regla que contiene a *C* como supuesto de hecho y a *R* como consecuencia jurídica, es decir, $C \Rightarrow$ R, es simplemente una de las consecuencias normativas que se deducen por *modus ponens* del conjunto normativo *A*. Pero la existencia de un conflicto entre *P1* y *P2* implica que también se sigue la consecuencia $C \Rightarrow$ *no-R* del conjunto normativo *A*, que incluye a *P1* y *P2*. En efecto, sólo hay un conflicto entre *P1* y *P2* (un conflicto que requiera ordenación o priorización) si del conjunto de normas constitucionales *A* en unión con el conjunto de enunciados fácticos F se deducen consecuencias contradictorias, tales como *R* y *no-R*.

Es cierto que la revisión judicial puede conceptualizarse como una ordenación de normas de primer orden, pero la ordenación tiene por efecto «derogar» algunas consecuencias normativas. Así, propongo reconceptualizar la resolución judicial de conflictos constitucionales como la revisión de un sistema normativo dinámico y a ésta, como una manera de remover una contradicción en el sistema normativo-fáctico (la unión del

15. Carlos E. Alchourrón, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», in Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 299-301.

conjunto normativo *A* y el conjunto fáctico *F*). Entonces, un conflicto de principios o derechos siempre se debe a una laguna en el sistema constitucional. Como se indica en la tabla 2, una laguna constitucional puede representarse de dos maneras diferentes. En primer lugar, puede representarse como la ausencia de una norma de primer orden que deroga algunas consecuencias normativas que originan la contradicción. Pero una laguna constitucional también puede representarse como la ausencia de una norma de segundo orden que establezca una jerarquía en el conjunto normativo.

Dos representaciones de lagunas constitucionales (Tabla 2)

Lagunas de primer orden	Lagunas derogatorias
Lagunas de segundo orden	Lagunas de ordenación o jerarquía

Tenemos una laguna de ordenación cuando el sistema de normas constitucionales no provee una jerarquía y esta tiene que ser suministrada dinámicamente por un tribunal constitucional. Una jerarquía en un conjunto normativo determina cuáles son las consecuencias normativas que pueden deducirse del conjunto. Carlos Alchourrón y David Makinson analizaron el concepto de jerarquía normativa en un trabajo publicado en 1981.[16] Este trabajo es fundamental para entender el problema de la proporcionalidad constitucional como un problema de ordenación. En primer término, el trabajo ofrece un análisis del concepto de jerarquía que es útil para representar las lagunas constitucionales como lagunas de ordenación. El análisis de las jerarquías normativas es bastante simple. Sea *A* un conjunto de normas constitucionales. Una relación ≤ en ese conjunto *A* es un orden parcial si es:

Reflexiva: $\forall a, a \leq a$,

Transitiva: $\forall a,b,c, (a \leq b \wedge b \leq c \Rightarrow a \leq c)$ y

Antisimétrica: $\forall a,b, (a \leq b \wedge b \leq a \Rightarrow a = b)$

Una jerarquía de normas es un conjunto de normas *A* ordenadas por ≤, y Cn es una función que determina las consecuencias normativas de *A*. Para estos autores una jerarquía debe satisfacer la siguiente condición: todo conjunto *B* tal que $B \subseteq A$, determina una proposición normativa x si y sólo si para toda $C \subseteq A$, si *C* determina no-x, entonces $B > C$.

En el mismo trabajo Alchourrón y Makinson demuestran un teorema. Este teorema es importante para entender que la resolución de conflictos constitucionales mediante la ordenación de principios es una forma de revisión normativa. En particular,

16. Carlos E. Alchourrón and David Makinson, «Hierarchies of Regulations and their Logic», in Risto Hilpinen (ed.) *New Studies in Deontic Logic*, *Norms, Actions, and the Foundations of Ethics,* Dordrecht (Holland), D. Reidel, 1981.

la resolución de un conflicto es siempre una forma de derogación, antes que una forma de introducir o agregar consecuencias normativas (como sugiere Alexy). La idea central del teorema Alchourrón-Makinson puede ser explicada brevemente. El teorema dice que una jerarquía (A, ≤) es formalmente equivalente a la derogación o eliminación de consecuencias normativas de A vía la función Cn. Entonces, la deontología de ordenación, es decir, la resolución de conflictos vía la jerarquización de los principios conflictivos es equivalente a la eliminación de consecuencias normativas en el sistema jurídico. A todo tribunal constitucional al que se le encarga la resolución de este tipo de conflictos se le confiere automáticamente la potestad de derogar consecuencias normativas. En tanto que el Congreso o una Convención Constitucional pueden *agregar y quitar* normas de la Constitución, y, por ende, agregar y quitar consecuencias normativas del sistema normativo-fáctico, un tribunal constitucional tiene la facultad de *quitar* consecuencias normativas del sistema normativo-fáctico. Por lo tanto, la administración de justicia en el ámbito constitucional es siempre el ejercicio de potestades revisoras y, especialmente, derogatorias.

Ahora podemos capitalizar algunas conclusiones para simplificar las tesis defendidas. Por un lado, he mostrado que la deontología de umbral multiplicativo es equivalente a la deontología de balance. Por otro lado, el teorema Alchourrón-Makinson demuestra que la deontología de derogación es equivalente a la deontología de jerarquía. Por lo tanto, tenemos ahora sólo dos estructuras deontológicas subyacentes a la resolución de disputas constitucionales: la estructura de balance/umbral y la estructura de jerarquía/derogación. Pero ¿cuál es la relación entre ambas estructuras? ¿Tenemos realmente dos estructuras diferentes?

Mi sugerencia es que las estructuras cuantitativas encubren la naturaleza real de la resolución judicial de conflictos constitucionales. Ellas sugieren que esta resolución no es en realidad el ejercicio de funciones derogatorias u ordenadoras sino el descubrimiento o determinación de magnitudes que están ahí, en la metafísica moral. Pero las estructuras cuantitativas no se apoyan en una metafísica moral cuantitativa. Son, a todos los efectos prácticos, representaciones metafóricas de las estructuras no cuantitativas. Es decir, la deontología de balance/umbral representa metafóricamente la deontología de jerarquía/derogación. A su vez, la deontología de jerarquía expresa menos nítidamente que la deontología de derogación la naturaleza de la resolución judicial de conflictos constitucionales. Cuando traducimos, primero, las metáforas cardinales al lenguaje ordinal de las jerarquías normativas, y, luego, identificamos la noción de jerarquía normativa con la noción de derogación de consecuencias normativos, vía el teorema Alchourrón-Makinson, nos damos cuenta de que las estructuras deontológicas aplicables a los casos de conflictos son, en el fondo, estructuras de revisión normativa. La deontología de derogación tiene la virtud de dejar al descubierto la verdadera naturaleza de la tarea de resolución de conflictos entre principios.

Por un lado, las metáforas mecánicas que se valen de valores cardinales representan metafóricamente la introducción de una jerarquía en un conjunto normativo

constitucional. Esta representación metafórica no llega, sin embargo, a configurar una *identidad*. Esto es así porque la deontología de balance/umbral retiene una nota distintiva, que no acompaña necesariamente a la deontología de jerarquía/derogación. La deontología de balance/umbral subraya que los tribunales utilizan una modalidad específica para ordenar principios constitucionales (o, lo que es lo mismo, revisar sus consecuencias normativas). Esta modalidad pasa por la consideración de la importancia relativa que tienen diversas maneras de producir diferentes niveles de utilidad general. Matemáticamente, los tribunales realizan esta tarea adscribiendo un valor, o un rango de valores, a *K*. En tanto que un tribunal puede ordenar normas o derogar consecuencias normativas de diferentes formas, la modalidad específica que siguen los tribunales que aplican la proporcionalidad constitucional es juzgar qué niveles de utilidad general vale la pena perder en tales y cuales casos con el fin de respetar o defender un derecho constitucional. Poniéndole un «precio» a cada derecho constitucional (con la adscripción de un valor a *K*), los tribunales ordenan las normas constitucionales (o, dicho de otra forma, revisan las consecuencias normativas del sistema fáctico-normativo).

Por otro lado, la idea de un orden o jerarquía encubre el procedimiento de introducción de una norma derogatoria en el sistema normativo. Esto es así porque, dejando a salvo diferencias estilísticas, el procedimiento de jerarquización es equivalente al procedimiento de derogación de consecuencias normativas. Prueba de ello es que tanto la introducción de una jerarquía como la remoción de consecuencias normativas coherentizan el sistema normativo-fáctico (es decir, la unión del conjunto normativo *A* y el conjunto de enunciados fácticos *F*). Por ejemplo, supongamos que un grupo de estudiantes quieren publicar artículos sobre divorcios de padres y adolescentes embarazadas en la revista de su escuela secundaria. Imaginemos también que las autoridades de la escuela quieren evitar la publicación porque consideran que los contenidos de las notas son inapropiados para sus alumnos. ¿Tiene los estudiantes un derecho a la libertad de expresión que protege la publicación de esas notas o tiene la escuela la facultad de dirigir la política editorial de la revista estudiantil?[17] Aplicando la deontología de jerarquización, el tribunal podría sostener que el derecho de la escuela a dirigir las actividades educativas de sus estudiantes prevalece sobre el derecho a la libertad de expresión de los estudiantes. Por aplicación del teorema Alchourrón– Makinson, esta decisión del tribunal es equivalente a una derogación o eliminación de consecuencias normativas. Podemos interpretar que el Tribunal deroga la siguiente consecuencia normativa: «Una revista estudiantil es un foro público en el que los estudiantes tienen garantizada la libertad de expresión.» Con la derogación de esta consecuencia, desaparece también la incoherencia entre las consecuencias normativas del sistema normativo-fáctico («los estudiantes tienen derecho…» y «los estudiantes no tienen derecho…»). Puesto que el conflicto entre los dos derechos constitucionales es reducible a esa incoherencia, la derogación también resuelve el conflicto.

17. Este ejemplo está inspirado en: Hazelwood School District v. Kuhlmeier, 484 U.S. 260 (1988).

Análogamente, una laguna derogatoria, entendida como la ausencia de una norma derogatoria, es equivalente a una laguna de ordenación, entendida como la ausencia de una regla de prioridad. Este tipo de laguna se parece a una laguna axiológica porque un sistema constitucional *debería* tener una norma de primer orden o de segundo orden que resuelva las lagunas constitucionales. Estas lagunas expresan el hecho de que el conjunto normativo omite proveer una solución, o, lo que es lo mismo, omite derogar consecuencias normativas dando así lugar a contradicciones en el sistema normativo-fáctico (la unión de *A* y *F*). Estas contradicciones implican que el sistema normativo-fáctico no puede servir de base para el razonamiento judicial, ya que es bien sabido que un sistema incoherente permite al tribunal justificar cualquier decisión posible.

El enfoque propuesto para reconceptualizar las lagunas constitucionales y explicar el razonamiento ponderativo tiene semejanzas y diferencias con el enfoque sugerido por Alexy. La similitud entre el enfoque de Alexy y el enfoque de la revisión, aquí propuesto, es que ambos enfoques dicen que la ordenación de principios constitucionales agrega una jerarquía normativa, es decir, una norma de segundo orden. Sin embargo, el enfoque de la revisión *no* dice que la ordenación produzca o genere una norma de primer orden. A diferencia de lo que sostiene Alexy, planteo que la jerarquización de principios *deroga* consecuencias normativas *de primer orden*. Esta conclusión está en línea con el teorema Alchourrón-Makinson, porque la jerarquía es equivalente a una forma de derogación. La resolución del conflicto no pasa por la creación de normas de primer orden sino por su eliminación o derogación.

Una vez que el tribunal deroga las consecuencias normativas que generan la contradicción o jerarquiza las normas de primer orden en conflicto, el sistema así revisado sí puede constituir un sistema de precedentes vinculantes. Entonces, la derogación o regla ordenadora a lo largo del tiempo se va a transformar en la revisión autoritativa del sistema constitucional. Con el tiempo, la regla derogatoria o la regla ordenadora equivalente va a poder servir de fundamento para decisiones basadas en reglas. De esta forma, el tribunal constitucional revisor puede compatibilizar su tarea de resolver las contiendas constitucionales con el apego al ideal del gobierno de las leyes, que reclama la toma de decisiones judiciales sobre la base de reglas antes que sobre la base de las intuiciones de los hombres y mujeres que integran el tribunal. Entonces, el mérito de esta política de justicia constitucional –que es la única posible una vez que se acepta que, en el fondo, no hay ponderación sino revisión dinámica– es que permite implementar a largo plazo el ideal del Estado de derecho en la resolución de casos constitucionales.

3. CONCLUSIONES

Algunas normas jurídicas están formuladas vagamente. Ora poseen términos fácticos imprecisos ora poseen términos valorativos o evaluativos controvertibles. Es frecuente que estas normas muy generales colisionen en muchos casos concretos. Entre estas

normas, están aquellas que establecen derechos constitucionales. La aplicación de estas normas o principios a casos concretos requiere del tribunal o bien una interpretación semántica o bien una valoración o juicio axiológico que determine el contenido de los términos evaluativos aplicables al caso.

La colisión o conflicto de principios puede conceptualizarse, como se dijo, como una contradicción lógica en la unión entre el conjunto normativo *A* (que, por ejemplo, incluye un derecho fundamental y la permisión de producir una cierta utilidad social) y el conjunto de enunciados fácticos *F*. Para remover la contradicción lógica en la unión del conjunto normativo y el conjunto fáctico hace falta extraer o contraer, no agregar. Entonces, la idea de Alexy de que la ordenación *genera* una regla de primer orden es incorrecta. Así como rechazo la idea de que la ordenación de principios constitucionales introduce o genera nuevas normas de primer orden, rechazo también la tesis de que la producción de normas de primer orden es el mecanismo que permite solucionar el conflicto de derechos constitucionales.

A mi juicio, el intuicionismo constitucional no tiene mayor sentido. Porque no existe algo así como el peso o fuerza de un principio –como cosa diferente de la revisión derogatoria u ordenadora. Lo que sostengo es que pesar o ponderar es revisar dinámicamente, y, más precisamente, derogar. Es decir, ponderar es la forma metafórica de nombrar la revisión de un sistema normativo cuando hay una contradicción.

Entonces, si esto es así, la única estrategia que realmente queda para un tribunal que está obligado a resolver los conflictos de principios constitucionales es adoptar una regla derogatoria –con el estilo que sea– o una regla ordenadora –es decir, introducir una jerarquía normativa– que coherentice o complete el sistema normativo. Es decir, el tribunal tiene que completar la laguna derogatoria de primer orden o completar la laguna ordenadora de segundo orden, que son las dos formas de conceptualizar una laguna constitucional.

Dicho sucintamente, el concepto central en el tema de la proporcionalidad no es el de ponderación o peso de los principios, sino el de revisión normativa dinámica. Yo veo de esta forma el procedimiento de resolución judicial de disputas constitucionales basado en doctrinas como la proporcionalidad. Los tribunales constitucionales no crean normas de primer orden, sino que derogan consecuencias normativas. Y le rindo un homenaje al profesor Carlos Alchourrón porque fue él quien me enseñó que, además de sistematizar normas al estilo de *Normative Systems*, lo que hacen los juristas es proponer revisiones del sistema jurídico. Y es inspirado por esta enseñanza que veo que lo que hacen los jueces cuando aplican doctrinas como la proporcionalidad es revisar el conjunto normativo constitucional, ordenando normas conflictivas o derogando algunas de las consecuencias normativas del conjunto normativo cuando éste es combinado con el conjunto de enunciados fácticos comprobados en el caso. Por supuesto, hay diferentes formas de revisión, y sugiero que la revisión por balance se centra en la determinación del «precio» de los derechos en términos de utilidad general. Pero este punto es secundario. Lo que considero muy importante es advertir que los tribunales constitucionales

son órganos de revisión constitucional dinámica. Cuanto más transparente y explícita sea su tarea, mejor podrán cumplir con los mandatos del Estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla, J. y Grández Castro, P.P. (eds.), 2017: *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra.

Alchourrón, C. E., 1991: «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 154.

Alchourrón, C. E. y Makinson, D., 1981: «Hierarchies of Regulations and their Logic», en Risto Hilpinen (ed.): *New Studies in Deontic Logic, Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*. Dordrecht: D. Reidel. https://doi.org/10.1007/978-94-009-8484-4_5

Alexander, L., 2000: «Deontology at the Threshold», *San Diego Law Review*, vol. 37, issue 4, 898-899. https://doi.org/10.2139/ssrn.253676

Alexy, R., 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R., 2003: «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, 16. https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x

Alexy, R., 2007: «The Weight Formula», en Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek y Wojciech Załuski (eds.): *Studies in the Philosophy of Law, Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Krakow: Jagiellonian University Press.

Alexy, R., 2015: «Human Dignity and Proportionality Analysis», *Joaçaba*, vol. 16, no. 3, 91-92. https://doi.org/10.18593/ejjl.v16i3.9763

Hart, H. L. A., 1994: *The Concept of Law*. 2.ª edición. Oxford: Clarendon Press, 95-96.

Luban, D., 2005: «Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb», *Virginia Law Review*, vol 91, 1425-1461. https://doi.org/10.1017/CBO9780511511110.003

Moreso, J. J., 2009: *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, ensayos 16 y 18.

Prichard, H. A., 1949: *Moral Obligation, Essays and Lectures*. Oxford: Clarendon Press, 7.

Ross, W. D., 1930: *The Right and the Good. Oxford*: Clarendon Press, 18-19.

Spector, H., 1992a: *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism*. Oxford: Oxford University Press, 67-74.

Spector, H., 1992b: «Los derechos liberales clásicos y el deontologismo moral», en Oscar Cornblit (comp.): *Libertad y Mercado*. Buenos Aires, Macchi, 115-121.

Spector, H., 2021: «Constitutional Proportionality and Moral Deontology», *Jurisprudence*, Vol. 12 (3). https://doi.org/10.1080/20403313.2021.1949851

Spector, H., 2022: «Metanormas y metalagunas», en Jorge L. Rodríguez, José Juan Moreso, Jordi Ferrer, Cristina Redondo, Giovanni Ratti y Pablo E. Navarro (comps.): *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, Vol. I, Madrid: Marcial Pons. https://doi.org/10.2307/j.ctv37xg1g3.5

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 403-426
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.15

Sobre el principio de proporcionalidad. Una discusión con Horacio Spector*

On the Principle of Proportionality. A Discussion with Horacio Spector

Horacio Spector; otros autores

Autor:
Horacio Spector; otros
Universidad Torcuato Di Tella, Argentina y
Universidad de San Diego, Estados Unidos
hspector@utdt.edu
https://orcid.org/0000-0002-6024-9401

Recibido: 3/11/2021
Aceptado: 10/2/2022

Citar como:
Spector Horacio y otros (2023). Sobre el principio de proporcionalidad. Una discusión con Horacio Spector. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 403-426. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.15

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Horacio Spector; otros autores

Resumen

Discusión en el Seminario de Teoría del Derecho y Lógica de Normas «Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin» sobre el texto "Proporcionalidad constitucional y el teorema de Alchourrón-Makinson".

Palabras clave: Ponderación; proporcionalidad constitucional; deontología; derogación; sistema normativo; jerarquía normativa; laguna constitucional

Abstract

Discussion at the "Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin" Seminar on Legal Theory and Logic of Norms on the text "Constitutional proportionality and the Alchourrón-Makinson theorem" by Horacio Spector.

Keywords: Balancing; constitutional proportionality; deontology; derogation; normative system; hierarchy of regulations; constitutional gap.

Hugo Zuleta:

Horacio, he visto que en tu ensayo usás la noción de orden parcial, que se define como un orden que es reflexivo, transitivo y antisimétrico. La propiedad de la antisimetría no admite empates entre principios diferentes. La imposibilidad de empates

* El presente texto transcribe la sesión de preguntas y respuestas que tuvo lugar cuando Horacio Spector presentó su ensayo en el Seminario de Teoría del Derecho y Lógica de Normas «Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin» de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por los profesores Juan Pablo Alonso y Hugo Zuleta, el 26 de octubre de 2021. La transcripción fue preparada por la Dra. Celeste Elorriaga. El texto fue revisado por los interlocutores.

que deriva de un orden parcial es perfectamente razonable en materia judicial, porque los jueces tienen que decidir en favor de una u otra parte: no pueden declarar un empate. Pero me parece que los cánones de la argumentación moral no excluyen la posibilidad de empate, la posibilidad de que uno diga al final: «están en la misma, ninguno de los dos principios en estas circunstancias pesa más que otro». Este es uno de los puntos que quería comentar.

El otro punto se refiere a tu idea de que el establecimiento de las reglas jerárquicas a la larga llevaría al ideal del Estado de Derecho porque se transformarían en reglas, es decir que siempre que se presentan los mismos hechos se resolvería de acuerdo con la misma regla jerárquica. En definitiva, estos criterios de decisión expresados en reglas jerárquicas se comportarían como reglas. Pero, claro, el problema es la delimitación de los hechos porque en cada caso particular se presentan muchos hechos y lo que sería el conjunto «F» de hechos que podrían generalizarse serían una subclase de los hechos que se presentaron en el caso particular, seguramente aquellos que crearon la *ratio decidendi* del tribunal para resolver el caso en cuestión.

Ahora, en otro caso esos mismos hechos se van a presentar en compañía de muchos otros que, a lo mejor, no fueron considerados relevantes en el primer caso simplemente porque no estaban presentes. Pero, en este otro caso, el tribunal podría considerar otros hechos relevantes. Entonces, el problema es que esto me parece que es un obstáculo a la idea de pensar que las decisiones a la larga –por la doctrina del precedente vinculante– se van a transformar en reglas porque siempre se pueden encontrar nuevos hechos en los siguientes casos que modifiquen el criterio. Esas son las dos cuestiones que quería plantear.

Horacio Spector:

Gracias Hugo. La primera pregunta es muy interesante. Ayer estaba pensando en problemas parecidos. En realidad, yo tomo el esquema conceptual de Carlos Alchourrón y David Makinson. Ellos adoptan la noción de «orden parcial» para demostrar el teorema de la equivalencia entre jerarquización y derogación. Esa noción, como bien decís, incluye la propiedad de la antisimetría. Es una noción que no sé si necesito, pero, por otro lado, tampoco quería suprimir la antisimetría porque no sé si suprimiéndola se mantiene la demostración del teorema. La verdad es que tengo que seguir investigando ese tema.

Ahora, de todas maneras, me parece que en el contexto pragmático de la resolución judicial de casos –como vos decís en tu pregunta–, el tribunal no puede aceptar un empate: o bien gana una parte o bien gana la otra. En este contexto, me parece que no es un problema. Pero lo que vos realmente decís es: «lo que es un problema es que yo digo que los tribunales pueden seguir los cánones de la deliberación moral». Ahora bien, los cánones de la deliberación moral podrían no arrojar empates, en cuyo caso la antisimetría podría mantenerse. Pero en la moral a veces intuitivamente aceptamos

que hay empates o que hay situaciones que están indefinidas. En ese sentido, podrías tener razón y ésta sería una diferencia. Esa parte del proyecto, a saber, cuál es la forma de argumentación –y si la forma de argumentación es igual que la que uno utiliza en el contexto moral– no está desarrollada en este ensayo, así que sería materia para pensar o trabajar más. Yo creo que el razonamiento judicial en estos casos está gobernado por cánones morales; digamos, la forma es la misma pero no necesariamente es idéntica en todos sus detalles. Es decir, por ejemplo, uno podría decir: «el tribunal tiene que considerar diferentes reglas jerárquicas o diferentes derogaciones, es decir, revisiones alternativas» y si sigue los cánones de la argumentación habermasiana entonces convoca a audiencias públicas y puede decidir con métodos más participativos. La cuestión para tratar en tales debates sería la siguiente. ¿Cuáles son las consecuencias para todos los afectados o todos los interesados de adoptar tal o cual revisión? Esto es en la teoría de Habermas un canon moral, pero él distingue entre lo que es la deliberación moral, la deliberación jurídica y la deliberación judicial. Es decir, quizás no tenemos una identidad tal entre deliberación judicial y deliberación moral que implique la posibilidad de un empate en la deliberación judicial. En fin, este es un tema sobre el que estaba pensando escribir en otro momento, así que tomo en cuenta tu comentario para ese momento.

Tu segunda pregunta se refiere a la fe que deposito en el *stare decisis*. Creo que tu objeción es la siguiente. «Si uno necesita que la regla adoptada tenga un condicional fuerte o establezca deberes concluyentes y luego resulta que es una regla derrotable, estamos en problemas.» En otras palabras, me parece que lo que estás diciendo es «si la regla es derrotable, entonces no es una regla en el sentido relevante para la idea de Estado de Derecho, es decir, no es relevante para la toma de decisiones sobre la base de reglas porque el juez puede perfectamente cambiar de solución cuando se encuentra con un conjunto de enunciados fácticos que es parcialmente diferente del que se tuvo en cuenta al momento de adoptar la regla».

En el sistema del *Common Law*, esto es así. Se acepta explícitamente que, al aplicar reglas derivadas de precedentes, el tribunal puede distinguir entre situaciones diferentes. Claro, los tribunales del *Common Law,* especialmente la Corte Suprema de EE. UU., no hablan de derrotabilidad. Sin embargo, aun cuando esos tribunales ciertamente adoptan reglas y toman decisiones sobre la base de reglas, ello no significa que tales reglas sean irrevisables. Ahora bien, lo que quizás me podrías decir es «al final de cuentas, adoptar una decisión judicial sobre la base de reglas que son revisables es lo mismo que adoptarla de una forma particularista o intuitiva», es decir, sin la prescripción de que la toma de decisiones se ajuste a las reglas. Me parece que no; yo creo que uno puede tratar de abrir una brecha entre ambas cosas y decir: «en principio se sigue esta regla, excepto que en la argumentación o el debate que yo tenga en el proceso una de las partes demuestre que hay elementos que justifiquen revisar la regla». Estoy asumiendo solamente eso. No asumo que las reglas son irrevisables, porque, en realidad, como es

un sistema dinámico, en el fondo lo que estoy pensando es que los tribunales «editan» o revisan el conjunto constitucional todo el tiempo.

Pero tampoco esta situación se puede describir diciendo que cada revisión es un proyecto, como si fuera un proyecto en un Congreso bicameral, donde la cámara revisora discute el proyecto sancionado por la cámara de origen, o una Comisión de la Cámara de Diputados discute un proyecto presentado por un diputado o el Poder Ejecutivo. Sin embargo, no es un proyecto en sentido estricto, porque un proyecto todavía no tiene fuerza vinculante. Entonces, tiene que ser algo que vincule pero que no lo haga en forma irrevisable.

Como todos saben, hay diferentes alternativas para tratar de conceptualizar esta práctica. Una es reinterpretando el condicional como un condicional especial, es decir, un condicional con el simbolito que usaba Alchourrón; el *corner*. O uno puede cambiar el sentido del deber; puede decir que no es un deber concluyente, «considerando todas las cosas», sino un deber *prima facie* o *pro tanto*.

Yo quisiera no seguir ninguna de esas dos alternativas. Quisiera explorar una alternativa diferente, una que no implique tocar ni el concepto de deber, ni la estructura lógica de las reglas. A Alchourrón no le gustaba modificar el concepto de deber y en su lugar cambió el condicional. A mí no me gusta ni una cosa ni la otra, pero no tengo una tercera opción para explicar o defender en este momento. Entonces, en el fondo, te debo una respuesta completa.

Juan Pablo Alonso:

Bien yo tengo una pregunta, o dos. Cuando vos hablás de lagunas constitucionales, dijiste que tenían un parecido de familia con la idea de lagunas normativas de Alchourrón y Bulygin. Sin embargo, Alchourrón y Bulygin cuando conceptualizan…

Horacio Spector:

Axiológicas. No normativas.

Juan Pablo Alonso

Ah, axiológicas.

Horacio Spector

Creo que dije eso, pero si no, es lo que quise decir.

Juan Pablo Alonso

No, no. Dijiste eso, pero igual mi pregunta creo que tiene sentido. Cuando uno habla de laguna axiológica en algún sentido habla de un defecto del sistema, dice que algo está de una forma, pero debería ser de otra. En cambio, en las lagunas de primer orden que vos señalás «falta una regla derogatoria para coherentizar» o en las lagunas de segundo orden «falta una regla de ordenación». Parecería que es un defecto, pero o no es un defecto, o es un defecto ineliminable cuando hablamos de principios que establecen derechos constitucionales.

En un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión –típico ejemplo que se utiliza– hay casos en los que la segunda derrota al primero o casos en los que el primero derrota a la segunda. Entonces, la ausencia de reglas derogatorias, o de reglas de ordenación, es como una condición necesaria de la forma estructural de principios que establecen derechos constitucionales.

Es decir, si decimos que en algunos casos la libertad de circulación prevalece sobre la libertad de expresión o de manifestarse y en otros casos viceversa, es porque estamos diciendo que presuponemos la inexistencia de reglas de ordenación o de derogación para coherentizar *a priori*. A eso me refiero. Es decir, es como el presupuesto de la revisión, la ausencia de reglas generales, o que te deroguen o que te coherenticen. En ese sentido, es como un presupuesto necesario para empezar a hablar de principios que establecen derechos fundamentales, que no sabés cuáles van a prevalecer *in abstracto*. Lo vas a saber en el caso en concreto una vez que revises el conjunto normativo.

La segunda pregunta que te hago se refiere a la cuestión de los derechos imponderables. En esto yo estoy con vos en el sentido que considero que no hay derechos imponderables, pero hay muchos que sostienen que hay derechos imponderables, por ejemplo, la dignidad humana. Que es un poco en lo que se basó el Tribunal Constitucional alemán para declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Aérea. Esta ley apela a un cálculo utilitarista. Después del atentado de las Torres Gemelas, el Parlamento alemán sanciona una ley que dice «si yo tengo un avión con cien personas y sé –no tengo prácticamente margen de dudas– que va a estallar en un estadio que tiene sesenta mil personas, entonces bajo esas condiciones el Ministerio de Defensa está autorizado para ordenar el derribo del avión y matar a cien personas para salvar a sesenta mil. Esta ley –con la cual yo estoy de acuerdo porque creo que el cálculo utilitarista en este tipo de situaciones de terrorismo es un cálculo válido– fue declarada inconstitucional con el argumento de que violaba la dignidad de los pasajeros del avión al usarlos como un medio y no como un fin en sí mismo, y en esta línea hay muchos autores que sostienen que habría algún principio, o algún valor, o algún derecho –como la dignidad humana– que no puede ser sujeto de ponderación en ningún momento.

Esas son las dos preguntas.

Horacio Spector

Gracias, Juan Pablo. En realidad, las dos preguntas están relacionadas. Vos decís que la laguna constitucional «no es un defecto». Sin embargo, uno podría tener, digamos, cinco principios constitucionales ordenados en forma «lexicográfica» (como en un orden parcial) y en ese caso no tendría este tipo de problemas. De modo que la ausencia de una ordenación no es una propiedad necesaria de un conjunto de principios constitucionales.

Por ejemplo, la teoría de la justicia de Rawls –si bien no es un texto constitucional– tiene dos o tres principios, según cómo contemos, y Rawls trató de evitar el problema de la incoherencia estableciendo un orden «lexicográfico». Si no lo hubiera puesto, la aplicación de su teoría a casos concretos generaría los problemas que aparecen en los tribunales constitucionales. Entonces, uno podría decir ante un texto constitucional sin ordenación: «¡Falta algo!».

Ahora bien, no digo que ese tipo de conjuntos totalmente ordenados sea algo que en la práctica constitucional podamos tener; sólo digo que al menos existen como posibilidad teórica. Todo esto supone que poseemos derechos no absolutos, porque si hay un principio absoluto que tiene primacía sobre cualquier otro, entonces obviamente no tengo una laguna. En efecto, un principio absoluto implica que no puede haber un conflicto irresuelto entre ese principio y cualquier otro. Yo justamente trato la decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea en el artículo publicado en *Jurisprudence* y tomo los derechos a la vida y a la dignidad humana en la interpretación de ese tribunal como ejemplos de derechos absolutos. Pero lo que digo es que estoy en desacuerdo con que algún derecho pueda ser considerado absoluto en este sentido, o sea que vos y yo estamos de acuerdo.

Por ejemplo, estoy en desacuerdo con la tesis de que el derecho a la vida sea absoluto. Mi argumento es que seguramente el tribunal alemán no quiso implicar que, si Alemania es atacada por una potencia enemiga, entonces los soldados alemanes no tienen un permiso constitucional para defenderse, ¿no es cierto? Porque sería absurdo. Es decir que el tribunal no dijo realmente que el derecho a la vida sea absoluto; restringe el carácter absoluto de ese derecho a un cierto tipo de ámbito. Pero, de todas formas, si el tribunal considera que el derecho a la dignidad humana es absoluto –como diría Dworkin: que siempre es un *trump*–, lo que estaría diciendo es que tiene primacía sobre cualquier otro principio y eso significa que hay una ordenación. A mí me parece que, como una cuestión moral, es discutible que pueda haber derechos absolutos. Pero, en fin, tampoco descarto esa posibilidad.

Kant, por ejemplo, pensaba que el imperativo categórico establece un deber absoluto. Su posición es razonable y ha sido aceptada por muchas personas, de modo que no parece algo absurdo. Pero yo no tengo que analizar esa cuestión. Lo que digo es que en los *bills of rights* típicos, cuando se presentan problemas o controversias porque hay conflictos o contradicciones, lo que tengo son principios *no absolutos*. Entonces, esos

documentos constitucionales ofrecen una deontología pluralista a la que le falta o bien normas derogatorias o bien algún tipo de ordenación. En el transcurso de la revisión de ese conjunto de normas, los tribunales podrán aceptar alguna regla jerárquica, o remover algunas consecuencias normativas, sobre la base de distintos tipos de consideraciones. Manuel, pienso que estamos de acuerdo en lo sustancial.

Manuel Atienza:

Horacio, yo creo que tenemos opiniones muy parecidas sobre la ponderación. Y me parece que lo que nos separa y hace que exista una cierta confusión probablemente tiene que ver con la concepción de derecho de fondo. Y yo creo que más exactamente tiene que ver con la idea de ver el derecho al estilo de *Normative Systems.*

A mí me parece que esa es una manera que en un momento determinado significó un gran salto adelante, produjo mucha claridad, rigor, todo lo que se quiera, pero es una forma muy pobre de ver el derecho. Por ejemplo, cuando tú presentas el tema, no queda muy claro, pero da la impresión que en eso estás siguiendo a Alchourrón y Bulygin al pensar que un sistema jurídico consiste únicamente en reglas, porque se trata de enunciados de un único tipo, que ahora solemos llamar reglas (habría definiciones también), pero no introduces lo que me parece que aquí es clave para dar claridad al asunto: la contraposición entre reglas y principios.

Entonces, si introducimos esto, yo creo que el problema de la ponderación se aclara bastante; podemos hablar de ponderación, de proporcionalidad, en fin, se usan expresiones distintas, pero creo que las cosas no cambian, no es cuestión de palabras.

¿Cuál es el problema? ¿Por qué en la teoría del derecho hemos introducido esta cuestión? Yo creo que el problema es muy simple, y es que, si vemos el derecho como un sistema que consiste únicamente en reglas, entendiendo por reglas pautas específicas de comportamiento, pues entonces podemos tener dos problemas, siguiendo aquí a Alchourrón y Bulygin: lagunas normativas y lagunas axiológicas.

Hay, pues, que solucionar esos problemas. Y la manera de solucionarlos pasa por considerar que las lagunas normativas o las lagunas axiológicas tienen lugar en el nivel de las reglas, pero no en el nivel de los principios. Yo me acuerdo que esto alguna vez lo discutí con Eugenio; ellos (él y Carlos Alchourrón) utilizaban algo que venía de Carrió, quien criticaba a los juristas tradicionales cuando estos decían que el derecho no tiene lagunas porque hay jueces que pueden resolverlas.

«Menuda tontería», venía a decir Carrió. Es como si uno dijera que no puede haber agujeros en los bolsillos de los pantalones porque hay sastres que los reparan. A mí esto me pareció muy convincente hasta que pensé: «Bueno, pero… ¿Qué pasaría si viéramos el derecho –siguiendo la metáfora– no como un conjunto de pantalones, de prendas de vestir, sino como una factoría, como una actividad? Y de esa actividad naturalmente forma parte la gente encargada de remendarte los agujeros cuando los

puedas tener.» Esto me parece que es la clave, una idea muy simple, pero que está fuera de *Normative Systems.*

Lo que proponía Alchourrón era «ver el derecho como un sistema maestro, como un conjunto que está ahí, una realidad que está ahí afuera, que consiste en reglas, etc.», pero si lo vemos de esta otra manera, entonces yo creo que aclaramos mucho las cosas. Entendemos por qué tenemos a veces que ponderar, que recurrir a los criterios de proporcionalidad, de balanceo, o como se quiera llamar. Y, por cierto, diría también que por algo la balanza ha sido siempre el símbolo del derecho, porque en los casos difíciles las reglas sin más no nos permiten resolver los problemas; hay que ver las razones a favor y en contra, hay que introducir los principios.

En eso es en lo que consiste el asunto. En pasar de los principios a las reglas. Tenemos que construir una regla. Hasta ahí estamos de acuerdo. Tú lo que dices es: «hay que construir una regla». Y yo: «sí, hay que construir una regla, pero antes de eso teníamos principios». La construcción de una regla es a partir de principios.

Aquí es donde me parece, Horacio, que está nuestra diferencia. Tú dices: «la clave no está en ponderar, sino en revisar; la clave es revisión, no ponderación». Pero claro, la pregunta obvia es: ¿cómo diablos se revisa? Si uno fuera un emotivista o algo así lo que diría es: al revisar, los jueces hacen lo que quieran hacer. Era un poco la posición de Eugenio Bulygin: en esos casos los jueces gozaban de discrecionalidad absoluta, entonces podían hacer cualquier cosa. Dicho entre paréntesis, recuerdo que alguna vez, en broma, comentaba que, en alguna ocasión, siendo juez, había apelado al derecho natural. Pero, en fin, no creo que esto sea aceptable, que dé cuenta de cómo en realidad los jueces toman sus decisiones en los casos difíciles.

Tú me dices: «la clave es revisar, no ponderar». Pero, insisto, ¿cómo revisamos? Aceptamos que lo que hay es simplemente discrecionalidad, no arbitrariedad. Pero si pretendemos dar cuenta de, racionalizar, lo que hacen los jueces, me parece que los jueces, en esos casos, «sopesan», «ponderan»; se trata manifiestamente de una metáfora, pero tiene sentido, y sobre todo tiene sentido cuando vemos las cosas no en abstracto, sino en concreto.

Para manejar un ejemplo usual. En abstracto no podríamos decir que la libertad de expresión tiene más peso que la intimidad, o al revés. Pero cuando se ven las cosas en concreto, sí que tiene sentido atribuir más peso a uno de los dos principios. Uno de los ejemplos que tú pones: la pandemia. Yo creo que tiene todo el sentido del mundo decir que, en las circunstancias de pandemia que vivimos, el derecho a la salud o la integridad de la gente pesa más que la libertad de circulación. Por eso creo que la manera de presentar las cosas de Alexy es acertada, pero siempre y cuando dejemos de lado la manía germánica de los números. La aritmetización de la fórmula del peso es en cierto modo un exceso que no ayuda y que induce a incurrir en una falacia: la de la falsa precisión. Pero si quitas eso, lo que queda está bien. Y vuelvo de nuevo a la pregunta: ¿cómo revisas? Yo creo que no hay otra forma de hacerlo que ponderando. Tendrás que ver cuáles son las razones a favor y en contra y cuáles pesan más. ¿Y no hay criterios

para hacer esa operación? Yo diría que «Claro que hay criterios», pero que esos criterios naturalmente no nos permiten construir un algoritmo o algo así.

Luego viene la idea de que los criterios ordenan. Yo estoy de acuerdo contigo. Se generan reglas que naturalmente son reglas revisables, no puede ser de otra manera. Pero que sea revisable no quiere decir que no sea una regla. Yo creo que aquí los trabajos de Alchourrón son clarísimos: los enunciados condicionales son, siempre o casi siempre, revisables. Y, claro, en el futuro puede surgir una nueva propiedad que no se tuvo en cuenta y entonces habrá que introducir un cambio en la regla.

Entonces, Horacio, lo que yo te diría, es que no veo por qué te empeñas en decir que la clave está en revisar y no en ponderar. ¿Cómo revisamos si no ponderamos? Yo creo que en el trasfondo está una concepción del derecho que es equivocada por pobre, porque hay que meterle más ingredientes. Y discúlpame, porque me parece que me he extendido demasiado.

Horacio Spector:

Es una pregunta fascinante, Manuel. Empezaría con la teoría del derecho expuesta en *«Normative Systems»*. Luego de la publicación de esta obra, Alchourrón y Bulygin fueron evolucionando y cambiaron algunas de sus tesis. Una de las cosas que modificaron es su concepción de las normas condicionales. En efecto, no hay algo así como los condicionales derrotables en *Normative Systems*. Sin embargo, luego Alchourrón empieza a trabajar en ese tema. Asimismo, advierte que el tema de la revisión está insuficientemente tratado en *Normative Systems* y empieza a desarrollarlo. Así, Carlos estudia los procedimientos lógicos de revisión. Es cierto que ni Carlos ni Eugenio tocan específicamente el tema de los principios constitucionales; tampoco hablan de reglas, sino de normas. Aunque tienen una terminología diferente y no hablan de reglas, su concepción de las normas se parece a la concepción estándar de las reglas.

Por mi parte, soy reticente a pensar que los conceptos de pesaje, peso, ponderación y otros similares sean valiosos para explicar el proceso de decisión de disputas constitucionales. Todas esas metáforas mecánicas son muy engañosas y tienen consecuencias problemáticas en las diversas áreas de la toma de decisiones. También impactan negativamente en la concepción del derecho. Como bien decís, hace ya tiempo está de moda decir que el derecho tiene reglas *y principios*; por ejemplo, Ronald Dworkin, Robert Alexy, y una enorme progenie. Y se define a los principios como entidades que tienen peso. En el caso de Dworkin esto es claro; también en el de Alexy.

La idea central de la concepción «principialista» es que un principio no se aplica todo o nada, sino que se aplica con un peso o fuerza determinados. Además, en muchos casos los autores dicen o sugieren que esos principios están formulados en textos constitucionales u otros textos legales. Y en este punto mi indagación me lleva a una conclusión que es parcialmente coincidente con la que extrae Larry Alexander. Larry dice que no

es posible tener un principio legislado con peso porque el texto constitucional nunca dice «este es el peso, este es el numerito».

Manuel Atienza:

Perdona, Horacio, pero es que si le pusiera el numerito ya no sería un principio, sino sería una regla. Naturalmente no lo puede poner, pero eso no es un argumento.

Horacio Spector:

Bueno, pero en ese caso entonces el principio formulado no tiene peso.

Manuel Atienza:

El principio tiene un peso, pero el peso no está predeterminado.

Horacio Spector:

Entonces no tiene peso, el peso se le adjudica.

Manuel Atienza:

Claro.

Horacio Spector:

Eso es un poco distinto, porque una cosa es analizar el principio como algo que tiene peso, o sea que lo tiene predeterminado, lo que implica que cuando existe como principio ya existe con peso y otra cosa es decir…

Manuel Atienza:

Perdona, puedo interrumpirte.

Horacio Spector:

Adelante, sí, sí.

Manuel Atienza:

Lo que dice Alexy –y me parece que no está mal– es que podemos hablar de peso en abstracto y en concreto. Entonces hay un peso en abstracto. Así, en el ejemplo que ponía Juan Pablo antes, a la dignidad o a la vida se le suele atribuir normalmente, en

abstracto, un peso mayor que a otros principios. Pero es cierto que el peso en abstracto no dice mucho. Lo importante es el peso en concreto. Y eso está abierto, no está predeterminado.

Horacio Spector:

Yo sé que estoy diciendo cosas que suenan heterodoxas y entonces tengo la carga de la prueba. Pero a ver si puedo intentar convencerte. Es decir, si uno le adjudica al principio un peso, uno le agrega algo que no tiene, es decir, le asigna un peso que no tiene. Pero si uno define al principio como «algo que tiene peso», lo tiene por definición. Y si no lo tiene, no es un principio, también por definición. Pero si lo tiene, ¿dónde está?

Entonces uno podría decir: bueno, pero si de lo que se trata es de que un principio es algo así como una entidad normativa (todavía no me quiero comprometer con una etiqueta), una entidad de tipo normativo que, digamos, no está ordenada con otras entidades parecidas. Entonces uno puede hablar de peso, o usar otra metáfora, o lo que sea. En cualquier caso, uno tiene que ordenar estas entidades normativas, y entonces uno llama a estas entidades «principios» porque son *ordenables*, pero carecen de una ordenación o pesaje preexistente.

Muy bien, pero también las *reglas* son entidades normativas que muchas veces uno tiene que ordenar porque no están ordenadas. Por ejemplo, imaginemos que un código civil establece los derechos creditorios para los casos de concursos, pero a diferencia de lo que hacen los Códigos Civiles de España y Argentina, no tiene reglas de privilegio o prelación de derechos creditorios. Entonces, uno diría que estos derechos creditorios están fijados por las disposiciones de este código, pero no están ordenados. Por ello, cuando el juez comercial tenga que resolver un conflicto en el concurso o en la quiebra, va a tener que ordenar los créditos en conflicto. Y ¿cómo los va a ordenar? Bueno, como los redactores no pusieron la norma de ordenación o prelación en el Código, los créditos establecidos en este código hipotético se parecen a los principios, porque son unas normas o entidades normativas que el juez comercial de la quiebra tendrá que ordenar oportunamente.

Siguiendo con el mismo ejemplo, imaginemos que el juez comercial dice: ¿Qué es más importante? ¿El derecho creditorio del trabajador o el derecho creditorio del Estado, del Fisco? Él puede decir: «Es más importante el crédito del Fisco porque el Fisco es el que me paga el sueldo» (esto es una broma) o puede decir «es más importante el Fisco porque sus recursos se destinan a servir el bien común», o puede decir «es más importante el derecho del trabajador», porque es la parte más débil. Uno podría describir esto como que el juez está «pesando» los derechos creditorios. Pero no es que está *descubriendo* el peso de los derechos. Sencillamente, está ordenando créditos competitivos sobre la base de criterios que a veces no son explícitos, o quizás apelando a intuiciones.

Entonces, yo creo que lo que uno puede decir es que la diferencia entre principios y reglas no está relacionada centralmente con el tema de la ordenación, porque uno puede tener tanto reglas como principios sin ordenación. En tal caso, cuando el Juez tiene que decidir un caso controlado por reglas o principios conflictivos, deberá agregar una ordenación en el caso concreto

Además del problema de la ordenación, hay otra diferencia entre reglas y principios que parece bastante evidente. En tanto que los principios están formulados típicamente con un lenguaje que es mucho más vago que el de las reglas, las reglas normalmente tienen una estructura condicional y tratan de establecer condiciones antecedentes. Así, hay amplio consenso acerca de cuándo están y cuándo no están cumplidas esas condiciones y cuáles son las consecuencias normativas que se siguen. Pero puede haber reglas que también son vagas o ambiguas, o que están formuladas con un altísimo nivel de generalidad. Por ejemplo –vuelvo a este ejemplo porque de casualidad me resulta también útil ahora–, el imperativo categórico kantiano parece que es una regla, pero uno diría también que es un principio. ¿Es una regla o un principio? En el sentido de que es absoluto y, por ende, está supraordenado, uno podría decir que es una regla. En esa dimensión, la conceptualización es clara. Pero, por otro lado, está la formulación, que es un poco vaga, y requiere cierto tipo de valoraciones por parte del tribunal, o del agente moral en este caso. Como resulta obvio, ésta es la diferencia entre *reglas* y *estándares* que hacen los juristas norteamericanos. El estándar contiene términos valorativos que requieren de una apreciación por parte del aplicador.

Entonces la pregunta es, ¿cuál sería un estándar? Por ejemplo, el estándar de buena fe en el derecho contractual. Es el estándar que exige a las partes cumplir los contratos interpretándolos de buena fe o siguiendo los principios de buena fe. Manolo, alguna vez hemos hablado sobre ese trabajo de Bob Summers «'Good Faith' in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code», que estudia el precepto de la buena fe en el derecho contractual norteamericano. ¿Qué es ese precepto: un principio o una regla? Como es un estándar tan general, uno podría decir que es un principio, no una regla. Pero la cuestión de la ordenación no se presenta, tal vez porque el derecho contractual lo fija como un principio que tiene primacía sobre otros. Cuando las partes tienen que aplicar un contrato y tienen dudas o están influidas por consideraciones en conflicto, el principio de la buena fe quizás es un principio absoluto, como el de la dignidad humana que mencionaba Juan Pablo para el Tribunal Constitucional alemán.

Entonces, digamos, es cierto que en *Normative Systems* no está el concepto de principio, que hay un concepto de norma, porque hay un modelo teórico en el cual estas entidades normativas ya tienen una cierta estructura y un contenido fácilmente determinable. Pero si uno dice que el derecho incluye reglas y estándares, y que a veces estas reglas y estándares tienen que ser ordenados, porque aparecen contradicciones cuando se los combina con enunciados fácticos, en fin, si uno dice esto, yo creo que no hace falta usar el concepto de principio, porque aun cuando el concepto de principio

me resulta seductor, en el fondo tiendo a pensar (aunque no es el objeto de este trabajo) que la definición de principios como entidades normativas que tienen peso es un error.

Ahora la otra pregunta es: si uno acepta que el sistema jurídico puede incluir o incorporar principios morales, si los principios morales son principios que se definen como entidades normativas que poseen un peso, ¿cómo es esa inclusión o incorporación? Por ejemplo, Alchourrón siempre mencionaba el libro *The Right and the Good* de David Ross, donde este autor discute los deberes *prima facie*. La idea de que uno pesa los deberes *prima facie* en un caso concreto le encantaba, pero nunca le terminó de convencer esta idea del deber *prima facie* y tuvo un famoso debate con Martín Farrell, sobre el cual Hugo escribió hace poco.

Entonces podría ocurrir que en la teoría moral sea lo mismo, es decir, que los principios morales no tengan peso, sino que sean entidades normativas a ser ordenadas. Es lo que yo en realidad creo, pero Larry Alexander piensa diferente. Él dice que principios morales puede haber con peso, pero que principios jurídicos positivos, o sea que están promulgados por una autoridad, no puede haber con peso. A mí me parece que esto es un misterio, que tampoco en teoría moral debería haber principios morales con peso, porque en el fondo yo creo que la metáfora –tu mencionas bien la balanza y todo eso– puede dar lugar a interpretaciones diferentes. Una interpretación es psicológica. Cuando uno participa de un debate, escuchando diferentes voces o diferentes argumentos, psicológicamente va oscilando, al principio uno se inclina a aceptar una posición, escucha algo, cambia; hay algo así como un péndulo y el equilibrio psicológico se mueve para un lado o para el otro. Yo creo que la idea de la balanza de la justicia viene de eso, de que un tribunal hace justicia luego de escuchar a las partes, entonces sus miembros pueden tener esas oscilaciones psicológicas. La metáfora me parece que transmite una idea genuina del proceso psicológico, o lo que vos también llamás, siguiendo la terminología epistemológica, el contexto de descubrimiento. Ahí puede uno tener estos balanceos.

Pero a mí me parece que es erróneo pensar que uno va a adoptar una regla jerárquica, una ordenación, o va a contraer un sistema normativo sobre la base de un juicio ponderado o algo así sobre la importancia, el peso, o la fuerza de los principios en conflicto. Uno puede utilizar una diversidad de consideraciones para establecer la ordenación, pero muchas de las consideraciones relevantes tienen que ver con las consecuencias que se siguen de tener un sistema jurídico que incorpora una u otra regla ordenatoria.

Por ejemplo, cuando los juristas civiles ordenan los derechos creditorios y otorgan a algunos de ellos el carácter de créditos privilegiados, tienen sus razones, ¿no es cierto? Les interesa por un lado mantener el Estado, el Fisco cobra primero, hay razones, pero eso no significa que están percibiendo o ponderando el peso de esos derechos. De igual manera, cuando hay que ordenar normas con diferentes fechas de promulgación –la famosa regla *lex posterior*– uno puede preguntar cuál es el peso o la fuerza, y responder que las normas posteriores tienen más fuerza que las anteriores. Pero la realidad es que la

razón de la ordenación es que las sociedades van cambiando, van modificando sus reglas y quieren que se apliquen las nuevas normas y no las viejas. Yo creo que esencialmente el mismo fenómeno tiene lugar con la ponderación de principios constitucionales.

Hay una parte en la que te tengo que dar la razón. Las indagaciones que Eugenio y Carlos han hecho en *Normative Systems* son incompletas y ellos mismos las fueron suplementando a lo largo de los años, pero, claro, no es éste el punto. El punto es qué es lo que hay que hacer para suplementar eso: el tema de la revisión.

Entonces tu pregunta final –no sé si al final contesté todas– lo que vos cuestionás es mi frase: «es revisión, no ponderación». Yo traté de usar esta frase para transmitir una conclusión. El acento está en la revisión, no en la ponderación. Pero no en el sentido de que funcionalmente cumplan el mismo rol teórico. Lo que ocurre es que uno puede revisar de distintas formas, y ahí llevas razón en el sentido de que Carlos y Eugenio pensaban que el juez tiene discrecionalidad y puede llenar los agujeros como quieren. En el caso de Carlos, él tenía mucha simpatía con el emotivismo de Stevenson (y yo también en esa época, por eso nos entendíamos muy bien). En el caso de Eugenio, tenía una posición bastante cercana al positivismo lógico. O sea que en realidad es cierto que la escuela iusfilosófica de Buenos Aires no hacía mucho lugar para métodos o cánones de razonamiento moral y entonces, en la medida que la revisión de un conjunto normativo requiere deliberar o argumentar, y se trata de encontrar una revisión que sea justa, adecuada, o correcta, en esa medida tienes toda la razón de que ni Carlos ni Eugenio nos dieron herramientas. Pero diagnosticaron el problema y, de todos modos, no creo que la herramienta del peso de Alexy o la de Dworkin sean teóricamente útiles. No creo que sean las herramientas que necesitamos. Antes bien, yo indagaría las formas deliberativas y los cánones de argumentación en la decisión judicial.

Es cierto que hay que racionalizar lo que hacen los jueces. Podrían estar siguiendo patrones de razonamiento bastante plausibles. Uno de ellos podría ser, por ejemplo, ¿qué tipo de revisión cuaja mejor con la estructura de la Constitución? La Corte Suprema norteamericana usa mucho la argumentación estructural. Por ejemplo, un argumento estructural tiene que ver con el principio del federalismo. Entonces, si la pregunta es si los Estados pueden dictar una cierta norma que regula aspectos del comercio interno, si no está claramente dicho en la Constitución, tratan de analizar el problema sobre la base del principio del federalismo. Es decir, apelan a una argumentación estructural. Pero yo no creo que los jueces federales norteamericanos tengan discreción total. Por el contrario, deben seguir ciertos cánones y de hecho los siguen. Hay toda una serie de cánones consuetudinarios que se siguen; así que en esa medida estoy totalmente de acuerdo con vos.

En definitiva, creo que tenemos solamente dos puntos de diferencia. El primero es el tema de los principios como entidades normativas que tienen un peso que hay que ponderar. El segundo es el hecho de que, como resultado de esa ponderación, ipso facto uno tiene luego una norma nueva. En esto discrepamos. Yo lo que creo es que uno no agrega una norma, sino que primero deroga u ordena. En tal caso, uno puede

representar metafóricamente lo que hizo diciendo que balanceó o pesó los principios que estaban en conflicto. Esta narrativa es atractiva, pero también distorsiona la naturaleza del procedimiento, que básicamente es de revisión argumentada.

Pero la ordenación de principios no es lo mismo que la ordenación de preferencias. Cuando se trata de preferencias los economistas dicen: «si yo tomo la opción A en lugar de la opción B, o compro el producto A en lugar del producto B, simplemente lo que hago es preferir uno a otro, me gusta más uno que otro», y ahí parecería que hay una respuesta psicológica directa a un estímulo externo. Y yo creo que en los temas de políticas sociales hay un montón de consideraciones. No es que al tribunal le gusta un principio antes que otro, sino que imagina escenarios en los cuales el sistema jurídico incluye esa regla ordenadora u otra y trata de ver cuáles son las consecuencias que se siguen, o cómo esa ordenación afecta otras consideraciones. No sé si quedó algo, Manolo. Traté de responder todos tus comentarios.

Manuel Atienza:

A mí me parece que no hay nada de misterio en lo de los principios. Si quieres podemos, en lugar de hablar de peso, referirnos, como tú dices, a la estructura de un principio. Yo escribí hace muchos años con Juan Ruiz Manero un trabajo donde tratábamos de ver el problema (la distinción entre principios y reglas) desde diversos puntos de vista: la estructura de un principio vendría a ser lo que Von Wright llamaba una norma categórica, o sea que podrías verlo como un condicional donde en el antecedente, en las condiciones de aplicación, solamente estarían aquellas que se desprenden del contenido; a diferencia de las reglas que serían las normas hipotéticas en la terminología de Von Wright.

Entonces, si aceptamos que hay ese tipo de enunciados en el derecho, ¿qué pasa? Pues pasa que están llamados a entrar en conflicto. Y entran en conflicto porque en un mismo caso va a haber más de un principio aplicable, por esa razón, porque son normas categóricas. Y entonces hay que resolver el conflicto. Sí estoy de acuerdo contigo en que lo de la ponderación es una metáfora, pero eso es lo de menos. Olvidémonos de la metáfora. Lo importante es que en el derecho hay jueces o funcionarios que de vez en cuando tienen que resolver ese tipo de problemas, y entonces la cuestión es cómo hacerlo. Parten de un cierto material, pero ese material consiste en enunciados que son distintos entre sí, bastante distintos.

Por lo demás, esa reticencia frente a la existencia de principios o frente al uso de la ponderación, yo solamente la he encontrado, Horacio, en los analíticos de Buenos Aires y de Génova. En el resto del mundo, me parece que es una cuestión bastante pacífica.

Y para volver a las fuentes –a los argumentos de autoridad–, me parece que estaría bien recurrir a las porteñas: a Carrió y a Nino, y a lo mejor olvidarnos un poco de anglos y de alemanes. Por cierto, a tu colega Larry le podrías sugerir que lea el pequeño libro de Carrió *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, de 1970 (hay edición en inglés), que

seguro le interesará. Carrió hacía ahí una crítica a Dworkin y defendía lo que luego se ha llamado «positivismo incluyente». Todo el mundo parece haberse olvidado de eso, pero lo que venía a decir Carrió es que, en realidad, no había nada en una concepción como la de Hart para excluir del derecho a los principios, lo que Dworkin entendía como principios.

La única objeción que ponía Carrió a la incorporación de los principios, la diferencia con Dworkin, se refería a la pregunta de ¿cuándo podemos considerar que un principio es jurídico? Y él apelaba a la regla de reconocimiento. Pero la existencia de ese tipo de enunciados no le planteaba mayor problema; y distinguía, por cierto, entre los principios, los estándares y las reglas. Algo parecido podría decirse de Nino. Esa me parece que es la buena tradición, la que lleva a abordar los problemas reales del derecho.

Normative Systems en su origen tuvo una pretensión de hablar del derecho y tratar de modificar la manera como los juristas y los dogmáticos hacen su trabajo. Pero en un cierto momento los autores abandonaron ese objetivo. Sobre todo, Eugenio, porque Alchourron era un filósofo, iba por otro lado. Abandonaron esa pretensión y yo creo que hay que recuperarla: hay que volver a una teoría del derecho que se ocupe del derecho.

Y en el derecho, de vez en cuando nos encontramos con esos problemas: los jueces, por ejemplo, tienen que resolver casos de conflictos de derechos (o de principios). ¿Cómo hacerlo? Tú dices: «revisando». Si, revisar es el resultado, pero ¿cómo introduces la nueva regla?, o sea, ¿cómo crean derecho los jueces? Yo estoy de acuerdo contigo, Horacio, en que no lo crean como Eugenio sugería, de manera totalmente discrecional, sino que lo hacen con ciertos criterios, y eso es lo que hay que estudiar: ¿cuáles son esos criterios? A mí me parece que para ello la herramienta de los principios ayuda, pero tampoco digo que sea lo único. No creo que haya que darle del todo la razón a Alexy. Pero la otra concepción, el modelo normativista de Alchourrón y Bulygin, es demasiado pobre; sólo con él no podemos dar cuenta de la complejidad del derecho.

Juan Pablo Alonso:

Horacio: ¿Le puedo dar la palabra a Federico De Fazio, que hace rato…?

Horacio Spector:

Sí, por supuesto.

Juan Pablo Alonso:

Después en todo caso te vuelvo a dar la palabra y, si querés, contestale a Manolo.

Manuel Atienza:

Yo ya me callo, no digo más.

Juan Pablo Alonso

No, por favor, es un placer Manolo.

Federico de Fazio:

Gracias Horacio por compartir el texto y por la exposición. A mí me gustó mucho, personalmente; me interesan estos temas en particular y me pareció un abordaje muy original dentro del estado del arte que hay sobre este tema. Así que a mí me gustó mucho.

Tenía una pregunta concreta sobre uno de los argumentos en favor de tu tesis central, que es en favor del Estado de derecho. Digamos, yo veo clara la diferencia que hacés entre la deontología jerárquica que supone una regla de ordenación y la ponderación deontológica que supone sopesar. Ahí está claro y creo que tenés razón cuando decís que la idea de sopesar metafóricamente remite a algún criterio de ordenación implícito –aunque sea vago, aunque no lo tengamos muy determinado–. Me parece que eso está bien.

Pero no vi tanto la diferencia en un segundo aspecto y es cuando decís que de «sopesar» o de la «ponderación» no se extrae una *ratio decidendi*. Porque, por ejemplo, aun concediendo que la ponderación fuera intuitiva o que no tiene claro cuál es el criterio de ordenación, uno podría decir que como resultado de una ponderación uno sí obtiene una regla.

Por ejemplo, si tuviéramos una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor, en general los tribunales –como es el caso «Kimel», por ejemplo– dicen: «bueno, si se trata de un funcionario público, en el ámbito de su actividad pública y si la expresión no es injuriante, la libertad de expresión debería tener más peso». De ahí uno puede extraer o reconstruir una regla que diga: «Bueno, si se dan estas propiedades relevantes: si es un funcionario público, en el ámbito de su actividad pública y si la expresión no es injuriante, etc., se deriva una determinada consecuencia normativa que es la que expresa el principio de la libertad de expresión. Esto es lo que Alexy reconstruye bajo el nombre de la «ley de colisión».

Mi duda es esta: no veo tan clara ahí la diferencia entre lo que Alexy denomina la «Ley de Colisión» y la idea de la regla de ordenación, que es una ordenación parcial –es decir, que está sujeta a unas ciertas circunstancias que vos creo que llamás los *facts*, los «F»–. Dado que veo algo bastante similar ahí, quería consultarte si podrías aclarar cuál es la diferencia, ya que es bastante relevante en tu texto porque de ello depende la defensa del Estado de Derecho.

Después, quería hacer un último comentario sobre la idea de dignidad que tiene el Tribunal Constitucional alemán. En otros fallos, lo que surge a la luz es que el Tribunal Constitucional no cree que la dignidad sea absoluta. De hecho, hace no muchos años, Alexy trajo un caso del Tribunal Constitucional donde se discutía si una persona podía ser afeitada compulsivamente a los fines de ser reconocida en una

rueda de reconocimiento dentro de un proceso penal. El Tribunal consideró que era más importante que se realice el proceso penal o la rueda de reconocimiento antes que defender la dignidad de esa persona. Es decir, en casos posteriores el Tribunal dejó aquel criterio que mencionás y con el que, en efecto, vos no estabas de acuerdo.

Horacio Spector:

Gracias Federico. Me das una gran oportunidad para aclarar unos puntos del trabajo. En relación con tu último comentario, yo por supuesto soy escéptico acerca del carácter absoluto de algunos principios. Justamente, el ejemplo que doy es el artículo 1(1) de la Constitución alemana, que dice «la dignidad humana es inviolable». A pesar de que el texto sugiere que el principio de la dignidad humana es absoluto, lo que sugiero es que la interpretación absolutista no es la mejor interpretación de lo que quiere decir el Tribunal Constitucional en el caso de la Ley de Seguridad Aérea. Por lo tanto, yo también rechazo el «absolutismo constitucional». En esto, no tengo discrepancia con Alexy.

Tus otros comentarios merecen un análisis más detenido. Yo hablaba de cuatro estructuras morales deontológicas, dos cuantitativas y dos no cuantitativas. También sugería que las dos cuantitativas (deontología de balance y deontología de umbral) son equivalentes entre sí, así como las dos no cuantitativas (deontología de derogación y deontología de jerarquía) también son equivalentes entre sí. Pero también decía que la metáfora del peso (es decir, una de las estructuras cuantitativas) es una representación de las estructuras no cuantitativas. Es decir que en la medida que la metáfora del pesaje tenga ese significado literal, obviamente cuando uno está sopesando, lo que hace es ordenar o derogar. Pero si sopesar es lo mismo que ordenar o derogar, lo que vos dirías es lo siguiente: «Bueno, pero entonces no es que las estructuras cuantitativas están en contra del Estado de derecho, porque si son iguales a las no cuantitativas, tenés que estar o bien en contra del Estado de derecho o bien a favor del Estado de derecho, pero no se puede hacer esa diferenciación a favor de las estructuras no cuantitativas.»

El punto que yo trato de hacer en el artículo, pero hay que precisarlo más, es que depende cómo se haga esta ponderación o la determinación del peso, porque si se hace solamente entre los principios, y se dice en este caso concreto uno predomina sobre el otro, pero no se brinda información acerca de las circunstancias relevantes en las que se hace la ponderación o de las cuáles depende el peso, sino que se hace de forma intuicionista o particularista, no hay suficiente información normativa como para configurar un precedente vinculante. Entonces es una cuestión de interpretación de cuáles son las razones *decidendi*. Es cierto que en la jurisprudencia del *Common Law* hay que interpretar las sentencias, de modo que muchas veces las razones *decidendi* no están dichas, es un tema de interpretación. Pero justamente ahí también se discute que en la medida que sea más difícil determinar cuál es el *holding* de un caso judicial, entonces es más difícil de prever qué es lo que futuros tribunales van a hacer.

Ahora, si esta metáfora del peso se formula diciendo «en circunstancias A, B y C está este peso», dado que esto es una representación metafórica, es equivalente a establecer una regla jerárquica o hacer una derogación. Pero no es que se agrega una regla, como dice Alexy, sino que se deroga una consecuencia normativa, como afirman Alchourrón y Makinson. En cualquier caso, desde el punto de vista del Estado de Derecho no habría tanta diferencia. Pero sí hay una diferencia en cuanto a lo que sugieren las diferentes formulaciones, porque toda esta metáfora del peso (que Alexy utiliza con su fórmula, no con la Ley de Colisión) sugiere la idea de que hay que aprehender o intuir la fuerza o importancia de los principios y no hay criterios de justificación externa típicos de las argumentaciones morales o de las argumentaciones sociales. En cambio, si uno dice claramente «acá hay que revisar», está aceptando que hay que apelar a consideraciones externas. Todo miembro de la comunidad jurídica sabe que una revisión normativa se hace sobre la base de distintos tipos de razones. Entonces, cuando hay una revisión legislativa todo el mundo sabe que hay una serie de consideraciones, no se hacen intuiciones de fuerzas o de pesos. Entonces, lo que yo quiero decir es que lo mismo ocurre con la revisión judicial de un conjunto normativo. Primero hay que aceptar y reconocer que hay una revisión y tratarla como un acto de autoridad. Segundo, hay que aceptar que una revisión se basa en diferentes razones y hay que discutir las razones que están detrás de una u otra propuesta de revisión en forma transparente y participativa. En muchos casos, la deliberación será de carácter consecuencialista, antes que deontológica.

En realidad, esto no tiene tanto que ver con la decisión basada en reglas, sino con la otra cuestión de cómo se hace la revisión. Si se hace con transparencia, diciendo abiertamente que vamos a ver cuáles son las razones a favor de una u otra revisión, o si se trata de ocultar que hay un proceso deliberativo sobre diferentes revisiones y se esconde el procedimiento con las metáforas mecánicas de las intuiciones y los pesos. Entonces habría un déficit, no tanto por el lado de si la decisión está basada en reglas o no, sino en términos de otro valor asociado con el Estado de Derecho, que es la transparencia en las decisiones públicas. Es decir, en tanto que las estructuras no escalares dejan al desnudo cuál es el procedimiento deliberativo, las metáforas mecánicas ocultan eso sugiriendo que los jueces tienen algún tipo de sentido jurídico o una facultad intuitiva o ponderativa que es diferente a la que tienen los demás ciudadanos. Esta narrativa refiere a alguna forma de elitismo epistémico.

Esto también está conectado con el comentario que hacía Manuel –que ya lo tengo un poco olvidado– sobre el librito de Genaro Carrió, que discute a Dworkin. Por lo que recuerdo, era crítico de Dworkin y sostenía que la regla de reconocimiento puede también identificar como normas del sistema principios jurídicos y no sólo reglas. Pero Carrió no estaba comprometido con la concepción de los principios como normas con peso. Por el contrario, si recuerdo bien, decía que los principios son estándares, que es parecido a lo que yo digo.

Bueno, en el tema de los porteños y porteñas, podría ocurrir (*risas*) que en esto tengamos razón y el resto del mundo esté equivocado. El hecho de que nos equivocamos

en nuestras políticas macroeconómicas no significa que también debamos equivocarnos en las cuestiones iusfilosóficas, ¿no? Vos tenés razón que la ortodoxia en estos días se refiere a los principios. Pero en los Estados Unidos hay colegas escépticos, no es solamente Larry Alexander; digamos que no están todos del todo de acuerdo con las teorías dworkinianas.

En fin, es cierto lo que decís, todo esto parece muy intuitivo, el lenguaje del balance, la imagen de la justicia y todo esto y quizás esté equivocado, pero en ese punto pienso diferente y la seguimos, esto da para mucho. Daría para seguir conversando por muchos días. Pero, la verdad, estoy bastante convencido de que hablar de principios con peso es un error.

Lo que habría que tratar de entender es cuál es la función que cumple esta ficción; yo digo que es una ficción. Creo que la ficción es pensar que cuando uno toma una decisión siempre se basa en normas que están ahí, que son previas, en soluciones normativas predeterminadas, ¿no? Y decir que uno toma decisiones que tienen consecuencias para individuos y sobre la base de una revisión, es decir de forma retroactiva, no suena muy bien. A mí me da la sensación de que una de las funciones de la ficción de los pesos y de las ponderaciones es tratar de maquillar y ocultar que los tribunales toman decisiones retroactivas que tienen impacto sobre los individuos. Esto es un poco inquietante, ¿no? Porque, claro, el poder legislativo siempre revisa para adelante, pero la revisión judicial en estos casos en los que tenemos contradicciones es una revisión retroactiva. Yo creo que es esto lo que uno no quiere aceptar y de alguna forma uno reprime eso y la ficción de la ponderación cumple una función de reestabilización psicológica luego de la represión.

Juan Pablo Alonso:

Bueno muchas gracias. No sé si alguien quiere decir algo más.

Marcelo Persano:

Hola, sí, Juan Pablo, yo dejé una pregunta ahí en el chat; no sé si la llegaron a mirar.

Juan Pablo Alonso:

Podés decirlo ahora de viva voz.

Marcelo Persano:

Quería saber la opinión del Doctor sobre los confinamientos en nuestro país, si considera que esta fórmula de algún modo se respetó o no se tuvo en cuenta. ¿Cuál es su opinión sobre cómo se manejó acá este tema? ¿No?

Juan Pablo Alonso:

¿A quién le estás preguntado, a Manuel Atienza o a Horacio Spector?

Marcelo Persano:

A Horacio Spector, perdón.

Horacio Spector:

Gracias Marcelo. Yo publiqué un par de notas sobre este tema al comienzo de la pandemia, el año pasado, en coautoría con mi hijo Ezequiel. Así que si me mandas un email te las mando. En esas notas explicamos –no lo que pienso ahora porque con el diario del lunes es muy fácil opinar– que las decisiones en la emergencia deben tomarse sobre la base de una serie de consideraciones, buscando equilibrios pluralistas entre el derecho a la salud y otros principios y derechos. Y después tengo un artículo titulado «Paternalismo y estado de excepción sanitario», incluido en una obra compilada por Renato Rabbi-Baldi: *Desafíos de la Pandemia: emergencia sanitaria; garantías constitucionales y derecho del futuro*, publicada por Astrea. Este libro recoge las conferencias en unas jornadas que Juan Pablo ayudó a coordinar desde la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Así que también, Marcelo, te puedo mandar una copia de ese artículo, en donde propongo una fórmula para establecer los límites permisibles del paternalismo estatal durante el estado de excepción sanitario.

Marcelo Persano:

Gracias, gracias.

Juan Pablo Alonso:

Muy bien. ¿Alguien más?

Manuel Atienza:

Me gustaría decir una cosa a propósito del caso alemán. Salió antes varias veces, y yo lo he estudiado también con cierto detalle. Estoy de acuerdo con los pronunciamientos que se han hecho: yo creo que es un ejemplo de lo que realmente cabría llamar fundamentalismo jurídico o algo por el estilo.

La decisión adoptada por el tribunal alemán es, en mi opinión, absolutamente inconsistente porque lo que ellos están decidiendo también supone la muerte de inocentes. O sea, el dilema no era, digamos, salvar a 300 inocentes aunque perezcan 10.000; es que esos 300 también iban a morir, porque si se dejara que el avión se estrellase contra el estadio de fútbol, los pasajeros del avión también morirían.

Pero no solo es eso. Yo creo que para entender el concepto de dignidad que tienen los jueces hay que entender también los problemas existenciales de los alemanes. Porque, claro, ellos mismos dicen en la sentencia que si los pasajeros del avión no fueran inocentes, si fueran solamente terroristas, entonces sí, no habría problema en derribarlo. Pero, entonces: ¿en qué quedamos? ¿Qué es eso del carácter *intangible* de la dignidad? ¿Solamente es intangible la dignidad de algunos; no la de todos? O sea que no parece tratarse en realidad de la dignidad humana sin más, porque la de los terroristas quedaría fuera. Si tenéis interés, hay una obra de teatro de Ferdinand von Schirach, a propósito de este asunto, y es muy interesante cómo lo plantea. En fin, yo creo que es una decisión absolutamente inaceptable se mire por donde se mire.

Juan Pablo Alonso:

Ahora, te hago una pregunta Manolo, ¿esto entonces no le terminaría dando la razón a Waldron, en el sentido de que son los representantes del pueblo los que tomaron una decisión? La decisión de que se dé la Ley de Derribo y, en algún sentido, la incorporación de argumentos morales, de tipo deontológicos, o de cualquier otro tipo, en argumentación judicial de alguna forma da pie a la crítica contramayoritaria que dice Waldron. ¿Qué te parece?

Manuel Atienza:

Yo simpatizo poco con Waldron. A ver, hay un punto de razón, pero el punto de razón que tiene quiere decir que los tribunales constitucionales deben ser muy deferentes hacia el legislador. Ahora bien, la tesis suya: «no debería haber tribunales constitucionales», que por cierto la ha rectificado algo últimamente, pues si el mundo fuera un conjunto de países como Suiza o Canadá, quizás pudiera más o menos aceptarse. Pero el mundo es el que es.

Es decir que en el mundo en el que vivimos a mí me parece que, por lo general, los tribunales constitucionales juegan un papel positivo. En lo que sí tiene razón Waldron, pero sobre esto yo diría también que «chocolate por la noticia», es en lo de que el principio de deferencia al legislador tiene que pesar mucho en las decisiones de un tribunal constitucional. Pero eso es algo en lo que también insistió mucho, entre otros, Carlos Nino. Por cierto, ya que sale a relucir Waldron, aprovecho para decir que a mí su teoría de la dignidad me convence muy poco. Creo que lo que hay detrás de ella es una concepción religiosa y una filosofía muy idealista.

Horacio Spector:

Le hice esa broma sobre eso a Waldron en la UBA cuando le dieron el Doctorado Honoris Causa. Si mal no recuerdo el padre era religioso.

Juan Pablo Alonso:

Ministro protestante era.

Horacio Spector:

Sin duda hay una concepción religiosa. En Rawls, que estaba por tomar los hábitos, también hay una idea religiosa.

Manuel Atienza:

¿Quién? Perdona, ¿quién?

Horacio Spector:

Rawls.

Manuel Atienza:

Me resulta más simpático.

Quiero decirte que, naturalmente, hay un fondo de razón en la crítica que a veces se hace contra el llamado neoconstitucionalismo y activismo desbocado de algunos tribunales en Latinoamérica. Yo diría que esa crítica está bien, o sea, que hay que tomarse más en serio al legislador. Pero eso lo acepta tanto Nino como Dworkin o Alexy. La deferencia al legislador, por ejemplo, es uno de los criterios que señala Alexy para resolver los empates, cuando el peso en favor de uno u otro de los principios en contradicción es aproximadamente el mismo. Y la razón de Dworkin para sostener la tesis de la única respuesta correcta tiene que ver también con eso: con la escasísima probabilidad de que puedan darse casos de puro empate. Hugo decía que un juez no se puede dar el lujo de no resolver un caso. Y ese es un punto muy importante, una gran ventaja que ofrece un sistema jurídico frente a un sistema moral. En el Derecho (en la jurisdicción) existen muchos mecanismos –un sistema de presunciones, el principio de prioridad de la libertad, la deferencia al legislador, la reducción de los problemas sociales en términos bivalentes, y muchos otros– que facilitan, por así decirlo, el desempate. Y de ahí lo que decía Dworkin: que su tesis de la única respuesta correcta es más bien una banalidad. Pero detrás de ella aparecen muchísimas cuestiones de fondo.

Horacio Spector:

Sí, Manolo. En realidad, casi, casi propusimos aquí una agenda iusfilosófica para los próximos años. A mí me han resultado muy útiles todos tus comentarios, Manuel, y los de los demás participantes. A Marcelo quisiera comentarle que mi hijo Ezequiel estaba

presenciando este seminario y puso en el chat los links a las dos notas que publicamos a principios de la pandemia.[1]

Manuel Atienza:

Pues te lo agradezco. Lo voy a leer, porque yo estoy escribiendo precisamente algo sobre eso, porque también en España ha habido una sentencia muy controvertida a propósito de la pandemia y en la que se declaró la inconstitucional de una serie de medidas que tomó el gobierno en su momento y que eran restricciones básicamente a la libertad de circulación. Os lo iba a pedir ahora pero ya veo que efectivamente está en la pantalla.

Horacio Spector:

Si, esto se relaciona con el tema del paternalismo que también trato en el artículo del libro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Así que te lo mando Manuel.

Manuel Atienza:

Si me puedes mandar una copia del libro, lo agradecería. Me gustaría verlo.

Horacio Spector:

Hay que ir a buscarlo a la editorial, todavía no fui.

Juan Pablo Alonso:

Ya salió, y es interesante porque son como nueve artículos y hay un epílogo de Joseph Raz, que también escribe sobre el tema. Así que creo que será de interés, Manolo.

Horacio Spector:

Bueno, gracias, Juan Pablo, Hugo, Manuel y gracias a todos en general. Abrazos.

1. https://www.perfil.com/noticias/opinion/emergencia-sanitaria-o-abuso-de-poder.phtml, y https://www.clarin.com/opinion/decidir-emergencia-sanitaria_0_wAnjOVlm0.html

NOTAS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 429-468
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.16

Sobre el positivismo jurídico interno. Algunas respuestas

On Internal Legal Positivism. Some Responses

María Cristina Redondo

Autor:
María Cristina Redondo
Università di Genova, Italia
cristina.redondo@unige.it
https://orcid.org/0000-0002-3247-0977

Recibido: 27/4/2022
Aceptado: 8/11/2022

Citar como:
Redondo, María Cristina (2023). Sobre el positivismo jurídico interno. Algunas respuestas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 429-468. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.16

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 María Cristina Redondo

Resumen

Este trabajo contiene una respuesta a seis comentarios realizados a mi libro *Positivismo jurídico 'interno'*. Estos comentarios fueron originariamente presentados en un seminario online organizado por Alba Lojo como parte de las actividades del grupo de investigación de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, y fueron luego publicados en *Doxa*, 45: pp. 495-627. La primera respuesta se refiere al trabajo se Alberto Carrió y se concentra en algunas distinciones ontológicas y epistemológicas en la que mi trabajo se apoya. La segunda se refiere al comentario de Alba Lojo centralmente dirigido a discutir la forma de razonamiento que imponen las normas jurídicas. La tercera se refiere al escrito de Sebastián Agüero sobre la teoría positivista de Eugenio Bulygin. La cuarta, alude al ensayo de Osvaldo de la Fuente sobre la propuesta metodológica del interpretativismo en general y de Fernando Atria en particular. La quinta está basada en las críticas formuladas por Lorena Ramírez con relación a la distinción entre dos sentidos de las expresiones «punto de vista interno» y «punto de vista externo». La última se refiere al comentario final de José Juan Moreso que toma en consideración fundamentalmente dos ideas: la tesis según la cual el derecho es un objeto ideal, normativo, no reducible a datos empíricos y aquella según la cual su carácter práctico puede ser explicado en términos de la forma de razonamiento que el derecho impone al proponer normas universales.

Palabras clave: Positivismo jurídico interno; ontología jurídica; metodología jurídica; conocimiento de normas; razones para la acción; interpretativismo; punto de vista interno; punto de vista externo.

Abstract

This paper contains a response to six comments on my book *Positivismo jurídico 'interno'*. These comments were originally delivered in an online seminar organized by Alba Lojo as part of the activities of the research group at Pompeu Fabra University in Barcelona and later published in Doxa, 45: pp. 495-627. The first response refers to the work of Alberto Carrió and focuses on some ontological and epistemological distinctions on which my work is based. The second refers to the commentary of Alba Lojo, which aims mainly to discuss the form of reasoning imposed by legal norms. The third refers to Sebastián Agüero's writing on the positivist theory of Eugenio Bulygin. The fourth refers to Osvaldo de la Fuente's essay on the interpretative methodological proposal in general and of Fernando Atria in particular. The fifth refers to the critique formulated by Lorena Ramírez on the distinction between two meanings of the expressions «internal point of view» and «external point of view». The last one refers to the final commentary of José Juan Moreso, which essentially considers two ideas: the thesis that the law is an ideal, normative object that cannot be reduced to empirical data, and the thesis that its practical character can be explained by the form of reasoning that the law imposes when it proposes universal norms.

Keywords: Internal Legal Positivism; legal ontology; legal methodology; legal knowledge; reasons for action; interpretativism; internal point of view; external point of view.

INTRODUCCIÓN

En el año 2020 tuve el gran placer de discutir mi libro *Positivismo jurídico 'interno'* en un seminario online organizado por Alba Lojo como parte de las actividades del grupo de investigación de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Estos comentarios, después de un debido control por parte de revisores externos, se publicaron en el número 45 de la revista *Doxa*, que me brinda ahora la oportunidad de ofrecer algunas respuestas. El debate me ha permitido volver desde una perspectiva diferente sobre muchas ideas sostenidas en mi libro. Ha sido un ejercicio enriquecedor y quiero por esto expresar mi sincero agradecimiento a cada uno de los que participaron. En las páginas que siguen será imposible hacer honor a todas las detalladas consideraciones que me fueron formuladas. Aspiro a que las reflexiones que presentaré –inevitablemente parciales– sean satisfactorias para quienes las estimularon.

1. RESPUESTA A ALBERTO CARRIÓ

El texto de Alberto Carrió se concentra fundamentalmente sobre las tesis ontológicas y epistémicas que sostengo en el primer capítulo de *Positivismo jurídico 'interno'*. Sobre este tema, ante todo, querría subrayar algunas tesis generales que son centrales en mi trabajo. Después de haberlo hecho me detendré en algunas de las múltiples solicitaciones de Carrió para volver, por último, sobre algunos puntos interesantes que se encuentran implícitos en sus agudos comentarios.

A lo largo de mi trabajo he insistido en la relevancia de distinguir algo que Alberto Carrió me reprocha que no distingo claramente: entre cuestiones o problemas ontológicos acerca de si existen y en qué modo existen las normas y cuestiones o problemas epistémicos acerca de si y cómo podemos conocer que una norma existe. De hecho, el título mismo del primer capítulo del libro, «Sobre la existencia y el conocimiento de normas», está basado en la neta separación entre problemas ontológicos y problemas epistémicos[1]. A su vez, esta neta distinción explica las críticas que dirijo a Brian Leiter, a quien reprocho, por una parte, que hace depender la cuestión ontológica acerca de la existencia objetiva de *X*, de la cuestión epistémica acerca de la posibilidad de justificar nuestro conocimiento acerca de *X*. Por otra parte, que su tesis termina siendo circular, ya que la posibilidad de afirmar que una cosa o una propiedad tienen objetividad metafísica requiere objetividad epistémica (es decir, la posibilidad de justificar objetivamente el conocimiento de la cosa o propiedad en cuestión). Pero, a su vez, esto último, según Leiter, requiere la objetividad metafísica[2]. Ahora bien, más allá de la posición que adoptemos, es decir, tanto si admitimos como si rechazamos conectar la cuestión metafísica relativa al modo (objetivo/subjetivo) en que una entidad o propiedad existen con la cuestión epistémica relativa al modo en que las conocemos, no podemos estar contemporáneamente de acuerdo con Leiter y con la tesis de la independencia entre problemas ontológicos y epistémicos, justamente porque este autor sostiene que dicha independencia no existe.

En mi texto he subrayado que la existencia y el conocimiento de normas o de deberes no es otra cosa que la existencia y el conocimiento de contenidos normativos. En otras palabras, el contenido de una norma no existe como una entidad diferente de la norma misma y, en tal sentido, he criticado la sugerencia de Tecla Mazzarese como así también la de todos aquellos que sostienen que la existencia de normas jurídicas es una cuestión empírica mientras que los contenidos normativos, si existen, serían otro tipo de entidades[3]. Indudablemente, en otro sentido, cabe distinguir entre la existencia y el contenido de las normas. Es posible conocer que una norma existe en un determinado tiempo y lugar, pero no saber exactamente cuál es su contenido o, al revés, identificar el contenido exacto de una norma, pero dudar de si ella existe o no en un determinado tiempo y lugar. Mi tesis sobre este punto es simplemente que no estamos hablando de dos hechos o entidades diferentes. Una norma es un contenido normativo y las normas (i.e. contenidos normativos) existentes, aunque dependen de eventos empíricos, no son entidades empíricas. Por lo tanto, los enunciados que afirman la existencia de una norma y los que identifican su contenido se refieren a una misma entidad, ideal[4].

1. Redondo, 2018: 13-91.
2. Redondo, 2018: 82-83. Leiter, 1993: 189-190.
3. Mazzarese, 1991: 40. También, Mazzarese, 1999: 193-204. Redondo, 2018: 30.
4. Respecto de la distinción entre cuestiones ontológicas y epistémicas puede verse la clara reconstrucción ofrecida en Kristan & Lojo, 2021: 214-222.

En otras palabras, en mi trabajo rechazo una posición escéptica y sostengo que es plausible admitir que existen normas como parte de una realidad social/institucional no asimilable ni reducible a las prácticas empíricas de las cuales *dependen*. Por una parte, Alberto Carrió identifica correctamente esta idea y cita algunos párrafos de mi libro en los que en modo expreso la sostengo. Sin embargo, por otra parte, hace referencia a la ausencia de relación que supuestamente se verificaría entre el contenido del derecho (i.e. las normas) y la práctica de referencia. Afirma, por ejemplo: «Si Redondo lleva razón, la ontología de las normas determinaría la *independencia* del derecho de las acciones humanas»[5.] Mas allá de esta oscilación en la interpretación de mi texto, me interesa subrayar una vez más que los hechos y entidades normativos no son independientes de acciones o prácticas humanas. Al contrario, conforme a la propuesta positivista que he sostenido, la existencia de normas en general, y de normas jurídicas en particular, inmediata o mediatamente, siempre está determinada por ciertas acciones y prácticas de referencia.

En la visión de Alberto Carrió, «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»[6]. Si bien esta tesis requeriría más de una aclaración, aún antes de precisarla ya permite identificar dónde reside uno de los desacuerdos fundamentales entre mi posición y la de Alberto Carrió. En mi perspectiva, la tesis de que las normas, por ser contenidos abstractos, son independientes de cualquier tipo de acto empírico es en sí misma errónea. Creo que es incomprensible la idea de que existan normas que no dependen de acciones y actitudes humanas. No puedo detenerme aquí en este punto, pero esta relación de dependencia y no-reducibilidad es ampliamente reconocida y discutida en la metafísica analítica contemporánea[7]. Además, esta idea errónea es una de las que conduce a la conclusión de que el positivismo jurídico normativista se encuentra atrapado en un dilema, y por ello fracasa: o bien sostiene que las normas se reducen a una práctica empírica, caso en el cual es coherentemente positivista, pero debe aceptar una tesis di corte escéptico como la del realismo jurídico. O bien sostiene que las normas son independientes respecto de toda práctica empírica, caso en el cual contradice su tesis de las fuentes sociales y se compromete con una idea de corte iusnaturalista. Contar con argumentos que muestren cómo las normas dependen de una práctica empírica, pero a la vez se distinguen de ella es esencial para el positivismo jurídico normativista que rechaza ambos extremos.

Carrió se manifiesta crítico respecto de la teoría de la realidad social que he asumido. En tal sentido, rechaza dos ideas centrales sostenidas por Jon Searle, a quien sigo en este contexto. En primer lugar, la idea de que las prácticas humanas pueden añadir algún

5. Cfr. Carrió, 2022: 501. El cursivo es añadido.
6. Cfr. Carrió, 2022: 504. El cursivo es añadido.
7. A título de ejemplo, puede verse Andrade, 2022, quien discute principalmente la propuesta de Epstein, 2015.

tipo de entidad a nuestra realidad. En segundo lugar, la propuesta de distinguir entre el status metafísicamente objetivo/subjetivo que puede tener una entidad y el carácter más o menos subjetivo/objetivo del conocimiento que podemos tener de ella. Como dije antes, este es un desacuerdo fundamental. Conforme a la teoría no-reduccionista que estoy asumiendo, bajo ciertas condiciones, somos capaces de generar o constituir hechos, entidades, propiedades, que son parte de una realidad diferenciable de la realidad natural en la que se apoyan. Sobre este punto, Alberto Carrió no desarrolla en extenso su posición, pero cabe advertir que respecto del status metafísico de las normas no hay muchas alternativas. En mi visión son entidades ideales metafísicamente dependientes de las actitudes y acciones humanas y ellas permiten evaluar las acciones humanas justamente porque su contenido no es reducible a ellas. He tratado de argumentar a favor de esta posición ya que, quien admite la reducción no está en condiciones de explicar la normatividad, y quien no admite la dependencia de acciones humanas cae en una concepción platónica que oscurece el hecho de que toda norma existe solo en virtud de las actitudes y el comportamiento de las personas.

Asimismo, en mi texto he admitido la distinción entre el tipo de existencia, objetivo o subjetivo, que puede tener una entidad (cuestión metafísica) y aquello de lo que depende la verdad de los juicios que se refieren a dicha entidad (cuestión epistémica). A fines ejemplificativos, he propuesto el enunciado «me gustan las montañas» para poner en evidencia que, si bien se refiere a entidades metafísicamente objetivas (independientes de toda actitud humana), su verdad o falsedad (obviamente, bajo la presuposición de que un enunciado como el propuesto admite este tipo de evaluación) depende totalmente de una preferencia o sentimiento humano, i.e. sería claramente un enunciado epistémicamente subjetivo. Sobre este punto, Carrió parece no advertir que mi tesis no es que los enunciados de este tipo sean evaluables en términos de verdad o falsedad. Al respecto, compartiría con él una concepción expresivista y no descriptivista. Sin embargo, más allá de nuestra opinión, conforme a una posición descriptivista de los enunciados evaluativos, ellos han de ser analizados como juicios informativos[8]. Quizás habría sido más claro proponer como ejemplo un enunciado como «las montañas son bellas». Conforme a un descriptivismo subjetivista, este enunciado informa acerca de una preferencia individual de quien lo emite y, en tal sentido, desde un punto de vista epistémico es radicalmente subjetivo. Conforme a un descriptivismo subjetivista menos extremo, el mismo enunciado debe analizarse como describiendo las preferencias o gustos de un grupo social y, en tal sentido, su subjetividad epistémica es menor. A su vez, conforme a una concepción platónica de la belleza, el enunciado debería analizarse como susceptible de verdad o falsedad independientemente de toda actitud humana. Es decir, sería epistémicamente objetivo. Ahora bien, en todo caso, el enunciado se refiere a entidades metafísicamente objetivas (las montañas). En suma, en mi trabajo propuse el ejemplo porque juzgué que era útil para exhibir en el modo más rotundo

8. Véase, por ejemplo, Nino, 1988: 355 ss.

posible el contraste entre la cuestión epistémica y la ontológica. En opinión de Carrió, el enunciado propuesto[9]:

> …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 …

Cuando se adopta la distinción de Searle, decir que una entidad es metafísicamente objetiva adquiere un sentido preciso, y significa exactamente que ella existe independientemente de cualquier práctica o actitud humana. En tal sentido, supongo que Carrió debería aceptar la objetividad metafísica de las entidades que los seres humanos llamamos «montañas». Podemos admitir que el concepto de montaña depende de nosotros, pero las entidades a las que se refiere, no (i.e. las montañas no son construcciones humanas, culturales). El enunciado propuesto como ejemplo se refiere a las montañas y no al concepto de montaña. En suma, por definición, las montañas son metafísicamente objetivas, y es sorprendente asimilarlas a las sillas, los destornilladores o los libros que son construcciones humanas.

Lejos de ser anecdótico este ejemplo es crucial para un argumento a favor del positivismo normativista. Las normas, a diferencia de las montañas, en algún sentido son como las sillas, los destornilladores y los libros, i.e. construcciones humanas. A su vez, los enunciados que se refieren a ellas no son siempre epistémicamente subjetivos. Según Herbert Hart, bajo ciertas condiciones (en los casos claros y paradigmáticos), los enunciados que identifican el derecho pueden ser evaluados como verdaderos o falsos con un alto grado de objetividad. Sin embargo, si no distinguimos la objetividad epistémica de la objetividad metafísica jamás podremos captar esta idea positivista porque toda vez que se admita la posibilidad de conocimiento objetivo se estaría presuponiendo necesariamente –como propone Carrió– la existencia de entidades metafísicamente objetivas, i.e. que no dependen de actitudes humanas. Es justamente esta asociación entre objetividad epistémica y objetividad metafísica la que un positivismo normativista coherente contesta. Admitir que en ciertas ocasiones se puede conocer con objetividad el contenido de una norma no implica asumir que tal contenido sea una entidad metafísicamente objetiva.

En otro orden de cosas, Alberto Carrió presiona justamente, en primer lugar, sobre la necesidad de precisar a qué me refiero cuando hablo de *la práctica,* de la cual dependen las normas jurídicas. En mi escrito, por una parte, he distinguido las prácticas lingüísticas, en general, de la práctica jurídica de reconocimiento y aplicación de normas[10]. Al respecto, y siguiendo una idea de Hart que no profundizo, he destacado que la existencia y el contenido de normas jurídicas dependen de una específica práctica de reconocimiento y aplicación. Es verdad que estas afirmaciones merecerían ser precisadas, manteniendo

9. Cfr. Carrió, 2022: 518.
10. Redondo, 2018: 51-53.

siempre la distinción entre la cuestión ontológica y la epistémica. Respecto de la cuestión ontológica, conforme a una posición positivista, un derecho solo existe en la medida en que se solidifique una práctica compleja de reconocimiento que, a su vez, indica qué condiciones deben verificarse para que una específica norma exista, o sea válida, dentro del sistema jurídico en cuestión. Por esta razón, de la práctica de reconocimiento y aplicación dependen *directamente* solo algunas normas jurídicas: aquellas que, siguiendo a Caracciolo, serían normas independientes o no derivadas[11]. Las normas jurídicas ordinarias, en cambio, se relacionan solo *indirectamente* con dicha práctica. De hecho, la práctica de reconocimiento podría establecer que la existencia de una norma jurídica depende, por ejemplo, de la voluntad de una persona individual, del respeto de específicos rituales procedimentales, o de la satisfacción de criterios morales. La advertencia de este punto debería ser suficiente para comprender por qué el positivismo normativista no se compromete con la idea de que el sistema jurídico comprende necesariamente todas las consecuencias lógicas de sus normas, como insinúa Carrió[12]. En esta visión, el sistema jurídico comprende solamente aquello que los criterios de validez aceptados indican, y estos podrían no reconocer como válidas a todas las consecuencias lógicas.

Respecto de los problemas epistémicos, las diversas dificultades que señala Carrió son importantes. La aparente circularidad de mi propuesta creo que queda salvada cuando se advierte que el contenido de las normas no depende de las ocasionales acciones que ellas están llamadas a evaluar[13]. Asimismo, como he apenas recordado, la tesis de que las normas dependen de una práctica no alude a una dependencia necesariamente inmediata. El contenido de una norma puede depender directamente de otra/s norma/s y solo indirectamente estar apoyado en una práctica de reconocimiento.

Siempre con relación a los problemas epistémicos, en mi trabajo solo he intentado destacar algunas ideas rectoras con las que un positivismo normativista se compromete, y otras con las que es compatible/incompatible. No creo que una posición general como la que estoy proponiendo tenga que abrazar una específica teoría sobre la identificación o el conocimiento del derecho, si bien he sostenido que cualquier conclusión sobre el contenido del derecho presupone la aplicación de una específica teoría. A grandes rasgos, subrayaría lo siguiente: una epistemología jurídica debería admitir que no hay un test definitivo que garantice la obtención de la verdad. En ningún ámbito del saber no formal puede afirmarse que se ha llegado a proposiciones absolutamente decididas, ya que el proceso de verificación está siempre abierto. Asimismo, conforme he destacado, el conocimiento del derecho está basado en razones públicas, abiertas a todo aquel que esté dispuesto a aprender los conceptos que se requieren. En tal sentido, me opongo abiertamente a la tesis del privilegio epistémico de los participantes en la medida en

11. Caracciolo, 1988. Por mi parte, preferiría hablar de normas últimas, cuya validez es extra-sistemática. Las expresiones «normas independientes» o «no derivadas» pueden ser engañosas ya que, en sentido estricto, no existen normas independientes o no derivadas de acciones o prácticas empíricas.
12. Carrió, 2022: 513.
13. Cfr. Scataglini, 2020: 125-136.

que sean entendidos como agentes que asumen una actitud práctica, comprometida, frente al derecho, y he justificado mi posición apoyándome en algunas consideraciones de Joseph Raz. Sobre todo, en la posibilidad de traducir y la de aprender directamente distintos juegos de lenguaje. Lleva razón Alberto Carrió cuando subraya que el punto de vista interno que se requiere para *ser parte en un mismo juego de lenguaje* (al que luego llamaré «punto de vista interno$_1$») no debe asimilarse a una aceptación de carácter práctico, en última instancia moral (actitud a la que luego llamaré «punto de vista interno$_2$»). Pero es esto justamente lo que sostengo, tanto en el primer capítulo del libro como en el último, en el que desarrollo con mucha mayor precisión esta distinción[14]. Ahora bien, según Carrió, al aprender el juego de lenguaje relevante nos convertimos en *participantes* y, por ello, «resulta honesto reconocer el carácter privilegiado del usuario del lenguaje en el que nos hemos convertido al dar este paso»[15]. Esto último es acertado, pero ello no nos convierte en participantes, en el sentido usual con que los teóricos del derecho usan este término, aludiendo a agentes que asumen una actitud práctica o comprometida frente al derecho. El punto de vista práctico de los participantes (punto de vista interno$_2$) tiene prioridad solo respecto de la cuestión ontológica, ya que ellos constituyen lo que el derecho es. Sin embargo, para conocer el derecho no es imprescindible asumir la actitud práctica de los participantes en la práctica jurídica. Lo que necesitamos es dominar un juego de lenguaje. De hecho, a partir de una propuesta de Peter Winch, en el capítulo V sostengo explícitamente la tesis de que, para conocer normas, es imprescindible asumir un punto de vista interno$_1$, entendido como una perspectiva metodológica apta para captar contenidos de significado[16]. Advertir la ambigüedad de las expresiones en juego es imprescindible para comprender por qué es verdad que solo colocándonos en un punto de vista interno$_1$ podemos conocer el contenido del derecho, sin embargo, esta perspectiva metodológica está abierta a todos, y no solo a quienes asumen una actitud comprometida, i.e. a quienes adoptan el punto de vista interno$_2$. Cualquier ser racional podría, haciendo un esfuerzo, adquirir el dominio de las nociones necesarias para conocer las reglas jurídicamente válidas en un determinado tiempo y lugar.

2. RESPUESTA A ALBA LOJO

El segundo capítulo del libro pretende responder a la pregunta acerca de cómo una posición positivista puede explicar la relevancia práctica del derecho. En tal sentido, el

14. Redondo, 2018: 70.
15. Carrió, 2022: 513.
16. Como señala Zorzetto, esta perspectiva interna$_1$ supone seguir reglas y emitir juicios evaluativos sobre su correcta o incorrecta aplicación. Cfr. Zorzetto, 2022: 151. Sin embargo, no implica asumir una actitud comprometida como la que proponen los interpretativistas. En tal sentido puede ser moralmente neutral.

trabajo presupone que todo derecho pretende, y en ocasiones de hecho logra, constituir reglas genuinas. Para responder a la pregunta inicial conjeturo dos grandes posibilidades. Una de ellas es que las reglas genuinas que todo derecho pretende constituir se entiendan como razones en sentido sustantivo. Es decir, razones cuyo contenido tiene objetivamente peso justificativo (razones en sentido objetivo) o subjetivamente peso motivacional (razones en sentido subjetivo). La otra posibilidad es sostener que el derecho pretende constituir razones en sentido formal. Es decir, consideraciones que, independientemente de la fuerza sustantiva de su contenido (objetiva o subjetiva), operan como un específico tipo de premisas en el razonamiento justificatorio de conclusiones jurídicas, i.e. de aquello que jurídicamente está prohibido o permitido hacer.

No es oportuno repetir aquí mi argumentación acerca de por qué, en una perspectiva positivista, el derecho no es concebido necesariamente como un conjunto de contenidos que motivan o justifican sustancialmente comportamientos. En mi trabajo he intentado mostrar que el positivismo jurídico podría dar cuenta de la relevancia práctica del derecho mostrando que las reglas genuinas que él pretende constituir establecen un específico modelo o forma de razonamiento y de toma de decisión. Mi intención ha sido mostrar que el derecho necesariamente aspira a ofrecer razones (en el sentido formal, de premisas) universales, que funcionen como condicionales inderrotables en el razonamiento justificatorio de sus destinatarios.

El trabajo de Alba Lojo capta perfectamente esta propuesta y se concentra sobre el modo de entender las normas jurídicas conforme ella. Al respecto, querría comenzar presentando dos aclaraciones menores estimuladas por sus comentarios. Es verdad que mi trabajo se concentra en el análisis de normas jurídicas en tanto razones-premisas usadas por destinatarios institucionales: los jueces al momento de justificar el dispositivo de una sentencia. Sin embargo, la idea puede ser ampliada. El derecho pretende funcionar como premisa de razonamientos tanto dentro de un proceso judicial como fuera de los tribunales. De hecho, opera de este modo siempre que se formula un reclamo jurídico y se llega a una conclusión jurídica, aun sin la intervención de autoridades. En tal sentido, si bien Lojo lleva razón al sostener que el análisis de la justificación interna de la decisión judicial puede funcionar como *test* para corroborar el modo en el que las disposiciones jurídicas funcionan, es importante subrayar que la propuesta se refiere razonamiento jurídico en general y no solo al razonamiento judicial.

La segunda aclaración se refiere a la noción de razón excluyente introducida por Joseph Raz. Como bien advierte Alba Lojo, mi propuesta no asume que las reglas genuinas pretendan ser razones excluyentes. Ahora bien, sin intención de entrar a discutir en qué consiste este tipo de razones que ha dado lugar a tanta controversia, creo que no es posible aceptar la caracterización que emerge de su comentario. Una razón excluyente no garantiza que los agentes «siempre y en cualquier caso» actúen en un determinado sentido[17], ni que ellos «renuncien a evaluar el resto de razones sustantivas» que puedan

17. Lojo, 2022: 526.

ser relevantes[18]. En todo caso, no son estas las características que explican por qué las normas genuinas de las que hablo no deben ser equiparadas con razones de segundo orden excluyentes.

Alba Lojo sugiere la aplicación del análisis de Holton para captar mi idea de regla genuina. El análisis de este autor, efectivamente, permite expresar, en primer lugar, la idea de que una norma jurídica se configura como un condicional inderrotable y, en segundo lugar, la idea de que el veredicto que un condicional inderrotable justifica puede ser superado (*superseeded*) por otro buen argumento que conduzca a un veredicto incompatible. Sin embargo, no estoy segura de que la propuesta de Holton permita expresar algunas distinciones que me interesa sostener.

En mi trabajo he sostenido que las normas jurídicas existen dentro de sistemas no totalmente indeterminados. Esta idea supone, por una parte, que las normas jurídicas no son entidades aisladas; por otra parte, que ellas existen en un sistema que tiene límites. Es decir, respecto del cual es posible identificar una tesis de relevancia[19]. Esta es una condición *sine qua non* para que las normas jurídicas puedan ser entendidas formalmente como normas genuinas. La tesis de relevancia traza un límite entre las consideraciones que son jurídicamente relevantes –y cuya verificación impacta sobre el modo en que se debe decidir una cuestión jurídica –y aquellas que no lo son– y cuya verificación carece de impacto sobre cómo debería resolverse un problema normativo. Ahora bien, desde este punto de vista, una disposición jurídica que aspira a expresar una norma genuina puede tolerar excepciones que no están enumeradas en su antecedente. En rigor, este tipo de normas generan la expectativa de no ser excepcionadas, ni superadas, sobre la base de consideraciones que no son relevantes dentro del sistema jurídico de referencia.

En mi presentación, a su vez, he separado la cuestión de la identificación del contenido de una norma de la de su aplicabilidad a casos concretos. Al respecto, no solo he distinguido la aplicabilidad interna de la externa, sino también la relevancia sustantiva *pro tanto* y conclusiva de una norma. Sostener que las normas jurídicas son formalmente condicionales derrotables implicaría admitir la posibilidad de modificar su contenido introduciendo excepciones a la luz de consideraciones no delimitadas por el sistema. De este modo, lo derrotado sería tanto su aplicabilidad interna a un tipo de casos (su relevancia como razón-premisa) como su potencial fuerza o peso respecto de los mismos (su relevancia como razón sustantiva). Por el contrario, sostener que las normas son razones sustantivas derrotables (i.e. superables en su potencial peso, en caso de conflicto) implica admitir la posibilidad de que, permaneciendo intacta tanto su aplicabilidad interna como su relativa fuerza *pro tanto,* ellas no sean razones concluyentes, es decir, no logren determinar, total o parcialmente, el veredicto final. A mi juicio estas son distinciones cruciales. El que las normas se configuren formalmente

18. Lojo, 2022: 532.
19. Alchourrón y Bulygin, 1971: 103-105.

como condicionales derrotables o inderrotables es un problema relativo al rol de las normas en tanto premisas de un específico tipo de razonamiento. El que las normas tengan, o no, un peso más o menos superable o 'derrotable' es un problema relativo a su contingente capacidad de ofrecer razones sustantivas, que en todo caso presupone su status como razones en sentido formal. Que una norma pueda ser superada en su fuerza o peso no significa que no sea una premisa aplicable. Al contrario, solo porque es una premisa aplicable puede entrar en conflicto y ser derrotada por el peso de otra norma también aplicable. En casos de conflicto, efectivamente, una norma podría no determinar en absoluto el veredicto final. Pero, también es posible que, aunque superada, su peso residual logre imponer ciertas medidas colaterales o de compensación[20]. Es decir, podría determinar parcialmente el veredicto final. Y ello en virtud de que su relevancia como premisa, no ha sido desplazada.

No es posible aquí evaluar la propuesta de Holton. Conforme a Alba Lojo, ella consiste, básicamente, en establecer una cláusula de limitación de las excepciones posibles a una regla. «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 2011:165)»[21]. Este enfoque se refiere a consideraciones que justifican una disociación o un *distinguishing* dentro del sistema, y no distingue entre situaciones de excepción y de conflicto. Es decir, no deja en claro que el desplazamiento de una norma puede estar basado en la admisión de excepciones que la privan de su rol de razón-premisa del razonamiento, o en la admisión del mayor peso sustancial de otra norma que la priva de su rol de razón concluyente. A su vez, no deja en claro que, en las situaciones de conflicto, las consideraciones en virtud de las cuales una norma jurídica genuina podría ser superada por otra –aún si no susceptibles de enumerarse en modo exhaustivo– están siempre limitadas por la tesis de relevancia del sistema. Por último, se refiere solo a casos en los que el veredicto establecido por una norma se ve superado en modo total. Es decir, no capta la posibilidad de que una norma, si bien superada, logre aún determinar parcialmente la decisión final.

En otro orden de ideas, Alba Lojo advierte con precisión que mi análisis de las reglas genuinas en términos de razones en sentido formal intenta evitar las clásicas objeciones que se presentan a las tesis que, en cambio, explican el carácter práctico del derecho en términos de razones sustantivas. Al hacerlo, se detiene en dos condiciones que mi propuesta debe afrontar para ser sostenible. En primer lugar, debería mostrar la posibilidad de que efectivamente un enunciado general funcione como un condicional inderrotable. Alba Lojo lo denomina «el problema de las excepciones». En segundo lugar, debería afrontar «el problema de la interpretación». Concretamente, la dificultad en la determinación de la extensión del antecedente de las normas[22].

20. Respecto de la noción de fuerza residual véase Hurley, 1989: 125-135.
21. Lojo, 2022: 528.
22. Lojo, 2022: 533 ss.

Para responder a sus inquietudes es importante advertir la ambigüedad de la palabra «interpretación». En primer lugar, en algún momento de mi trabajo he sostenido que una disposición se puede *interpretar* como expresando una razón derrotable, o como una razón invariablemente relevante e inderrotable. En tal caso, he usado una noción amplísima de interpretación que incluye la actividad de configurar, reconstruir o tratar los enunciados que expresan normas jurídicas como condicionales, ya sea derrotables o inderrotables. Esto está claro en el texto de Lojo. Ahora bien, «interpretación» también expresa un concepto muy diferente, que es el que está en cuestión cuando se sostiene que el problema de la derrotabilidad (i.e. el problema de las excepciones) no es un problema de interpretación. En este caso se está usando una noción restrictiva de interpretación y se alude a dificultades de indeterminación semántica y, más concretamente, en la visión de Lojo, a un problema de indeterminación del antecedente de la norma por razones de ambigüedad o vaguedad.

En mi trabajo no he sostenido que el problema de la derrotabilidad sea de carácter interpretativo en el segundo sentido. En realidad, lo he tratado en modo clásico, como un problema de admisibilidad de excepciones implícitas que, en tal sentido, impacta sobre la estructura con la que configuramos los enunciados normativos: como condicionales que admiten, o no, el refuerzo del antecedente. Obviamente, la ambigüedad del término «interpretación» permite que también este problema –diferente de los de ambigüedad y vaguedad– sea etiquetado como «interpretativo», en el primer sentido amplísimo de la expresión. Comparto, entonces, las consideraciones de Lojo cuando destaca que una cosa es el problema de admisibilidad/inadmisibilidad de excepciones implícitas (la configuración formal de las normas como condiciones derrotables/inderrotables) y otra cosa son los problemas interpretativos de indeterminación semántica. Dejando a salvo que los problemas de indeterminación semántica pueden incidir sobre la cuestión de si existen y cuáles son las condiciones que derrotan la aplicabilidad de una norma.

Un segundo punto más importante está relacionado con un tercer sentido de la expresión «interpretación» de normas, que alude a su aplicación a un caso concreto, i.e. a la subsunción de un caso individual dentro de su alcance[23]. Como vimos, las normas genuinas han de ser configuradas como condicionales inderrotables. Pero esto no significa que tengan fuerza sustantiva inderrotable. Frente a un caso concreto, podrían ser parcial o totalmente superadas por el peso de otras normas y, todo considerado, no ser razones concluyentes, i.e. no determinar el veredicto. Ahora bien, en opinión Alba Lojo[24]:

> 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

23. Sobre la noción de interpretación en concreto, Guastini, 1998: 9-10.
24. Lojo, 2022: 528.

> 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)»

Este comentario nos reenvía a la distinción entre dos sentidos de derrotabilidad que he ya mencionado. Los dos rasgos mencionados no se encuentran en tensión porque se refieren a dos cuestiones claramente diferenciables entre sí. En un sistema jurídico, las normas genuinas no pueden ser representadas como condicionales derrotables ya que estos admiten excepciones no previamente determinadas por el sistema de referencia. Sin embargo, ellas pueden ser derrotables en otro sentido de la expresión. En caso de conflicto, su contingente fuerza podría ser superada por el peso de otras nomas jurídicas, sin que ello modifique su status de condicional inderrotable. Es decir, sin que ello signifique admitir una excepción no prevista por el sistema. Los casos de excepción desplazan la aplicabilidad interna de una norma, los de conflicto, por el contrario, la presuponen.

En palabras diferentes, tratar un enunciado como expresión de una norma genuina es compatible con admitir que, en un caso concreto, dicha norma no determina el veredicto final, o lo determina solo parcialmente. En la medida en que su antecedente no se manipule mediante la introducción de excepciones no previstas y se mantenga la relevancia uniforme e invariable de sus condiciones de aplicación, la norma continúa teniendo relevancia práctica en tanto razón-premisa universal que impone una determinada forma de razonamiento. De este modo podemos detectar si un decisor trata, o no, un enunciado normativo como una norma genuina: teniendo en cuenta la forma en que justifica su decisión. Un enunciado es tratado como expresando una norma genuina cuando sus condiciones de aplicación son entendidas como uniforme e invariablemente relevantes. Es decir, su aplicabilidad no es desplazada por excepciones no previstas en el sistema y, cuando se verifican sus condiciones de aplicación, el decisor, o bien obtiene la conclusión deóntica que el enunciado impone (vía un *modus ponens*), o bien aduce las razones previstas por el sistema (excepciones o normas de mayor peso) que llevan a una conclusión diferente. Como expuse anteriormente, no es claro que la fórmula *That's it* capte la diferencia entre excepción y conflicto y el hecho de que hay dos sentidos diferentes en que los enunciados normativos pueden ser *derrotados.* Consecuentemente, no es claro que capte las distintas formas en las que la conclusión establecida por un condicional deóntico puede ser desplazada en el veredicto final, aun cuando se considere expresión de una norma genuina.

Por último, hay otro problema importante que Alba Lojo tiene razón en destacar. Es verdad que mis tesis supone una posición no escéptica respecto de la posibilidad del seguimiento de reglas. Y es verdad también que este problema pone una dificultad, si no ontológica, seguramente epistémica acerca de cuál es el contenido de una regla. Si bien no me detengo en profundidad en este vastísimo problema, mi posición es afín a la propuesta de Hacker y Backer que, como señala Lojo, se apoya en la distinción Wittgesnsteniana según la cual: «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: 203, sección 201).»[25]

Alba Lojo prefiere la propuesta alternativa de García Carpintero quien, intentando capturar la posición de Wittgenstein, entiende que el significado de un término (i.e. el contenido de una regla semántica en este caso)[26]:

> 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) (García-Carpintero 1996:394-408)

No paso por alto que las condiciones exigidas para que algo o alguien sea 'apropiado' pueden ser mínimas y definidas en términos empíricos. Sin embargo, el criterio ofrecido parece conducir a un círculo ya que, quienquiera que intente conocer el contenido de aquello que los miembros apropiados juzgarían que deben hacer, conforme al criterio establecido, debería estar a aquello que estos individuos *juzgarían* que deben hacer. En otras palabras, parecería que el escéptico puede todavía aplicar su argumento según el cual, para conocer un contenido semántico se requeriría una cadena infinita de *juicios* que, en definitiva, impediría llegar a captarlo. Sin pretender evaluar aquí la articulada posición de García Carpintero, a la luz de estas consideraciones, creo que la distinción entre comprensión e interpretación, que se apoya en la posibilidad de una captación directa del significado no intermediada por ningún tipo de *juicio*, aparece como una respuesta más plausible para neutralizar el argumento escéptico.

Por último, merece la pena subrayar que mi posición acerca de las reglas que el derecho pretende establecer no refleja la posición de Wittgenstein. En contraste con cuanto propone este autor, en mi libro he considerado teóricamente útil concebirlas como *entidades* sociales, no reducibles ni a disposiciones internas de los individuos ni a prácticas comportamentales. Estas entidades sociales, si bien ontológicamente subjetivas, pueden en alguna medida conocerse objetivamente y, en algunos casos, directamente comprenderse sin la intermediación de una interpretación. A su vez, he destacado que no conviene equiparar el seguimiento de reglas jurídicas al seguimiento de reglas semánticas. En tal sentido, el análisis Wittgensteniano, aunque de indudable importancia, no es directamente aplicable al análisis de aquello que significa seguir o aplicar normas jurídicas.

3. RESPUESTA A SEBASTIÁN AGÜERO

En el capítulo III de mi libro me concentro en algunas críticas dirigidas al positivismo jurídico de Eugenio Bulygin. La primera crítica sostiene que su teoría positivista

25. Lojo, 2022: 540.
26. Lojo, 2022: 541. El cursivo es mío.

contrasta con la práctica jurídica que, de hecho, admite criterios morales en la identificación de normas jurídicas. La segunda se refiere a la imposibilidad de distinguir claramente entre tesis e hipótesis de relevancia, ya que la tesis de relevancia de un derecho no sería otra cosa que la hipótesis de relevancia de intérpretes como los jueces o los juristas. La tercera alude a la implausibilidad de identificar el derecho sobre la base del significado de los textos, sin tener en cuenta la *función* o los *fines* sustantivos que las instituciones jurídicas persiguen. En mi trabajo he sostenido que estas críticas presionan a Bulygin a explicitar qué tipo de positivismo sostiene. Concretamente, tomando en cuenta algunos textos de Bulygin, he intentado mostrar que su posición es oscilante, puesto que algunas de sus tesis implican un positivismo incluyente y otras parecen presuponer un positivismo excluyente.

La estrategia de Sebastián Agüero en su comentario consiste en tratar de determinar qué respuesta emerge de la teoría de Bulygin cuando se amplía el horizonte y se toman en consideración otras obras, además de las tenidas en cuenta en mi trabajo. A través de esta ampliación, intenta mostrar que la posición de Bulygin es coherente con un positivismo excluyente, si bien con fundamentos que lo alejan de la teoría de la autoridad de Raz. Comparto, en general, la presentación que Agüero hace de las ideas de Bulygin, sin embargo, creo que es oportuno detenerse en algunas cuestiones.

En primer lugar, hay algunas distinciones que en el trabajo de Agüero no se subrayan suficientemente o con exactitud, y que son sumamente relevantes a la hora de discutir sobre los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico. La primera es la distinción entre una teoría de los sistemas normativos en general y una teoría de los sistemas jurídicos, específicamente. En *Normative Systems*, Alchourrón y Bulygin ofrecen un análisis y un modelo referido a los sistemas normativos en general. En tal sentido, la noción de sistema normativo puede ser aplicada a cualquier conjunto de normas: de la moral crítica, de la moral positiva, del derecho, de recetas de cocina, etc.[27] Y, sobre todo, puede ser aplicada al conjunto total (de normas morales, jurídicas o de recetas de cocina) o a los múltiples subconjuntos (micro-sistemas) que, dentro de cada conjunto total, permiten responder a un problema normativo. Es decir, a los subsistemas de normas aplicables a un caso. Obviamente, los criterios de identificación de estos últimos podría ser la indicación extensional de las normas que los componen.

Teniendo esto en cuenta, se debe advertir que la expresión «sistema jurídico» es ambigua. Puede aludir al conjunto de normas jurídicas válidas de un estado, en un determinado momento, o bien al conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, son relevantes para resolver un problema jurídico, i.e. el sistema de normas jurídicas aplicables a un caso. Esta distinción aparece en el trabajo de Agüero. Sin embargo, al respecto veo dos problemas. El texto no demarca con claridad la diferencia entre preguntarse por los criterios de identificación de uno u otro tipo de 'sistema' y, sobre todo, la mayor parte de la discusión está dedicada a la identificación de micro-sistemas

27. A este punto también alude Legarre, 2022: 104.

de normas aplicables a un caso; tema que no ha sido materia de discusión en mi trabajo y que no es el punto que da lugar a las críticas a las que me refiero.

A título de ejemplo, Agüero correctamente subraya que los criterios de identificación establecen las condiciones bajo las cuales un enunciado es válido (reglas de admisión) y aquellas bajo las cuales deja de serlo (reglas de rechazo)[28]. Asimismo, citando *Normative Systems*, sostiene[29]:

> la filosofía del derecho debe elucidar los criterios de identificación que los científicos *usan* de hecho para identificar los enunciados de derechos válidos, es decir, los criterios efectivamente *vigentes* en una comunidad dada.

En este caso, está efectivamente refiriéndose al problema que he intentado discutir en mi libro: a los criterios de identificación del sistema jurídico de una comunidad política, como España, Chile, Argentina, por ejemplo. En contraste, en la mayor parte de su trabajo se refiere a la identificación del sistema de normas aplicable a un específico problema normativo. De hecho, menciona el ejemplo de sistema propuesto por Alchourrón y Bulygin, relativo a la reivindicación de un bien, para cuya identificación, ciertamente, es determinante tener en cuenta las características fácticas del caso que pone el problema y que, en parte, dependen de la valoración de quien lo identifica. La discusión en torno a estos micro-sistemas de normas aplicables a un caso es muy importante en la obra de Alchourrón y Bulygin, pero, como he ya dicho, no es el tema que da lugar a las críticas que he intentado evaluar.

Las críticas dirigidas a la teoría de Bulygin sobre los criterios de identificación del objeto de estudio –y que en línea de principio lo presionarían a tomar posición en la polémica entre positivismo jurídico incluyente o excluyente–, hacen referencia a aquellas condiciones que una norma debe o puede cumplir para pertenecer o ser parte del derecho, entendido como el sistema jurídico de un estado. La objeción no se dirige a la idea general según la cual un sistema de normas se puede identificar, o bien arbitrariamente, o bien teniendo en cuenta una concreta pregunta o problema normativo. Esta idea es claramente acertada. El problema es que en nada nos ayuda, cuando lo que nos estamos preguntando es si la teoría se compromete, o no, con ciertos criterios de identificación de lo que es derecho en general, es decir, del conjunto de normas de una organización política estatal, en un momento y lugar determinados.

Un ulterior grupo de distinciones está conectado a las diversas nociones de sistema jurídico momentáneo y de ordenamiento jurídico. Ellas son cruciales puesto que, cuando hablamos de los criterios de identificación del derecho, *sans phrase*, podemos estar haciendo referencia a una cosa o a la otra, y cada una de ellas puede a su vez entenderse en más de un modo. Por ejemplo, según Agüero, el ordenamiento jurídico está formado «por el conjunto de todos los enunciados válidos conforme a un cierto

28. Agüero, 2022: 568.
29. Agüero, 2022: 569.

criterio de identificación. La unidad del ordenamiento depende de este criterio»[30]. Esta aserción es problemática. Siguiendo a Bulygin y a otros autores que analizan su obra, mientras el conjunto de normas jurídicas válidas de una sociedad en un momento dado puede ser entendido como un sistema, un orden jurídico no, en la medida en que no sería un conjunto de enunciados sino una secuencia de conjuntos[31]. La noción de ordenamiento jurídico ha dado lugar a una profunda discusión en la teoría jurídica. Agüero la conoce, e incorpora en una nota una noción alternativa a la que menciona en el cuerpo del texto[32]. Sin embargo, habría sido necesario, no solo introducir esta concepción alternativa, sino advertir que los criterios de identificación cambian según se adopte una u otra. En tal sentido, cuando Agüero habla de los criterios de identificación del ordenamiento jurídico configurándolo como un tipo de sistema que contiene todos los enunciados válidos se aleja de la idea de Alchourrón y Bulygin –citada en la nota– y conforme a la cual identificar el ordenamiento es identificar una secuencia temporal y discontinua de sistemas.

Yendo a las tesis de Agüero con relación a las tres críticas que discuto en mi trabajo, en primer lugar, puede decirse que la dificultad basada en el 'contraste con la práctica', en su opinión parecería ser fácil de superar. En tal sentido, hace un esfuerzo por mostrar que tanto en *Normative Systems* como en otras obras de Bulygin, la identificación del derecho (ya sea que se lo entienda como el sistema jurídico de una comunidad política o como un micro-sistema de normas aplicables a un problema jurídico) no solo es función del significado de los textos y, en particular, de los textos de origen legislativo. En demostración de esta tesis, Agüero subraya que Bulygin también admite, como fuentes de derecho, la costumbre y la jurisprudencia. Y, en general, pone énfasis en que los criterios de identificación que cuentan son relativos a una práctica *vigente* entre los juristas[33], y que se trata de una cuestión empírica puesto que tanto los criterios como los enunciados seleccionados «se encuentran en la experiencia»[34].

Cabe señalar que todas estas consideraciones conducen a la misma conclusión que propuse en mi trabajo. Aunque ellas permitirían a Bulygin superar la crítica del 'contraste con la práctica', al mismo tiempo, parecen indicar que él acepta un positivismo jurídico incluyente. Lo cual, ciertamente, no solo es totalmente compatible con, sino que presupone el carácter empírico de la práctica que determina los criterios de identificación subrayada por Agüero. Sin embargo, el hecho de que tales criterios sean contextuales y relacionales, no descarta que incorporen condiciones morales de validez. De hecho, ésta es precisamente la tesis del positivismo jurídico incluyente: que la práctica vigente puede incorporar criterios morales. Al respecto, las ideas que Agüero destaca contribuyen a aclarar que esta conclusión se sigue a partir de las tesis

30. Agüero, 2022: 569.
31. Bulygin, 1991: 257-260. Moreso y Navarro, 1993: 40-45. Rodríguez, 2020: 23-26, 487-494.
32. Agüero, 2022: 569, nota 60.
33. Agüero, 2022: 568.
34. Agüero, 2022: 570.

Bulyginianas sobre los criterios de identificación del derecho; las cuales deben mantenerse separadas de a sus tesis relativas a los criterios de aplicabilidad. En suma, las consideraciones de Agüero respecto de que los criterios de identificación son relativos a una práctica *vigente* entre los juristas confirman la apariencia de que la posición de Bulygin no excluye, y en tal sentido es compatible con que dicha práctica incorpore criterios morales de identificación.

Ahora bien, por otra parte, y siguiendo tanto a Moreso como a Navarro, Agüero expone las ideas centrales del positivismo jurídico excluyente, dejando de lado las tesis sobre la autoridad de Raz. Al finalizar esta presentación afirma que la versión expuesta satisface las cuatro condiciones que, según Agüero, el propio Bulygin (im)pone[35] y, en general, sería compatible las propuestas Bulyginianas que él mismo ha presentado sumariamente en los apartados precedentes[36]. Esta afirmación es verdadera pero engañosa. Ciertamente, el positivismo excluyente así entendido es compatible con las tesis seleccionadas, sin embargo, no lo es –como acabamos de ver– con lo que se sigue de las tesis de Bulygin acerca de los criterios de identificación del derecho. Los criterios de identificación establecidos por la práctica vigente pueden incorporar condiciones morales de validez. Y, en este caso, no se está admitiendo simplemente que una norma puede presentar una cualidad moral, se está admitiendo la posibilidad de que los criterios efectivamente aceptados indiquen que una norma será válida solo si satisface una cualidad moral. En suma, no podemos concluir diciendo que las tesis del positivismo excluyente son compatibles con la teoría de Bulygin, en general y sin aditamentos. En realidad, parecen entrar en tensión con sus tesis sobre la identificación del derecho. Y es esto lo que intenté poner de relieve en mi trabajo.

Un punto ulterior sobre el que Agüero no se detiene: es problemático sostener que la teoría de Bulygin es un ejemplo de positivismo excluyente pero que rechaza la idea de autoridad de Raz. En principio este tipo de positivismo es plausible en la medida en que el derecho se considera un fenómeno de autoridad, y la autoridad tiene, por definición, una pretensión excluyente. Ahora bien, si Bulygin rechaza esta idea de autoridad, se genera inmediatamente la pregunta: ¿En qué se basaría el carácter excluyente del derecho en su teoría? ¿Por qué habría que admitir que el derecho pretende excluir razones morales? Las consideraciones de Agüero, más allá de mostrar la compatibilidad entre algunas tesis centrales del positivismo excluyente y algunas restricciones que Bulygin aceptaría, guarda silencio acerca de por qué deberíamos admitir que la teoría de Bulygin adhiere a esta posición.

Creo que el análisis de Sebastián Agüero, después de un largo recorrido, nos deja en la misma encrucijada que intenté subrayar en mi trabajo. Por una parte, es cierto que las tesis de Bulygin en *Normative System* parecen presuponer un positivismo excluyente. Pero, a su vez, sus ideas generales sobre la identificación del derecho, y sobre todo sus

35. Agüero, 2022: 574-575.
36. Agüero, 2022: 577.

respuestas a algunas críticas, parecen colocarlo dentro de la línea de un positivismo incluyente.

Cuando en una teoría detectamos tesis aparentemente en tensión hay dos caminos posibles. O bien mostramos que, en efecto, la tensión es solo aparente porque bien interpretadas las tesis en cuestión ella no existe; o bien, la admitimos y modificamos o descartamos algunas de las tesis incriminadas a fin de evitarla. Esta segunda vía es la que parece conjeturar Giovanni Ratti quien, como nos recuerda Agüero, admite que ciertas ideas de Bulygin, posteriores a 1971 (entre otras, la admisión de diferentes tipos de relevancia: la relevancia A y B) implican «el cambio de algunas de las tesis fundamentales defendidas en *Normative Systems*»[37]. Personalmente, me inclinaría por la otra opción. Es posible sostener que Bulygin no necesita cambiar ninguna de las tesis fundamentales sostenidas en *Normative Systems*, sino subrayar que ellas solo proponen un modelo de altísima abstracción que no es, ni implica, una teoría acerca de cómo se identifica el derecho. Si una teoría no tiene como objetivo responder a esta pregunta, no parece lícito criticarla porque no la responde. Conforme al modelo propuesto en esta obra, el derecho es una institución con límites, selecciona como relevantes ciertas propiedades y no otras, si los jueces agregan propiedades no previstas en la tesis de relevancia (cosa que de hecho hacen), por hipótesis, se apartan del derecho, aunque digan que no lo hacen. Esta perspectiva asume que las normas jurídicas han de ser representadas como condicionales inderrotables, pero no asume alguna tesis sobre la identificación del derecho, ni la del positivismo incluyente ni la del positivismo excluyente. Esta teoría no sostiene que el derecho pretenda excluir razones morales. Lo que dice es que, incluyéndolas o excluyéndolas, reconstruido como un sistema o como una secuencia de sistemas, el derecho identifica siempre un conjunto delimitado de propiedades a partir de las cuales –vía Modus Ponens– es posible obtener consecuencias deductivas. En definitiva, que la teoría se comprometa con la idea de que las normas jurídicas tienen que ser entendidas como condicionales inderrotables no la compromete con ninguna específica tesis acerca de la exclusión, o de la incorporación, de criterios morales en la identificación de las mismas.

El legado de Bulygin es un aporte metodológico clave con el que cualquier teoría del derecho que lo conciba como un conjunto de normas generales puede operar. Es indiferente que esta teoría sea iusnaturalista o positivista y, en este último caso, incluyente o excluyente. Toda concepción normativista del derecho –lo cual excluye tanto a una posición particularista como a una escéptica radical– puede considerarse compatible con las propuestas del positivismo analítico sostenido por Bulygin. La propuesta de un autor debería ser juzgada teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta y, fundamentalmente, las preguntas que ella intenta responder. Cuando sobre ella se proyectan categorías o preocupaciones que le son ajenas, es altamente probable

37. Agüero, 2022: 573.

que no se encuentren las respuestas que se están buscando y que las críticas que se formulen sean injustas.

4. RESPUESTA A OSVALDO DE LA FUENTE

Osvaldo de la Fuente analiza críticamente el capítulo IV de mi libro, donde discuto algunas tesis de carácter metodológico propuestas por Fernando Atria. En este apartado presentaré algunas observaciones que surgen a partir de su comentario.

Creo estar de acuerdo en general con Davidson respecto de que nuestros desacuerdos tienen sentido en un trasfondo de acuerdos y, más precisamente, con Dworkin sobre que un desacuerdo *teórico* presupone que estemos hablando *de lo mismo*, que compartamos las tesis que identifican aquello sobre lo que cada posición sostiene tesis discordantes. Ahora bien, si aceptamos estas ideas, debemos aceptar también que el desacuerdo entre interpretativistas y positivistas jurídicos acerca de qué hacemos cuando identificamos *el concepto* de derecho y cuando explicamos el fenómeno jurídico –aunque sin duda puede implicar desacuerdos teóricos– revela que, en muchos casos, no están hablando de lo mismo y que los desacuerdos que sostienen se basan justamente en ello.

Como he intentado mostrar en los capítulos IV y V de mi libro, por un lado, estas posiciones mantienen un explicito desacuerdo sobre la noción general de concepto. Consecuentemente, cuando hablan del concepto de derecho en sus respectivos desarrollos teóricos no usan la palabra «concepto» con el mismo significado. De hecho, tanto Dworkin como Atria critican la noción de concepto 'criterial' que asume el positivismo normativista, y en sus reflexiones utilizan una noción de concepto 'interpretativo'. Por otro lado, en virtud de algunos específicos conceptos que una posición acepta (por ejemplo, los de punto de vista interno y externo), las tesis de la posición alternativa devienen lógica o conceptualmente imposibles. Es decir, una vez que se aceptan tales nociones, no existe ningún argumento que la parte contraria pueda esgrimir para mostrar la plausibilidad de su posición. No hay espacio lógico para ella. A menos que, claro está, se rechacen los conceptos responsables junto con las tesis que necesariamente se infieren a partir de ellos. En otras palabras, algunas tesis básicas asumidas por los interpretativistas (sean cognitivistas o escépticos) implican la imposibilidad lógico/conceptual de varias de las ideas fundantes del positivismo normativista respecto del derecho y del modo en que él se identifica y conoce. Es decir, dichas ideas ni siquiera son candidatas a entrar en un debate teórico puesto, *ab initio*, que carecen de inteligibilidad.

Ciertamente, no se trata de que el interpretativismo ignore que la posición positivista asume premisas que configuran el objeto del debate en modo diferente al que el interpretativismo propone. El punto es que las ideas que se toman como punto de partida –y que obviamente se aceptan como altamente plausibles– tornan, en modo *a priori*, necesariamente falsa la configuración en la que se basa la posición alternativa.

En este sentido, creo que hay una grave incomprensión por parte de de la Fuente. En su texto, cita el siguiente párrafo de mi libro (Redondo, 2018: 200)[38]:

> […] 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 contradictoria 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.

Y a partir de esto concluye[39]:

> 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.

El que los desacuerdos conceptuales o filosóficos no sean desacuerdos teóricos no significa las tesis conceptuales o filosóficas discordantes y las teorías que sobre ellas se basan sean inconmensurables entre sí. En primer lugar, no se debería reducir las teorías a los presupuestos filosófico/conceptuales en los que se apoyan. Y, en cualquier caso, nada de lo que he dicho implica la inconmensurabilidad, ni entre presupuestos conceptuales contrastantes, ni entre las teorías que los asumen. Al respecto, en términos condicionales y críticos he sostenido que, *si* aceptásemos las tesis de Atria acerca de que todos los enunciados de las teorías jurídicas son normativo-constitutivos *entonces* la consecuencia sería que cada teoría constituye una forma de entender el objeto inconmensurable respecto de la forma en que lo constituye otra visión teórica[40]. Pero yo no avalo la tesis de Atria, de la cual resultaría esta consecuencia. A su vez, expresando con otras palabras lo que ya he dicho, en mi visión, las tesis conceptuales que podemos inferir solo a partir de las nociones que asumimos pueden considerarse parte de un análisis conceptual, o de una explicitación del contenido semántico de tales nociones, pero no son tesis teóricas que se puedan corroborar como verdaderas o falsas, claro está, independientemente de los conceptos que presuponemos. En rigor, a partir de los conceptos que se asumen, las tesis que podemos inferir serán conceptual o necesariamente verdaderas y cualquier idea incompatible será conceptual o necesariamente falsa. En tal sentido, sobre todo en el pasaje que cita de la Fuente, destaqué que tales tesis no pueden esgrimirse como argumentos a sostén de la falsedad de las tesis conceptuales a las que se oponen. Ellas son relevantes o decisivas solo en la medida en que se aceptan las premisas de las que se infieren.

38. De la Fuente, 2022: 583.
39. *Ibidem.*
40. Redondo, 2018: 193.

En suma, mi posición no implica que los distintos conceptos que cada teoría asume las conviertan en propuestas inconmensurables entre sí. Por ejemplo, ellas podrían ser comparadas y evaluadas desde el punto de su utilidad instrumental respecto de ciertos fines teóricos o prácticos. O bien, desde el punto de vista de sus relaciones lógicas con otras creencias consideradas unánimemente verdaderas, o falsas. Lo que he intentado destacar es que no podemos decir que las tesis conceptuales o metodológicas de las que una posición parte sean en sí mismas verdaderas y las que propone la otra posición sean falsas, ambos enfoques podrían ser aptos en contextos diferentes o con relación a objetivos diversos.

Una ulterior aclaración general relativa a uno de los conceptos centrales que he discutido en mi trabajo. De la Fuente intenta resumir una de las distinciones que propongo, pero, al hacerlo, sostiene algo que yo no podría suscribir. Según de la Fuente[41]:

> 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 ella *(punto de vista externo-2).* La otra sí se compromete con ella, en un grado que habrá que dilucidar (punto de vista interno-2).

Hay dos ideas erradas en esta lectura que determinan los posteriores comentarios de de la Fuente.

En primer lugar, según de la Fuente, *el punto de vista externo-2* sería una de las actitudes a «distinguir *dentro del punto de vista interno*». Es vital aclarar que no es así. En mi trabajo he destacado la ambigüedad de las expresiones «punto de vista interno» y «punto de vista externo» y lamentablemente de la Fuente no menciona los dos sentidos asociados a cada una de estas expresiones. En mi texto subrayo que ellas, además de aludir, respectivamente, a la actitud de participantes y observadores, se usan para referir a las diversas posiciones metodológicas puestas de relieve por Peter Winch: la de quien se refiere a, e intenta comprender, significados o contenidos conceptuales (y, en tal sentido, adopta un punto de vista interno1) y la de quien se refiere a, e intenta explicar, solo datos empíricos (y, en tal sentido, adopta un punto de vista externo1). En mi próximo comentario al trabajo de Lorena Ramírez se verá con precisión que, tanto quien propone enunciados de un punto de vista interno1 o externo1, puede hacerlo con la actitud del participante o la del observador (desde un punto de vista interno2 o exerno2).

En segundo lugar, de la Fuente distingue dos tipos de actitudes prácticas (una estratégica y otra que luego caracterizará como un compromiso 'fuerte'(¿moral?). En su opinión, ellas corresponderían a la distinción que yo he marcado entre un punto de vista externo2 e interno2. No es claro por qué de la Fuente llega a esta conclusión cuando en mi trabajo subrayé reiteradamente que la diferencia entre adoptar un punto

41. De la Fuente, 2022: 585. Las itálicas son mías.

de vista externo2 y un punto de vista interno2 pretende captar la distinción excluyente, no gradual, entre quien asume una posición 'neutral', en el sentido de no sustancialmente comprometida con relación a su objeto (por ejemplo, la posición que adoptaría el teórico positivista, pero también todo aquel que no es un participante) y quien sí se compromete sustancialmente con él. Compromiso que obviamente sí es gradual, y que algunas teorías, como la de Hart, admiten que puede tanto estratégico como moral, mientras que otras consideran que es siempre, en última instancia, moral. A tenor de la caracterización ofrecida por de la Fuente, la actitud moralmente neutral del punto de vista externo-2 es estratégica, y consecuentemente, el teórico positivista y los no-participantes en general –que conforme a mi visión asumen un punto de vista externo2– serían actores estratégicos. Esta idea no puede inferirse de mis dichos y es en sí misma implausible, pero estaríamos forzados a aceptarla si lo que afirma de la Fuente fuese acertado. Por otra parte, conforme a la reconstrucción que he ofrecido en mi trabajo, es totalmente irrelevante el tipo y la intensidad del compromiso de quienes adoptan el punto de vista interno2 ya que todos ellos, en menor o mayor medida, contribuyen y son (ontológicamente) relevantes para la existencia o subsistencia de la institución. Por esta razón puedo afirmar que tanto Atria como Dworkin ofrecen teorías que se colocan en un punto de vista interno2, a pesar de que estos autores difieren respecto del tipo de actitud práctica que asumimos al teorizar sobre el derecho: según Atria, el teórico del derecho no puede mantener una actitud moralmente neutral frente a él, pero no por ello lo justifica como sugiere Dworkin.

Ahora bien, bajo estas premisas generales, en mi trabajo discuto tres tesis específicas sostenidas en el libro de Atria y, a partir de las observaciones que formulo, afirmo que no es claro cómo su propuesta pueda escapar del escepticismo. Concretamente, sostengo que, para evitar el escepticismo, Atria debería desistir de su tesis de que el discurso de la teoría jurídica es siempre normativo-constitutivo respecto de su objeto. Debería aceptar que las teorías *describen* (con verdad o falsedad) algunos datos que se presuponen externos a la teoría misma (en el caso de la teoría jurídica, una realidad institucional socialmente constituida). De la Fuente sugiere que, a fin de evitar el escepticismo, es posible recurrir con provecho a la propuesta de Brandom con respecto al modo de entender los conceptos. Sobre este tema, creo que la falta de una clara distinción entre tesis conceptuales y teóricas, y entre punto de vista interno y externo lleva a de la Fuente a pensar que la aplicación de la teoría de Brandom supone alguna dificultad para las tesis que he sostenido en mi libro y, específicamente, para las críticas que dirijo a Atria. Al respecto, creo que el inferencialismo de Brandom es muy interesante y totalmente compatible con la crítica que estoy sosteniendo, en la medida en que se distinga entre la identificación de conceptos y la descripción/justificación de instituciones jurídicas constituidas por la sociedad y no por la teoría misma. A su vez, esta propuesta requiere que el teórico, al identificar el contenido de los conceptos, se coloque en un punto de vista interno1, pero no asume que deba adoptar un punto de vista interno2.

Otra de las ideas que de la Fuente pone en cuestión es la tesis de que Atria ofrece una teoría interpretativista. Él se pregunta explícitamente «¿Es la *Forma del derecho* interpretativista?» y se responde que corresponde entenderla como una teoría institucionalista[42]. Implicando, ciertamente, que la respuesta a su pregunta es negativa. En mi opinión, lleva razón cuando destaca que Atria comparte una concepción institucionalista del derecho. Sin embargo, creo que es un error pensar que ello significa que este autor no adopta tanto un método interpretativista como la noción de concepto que el interpretativismo usa cuando habla del concepto de derecho[43]. En tal sentido, su teoría mantiene el mismo tipo de desacuerdo que mantiene Dworkin con la perspectiva metodológica del positivismo jurídico normativista. En pocas palabras, una cosa es la tesis institucionalista según la cual el derecho es un objeto institucional socialmente construido. Esta es una tesis ontológica que tanto Atria como el positivismo normativista sostienen. Otra cosa es la tesis interpretativista según la cual el concepto relevante de derecho es de carácter funcional, y la identificación de un concepto de este tipo requiere necesariamente adoptar una perspectiva normativa, moralmente comprometida. Esta es una tesis metodológica que Atria suscribe y que el positivismo jurídico normativista rechaza. Las críticas que formulo al trabajo de Atria no se refieren a su posición institucionalista; se refieren, en cambio, a tres tesis típicas del enfoque metodológico interpretativista que él avala.

En relación con este punto, es de interés volver sobre algo que ya dije. Si bien Atria defiende y utiliza un método interpretativista, su propuesta no debe ser asimilada a la de Ronald Dworkin, de la que se separa en un punto de especial relevancia[44]. Conforme a Atria, una teoría sobre un objeto institucional como el derecho hace inteligible los ejemplos del tipo de objeto en cuestión, pero no requiere presentarlos en su mejor luz, ni conlleva necesariamente una pretensión de justificarlos. Como he subrayado, aportes como los de Atria o Ferrajoli pretenden ser críticos y diseñan un concepto de derecho entendido como un ideal aspiracional, respecto del cual las instancias reales del concepto deberían ser evaluadas. Es decir, la teoría del derecho es, en efecto, un discurso normativo-justificativo, sin embargo, ello no significa que justifique los ejemplos efectivamente existentes del concepto que la teoría propone. Por el contrario, podría sostener que tales ejemplos se alejan o inclusive contradicen el ideal que el concepto diseña.

La primera de mis consideraciones críticas a la metodología interpretativista de Atria se refiere a la relación entre el discurso de la teoría y el discurso (no el contenido) del derecho. Según el positivismo jurídico normativista es *posible* que el discurso de la teoría jurídica sea descriptivo y moralmente neutral, i.e. se proponga con una actitud

42. De la Fuente, 2022: 591 ss.
43. Con relación al modo en que Atria concibe el concepto de derecho, Sánchez Brígido, 2020: 107-123. También Redondo, 2022: online.
44. Redondo, 2018: 224-225.

mente-a-mundo[45]. Atria critica esta tesis. En su visión no es posible estudiar un objeto normativo en modo moralmente neutral, y el discurso de la teoría jurídica es normativo-constitutivo. Caben algunas observaciones con relación a este punto. En un primer momento, de la fuente sostiene que mis aserciones no son correctas. En realidad, la crítica de Atria[46]:

> 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' o 'los auto-denominados positivistas' de la tradición jurídica de donde nace: la crítica de Bentham al *common law*.

Ciertamente, Atria también formula la crítica mencionada en este párrafo, sin embargo, ella no excluye la que yo he discutido. En efecto, como de la Fuente reconoce en un segundo momento, Atria –coherentemente– sostiene que la teoría jurídica no es moralmente neutral y que su lenguaje es constitutivo respecto del objeto. Esta es la tesis que critico.

Ahora bien, según de la Fuente, deberíamos aceptar la posición de Atria ya que, tratándose de comprender un objeto institucional, «no sería para nada extraño» que la teoría incida en su inteligibilidad[47]. Ahora bien, si la tesis de Atria fuese esta última, ninguna de las críticas que propongo se aplicaría y las tesis del carácter necesariamente constitutivo de la teoría, de la imposibilidad de permanecer en una actitud moralmente neutral, y de que la teoría no deja las cosas tal como estaban, serían exageraciones que no cabe tomar al pie de la letra. Serían excesos verbales. La lectura correcta de su propuesta es que «no sería para nada extraño» que la teoría tenga fuerza constitutiva, asuma una posición moralmente comprometida y no deje las cosas como estaban. Sin embargo, por otra parte, de la Fuente intenta mostrar que las tesis fuertes que he atribuido a Atria son correctas, y que yo no debería criticarlas porque, en realidad, las acepto. Para sostener esta conclusión, de la Fuente se detiene en el ejemplo propuesto por Atria –conectado con la segunda tesis que discuto– destinado a mostrar cómo, tanto la teoría de Hart como la de Dworkin, permiten obtener conclusiones prácticas, por lo tanto, son constitutivas del derecho y no dejan las cosas como estaban. Según de la Fuente, el hecho de que yo admita que estas teorías pueden ser leídas de más de una manera es crucial, ya que justamente éste sería el punto de Atria: «que la teoría, al poder ser leída de distintos modos, no deja las cosas como estaban»[48]. Lamentablemente, esta conclusión es un *no sequitur* que presupone lo que se debe mostrar, i.e. que las

45. Conforme a de la Fuente, en mi opinión, «tomar distancia del contenido del derecho no solo sería posible, sino que es imprescindible para quienes se ocupen de la teoría del derecho». Cfr. De la Fuente, 2022: 586. Es importante aclarar que no es así. He solo defendido la *posibilidad* de un estudio (relativamente) neutral del derecho. Asimismo, en modo explícito, he sostenido la posibilidad y el interés de otros enfoques, entre ellos, los de Dworkin y Atria.
46. De la Fuente, 2022: 591-592.
47. De la Fuente, 2022: 592.
48. De la Fuente, 2022: 593.

teorías tienen incidencia sobre el objeto. Si hubiésemos demostrado esto, es decir, que las teorías son constitutivas del objeto, entonces el hecho de que puedan tener distintas lecturas sería una muestra de que, en efecto, lo pueden constituir de una u otra manera. Sin embargo, dado que no hemos probado que el discurso de la teoría tenga carácter constitutivo, el hecho de que puedan leerse en un modo u otro solo indica que sus tesis son ambiguas o imprecisas.

En suma, ejemplos como el que aporta Atria para mostrar las consecuencias sustantivas que se seguirían de la teoría de Hart no demuestran, sino que presuponen, que el lenguaje de la teoría es constitutivo. Asimismo, conforme he sostenido, la tesis general de que una teoría es siempre constitutiva lleva a un resultado absurdo que entraría en contradicción con la tesis institucionalista que el mismo de la Fuente admite que Atria suscribe. Sostener el carácter constitutivo de la teoría jurídica implica concebir al derecho como una entidad teórica, lo cual es incompatible con entenderlo como un objeto institucional constituido por el grupo social y no por la teoría. De la Fuente no toma en cuenta estas consideraciones.

Al evaluar la segunda tesis discutida en mi trabajo –la relación entre las tesis conceptuales y el contenido del derecho– de la Fuente presenta una ulterior crítica con relación al modo en que entiendo el punto de vista interno constitutivo del derecho, i.e. el punto de vista interno2 y, en alternativa, sugiere utilizar la propuesta de Guala. En mi trabajo, y a partir de las ideas de Hart, he entendido que el punto de vista interno2 alude a una actitud práctica real (no simulada) que es relevante para existencia o subsistencia de cualquier objeto institucional. He sostenido que –en términos cognitivistas– puede ser analizado como la posición de quien cree o presupone una teoría justificativa con relación al objeto al que se refiere. Esta delimitación es muy laxa, en más de un sentido. Por hipótesis es una actitud práctica con dirección mundo-a-mente, que en la literatura generalmente se entiende, en última instancia, de tipo moral. El punto es que, como ya ha sido dicho, la caracterización que ofrezco es ciega frente al hecho de que, obviamente, tal actitud práctica puede verificarse en grados diversos. Asimismo, nada dice acerca del concreto sentido de la misma, i.e. si ella es favorable o contraria a aquello respecto de lo cual se adopta. Esta delimitación laxa se justifica a la luz del objetivo que guía mi propuesta: el interés en distinguir entre quien adopta una actitud sustancialmente comprometida (favorable o contraria, fuerte o débil, consciente o no, etc.) frente a un objeto y quien pone entre paréntesis sus actitudes prácticas frente a él y adopta una perspectiva que, en tal sentido, puede considerarse neutral o no comprometida, siempre *con relación al objeto en cuestión*. A su vez, el hecho de que mi caracterización del punto de vista interno2 aluda a la presuposición de una *teoría* justificativa tiene que entenderse en sentido muy amplio. Quien se coloca en esta posición no lo hace en modo necesariamente racional, o siendo capaz de articular las bases en las que su actitud se apoya. En realidad, lo único que se intenta subrayar al hablar de un compromiso con una 'teoría justificativa' es la presencia de un compromiso con un conjunto de ideas acerca de lo que es sustantivamente correcto con relación al

objeto, y de las cuales el agente podría inclusive no ser consciente. Ahora bien, tanto la noción de Guala como la propuesta de distinguir tres etapas de la reflexión teórica, como así también, la interesante contribución de Peter que menciona de la Fuente, no apuntan a captar el contraste que he intentado expresar y no se ve con precisión el modo en el que determinarían una conclusión diferente respecto de la tesis en discusión, es decir: respecto de la posibilidad de obtener conclusiones sobre el contenido del derecho a partir de las tesis teóricas. En tal sentido, si bien pueden ser relevantes para profundizar el contenido de las distinciones en juego o, en el caso de las tesis de Peter, para quien esté interesado en ofrecer una teoría normativa, no es del todo claro cómo se relacionan con la crítica puntual que se está analizando: solo si presuponemos la imposibilidad del positivismo jurídico normativista podemos afirmar, en general, que a partir del discurso de la teoría jurídica se siguen necesariamente consecuencias relativas al derecho y su práctica.

Un tercer tema que en mi trabajo se considera decisivo con relación al debate sobre el objeto y el método de la teoría del derecho es el concepto de concepto y, por consiguiente, el modo de entender la tarea teórica de identificación y explicación de un concepto. También sobre este tema de la Fuente se opone a mi análisis. En primer lugar, de la Fuente admite que, teniendo en cuenta la distinción que propongo, para dar sentido a un concepto institucional no es necesario asumir una actitud comprometida[49]. A partir de esto sería esperable que de la Fuente estuviese de acuerdo en criticar a Atria, puesto que, según este autor, sí es inevitable la adopción de la actitud comprometida del punto de vista interno2. Sin embargo, de la Fuente no parece estar dispuesto a dirigirle este reproche puesto que, en su opinión, Atria no está interesado en defender una tesis carácter conceptual.

Respecto de este punto, estoy de acuerdo en que Atria no está interesado en proponer una teoría sobre los conceptos. Sus propósitos críticos respecto del positivismo jurídico van mucho más allá y, entre otras cosas, como subraya de la Fuente, apuntan a mostrar que el positivismo actual «se aleja demasiado de la tradición de la cual nació». Aun siendo esto cierto, creo que no es posible sostener que el trabajo de Atria no se apoya, según sus propios dichos, en una determinada forma de entender los conceptos[50]. En realidad, uno de los puntos que Atria señala con énfasis es justamente que el concepto de derecho no es un concepto de clase natural, sino referido a una realidad social dotada de fines y de una estructura cuya comprensión exige al teórico involucrarse en la tarea de identificar cuáles son las funciones o fines que lo hacen inteligible.

En mi opinión, la discusión sobre cómo entender los conceptos institucionales es crucial para poner a foco la discrepancia entre Atria y el positivismo jurídico. Y, en general, para mostrar las bases del desacuerdo entre las posiciones interpretativistas y positivistas. Ciertamente, esto no implica sostener que «la teoría del derecho deba

49. De la Fuente, 2022: 587.
50. Cfr. Sánchez Brígido: 107-123

dedicarse exclusivamente a ofrecer criterios de individuación»[51]. Esto debería estar fuera de duda. Significa solamente que este punto de partida es determinante para entender los enfoques que se están proponiendo. Al respecto, aunque la menciona, la recriminación principal de Atria no pasa por el hecho de que algunas posiciones positivistas parecen jactarse de la superficialidad y del carácter poco informativo de los conceptos que proponen. A mi juicio, esta recriminación es en sí misma superficial y su validez, si la tiene, es muy circunscripta y anecdótica. Por el contrario, no solo no es superficial sino decisiva la tesis de que el concepto institucional de derecho, en contra de lo que sostiene el positivismo jurídico, es un concepto funcional cuyo análisis requiere la identificación de los fines o valores que una determinada estructura hace probable. Al respecto, una reflexión sobre qué se entiende por conceptos densos y delgados podría ser iluminante. Sin embargo, no es la reflexión en la que se basa Atria para expresar su crítica. En definitiva, dado el análisis que ofrece este autor, la cuestión central es si, en efecto, el concepto institucional de derecho y los conceptos institucionales en general han de considerarse, o no, conceptos funcionales y en qué consiste el análisis de estos conceptos. Al respecto, de la Fuente no se expide.

Por último, de la fuente sostiene la misma idea que he defendido en el capítulo V: posiciones como las de Atria y Dworkin, sin bien diferentes entre sí, no compiten con la del positivismo jurídico. En realidad, pueden verse como complementarias. Sin embargo, de la Fuente no parece advertir que, al sostener esto, tendría también que criticar a los autores mencionados, en la medida en que presentan sus propuestas como si fuesen competitivas (y ciertamente superadoras) con respecto a las del positivismo jurídico. En todo caso, sobre esta base de la Fuente afirma[52]:

> 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.

Con respecto a esta idea es oportuno aclarar algunos puntos. Mi discrepancia con la teoría de Atria reside en algunas tesis metodológicas, precisamente, las tres que he discutido en mi trabajo, y ninguna de ellas se refiere al alcance de la teoría del derecho. En efecto, entiendo que una teoría general del derecho no tiene como objeto el estudio del contenido de ningún sistema jurídico en particular. Sin embargo, en ningún caso esto implica que ella deba limitarse a realizar análisis conceptual. Al contrario, una idea central de mi trabajo es que la tarea analítica que propone el positivismo jurídico no excluye, sino que es compatible y se complementa con los aportes de otros enfoques que, por ejemplo, intentan explicar el derecho desde un punto de vista sociológico, económico, histórico, o bien se preguntan por las condiciones de su legitimidad política o su

51. De la Fuente, 2022: 598.
52. De la Fuente, 2022: 597.

justificación moral. En otras palabras, mi tesis ha sido que la teoría del derecho puede tener distintos objetivos y emplear distintos métodos para alcanzarlos[53]. En tal sentido, si no se concibe como una alternativa 'superadora' del enfoque analítico, creo que el trabajo de Atria es muy valioso, afronta inquietudes que hoy en día despiertan gran interés, ofrece una reflexión inteligente y de alta calidad argumentativa. Sin embargo, discrepo claramente con la idea implícita en la afirmación de que la teoría de Atria (o cualquier teoría) responde «las preguntas que realmente importan». A mi entender, el interés de las preguntas que plantea una teoría es siempre relativo a un contexto, histórico, social, académico, etc. y las explicaciones que se ofrecen son siempre incompletas.

Para finalizar, pruebo aquí a expresar sintéticamente la crítica central que he intentado sostener en mi trabajo en relación con *La forma del derecho* de Atria. Existe un amplio consenso respecto del carácter funcional de las entidades institucionales. En esta perspectiva, instituciones como el derecho, la promesa, el matrimonio, etc., en modo espontáneo o deliberado, se constituyen socialmente a la luz de ciertos fines u objetivos. Ahora bien, ¿significa esto que el teórico, al identificar un concepto institucional, necesariamente entra en un debate sustancial acerca de los fines o valores que hacen inteligible el objeto de estudio? En la perspectiva de Atria la respuesta es afirmativa, porque no hay una distancia cualitativa entre los objetos institucionales (claramente funcionales) y la tarea teórica de identificarlos. Esta última tiene status normativo y, específicamente, constituye su objeto a la luz de ciertos fines. En la perspectiva positivista, los objetos institucionales tienen carácter funcional y son constituidos por aquellos participantes en una práctica social que asumen el punto de vista interno2. Dichos objetos, sin embargo, son susceptibles de ser identificados y descriptos en modo relativamente neutral. Ello implica que es posible identificarlos, caracterizarlos, sin contemporáneamente ofrecer una teoría que los racionalice o justifique. Identificar el concepto exige colocarse en un punto de vista interno1. Es decir, exige comprender a los participantes que los construyen, pero no necesariamente colaborar con ellos en el sostenimiento o destrucción de estas entidades sociales. En tal sentido, sería altamente relevante debatir sobre las condiciones que, de hecho, tendrían de verificarse para que sea posible el distanciamiento o 'neutralidad relativa' que este tipo de análisis teórico propone. En otras palabras, una pregunta crucial para el estudio de la realidad social sería bajo qué circunstancias un aporte teórico puede efectivamente ser considerado sustancialmente neutral, y no una propuesta partisana más. Desafortunadamente, una investigación empírica de este tipo, carece de sentido para una posición interpretativista ya que, respecto de la realidad social, la descripción y la adopción de una actitud no moralmente comprometida son conceptualmente imposibles. En modo ineludible, identificar un concepto institucional supone estar ya apoyados en una específica teoría normativa que toma sustancialmente partido a favor o en contra de una facción u otra.

53. Con respecto a la pluralidad de enfoques en el estudio del derecho, véase Champeil-Desplats, 2022. online.

5. RESPUESTA A LORENA RAMÍREZ

Lorena Ramírez destaca una multiplicidad de cuestiones interesantes y, lamentablemente, no será posible detenerme aquí en todas ellas. Seleccionaré algunas de estas cuestiones, teniendo en cuenta cada uno de los «análisis críticos» que ella presenta, para tratar de despejar algunos equívocos.

El primer análisis se refiere a la ambigüedad interno/externo. Dice Lorena Ramírez[54]:

> 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.

En efecto, es importante precisar en qué consiste el punto de vista externo1. Cuando se lo hace, se ve con claridad que no designa una clase vacía, pero, sobre todo, no pretende designar un enemigo. Creo que mi alusión a la perspectiva que asumiría un extraterrestre no ha sido de ayuda para ilustrar este punto de vista. No porque no sea correcta, sino porque conlleva la engañosa sugerencia de que el punto de vista externo1es una posición demasiado exótica en la que nadie, o solo alguien muy lejano, podría encontrarse. Por el contrario, la perspectiva a la que aludo goza de amplia difusión en la filosofía jurídica y es aquella que sostienen los defensores de la naturalización del método en el estudio del derecho[55]. Ahora bien, yo he hablado de *enunciados* emitidos desde el punto de vista interno1 y externo1. Es decir, al contrario de lo que sugiere Lorena Ramírez, la adopción de esta perspectiva no se predica de una teoría o de la propuesta de un autor, en su conjunto. Es altamente improbable que una teoría se exprese mediante un único tipo de enunciados: todos sobre conceptos, todos empíricos, o todos evaluativo-normativos. Del mismo modo, las propuestas de autores, como por ejemplo Alf Ross o Riccardo Guastini, si bien paradigmáticamente son ejemplos de tesis formuladas desde el pve1, como bien dice Lorena Ramírez, en muchos casos no lo son. En otras palabras, la distinción entre pve1 y pvi1 no pretende clasificar teorías o teóricos del derecho, sino enunciados o discursos en general. El criterio para determinar cuándo un discurso es de un tipo, o de otro, ha sido explícitamente enunciado en mi trabajo: un discurso se coloca en el punto de vista externo1en la medida en que se refiere a, o pretende captar, exclusivamente datos empíricos, no contenidos de significado. Por ejemplo, cuando se hacen cálculos de probabilidades, se establecen relaciones estadísticas, correlaciones causales o también descripciones, pero siempre con relación a datos empíricos. Particularmente, un discurso del punto de vista externo1, si se refiere a prácticas de comportamiento, por hipótesis, no apunta a captar el significado o contenido de las mismas, sino solo a registrar, cuantificar, correlacionar sus manifestaciones externas.

54. Ramírez, 2022: 608.
55. Por ejemplo, Leiter, 2007.

Cuanto he dicho sobre la distinción entre un punto de vista interno1 y externo1 no tiene nada de novedoso. Con ella he solo retomado la distinción puesta de manifiesto por Peter Winch y usada por Herbert Hart. Lorena Ramírez sugiere que, más que ésta, se pueden establecer otras distinciones interesantes, y cita concretamente aquella entre teorías funcionalistas y teorías internas[56]. Presuponiendo, obviamente, que las teorías funcionalistas son externas. Lamentablemente, la expresión «función» alberga precisamente la ambigüedad que he intentado eliminar. Motivo por el cual, lejos de pensar que el contraste propuesto aporta por sí mismo una distinción clara, creo que puede estar dotado de interés solo en la medida en que se presuponga y utilice la distinción de Winch. Concretamente, solo una vez que se aclare si los enunciados de la teoría funcionalista a la que se está aludiendo se refieren efectivamente a relaciones causales entre eventos empíricos, o si en cambio se refieren a conceptos, o al contenido de las actitudes intencionales de los agentes descriptos. Esto es especialmente relevante en aquellos casos, como el propuesto por Lorena Ramírez, en que los 'agentes' cuyos 'comportamientos' se describen son hormigas. No está descartado que ciertas teorías funcionalistas no adopten una presuposición antropocéntrica y animista, como si las hormigas tuviesen 'inclinaciones' (¿funciones?) que las guían a satisfacer ciertos 'objetivos'. Estas teorías se colocan en un punto de vista interno1, presuponiendo, por ejemplo, que ciertos estados de cosas son 'valiosos' para las hormigas (la preservación de la vida, por ejemplo) y, por lo tanto, ellas los 'persiguen'. Ciertamente, también es posible que las teorías funcionalistas adopten un punto de vista externo1, es decir, releven tendencias de las hormigas, muestren bajo qué condiciones estas tendencias se mantienen, con qué probabilidad se producirán ciertos resultados, etc. En suma, traer a colación el ejemplo de explicaciones funcionalistas es útil solo para reforzar la necesidad de advertir que, como han señalado muchos autores, la noción de «función» es problemática y que las teorías que asumen esta perspectiva suelen oscilar entre entenderla en términos de una relación empírica en la que ciertas causas provocan ciertos efectos, o en términos de una relación de explicación o justificación racional en la que ciertas razones motivan o hacen inteligible ciertos resultados. Colocándose así alternativamente, y sin advertir la confusión, en un punto de vista externo1 y en un punto de vista interno1[57].

El ejemplo de las explicaciones funcionales del comportamiento de las hormigas pone en evidencia un punto adicional relacionado con un contraste diferente: aquél entre discursos pronunciados con una actitud 'neutral' del punto de vista externo2, o con la actitud 'comprometida' del punto de vista interno2. En mi trabajo, he presentado este contraste refiriéndome exclusivamente al desacuerdo entre interpretativismo y positivismo jurídico normativista. Estos enfoques coinciden en que los enunciados que identifican normas y conceptos jurídicos son enunciados internos1, pero mientras

56. Ramírez, 2022: 609-610.
57. Son interesantes, en este sentido, las críticas formuladas a algunas teorías sobre la 'función' de la pena. Cfr. Ferrajoli, 1989.

que para el primero ello implica adoptar un punto de vista sustancial o moralmente comprometido, para el segundo, no. Ahora bien, la distinción en cuestión no se aplica solo a estas dos posiciones, y puede generalizarse. También un discurso externo1 referido al mundo empírico –como el que proponen los realistas jurídicos acerca del derecho, o algunas teorías funcionalistas acerca del comportamiento de las hormigas– puede ser proferido, o bien con la actitud moralmente neutral del punto de vista externo2 o con una actitud sustancialmente comprometida del punto de vista interno2. Esto ha sido puesto de relieve por Jorge Rodríguez[58]. Por ejemplo, el legislador que dice «prohibido matar» emite un enunciado externo1, directamente referido al mundo, con la actitud sustancialmente comprometida, mundo –a– mente, típica del punto de vista interno2. Por el contrario, quien sostiene «Juan mató a Pedro» también se refiere directamente al mundo mediante un enunciado externo1, pero lo hace –supongamos que en el contexto es claro– con la actitud mente –a– mundo, típica del punto de vista externo2. Teniendo en cuenta las distinciones propuestas, no hay ninguna razón por la cual negar que los enunciados directamente referidos a eventos o estados de cosas empíricos se expresen, o bien con una actitud, o con la otra. Esta posibilidad no fue tenida en consideración en el capítulo V de mi trabajo, que está fundamentalmente concentrado en el debate entre teorías jurídicas. Pero ella confirma que las distinciones introducidas permiten captar las explicaciones funcionales mencionadas por Lorena Ramírez. Dada la ambigüedad de este tipo de explicaciones, ellas podrían ser un ejemplo de discurso externo1 (referido a comportamiento físico de las hormigas) o interno1 (referido al significado de dichos comportamientos). A su vez, podrían limitarse a ofrecer descripciones moralmente neutrales (i.e. adoptar un punto de vista externo2), o bien estar sustancialmente comprometidas con alguna teoría normativa sobre lo que es 'beneficioso' o 'perjudicial' para las hormigas (i.e. adoptar un punto de vista interno2).

En síntesis, como he sostenido en mi respuesta a otros críticos, la desambiguación apuntada hace posible distinguir en términos generales[59]: (a) un discurso interno1 e interno2 (típicamente, el de Dworkin o el de Atria), (b) un discurso interno1 y externo2 (típicamente, el del positivismo jurídico normativista), (c) un discurso externo1 y externo2 (típicamente, el de los realistas jurídicos o el de los entomólogos) y (d) un discurso externo1 e interno 2 (típicamente, el del legislador que ordena la producción de un resultado empírico)[60]. Las explicaciones funcionales podrían ser ejemplo de cualquiera de estas cuatro combinaciones.

Otros puntos merecen aclaración. Según Lorena Ramírez[61]:

58. Rodríguez, 2022a: 85-89.
59. Esta clasificación fue ya introducida en mis respuestas a otros críticos en un debate editado por Paula Gaido en Revus. Cfr. Gaido, 2022: online.
60. Redondo, 2022: online.
61. Ramírez, 2022: 609-610. Las cursivas son mías.

> 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*.

Obviamente, todas las teorías jurídicas usan y se refieren a conceptos que, por cierto, inciden en las descripciones que ofrecen. La distinción entre discursos del punto de vista externo1 e interno1 está relacionada con el tipo de objeto (la ontología) que los conceptos usados captan, y el tipo de relaciones que entre ellos se pueden establecer. En tal sentido, y contrariamente a lo que sostiene Lorena Ramírez, si comprendemos la distinción entre punto de vista interno1 y externo1 veremos que ella capta justamente –entre otros– el contraste y el debate entre el positivismo jurídico normativista (que reivindica un punto de vista interno1, y el positivismo jurídico realista (que se coloca en un punto de vista externo1). Por otra parte, permite eliminar la profunda ambigüedad que hace posible sugerir, falsamente, que ambas posiciones adoptan la misma «*metodología positivista empirista*». Guastini y Hart no adoptan la misma metodología empirista. Estos autores abogan por la adopción de métodos y puntos de vista distintos. Guastini (al menos en parte) propone y *usa conceptos* que delimitan el derecho como un objeto empírico. Hart, en cambio, *usa conceptos* que lo configuran como un objeto normativo. A través de los conceptos que utilizan asumen compromisos ontológicos distintos, como bien destaca Lorena Ramírez. Pero, entonces, si para algo sirve la distinción entre pve1 y pvi1, tal y como la he planteado, es para dar cuenta de las discusiones teóricas, especialmente entre los positivistas.

Por último, siempre con respecto al primer análisis crítico, Lorena Ramírez destaca:

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.

Quien adopta la actitud del hombre malo de Holmes no es un aceptante. Sin embargo, es un participante que asume una actitud práctica y que, claramente, tiene relevancia ontológica. Frente al planteo mencionado, cabe responder que, dependiendo de cómo se caracterice al hombre malo, es probable su actitud determine la existencia de una institución inestable, o bien, que contribuya a su degradación o extinción. Ahora bien, no es claro si el comentario de Lorena Ramírez pretende referirse a quienes, menospreciando una institución, en modo hipócrita, emiten regularmente enunciados favorables a ella, o bien, coherentemente, emiten enunciados críticos respecto de la misma. Ambos serían ejemplos de enunciados emitidos desde un punto de vista interno2. Lo que me interesa subrayar es que los enunciados de este tipo no captan solamente el discurso justificativo favorable a una institución y que la pone en su mejor luz. También capta el discurso normativo crítico, conforme al cual, por ejemplo, ella podría no gozar de justificación alguna. El capítulo V, especialmente concentrado en la posición interpretativista de Dworkin, puede haber sugerido que los enunciados del punto de vista interno2 son solo del primer tipo. Sin embargo, y tal como he sostenido,

posiciones como las de Atria y Ferrajoli no suponen la necesaria justificación del objeto al que se refieren, pero son también ejemplos de propuestas sustancialmente comprometidas que se colocan en el punto de vista interno2. En suma, un discurso proferido desde esta perspectiva, en primer lugar, siempre expresa o presupone una teoría normativa, aunque ello no necesariamente implica conferir valor positivo al objeto, o presentarlo en su mejor luz. En segundo lugar, siempre tiene relevancia ontológica: contribuye a la existencia/permanencia/desaparición de la realidad institucional.

El segundo análisis crítico de Lorena Ramírez se refiere a las que, en su opinión, serían las tesis centrales de mi trabajo. También en este caso cabe disolver algunos equívocos. En el último capítulo de mi libro, en primer lugar, he intentado destacar que, aunque se denominen del mismo modo, la distinción detectada por Winch, referida a dos tipos de discursos, es totalmente independiente de la conocida distinción entre quienes adoptan una actitud comprometida/no comprometida respecto del objeto al cual se refieren. En segundo lugar, he subrayado que el no reconocimiento de estos dos sentidos independientes de «punto de vista interno» y «punto de vista externo» lleva directamente a lo que he llamado «la tesis de la imposibilidad». Es decir, a la tesis según la cual no es posible proponer un discurso interno, en sentido semántico, sin simultáneamente adoptar una actitud interna, en un sentido práctico. En otras palabras, la tesis central que he tratado de defender en mi trabajo es que la imposibilidad de una posición teórica externa o 'neutral' respecto del significado o el contenido de las instituciones jurídicas (i.e. la imposibilidad del positivismo jurídico interno) está ya implícita en la forma de entender ciertos conceptos. Concretamente está ya implícita en la noción de punto de vista interno que conecta necesariamente la adopción del enfoque metodológico tematizado por Winch con la adopción de una actitud práctica comprometida. Y, por cierto, está también presupuesta en otros conceptos que se apoyan sobre esta forma de entender el punto de vista interno.

En este capítulo he argumentado a favor de una posición metodológica que hace *posible* tanto al interpretativismo como al positivismo jurídico interno. No he defendido ninguna teoría del derecho. En especial, no he defendido el positivismo jurídico interno, aun cuando estoy de acuerdo con dicho enfoque. Asimismo, y en contraste con lo que sostiene Lorena Ramírez, tampoco he sostenido que el positivismo jurídico sea una posición más abarcativa que admite distintos tipos de aproximaciones, tanto internas como externas. Este es un malentendido. La posición que he denominado «positivismo jurídico interno» es un tipo de aproximación teórica que pretende llevar a cabo un estudio descriptivo y no justificativo de un objeto normativo (razón por la cual su discurso se coloca en un punto de vista interno1 y esterno2). Ciertamente, los positivistas jurídicos internos o normativistas, aun cuando no analicen explícitamente el tema, presuponen que es posible hacer lo que están haciendo. En tal sentido, ellos deberían advertir y rechazar aquellos conceptos que implícitamente niegan tal posibilidad.

En suma, en contra de lo que sostiene Lorena Ramírez, la tesis de la posibilidad no es la tesis distintiva del positivismo jurídico interno[62]. Uno podría aceptar la tesis de la posibilidad y luego juzgar que el mejor modo de explicar el derecho es mediante un enfoque naturalizado radicalmente externo, o uno de carácter normativo-justificativo. Ante las preguntas que formula Lorena Ramírez respecto de la diferencia entre mi posición y la de Hart, sin ánimo de entrar en detalles, diría que casi ninguna. El problema es lo que su pregunta presupone. Como acabo de decir, en el capítulo comentado no he intentado defender el enfoque del positivismo jurídico, ni el de Hart ni ninguna otra versión de esta corriente de pensamiento. Solo he intentado mostrar que, si no se advierten y separan los dos sentidos del contraste interno/externo, una teoría como la de Hart, o la de cualquier positivista normativista, deviene imposible.

El tercer análisis crítico de Lorena Ramírez se refiere a un punto especialmente importante. En mi trabajo me he detenido en el desacuerdo sobre la posibilidad/imposibilidad de una teoría descriptiva con relación a un objeto normativo y, si llevo razón, emerge que el debate es espurio porque quienes sostienen la imposibilidad lo hacen a partir de un conjunto de conceptos que ya la implican. En otras palabras, producen un argumento que es una petición de principio. En tal sentido, Lorena Ramírez se pregunta qué fuerza tendrían mis argumentos frente a quienes no comparten mis presupuestos, como sería el caso de Dworkin. ¿Por qué las posiciones alternativas deberían aceptar mi propio esquema conceptual? La preocupación se basa en que cada posición defiende tesis que dependen de sus propios presupuestos conceptuales y, aparentemente, no habría ninguna razón para sostener que un esquema conceptual es mejor que otro, serían todos «igualmente admisibles»[63]. Si las cosas fuesen así, en efecto, no habría modo de dar cuenta de los desacuerdos entre teorías y esto llevaría, además, a un radical escepticismo. Como respuesta a esta aparente dificultad cabe recordar al menos dos cosas. En primer lugar: el hecho de que el desacuerdo al que me he referido sea de carácter conceptual, i.e. versa exclusivamente sobre determinados conceptos en juego, no implica que todos los desacuerdos sean de este tipo. En efecto, hay desacuerdos empíricos y teóricos que no dependen enteramente de las premisas conceptuales que se aceptan y, para dirimirlos es imprescindible ofrecer argumentos que van más allá del debate sobre los conceptos que se admiten. En segundo lugar: el hecho de que el debate conceptual en el que me concentré sea espurio porque los conceptos que asume una posición no dejan espacio lógico para defender las tesis de la posición discordante, no significa que todos los desacuerdos conceptuales sean espurios. Por ejemplo, mi tesis acerca de la posibilidad de una teoría que describe contenidos normativos desde un punto de vista sustancialmente neutral respecto de los mismos, se basa ciertamente en un modo de entender las nociones de punto de vista interno y externo, que intenta reemplazar el modo en el que los interpretativistas las entienden. Sin embargo, al

62. Ramírez, 2022: 614.
63. Ramírez, 2022: 619. He tratado este problema también en mi respuesta a Osvaldo de la Fuente.

argumentar a favor de esta posibilidad no he producido una *petitio principi* en sentido contrario a la que critico. Es decir, mi reconstrucción de estos conceptos, si bien hace posible defender las tesis de un positivismo jurídico interno, no torna conceptualmente imposible la posición del interpretativismo. Como vimos, conforme a las distinciones que he propuesto, emergen cuatro distintos enfoques en el estudio del derecho, todos ellos igualmente posibles. Ciertamente, el que sean igualmente posibles no significa que sean igualmente adecuados, recomendables u oportunos. Esto dependerá de cuáles sean los objetivos que guían la investigación a llevar a cabo. Solo por dar un ejemplo: si el interés del estudioso es poner de relieve la radical falta de justificación de una institución, no parece adecuado adoptar el método del interpretativismo Dworkiniano según el cual, por hipótesis, identificar la institución es ya presentarla en su mejor luz y, en alguna medida, justificarla.

Lorena Ramírez entiende en un modo peculiar mi tesis metodológica conforme a la cual diversas formas de teorizar sobre el derecho resultan «igualmente posibles» o «admisibles». A partir de mi análisis nada se sigue acerca de la factibilidad empírica de cada una de estas perspectivas teóricas. De hecho, es imprescindible afrontar la pregunta acerca de las condiciones empíricas, objetivas y subjetivas, que deberían verificarse para que un enfoque, que es conceptualmente posible, sea de hecho factible en un contexto, o instrumentalmente eficaz respecto de un determinado objetivo. Por ejemplo, Lorena Ramírez, en la nota 15 de su trabajo, insinúa la siguiente tesis empírica: solo quien es un participante comprometido tendría el *know how* para captar los conceptos o contenidos que se aceptan en un grupo. Ahora bien, una investigación sobre este punto, altamente relevante, pierde absolutamente sentido cuando su imposibilidad o necesidad se presuponen en virtud de los conceptos que se asumen.

En síntesis, mis tesis no excluyen la posibilidad de genuinos desacuerdos sobre conceptos, explicaciones teóricas o aserciones empíricas. Es más, mi trabajo podría ser presentado como un intento de mostrar que existe un desacuerdo conceptual sobre el modo de entender las nociones de punto de vista interno y externo y que dicho desacuerdo no puede considerarse resuelto mediante una mera petición de principio: asumiendo un modo de entender estas nociones que torna necesariamente verdadero lo que se pretende defender y cancela el espacio lógico que permite expresar lo que la posición discordante propone. Un desacuerdo conceptual debería ser dirimido como cualquier otro desacuerdo racional, mostrando que la perspectiva que se defiende está basada en mejores argumentos (argumentos válidos y sólidos) que es compatible con tesis que interesa preservar o que, en general, demuestra mayor capacidad para satisfacer los objetivos que se pretenden alcanzar.

6. BREVE RESPUESTA AL COLOFÓN DE JOSÉ JUAN MORESO

En su comentario de clausura, Moreso identifica dos ideas centrales de mi libro: el derecho es (i) un tipo de entidad ideal, específicamente, una entidad normativa y (ii) un tipo de razón para la acción, específicamente, un tipo de razón en el sentido formal del término. Estoy de acuerdo con la síntesis que propone Moreso, comprendo el porqué de su desconfianza ante mi propuesta y creo que las preguntas que plantea son altamente relevantes.

Moreso comparte conmigo la primera idea y no formula objeciones que la afecten. Al respecto, solo subrayaría que la posición 'anti-naturalista' que me atribuye debe entenderse como fundamentalmente referida al método de estudio del derecho, puesto que, desde un punto de vista ontológico, como Moreso admite, la realidad ideal o normativa de la que el derecho es parte está totalmente integrada a, y determinada por, el mundo natural[64]. En tal sentido, mi posición no es 'anti-naturalista' y, como ya mencioné en mi respuesta a Alberto Carrió, creo que la reflexión de la metafísica analítica contemporánea sobre el modo en el que propiedades normativas sobrevendrían a propiedades naturales puede contribuir a dar un paso importante en la explicación del modo en que los contenidos normativos del derecho no son reducibles a, pero dependen del mundo natural.

La segunda tesis es parte de un debate de la filosofía práctica. Sobre este punto, Moreso destaca dos ideas que yo propongo. Conforme a la primera, presuponiendo que la normatividad se explica en términos de razones para la acción, la normatividad *típica* o *distintiva* del derecho no reside en que él ofrece razones en sentido sustantivo –que, por supuesto, pretende ofrecer–, sino en la forma de razonar que nos propone. Es decir, las normas jurídicas, independientemente de que sean, o no, contenidos correctos, o tengan, o no, capacidad motivacional, (i.e. sean razones en sentido sustantivo) son enunciados universales que configuran un determinado modo de razonar y justificar reclamos o decisiones sobre su base (i.e. son razones en sentido formal). Esta propuesta deja descontento a Moreso, y temo que cualquier aclaración o agregado continuará a parecerle insatisfactorio. Ello es así porque su esquema conceptual incluye una noción de unidad del razonamiento práctico conforme a la cual explicar la normatividad o el carácter práctico de algo (una normatividad «robusta», «genuina», no «devaluada»), por hipótesis, es explicar cómo este factor interviene en un marco de razones sustantivas cuya presupuesta unidad está dada, en última ratio, por su fundamento en razones morales. Del mismo modo, asumir una actitud de carácter práctico (i.e. un punto de vista interno2) también, en última instancia, es asumir una actitud de carácter moral. Se trata de un presupuesto fuerte que –lamentablemente, a mi juicio– determina la discusión de los teóricos de derecho sobre este tema. Yo contesto esa tesis. En tal sentido, sostener, como he sostenido, que existe un espacio lógico para el estudio del

64. Moreso, 2022: 624.

derecho sin asumir el punto de vista interno2, es un corolario de ese rechazo. Significa sostener que podemos ser moralmente neutrales *respecto del contenido de los conceptos o normas jurídicas que estudiamos*, sin que ello implique colocarse en una perspectiva totalmente aséptica, arquimediana, carente de evaluaciones o de compromisos prácticos robustos[65]. Esto es imposible para quien acepta la tesis de la unidad del razonamiento práctico basada en la moral. Sencillamente porque no es posible tener compromisos prácticos *genuinos* o *robustos* que no sean morales en última instancia. Sin ánimo ni posibilidad de discutir aquí esta idea, cabe subrayar que su amplia aceptación está en el corazón del argumento que lleva a pensar que el positivismo jurídico no puede, sin autodestruirse, recurrir a una noción de razón sustantiva (*genuina* o *no-devaluada*) para explicar el carácter práctico del derecho[66]. A su vez, explica la segunda idea que destaca Moreso, contenida en la «enigmática nota» que él cita. En efecto, en dicha nota sugiero que el positivismo jurídico podría explicar la normatividad del derecho en términos de razones sustantivas, «independientemente de aquello que es moralmente correcto hacer». Pero ello «requeriría una discusión de la tesis de la unidad del razonamiento práctico tal como usualmente se entiende»[67]. En suma, bajo la hipótesis de que (i) la única normatividad relevante o robusta es aquella conectada a razones sustantivas y que (ii) en virtud de la unidad del razonamiento práctico, toda razón sustantiva está conectada con razones morales, se sigue que el positivismo jurídico solo puede explicar una normatividad «devaluada» del derecho. O, en otros términos, que no puede explicar adecuadamente el carácter práctico del derecho sin apelar a razones morales. Esta conclusión, sin embargo, más que señalar un problema del positivismo jurídico, en mi opinión, muestra el carácter insatisfactorio de un comúnmente aceptado *imperialismo de la moral*, del cual es una consecuencia. Y bien haríamos en revisar ese presupuesto antes de sentirnos confortados con la conclusión ya implícita en el mismo: toda normatividad, o bien es moral, o bien es devaluada, no es genuina o robusta. Como sugiere Moreso, mi pensamiento en este punto es completamente afín al de Bernard Williams.

Moreso pone con suma claridad la cuestión y, coherentemente, su reclamo está en sintonía con la crítica de Ezequiel Monti, que está basada en el mismo esquema conceptual. Según Monti, son hechos morales los que explican la autoridad del derecho para crear razones. Dar cuenta del carácter práctico de las reglas jurídicas en términos de razones en sentido formal, entre otras cosas, «no podría explicar adecuadamente la pretensión del derecho de que *somos responsables los unos a los otros por actuar como requieren*»[68]. Efectivamente, el enfoque que propuse es programáticamente positivista, no pretende explicar una supuesta pretensión sustantiva del derecho de que *somos responsables por actuar como requieren sus normas*, i.e. conforme a su contenido. En

65. Al respecto, puede verse Zorzetto, 2022: 152-153.
66. Véase, por ejemplo, Goldsworthy, 1990.
67. Redondo, 2018:125, nota 132.
68. Monti, 2020: 154.

contraste, mi enfoque ofrece precisamente una explicación de cómo i.e. de qué forma, el derecho pretende que funcionarios y ciudadanos respondan unos a otros y se traten mutuamente cuando lo hacen sobre la base de normas jurídicas.

Quiero finalizar agradeciendo nuevamente. Ha sido un honor y un placer discutir con Alberto, Alba, Sebastián, Osvaldo, Lorena y José Juan. No son palabras de ocasión: he aprendido en el recorrido y me han ayudado muchísimo a refinar mis ideas, a identificar aquellas especialmente problemáticas que merecen revisión y a pulir aquellas que creo vale la pena seguir defendiendo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agüero-SanJuan, S. (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, 549-579. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.20

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Springer-Verlag, New York, Wien. https://doi.org/10.1007/978-3-7091-7118-9

Andrade Moreno, M. (2022). «Variedades de positivismo y ontología social». *Anuario de filosofía jurídica y social*, 38 (por publicarse).

Bulygin, E. (1991). «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos». *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* 9: 257-279. https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.13

Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Carrió Sampedro, A. (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, 495-522. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.18

Champeil-Desplats, V. (2022). «Un positivismo jurídico 'interno': ¿por qué? ¿cómo?» *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law.* https://doi.org/10.4000/revus.7719.

De la Fuente Castro, O. (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, 581-602. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.21

Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. La Terza, Roma.

Gaido, P. (2022). «El método y el objeto de la teoría del derecho según Cristina Redondo». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* 48. https://doi.org/10.4000/revus.8425

Goldsworthy, J. (1990). «The Self-Destruction of Legal Positivism», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.10, 4. https://doi.org/10.1093/ojls/10.4.449

Guastini, R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè editore, Milano.

Hurley, S.L. (1989). *Natural Reasons. Personality and Polity*. OUP, Oxford.

Kristan, V. & Lojo, A. (2021). «¿Un normativismo 'redondo'? El positivismo jurídico 'interno' a examen». *Discusiones*, 26, 211-251. https://doi.org/10.52292/j.dsc.2021.2497

Legarre, S. (2020). «Positivismo jurídico 'interno' a la luz del derecho natural». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* 42, 97-105. https://doi.org/10.4000/revus.6128

Leiter, B., 1993. «Objectivity and the Problems of Jurisprudence». *Texas Law Review* 72 (1). 187-209.

Lojo, A. (2022). «Los problemas epistemológicos de las reglas genuinas en *Positivismo jurídico 'interno'* de María Cristina Redondo». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 45, 523-547. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.19

Monti, E. (2020). «Redondo sobre la normatividad del derecho». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* 42, 137-154. https://doi.org/10.4000/revus.6177

Moreso Mateos, J. J. (2022). «La normatividad en el positivismo jurídico interno. A modo de colofón». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 45, 621-627. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.23

Moreso, J.J. y Navarro, P.E. (1993). *Orden Jurídico y sistema jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Nino, C.S. (1988). *Introducción al análisis del derecho*, 4ta reimpresión, 2da ed. Ampliada, Astrea, Bs.As.

Ramírez Ludeña, L. (2022). «La imposibilidad del positivismo jurídico interno». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 45, 603-620. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.22

Rapetti, P. A. (2021). «Positivismo jurídico interno: ¿'hurra', 'buh', 'ehhh…'?» *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* 44, 85-99. https://doi.org/10.4000/revus.7375

Redondo, M. C. (2018). *Positivismo jurídico 'interno'*. Klub Revus.

Redondo, M. C. (2022). «Afinando el positivismo jurídico interno. Una respuesta a los críticos». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* https://doi.org/10.4000/revus.8434

Rodríguez, J. (2020). *Teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, Madrid.

Rodríguez, J. (2020.ª). «Sobre la posibilidad de un positivismo jurídico interno». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* 42, 79-95. https://doi.org/10.4000/revus.6061

Sánchez Brígido, R. (2020). El concepto de Derecho como concepto funcional. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* 42, 107-123. https://doi.org/10.4000/revus.6151

Scataglini, M. G. (2020). Convenciones interpretativas y positivismo jurídico. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* 42, 125-136. https://doi.org/10.4000/revus.6416

Zorzetto, S. (2022). Normative legal positivism: from metaethics to politics. *Isonomía*, 54, 134-166. https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i54.463

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 469-482
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.17

Un dilema para el enfoque de Rodríguez-Blanco del seguimiento intencional de reglas

A Dilemma for Rodriguez-Blanco's Approach to Intentional Rule-Following

Yohan Molina

Autor:
Yohan Molina
Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile
yamolina@uc.cl
https://orcid.org/0000-0003-2339-9483

Recibido: 8/16/2021
Aceptado: 6/9/2022

Citar como:
Molina, Yohan (2023). Un dilema para el enfoque de Rodríguez-Blanco del seguimiento intencional de reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 469-482. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.17

Financiación:
Este trabajo contó con el apoyo de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) / Programas de Becas/ Doctorado Nacional / 2020-21200175.

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Yohan Molina

Resumen

De acuerdo con la explicación del seguimiento intencional de reglas jurídicas propuesta por Verónica Rodríguez-Blanco, el agente que obedece intencionalmente una regla lo hace porque concibe su valor a partir de la asunción de razones o fines fundamentales que la justificarían. Según la autora, esta idea implicaría que la noción raziana de razón excluyente impide que las reglas jurídicas puedan ser obedecidas intencionalmente. En esta breve nota señalaré que la cotribución de Rodríguez-Blanco no pareciera poder dar cuenta apropiadamente de la relevancia de las reglas para nuestras determinaciones prácticas, y que su posible solución a este problema se enfrenta al siguiente dilema: o es incoherente con una lectura restringida de su concepción del seguimiento intencional de reglas, o es coherente con una lectura amplia de dicha concepción, pero esta lectura implicaría que la crítica a las razones excluyentes es improcedente. Finalmente, agregaré que una lectura restríngida parece injustificada frente a una amplia, lo que forzaría a Rodríguez-Blanco a aceptar los daños asociados al segundo cuerno del dilema.

Palabras clave: reglas; acción intencional; relevancia; Rodríguez-Blanco; razones excluyentes.

Abstract

According to Veronica Rodriguez-Blanco's account of intentional rule-following, an agent who intentionally obeys a legal rule conceives of its value from the assumption of grounding reasons that would justify it. On her view, this explanation would imply that the notion of exclusionary reason prevents rules from being followed intentionally. In this brief note, I will point out that Rodriguez-Blanco's

contribution does not seem to be able to account for the relevance of rules in our practical determinations, and that her possible solution to this problem will face the following dilemma: either it is incoherent with a restricted reading of her conception of intentional rule-following or it is coherent with a wide reading of that conception, but then her criticism of exclusionary reasons is unfounded. Finally, I will add that the restricted reading seems unjustified in the face of the wider one, which would force Rodríguez-Blanco to accept the damages associated to the second horn.

Keywords: rules; intentional action; relevance; Rodriguez-Blanco; exclusionary reasons.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Verónica Rodríguez-Blanco ha articulado en una serie de trabajos una reconstrucción del seguimiento intencional de reglas jurídicas a partir del «modelo de la apariencia del bien» (*The guise of the good model*) (2014, 2015, 2017, 2018). Como enfoque explicativo de la acción intencional, este modelo establece en sus líneas más generales que una acción intencional es una actividad racional guiada por la asunción de fines o razones considerados como valiosos por el agente que dotarían a la acción de valor para su ejecución. En este sentido, una acción intencional es realizada porque el agente asume algún tipo de valor en ella.[1] De acuerdo con Rodríguez-Blanco, si aplicamos el «modelo de la apariencia del bien» (de ahora en adelante MAB) al fenómeno del seguimiento de reglas jurídicas, entonces la obediencia del derecho solo puede reflejar una acción intencional en la medida en que el agente asuma la exigencia de razones, fines o bienes fundamentales que a su juicio justifiquen el valor del contenido de las reglas. Ahora bien, según la autora esta idea tendría consecuencias dañinas para la contribución más relevante y conocida acerca de la constitución de los mandatos jurídicos autoritativos como razones para la acción: la concepción de Joseph Raz de las razones excluyentes. De acuerdo con Raz, las reglas en cuanto mandatos de autoridad constituyen razones de segundo orden que excluyen de la motivación de la acción nuestro juicio sobre las razones subyacentes que caen bajo su alcance, ello con el fin de mejorar nuestra conformidad con ellas (Raz 1979, p.17; 1990, p. 39; 2009, p.144). Dichas razones subyacentes serían las razones o fines fundamentales que justificarían normativamente la adopción de la regla. No obstante, si el MAB, tal y como lo entiende Rodríguez-Blanco, requiere que el agente juzgue la idoneidad de la regla jurídica de acuerdo con razones fundamentales o subyacentes para poder seguirla intencionalmente, y las razones excluyentes apuntan a la exclusión de nuestro juicio práctico sobre razones subyacentes como motivación de la acción,

1. Para una breve discusión sobre la tesis de la «apariencia del bien», véase Tenenbaum (2013). Esta tesis es rastreable en autores clásicos como Platón (*República* 505e), Aristóteles (*De anima* 433a27-29; Ética *Nicomaquea* 1113a25-33; Ética *Eudemia* 1227a19-22) Santo Tomás (*Suma Teológica* 1a2ae,8.1), y Kant (*Crítica de la Razón Práctica* 5: 59). Sin embargo, R. B. Louden ha considerado recientemente que Kant no es un partidario absoluto de dicha tesis (2021).

entonces la concepción de Raz implicaría que las reglas legales no podrían ser seguidas de manera intencional (Rodríguez-Blanco, 2014, cap. 8; 2015)

En esta breve nota crítica procederé en dos partes. En primer lugar, esbozaré las líneas centrales de la contribución de Rodríguez-Blanco y el modo en que permitiría criticar el enfoque raziano de las razones excluyentes. En segundo lugar, indicaré que la posición de Rodríguez-Blanco corre el riesgo de no dar cuenta apropiadamente de la relevancia de las reglas jurídicas en la toma de decisiones, esto es, no parece suficiente para conceder que las reglas son capaces de influir distintivamente en nuestras determinaciones prácticas. Si bien ella parece percatarse del problema e intenta resolverlo, señalaremos que su salida entraría en tensión con su propia perspectiva del seguimiento intencional de reglas. Sin embargo, indicaremos que es posible flexibilizar o ampliar su perspectiva del seguimiento intencional de reglas de tal manera que la salida al problema de la relevancia pueda resultar coherente. No obstante, ello implicaría que su propia crítica a la concepción raziana de las razones excluyentes es insatisfactoria. De esta manera, la contribución de Rodríguez-Blanco enfrentaría un dilema. Si seguimos un enfoque estricto o restringido de su concepción del seguimiento intencional de reglas, entonces las reglas no pueden ser relevante en las determinaciones prácticas del agente que conducen a su acción intencional. Por otro lado, si flexibilizamos o ampliamos su enfoque es posible que las reglas tengan esa relevancia, pero ello significaría que la crítica a las reglas como razones excluyentes queda deshabilitada, pues ellas podrían ser perfectamente obedecidas intencionalmente. De esta manera, el enfoque de Rodríguez-Blanco, o no es capaz de explicar coherentemente la relevancia de las reglas para la acción intencional, o sí puede hacerlo pero a expensas de aceptar que su crítica a las razones excluyentes es improcedente. Finalmente, indicaremos que una lectura restríngida parece injustificada frente a una amplia, lo que forzaría a Rodríguez-Blanco a aceptar los daños asociados al segundo cuerno del dilema.

II. ACCIÓN INTENCIONAL Y SEGUIMIENTO DE REGLAS

De acuerdo con Verónica Rodríguez-Blanco, la visión «estándar» de la acción intencional, aquella que da cuenta de la calificación intencional de una acción a partir de la conexión causal de la conducta que la compone con estados mentales (deseos y las creencias),[2] proporciona una perspectiva excesivamente simplificada que no es capaz de captar las características relevantes de un enfoque adecuado de la intencionalidad práctica. Ella llama al enfoque estándar el «modelo de dos componentes» (Rodríguez-Blanco 2014, p.25) porque divide la acción intencional en dos ingredientes principales: estados

2. Cf. Davidson, (1963). Davidson considera que la base causal de las acciones intencionales es lo que él llamaba una «razón primaria». Esta razón consiste en una combinación de dos estados mentales: una pro-actitud (deseos, propensiones, disposiciones, inclinaciones,etc.) y una creencia instrumental.

mentales y conductas. El modelo estándar pretendería explicar satisfactoriamente la acción intencional estableciendo relaciones causales entre aquellos dos polos constitutivos desde la perspectiva de un observador externo, desde el punto de vista de la tercera persona (Ibidem). Sin embargo, para Rodríguez-Blanco, quien sigue esencialmente a Anscombe (2000), el modelo estándar pasa por alto un punto capital para explicar la naturaleza estructural de las acciones intencionales, a saber: una acción intencional es una unidad compleja compuesta por etapas progresivas cuya producción es controlada por el agente a lo largo de su realización. Para esta visión alternativa, la acción intencional no se concibe como un movimiento corporal al que le anteceden causalmente estados psicológicos (Rodríguez-Blanco, p.62), sino como un proceso continuo controlado por el agente que pretende la consecución de un fin. Esta concepción de la acción intencional, conocida como «modelo de la apariencia del bien», contrastaría con el modelo de los dos componentes porque el agente actúa intencionalmente debido a que se orienta hacia un fin o razón fundamental que considera valioso, un fin que acepta como bueno y le permitiría tanto identificar las conductas valiosas para su ejecución como gobernar la producción de sus pasos sucesivos. En otras palabras, bajo el MAB una acción intencionalmente realizada es concebida como buena porque estaría respaldada por la aceptación de razones que guían al agente en su ejecución. Por tanto, el enfoque asumido en esta idea de acción intencional sería el punto de vista de la primera persona porque descansa en la perspectiva práctica del sujeto que decide y actúa con base en las razones que acepta. De este modo, los fines valiosos del agente actúan como razones que le sirven de guía para la articulación práctica de todas las etapas parciales de la realización de su acción. Dichas razones fundamentales serían los puntos convergentes que permiten la unidad inteligible de la acción intencional (Ibid., pp.8, 47, 61).

Para el MAB la acción intencional equivaldría, entonces, a la acción realizada *por* la creencia en una razón que haría a la acción valiosa.[3] Nótese que esta formulación deja abierta la posibilidad de que haya acciones intencionales sin que haya efectivamente una razón genuina que haga valiosa la acción, pues el agente puede estar equivocado acerca de las razones que tiene y aun así actuar intencionalmente bajo su falsa creencia. En este sentido, lo importante para la acción intencional es que el agente conciba o asuma que tiene razones relevantes que harían buena su acción, no que efectivamente las tenga. Ahora bien, Rodríguez-Blanco señala que el MAB resultaría superior al modelo de los dos componentes porque proveería una mejor explicación de la estructura compleja de la acción intencional y de algunos de sus rasgos más importante como el autocontrol

3. Para una argumentación a favor de la existencia de acciones intencionales realizadas sin la guía de razones ver Álvarez (2009). No debatiré aquí la posibilidad de casos de acciones intencionales realizadas sin la guía de razones, tampoco si el MAB tiene la capacidad de dar sentido a estos casos aparentes. Sólo discutiré el seguimiento intencional de reglas a partir de los postulados del MAB, dejando abierta la capacidad del modelo de abarcar todo caso de acción intencional.

y la autodirección.[4] Asimismo, si una acción intencional es aquella producida por la concepción del agente de un fin valioso que opera como una razón guía en la ejecución de los múltiples movimientos que constituyen la acción, entonces preguntarle al agente «por qué» actúa como lo hizo, hasta obtener una respuesta que no admita más cuestionamientos, es la vía adecuada para conocer la razón fundamental cuyo valor hace inteligible la articulación unitaria de dicha acción. Esta interrogación representaría una herramienta que permitiría reconstruir la constitución compleja de las acciones intencionales como un todo unitario (Anscombe, 2000, §6) (Rodríguez-Blanco, 2014, pp. 45-47).

Asumida esta concepción de la acción intencional, Rodríguez-Blanco trata ahora de usarla para abordar el seguimiento intencional de reglas jurídicas. Para Rodríguez-Blanco, las reglas jurídicas pueden ser seguidas intencionalmente si el agente maneja una concepción de razones o fines valiosos que le permita asumir que la acción establecida por la regla como algo cuya realización es bueno (2014, 2015, 2018). Más específicamente, el agente sigue la regla de manera intencional si identifica su contenido con las exigencias de razones o valores más fundamentales que comprometerían desde el punto de vista de la primera persona su seguimiento. En este sentido, las reglas han de ser «trasparentes» a sus fundamentos si han de guiar la acción intencional, el agente tiene que ser capaz de reconocer el contenido de la regla como una exigencia de razones más fundamentales que avala (Rodríguez-Blanco 2014, p.142). De igual manera, la pregunta iterativa por el porqué de las acciones permite conocer las razones que fundamentan el seguimiento de las reglas jurídicas y, por tanto, el fin racional que primariamente guía su obediencia (Ibid., p.140). Por ejemplo, el conductor que sigue intencionalmente la regla de detenerse cuando hay un semáforo en rojo lo haría en la medida en que concebiría fines valiosos que lo comprometen a actuar así. Si le preguntamos por qué detiene el auto frente a una luz roja, podría responder «porque hay una regla jurídica que exige hacerlo». Pero desde el punto de vista de Rodríguez-Blanco, la regla en sí misma no puede ser una respuesta suficiente para explicar las acciones intencionales. En cambio, podríamos seguir preguntando por qué sigue el contenido de la regla, y ahora el agente puede responder «porque es importante preservar mi propia vida y la de los demás». Obviamente, podemos volver a preguntar por qué debe preservar la vida propia y ajena, y finalmente el agente podría decir «porque la vida es valiosa en sí misma». Esta sería la razón que hace inteligible la acción intencional de detener el auto cuando hay un semáforo en rojo, tal y como exige la regla. El que la vida sea en sí valiosa sería una razón que plantearía a ojos del agente una exigencia de detenerse

4. Según Rodríguez-Blanco, la visión estándar tiene que enfrentar la objeción de la desviación de la cadena causal entre los estados mentales y las acciones, así como otros problemas relacionados con su inestabilidad para asegurar la perdurabilidad de la acción. (Rodríguez-Blanco 2014, pp. 44-45). Para una discusión sobre la desviación de la cadena causal en el caso de las acciones intencionales ver Wilson (1989, cap. 9) y O'Brien (2007, cap. 8).

frente al semáforo en rojo. Esta exigencia le permitiría considerar la demanda de la regla como buena o apropiada para seguirla intencionalmente, y por ello también podría figurar en la explicación de la acción de seguir dicha regla. En este punto, y aunque Rodríguez-Blanco no lo aclare, podría pensarse que las razones fundamentales deberían basarse en alguna concepción de valores últimos que acepte el agente, porque ellos son los únicos que parecerían poder detener la pregunta iterativa sobre el porqué del obedecimiento de una regla.[5]

Ahora bien, de acuerdo con Rodríguez-Blanco, si esta concepción del seguimiento intencional de reglas es apropiada, entonces la explicación de Joseph Raz de la constitución de las reglas como razones excluyentes implicaría que las reglas no pueden seguirse a través de una acción intencional, lo que resultaría contraintuitivo (Rodríguez-Blanco 2014, cap. 8; 2015). Como es bien sabido, Raz distingue entre razones de primer y segundo orden (1990, p.36). Una razón de primer orden sería una razón a favor o en contra de una acción, mientras que una razón de segundo orden sería una razón a favor o en contra de la acción basada en razones de primer orden. Una razón de segundo orden en contra de una acción basada en nuestro juicio sobre razones de primer orden sería una «razón negativa de segundo orden» o «razón excluyente» (Raz 1979, p.17; 1990, p.39). La idea del autor, expuesta de manera sintética, es que en ciertos contextos las reglas autoritativas prestan el servicio práctico de mejorar nuestra conformidad con razones subyacentes (Raz 1986, p.56), que serían razones de primer orden relevantes para el dirigido en la situación en cuestión, al funcionar como una razón de primer orden para hacer algo y, a la vez, como una razón de segundo orden que excluye la acción basada en nuestro juicio de la razones subyacentes que justificarían la regla.[6] Una consideración que sea al mismo tiempo una razón de primer orden y una razón excluyente es lo que Raz denomina una «razón protegida» (1979, p.18). De este modo,

5. A nivel filosófico creo que habría acuerdo ciertamente extendido en que las reglas jurídicas en cuanto tal no representan un tipo de consideración normativa final, algo que cuenta a favor de la ejecución de sus contenidos simplemente porque así ellas lo exigen y no porque sirven o satisfacen razones o fines más fundamentales. Sin embargo, no parece claro que podamos descartar de antemano la posibilidad de que alguien enfrentado a la pregunta iterativa por el porqué de sus acciones *considere*, sinceramente aunque muy posiblemente de manera equivocada, a las reglas jurídicas de este modo y asuma entonces que las regla constituye una razón última que influye su acción sin que asuma, implícita o explícitamente, un transfondo de valores o razones que lo dispongan a actuar de acuerdo con ella. No creo que Rodríguez-Blanco haya refutado exitosamente esta posibilidad, sin embargo, esta no será la discuión que me interesará aquí. En este sentido, mi discusión crítica tendrá solo en cuenta casos de seguimiento intencional de reglas en los que el agente no acepta que ellas son últimamente valiosas o normativas y, por tanto, no se guían influidos por esa creencia. No obstante, dejo abierta la posibilidad de que los agentes las consideren de esta manera y actúen intencionalmente en consecuencia.
6. Raz considera que no todas las razones de primer orden que apliquen a un determinado caso son excluídas por una razón excluyente que también aplique a dicho caso, solo lo serían aquellas razones de primer orden que estén dentro de su «alcance» (*scope*) (Raz 1990, p.46). Estas serían razones que justificarían en última instancia la adopción de la regla, pero son excluídas por ella en la motivación de la acción. Sin embargo,se ha argumentado que la determinación precisa de este «alcance» de las razones excluyentes es sumamente problemático (Gans 1986, p.385).

las reglas autoritativas serían razones protegidas que proveerían tanto razones de primer orden como, y de modo más importante, razones excluyentes que al descartar nuestra acción basada en el juicio de razones subyacentes –en cuanto razones de primer orden– mejoraría nuestra conformidad con estas.

No obstante, Rodríguez-Blanco considera que si una regla es seguida intencionalmente según el MAB solo si para el agente es trasparente el ajuste de su contenido con fines valiosos o razones fundamentales– que equivaldrían en el lenguaje de Raz a las razones subyacentes (Rodríguez-Blanco 2014, p.158)–, y consideramos que el enfoque de las reglas como razones excluyentes tiene como objetivo, precisamente, excluir como fundamento de la motivación de la acción nuestro juicio acerca de razones fundamentales o subyacentes, entonces el enfoque de las razones excluyentes imposibilitaría que el agente siga la regla intencionalmente (Ibid., 2014, pp.140,155-158). El seguimiento de reglas bajo el modelo de las razones excluyentes implicaría que «…no podemos caracterizar nuestras acciones como intencionales … desde un análisis textual de Raz, podemos inferir que… no seguimos las reglas legales intencionalmente.» (Ibid., pp. 155-157).[7] En otras palabras, dado que la concepción de las razones excluyentes rechaza que el cumplimiento de la regla se motive por la identificación de las exigencias de las razones subyacentes con el contenido de la regla, y esta identificación sería central para que el agente conciba la bondad de la regla y la siga intencionalmente, entonces no sería viable seguir la regla intencionalmente si es tomada como una razón excluyente.

Ahora bien, estos resultados serían sorprendentes cuando reparamos en que, como bien señala Rodríguez-Blanco, Raz suscribiría una versión del MAB para las acciones intencionales. Raz acepta que una acción intencional es llevada a cabo debido a que el agente asume algún valor en ella (Raz, 2011, cap. 4). A la luz de esta consideración, entonces Rodríguez-Blanco considera que Raz no podría aplicar su propia concepción de la acción intencional al seguimiento de reglas en términos de razones excluyentes, puesto que, como vimos, ella piensa que la noción de razón excluyente entraría en conflicto con la idea de que el agente para obedecer intencionalmente la regla ha de concebir la bondad de la acción ordenada. Así, según Rodríguez-Blanco, Raz defendería que: « En el derecho, las reglas legales son razones excluyentes para la acción, mientras que las acciones en general siguen el 'modelo de la apariencia del bien'» (Rodríguez-Blanco, 2014, p. 140). La perspectiva de Rodríguez-Blanco, en cabio, sería una «explicación unificada» en la que el MAB también aplicaría al fenómeno del seguimiento de reglas jurídicas.

III. RELEVANCIA PRÁCTICA Y ACCIÓN INTENCIONAL

Sin duda que la propuesta de Rodríguez-Blanco plantea una serie de cuestiones de interés para la filosofía del derecho, la filosofía de la acción, la filosofía política y la

7. Todas las citas del inglés son traducción mía.

filosofía moral.[8] Sin embargo, en esta breve nota pretendo iniciar con el siguiente punto: la relevancia de las reglas jurídicas para los razonamientos prácticos de los agentes y la toma de decisiones envueltas en la ejecución de la acción intencional.[9] Si es cierto que obedecer reglas depende de la identificación de su contenido a la luz de las exigencias de razones fundamentales que harían valioso su seguimiento, entonces no está claro de qué manera las reglas jurídicas podrían tener alguna incidencia distintiva para la toma de decisiones asociadas a la acción intencional. Cuando el seguimiento intencional de reglas depende de que su contenido se identifique con el juicio acerca de lo que demanda el balance de razones que aplican al caso, entonces la mera formulación de la regla no pareciera ser en ningún sentido apreciable un elemento capaz de intervenir en las determinaciones prácticas del agente. Aquellos elementos que para el agente, en su razonamiento práctico, hacen valioso seguir la regla lo llevarían a actuar conforme a su exigencia independientemente de que *ella* lo exija, por lo cual la regla misma no pareciera tener ninguna incidencia como guía relevante de la decisión práctica. Si esto es así, entonces pareciera seguirse forzosamente que el seguimiento intencional de reglas, tal y como lo entiende Rodríguez-Blanco, es posible en la medida en que las reglas sean irrelevantes para las determinaciones prácticas del agente. Si las reglas son seguidas intencionalmente cuando identificamos sus contenidos con exigencias de razones allende las reglas, entonces las reglas han de ser tenidas como redundantes o superfluas para poder ser seguidas intencionalmente. De hecho, hablaríamos de un sentido de «seguir» la regla como el resultado de la mera conformidad de nuestra actuación con su contenido, pero la regla no sería seguida como guía relevante que contribuye en algún sentido a lo que concebimos que hemos de hacer. Sin embargo, es justo decir que Rodríguez-Blanco parece reconocer un problema de este estilo (2014, p.142), y trataría de dar cuenta de la relevancia de las reglas a través de la idea de que

8. Para críticas sobre la posición de Rodríguez-Blanco ver Essert (2017), Priel (2017), Webber (2017). Todos ellos cuentan con una respuesta de la autora (2017).

9. Nótese que hablo de relevancia para los razonamientos prácticos efectivos y la toma de decisiones, y no relevancia práctica en el sentido de la capacidad de las reglas para constituir o crear genuinamente razones para la acción. Una cosa es que las reglas sean capaces de afectar sustantivamente *la situación normativa del agente* porque constituyen razones normativas genuinas, y otra cosa es su capacidad de *afectar las determinaciones prácticas* de los sujetos acerca de su acción. Entiendo que este es último sentido es el clave para la discusión de la posibilidad de las reglas como guías relevantes para la acción intencional bajo el MAB, pues tiene que ver con la *perspectiva* práctica del agente acerca de la capacidad guía de la regla. Es concebible que una regla no constituya genuinamente una razón para actuar en sentido estricto, es decir, no afecte sustantivamente la situación normativa del sujeto o sume en el balance de las razones que tiene para hacer, y sin embargo la regla ser capaz de ser *concebida* por el sujeto como una guía relevante que motive su acción intencional. Es decir, es posible que las reglas tengan una incidencia importante en la determinación de la decisión conducente a la ejecución de la accion intencional, de tal modo que sin la regla el agente no se vería llevado a actuar de esa manera en un determinado contexto práctico, aunque la regla no configure objetivamente una razón normativa para él. Así, siempre que me refiera a la relevancia práctica lo haré en este sentido, es decir, limitándome al nivel de la toma de decisiones y los razonamientos efectivos de los agentes, y no en cuanto a la posibilidad de las reglas jurídicas de constituir genuinas razones para la acción.

es posible actuar conforme a una *presunción* de la bondad de la regla o directiva sin que sea necesario identificar su contenido a la luz de razones o fines más fundamentales. Esto es, sin tomar directamente las razones fundamentales como baremo para juzgar la bondad del contenido de la regla.

Su salida al problema de la relevancia de las reglas, aunque algo oscura, se basaría en la idea de que podemos seguir las reglas jurídicas *como si fueran* algo bueno gracias a 1) nuestra confianza en la corrección de la actividad de la autoridad, y 2) nuestro reconocimiento del cumplimiento de la mayoría, o de todos, de los ocho principios del Estado de Derecho (Ibid., pp.160-162). Las emisiones normativas serían piezas de «evidencia insuficiente» que nos permitirían crear una *presunción* sobre la bondad de la regla sin necesidad de juzgar directamente su contenido a partir de las razones fundamentales que apliquen. En el primer caso, lo que parece ser el punto crucial del argumento de Rodríguez-Blanco es que podríamos presumir la bondad de la regla autoritativa si confiamos en la capacidad de la autoridad para establecer prescripciones adecuadas o útiles para lograr o satisfacer fines valiosos. Las autoridades, por ejemplo, podrían ser útiles tanto en contextos de coordinación como de incertidumbre. «Para coordinar nuestras diferentes actividades y perseguir lo bueno, actuamos con base en una presunción de la bondad de la autoridad legal» (Rodríguez-Blanco 2014, p.163). En el segundo caso, cuando las autoridades cumplen con la mayoría de los ochos desiderata del Estado de Derecho de Fuller (1969, pp. 38-39), serían capaces de servir de base a una presunción acerca de la bondad de la regla jurídica porque dicho cumplimiento muestra el procedimiento correcto implicado en legislar y juzgar bien. Este último aspecto estaría estrechamente relacionado con la primera consideración, ya que el hecho de legislar y juzgar bien sería importante para lograr algunos objetivos sustantivos –por ejemplo, la coordinación social– que han de ser valiosos para los destinatarios.

Sin embargo, esta salida luce problemática en el marco de la contribución de Rodríguez-Blanco. El cuestionamiento es el siguiente: si es el caso que podemos actuar bajo una «presunción» de la bondad de las reglas sin identificar su contenido de acuerdo con los exigencias de fines valiosos que justificarían su seguimiento, ¿cómo podría ser posible seguir la regla intencionalmente a partir *de una aplicación estricta* del enfoque del seguimiento intencional de reglas que Rodríguez-Blanco defiende? Como hemos visto, para Rodríguez-Blanco el contenido de las regla debe ser considerado como bueno a la luz de su ajuste con razones o fines más fundamentales para que sea posible su seguimiento intencional. Sin embargo, ahora se nos dice que podemos actuar guiados solo por una «presunción» sobre la bondad de la regla *sin* que sea necesario juzgar su contenido de acuerdo con dichas razones fundamentales. La consecuencia directa es que la respuesta de Rodríguez-Blanco a la relevancia de las reglas jurídicas impide que ellas puedan ser seguida intencionalmente de acuerdo con su propio enfoque inicial del seguimiento intencional de reglas. Ahora bien, una posible salida a este problema sería ampliar el enfoque de Rodríguez-Blanco sobre la aplicación del MAB al seguimiento de reglas. Según el enfoque inicial o restringido, una regla sería intencionalmente

obedecida solo si su valor es juzgado a la luz de la identificación de su contenido con las demandas de razones subyacentes. Sin embargo, es perfectamente posible relajar este requisito y asumir una concepción amplia que admita que una regla es capaz de ser concebida como buena y, por lo tanto, como capaz de ser seguidas intencionalmente *aunque* esta concepción no se base en la identificación de la regla con las demandas de razones subyacentes. Es decir, según la lectura amplia la concepción de la bondad de las reglas que opera en la acción intencional no tiene que depender necesariamente de que para el agente sea trasparente la identificación de sus contenidos con las exigencias de razones subyacentes. De esta manera, las acciones intencionales son plausibles incluso en ciertas circunstancias donde si bien seguimos la regla guiados por una concepción del bien, no actuamos según nuestro propio juicio sobre el contenido de las reglas a la luz de razones subyacentes o fundamentales. Según la concepción amplia, podría decirse que la presunción de la bondad de las reglas podría surgir en algunos contextos en los que somos incapaces de juzgar satisfactoriamente, por diversos motivos, sus contenidos de acuerdo con los bienes que justificarían su seguimiento. En este sentido, las reglas serían relevantes porque su seguimiento no dependería de nuestro juicio sobre la identificación de su contenido con exigencias fundamentales o subyacentes, y aun así aplicaría el MAB porque seríamos guiados por la concepción del valor de la regla para satisfacer un fin, solo que este valor concebido se sigue de una presunción en la eficacia de la regla que no se basa en la evaluación de sus contenidos sino en otra clase de elementos como podría ser el cumplimiento de determinado procedimiento, la confiabilidad de la entidad emisora, etc.

No obstante, si esta última opción es viable, el problema inmediato es que la crítica de Rodríguez-Blanco a la concepción de Raz pareciera fracasar. En otras palabras, una concepción amplia no es operativa para su crítica de las razones excluyentes. Se podría argumentar que, *mutatis mutandi,* un agente podría seguir las reglas como una razón excluyente de forma intencional bajo el MAB. Recordemos que para Raz las reglas como razones excluyentes son elementos cuyo seguimiento permitirían mejorar nuestra conformación con razones subyacentes, en este sentido las regla es capaz de prestar un servicio práctico al aumentar las probabilidades de satisfacción de dichas razones a través de su obediencia que por medio de nuestra actuación basada directamente en ellas (Raz 1986, 1990). A la luz de esta concepción servicial de las reglas como razones excluyentes, se puede pensar que uno podría confiar en ellas como un mecanismo valioso para satisfacer fines o razones relevantes a través de sus mandatos excluyentes. Así, desde el enfoque de Raz podría decirse que cuando un agente confía en la capacidad de la autoridad legal para satisfacer razones subyacentes, sus reglas pueden ser presumidas o consideradas como *buenas* para lograr la conformidad con fines justificatorios y, consecuentemente, seguirse intencionalmente *sin que* la actuación se base en la identificación de sus contenidos con la exigencia de dichas razones; tal y como lo exigen las razones excluyentes. Raz no cree que un agente necesariamente tiene que renunciar a asumir la regla –en cuanto razón excluyente– como valiosa para seguirla

intencionalmente, su énfasis se restringe a que la motivación de la acción no se siga del juicio de razones subyacentes que la regla pretende excluir, lo cual es compatible con que ella sea asumida como valiosa. La trayectoria y el éxito de la autoridad que promulga la regla, sus credenciales epistémicas, el seguimiento de determinados procedimientos, el respeto del que goza en la comunidad, su influencia sobre otras personas y otras tantas consideraciones de este tipo, que no consisten directamente en el reconocimiento de las exigencias de las razones subyacentes en el contenido de la reglas, pueden respaldar que consideremos o presumamos que la autoridad es legítima y que las reglas son buenas para su seguimiento sin que estas dejen de ser excluyentes.

Nótese que esto no significa necesariamente que el agente tiene que reconocer explícitamente que la norma es buena cada vez que actúe, solo sería suficiente que la asuma de esa manera en su actuación. Como sugiere Raz, una acción intencional puede ser reconstruida bajo el MAB porque el agente maneja la creencia de que la acción que realiza es en algún sentido buena, debido a ello la aprobaría y ejecutaría, sin que tenga que reconocer o tener presente que tiene esa creencia (2011, pp.62-64). No parece desacertado que podamos tener creencias sin tener presente que las tenemos. Puedo perfectamente creer que mi madre tenía 30 años cuando nací, aunque haya pasado más de 10 años desde que pensé en ello. Yo manejo esa creencia sin necesidad de reconocer o tener presente en todo momento lo que creo, no dejo de tener la creencia cuando no la tengo presente. Asimismo, el MAB no demanda que el agente tenga presente la creencia en la bondad de la acción incluso cuando esa creencia opere en la motivación de sus acciones –esa creencia «implícita» es lo que haría la acción atractiva para nuestro asentimiento intencional–, mucho menos supone que la acción necesita que tengamos presentes o sean explícitas las razones que nos llevan a adoptar dicha creencia. En este sentido, puedo concebir o asumir la bondad de las reglas por su potencial para conformarnos con razones subyacentes, pero no necesito que en cada momento que las siga tener presente la creencia en su bondad o concebir explícitamente las razones que me harían asumir el valor de la regla independientemente de su contenido. Con ello, desde el enfoque de Raz sería posible seguir una regla como razón excluyente bajo el MAB, sea porque *tengo presente* una creencia en la bondad de la regla que no se respaldaría por la identificación de su contenido con las demandas de las razones subyacentes, sea porque *asumo* esa creencia no respaldada por razones de contenido aunque no la tenga presente cada vez que siga la regla.

Por lo tanto, Raz diría que es concebible que las reglas jurídicas sean seguidas intencionalmente como mecanismos útiles para la satisfacción de nuestros fines o razones subyacentes sin dejar de ser razones excluyentes, esto es, sin dejar de influir como mecanismos que excluyen de la motivación la concepción del ajuste entre el contenido de la regla y las demandas subyacentes. Finalmente, como desde el enfoque amplio del seguimiento intencional de reglas no habría nada que impida que el agente pueda seguir intencionalmente las reglas como razones excluyentes, entonces no resultaría acertado decir, como lo hace Rodríguez-Blanco, que Raz defiende el MAB para la acciones en

general pero que lo rechazaría en el caso de la obediencia de reglas jurídicas en términos excluyentes.

Con todo lo anterior, tenemos entonces que la propuesta de Rodríguez-Blanco enfrentaría un dilema. Por un lado, su explicación de la influencia práctica de las reglas, que prescindiría de la identificación de sus contenidos con la exigencia de razones fundamentales o subyacentes, sería inconsecuente con una lectura restringida de su enfoque del seguimiento intencional de reglas. Por otro lado, abrazar una lectura amplia de su enfoque para darle cabida coherente a su explicación de la relevancia, de tal modo que sea posible el seguimiento intencional de reglas sin que sea necesaria la identificación de sus contenidos con las exigencias subyacentes, implicaría que no resultaría exitosa su crítica de que las razones excluyentes no pueden obedecerse intencionalmente. De esta manera, la propuesta de Rodríguez-Blanco, o es incapaz de explicar coherentemente la relevancia de las reglas en nuestras determinaciones prácticas, o es capaz de hacerlo pero al costo de inhabilitar su crítica a las razones excluyentes como guías plausibles de la acción intencional.

Para cerrar, creo que asumir una lectura restringida del seguimiento intencional de reglas bajo el MAB, de acuerdo con la cual las acciones prescriptas solo pueden ser consideradas como buenas solo si se identifican con lo que el agente considera que demandan las razones subyacentes, sería problemático no solo porque, como ya indicamos, ello implicaría que las reglas no podrían ser relevantes en las determinaciones prácticas que conducen a las acciones intencionales, sino más fundamentalmente porque la asunción de esa lectura sería injustificada. El MAB en su sentido más básico solo exigiría que la acción ordenada por la regla sea considerada como buena por el agente para ejecutarla intencionalmente, y establecer que la única manera de hacerlo es a través del juicio directo sobre las exigencias de razones subyacentes sería una restricción infundada si tenemos en cuenta que parece perfectamente plausible que podemos formar la creencia en la bondad de la regla de otras maneras –que se pueden relacionar, como ya sugerimos, con diversas propiedades o virtudes que el agente podría asumir respecto de las instituciones autoritativas–, lo que se avendría bien con la idea de «presunción» del valor de las reglas propuesta por la propia Rodríguez-Blanco. En este sentido, considero entonces que lo más razonable es que se rechace una lectura restringida del seguimiento intencional de reglas en favor de una amplia, pero ello forzaría a Rodríguez-Blanco a tener que aceptar, tal y como el segundo cuerno del dilema sugiere, que su crítica a las razones excluyentes resulta infructuosa.

CONCLUSIÓN

Luego de una reconstrucción de la propuesta de Rodríguez-Blanco sobre el seguimiento intencional de reglas a la luz del MAB y su crítica a la concepción raziana de las razones excluyentes, argumentamos que su propuesta, al menos una versión restringida de ella,

tendría problemas para dar cuenta de la relevancia de las reglas jurídicas en los razonamientos prácticos y las determinaciones prácticas implicadas en la acción intencional. Indicamos además que la autora se plantea una posible salida a este problema, que consiste en señalar que no es necesario que el acatamiento de la regla se haga mediante la identificación de sus contenidos con las exigencias de razones fundamentales o subyacentes. Pero tal salida no pareciera ser estrictamente compatible con la concepción inicial o restringida del seguimiento intencional de reglas que la autora defendería. Por otro lado, si relajamos o expandimos dicha concepción de tal manera que la explicación de Rodríguez-Blanco de la relevancia sea coherente con el seguimiento intencional de reglas, entonces se abriría la puerta para que las razones excluyentes sean capaces de guiar la acción intencional sin violar los postulados del MAB. De esta manera, Rodríguez-Blanco enfrenta el dilema de que, o bien es incapaz de explicar la relevancia de las reglas para la acción intencional de manera coherente, o bien puede hacerlo pero concediendo que su critica a Raz es improcedente. Finalmente, indiqué que la asunción de una concepción restringida del MAB en cuanto al seguimiento intencional de reglas parece infundada y tendría que ser abandonada en favor de una lectura amplia, y en ese sentido Rodríguez-Blanco no podría evitar el contenido del segundo cuerno del dilema para su crítica a Raz.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez, M. (2009). «Acting Intentionally and Acting for a Reason», *Inquiry*, (52/3), 293-305. https://doi.org/10.1080/00201740902917168

Anscombe, E. (2000). *Intention*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Aquinas (2006). *Summa Theologica.* Thomas Gilby (trans.), Cambridge: Cambridge University Press.

Aristotle (1952). *Eudemian Ethics.* H Rackham (trans), Cambridge, MA: Harvard University Press.

Aristotle (1934). *Nichomachean Ethics.* H Rackham (trans), Cambridge, MA: Harvard University

Aristotle (1968). *De Anima*. DW Hamlyn (trans.), Oxford: Clarendon Press.

Davidson, D. (1963). «Actions, Reasons and Causes»*, Journal of Philosophy,* (60), 685-700.

Essert, C. (2017). «Intentional Action and Law». *Jurisprudence*, (8:1), 110-117 https://doi.org/10.1080/20403313.2016.1237569

Gans, C. (1986). «Mandatory Rules and Exclusionary Reasons». *Philosophia*, (15:4), 373-394. https://doi.org/10.1007/BF02380229

Kant, I. (1998), *Critique of Pure Reason.* Trans. Paul Guyer and Allen Wood. Cambridge: Cambridge University Press.

Louden, R. (2021). «Kant and the 'Old Formula of the Schools'». *Philosophical Explorations.* (24:1), 63-74. https://doi.org/10.1080/13869795.2020.1868115

O'Brien, L. (2007). *Self-Knowing Agents*, Oxford: Oxford University Press.

Priel, D. (2017). «Action, Politics, and the Normativity of Law», *Jurisprudence,* (8:1), 118-126. https://doi.org/10.1080/20403313.2016.1237574

Plato (1993). *The Republic.* A Waterfield (trans), Oxford: Oxford University Press, 1993.

Raz, J. (2011). *From Normativity to Responsability*. Oxford: Oxford University Press.

Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason.* Oxford: Oxford University Press.

Raz, J. (1990). *Practical Reasons and Norms* (2nd ed.). Princeton: Princeton University Press.

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

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

Rodriguez-Blanco, V. (2018). «The Authority of Law», en Giorgio B., Gerald P., Antonino, R., Giovanni S., Chiara V., Douglas W (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation.* Dordrecht: Springer, 219-240.

Rodriguez-Blanco, V. (2017). «The Why-Question Methodology, The Guise of the Good and Legal Normativity». *Jurisprudence*, (8:1), 127-142. https://doi.org/10.1080/20403313.2016.1237576

Rodriguez-Blanco, V. (2015) «Legal Authority and The Paradox of Intention in Action», en Pavlakos, D., Rodriguez-Blanco, V. (eds.), *Reasons and Intentions in Law and Practical Agency*. Cambridge: Cambridge University Press, 121-139.

Rodriguez-Blanco, V. (2014). *Law and Authority under the Guise of the Good*. Oxford: Hart Publishing.

Tenenbaum, S. (2013). «Guise of the Good», en H. Lafollette (ed.), *International Encyclopedia of Ethics*. Malden: Wiley-Blackwell, 2262-71. https://doi.org/10.1002/9781444367072.wbiee659

Webber, G. (2017). «The Question Why and the Common Good». *Jurisprudence*, (8:1), 99-109. https://doi.org/10.1080/20403313.2016.1237577

Wilson, G. (1989). *The Intentionality of Human Action*. Stanford, CA: Stanford University Press.

SOBRE LA «FILOSOFÍA DEL DERECHO»

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 485-501
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.18

La noción de «filosofía del derecho» desde la historia conceptual

The Notion of «Philosophy of Law» from the Conceptual History

Rafael Ramis Barceló

Autor:
Rafael Ramis Barceló
Universitat de les Illes Balears, España
r.ramis@uib.es
https://orcid.org/0000-0003-1756-6695

Recibido: 7/1/2023
Aceptado: 9/2/2023

Citar como:
Ramis Barceló, Rafael (2023). La noción de «filosofía del derecho» desde la historia conceptual. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 485-501. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.18

Agradecimientos:
Este texto nace del seminario impartido en la Universidad de Alicante el 7 de abril de 2022. Agradezco no solo la amable invitación del Departamento de Filosofía del Derecho, sino las críticas y objeciones –en un debate intenso y pasional, no exento de buen humor– de todos los concurrentes, así como la disponibilidad de los profesores Manuel Atienza y Jesús Vega para plasmar por escrito nuestro debate.

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Rafael Ramis Barceló

Resumen

Este escrito, a partir de la historia conceptual, dialoga con Felipe González Vicén y con Dietmar von der Pfordten, a fin de aquilatar mejor la noción de «filosofía del derecho». Se propone una interpretación nueva a partir del análisis de un conjunto de autores que escribieron acerca de la *philosophia iuris* en los siglos XVII y XVIII, y luego una relectura histórica acerca del estatus de la filosofía del derecho.

Palabras clave: filosofía del derecho; philosophia iuris; Rechtsphilosophie; Felipe González Vicén; teoría del derecho.

Abstract

This paper, based on conceptual history, dialogues with Felipe González Vicén and Dietmar von der Pfordten, in order to better assess the notion of «philosophy of law». A new interpretation is proposed based on the analysis of a group of authors who wrote on *philosophia iuris* in the 17th and 18th centuries, and then a historical rereading of the status of Legal Philosophy.

Keywords: Philosophy of Law; Philosophia iuris, Rechtsphilosophie; Felipe González Vicén; Theory of Law.

Mi libro *El nacimiento de la Filosofía del derecho. De la Philosophia iuris a la Rechtsphilosophie*[1] ha sido recibido de forma muy cálida y ha dado lugar a diversas interpretaciones. Como subrayó Roland Barthes, una obra se independiza del autor tan pronto como llega a los primeros lectores, y alcanza una vida propia, la cual a veces supera con creces la expectativa de quien lo concibió. No se me escapa que es un libro que puede ser leído de varias maneras –muchas más de las que estaban en mi mente cuando lo redactaba–, si bien –ante ciertas exégesis, que comparto en mayor o menor medida– no puedo sustraerme a la pulsión de enfatizar algunos puntos que considero esenciales. La vana y pueril resistencia que todos tenemos ante las lecturas ajenas de las obras propias –en un intento de retrasar una y otra vez la inevitable «muerte del autor»– y el debate que han espoleado algunos colegas muy valiosos me impulsan a explicitar y desarrollar algunas cosas que no dije en su momento.

1. LA HISTORIA CONCEPTUAL Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Mucho se ha escrito sobre el concepto de «filosofía del derecho» y ha sido analizado de maneras, sin duda, diversas. «Filosofía del derecho» es un sintagma que ha sido estudiado desde la *Begriffsgeschichte*, como mínimo, por Felipe González Vicén[2] y por Dietmar von der Pfordten[3]. Ambos han analizado el nacimiento del concepto y las variaciones semánticas que se han producido en la historia. Creo que el método de la historia conceptual es la mejor forma de aproximarse al estudio del nacimiento del sintagma «Filosofía del derecho».

González Vicén utiliza, ciertamente, las herramientas clásicas de la historia conceptual (rastreo de los orígenes de la noción y estudio de las variaciones semánticas), aunque lo hace –desde mi punto de vista– cometiendo errores sustanciales. Un uso exquisito de la historia conceptual obliga al autor a no tener una posición preconcebida de lo que quiere defender. Si no, se incurre en una práctica –harto habitual– mediante la cual el autor quiere patrocinar una tesis y busca todos los argumentos posibles para sostenerla, y ladear los que no le convienen. Así, Hobbes puede ser demócrata, autoritario, republicano y mil cosas más, dependiendo de lo que se diga y de lo que se silencie de su obra, y de cómo se interpreten los diversos pasajes.

González Vicén quería vindicar que «filosofía del derecho» era el concepto que mejor expresaba la cesura de la Modernidad en el pensamiento jurídico, acuñado –por supuesto, en alemán– frente al caduco iusnaturalismo que podía hallarse en los textos latinos escritos hasta finales del siglo XVIII. Para ello concibió una película Disney con efectos especiales y un decorado espectacular: la bella modernidad del positivismo

1. Ramis Barceló, 2021.
2. González Vicén, 1969, pp. 15-65.
3. Von der Pfordten, 1999, pp. 151-161.

jurídico y del Estado Nacional, frente a la bestia iusnaturalista, ya decrépita, que seguía perpetrando tratados infumables en latín. Es un film conmovedor, que a todos nos ha entusiasmado. Los buenos y los malos están perfectamente caracterizados, y la cámara se recrea en la monstruosidad de la bestia feroz y caduca, así como en la donosura de la joven y hermosa modernidad positivista. Una bonita fantasía.

Frente al largometraje de González Vicén, de apabullante puesta en escena y con gancho para atrapar al espectador, Dietmar von der Pfordten, en un corto en blanco y negro, elabora un documental acerca de algunas variaciones semánticas de la noción de «filosofía del derecho», en el que hay poca vistosidad, pero mucho realismo. Es un documental apresurado, que pasa por alto muchas cosas, aunque deja ver al espectador algunos primeros planos inquietantes y novedosos.

Cuando empecé mi estudio, no tenía claro lo que iba a conseguir. Muchos me desanimaron, diciendo que nada lograría. Me costó años orientarme y saber cuáles eran las fuentes a estudiar. No se me escapa que todos, filósofos, historiadores o juristas, tomamos partido, pero yo nunca tuve claro quiénes eran los buenos ni malos, ni si los había, o si más bien todos aquellos autores, cuyos tratados hacía siglos que no habían sido desempolvados, eran todos mediocres, sin ningún interés. Había que leerlos. *A priori*, yo no tenía intención de defender nada, sino de comprender una situación. Tanto me daba si eran católicos o protestantes, alemanes o franceses, antiguos o modernos, iusnaturalistas o positivistas, filósofos o juristas. Si tuviera que reducir a dos las preguntas que me inquietaban, serían: por un lado, no comprendía por qué se sabía que habían existido algunos manuales de *philosophia iuris*, que permanecían sin estudiar, y que nadie (con la excepción de von der Pfordten) entendía que formaran parte de la «filosofía del derecho», o que, incluso, tuvieran algún interés para ella; y, por otro, por qué la asignatura «filosofía del derecho» se enseñaba en la Facultad de Derecho y no en la de Filosofía, junto al resto de disciplinas filosóficas. A medida que fui leyendo dichos tratados, y profundicé en la historia de la enseñanza del derecho, me di cuenta que ambas cuestiones –aparentemente inconexas– estaban muy relacionadas.

Mi libro, al igual que el artículo de von der Pfordten, es un film en blanco y negro, que visita muchos lugares desconocidos y ladeados y tiene la pretensión de ser un documental histórico y no un *thriller*. Naturalmente, es obvio que el historiador selecciona el punto de vista, analiza las fuentes y construye el relato: mi pretensión era dejar que los diferentes protagonistas hablaran libremente, de modo que se escucharan unas voces que habían quedado silenciadas, hasta el momento, por el desinterés de los investigadores. Cuando hube analizado los discursos, los agrupé cronológicamente en conjuntos homogéneos e intenté darles forma, sin que ello resultara forzado. Otra cosa es si lo conseguí.

Mi libro trata de reconstruir históricamente el surgimiento y el desarrollo de la noción de «filosofía del derecho», siguiendo el mismo método de Felipe González Vicén y de Dietmar von der Pfordten, aunque con un resultado distinto. En los diferentes capítulos no hay una toma de posición a favor de ninguna postura predeterminada, y solo en el «epílogo» me atrevo a hacer una propuesta personal, precisamente para mostrar

que las dos cuestiones que me había formulado en un principio tenían conexión entre sí. Por ello, voy a dedicar dos apartados claramente separados para explicar la cuestión histórica que trato en mi libro y la reflexión personal que hago al final del mismo.

Como acaso me dirijo a un público más interesado en cuestiones sistemáticas que históricas, reduciré la explicación histórica a algunas cuestiones esenciales, expuestas en el apartado segundo, para pasar luego a presentar mi propuesta, en el tercero.

2. LOS JURISTAS Y LA «FILOSOFÍA DEL DERECHO»

Como puede verse ya en los textos justinianeos, los juristas han tenido desde hace muchos siglos la tentación de considerarse «filósofos». No se trataba de unos «filósofos» cualquiera, sino de los «verdaderos filósofos», puesto que no se ocupaban la mera teoría, sino de las cuestiones realmente prácticas. La filosofía que desarrollaban fue denominada de formas muy diversas, entre las que hallamos también la noción de *philosophia legalis*, que cayó en desuso cuando los juristas del siglo XVII quisieron desembarazarse de la gravosa tutela teológica sobre el derecho. Para ello, tenían que cambiar de señor feudal. En ciertas regiones luteranas del Sacro Imperio, iniciaron un intento de edificar un saber jurídico autónomo con respecto de la teología, a partir de una base filosófica. Ese saber, infeudado desde entonces a la filosofía, tomó nombres diversos, si bien el más frecuente, y que dio título a un conjunto de manuales y de tratados, fue el de *philosophia iuris*.

Desde *Philosophia juris vera*, de Franciscus Julius Chopius (1650)[4], hallamos diversos manuales, tesis y tratados titulados *philosophia iuris*, noción que fue usada por diversos teóricos hasta 1730. En paralelo, apareció también la noción *philosophia iuris consultorum* (la cual postulaba una vuelta a las fuentes de la filosofía antigua, especialmente del estoicismo, para comprender los fundamentos del derecho romano), que dio lugar a una línea desligada de la anterior, aunque con estrechas conexiones con la misma. El seguimiento de la semántica de las nociones de *philosophia iuris* y de *philosophia iuris consultorum* en diversos manuales y tratados permite sostener que, desde 1650 a 1730, se dio un uso continuado y concreto de ambas nociones. Ello facilita su estudio, por vez primera, como corrientes individualizadas en el ámbito de la historia del pensamiento jurídico moderno.

En el seno de estas corrientes, el debate se centraba en saber si la *philosophia iuris* tenía que tomar de la filosofía solamente el método o si asimismo debía hacer lo propio con el contenido. Es decir, si la *philosophia iuris* debía ser solamente una guía metodológica o la base de todo el saber jurídico.

Si la filosofía era solo el método para buscar los principios en el mismo derecho, el tratadista podía encontrarlos en las fuentes del derecho romano o en las doctrinas sobre derecho natural, elaboradas desde el nuevo derecho de guerra o de gentes. En cambio,

4. Chopius, 1650. En aras a la concisión, no voy a detallar cada una de las obras. Para ello, remito a Ramis Barceló, 2021.

si la filosofía era el método y asimismo la fuente desde la que obtener los principios, podía hallarlos en la filosofía aristotélica, la filosofía helenística (esencialmente, en el estoicismo, como vindicaron ciertos juristas partidarios de la *philosophia iuris consultorum*) o la filosofía «moderna» (a saber, la que se forjó a partir de Pufendorf y, sobre todo, de Thomasius, que acabó por monopolizar la interpretación de la *philosophia iuris* desde 1680).

Aunque inicialmente esta última noción fuera cultivada por autores aristotélicos (Unverfärth, Conring…), contra la filosofía de Hobbes, pronto se logró un sincretismo entre Aristóteles y Grocio por parte de ciertos tradistas (Glässer, Praun, Rachel…). El apogeo de la *philosophia iuris* llegó con creación de la cátedra de «derecho natural y de gentes» desde 1660, en la Facultad de Artes y Filosofía de ciertas universidades luteranas, pensada para establecer un aprendizaje propedéutico de los primeros principios del derecho, en el marco de los estudios filosóficos que cualquier universitario debía cursar. Los cultivadores fueron, casi siempre, juristas con una formación filosófica sistemática, que enseñaron primero en la Facultad de Artes y Filosofía, y después en la de Leyes.

Al abrigo de la cátedra de «derecho natural y de gentes», y de otras de carácter propedéutico de la Facultad de Artes y Filosofía, la *philosophia iuris*, como he indicado antes, podía tener dos cometidos. Por un lado, si se entendía como la supeditación no solo metodológica, sino también conceptual del saber jurídico a la filosofía, podía ofrecer una visión holística del saber jurídico desde algunos conceptos clave del derecho romano y de la filosofía moral, o a partir de la filosofía moral o el derecho natural (Ferber, Künhold o Johann Burkhard Wolf), así como también podía servir para establecer un puente desde la Facultad de Artes y Filosofía a la de Derecho (a saber, desde la metafísica hacia el derecho, como vindicaba Johann Christoph Hartung; o a partir del ciclo completo de Filosofía, como defendía Weidling). Por otro lado, si la *philosophia iuris* consistía solo en la supeditación metodológica del derecho a la filosofía, servía para bosquejar una teoría de la argumentación (a saber, dar «razones» al derecho, como defendían Hahn o Beckmann) o para buscar los principios del derecho (como propugnaban Schröter, Geissler o Reftelius).

No entraremos aquí a explicar cada una de estas posturas. Basta recordar que, desde 1730, la noción de *philosophia iuris* decayó, aunque cristalizó en el lenguaje jurídico. Incluso fue traducida a otras lenguas modernas, entre ellas, el francés y el inglés, como muestra un pasaje de la obra de Adam Smith. En paralelo, se dio comienzo a una época de experimentación con la nomenclatura para designar este conjunto de doctrinas (*philosophia justi*, *ius philosophicum*, *theoria iuris*). No obstante, hasta 1780, por influencia de Thomasius, se abogó mayoritariamente por la terminología propia del *ius naturale et gentium*, que designaba un saber jurídico construido cada vez más de forma abstracta sobre el derecho natural racionalista, y de espaldas a la práctica (Achenwall, Baumgarten…)[5].

5. Huelga decir que el *ius naturale* de Wolff y los teóricos del siglo XVIII se parecía muy poco a lo que como tal habían entendido Cicerón, Ulpiano, Tomás de Aquino, Duns Escoto o Grocio, autores también muy

Hay que añadir que la obra de Kant conllevó una innovación terminológica (*Rechtslehre*), que abrió otro debate sobre las condiciones de posibilidad de un saber jurídico *a priori*. Precisamente, a partir de dicho debate, en la década de 1790 se recuperó la noción de «filosofía del derecho», para subrayar, ya en alemán, la idea de que la filosofía no tenía que guiar el contenido del saber jurídico, sino que debía servir únicamente como método, a fin de buscar los principios del derecho, y para edificar una ciencia del derecho desde el derecho positivo. Dicha postura, heredera de toda una corriente de autores que –como hemos visto– habían defendido que la *philosophia iuris* era solo un método para hallar los principios jurídicos en el derecho realmente aplicable, fue denominada *Philosophie des positiven Rechts*, cuyo creador paradigmático fue Gustav Hugo.

González Vicén, a partir de la obra de Hugo, consideraba que la noción de «filosofía del derecho» andaba indisolublemente ligada al positivismo jurídico, en contra del derecho natural[6]. Es decir, que toda «filosofía del derecho» era, por definición, *Philosophie des positiven Rechts*. Como puede verse, es un error, pues González Vicén soslayaba todo un debate previo, al sostener que la «filosofía del derecho» había nacido, ya en alemán, como *Philosophie des positiven Rechts*. En definitiva, no concebía que pudiera existir una noción de «filosofía del derecho» que no fuera en alemán, ni asociada al positivismo jurídico.

En realidad, Hugo era un romanista, es decir, un estudioso del derecho romano aplicable en el Sacro Imperio, que concedió un espacio no desdeñable al derecho natural en su obra. Su vindicación de la «filosofía del derecho positivo», en contra de lo que indica González Vicén, no pasaba por la sustitución del «derecho natural» por el «derecho positivo». El tema fundamental, y que se estaba debatiendo desde mediados del siglo XVII, era qué lugar ocupaba la filosofía en la construcción del saber jurídico.

La voz de Hugo y de muchos de sus seguidores no clamaba contra el «derecho natural», cuya existencia era reconocida y aceptada en sus obras, sino contra los filósofos y contra la excesiva dependencia del saber jurídico con respecto de la filosofía. Hugo quería buscar unos primeros principios en el derecho, aunque propugnaba una absoluta libertad metodológica para el jurista, a fin de desligarse por completo incluso del método filosófico. Era necesario, por tanto, desatar de una vez los vínculos con la filosofía y volver a la idea del jurista autónomo y autosuficiente que, trabajando el derecho romano, cultivaba la *vera philosophia*. El verdadero «filósofo» era el que se ocupaba del derecho aplicable, de la *Philosophie des positiven Rechts*. Es como si, rehaciendo la frase de Gentili, le dijeran al filósofo: *silete, philosophi, in munere alieno*. O, para expresarlo en un lenguaje más actual, «filósofo: no pongas tus sucias manos sobre el derecho».

He aquí la novedad de Hugo, que puede verse claramente en su manual de «derecho natural» como una «filosofía del derecho»: quería experimentar, hacer su propia

dísimiles entre sí. Sin duda alguna, aunque muchos tratadistas de ayer y de hoy no lo crean, el derecho natural es también un concepto muy cambiante, completamente bañado en las aguas de la historia.

6. Una crítica puede verse en Carpintero, 1986, pp. 343-397.

«filosofía», sin ataduras con la Facultad de Filosofía. Consideraba, ciertamente, que tenía que volverse hacia el derecho aplicable y no construir castillos en el aire. Sin embargo, a lo largo de su vida tuvo posiciones cambiantes y se atrevió a hacer, por su cuenta y riesgo, teorizaciones iusfilosóficas, esbozando incluso una «antropología jurídica[7]». Quería ser filósofo, a su manera, como tantos otros otros juristas, que picoteaban en temas filosóficos muy dispares, con un método libre.

Frente a esta postura, y también como recuperación de la nomenclatura caída en el desuso, resurgió de sus cenizas la otra corriente procedente de la *philosophia iuris*, que abogaba por la completa subordinación de los fundamentos del saber y del método jurídico a la filosofía: se trataba de la *Philosophie des Rechts* o *Rechtsphilosophie*. El último gran teórico en esta línea fue Hegel.

Entre ambos extremos de la «filosofía del derecho» hallamos a muchos autores. Después de Hegel, solo sus seguidores defendieron una «filosofía del derecho» como una subordinación absoluta (de método y de contenido) del saber jurídico a la filosofía (como una fase del desarrollo del Espíritu). La mayor parte los de juristas, receptivos con las transformaciones políticas, sociales y filosóficas, al auge del historicismo… enfocaron sus empeños hacia la *Philosophie des positiven Rechts* (Falck, Seidensticker, Schnaubert, Thibaut, Austin…) y desarrollaron y radicalizaron las pretensiones de Hugo[8].

Hay que tener en cuenta que las transformaciones liberales, que cambiaron el antiguo programa formativo de las universidades, coadyuvaron a esta metamorfosis, al desvanecerse la Facultad de Artes y Filosofía. Desapareció con ello una formación filosófica universitaria para todos los estudiantes. Puesto que los juristas –con el *Abitur*– dejaron de tener la formación filosófica universitaria previa, de la que resultaban deudores durante el resto de su vida, se sintieron cada vez más libres para teorizar, sin los corsés de los grandes sistemas, que quedaron más bien como un vestigio del pasado.

Llegaba, por fin, la hora de los juristas. Después de sufrir la injerencia de los teólogos y luego de los filósofos, combatieron a unos y a otros, en una guerra ardua. Hacia mediados del siglo XIX, tras duras batallas, los juristas germánicos habían logrado la ansiada victoria: ya eran libres y podían iniciar su propio *sapere aude*. No solo eso, sino que habían logrado un precioso botín de la antigua Facultad de Artes y Filosofía: la cátedra de «derecho natural», también llamada de «teoría del derecho» (por la influencia kantiana) o de «filosofía del derecho». Si antes los filósofos tenían esa cátedra en la Facultad de Filosofía y podían con ella –mediante un profesor que tuviera formación filosófica y jurídica– guiar a los futuros estudiantes de Derecho, dicha cátedra había sido ya completamente arrebatada e implantada en la Facultad de Derecho, para que los juristas cultivaran en ella la *vera philosophia*.

En dicha cátedra, como ha demostrado Klippel[9], hubo posturas muy diversas: la idea de derecho natural, en contra de lo que piensa González Vicén, no fue eliminada

7. Hugo, 1819, p. 47.
8. Carpintero, 1993.
9. Klippel, 2012.

por el «positivismo jurídico», sino que, durante la primera mitad del siglo XIX –y, en cierto modo, en las décadas siguientes– coexistieron diversas posiciones intelectuales. Ni la *Rechtsphilosophie* ni la *Philosophie des positiven Rechts* acabaron con el derecho natural.

A lo largo del siglo XIX, muchos filósofos idealistas siguieron escribiendo sobre «filosofía del derecho», si bien fue un tema cada vez más restringido a los juristas, que detentaban cátedras de la materia. Es cierto que los seguidores de Leopold A. Warnkönig, Austin y otros dejaron de referirse a la *Philosophie des positiven Rechts* para hacerlo sin ambages a la *Philosophie des Rechts* o *Rechtsphilosophie*, puesto que –para ellos– era inconcebible ya una filosofía jurídica que no se ocupase solamente del derecho positivo y que no fuera totalmente autónoma de la Facultad de Filosofía. Sin embargo, hubo otros tantos juristas que, por el contrario, defendieron ideas claramente iusnaturalistas, como August Geyer. Cabe insistir, en fin, en que lo importante era la autonomía con respecto de los «filósofos», no el lugar que ocupaba el derecho natural, si es que lo tenía, en cada «filósofo del derecho».

La *Philosophie des positiven Rechts* dominante –fuera con el título de *Philosophie des Rechts* o incluso de *Naturrecht*– acabó revistiendo un carácter inductivo, tal y como teorizó Warnkönig[10], para quien la «filosofía del derecho» tenía como misión investigar los principios generales del Derecho, al igual que los respectivos especialistas podían buscar los de la estadística, de la gramática, o de la economía política. El jurista tenía que buscar los principios de su disciplina, al igual que el gramático lo hacía en la gramática, o el economista, en la economía.

Sin embargo, hay que insistir en que, con el rótulo de «derecho natural», «teoría del derecho» o «filosofía del derecho», tanto en la Alemania unificada como en otros lugares de Europa se enseñaron, desde la segunda mitad del siglo XIX, doctrinas muy diferentes entre sí. Es cierto que, mayoritariamente, los juristas, en su ansia de lograr una «filosofía del derecho» con pocos vínculos con la «filosofía» (teorética o práctica) optaron por posiciones que restringían su contenido a una teoría formal e hicieron un uso libre del método filosófico. Esa *Philosophie des Rechts* o *Rechtsphilosophie* era, por la aversión generalizada de no pocos juristas decimonónicos a la filosofía teorética e incluso práctica, una «filosofía del derecho positivo», es decir, una «teoría» del derecho elaborada a partir del derecho aplicable por parte de los juristas. Pero hubo otros que mantuvieron una dependencia mucho mayor de la filosofía sistemática.

Mientras que, en determinadas universidades germánicas de los siglos XVII y XVIII, la *philosophia iuris* –entendida de diversas maneras– fungía como introducción filosófica al derecho –impartida, como hemos indicado antes, en la Facultad de Filosofía por un jurista con amplia formación filosófica–, en la universidad liberal germánica, tras haberse apoderado de la cátedra de «derecho natural», «teoría del derecho» o «filosofía del derecho», eran los juristas quienes, sin formación filosófica específica, enseñaban, en la Facultad de Derecho, su *vera philosophia*.

10. Warnkönig, 1839, p. 263.

En el siglo XIX se produjo, en cierto modo, la lucha de lo que Bobbio[11] denominó la «filosofía del derecho de los filósofos» contra la «filosofía del derecho de los juristas». De ahí, por tanto, la respuesta a la segunda pregunta que me planteaba: la «filosofía del derecho» se enseñaba en la Facultad de Derecho no por un capricho o azar, sino como un botín de una ofensiva librada en el siglo XIX por la Facultad de Derecho frente a la de Artes y Filosofía. Quedaron restos de la batalla, algunos profesores idealistas que aún aterrizaban en materias jurídicas. Sin embargo, con muy pocas excepciones, la «filosofía del derecho» ha permanecido en la Facultad de Derecho y ha sido explicada por juristas –con mayor o menor competencia filosófica–, que ostentan orgullosamente el título de «filósofos».

Hasta aquí llega mi labor de historiador del pensamiento jurídico. Viene ahora, al hilo de lo que se ha expuesto hasta aquí, una humilde reflexión y propuesta a los profesionales actuales de la filosofía jurídica.

3. LA TEORÍA Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Han pasado doscientos años desde las batallas que libraron los juristas para sacudirse del yugo de la filosofía. Era una guerra que no había sido historiada, sino que sobre ella reinaba el silencio: la Facultad de Derecho había conseguido una victoria incómoda, y los filósofos una derrota más, en la debacle de aquella Facultad de Artes y Filosofía, que fue desmembrada a marchas forzadas.

A los juristas no les ha interesado hurgar sobre la anomalía de tener en su poder la única filosofía de genitivo que se había amputado del tronco de la filosofía. Es cierto que la Facultad de Artes y Filosofía había asistido a la progresiva emancipación de muchos de sus contenidos fundamentales, como, por ejemplo, las ciencias exactas y naturales. La pérdida de aquel puente entre la Filosofía y el Derecho era, al fin y al cabo, una más, y quizás no la más relevante. Otras batallas habían sido más dolorosas.

Con todo, la Facultad de Filosofía había retenido la capacidad de «filosofar» tanto sobre sus antiguos dominios (el *trivium* y el *quadrivium*, y las nuevas disciplinas como la sociología…), cuanto sobre las materias de las demás Facultades. Sobre todas podía establecer una «filosofía de genitivo», salvo sobre la «filosofía del derecho», que quedaba a cargo de los juristas, con jurisdicción exclusiva. Sea como fuere, ni a unos ni a otros les interesaba remover la cuestión, que aún no ha sido estudiada con la atención histórica necesaria. Sin embargo, el problema sigue ahí, y –a mi entender– muchos de los actuales lodos vienen de aquellos polvos.

En realidad, en el siglo XX se ha avanzado esencialmente en la línea que defendía Warnkönig. La «filosofía del derecho» era una materia que tenía como cometido investigar inductivamente los principios generales del Derecho, al igual que los respectivos

11. Bobbio, 2011, pp. 29-41.

especialistas podían buscar los de la estadística, de la gramática, o de la economía política. ¿Quiénes estudian estas disciplinas? Los estadísticos, gramáticos y economistas. ¿Quiénes analizan los principios del lenguaje, la física o la música? Los lingüistas, los físicos o los músicos. Existen, sin embargo, los filósofos del lenguaje, de la física, de la música o de la economía.

El derecho, como se ha visto, resulta una excepción para el resto de «filosofías de genitivo» (filosofía de la historia, de la física, de la música, del lenguaje…), pues en todas ellas se distingue entre la «teoría» (enseñada por un especialista en la Facultad respectiva, y consiste en una inducción de los principios generales) y la «filosofía» (materia que se enseña en la Facultad de Filosofía, y es cultivada por un filósofo). Por lo general, el «teórico» se encarga de analizar inductivamente («cómo es»), mientras que el «filósofo» estudia la esencia («qué es») o las condiciones de posibilidad de tal disciplina como saber.

En el ámbito jurídico, el «filósofo del derecho» se ha ocupado mucho más de la teoría que de la filosofía. Al haberse autoproclamado «filósofo» por un derecho de guerra de hace dos siglos, el jurista tiene legitimación no solo para «filosofar» con *potestas* sobre el derecho, sino para arrogarse la exclusividad de su cometido. No hay cátedras ni asignaturas sobre «filosofía del derecho» en la Facultad de Filosofía: es un territorio que pertenece únicamente al jurista.

¿Tiene algún sentido? ¿De verdad que el jurista piensa, doscientos años después, que un filósofo no puede decir nada interesante sobre el derecho? Puede «filosofar» –con más o menos acierto– sobre la economía, la historia, la música, la política, la física…, pero sobre el derecho resulta imposible, porque la *vera philosophia* la hacen los juristas.

Los debates que he explicado en el apartado anterior se siguen reproduciendo, a diferente escala, en la filosofía jurídica actual. Hay algunos «filósofos» del derecho que solamente aceptan el método de la filosofía (normalmente, desde una orientación «analítica», para estudiar la teoría de la norma o la argumentación jurídica), mientras que otros ven la necesidad de desarrollar el contenido filosófico teorético o práctico (axiológico, ontológico…). Los debates acerca de la justicia, los valores, los fines… siguen introduciendo cuestiones epistemológicas, metafísicas, antropológicas, morales y políticas. El jurista, en definitiva, puede optar por un mayor o un menor contacto con la filosofía, e incluso qué partes de la filosofía privilegia sobre otras. En eso, poco hemos cambiado desde los tratados de *philosophia iuris*.

La diferencia es que ahora el jurista, siguiendo una vez más a Hugo y a Warnkönig, no quiere tener a ningún filósofo que le diga lo que tiene que hacer. Quiere ser una abeja, que libe libremente de diversas flores del jardín filosófico. Quiere ser filósofo, a su aire. En realidad, no hay corriente filosófica que no acabe introducida en la filosofía jurídica, de una forma u otra, pero para el jurista «filósofo del derecho» no tiene sentido que haya un «filósofo» que se ocupe del derecho. «No vale la pena», dicen unos; «no saben derecho», dicen otros; «para qué, si ya estamos nosotros», piensan casi todos.

En realidad, no pocos «filósofos del derecho» aborrecen el derecho. La filosofía jurídica es una vía de escape de muchos profesores para eludir cuestiones jurídicas, y dedicar su tiempo a temas morales, políticos o sociales. Les gusta cultivar, de forma

amateur, la filosofía, y se pasean con satisfacción, por jardines diversos, con su título de «filósofo». En otros casos, encontramos a juristas que aman el derecho, que quieren poner sus empeños en comprender la práctica de la realidad jurídica, y que pretenden hacer una teoría pensada para ayudar a los operadores jurídicos, detectando problemas y clarificando cuestiones.

A los debates en los que se mueven unos y otros, y que se repiten desde hace décadas, quizás les haga falta un revulsivo, que venga desde otra óptica: hacer «filosofía» tan cerca del objeto de estudio tal vez impida una determinada elevación crítica. Asimismo, ni los mismos iusfilósofos están de acuerdo sobre lo que es «teoría del derecho» o «filosofía del derecho». En realidad, en la actualidad, versan sobre lo mismo, no hay ninguna distinción epistemológica entre ellas, más que puras convenciones que cambian de autor en autor. ¿Por qué seguir así? Muchos juristas no creen que un «filosófo» aporte nada a la «filosofía jurídica». ¿No habrá en ello cierto miedo, cierta inseguridad a abandonar la «zona de confort», la esgrima a florete y los mullidos debates caseros?

El «filósofo del derecho», como persona práctica que es, al leer estas líneas, puede entender que esta propuesta conlleva una pérdida de poder o de influencia, y más en esta época de crisis de las materias propedéuticas y de avaricia indisimulada de los colegas de las ramas del derecho aplicable. Quisiera dejar claro que mi propuesta no conlleva ningún menoscabo del papel de los «teóricos del derecho» en la formación de los juristas, ni que su presencia en la Facultad de Derecho se vea menguada. Al contrario, a pocos encontrarán tan convencidos de su importancia como a mí. Creo que incluso deberían acrecentar su presencia en todos los niveles de la enseñanza jurídica.

No pretendo, pues, que los actuales iusfilósofos pierdan peso ni influencia en las Facultades de Derecho, ni que dejan asignaturas ni «créditos», sino más bien que ganen «crédito». No puede ser que los demás juristas vean a los «filósofos del derecho» como alienígenas que introducen ideas perniciosas en las mentes vírgenes de los recién llegados a la Facultad de Derecho o que las perturban en los últimos años de estudio, cuando son ya juristas casi formados. Tampoco puede ser que los filósofos vean a los «filósofos del derecho» como meros aficionados, que se han construido su «filosofía» *ad usum privatum*. Aunque haya muy honrosas excepciones, a nadie se le escapa esta realidad, con la que se convive desde hace muchos años.

Se impone la necesidad de mejorar esta situación. Para ello, es necesaria una reintroducción de la «filosofía del derecho» en la Facultad de Filosofía, que sea cultivada junto a la ética y la política, que se beneficie de los debates epistemológicos, metafísicos, antropológicos, de la lógica, de filosofía del lenguaje, de la ciencia y de la mente, y de otras reflexiones sobre la filosofía de la sociología, de la historia o de la economía. Que pase por el cedazo de los wittgensteinianos, searlianos, marxistas, nietzscheanos, foucaultianos, kantianos, hegelianos, aristotélicos, deleuzianos o heideggerianos. Que sea vapuleada y digan de ella centenares de aberraciones junto con alguna idea luminosa. Pero, sobre todo, que la «filosofía del derecho» salga del cascarón, y que se exponga a todos los virus –beneficiosos y maléficos– que campan a sus anchas en la Facultad de Filosofía.

En definitiva, que vuelva a una situación de normalidad con respecto de las demás materias, que pueda ser objeto del debate «filosófico» en toda su radicalidad y que deje de ser la «cenicienta» de los saberes, protegida en la Facultad de Derecho de la lluvia y las tempestades, como un rehén en una jaula de oro, alimentado con sopitas, almíbares y bizcochos.

¿No bastan doscientos años para redimir aquel botín de guerra? ¿Tienen que quedarse para siempre los frisos y los capiteles iusfilosóficos en el museo jurídico, para ser contemplados a resguardo? ¿No pueden volver al aire libre y a la intemperie ateniense, expuestos al sol y al viento, a los truenos y a los relámpagos?

¿Cuál es el problema? Que el jurista «filósofo del derecho» dejaría de poseer el título de «filósofo». Cierto es que, como se ha visto, el jurista, a lo largo de la historia, ha aspirado a ser «filósofo», y ahora que posee esa distinción *manu militari*, no quiere despojarse de ella. ¿Y el título de «jurista», de «teórico del derecho»? ¿Acaso no le basta?

Hay que recordar que también los médicos quisieron ser «filósofos», y lucharon para serlo hasta el siglo XIX, cuando se convirtieron en «científicos». Luego, se desvaneció su tentación filosófica. Los juristas, como no son científicos, no la han abandonado, y necesitan de una *potestas*. ¿Tiene sentido, en el siglo XXI, ese complejo de inferioridad? ¿Por qué los juristas no aceptan con orgullo el título de «jurista», y sus «teóricos», el de «teórico del derecho»?

Si los «teóricos del derecho» se preocupasen verdaderamente del derecho, ganarían legitimación entre los juristas prácticos. Con ello, no niego la posibilidad de que los «teóricos del derecho» puedan elevarse hasta donde quieran en su abstracción, sino más bien, que no pierdan de vista su objeto. Su misión, ciertamente, es comprender, abstraer y criticar, aunque no de espaldas a la realidad jurídica.

De este modo, la «teoría del derecho» se vería potenciada, pues se robustecería su presencia –y su *auctoritas*– universitaria en la Facultad de Derecho, centrada en los problemas jurídicos, mientras que la «filosofía del derecho» encontraría su espacio perdido en la Facultad de Filosofía. Desearía para ambas materias una relación tan intensa como la que tienen, por ejemplo, los lingüistas y los filósofos del lenguaje. Sus campos de trabajo están bastante bien definidos y el debate entre unos y otros, con no pocas zonas intersticiales, resulta muy inspirador.

Así pues, los «teóricos del derecho» podrían recibir los estímulos de sus colegas juristas y discutir con ellos, así como también seguir con los debates internos entre «teóricos del derecho». Los «filósofos del derecho» podrían contender entre ellos y con los demás filósofos. Y luego, por supuesto, habría que propiciar un foro para que «teóricos» y «filósofos del derecho» pudieran tratar sus cuestiones comunes. De este modo, la presencia del pensamiento jurídico, a mi juicio, ganaría espacio y amplitud en el debate universitario, y se revitalizarían muchas ideas, así como surgirían propuestas nuevas.

4. CONCLUSIÓN

Este texto tiene dos partes muy diferenciadas. La primera, en la que escribo como historiador del pensamiento jurídico, y la segunda, en la que comparto una modesta propuesta, concebida por alguien que no se dedica profesionalmente a la filosofía del derecho, hecha con ánimo constructivo, y que –por supuesto– puede ser completamente desechada por los iusfilósofos. No creo, sin embargo, que lo que he comentado acerca de la evolución de la noción de «filosofía del derecho» tenga que caer en saco roto. Mi intención era mostrar que había toda una serie de episodios desconocidos o mal comprendidos en dicha historia, y que no son una cuestión irrelevante para entender el estado actual de la «filosofía del derecho». Se trata, en todo caso, de un estudio sobre el que hace falta un análisis aún más detallado, que seguro que va a corregir o matizar muchas de mis afirmaciones.

Sin embargo, no considero que la perspectiva de Felipe González Vicén pueda seguir manteniéndose: la «filosofía del derecho», en realidad, nació como *philosophia iuris* en la Facultad de Artes y Filosofía, como vocación de puente entre esta y la Facultad de Derecho. Esa *philosophia iuris* –con notables diferencias de autor en autor–se cultivó durante ciento cincuenta años exclusivamente en latín. Cuando los tratadistas pasaron a escribir en alemán, empezó a hablarse de *Philosophie des Rechts* o *Rechtsphilosophie*, aunque haciendo referencia, por supuesto, al tema que se trataba, desde mediados del siglo XVII, con el nombre de *philosophia iuris*. La *Philosophie des Rechts* no nació, por lo tanto, de la nada, por arte de magia, ni es un título casual: hacía una centuria y media que se discutía sobre ese tema, con ese mismo nombre.

Que Hugo, en alusión crítica a la *philosophia iuris*, se refiriera a la *Philosophie des positiven Rechts*, permitió la simpática ensoñación de un germanista culto e imaginativo, como mi admirado González Vicén, para quien la «filosofía del derecho» estaba indisolublemente ligada al «positivismo[12]». Era la historia que se quería creer y que quería contar. Y puso todos sus recursos, que no eran pocos, para hacerlo. Sin embargo, en 1800 hacía ciento cincuenta años que se escribían tesis, manuales y tratados de «filosofía del derecho», sin que el «positivismo» hubiera comparecido por allí, y se siguió escribiendo sobre «filosofía del derecho» y sobre «derecho natural», muchas veces de forma indistinta, hasta bien entrado el siglo XX. La «filosofía del derecho» no es consustancial al «positivismo», ni, por supuesto, al Estado nacional o a la codificación. La génesis de la noción de «filosofía del derecho» es una cuestión que está en otro nivel,

12. Ya en un ensayo anterior, González Vicén, 1950, p. 48, había escrito, unas líneas que condensan lo fundamental de su pensamiento: «Esta idea de la filosofía del Derecho es la idea propia de la filosofía jurídica contemporánea. En ello radica la significación fundamental del positivismo como filosofía del Derecho. La filosofía jurídica positivista no es tan sólo una «escuela» o una «dirección» más dentro de la filosofía del Derecho contemporánea, sino su modo constitutivo, aquella determinación histórica de su tema y de su objeto que condiciona todo su desarrollo posterior. Todas las corrientes de la filosofía jurídica contemporánea descansan sobre este concepto de la filosofía del Derecho».

más allá del «iusnaturalismo» y del «positivismo». En definitiva, González Vicén, en un arrebato de «modernidad», en un elaborado escrito, pensado en pleno franquismo, ignoró –o ladeó– toda la *philosophia iuris* y confundió *Philosophie des positiven Rechts* con *Philosophie des Rechts*. Puso su empeño en rodar *La bella y la bestia*, y tuvo un gran éxito, si bien también podría haberla titulado *La bella confusione*.

El problema de fondo está, hay que repetirlo, en la relación de supeditación de la Facultad de Derecho a la de Filosofía, y en que los juristas querían ser filósofos *sui generis*. Cuando los juristas lograron emanciparse de la tutela de la Facultad de Artes y Filosofía, se quedaron con la cátedra de «derecho natural», también llamada de «teoría del derecho» o de «filosofía del derecho». Los tres rótulos siguieron, juntos y revueltos, hasta el siglo XX. Lo importante es que esa materia pertenecía en exclusiva a los juristas y era cultivada en la Facultad de Derecho, mientras que en la Facultad de Filosofía no existía. Esta es la cesura fundamental de la historia. Por lo tanto, el manido enfrentamiento entre «iusnaturalismo» y «positivismo», desde el que no pocos «filósofos del derecho» entienden cualquier categoría y tercian en casi todos los debates, no es relevante al estudiar el desarrollo histórico de la noción de «filosofía del derecho».

Sentado lo anterior, y dejando por un momento la tarea del historiador, comparto con mi querido contertulio Manuel Atienza[13] una honda preocupación por el futuro de la «filosofía del derecho». A mi juicio, el futuro de la disciplina viene lastrado por una serie de problemas que tienen una raíz histórica. De ahí que formule una propuesta que puede servir para iniciar la superación de las dificultades que que lleva arrastrando. Aunque muchos juristas –e incluso filósofos– crean que retener la «filosofía del derecho» en exclusiva en la Facultad de Derecho sea un gran acierto, pienso más bien que no, y que le hace un flaco favor. Como se ha visto, es muy revelador que ni los propios iusfilósofos se ponen de acuerdo en lo que es «teoría del derecho» o «filosofía del derecho». Y la realidad es que la distinción cambia de profesor en profesor, de programa en programa, pues –al fin y al cabo– versan sobre lo mismo. Dicho brevemente: en la actualidad, la «teoría» y la «filosofía del derecho» son intercambiables. Y ello no solo lo ven los especialistas, sino también los compañeros juristas y los estudiantes.

Al final, se crea una «filosofía del derecho» salonesca, acomplejada, que tan pronto se atrinchera rigurosamente en la «teoría» como se desparrama impúdicamente por cualquier asunto en forma de «todología» desprovista de límites, y que no acaba de convencer por ello ni a filósofos ni juristas. La falta de un objeto claro de estudio hace que la «filosofía del derecho» –desde el concienzudo estudio de la teoría de la norma hasta cualquier discurso peregrino acerca de la última ocurrencia de moda– sea un cajón de sastre que aglutina lo queda fuera de las demás materias jurídicas.

Por su carácter –a menudo– diletante, y por su emplazamiento en la Facultad de Derecho, la «filosofía del derecho» queda a resguardo del combate a torso descubierto que realizan no solo las otras ramas de la filosofía, sino las demás «filosofías de genitivo»,

13. Atienza, 2020, pp. 153-177.

como si, por alguna razón que no queda nunca explicada, la filosofía jurídica fuera menor de edad.

Yo quisiera que «filosofía del derecho» recibiera ya la «toga viril» y que se preparara para ir a combatir en las lides filosóficas, con espada de doble filo. Que resistiera, a la intemperie, el frío y el calor, bajo el sol y la lluvia. Que, con las heridas y golpes, probara su sistema inmunitario y su destreza en las armas batallando con otros ejércitos. Que los «filosófos del derecho» fueran los «zapadores» que construyeran puentes y otras estructuras para nuevas avanzadillas, a fin de que pudieran asentarse los conceptos jurídicos, y que, en una batalla encarnizada, dinamitasen los que considerasen inútiles, los cuales –en su caso– serían repensados y reconstruidos, con mimbres diferentes.

Ya ha pasado la hora de que la «filosofía del derecho» tenga que quedarse encerrada, año tras año, en los campamentos, haciendo solo maniobras y entrenamientos, sin ensuciarse las manos, sin entrar en combate. La «filosofía del derecho» debe ir a vivir su vida con los demás filósofos, a aprender, a equivocarse, a caer y volverse a levantar. Tiene que volar y aún queda mucho para el atarceder del búho de Minerva. Necesita tiempo, le hace falta adquirir madurez y experiencia lejos de la Facultad de Derecho.

La «teoría del derecho», qué duda cabe, quedaría aliviada. Se habría desprendido de esa tentación filosófica, de esa pulsión irresuelta, de ese problema histórico que no le dejaba vivir en paz. Su misión quedaría clarificada. Se podría dedicar al derecho, al mundo de los juristas, a trabajar con ellos, codo con codo, midiendo sus palabras y sus acciones, enjuiciando, abstrayendo, criticando. Los demás juristas entenderían que los «teóricos del derecho» no son «filósofos» infiltrados, que se dedican a enredar a los estudiantes, sino los «servicios de inteligencia» del derecho, que desentrañan el lenguaje jurídico, la práctica jurisdiccional y la relación del derecho con el mundo.

Luego, los «teóricos» y los «filósofos del derecho» se podrían reunir, al atardecer, en los *hiberna*, a discutir de sus cosas, a hacer planes de futuro para las próximas campañas, en las que unos y otros, desde sus prismas, aportarían su perspectiva y su experiencia. Su respectiva convivencia con los juristas y los filósofos les podría reportar un gran caudal de ideas, de información, objeto de debate conjunto, para tratar también cuestiones de axiología, ontología o epistemología jurídica, o para desplegar, entre otras muchas ideas nucleares, las teorías de la justicia. La influencia recíproca, en un debate vivo e intenso, podría ayudar a desarrollar muchos frentes insuficientemente cultivados del pensamiento jurídico, en los que la colaboración de los «teóricos» y los «filósofos del derecho» sería indispensable. El debate obligaría a unos a despegar y a otros a aterrizar, como pasa en las otras disciplinas, que deben enfrentarse no solo a la insoslayable realidad del quehacer cotidiano, a tocar con los pies en el suelo, sino también al implacable juicio filosófico –cara a cara–, del que reciben críticas y estímulos. Ello, en definitiva, pondría al derecho al nivel de los otros saberes, sin cordones sanitarios.

¿Acaso, en el fondo, estoy defendiendo la distinción de Bobbio entre la «filosofía del derecho de los filósofos» y la «filosofía del derecho de los juristas»? Sí y no. Por un lado, creo que la clasificación es muy interesante, aunque yo preferiría referirme a

la «filosofía del derecho de los filósofos» y la «teoría del derecho de los juristas». Sin embargo, Bobbio opina que la primera no tiene recorrido, y que solo la segunda puede dar frutos.

Pienso, tal vez por deformación profesional, que se trata de un problema histórico, y que la «filosofía del derecho de los filósofos», por las causas antes apuntadas, se ha llevado a cabo de forma poco continuada debido a la falta de un espacio y de un contexto. De ahí, el escaso interés de sus resultados, que indica Bobbio. Seamos valientes y démosle una oportunidad. A través de la historia, puede explicarse por qué hemos llegado hasta aquí. Dejemos que la «filosofía del derecho» salga de la Facultad de Derecho e inicie una nueva vida con sus pares. Ya veremos sus andanzas. Hay que darle un voto de confianza. Debemos ser generosos y disculpar sus fallos, titubeos y vacilaciones. Mientras tanto, los «teóricos del derecho» podrán redefinir mejor su trabajo, sin presiones ni escrúpulos de conciencia. Podrán dedicarse al derecho, habiendo devuelto a la Facultad de Filosofía –al mundo de los filósofos– a un rehén incómodo. *Suum cuique tribuere*. De eso se trata.

Considero, en fin, que la «teoría del derecho», liberada de la convivencia a desagrado con un elemento atractivo y tentador, aunque ajeno, como la «filosofía del derecho», será más libre. Encontrará mejor su sitio en la Facultad de Derecho y mejorará su convivencia con el resto de los juristas. En definitiva, creo que a través de este gesto –magnánimo, si se quiere– podrá superar los complejos que tiene, y congraciarse mejor con ella misma y con los demás saberes.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M. 2020: «¿Tiene un futuro la filosofía del derecho? (Con ocasión del homenaje a Jorge Malem)», en M. Atienza, *Una apología del derecho y otros ensayos*. Madrid: Trotta: 153-177.

Bobbio, N., 2011: «Natura e funzione della filosofia del diritto», en N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza: 29-41.

Carpintero, F., 1986: «Naturrecht y Rechtsphilosophie: Los inicios del positivismo jurídico en Alemania», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3: 343-397.

Carpintero, F., 1993: *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Madrid, Actas.

Chopius, F. J., 1650: *Philosophia iuris vera ad duo haec de potestate ac obligatione, ut summa ac prima, quae definire intendit omnis Iurisprudentia, capita, universum huius systhema referens*, Lipsiae, excudebat Timoteus Ritzsch.

González Vicén, F., 1950: «El positivismo en la filosofía del derecho contemporánea: segunda parte», *Revista de estudios políticos*, 52: 13-60.

González Vicén, F., 1969: «La filosofía del derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14: 15-65.

Hugo, Gustav, 1819: *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts*, Berlin, bey August Mylius.

Klippel, D., 2012: *Naturrecht und Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert. Eine Bibliographie. 1780 bis 1850*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Pfordten, D. von der, 1999: «Die Entwicklung „Rechtsphilosophie» von 17. bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts», *Archiv für Begriffsgeschichte*, 41: 151-161.

Ramis Barceló, R. 2021: *El nacimiento de la Filosofía del derecho. De la Philosophia iuris a la Rechtsphilosophie*. Madrid: Dykinson. https://doi.org/10.2307/j.ctv1ks0dc1

Warnkönig, L. A., 1839: *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*. Freiburg im Briesgau: Druck and Verlag der Fr. Wagnerschen Buchhandlun.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 503-508
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.19

Un comentario a Ramis Barceló

A comment to Ramis Barceló

Manuel Atienza

Autor:
Manuel Atienza
Universidad de Alicante, España
manuel.atienza@ua.es
https://orcid.org/0000-0001-6569-1402

Recibido: 7/1/2023
Aceptado: 9/2/2023

Citar como:
Atienza, Manuel (2023). Un comentario a Ramis Barceló. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 503-508. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.19

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Manuel Atienza

Resumen

El autor critica los planteamientos de Ramis en relación con estas dos cuestiones: la vinculación de la «filosofía del Derecho» con el positivismo jurídico; y la propuesta de *devolver* la filosofía del Derecho a las Facultades de filosofía.

Palabras clave: «filosofía del Derecho»; positivismo jurídico; Facultades de Filosofía.

Abstract

The author criticizes Rami's views in relation to these two issues: the connection of «philosophy of law» with legal positivism; and the proposal to *return* the philosophy oy law to Philosophy Faculties

Keywords: «philosophy of law»; legal positivism; Philosophy Faculties.

1.

Hace algunos meses hubo la oportunidad de discutir, en nuestro seminario de los jueves, el erudito e interesante libro de Rafael Ramis Barceló titulado «**El nacimiento de la** *Filosofía del derecho*» (las negritas y las cursivas reproducen las de la portada), subtitulado *De la Philosophia Iuris a la Rechtsphilosophie* y publicado en 2021, en Dykinson. Para aquel seminario, Ramis había preparado un breve texto, que ahora ha reelaborado y se ha convertido en el que el lector probablemente habrá acabado de leer antes de adentrarse en estas líneas. Si es así, tendrá muy

presentes cuáles son las dos tesis que se ha propuesto defender aquí y que, en efecto, vienen a ser una continuación del debate (animado, franco y divertido) que había tenido lugar en la sesión del seminario. La primera es de carácter historiográfico y consiste en negar, frente a lo sostenido hace aproximadamente medio siglo por Felipe González Vicén, que el sintagma «filosofía del Derecho» (o, mejor, «Rechtsphilosophie») esté intrínsecamente conectado con el surgimiento del positivismo jurídico. La segunda es una «modesta propuesta» (que, de todas formas, se conecta con la anterior tesis), y consiste en devolver la filosofía del Derecho a su centro académico originario, la Facultad de Artes y Filosofía, dejando en la Facultad de Derecho (como objeto de investigación y enseñanza de quienes ahora se proclaman «filósofos del Derecho») únicamente la teoría del Derecho. Me parece que las dos tesis resultan muy cuestionables, por las razones que ahora voy a exponer.

2.

No me considero competente para entrar en una discusión acerca de cuál ha sido la historia del empleo de la palabra «filosofía del Derecho» (o sus equivalentes en otras lenguas). Parece claro, por lo demás, que tiene razón Ramis al señalar que González Vicén no había hecho referencia en sus trabajos a la corriente que se desarrolló desde mitad del XVII hasta el primer tercio del XVIII, la de la *philosophia iuris*, y a la que el mallorquín dedica una buena parte de su libro. E incluso estoy dispuesto a aceptar que el paso del Derecho natural a la filosofía del Derecho que se produce entre finales del XVIII y comienzos del XIX puede haber sido menos radical de cómo lo interpretó González Vicén. Pero lo que no veo por ningún lado es que este último haya cometido «errores sustanciales» y que –parece ser– estarían sintetizados en el siguiente párrafo de la *Conclusión* del escrito de Ramis:

«Sin embargo, no considero que la perspectiva de Felipe González Vicén pueda seguir manteniéndose: la 'filosofía del derecho' en realidad nació como *philosophia iuris* en la Facultad de Artes y Filosofía, como vocación de puente entre esta y la Facultad de Derecho. Esa *philosophia iuris* –con notables diferencias de autor en autor– se cultivó durante ciento cincuenta años exclusivamente en latín. Cuando los tratadistas pasaron a escribir en alemán, empezó a hablarse de *Philosophie des Rechts* o *Rechtsphilosophie*, aunque haciendo referencia, por supuesto, al tema que se trataba, desde mediados del XVII, con el nombre de *philosophia iuris.* La *Philosophie des Rechts* no nació, por lo tanto, de la nada, por arte de magia, ni es un título casual: hacía una centuria y media que se discutía sobre ese tema, con ese mismo nombre.»

Más bien yo diría que Ramis comete un error bastante substancial en su crítica a González Vicén, y consistente fundamentalmente en haber confundido la palabra y el concepto; el sintagma «filosofía del Derecho» y el concepto o la noción que, según González Vicén, designa esa expresión a partir de un cierto momento histórico. Es,

por lo demás –siempre según este último–, un proceso lento y que sólo se consolida a mitad siglo XIX. Dicho de otra manera, lo que González Vicén defendió es algo muy distinto a lo que Ramis parece haber entendido. En nuestra discusión en el seminario ya se lo había hecho notar, porque la obra de nuestro gran iusfilósofo –en mi opinión, sin duda el más importante de su generación en nuestro país– jugó un papel decisivo en mi formación, y en 1983 había escrito un artículo dedicado precisamente al estudio de su obra («La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», en el libro homenaje a Genaro Carrió). Y ahora he vuelto a leer el artículo de González Vicén al que se refiere fundamentalmente Ramis, «La filosofía del Derecho como concepto histórico», de 1969, con el resultado de que mi opinión de entonces ha quedado no sólo ratificada, sino reforzada. Veámoslo.

Nuestro iusfilósofo comienza precisando qué es lo que cabe entender por un «concepto histórico», y que él contrapone a los «conceptos formales»: «Histórico es un concepto, no por su mutabilidad en el tiempo, ni porque esté referido, de una u otra manera, a la historicidad de la razón cognoscente, sino por su vinculación esencial a una estructura histórica. A diferencia de los conceptos formales de las ciencias del espíritu, los cuales, por definición, pueden aplicarse a muy diversos fenómenos, los conceptos históricos no expresan más que una realidad determinada y carecen de sentido aplicados a otras realidades o contexturas históricas» (p. 207). Así, para él, «grupo», «cohesión», «movilidad», «clase», «comunidad» o «sociedad», son conceptos formales; mientras que no lo serían «Estado», «polis», «feudalismo», «funcionario» o «revolución». En particular, «revolución» no es lo mismo que levantamiento contra un poder considerado ilegítimo, sino que ese concepto sólo adquiere sentido en la modernidad, pues presupone la idea de que «no hay un orden dado dentro del cual se mueven los hombres, sino de que son los hombres quienes se construyen por sí mismos el orden de sus relaciones recíprocas» (p. 210). Y algo semejante es lo que sucedería con el concepto de «filosofía del Derecho»: «El supuesto de la 'filosofía del Derecho' no es, en cambio, el de un *ordo rerum* metafísico, sino el del Derecho como obra del hombre inserta en el tiempo histórico; no el del Derecho absoluto y atemporal, sino el de 'los' Derechos tal como regulan la convivencia de las comunidades humanas, entendidos en su variabilidad y en su contingencia. Para entender adecuadamente lo que es la 'filosofía del derecho' en su carácter de concepto histórico, es necesario pensarla siempre, por eso, en relación con la cisura probablemente más profunda experimentada por la conciencia jurídica occidental: el derrumbamiento de la tradición secular del jusnaturalismo y la aparición de lo que convencionalmente suele llamarse positivismo jurídico» (p. 215). Por eso, la filosofía del Derecho como concepto histórico no pudo darse en la época de la Ilustración, sino en un momento un poco posterior, cuando se produce un cambio en la realidad histórica y en la forma de vivir esa realidad: «La burguesía revolucionaria cuyo destino y cuyas exigencias se hallaban en contradicción con las instituciones tradicionales, se enfrenta negativamente con esa realidad dada, y convierte su superación en un postulado ético universal. Con el acceso al poder de esta burguesía, la perspectiva se desplaza radicalmente. La burguesía

conservadora de la Restauración no quiere ya aniquilar el presente para edificarlo según cánones racionales abstractos; sus esfuerzos están dirigidos, al contrario, a revestir de valor absoluto y a prestar una justificación inmanente a este presente, en el que ella detenta el poder político, económico y social» (p. 221).

Según González Vicén, la denominación «filosofía del Derecho» se va consolidando en los primeros decenios del siglo XIX, coincidiendo con la aparición de la nueva forma de reflexión filosófica. Es un «proceso lento y lleno de vacilaciones» (p. 242), pero que se forja «como proyección terminológica de una nueva vivencia de la realidad histórica, y por ello mismo, de lo que llamamos Derecho» (p. 246). Y aquí González Vicén dice algo que sería perfectamente aplicable a los autores de la *philosophia iuris*, o sea, por qué, aunque utilicen la misma expresión (que sea en latín o en lengua vernácula no es aquí importante), no están designando el mismo concepto: «Hay una 'filosofía del Derecho', porque hay una nueva experiencia de las formas históricas, y porque, por ello mismo, la pregunta por el ser del Derecho reviste de improviso un sentido y una trascendencia totalmente nuevos. Cuando, por esta razón, se intenta encontrar los orígenes de la denominación 'filosofía del Derecho' en textos de la Baja o de la Alta Latinidad o en autores más recientes, como Leibniz, lo único que se hace es engañarse a sí mismo, y proyectar en el vacío algo que se encuentra ante nuestros ojos» (p. 247). De manera que, podríamos concluir de todo lo anterior, los temas en abstracto de lo que hoy llamamos «filosofía del Derecho» –el concepto de Derecho, el problema de su conocimiento y la pregunta por el Derecho justo– tienen unos antecedentes, por supuesto, muy remotos, y en esa tradición habría que incluir a la corriente de la *philosophia iuris* estudiada por Ramis, que agrupa una serie de autores y de obras, la verdad sea dicha (y mi juicio es completamente dependiente de lo leído en su libro), de no demasiado interés. Pero lo que González Vicén entendía por la filosofía del Derecho como concepto histórico o, dicho de otra manera, la filosofía del Derecho del positivismo jurídico en un sentido muy amplio de la expresión (que incluye las corrientes principales de nuestra disciplina en los dos últimos siglos), es otra cosa. Los autores de la *philosophia iuris* escriben desde un contexto histórico muy diferente al considerado por González Vicén, de manera que sus obras son necesariamente ajenas a la filosofía del Derecho así entendida.

3.

La segunda de las tesis de Ramis no es tampoco, en mi opinión, de recibo, pero por otras razones. Creo que él ofrece una explicación a un hecho sin duda curioso e interesante para los filósofos del Derecho: el que la nuestra sea la única filosofía de genitivo que, efectivamente, no está radicada en la Facultad de filosofía. Pero la propuesta de Ramis de regresar al alma mater no me convence en absoluto. Por varias razones.

La primera tiene que ver con la anomalía a la que se refiere Ramis, pero que yo interpreto de una forma muy distinta. Estoy completamente de acuerdo con él en que

la filosofía del Derecho tendría que estar presente en el currículum de un estudiante de filosofía. Por razones que me parecen obvias y en las que no merece la pena entrar. Pero el remedio no creo que debiera consistir en encargar la impartición de ese supuesto curso de filosofía del Derecho a los filósofos: supongo que tendrían que ser los que se ocupan ahora de lo que suele entenderse por filosofía práctica, esto es, los filósofos de la moral y de la política. (Dicho entre paréntesis, quizás no esté de más recordar que hasta hace no mucho tiempo existió –pero tuvo una duración corta– un área de conocimiento que englobaba las tres disciplinas: filosofía del Derecho, moral y política. Yo, por cierto, estuve entre los pocos que se opusieron a la disgregación del área.) En mi opinión, a esos supuestos estudiantes de filosofía les resultaría más útil que quien desarrollara los diversos temas de lo que solemos entender por filosofía del Derecho fuera alguien con formación jurídica (además de filosófica). Y no es que los filósofos –digamos, los filósofos a secas– no tengan nada interesante que decir al respecto; sin duda, muchas ideas procedentes de la filosofía general han sido de gran importancia para dilucidar cuestiones jurídicas y esa es, claro, la razón de que un «iusfilósofo» tenga que procurarse también una formación en filosofía. Pero me parece que en relación con el Derecho ocurre algo parecido a lo que sucede con las matemáticas, la física o la economía: no creo que todas esas «filosofías de genitivo» puedan resultar de gran interés si quienes las cultivan (e imparten los cursos respectivos en la Facultad de filosofía) son profesores que no conocen a fondo esas materias (de las que hablan, por otro lado, a estudiantes que carecen también de una formación seria en esos campos).

La segunda razón, continuación de la anterior, concierne a la manera de entender la filosofía en general, y la filosofía del Derecho en particular. Sobre ello hubo una famosa discusión entre Sacristán y Bueno (hacia comienzos de los años setenta) sobre la que merecería la pena volver a reflexionar. Eran planteamientos relativamente distintos, pero yo creo que ambos coincidían en entender la filosofía como un saber de segundo grado y que presupone, por lo tanto, conocimientos previos sobre las ciencias, entendida esta expresión en un sentido muy amplio. Sacristán lo formuló diciendo que la situación de la asignatura de filosofía del Derecho, impartida en las Facultades de Derecho por profesores que eran juristas y a estudiantes del último curso de la licenciatura (que habían cursado ya muchas asignaturas jurídicas) era, por así decirlo, el ejemplo a seguir. Y tenía razón, aunque los cambios en los planes de estudios que hemos sufrido en los últimos tiempos no hayan ido por ahí.

Y, en fin –tercera razón– la propuesta de Ramis consistente en reducir la filosofía del Derecho de las Facultades de Derecho a simplemente teoría del Derecho, al estudio de los conceptos básicos del Derecho, me parece que supone un empobrecimiento de la disciplina que debería evitarse. La teoría del Derecho es parte de la filosofía del Derecho, pero no *toda* la filosofía del Derecho. Además de la teoría de la ciencia jurídica y la teoría de la justicia, cada vez me parece más importante que un curso de filosofía del Derecho incluya también la historia de las ideas iusfilosóficas. Sinceramente, no creo que haya algo más formativo para un estudiante de Derecho que haber leído,

comprendido y discutido textos clásicos de la disciplina como pudieran ser los diálogos socráticos referidos a la obediencia al Derecho, la defensa y presentación de la equidad que hace Aristóteles en la Ética a Nicómaco, algunos fragmentos de *La Ciudad de Dios* de Agustín de Hipona o de Tomás de Aquino en la *Suma Teológica*, etcétera, etcétera.

En definitiva, y para resumir todo lo anterior, yo creo que Ramis acierta al considerar insatisfactoria la situación de la asignatura de filosofía del Derecho en la universidad española del presente. Pero no en lo que se refiere a las causas y a los posibles remedios de la situación

BIBLIOGRAFÍA

Ramis Barceló, R., (2021). *El nacimiento de la Filosofía del derecho*. *De la Philosophia Iuris a la Rechtsphilosophie*, Dykinson.

González Vicén, F., (1979). La filosofía del Derecho como concepto histórico, en González Vicén, F. (coord.), *Estudios de filosofía del Derecho*, La Laguna, pp. 207-258.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 509-546
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.20

El nacimiento de la Filosofía del Derecho y sus problemas*

The Birth of the Philosophy of Law and its Problems

Jesús Vega

Autor:
Jesús Vega
Universidad de Alicante, España
jesus.vega@ua.es
https://orcid.org/0000-0003-3809-4818

Recibido: 7/1/2023
Aceptado: 9/2/2023

Citar como:
Vega, Jesús (2023). El nacimiento de la Filosofía del Derecho y sus problemas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 509-546. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.20

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Jesús Vega

Resumen

Este texto recoge un conjunto de comentarios críticos y preguntas abiertas a propósito de la tesis defendida en el libro *El nacimiento de la Filosofía del Derecho. De la* Philosophia iuris *a la* Rechtsphilosophie, de Rafael Ramis, en torno a los orígenes históricos e institucionalización contemporánea de la filosofía jurídica como disciplina.

Palabras clave: Rafael Ramis; Filosofía del Derecho; Felipe González Vicén; historia de la filosofía jurídica; Derecho natural; positivismo jurídico.

Abstract

This paper suggests some critical comments and open questions on Rafael Ramis' book *El nacimiento de la Filosofía del Derecho. De la* Philosophia iuris *a la* Rechtsphilosophie, regarding the historical origins and institutionalization of legal philosophy as a contemporary discipline.

Keywords: Rafael Ramis; philosophy of law; Felipe González Vicén; history of legal philosophy; natural law; legal positivism.

* Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación «Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos» (PID2021-125387NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

Lo que sigue es una serie de comentarios críticos y preguntas abiertas a propósito del libro de Rafael Ramis, *El nacimiento de la Filosofía del Derecho. De la* Philosophia iuris *a la* Rechtsphilosophie, redactados con ocasión del seminario celebrado, con el propio autor, en el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante el 7 de abril de 2022. (Los números entre paréntesis indican páginas del libro).

La tesis central del libro es la siguiente:

> «[L]a noción de "filosofía del derecho" no empezó, como afirmó González Vicén y buena parte de la historiografía, con la *Philosophie des positiven Rechts*, sino que existió una elaboración anterior del concepto, que hemos intentado precisar siguiendo el método de la *Begriffsgeschichte*» (221).

Esta tesis se plantea, como se ve, en forma de tesis histórica, de Historia de la Filosofía del Derecho, o incluso de Historia del Derecho (o de la cultura jurídica en sentido amplio), especialidad académica a la que pertenece el autor. Sin embargo, son los presupuestos estrictamente filosóficos y filosófico-jurídicos mantenidos por el mismo, dada también la proximidad intelectual y biográfica de Rafael Ramis con la Filosofía del Derecho, aquellos que suscitan en mi opinión serios problemas de fundamentación de esa tesis, problemas que trataré de exponer y discutir a lo largo de los siguientes comentarios. Estos pueden agruparse en torno tres rúbricas que ocuparán los tres epígrafes del presente texto:

i) ¿Qué Historia? Términos *vs*. conceptos.
ii) ¿Qué Filosofía de la Historia? Continuismo *vs*. rupturismo.
iii) ¿Qué Filosofía del Derecho? Iusnaturalismo *vs*. iuspositivismo.

De ellos el último es el más extenso, ya que desarrolla más a fondo los presupuestos que están implícitos en las críticas y preguntas contenidas en los dos primeros.

Vaya por delante que desde luego considero que estamos ante un libro muy necesario y de obligada lectura para filósofos del Derecho y juristas en general, que les aproximará a una de las cuestiones más difíciles e intrincadas que surgen a la Filosofía del Derecho y a la cultura jurídica en su conjunto, por más que sea escasa la atención que habitualmente se le presta, como es la del surgimiento de la Filosofía del Derecho en cuanto disciplina característicamente contemporánea y sus relaciones con el Derecho y el oficio de jurista.

§1. TÉRMINOS VS. *CONCEPTOS*

La primera pregunta que surge de la lectura del trabajo reclama sin más clarificar la naturaleza precisa de esa su tesis central. Porque una radical ambigüedad en la formulación y defensa de la misma recorre toda la argumentación del libro. Si lo que este emprende es una aproximación histórica al difícil asunto de los orígenes de la filosofía jurídica

contemporánea, es porque asume que el surgimiento de una especialidad filosófica con tal específico nombre –«Filosofía del Derecho»– ha de buscarse en la indagación de ciertas condiciones sociales y culturales de la época contemporánea que la singularizan frente a otras. Un camino nada distinto, pues, del ya transitado por F. González Vicén en su trabajo clásico sobre la Filosofía del Derecho como concepto histórico (González Vicén, 1969). La crítica que a este se dirige será en todo caso –supone el lector mínimamente conocedor del problema–una crítica interna, formulada desde unos mismos presupuestos compartidos: los de la metodología histórica. El lector espera un refinamiento, matización o corrección de la tesis de González Vicén a la luz de nuevos datos históricos y a cargo de un especialista historiador. Y, sin embargo, lo que se encuentra es un rechazo abrupto, una refutación sin cualificar de esa tesis como simplemente errónea y sesgada. Una verdadera «enmienda a la totalidad», por tanto, que no deja de suscitar numerosas perplejidades. Estas versan sobre si realmente hay detrás una nueva tesis histórica, sobre si los nuevos datos que se aportan constituyen fundamentos históricos suficientes para tal refutación e incluso sobre si realmente es una refutación y no más bien todo lo contrario. Veámoslo.

De entrada, el lector no puede por menos de preguntarse a qué objeto exactamente se está aplicando aquí la metodología histórica en cuestión: ¿a la propia Filosofía del Derecho como disciplina o al *nomen* «Filosofía del Derecho» (*philosophia iuris*, *Rechtsphilosophie*)? ¿Se trata de indagar la historia del concepto o la historia del término? Porque a lo largo de todas sus páginas, de manera tenaz, el libro de Ramis mantiene una equívoca y radical oscilación entre ambos: el término y el concepto, las palabras y las cosas. No se trata de una sutileza, sino que la cuestión es sustantiva. Cualquiera dará por evidente que ambos aspectos no pueden ir nunca por separado: que si hay un cambio en los conceptos o los términos, en las palabras o los significados, ello solo podrá deberse a un cambio en las cosas. ¿En qué otra cosa, si no, consistiría la propia metodología de la Historia? Lo que esta disciplina hace es, al fin y al cabo, mostrarnos cómo las transformaciones de ciertas realidades socioeconómicas condicionan de diversas maneras las transformaciones de las ideas, los conceptos y las palabras. No hace falta ser ningún fanático del materialismo histórico para suscribir esta tesis: basta con mirar a la metodología de la historia en cuanto disciplina de pretensiones *explicativas*. Ciertas ideas y conceptos son, de diversos modos, una función de ciertas realidades sociales y de su transformación. Más aún: habría ideas y conceptos que *solo* de este modo podrían ser cabalmente comprendidos. El concepto de Filosofía del Derecho, según González Vicén, sería uno de ellos y de ahí el título de su estudio, que se basa en la distinción (proveniente de la filosofía alemana hermenéutica y neokantiana de principios del siglo XX: particularmente Dilthey, Rickert, Cassirer, etc.) entre «conceptos formales» y «conceptos históricos». Los primeros serían aquellos en los que es posible hacer abstracción del elemento histórico (es decir, de los condicionantes genéticos y funcionales externos del concepto en cuestión, de su cambio o peripecia interna). Mientras que en los segundos tal cosa sería más bien inviable por ser intrínseco a ellos

el consistir en *procesos* de transformación histórica. Por eso la distinción contiene una potente intención crítica contra la pretensión de aplicar el formato lógico (universalista, estático, abstracto) de los conceptos formales (o «sustanciales»)[1] al campo de las realidades socioculturales e históricas, que son esencialmente dinámicas, funcionales y particularistas y reclaman conceptos del mismo tipo lógico (recordemos que estos autores son los teóricos pioneros de las ciencias humanas, que trataban de contrarrestar el imperialismo de las metodologías «nomotéticas» de las ciencias naturales proponiendo un dualismo metódico). Los conceptos históricos, dice González Vicén, son aquellos que «van referidos a una realidad histórica concreta y solo desde ella adquieren sentido y relevancia», mientras que los conceptos formales serían «generales» pero «vacíos de contenido»[2]. No por ello, sin embargo, son estos últimos totalmente inútiles: su abstracción proporciona un evidente rendimiento clasificatorio y sistemático en relación con los fenómenos histórico-culturales (pensemos en los «tipos ideales» de Weber, que tienen un carácter claramente «estructural»)[3]. Y así las ciencias humanas podrían contener conceptos pertenecientes a ambos formatos lógicos, poseyendo, por ejemplo, simultáneamente una parte histórica y una parte sistemática o dogmática que se realimentan entre sí (como sostuvo, p. ej., Rothacker y antes el propio Dilthey)[4]. Sin los conceptos históricos la perspectiva formal o estructural se vuelve impotente y conduce a visiones distorsionadas y empobrecidas de los fenómenos sociales e históricos: visiones precisamente metafísicas, esencialistas, sustancialistas. Posiblemente en este elemento crítico –diríamos– reside la más fundamental de las enseñanzas del «historicismo», bastante para salvarlo por sí sola de todas sus «miserias».

1. Cassirer (1910) contrapuso los «conceptos sustanciales» a los «conceptos funcionales».
2. González Vicén, 1969: 61, 65.
3. El propio González Vicén reivindica este uso de los conceptos formales en su temprano trabajo sobre el concepto de «revolución» (escrito en 1932). Estos conceptos proveen la «forma» o estructura de un momento histórico dado y sin ellos es impracticable, en rigor, la propia investigación histórica. El concepto de revolución que González Vicén maneja en este trabajo –la ruptura del orden jurídico formal– es muy próximo a la metodología kelseniana de los conceptos «puros», muy influida a su vez por la atmosfera intelectual neokantiana del momento. Se trata, dice Vicén, de explicar el concepto de revolución jurídica «prescindiendo de todas las revoluciones que se hayan verificado en el transcurso de los siglos», para a continuación emprender una indagación de sus variantes históricas. *Cf.* González Vicén, 2010: 21, 25, 71 y ss.
4. Rothacker, 1965. Dilthey rechazó así la célebre tesis de la escuela neokantiana de Baden (Windelband, Rickert) según la cual las «ciencias del espíritu» son exclusivamente «idiográficas» o «ciencias de lo individual», es decir, centradas en fenómenos singulares e irrepetibles. A su juicio, por el contrario, en todas ellas es imprescindible elaborar teorías generales de carácter sistemático y «la comprensión de lo singular e individual […] constituye un fin último tanto como la explicación de regularidades abstractas» (Dilthey 1986: 69). Ambas dimensiones son indesligables entre sí: lo histórico o individual se entreteje siempre en estas ciencias con lo sistemático o general, y viceversa. Incluso a la Historia le es esencial la búsqueda de uniformidades y regularidades, como muestran las metodologías comparatistas. La perspectiva histórica es, pues, una parte constitutiva de cualquier investigación social o cultural, pues «proporciona un hilo conductor para la comprensión de la estructura ideal» de un sistema dado, al mismo tiempo que «esta estructura permite una comprensión más profunda de la historia» (Dilthey, 1944: 109).

Pues bien: todo esto parece asumirlo Ramis en su trabajo y por eso no resulta extraño que declare varias veces a lo largo del mismo (11, 17, 37, 191, 221) acogerse a la orientación metodológica de la llamada «historia conceptual» o *Begriffsgeschichte*, desarrollada por R. Koselleck y otros. Esta corriente, en el fondo, no es más que una reactualización de la tesis anterior acerca de los «conceptos históricos». Y de aquí surge ya una de esas perplejidades antes mencionadas: ¿cómo sería posible *no* hacer uso de la historia conceptual en una indagación como la que nos ocupa? ¿No es el método de la «historia conceptual» una redundancia respecto del propio método histórico? Acompañada de la consabida «dramatización» hegeliana y gadameriana, lo que la *Begriffsgeschichte* de Koselleck viene esencialmente a decirnos es que los conceptos socioculturales modifican su significado –su «semántica histórica»– de acuerdo con las variaciones históricas de sus contextos, de manera que no podrían ser comprendidos ni usados de modo adecuado –sino de manera deformantemente anacrónica o esencialista– sin haber incorporado tales transformaciones a su sentido u «horizonte de significado». En el mismo sentido antiesencialista avanzan las tesis de Quentin Skinner (siguiendo la senda del gran Walter Ullmann) contra la manera «fregeana» de entender los conceptos histórico-políticos y tambiénlo hace el llamado «contextualismo» de J. G. A. Pocock (*ideas in context*).

Pero si el significado de ciertos conceptos está en permanente proceso de cambio, si un mismo concepto puede adquirir diferentes contenidos, incluso antitéticos entre sí (piénsese, sin ir más lejos, en la libertad de los «antiguos» y los «modernos», o «la libertad antes del liberalismo» por citar un título del propio Skinner), ello es en razón de cambios histórico-culturales que, desde el punto de vista externo (*etic*) del historiador, figuran como factores explicativos. Así, las transformaciones conceptuales son debidas a transformaciones ocurridas en la realidad del mundo, en las cosas, del mismo modo que «el signo más seguro de que un grupo o sociedad ha adquirido la posesión autoconsciente de un nuevo concepto es que se desarrolle un vocabulario correspondiente» (Skinner, 2002: 160). De ahí la relevancia de construir un *Lexikon* (Koselleck) o un sistema de «palabras clave» (Williams) como instrumentos metodológicos de acceso al plano conceptual (*emic*) del participante. La perspectiva histórica se caracteriza de esta manera por tornar «funcionales» a ciertos conceptos, al relacionarlos –mediante juicios explicativos e interpretativos– con sus contextos de génesis y desarrollo, lejos de considerarlos esencias «flotantes» o inmutables, «conceptos fundamentales» (Skinner, 2020: 58) supuestamente «anteriores a la historia» o situados «por encima o más allá» de ella (González Vicén, 1969: 21). Tampoco hay que ser un místico de la hermenéutica para aceptar tal cosa: que la ciencia histórica debe formular *interpretaciones* críticas de este tipo en relación con su objeto de estudio. Y ello mucho más claramente si hablamos de cierto tipo particular de conceptos, aquellos que están interna y constitutivamente vinculados a *prácticas* sociales orientadas por valores (prácticas políticas, morales, jurídicas) y que por tal razón son ellos mismos «conceptos interpretativos» (Dworkin, 2006: 11 y ss.) y «esencialmente contestados» (Gallie, 1956), en la medida en que van ligados a concepciones diferentes y a menudo divergentes de esas mismas prácticas y

sus transformaciones. Aquí el problema del cambio conceptual viene a superponerse con el de explicar el dominio o manejo ordinario mismo del concepto, cuando hablamos de conceptos o términos «fuertes» o «persuasivos» que «envuelven ideas o valores» (Williams, 1983: 14 y ss.). Sobre este decisivo punto volveremos al final.

Pues bien: ¿de qué cambios nos está hablando realmente Ramis al bosquejar su relato sobre el nacimiento de la Filosofía del Derecho? Es en este punto donde emergen todas las ambigüedades:

> «Al proceder de acuerdo con la historia conceptual, no buscamos escribir (ni, mucho menos, reescribir) una historia de la «filosofía del derecho», sino trazar una historia del surgimiento y desarrollo de esta noción en diferentes textos (manuales, tratados, discursos académicos). No todos ellos llevan como título *Philosophia iuris* (u otros análogos), aunque estos sean los que interesan principalmente. Nos detenemos también a estudiar los ecos de esta noción en otros escritos jurídicos de la época, para conocer con mayor precisión su alcance conceptual.
>
> Procederemos, en fin, en un sentido cronológico; analizamos someramente, en primer lugar, las nociones de *vera philosophia* y de *philosophia legalis* en el pensamiento antiguo y medieval, para pasar luego al Renacimiento. El núcleo de nuestra investigación se concentra en los siglos XVII y XVIII, que estudiamos en diferentes capítulos. Todo ello nos permite afrontar, con una nueva óptica, la Filosofía jurídica de la primera mitad del siglo XIX.» (37)

Ramis se refiere, pues, a los cambios en la «noción» de Filosofía del Derecho (término ubicuo a lo largo del libro), y habla de su «alcance conceptual»: se sobreentiende, como es natural, que habla del *concepto* de la filosofía del Derecho. Pero de hecho a lo que se está refiriendo de manera exclusiva es al «nombre», a la «expresión», al «rótulo» o a la «nomenclatura» de la disciplina (términos igualmente repetidos en el texto). Con este tenue desplazamiento lo que, al parecer, se trata ahora de relatar son las transformaciones, no del concepto de Filosofía del Derecho, sino exclusivamente del *nomen* «Filosofía del Derecho» dando por hecho que este explica aquél. Y aquí resulta inevitable la extrañeza en torno a tal uso de la metodología histórica aplicada al nacimiento de la Filosofía del Derecho. Porque lo que se nos ofrece en realidad es una historia no conceptual, sino *textual*. Un recorrido por los avatares y usos del término «filosofía» («Filosofía del Derecho», *philosophia iuris*, *philosophia legalis*, *Rechtsphilosophie*, *Philosophie des Rechts* y afines: *philosophia iusti*, *ius philosophicum*, *theoria iuris*, etcétera) y de sus diferentes connotaciones en los escritos de los juristas y filósofos. Así, el libro examina cómo el significado de esas expresiones ha ido mudando desde la época antigua y medieval (cuando aparecen sucesivamente los sintagmas *vera philosophia* y *philosophia legalis*) hasta llegar a la época moderna en que (desde F. J. Chopius) empieza a usarse *philosophia iuris*. Y su tesis exacta, entonces, es que a partir de los siglos XVII y XVIII se producen cambios significativos en el sentido dado por los juristas a esta expresión (cambios vinculados principalmente al kantismo que dominaba la escena intelectual germana del momento), cambios que explicarían el resurgimiento de «la nomenclatura de 'Filosofía del derecho'» (224).

Resulta obvio, sin embargo, que si esto es así el término explica al concepto –el texto al contexto– y no a la inversa, como propugnaría la historia conceptual. No parece aceptable confundir ambas cosas porque si bien un cambio terminológico es un signo del cambio conceptual, no es una condición ni necesaria ni suficiente de este (Skinner 2002: 158 y ss.). El término puede conservarse y mudar su contenido conceptual o a la inversa, de modo que, como bien señala Skinner, hay que ser cuidadoso con cierta frecuente tendencia metodológica a pedir el principio en la reconstrucción. La sola reseña cronológica de la sucesión de denominaciones o usos académicos no constituye *per se* una verdadera explicación *histórica* del cambio conceptual mismo, sino más bien algo que debe a su vez ser explicado: ¿Por qué surge ese cambio de nomenclatura? ¿Por qué los juristas han cambiado el significado de la expresión «Filosofía del Derecho»? Ramis parece plantear la cuestión como si todo se redujese a una pura «decisión gremial» de profesores en el contexto del «conflicto de las Facultades» de las universidades alemanas. Pero este planteamiento, que prometía «una nueva óptica» para arrojar luz sobre el surgimiento de la Filosofía del Derecho contemporánea en realidad no hace más que devolvernos al problema de partida.

En cambio, González Vicén distingue con nitidez desde un principio entre el nombre y el concepto de la filosofía del Derecho. Relatar el cambio del nombre no es para él distinto de dar cuenta de las causas históricas de ese cambio, que afectan al propio concepto: precisamente por ello es un «concepto histórico». Así, no se trata en absoluto de una cuestión de palabras o términos: «el nombre, dice Gonzalez Vicén, pudo haber sido otro, pues lo importante es que sirvió para denominar una nueva especie de pensamiento filosófico», de manera que «la nueva denominación de 'Filosofía del Derecho', lejos de ser un fruto del capricho, expresa el nacimiento de nuevos problemas y de una nueva metodología en la reflexión filosófica sobre el Derecho» (González Vicén, 1969: 65, 61). No se trata, en suma, de que los juristas decidan «caprichosamente» adoptar tal o cual nombre para tal o cual disciplina, sino de reconstruir las condiciones históricas que explican tal decisión: esto es «lo importante». Mientras González Vicén se mantiene metodológicamente en un plano «macro», por así decir, Ramis se recluye en el plano «micro» y es esto lo que le obliga a oscurecer constantemente la distinción entre lo nominal y lo conceptual, entre el nombre y el concepto de la Filosofía del Derecho. Entonces, se cree poder circunscribir toda la explicación necesaria a la perspectiva de los nombres de la disciplina. Pero este proceder no solo no está en condiciones de refutar, por su propia naturaleza digamos lógica, la tesis histórica de González Vicén, pues renuncia en realidad a todo intento de explicación histórica, y no solo queda también condenado a ser inevitablemente circular (pues la interpretación filológica o textual no puede explicarse a sí misma), sino que resulta además paradójicamente «anacrónico»… a menos que sea contemplado desde ese enfoque macro, es decir, desde la propia tesis histórica de González Vicén. Como es bien sabido, esta tesis afirma que la Filosofía del Derecho constituye una nueva disciplina porque es el resultado de la aparición del positivismo jurídico en cuanto «hecho histórico»: un *hecho* que determina –y este es el marco explicativo– un cambio irreversible en la *concepción* filosófica del Derecho,

que no podrá ya ser la misma en lo sucesivo, es decir, después del positivismo jurídico como *teoría*. El problema del origen y la constitución contemporánea de la Filosofía del Derecho depende esencialmente de la interpretación y valoración histórica del positivismo jurídico como «hecho» y como «teoría». Esto nos lleva al segundo punto.

§2. CONTINUISMO VS. *RUPTURISMO. FILÓSOFOS* VS. *JURISTAS*

Decíamos que la Historia no es solo una disciplina explicativa sino también (como cualquier otra ciencia social) interpretativa. Esto significa que no es posible eludir ciertos compromisos «fuertes» de orden valorativo ni cabe alcanzar, por tanto, una neutralidad completa o «fuerte». El historiador del Derecho asume necesariamente determinadas concepciones acerca de la materia de estudio desde las cuales organiza selectivamente sus juicios. Esto sucede, por lo demás, con todas las ciencias sociales referentes al campo jurídico (sociología, antropología, análisis económico, etc.). Algunos de esos juicios interpretativos tienen su base, como ya dijimos, en el nivel explicativo o funcional construido por la propia ciencia (y es entonces cuando cabe hablar de objetividad o verdad y, en esa medida de una «neutralidad» relativa). Pero otros tienen su origen pura y simplemente en el peculiar sistema de valores del historiador (o científico social del Derecho), es decir, en su particular «filosofía del Derecho» (en sentido lato). Cuando, además, lo que se está historiando es una materia ella misma *filosófica*, como es el caso, esto es, cuando se trata de «historia de las ideas», los compromisos valorativos se redoblan irremediablemente y con ello los riesgos para la imparcialidad del historiador. El rango de referencia extensional del concepto de «filosofía del Derecho» no es independiente del conjunto de criterios intensionales desde los cuales se define la Filosofía del Derecho por parte del historiador. Esta es la razón de que aproximarse a la historia de la Filosofía del Derecho o del pensamiento jurídico ponga necesariamente en juego alguna clase de «filosofía de la historia»[5]. Dicho de otro modo: es imposible que la historia de las ideas no sea, en mayor o menor grado, una historia *filosófica* de las ideas, que toma partido, conscientemente o no, tácita o explícitamente, por alguna filosofía particular frente a otras alternativas.

Ramis aparentemente argumenta desde los presupuestos de una historia pulcramente *filológica*[6], «positivista», textual. Es decir, no filosófica sino «científica». De hecho, su crítica a la tesis de González Vicén, que le lleva a tacharla de «análisis completamente ideológico» (28), se basa en apelar a «las fuentes» (18, 28, 37). Sin embargo, lo cierto es que, por debajo de este nivel aparente, lo que realmente lleva a Ramis a oponerse a González Vicén es un conjunto de tesis implícitas sustantivas de carácter estrictamente

5. A esta problemática no es en absoluto ajeno nuestro autor, que ha tratado el asunto a propósito de la Historia del Derecho: véase Ramis (2020) sobre los presupuestos estatalistas, teleológicos, progresivistas, etc. de esta disciplina. Agradezco a Rafael Buzón haberme llamado la atención sobre este trabajo.
6. Sobre la relación polémica entre historia *filosófica* e historia *filológica* de las ideas, *cf.* Bueno 1974: 7-13.

filosófico, valorativo. La principal de ellas es una tesis *continuista* acerca de la historia de la Filosofía del Derecho, que contradice de plano la tesis de González Vicén, de carácter básicamente rupturista. Cómo se compatibiliza tal continuismo con la metodología de la «historia conceptual» resulta francamente misterioso, pero más problemático aún es el modo en que ello obstaculiza (si no vuelve del todo imposible) cualquier *periodización* de la historia de la filosofía jurídica. En efecto, una concepción rupturista se distingue por establecer puntos de inflexión entre fases históricas o periodos definidos, en función justamente de los marcos explicativos del desarrollo histórico de las ideas filosófico-jurídicas que se postulan como pertinentes. El principal problema de esta concepción es, en contrapartida, dar cuenta de los momentos de transición y continuidad entre tales períodos. Así, González Vicén consigue explicar que la Filosofía del Derecho es una disciplina contemporánea (que no tiene más de 200 años) en virtud del corte histórico que la positivización y estatalización del Derecho moderno ha supuesto frente a los periodos anteriores (positivismo como «hecho»), corte que explica el giro frente al pensamiento jurídico asociado al mismo, o sea, el «iusnaturalismo» tradicional (positivismo como «teoría»). Esta inflexión es la que permite entender que el *nomen* «Filosofía del Derecho» termine por imponerse, primero en yuxtaposición con la antigua denominación («Derecho natural»), lo que refleja la rivalidad dialéctica entre ambas, y finalmente en solitario, lo que indicaría la victoria final del nuevo modo de pensar sobre el Derecho. Así, entre muchísimas otras de la época, González Vicén cita dos obras que pueden considerarse fundacionales de la nueva Filosofía del Derecho, una de un jurista de la rama romanista de la Escuela histórica y otra del último gran filósofo sistemático del idealismo alemán: el manual de G. Hugo *Derecho Natural como una Filosofía del Derecho positivo* (1799)[7] y la *Filosofía del Derecho* de G. W. F. Hegel, cuyo título completo es *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política* (1821)[8].

Pero este esquema ofrece muchos problemas para explicar de manera satisfactoria la periodización del pensamiento jurídico anterior. Así, al limitarse a establecer una suerte de «parteaguas» en la historia, todo lo que precede a la nueva «Filosofía del Derecho», desde los sofistas a Pufendorf, queda *ipso facto* homologado, sin mayor cualificación, como «Derecho natural» (González Vicén 1969: 21-22, 27). ¿Significa esto que antes del siglo XIX no existió ninguna verdadera «filosofía del Derecho»? ¿Que no hay diferenciación entre el «Derecho natural» antiguo, el medieval y el moderno? ¿Que no presentan una rivalidad igual o incluso mayor (así entre el primero que es naturalista y el segundo que es teocéntrico) que la que enfrenta entre sí al iusnaturalismo y al positivismo jurídico contemporáneos? ¿Quiere decirse que no hay solución alguna de continuidad entre el tercero de esas formas de iusnaturalismo –el Derecho natural racionalista-ilustrado– y el positivismo jurídico ulterior? Obviamente, aseveraciones

7. *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts.*
8. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse.*

como estas constituirían juicios perfectamente antihistóricos, exponentes manifiestos de ese tipo de «absurdos» o deformaciones interpretativas que, junto con los anacronismos, Skinner considera típicos de las «mitologías doctrinales» mantenidas por los historiadores de las ideas cuando proyectan indebidamente sus propios prejuicios y concepciones hacia el pasado (Skinner 2002: 59 y ss.). Aquí es donde se hace patente hasta qué punto la historia del pensamiento jurídico no puede dejar de reflejar el propio sistema de ideas profesado y cómo dista de poder consistir meramente en una recopilación de «datos históricos objetivos» –por más que estos sin duda lo sean– sino que también, y sobre todo, ha de hacer una *interpretación* filosófica de los mismos que en última instancia proporciona los criterios decisivos de organización del material histórico.

Ramis tiene mucha razón, por lo tanto, al tratar de poner de manifiesto algunos de esos sesgos presentes en el esquema de González Vicén y que con frecuencia se replican en las exposiciones históricas estándar de signo discontinuista. Efectivamente, González Vicén argumenta como si «iusnaturalismo» equivaliera en bloque a «filosofía jurídica premoderna», propia del «antiguo régimen», cuando al fin y al cabo el «Derecho natural» contra el que se alza la nueva «filosofía del Derecho» positivista no es otro que la filosofía de la modernidad, es decir, el iusnaturalismo racionalista e incluso el ilustrado (de forma que si la «Filosofía del Derecho» tiene dos siglos, el «Derecho Natural» del que aquí se habla no tiene más de tres). Muy bien podría haber añadido Ramis que González Vicén, a fin de cuentas, maneja un «concepto formal», no histórico, de «Derecho Natural» lo que le lleva a reificar o hipostasiar las filosofías premodernas del Derecho como si fueran entidades fijistas, desdibujando ilegítimamente sus diferencias y forzando así a toda costa una uniformidad realmente inexistente (lo que supone incurrir, como señala Skinner, en una «mitología de la coherencia» que debe ser considerada «metafísica en el sentido más peyorativo»[9]). Ahora bien: ¿es esto suficiente para considerar refutada la tesis *histórica* de González Vicén sobre la filosofía del Derecho contemporánea, esto es, no su interpretación sino la *explicación* que le subyace? En mi opinión, como antes he adelantado, en absoluto.

La estrategia continuista basada en sacar a la luz los hilos de conexión que –como las «corrientes subterráneas de la escolástica»– comunican entre sí la *philosophia iuris* de los siglos XVII y XVIII y la «nueva» *Rechtsphilosophie* del XIX tiene, desde luego, un sólido fundamento. Ramis lleva a cabo un meritorio y erudito estudio al respecto que pone al día el estado de la cuestión sobre la «microhistoria» de la disciplina, a través del análisis de un sinnúmero de autores alemanes posteriores a Chopius, incorporando las últimas contribuciones de la literatura especializada y aportando él mismo nuevos datos bibliográficos. Pero el punto débil de su metodología estriba, como antes veíamos, en esa misma pretensión «científica» de hacer una investigación («micro») de carácter «neutral» (exenta de prejuicios «ideológicos», como los atribuidos a González Vicén) y

9. Skinner, 2002: 69. Para una definición filosófica precisa del concepto de «metafísica» en la misma línea, *cf.* Bueno, 1970: 74-80, esp. 79.

confinada al examen de la sucesión de fuentes historiográficas (manuales, tesis, disertaciones, etc.). No quiero decir, obviamente, que esta investigación no sea necesaria e importante (y desde luego no pretendo restar un ápice al extraordinario trabajo de indagación de Ramis, que revela muchas horas de trabajo y rescata como digo valiosos datos del período germano estudiado): lo que afirmo es que no es por sí solo suficiente para la discusión del problema en juego, sencillamente porque este se mueve en otro plano lógico (un plano «macro») y no ofrece, por tanto, base concluyente para la refutación pretendida. Todos los problemas que ya hemos mencionado hasta el momento, derivados de recluir huidizamente el análisis en la cuestión terminológica, tienen aquí su raíz última. La pulcritud filológica y textual no hace que desaparezcan las apreciaciones sustantivas del historiador, simplemente las encubre (tampoco ayuda, dicho sea de paso, el que Ramis no nos ofrezca traducciones propias de los textos originales latinos o alemanes, probablemente con el objeto de restituirlos a su significado «original», lo que sin embargo nos aproxima tanto más a la «arqueología» que a la explicación histórica). La hipótesis continuista de fondo que mantiene conduce a un análisis paradójicamente «intemporal» del concepto de «filosofía del Derecho». Al no introducirse propiamente perspectiva *explicativa* alguna, se produce un «borrado» de los hitos de la historia política, social, económica, etc. y por tanto de la historia *jurídica* misma: de las transformaciones del Derecho como categoría ella misma histórica. Ninguno de estos factores figura como relevante para entender el giro conceptual que afecta a la (re)constitución de la «filosofía del Derecho» contemporánea. La «filosofía del Derecho» se convierte en una especie de discurso «flotante», ahora emanado de juristas, ahora de filósofos, pero insólitamente desconectado de su propio objeto. El lector saca la impresión de que es este un concepto que no ha mudado sustancialmente de contenido a lo largo de la historia del Derecho y de la cultura jurídica. Y es justamente esta indefinición la que permite atribuirle al término el significado deseado en cada caso. No hay patrón alguno de transformación histórica que conduzca a diferenciaciones objetivas internas: es, misteriosamente, el *mismo* concepto que subsiste bajo variantes de uso, matizaciones, contextos académicos, autores y facultades universitarias.

Así, Ramis puede transitar sin trabas y cómodamente desde la *vera philosophia* de los juristas romanos hasta la *Philosophie des Rechts* hegeliana, pasando por la *philosophia legalis* medieval y renacentista (Caps. 2-3). Basta con que la palabra «filosofía» figure en una obra de juristas o la palabra «Derecho» y similares en una de filósofos para sacar las conclusiones convenientes a fin de confirmar las hipótesis deseadas. Pero muchas de estas hipótesis resultan muy dudosamente plausibles. Como, sin ir más lejos, la hipótesis central del libro según la cual la escisión entre dos corrientes de la *philosophia iuris*, a partir de la separación entre la Facultad de Filosofía y la de Derecho producida en el siglo XIX, es la verdadera causa histórica del surgimiento de la filosofía del Derecho contemporánea, que permite entender tanto su «anomalía» actual frente a otras disciplinas filosóficas cuanto «algunos problemas recurrentes de las categorías jurídicas de los últimos siglos» (227). Por lo pronto, esa *philosophia iuris* que Ramis reivindica como hilo explicativo después de Chopius y hasta Hegel resulta no ser, como él mismo nos

detalla a lo largo de los capítulos 6 y 7 (113 y ss., 135 y ss., 174 y ss.), distinta en lo sustancial del *ius naturae et gentium* de Thomasius y Pufendorf, o sea, del Derecho natural racionalista, la primera institucionalización moderna de la filosofía jurídica desgajada de la facultad de Teología; una disciplina que después, en el s. XVIII (como también se relata abundantemente en los Caps. 9 y 10), llegó a convivir con la denominación de «filosofía del Derecho» (*philosophia iuris naturalis*), ambas «utilizadas como nociones sinónimas» (194), hasta ser progresivamente desplazada por la *Rechtsphilosophie* a partir de 1790 (181 y ss.). Es evidente que este relato confirma, en lugar de desmentir, la tesis «macro» de González Vicén. Que la obsesión terminológica impide ver el bosque conceptual se comprueba en frases de Ramis como las dos siguientes: «Resulta curioso que, tras haber sido preterida por parte de los cultivadores del *ius naturale et gentium*, ciertos 'iusnaturalistas' retomasen la noción de 'filosofía del derecho' y que la entendiesen como equivalente a la de 'derecho natural'» (197); «Lo que queda claro, por lo visto hasta aquí, es que [G. Hugo] no creó la noción de filosofía del derecho, aunque quizás fue el primero en usar la expresión *Philosophie des positiven Rechts*» (184). Ambas afirmaciones reflejan la total disociación –y dislocación– que se mantiene entre el plano conceptual-explicativo y el plano de los rótulos académico-disciplinares (tomando el efecto por causa), hasta el punto de llegar a perder enteramente de vista el problema de fondo, es decir: establecer qué ha sido realmente la «filosofía del Derecho» (¿acaso no era «filosofía del Derecho» el «Derecho Natural»? ¿De dónde ha de resultar, pues, «curiosa» la homologación y vecindad de ambos nombres?) y por qué experimenta esos cambios a partir de este preciso momento histórico (¿cómo podría haber «creado» nadie la «filosofía del Derecho» en la Alemania del siglo XIX?)[10]. La cuestión, en definitiva, no es cómo surge la disciplina con este nombre, sino por qué.

Tampoco se sostiene, por idénticas razones, la afirmación de que la *Rechtsphilosophie* tuvo su «canto del cisne» con Hegel. Cuando Ramis dice que con este «se cerró una manera de entender el pensamiento jurídico», que «agotó una vía» (la vía de la *philosophia iuris* racionalista, tras elevarla a su máxima expresión), que «la idea de *Philosophie des Rechts* como subordinación total del saber jurídico a la filosofía murió ahogada por el positivismo y por el historicismo», etc. (204 y ss.), o bien está confundiendo la realidad histórica con las propias tesis hegelianas sobre la realidad histórica[11], o bien simplemente está ignorando la filosofía del Derecho realmente existente posterior a Hegel. Porque es indiscutible que a lo largo de todo el siglo XIX y del siglo XX, y hasta hoy día, ha

10. En algunos momentos, el afán filológico lleva a Ramis a rozar la falacia de falsa precisión, como por ejemplo: «Después de 1550, *aunque muy especialmente hacia 1580*, el jurista empezó a ser muy sensible hacia la utilidad de la filosofía, como metodología y epistemología para dotar de rigor al derecho. Los juristas comenzaron a dudar de la eficacia del método jurídico y a vincularse cada vez más a la filosofía, como faro para iluminar el conocimiento jurídico» (44, sub. añadido).
11. Así, p. ej., cuando afirma: «Con Hegel se llegó al final de una etapa, al considerar que lo racional y lo real iban de la mano, y que, a la sazón, tal y como queda reflejado en su obra, se había llegado al momento más elevado del Espíritu. Se abría una nueva era, posterior a la Revolución Francesa, en la que cabía discernir lo racional que había en el Estado» (204).

seguido existiendo «filosofía del Derecho» (en el sentido que Ramis pretende dar a esta expresión: un producto «de filósofos») de muy diversos géneros y tendencias (y más bien uno tiende a preguntarse de qué otro modo habría podido ser). Pues, en efecto, no ha existido corriente filosófica contemporánea de alguna importancia cuyas categorías no hayan sido proyectadas hacia el Derecho (por los filósofos) o importadas desde el Derecho (por los juristas): de la fenomenología al neokantismo, del pragmatismo al positivismo lógico, del existencialismo a la neoescolástica ¿Acaso no ha existido una teoría marxista del Derecho, de origen netamente «filosófico», que arranca justamente de la crítica de la *Philosophie des Rechts* de Hegel, y que incluye versiones tales como la ortodoxa soviética del *Diamat*, el «uso alternativo del Derecho» de los años 60, o las «teorías críticas» de los 70 y 80? ¿Qué significa en este orden de cosas el sintagma «subordinación/supeditación del Derecho a la filosofía» (incesantemente repetido a lo largo del texto)? ¿Y la aseveración de que el Derecho, después de Hegel, «tenía que emanciparse de la filosofía, para empezar a vivir una vida epistemológicamente autónoma» (206)? Estos criterios tienen tanta fuerza explicativa como las imputaciones gremiales ya antes aludidas o como asumir que la *philosophia iuris* en realidad «respondía a la tentación especulativa de algunos profesores» (116). El argumento institucional (que la filosofía jurídica sea una «filosofía de juristas» hecha desde la Facultad de Derecho y no desde la de Filosofía) solo resulta claro en términos puramente denotativos, descriptivos, y en el fondo pide el principio al dar por resuelto aquello que se trataba de explicar: ¿por qué la Facultad de Derecho, si se ha «emancipado», *necesita* seguir construyendo una «filosofía» para llevar adelante su tarea? ¿Por qué los juristas necesitan «filosofar» de algún modo para llevar adelante su oficio? ¿Por qué el Derecho ha de ser un objeto de análisis filosófico? Por otra parte, como ya hemos dicho, los supuestos de Ramis no hacen sino abonar la tesis rupturista rechazada por él. No puede olvidarse, por ejemplo, que la primera institucionalización *académico-jurídica* de la filosofía del Derecho es *anterior* a la «Filosofía del Derecho positivo» inaugurada por Hugo: la cátedra de Derecho natural y de gentes de Pufendorf en Heidelberg, 1660, que era una cátedra de Derecho público y filología desde la cual, dos años después publicó su manual del mismo nombre, ampliamente difundido a partir de entonces en toda Europa (Döring 2012: 52 y ss.). El criterio basado en contraponer radicalmente la filosofía del Derecho «de juristas» y «de filósofos», a la manera del clásico texto de Bobbio (1990: 95 y ss.), tiene muy poco recorrido históricamente hablando. ¿Acaso los sofistas, que introdujeron las primeras reflexiones críticas sobre la justicia, la argumentación y la práctica jurídica en la tradición occidental, no eran más bien lo que hoy llamaríamos «juristas» (y no propiamente «filósofos»), al actuar como rétores y oradores en los juicios? ¿Platón, Aristóteles, Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, Hobbes o Suárez no hicieron, entonces, «filosofía del Derecho», sino solamente Cicerón, Quintiliano, Graciano, Bártolo, Grocio o Pufendorf? ¿Que el marxismo soviético fuera un producto de juristas lo «emancipó» un átomo de la filosofía de la que provenía? ¿Consiguió la *teoría pura* de Kelsen liberarse del neokantismo, la teoría de Hart de las concepciones de Bentham, Mill y Wittgenstein o la teoría de Ross del neoempirismo del Círculo de

Viena? ¿Acaso la filosofía analítica –la principal fuente de la *analitical jurisprudence*, corriente principal del positivismo jurídico contemporáneo– no ha influido también en la *New Natural Law Theory*?[12] ¿Las importantísimas reflexiones de Dewey –un filósofo– sobre el método jurídico le catalogan en una clase radicalmente distinta de los juristas del realismo norteamericano? ¿Habría sido posible la filosofía del Derecho de Alexy sin el sistema de Habermas? ¿Ha dejado el tomismo de ser una teoría estrictamente filosófica por el hecho de haber sido incorporado como dogma de fe por una religión, la Iglesia católica? No es, pues, la etiqueta «filosofía» (como tampoco su domiciliación institucional) lo que define el «género literario» filosófico-jurídico. Este ha seguido siendo un *nomen* también utilizado posteriormente incluso por los positivistas jurídicos más extremos[13] (y por supuesto por los iusnaturalistas). Tampoco el uso de la palabra «ciencia» convierte *ipso facto* a una investigación en científica. Lo que no significa, por supuesto, que la etiqueta «filosofía» o «ciencia» sean banales e irrelevantes. Pero lo que les confiere relevancia (y a su institucionalización) reside en algo diferente: y ese algo es justamente lo que aquí se trataba de explicar como un resultado de circunstancias y cambios históricos.

En suma, esta manera de plantear la historia del problema lleva a incurrir en el mismo tipo de deformaciones y tergiversaciones ahistóricas que las achacadas por Ramis a González Vicén cuando este tiende a igualar todo el pensamiento previo a la filosofía del Derecho contemporánea bajo el rótulo de «no filosófico» o «pre-filosófico». La dualidad juristas/filósofos constituye ella misma una constante histórica a explicar y no puede tomarse como una disyuntiva excluyente, sencillamente porque la filosofía del Derecho de los juristas también ha sido «de filósofos» al consistir necesariamente en *filosofemas* (¿qué otra cosa podría ser, si no?). La cuestión de fondo es qué es lo que hace preciso que la teoría y la práctica del Derecho incorporen filosofemas. Por lo que se refiere específicamente a nuestro tema, hay que explicar este hecho de algún modo que vincule entre sí *históricamente* al Derecho y a la filosofía. Y no parece haber ninguna explicación mejor que la de González Vicén, que vincula el Derecho contemporáneo a la positivización y la filosofía del Derecho contemporánea al positivismo jurídico, explicación que *volens nolens* Ramis parece terminar asumiendo implícitamente como trasfondo «macro» de su reconstrucción. Podrá decirse que la filosofía jurídica post-hegeliana es mayoritariamente «de juristas», pero no que se emancipó de la filosofía o que dejó de ser «filosófica». Cuestión distinta es considerar que la filosofía hegeliana (o «de filósofos») es metafísica o que la filosofía jurídica positivista (o «de juristas») es la concepción de escala teórica más adecuada para entender el Derecho. Pero estos son, claro está, juicios *filosóficos*.

12. Quien albergue alguna duda al respecto puede leer el artículo de Veatch y Rautenberg (1991) y averiguar ahí de paso el significado de la palabra «Grifinnboyle».
13. Un ejemplo es Marmor (2011, 2012).

§3. POSITIVISMO JURÍDICO VS. *IUSNATURALISMO*

Hablamos ahora, no de la historia de la filosofía jurídica, sino de los presupuestos de una particular filosofía histórica, desde los cuales se perfila el papel de la filosofía del Derecho como disciplina regional, en sus relaciones con el Derecho, con otras disciplinas y con la propia filosofía general. No se trata, pues, de una concepción histórica, sino doctrinal («formal», si se quiere), que sin embargo =como hemos visto= está imbricada con aquélla, haciendo que las cuestiones de *hecho* vengan inevitablemente enmarcadas en cuestiones de *principio*. Dicho rápidamente: el problema de cuál es la «verdadera» filosofía del Derecho contemporánea (cuándo nace, cómo se constituye, qué rol cumple) viene enteramente interferido por el problema de cuál es la filosofía del Derecho «verdadera».

Y, en efecto, parece claro que la reconstrucción histórica del origen de la filosofía del Derecho contemporánea efectuada por González Vicén se ve muy influida, incluso mediatizada, por su valoración favorable hacia el positivismo jurídico (una valoración tamizada, de todos modos, por un historicismo de cuño marxista y un individualismo ético de cuño kantiano que, como es sabido, definen conjuntamente los ejes de su filosofía jurídica). Esa valoración subyace a la interpretación en virtud de la cual González Vicén da por sentado que toda la historia de la reflexión filosófica sobre el Derecho sería, hasta la eclosión del positivismo en el siglo XIX, un tipo de pensamiento «uniforme» y «constante en sus líneas maestras» –el «iusnaturalismo» o «Derecho natural»– consistente esencialmente en una «especulación» en torno a «la existencia de un orden universal del ser de estructura permanente e inviolable» o de «unos postulados universales de la conducta humana», y, por ello, no una genuina «filosofía del Derecho», sino más bien «metafísica jurídica». Una especulación que debe valorarse negativamente porque «no versa sobre el Derecho que efectivamente rige las relaciones humanas, sobre el Derecho constituido en el curso del acontecer histórico, sino que se centra en la construcción de un Derecho tal como debería ser según criterios racionales» (González Vicén, 1969: 27-8). La misma apreciación se repite en Bobbio, quien después de diferenciar en la tradición filosófico-jurídica los dos géneros literarios que ya conocemos –el de los filósofos con intereses por el Derecho y el de los juristas con intereses filosóficos– declara una clara preferencia doctrinal a favor del último de ellos, argumentando básicamente que los juristas parten «desde abajo», es decir, de los materiales positivos de la experiencia jurídica, mientras que los filósofos operan «desde arriba», apriorísticamente, dogmáticamente, partiendo de sistemas especulativos que finalmente no construyen sino «casas de arena» (Bobbio, 1990a: 96).

Son estas afirmaciones de formato tan gruesamente dicotómico, casi maniqueo, que tienen que recibir un alcance fundamentalmente retórico. Hay muchas razones, como ya hemos visto, para considerar que no son solo demasiado simplificadoras sino que adolecen también de una ostensible inadecuación histórica. Que solamente la filosofía positivista o de juristas se presuma *a priori* empírica y positiva, y solamente la

iusnaturalista o de filósofos metafísica y dogmática, constituye una exageración explicable únicamente por la adscripción filopositivista de ambos y debe considerarse, desde luego, ella misma hija de su tiempo (dado aquello contra lo que iban dialécticamente dirigidas, a saber: el iusnaturalismo oficial franquista y el neohegelianismo fascista italiano)[14]. No es preciso traer aquí contraejemplos de autores y episodios históricos que muestren al iusnaturalismo como doctrina crítica y al positivismo como filosofía dogmática. Pero sí resulta, en cambio, totalmente pertinente y fundado introducir el contraste general que cabe establecer entre una filosofía «dogmática» y una filosofía «centrada» en relación con una cierta categoría o esfera[15]. La primera sería toda aquella filosofía que se conciba como doctrina sustantiva, cerrada sobre sí misma y acabada, «escolástica», cuya verdad se postula *exenta* o fundada sobre principios intemporales (es decir, una *philosophia perennis*) válidos para todas las esferas de la realidad. La segunda, en cambio, es aquel discurso filosófico construido en torno a alguna esfera categorial concreta (práctica, científica, técnica, institucional, etc.) que demanda un cierto tipo de reflexión interna de carácter «omnicomprensivo». Esta última sería, entonces, lo que conocemos como una «filosofía regional», una filosofía «genitiva» o «filosofía de» como fenómeno típicamente moderno: tal es el caso, entre otras, de la filosofía del Derecho. Y entonces nuestro problema es el de dilucidar qué papel tiene la filosofía en tanto *inserta* en la realidad categorial del Derecho (pues es esto lo que decide sobre si es más o menos «dogmática», «especulativa», «apriorística», o por el contrario «positiva», «empírica», sustentada sobre «terreno firme») y además qué relación particular guarda ello con el hecho histórico de su configuración contemporánea, y particularmente con la consolidación del positivismo jurídico como «teoría». Al respecto cabe sostener que si su significación última es reinterpretada desde la diferenciación anterior entre una filosofía «dogmática» y una filosofía «centrada», la tesis de González Vicén sobre la constitución de la «filosofía del Derecho» como disciplina contemporánea y su ligazón con el positivismo jurídico resulta incuestionablemente correcta (y también lo es la tesis de Bobbio acerca de esta como filosofía «de juristas»). Solo que necesita ser justificada filosóficamente de un modo más sólido. Antes de ir a ello, analicemos brevemente cuál sería la concepción de la filosofía del Derecho que se trasluce en la reconstrucción histórica de Rafael Ramis.

Parece también indudable, según hemos visto, que la posición de nuestro autor es, por el contrario, implícitamente deudora de una valoración *negativa* no ya del positivismo jurídico, sino de la filosofía jurídica contemporánea posterior a su surgimiento histórico. Esta desvaloración se refleja claramente en su tesis de que la primera filosofía del Derecho contemporánea, la hegeliana, sería al mismo tiempo la última, por cuanto habría supuesto al mismo tiempo el cierre de un larguísimo ciclo histórico (el de lo

14. Ambas, por cierto, obra «de juristas» y no por ello libres de ser «filosofías» dogmáticas y acríticas. *Cf.* sobre esto Sacristán, 1968: 26 y ss.; Díaz, 1966: 25.
15. Sobre la tipología de filosofías que, con ciertas modificaciones, introduzco a continuación, *cf.* Bueno, 1995: 28ss., 59ss. Me permito reenviar también a Vega, 2018.

que Ramis llama *philosophia iuris* tradicional, que recorrería, subterráneamente, toda la historia del pensamiento jurídico precedente)[16], un cierre que daría lugar, a su vez, a la «anomalía» en la que ha vivido sumida nuestra disciplina desde entonces y hasta el presente. Ramis parece aceptar de esta manera un planteamiento como el de Francisco Carpintero, muy crítico con la tesis de González Vicén, según el cual la filosofía del Derecho *no* sería un concepto histórico porque «el Derecho natural, en tanto que doctrina que mantiene que existe una ley jurídica más o menos inmutable por encima del Derecho positivo, no quedó afectada ni mucho ni poco por el cambio de mentalidad» que trajo consigo la nueva *Rechtsphilosophie*: aquí sí es manifiesta la adhesión filosófica hacia «el iusnaturalismo más tradicional, escolástico-tomista», como «la esencia del Derecho natural». Este representaría «lo que la mayor parte de la Historia ha entendido como *ius naturale*», y por ello constituye una filosofía que ha sobrevivido a la irrupción del positivismo jurídico (Carpintero 1986: 396-7). Al dar por cierto que la nueva *Rechtsphilosophie* de los filósofos muere prácticamente neonata a manos de la *Philosophie des positiven Rechts* de los juristas, Ramis parece convalidar esa tesis de Carpintero que ve en el iusnaturalismo tradicional premoderno la «verdadera» filosofía del Derecho que está destinada a perdurar (y a la cual es por ello inevitable un permanente retorno) tras el momentáneo embate del positivismo jurídico como *teoría*. El problema, sin embargo, es que esta valoración, como vamos a ver, no resiste el contraste histórico con el positivismo jurídico como *hecho*.

De forma no poco paradójica, así pues, Ramis viene a replicar justamente aquellos elementos que resultan más criticables y reductivos del esquema de González Vicén (y también del de Bobbio, como vimos) solo que invirtiéndolos «especularmente» del modo ajustado a esa nueva valoración subyacente en torno a las filosofías en presencia. Ahora es el positivismo jurídico como «filosofía» –la «filosofía del Derecho positivo» de los juristas– aquello que figura como una rémora, como el inicio de un proceso de decadencia general de la filosofía jurídica contemporánea que explica la «extraña situación», el «caso insólito», la «posición paradójica», la «particularidad de la idea de 'filosofía del derecho' hasta nuestros días» (197, 219, 209). La gran filosofía tradicional pre-positivista –la *philosophia iuris* anterior al Derecho natural racionalista-ilustrado y, por tanto, anterior también a su choque con el positivismo jurídico, del cual según Ramis surgirían en Alemania esas dos orientaciones fundamentales de la filosofía jurídica contemporánea: la *Rechtsphilosophie* de filósofos y la *Philosophie des positiven Rechts* de juristas– habría engendrado así dos corrientes divergentes. A través de ellas «se planteó la dicotomía entre, por un lado, los juristas que pretendían buscar en la filosofía un método para hallar los principios del derecho y, por otro, quienes querían tomar de la filosofía tanto el método como los fundamentos» (197). La filosofía de Hegel (con el gran precedente kantiano) representó «el momento máximo de subordinación del

16. No toda en realidad, sino solo por lo visto de Roma en adelante, lo que parece llevar a pensar que no existió en Grecia «filosofía del Derecho», tal vez porque no hay registro del *nomen* que guía el recorrido histórico de Ramis.

saber jurídico (en tanto que ciencia filosófica del derecho) a la filosofía» (205); sería «en cierto modo, una sublimación de lo que pretendían los manuales de *philosophia iuris*, escritos a caballo entre los siglos XVII y XVIII» (205), en la medida en que se pretendía que «los conceptos jurídicos se fundamentaran en la filosofía, como parte de la misma». Esta pretensión supuso «una completa inversión de la concepción tradicional del conocimiento» y ello mismo determinó que «Hegel agotara una vía» que «había sido llevada al extremo» (206). Fue en cambio la segunda vía, la de la *Philosophie des positiven Rechts* o «Filosofía del Derecho positivo», aquella que «se impuso con total rotundidad»: desde entonces, «serían los juristas, emancipados de la opresión filosófica, quienes se arrogasen el título de 'filósofos del derecho', para elaborar con ello una filosofía 'sectorial' o 'regional', separada de la filosofía 'general'» (206, 207). Así, este positivismo de juristas «renunció a la 'filosofía de los filósofos' para trazar, él mismo, la 'filosofía de los juristas', una nueva *vera philosophia*», una filosofía «hecha por y para juristas» (198), de donde arranca «el mayor problema epistemológico del pensamiento jurídico hasta nuestros días» (198, 206, 207). Un «problema» que queda definido así: «que [los juristas-filósofos] solamente querían la 'filosofía' como 'método para juristas'», se «emanciparon» de los filósofos, «decidieron hacer su propia 'filosofía' del Derecho» [la *vera philosophia*] y «subordinaron la 'filosofía' a las necesidades epistemológicas que tenían en su análisis del derecho» (209, 197):

> «De este modo, la 'filosofía del derecho positivo' pasaba a ser un caso insólito de `filosofía' sectorial, es decir, la forma mediante la cual los juristas se dotaban a sí mismos de un sistema *sui generis* de abstracción construido sobre (y a partir de abstracciones desde) el derecho aplicable. No tomaban la lógica o la dialéctica de Aristóteles o de los estoicos, ni tan solo establecían un sistema filosófico-jurídico (como Leibniz, Wolff o incluso Kant) sino que creaban, desde el derecho aplicable, y por su cuenta y riesgo, un método (una '*filosofia ad usum iuristarum*' [*sic*]» (197).

> «Al final, la *Philosophie des positiven Rechts* acabó triunfando e imponiéndose sobre la *Rechtsphilosophie*, hasta tal punto de que lo que hoy denominamos "filosofía del derecho" venga totalmente condicionado por la victoria que obtuvieron los juristas "positivistas" sobre los defensores de aquella tradición, que murió con Hegel y sus epígonos» (208).

Como puede verse, la simetría inversa del esquema de Ramis con respecto al de González Vicén-Bobbio es exacta, como también lo es la amplia zona de solapamiento que (paradójicamente, aunque veremos luego que no tanto) mantiene con el mismo en muchos puntos a la hora de diagnosticar el rumbo de la filosofía del Derecho contemporánea. Lo que cambia es la polaridad de la valoración filosófica subyacente. ¿Lleva esta diferente valoración a un diagnóstico históricamente certero a propósito de la situación de la filosofía jurídica? ¿Estamos realmente, ante la filosofía del Derecho como filosofía regional, en presencia de un «caso insólito», de una anomalía que deba ser corregida, de una «excepción» (225)? Si así fuera, ¿qué alternativa propone el propio Ramis?

De todo lo dicho hasta aquí es fácil inferir que el juicio de Ramis sobre la filosofía jurídica contemporánea envuelve un notorio sesgo por cuanto se acompaña de una

injustificada desvaloración, ahora no de toda la filosofía iusnaturalista (como ocurría con González Vicén y Bobbio[17]), sino de toda la filosofía posterior al positivismo jurídico (que no es obviamente *idéntica* a la filosofía iuspositivista). Si para aquéllos el Derecho natural no era propiamente «filosofía jurídica» (sino «metafísica»), para Ramis deja de ser genuinamente «filosófica» la «filosofía del Derecho» contemporánea, «ahogada por el positivismo» (204) y marcada por el «hundimiento» de la filosofía kantiana y hegeliana (209) que lastró definitivamente todo el pensamiento ulterior sedicentemente filosófico-jurídico, pero en realidad una degeneración. Parece también obvio que este a sesgo contribuye fuertemente la simpatía del autor por la filosofía tradicional, entendida como «tronco común» del saber (y de la propia *philosophia iuris*) (58, 113). Pero también lo hace, y de modo decisivo, la radical indeterminación y nebulosidad de la noción de «filosofía» por él manejada. Esta indeterminación introduce grandes dosis de confusión en los criterios definitorios de lo que deba considerarse «racionalidad filosófica», que son en su libro extraordinariamente genéricos y vagos («sistematización», «inducción», «fundamentación de conceptos», «argumentación», etc.) y parecen remitir a la concepción tradicional escolástica de la filosofía como «ciencia de los primeros principios» (es decir, uno de los exponentes paradigmáticos de lo que antes hemos llamado filosofía «dogmática» o «metafísica»). Esta indefinición está asimismo favorecida, casi simbióticamente alimentada, como hemos insistido, por la estrategia de replegarse en el plano terminológico. Ramis trata de justificarla afirmando que «no se trata aquí de analizar el problema del estatus de la filosofía jurídica», ni de hacer una historia de la filosofía jurídica, sino que «el objetivo principal de este libro […] era mostrar el uso de la noción de *philosophia iuris* hasta el nacimiento de la de *Rechtsphilosophie*», mostrando la continuidad con «todo un desarrollo previo a Hugo» (37, 191, 209-210). Sin embargo, estos hilos que persiguen trazar la «continuidad terminológica», la «unidad semántica de la noción en las regiones luteranas» (208), pertenecen, como hemos dicho, a una escala meramente fenomenológica de análisis que no solo no conduce a una verdadera explicación del problema que da título al libro (a lo sumo refleja los intereses ideológico-académicos coyunturales de los profesores de la universidad alemana en términos de cátedras, títulos, escuelas, etc.), sino que conduce a ocultar las verdaderas claves explicativas que trascienden esa coyuntura y que dan cuenta del surgimiento y desarrollo posterior, no ya de la expresión «filosofía del Derecho» sino de las *ideas* filosófico-jurídicas mismas que justifican, dado un cierto marco histórico e institucional, la configuración novedosa de una disciplina filosófica regional anclada en el Derecho que ha continuado desde entonces hasta el presente. El hilo que Ramis cree haber descubierto como una clave histórica fundamental aún no estudiada del «nacimiento» de la filosofía del Derecho contemporánea carece en realidad

17. Hay que decir que en ambos casos esa minusvaloración teórica o filosófica del iusnaturalismo queda muy rebajada y hasta desmentida por su respectiva obra histórica.

de capacidad explicativa y conduce por lo demás a algunas inconsistencias y pistas falsas en la interpretación de ese decurso histórico. Veamos rápidamente algunas de ellas.

La más llamativa tiene que ver con la propia y tan preciada por Ramis *philosophia iuris* «que daba nombre a manuales y tesis desde mediados del siglo XVII» y que aparece «en francés e inglés a lo largo del siglo XVIII» (210). No se trata solo de que este hecho no prueba por sí mismo realmente nada, sino sobre todo de la gran oscuridad que Ramis mantiene en torno a cuál es el verdadero referente histórico de esa *philosophia iuris*: de qué filosofía histórica se está hablando realmente. El propio Ramis nos dice que no difería en realidad del Derecho natural moderno (el *ius naturae et gentium* racionalista e ilustrado): «las ideas de fondo eran, al fin y al cabo, las mismas», «lo que tenían en común era su voluntad de subordinar el saber jurídico a la filosofía» (207). Carece, pues, de toda relevancia histórica que aparezca en esa época el rótulo *philosophia iuris* (o *legalis*, *iurisconsultorum*, *iuridica*, etcétera) en una serie de autores o manuales menores, puesto que el marco conceptual en el que sucede es el de la visión filosófica del Derecho propia del iusnaturalismo moderno. No se ve entonces qué puede tener en común, qué continuidad puede exhibir con la «filosofía del Derecho positivo» de Hugo, si este precisamente pretende lo que pretende es romper con el dualismo especulativo iusnaturalista al afirmar que solo el «Derecho positivo» merece el nombre de Derecho y que por ello la filosofía debe concentrarse exclusivamente en este (tesis discontinuista de González Vicén). Más aún, Ramis afirma que la propia *Rechtsphilosophie* (contra la que se habría levantado la *Philosophie des positiven Rechts*), hacia la cual muestra por momentos cierta simpatía, es *también* una sucesora histórica de la *philosophia iuris*. «Así como la idea de *ius naturale et gentium* tuvo sus mutaciones hasta llegar al concepto de *Naturrecht*, lo mismo sucedió con la *philosophia iuris* y su transformación en *Rechtsphilosophie*» (208). Pero, si esto es así, más que «transformación» lo que en realidad hay es «identidad»: es la *misma* filosofía. Y también queda, por lo tanto, borrada la oposición entre la «filosofía del Derecho» y la «filosofía del Derecho positivo», una oposición que tantas veces ha sido presentada como nuclear a lo largo del libro y sobre la que se construye toda su argumentación respecto a la génesis de la filosofía jurídica contemporánea. El criterio *de facto* finalmente empleado por Ramis, la dicotomía juristas-filósofos, es decir, el criterio bobbiano de la ubicación institucional, muestra así todas sus insuficiencias. Porque los cultivadores de la *philosophia iuris* eran juristas al igual que lo eran los partidarios de Hugo, los «positivistas», que quisieron «acabar con la 'tiranía' de la filosofía sobre la interpretación jurídica» (195). Y entonces no se entiende muy bien cuál es el objeto y alcance de la «liberación» en cuestión (ni tampoco sus causas, que quedan en la penumbra). Ramis trata de salir de la contradicción diciendo que los cultivadores de la *philosophia iuris* «eran juristas empapados de filosofía», dada su formación tradicional en la facultad de artes, «mientras que los que se ocupaban de la *Rechtsphilosophie* eran filósofos que apenas sabían derecho» (208). Sobre la cuestión de la reorganización universitaria volveremos después, pero si ambos grupos de académicos comparten, sin embargo, el presupuesto básico de que el Derecho «tenía que sujetarse al método y/o a

los principios de la filosofía» (208), ¿dónde reside la diferencia sustancial entre ambas? ¿No serían las dos al fin y, al cabo, filosofías jurídicas «de filósofos»?

Análogas dificultades se plantean en relación con la filosofía positivista o «de juristas». ¿No era la *philosophia iuris*, aunque cultivada por juristas «empapados de filosofía», una filosofía ya «centrada» en el Derecho, una filosofía «regional» (como lo fue el Derecho natural racionalista, en su pretensión de construir todo un «sistema jurídico» desde principios universales emanados de la razón a fin de suministrar una fundamentación a los incipientes Derechos nacionales frente al *ius commune*)? Y, sin embargo, ¿no figura al mismo tiempo como el prototipo más claro de filosofía jurídica de «filósofos» en el sentido crítico bobbiano, es decir, dogmática y metafísica, alejada de la experiencia jurídica? Pero, por otro lado, su oposición (con arreglo a este inflexible criterio dicotómico) frente a la naciente filosofía de juristas encabezada por Hugo tiende a desvanecerse cuando comprobamos que a lo largo del siglo XIX las denominaciones *Naturrecht*, *Rechtsphilosophie* y hasta *Philosophie des positiven Rechts* llegaron a ser enteramente intercambiables entre sí en muchos autores (así Warnkönig, Ahrens, etc.) (191ss.). Lo que demuestra una vez más que los criterios institucionales y nominales, aisladamente tomados, son en buena medida arbitrarios y necesitan ser ellos mismos explicados desde un plano histórico más profundo. Según los autores que consideremos podremos encontrar, como el propio Ramis nos muestra copiosa y eruditamente, un constante deslizamiento (y también por supuesto, una tensión polémica) entre esas denominaciones, que van variando parcialmente de significado de unos a otros y en buena parte terminan siendo etiquetas por sí solas vacías, inservibles como indicios de una tendencia histórica de amplia escala. Si esta se impuso finalmente a favor de una filosofía «positivista» del Derecho, sus causas no pueden hallarse en una supuesta voluntad de «subordinación» o «emancipación» mutua entre los gremios de filósofos y juristas (sino, por ejemplo, en el hecho de que las nuevas facultades de Derecho estatales necesitan sistematizar el naciente Derecho nacional). Ni siquiera la «filosofía del Derecho positivo» de Hugo, que según Ramis marcará el destino de la filosofía jurídica posterior «como doctrina del "positivismo jurídico"» a través de J. Austin (201), constituye una pista sólida en tal sentido. Pues tanto Hugo como Austin seguían plenamente inmersos en el léxico conceptual iusnaturalista (199 y ss.), lo que por cierto no hacía de ellos menos autores «positivistas». La relación entre ambas «filosofías» pide ser explicada, pues, de un modo menos simplificador. No hay una única línea de filosofía «positivista», sino múltiples porque, como estudió profusamente González Vicén (y este es el trasfondo fundamental de su tesis sobre el origen de la filosofía jurídica contemporánea) hay toda una plétora de doctrinas diversas bajo el rótulo «positivismo jurídico», tanto de orientación científica como filosófica (distinción esta que no juega papel alguno en el esquema de Ramis, pese a su gran importancia como luego podremos ver) (González Vicén 1979a, 1979b, 1984).

Otro gran problema conexo, y que aquí no puedo más que mencionar, es la vinculación establecida por Ramis entre la filosofía jurídica positivista, la noción de «teoría del Derecho» (que tiende a desplazar a la de «filosofía del Derecho» a lo largo del siglo

xx) y la *Rechtslehre* kantiana (205 y ss.). ¿Cómo es posible que una filosofía jurídica típicamente iusnaturalista y de «filósofos» como la de Kant (la *Metafísica de las costumbres* está todavía profundamente acuñada con el sello de Achenwall y Baumgarten) siguiese inspirando al positivismo jurídico del siglo siguiente? ¿No habla esto más bien en contra de la tesis de Ramis, según la cual la filosofía jurídica positivista cortó por completo las amarras con la filosofía general y dejó, en rigor, de ser propiamente *filosofía* para pasar a ser *teoría*?[18] Ramis apenas si menciona a Kelsen, quien precisamente abrió la ruta central del positivismo jurídico del siglo xx (seguida por Hart y Ross), y cuya «Teoría pura del Derecho» no se autoconcebía como filosofía (ni como «doctrina») sino como estricta «ciencia», lo que no le impidió tomar su presupuesto central (la categoría formal del *Sollen*) de una rigurosa filosofía «de filósofos» supuestamente –según Ramis– periclitada (el neokantismo logicista marburguiano). ¿Le resta este hecho lo más mínimo a la *Reine Rechtslehre* de su condición de filosofía «de jurista» por antonomasia? Las ramificaciones de la filosofía de Kant se han extendido en todas direcciones en la filosofía del Derecho contemporánea hasta alcanzar a concepciones muy diversas: tanto a la de un Stammler (cuyas ideas neokantianas miran más bien al siglo xix) como a la de un Alexy (cuyas ideas post-positivistas miran más bien al siglo xxi). La bifurcación de la filosofía jurídica entre filósofos y juristas es, en definitiva, una circunstancia que se registra, con diferentes modulaciones históricas, a lo largo de toda la tradición occidental, puesto que siempre las ideas filosóficas en torno al Derecho han sido cultivadas y desarrolladas con ritmos independientes por filósofos y por juristas[19], y una valoración en bloque de ambas líneas es gratuita si no se desciende a examinar cada período, además de cada autor y cada obra. Incluso podría hablarse de una situación de desdoblamiento similar en las ciencias sociales: hay, por ejemplo, como se sabe, una sociología del Derecho de sociólogos y una sociología del Derecho de juristas (y lo mismo sucede con el propio estudio histórico del Derecho, el económico, antropológico, etc.). El problema de fondo que continúa en pie es averiguar qué especial configuración histórica tuvo que darse para la constitución o reconstitución de la «filosofía del Derecho» en su perfil distintivamente contemporáneo (incluyendo la consolidación de su *nomen* e institucionalización disciplinar), haya sido tal constitución ejecutada por juristas o por filósofos: solo eso permitirá explicar las nuevas relaciones entre ambos gremios y la nueva *ratio studiorum* (antes que a la inversa: tratar de explicar la filosofía jurídica contemporánea

18. A propósito de este asunto, y sorprendentemente, parece perder de súbito toda su importancia el rígido criterio nominalista mantenido a lo largo del trabajo: «Desde Hugo hasta los epígonos de Hegel encontramos la lucha de dos modelos: el de la 'filosofía del derecho positivo' y el de la 'filosofía del derecho'. Con el tiempo *se impuso claramente el primero, pero tomó el nombre del segundo*. Aunque se llame 'filosofía del derecho' lo que se ha cultivado en las Facultades jurídicas en realidad ha sido, desde mediados del siglo xix, filosofía del derecho positivo' o, dicho en otras palabras, 'teoría del derecho'» (216, sub. añadido).
19. Basta con echar un vistazo, por ejemplo, a los índices de la monumental historia de la filosofía del Derecho dirigida por Pattaro (2007 y ss.) (especialmente, por lo que aquí interesa, los vols. 6 a 8).

a partir de las relaciones entre filósofos y juristas, lo que conduce inexorablemente a deformaciones y peticiones de principio).

Hemos visto que Ramis acude –y obviamente es un factor relevante– a la circunstancia de la separación universitaria entre Facultades como causa de que en la época contemporánea no se haya institucionalizado lo que él llama una «filosofía de genitivo» en la Facultad de Filosofía, después de la «victoriosa emancipación» de la filosofía de juristas, monopolizada por la Facultad de Derecho (209, 216, 219). Sabemos también que esto no es rigurosamente una novedad desde un punto de vista histórico, ya que tanto el Derecho natural racionalista (de acuerdo con la propia tesis de Ramis) como antes aún el teológico constituían especialidades, disciplinas o tratados específicos (*De iure naturae et gentium*, *De iustitia et iure*, *De legibus*, incluso *De officiis* en la época clásica)[20] y, por tanto, filosofías «de genitivo», por más que Ramis reserve esta expresión para designar la filosofía del Derecho que considera ausente o deficitaria en la época contemporánea (una filosofía del Derecho genuinamente filosófica). Pero si la filosofía del Derecho pasa a ser ahora una disciplina fundamentalmente cultivada en las facultades jurídicas ello no puede ser, naturalmente, como hemos insistido, sino la consecuencia del hecho histórico de la positivización del Derecho, que explica el nuevo papel de dichas facultades en el Estado contemporáneo. Un hecho que también explica que la filosofía del Derecho sea una filosofía «centrada» en el sentido antes referido (esto es, una filosofía «positivista»). Pero, después de todo, pese a su juicio fundamentalmente negativo sobre esta filosofía (lleve o no tal nombre, como finalmente acaba por reconocer), Ramis no mantiene sin embargo una posición completamente descalificatoria de la misma. En este sentido se distancia de las posiciones continuistas más tradicionales que, como la de Carpintero, sostienen que la filosofía positivista murió con su época y que el verdadero núcleo de la filosofía del Derecho es el Derecho natural, entendido como filosofía precisamente intemporal[21]. Ramis, en cambio, sí reconoce que la «filosofía del Derecho positivo», lejos de ser un epifenómeno puntual, tuvo una trascendencia decisiva para la posteridad (fue, dice, el «legítimo botín de la victoria conseguida por los 'filósofos del derecho positivo'» [219]). Acaba admitiendo, así pues, de modo implícito la tesis rupturista de González Vicén como marco histórico correcto de explicación. Pero comparte incluso algo más, si examinamos su *propuesta* subsiguiente al diagnóstico de los efectos de la victoria final del positivismo como teoría. Este diagnóstico es que la filosofía positivista «enseñada exclusivamente en la Facultad de Derecho por y para juristas ha impedido que exista una 'filosofía de genitivo' para el

20. En Aristóteles, como es sabido, la filosofía jurídica se desarrolla en la Ética y la *Política* (incluyendo la *Retórica*), constituyendo una suerte de eslabón intermediario entre ambas.

21. De acuerdo con Carpintero, «la 'Filosofía del Derecho positivo' sí constituye un concepto histórico, referida a los inicios del siglo XIX, pero la 'Filosofía del Derecho' no. Esta última denominación aparece a lo largo de todo el siglo XIX usada por aquellos que en oposición a la *Philosophie des positiven Rechts*, recaban una ciencia filosófica del Derecho, un Derecho natural» (Carpintero 1986: 396). En el mismo sentido, Hervada (1991: 332 y ss.), Legaz (1961: 21). *Cf.* Rommen (1998), Strauss (1965).

derecho, cultivada institucionalmente desde la Facultad de Filosofía» (219). Cabe preguntar, sin embargo, si tiene sentido imputar tal clase de responsabilidad a los juristas, a la Facultad de Derecho, y no más bien a la de Filosofía. Ramis llega a decir, al final de su libro, que los juristas deberían renunciar «a retener –institucional y epistemológicamente– la 'Filosofía del derecho' en exclusiva» (220). Ahora bien, ¿es plausible creer que los juristas dispondrían realmente, aunque lo quisieran, de semejante poder de «acaparamiento» sobre la reflexión filosófica en nuestra época? Parece evidente que las causas del divorcio no son contenciosas en este plano, no obedecen a una disputa de gremios o «conflicto de Facultades», sino que tienen que ver más bien con el hecho objetivo de la especialización técnica y profesional misma que el Derecho ha llegado a adquirir en la edad contemporánea, como producto a su vez del fenómeno histórico-político de la positivización[22]. No se trata, claro está, de que antes no existiera «Derecho positivo» o teorización filosófica del mismo (toda filosofía del Derecho, incluido el Derecho natural, ha consistido siempre en una «teoría del Derecho positivo»), sino que lo novedoso históricamente hablando es el grado y la intensidad de ese fenómeno como consecuencia de la construcción del Estado contemporáneo y su nuevo papel en relación con la sociedad. Son, pues, los propios *referentes positivos* del Derecho aquellos que ya no resultan en absoluto homologables a los de períodos históricos anteriores, hasta el punto de que el *concepto* mismo del Derecho, el significado o sentido del término, ha experimentado una transformación de carácter estructural e irreversible (junto con todo su léxico). Es esto lo que exige una reflexión filosófica también distinta.

Y entonces lo que Ramis propone (digamos, su propuesta como *filósofo* del Derecho), esto es, que se reanuden institucionalmente «los cauces para el armonioso diálogo entre las facultades de Filosofía y de Derecho» (219), que se produzca una convergencia entre juristas y filósofos (algo en lo que resulta difícil no estar de acuerdo, aunque solo sea porque ha sido una característica invariante de *cualquier* filosofía del Derecho existente) resulta tener implicaciones inesperadas y seguramente muy distintas a las pretendidas por nuestro autor. Ante todo porque esa filosofía del Derecho hecha por filósofos tendría que ser *también* y necesariamente una filosofía «positivista». Es decir, una filosofía «centrada» temáticamente en la esfera categorial jurídica que ha incorporado el positivismo como *hecho* (o que ha hecho la *crítica* del positivismo como *teoría*), pero ya no una filosofía *pre-positivista* (de un modo parecido a como puede decirse que en filosofía moral o en teoría del conocimiento no podría volverse a una fase pre-kantiana –o en filosofía política a una fase prehobbesiana– sin recaer en la metafísica o en la pura irrelevancia). Queda cerrado, pues, el regreso a una teorización estrictamente iusnaturalista del campo del Derecho, la cual aparecerá ahora inevitablemente en su conjunto

22. El clásico texto kantiano, por cierto, no era sino una rotunda vindicación ilustrada del papel racionalista de la filosofía dentro de la nueva universidad controlada por el emergente poder estatal absolutista, redefiniendo para ello –de modo no poco astuto e irónico– su lugar como facultad supuestamente «inferior» a partir de la idea de que no sirve a fines «de autoridad», como las facultades superiores –Teología, Derecho y Medicina– sino a la verdad.

–vista desde lo que *nosotros* entendemos por filosofía del Derecho, no desde lo que se entendía en el siglo XVII o a finales del siglo XIX, y no digamos en la edad media– como una filosofía *obsoleta* o *arcaica* del Derecho. La crítica del iusnaturalismo como filosofía deberá ser realizada o incorporada por cualquier filosofía jurídica posterior (lo que, naturalmente, no implica que haya de considerar arcaicas todas las ideas o teorías que la componen en cuanto filosofía históricamente dada).

En efecto, un concepto «dualista» del Derecho como el iusnaturalista tradicional, que lo escinde en dos partes una de las cuales funciona como instancia esencial o elemento fundamentador, el verdadero «género» rector (el Derecho natural), y la otra como fenómeno fundamentado o «especie» (el Derecho positivo), comenzará a ser percibido a partir de la época contemporánea, de manera irreversible, como un postulado «metafísico», una representación inadecuada de la realidad jurídica, una idea superada por los tiempos[23]: el sintagma «Derecho natural» encerrará en lo sucesivo una suerte de violenta *contradictio in adiecto*, del mismo modo que el sintagma «Derecho positivo» expresará una redundancia (al sonar categorialmente absurda la idea de un Derecho «no-positivo»). De ahí que no sea casual que la «Filosofía del Derecho» se constituya como una disciplina históricamente posterior al «Derecho Natural» y se configure justamente como una crítica suya. Podrá haber refluencias y «eternos retornos» de la metafísica iusnaturalista, pero esta no podrá ser ya la corriente principal del pensamiento jurídico contemporáneo, que será construida (por juristas o filósofos) como una filosofía centrada o inserta en las categorías jurídico-positivas, en el Derecho «que es». El propio iusnaturalismo posterior se verá obligado a incorporar este giro sustancial de la idea del Derecho volviéndose una teoría «deontológica» y dejando de ser «ontológica», tal como señala González Vicén (sin olvidar la relectura «historicista» del propio Derecho natural que harán neoescolásticos, neokantianos, etc.). En definitiva, tampoco el «Derecho natural» podrá mantenerse igual a sí mismo antes y después del positivismo jurídico y el surgimiento de la nueva «Filosofía del Derecho». Si tras la inflexión que estos suponen deviene caduca la idea filosófica de un «Derecho natural» (sea natural-divino, natural-racional, derivado de «derechos naturales», objeto de una «ciencia del derecho natural» o *iuris naturalis scientia*), es porque se trata de una idea simplemente falsada y desbordada por los nuevos marcos políticos y sociales del Derecho realmente existente.

Esto permite entender también la dinámica histórica de cada una de las concepciones filosóficas que operaban detrás de la noción de «naturaleza», proporcionando armazón ontológico y epistemológico a cada particular variante de iusnaturalismo. Si nos centramos, para simplificar, en la transición entre el Derecho natural medieval y el moderno, es de sobra conocido cómo ella significó el cambio irreversible desde un modelo ontoteológico, centrado en la idea de Dios (*lex divina* de Agustín, Graciano, Tomás de Aquino), a un modelo centrado en la idea de Hombre, donde la ley natural

23. Esta partición del concepto del Derecho fue subrayada como característica nuclear de la teoría iusnaturalista por Bobbio ya en 1963, reconociéndole por cierto al iusnaturalismo su genuina condición histórica de «filosofía del Derecho» (*cf.* Bobbio 2017: Cap. I, esp. 46 y ss.).

es expresión de la razón científica y moral universalista (Hobbes, Spinoza, Locke). La idea de justicia va asociada en el primer caso al «reino de Dios como arquetipo político» (García Pelayo, 1959) y a una teoría política «descendente» del poder (Ullmann, 1971), que es la que rige el concepto tradicional del Derecho (*ius* como *status*, *ius sive iustum*), mientras que lo que se está teorizando en el segundo es el Estado moderno «ascendente» que aparece como producto de un «contrato social» basado en los derechos individuales del individuo «posesivo» de la sociedad moderna, lo que introduce una transformación fundamental del concepto de Derecho (centrado a partir de ahora en las ideas de igualdad, representación, libertad, voluntad, contrato, persona, etc.). Una transformación, que no comporta, sin embargo, una *discontinuidad* total, contra lo que podría sostener el rupturismo más radical. No hubo realmente un corte abrupto sino más bien una *inversión* crítica y selectiva de las ideas filosóficas heredadas[24]: así, la idea de los «derechos» subjetivos tiene tras de sí una larga historia doctrinal previa al siglo XVII (Dagger, 1995; Samuel, 1989; Tuck, 1998; Villey, 1962: Caps. VIII y XI), del mismo modo que el modelo ascendente de poder se engendra filosóficamente en la escolástica (Tomás de Aquino, Suárez) antes de llegar a articularse y generalizarse a partir del racionalismo y la Ilustración (Ruiz Miguel, 2002: 128 y ss.; Hochstrasser, 2004). De manera que el decaimiento de las filosofías asociadas al iusnaturalismo medieval va íntimamente ligado al hecho de que las mismas de algún modo han cumplido su ciclo histórico quedando convertidas en anacrónicas por los nuevos fenómenos jurídico-políticos que, sin embargo, ellas mismas ayudaron a alumbrar. Algo similar sucede con el tránsito entre el iusnaturalismo racionalista moderno y la filosofía del Derecho contemporánea. Si vemos ese proceso desde la perspectiva de la historia de las ideas –y aquí radica el punto más débil del rupturismo de González Vicén– no puede afirmarse que haya acontecido sin la mediación de amplios tramos de continuidad y superposición entre ambas filosofías. Si la polémica filosófica iusnaturalismo-iuspositivismo pudo tener lugar en el terreno de las ideas, es porque ambas concepciones no eran realmente inconmensurables entre sí[25]. Dicho de otra manera: no se reducen a simples *ideologías* carentes de pervivencia más allá de los grupos, intereses o contextos sociales coyunturales en cuyo seno surgen. Las ideas filosóficas son productos histórico-culturales, no entidades *ideales* (tal cosa es precisamente platonismo metafísico o idealismo ahistórico) ni tampoco *superestructuras* sociales contingentes que no sobreviven a su época y carecen en rigor también, por tanto, de historia. Las ideas van unidas a concepciones filosóficas que permiten interpretar, en una perspectiva «macro» –de «totalidad» o «trascendental»– las diferentes épocas históricas –sus ideologías y «horizontes semánticos»– y de esta manera hacen comprensibles las maneras generales en que en cada una de ellas significan o dejan de significar las mismas cosas en nuestra racionalización del mundo o pasan a significan cosas nuevas (y esto es lo que llamamos «cambio conceptual», o sea historia de las ideas).

24. Sobre la «inversión teológica», *cf.* Bueno, 1972: 134n.
25. Sobre este argumento histórico general, *cf.* Skinner, 2002: 165 y ss.

Ha sido ya muy estudiado, por ejemplo, cómo un núcleo muy relevante de ideas que el primer positivismo jurídico comparte con las teorías iusnaturalistas son las de orden *epistemológico*. Las ideas de «ciencia», de «sistema axiomático», de «ley», presidirán característicamente la reconstrucción iuspositivista del Derecho y de sus esquemas de racionalidad, aplicándose ahora los presupuestos universalistas de aquéllas a contenidos y escenarios fundamentalmente nuevos: y ello no ya para postular, a partir del Derecho romano y del Derecho de las monarquías absolutas, el concepto de un Derecho natural racional, sino para reconstruir la estructura formal y material del Derecho positivo del Estado-nación, el único realmente existente[26], el Estado legal de Derecho resultante de las revoluciones liberal-burguesas contemporáneas que llevaron del Estado monárquico y absoluto del antiguo régimen al Estado representativo y democrático. Esta reorganización de conceptos bajo un nuevo sistema de coordenadas histórico-políticas determinará el declive de algunas de las viejas ideas (como la de «naturaleza» y con ella la del «Derecho natural» en tanto concepto *jurídico*), el desplazamiento de otras (el Derecho aparecer menos como un concepto *moral* y cada vez más como un concepto *político*, intrínsecamente ligado al Estado, lo que también supone un reajuste de la idea de justicia) y el desarrollo de terceras nuevas ideas. Surge así, ante todo, un concepto «social» del Derecho, derivado de las nuevas ciencias socioculturales, entre ellas las históricas –pero también las sociológicas, etnológicas, etc.– de donde nace la diversidad de «positivismos» que es distintiva del pensamiento jurídico contemporáneo, ciencias estas que por primera vez en la historia arrojarán una imagen del Derecho muy diferente de la «ciencia jurídica» tradicional poniendo a esta en crisis (y, por supuesto, ridiculizando la «ciencia del Derecho natural»). Es en este sentido que apunta correctamente González Vicén (1969: 63) al «abandono de los problemas ontológicos, metafísicos y éticos» tradicionales y «la concentración exclusiva en temas gnoseológicos, lógicos y sociológicos», de tal forma que el nuevo tema de la filosofía del Derecho iba a ser «el concepto del Derecho». No se trata de ningún «descubrimiento» de este concepto (siempre la filosofía jurídica ha sido una «conceptualización» del Derecho). Sino que este concepto involucra ahora una constelación de ideas filosóficas (tales como sistema, ciencia, norma, Estado, justicia, poder, derecho, individuo, sociedad, constitución…) que han pasado a adquirir nuevas *referencias* positivas y nuevos *sentidos* en el Derecho contemporáneo lo que transmuta el alcance de la propia reflexión filosófica al respecto. Solo dentro de este escenario cobra verdadero sentido la aparición y consolidación de la nueva disciplina y el nuevo *nomen* «Filosofía del Derecho». La importancia de la *Rechtsphilosophie* hegeliana (dejando a un lado el formato indudablemente metafísico que reviste como parte de un sistema de «idealismo absoluto») estriba en que contiene el «tablero de ideas» que va a articular la filosofía jurídica de los dos siglos siguientes y, especialmente, define el que puede considerarse su problema fundamental en la época contemporánea, a saber: la reconciliación del Estado moderno con la moralidad (los

26. Bobbio 2017: 53-4; 1993: 80 y ss.; Tarello 1976: Cap. III; Losano 2002: I, 195 y ss.; II, Cap. I.

derechos y libertades) a través del Derecho, un problema que ya el último Kant había percibido con toda claridad como la principal cuestión abierta a la implantación práctica posible de los ideales ilustrados en términos de *razón pública* tras las revoluciones americana y francesa, punto de inflexión de la historia[27]. Que la particular versión hegeliana de ese teclado de ideas del mundo contemporáneo no prosperara y se abrieran paso nuevas filosofías (el neokantismo, el utilitarismo liberal, el pragmatismo, el marxismo, etc.) no le resta en absoluto importancia ni puede leerse como el canto de cisne de la filosofía jurídica (sería más bien el vuelo de la lechuza del que habla Hegel en su famoso prólogo). Todo el conjunto de fenómenos que han marcado desde entonces el horizonte ético-político civilizatorio de nuestro tiempo (el «tiempo de los derechos»), tales como la crisis del Estado liberal, los movimientos sociales, los totalitarismos, las guerras mundiales, los derechos humanos, la globalización capitalista… siguen filosóficamente encerrados en el círculo de ese problema fundamental.

Por su parte, el positivismo jurídico en cuanto concepción filosófico-jurídica contemporánea (o conjunto de ellas) va a seguir una ruta muy precisa dentro de este nuevo panorama de ideas. Desarrollará lo que puede llamarse un concepto *doctrinal* del Derecho, caracterizado por una serie de tesis suficientemente conocidas[28] que en efecto dependen en lo sustancial de presupuestos epistemológicos: básicamente, la prevalencia de un modelo de racionalidad *teórica* que asume la *cientificidad* del conocimiento jurídico y del propio discurso filosófico sobre el Derecho. Esta es la razón de que el positivismo jurídico se entienda a sí mismo como una «Teoría del Derecho»: no tanto su filiación kantiana, como sostiene Ramis, cuanto su pretensión estrictamente *científica* y la negación que a esta pretensión es intrínseca (rasgo común este a todo género de «positivismo») de la *sustantividad* de la filosofía jurídica como discurso racional autónomo. En su defensa de la categoricidad *cerrada* o *insular* del Derecho, enteramente diferenciado y autosuficiente respecto de cualquier esfera envolvente (moral, política, social), por efecto de su propia institucionalización y estructuración conceptual lógico-sistemática interna, aspectos que los ordenamientos jurídicos contemporáneos han elevado a la máxima potencia, el positivismo jurídico concluirá que toda la reflexión filosófica que debe reputarse necesaria sobre el Derecho se constriñe a la descripción y reconstrucción lógica de los propios *conceptos jurídicos*. La filosofía jurídica colapsa de algún modo en la ciencia jurídica, las *ideas* del Derecho en los *conceptos* jurídicos. Las invectivas de Ramis contra la «filosofía del Derecho positivo» de los juristas encuentran aquí su fundamento, y no en que los juristas «decidieran» dejar de subordinarse –de «infeudarse», llega a decir (207, 221)– a la filosofía. El positivismo jurídico es, no ya una concepción «centrada» o «genitiva» de la filosofía del Derecho, sino una concepción *adjetiva*. O sea: en la que el discurso filosófico-jurídico no posee sustantividad teórica alguna que sobresalga del discurso doctrinal elaborado por las propias ciencias

27. Kant introduce, en su filosofía de madurez, la idea del papel mediador del Derecho entre ética y política (sobre la relación de ello con su tercera crítica, *cf.* Arendt 2012: 39 y ss., 93 y ss.)
28. *Cf.* Bobbio 1993: 141 y ss.

jurídicas, entre las que se cuenta, como nivel de conceptualización último, la propia teoría del Derecho[29]. Así, «no hay principios definidos que determinen el dominio de la filosofía del derecho; no hay criterios internos que señalen dónde concluye la ciencia del derecho y dónde comienza la filosofía jurídica» (Ross 1994: XIV). Una vez sentado el «monismo» del concepto del Derecho, todo lo que filosóficamente cabe decir con sentido sobre el mismo lo dirá la teoría del Derecho entendida como investigación universalista, conceptual y descriptiva de las propiedades estructurales comunes a todo Derecho pensable (una «Teoría General del Derecho» [*Allgemeine Rechtslehre*] en la tradición alemana o una *general jurisprudence* en la anglosajona [*cf.* Vega 2016]). Todo lo demás será o bien un discurso *metafísico* o bien un discurso *metajurídico*, irrelevante en ambos casos para la conceptualización del Derecho.

Como ya vimos, esta tesis liquidacionista del discurso filosófico va dirigida específicamente contra *una* filosofía particular, la del iusnaturalismo. Cuando los autores positivistas hablan de «Filosofía del Derecho» están pensando en la filosofía como filosofía *moral* o como filosofía *política*. Es decir, en aquel discurso que no es «ciencia jurídica» (descripción o teorización formal del Derecho) sino «política jurídica» (evaluación material o toma de posición práctica ante el Derecho)[30]. Y esta dicotomía ha venido a monopolizar, como se sabe, buena parte de la discusión académica en la disciplina iusfilosófica durante el siglo xx. En tanto corriente dominante de la filosofía jurídica contemporánea, el positivismo jurídico ha impuesto así su propia versión del «problema fundamental» de nuestra disciplina en el presente antes mencionado. Pero, pese a constituir la teorización indudablemente más fidedigna y próxima del *hecho* de la positivización del Derecho contemporáneo, y pese a representar en esa medida la «teoría mínima» que *toda otra* filosofía jurídica del presente debe estar en condiciones de integrar a sus esquemas, dado que ofrece el más inmediato acceso al arsenal conceptual y práctico de las categorías jurídicas –y en este sentido suministra la «infraestructura» elemental de cualquier reflexión edificada sobre ellas que se quiera solvente– resulta sin embargo, en cuanto que tal *teoría*, en sí misma filosóficamente muy insatisfactoria. Y lo mismo sucede, en definitiva, con el propio dualismo, supuestamente insuperable, entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Ahora codificado (especialmente después de la asociación del iuspositivismo con la filosofía analítica) en términos de la cesura lógica entre el «ser» y el «deber ser» del Derecho, ese dualismo pretende haber centrifugado la filosofía jurídica del campo de la teoría del Derecho. Lo cierto, sin embargo, es que, lejos de constituir una contraposición «eterna», no es más que el resultado de los concretos y particulares términos en los que el iuspositivismo formuló históricamente su crítica a la filosofía dominante anterior. Una vez consumada esta crítica y cumplida su función, muere de éxito, deviene obsoleta y reclama ser a su vez históricamente superada. En definitiva, el positivismo jurídico como filosofía desempeña un papel histórico en la

29. *Cf.*, p. ej., Kelsen 1960: 1; 1962; Ross 1994: 24 y ss.
30. *Cf.* Bobbio 1990b. «Filosofía del Derecho en sentido propio solo lo es la teoría de la justicia» (Bobbio 1950: 96). En el mismo sentido, Ferrajoli 2011: 3-50.

época contemporánea perfectamente paralelo al cumplido por el iusnaturalismo en la época moderna.

En tal perspectiva puede ser comprendida la propia historia contemporánea del iuspositivismo, al menos en su corriente principal, que no por casualidad es una historia jalonada de crisis internas y externas. Esa historia refleja la profunda paradoja de ser aquella concepción que «centra» de manera irreversible la reflexión iusfilosófica sobre el Derecho estatal (el caso «focal» de las categorías jurídicas contemporáneas, que hace que el nuevo tema monográfico de la naciente «Filosofía del Derecho» sea «el concepto del Derecho», «la comprensión de los Derechos positivos desde un punto de vista universal» [González Vicén 1969: 63, 42) y de hacerlo al mismo tiempo, sin embargo, desde unas premisas teóricas tan sumamente sesgadas y precarias –como consecuencia de los presupuestos internalistas, epistemológicamente endogámicos, teoreticistas y separacionistas adoptados– que desde muy pronto tornarán evidentes e inasumibles sus carencias filosóficas, no obstante los servicios ideológicos prestados. Esto revela al positivismo jurídico como un tipo de teorización filosófica de escala fuertemente desajustada y desproporcionada con respecto a esa misma realidad jurídico-positiva que, creyéndose científica, ha pretendido poder acotar como campo «cerrado».

Así se comprueba, para empezar, en la fuerte reacción antiformalista que provocó la deriva legalista y conceptualista del primer positivismo. Las dos teorías centrales del positivismo del siglo xx –Kelsen y Hart– pueden ser leídas como intentos de superación del formalismo jurídico por la vía de adoptar claves de reconstrucción del Derecho bastante más pragmáticas, aunque todavía muy lastradas por el internalismo. También las divergencias entre corrientes diferentes del iuspositivismo posterior, como la discusión en torno al inclusivismo o el «positivismo ético», han puesto de manifiesto las dificultades de fundamentación de la tesis de la separación entre Derecho y moral y de la neutralidad valorativa desde dentro de los propios presupuestos filosóficos positivistas, poniendo a estos ante el dilema de autocontradecirse o dejar de ser positivistas. Las crisis internas del positivismo como filosofía jurídica dominante de la época contemporánea han ido siempre estrechamente unidas al desarrollo de visiones filosóficas del Derecho alternativas, muchas veces provenientes de enfoques externos. Así, en primer lugar, las críticas dirigidas desde el ámbito de las nuevas ciencias sociales a la concepción positivista, que muestran la insuficiencia del «análisis conceptual» y del enfoque normativista como metodologías filosóficas para dar cuenta de la pluralidad de categorizaciones *positivas* del fenómeno jurídico (sociológicas, antropológicas, económicas, etc.) De aquí arrancó de hecho la «revuelta contra el formalismo» encabezada por una variedad de teorías de cuño sociológico (movimiento del Derecho libre, libre investigación científica del Derecho, «sociología del Derecho de los juristas», etc.), así como también la escisión «antipositivista» que supuso el realismo jurídico (especialmente el norteamericano) y sus sucesoras las «teorías críticas». Y, en segundo lugar, otras filosofías jurídicas han tratado de elaborar desde el último tercio del siglo xx una concepción alternativa del Derecho que supone rechazar los presupuestos básicos del positivismo si bien conservando –de nuevo estamos ante un solapamiento parcial de ideas, antes que

una ruptura revolucionaria entre concepciones inconmensurables– el núcleo de verdad de muchas de sus tesis, aquellas que se refieren a la infraestructura conceptual y metodológica del Derecho (y que, como decíamos, *cualquier* filosofía jurídica contemporánea debe incorporar so pena de convertirse en simplemente anacrónica o metafísica), solo que reinterpretándolas desde nuevos marcos generales de ideas. Se trata del conjunto de teorías que solemos agrupar bajo el rótulo de «post-positivismo» (Dworkin, Nino, Alexy, MacCormick, Atienza).

Lo que estas teorías conservan del positivismo es un núcleo de tesis básicas referidas a la dimensión autoritativa e institucional del fenómeno jurídico, a su estructura normativa y lógico-sistemática, a su vinculación esencial con el Estado como fenómeno de autoridad, aspectos todos ellos que definen la demarcación y diferenciación propia del Derecho frente a otras esferas sociales y que carece de sentido cuestionar hoy por hoy. Pero lo que rechazan –y aquí la crítica resultante es de profundo calado filosófico y apunta a una nueva inflexión del pensamiento jurídico– es la manera de reconstruir el concepto del Derecho a partir de ese núcleo de tesis: es decir, precisamente la *epistemología* positivista. La rectificación fundamental introducida por el post-positivismo estriba en que el concepto doctrinal del Derecho no es el único pertinente –hay una pluralidad de conceptualizaciones del fenómeno jurídico de carácter *externo*– ni es tampoco científico. En tanto ninguna de las categorizaciones disponibles del Derecho (socioculturales, morales, políticas, históricas, etc.) es –ni puede ser– estrictamente científica, la tarea de la filosofía del Derecho –una tarea que no puede ser sustituida de otro modo– pasa a consistir en totalizar esa diversidad compleja y heterogénea de perspectivas para tratar de construir a partir de ellas una *idea* del Derecho. Y esta idea no desemboca en una concepción «teoreticista» del Derecho, sino en una concepción *práctica*.

Lo anterior implica considerar infundada e ilusoria –en rigor, *metafísica*– la pretensión filosófica de elaborar un concepto «criterial» del Derecho, capaz de dar con su «naturaleza fundamental» en el sentido de averiguar «el conjunto de propiedades que convierten a sus instancias (reales o posibles) en las cosas que son», del mismo modo que «ser H_2O es lo que convierte al agua en *agua*» (Shapiro 2011: 8-9). El concepto de Derecho no posee un formato «naturalista» o de «clase cerrada» de este tipo –esto es, un concepto universal-objetivo, «formal» o ahistórico– por la simple razón de que ningún concepto jurídico soporta tal categorización científica ni tal es el cometido de la dogmática jurídica y, menos aún, el de la teoría del Derecho (no son ciencias en ningún sentido riguroso de esta idea). Tomados en su dimensión específicamente normativa, que es la pertinente para el positivismo (pero, como hemos insistido, no solo para esta concepción filosófica del Derecho), los conceptos jurídicos poseen una estructura epistemológica *interpretativa*. Lo que significa que sus contenidos se dan necesariamente a través de marcos y puntos de vista valorativos, sin que resulte posible –para la dogmática y la teoría jurídica– construir un discurso sobre los mismos que simultáneamente sea relevante y exhiba neutralidad axiológica. Son conceptos ligados a prácticas sociales circunstanciadas en contextos históricos e institucionales que las

orientan hacia ciertos fines y valores y no otros. Así, el dominio de tales conceptos –el manejo de las propiedades que los constituyen– es internamente dependiente de tomas de posición y concepciones ideológicas y filosóficas en relación con tales prácticas, fines y valores. Esto hace que su dimensión *crítica* pase a primer plano: toda «descripción» es siempre una «reconstrucción» comprometida en mayor o menor grado con interpretaciones críticas a la luz de valoraciones, nunca «neutral» o libre de ellas (*wertfrei*). Y toda *explicación* conducente a juicios causales o funcionales sobre los fenómenos jurídico-normativos debe retraducirse en forma nuevamente crítica: el punto de vista externo (o *etic*) tiene que retornar al plano interno de la práctica (al punto de vista del participante o *emic*) porque de otro modo no podrá ser *jurídicamente* pertinente. La práctica tiene, pues, prioridad *lógica* y marca la escala de cualquier teorización jurídica. El discurso del Derecho se impone a lo largo de todos sus estratos teóricos (no ya el de la dogmática, sino también el de la propia teoría del Derecho) como un discurso él mismo de rango práctico, interpretativo, orientado a la crítica de la práctica desde la inmanencia de sus fines y valores, y esto es lo que impide (pese a todos los intentos llevados a cabo por las doctrinas positivistas, como antes por las iusnaturalistas) cualquier homologación epistemológica con una ciencia social o natural. La clase de objetividad aquí posible no puede consistir en la supresión de las evaluaciones, o en la sola «descripción» de los juicios de valor operativos en la práctica, como sostiene el positivismo jurídico, sino en la constante reinterpretación de la práctica y sus conceptos desde *concepciones* materiales diversas de los valores en ellos actuantes. En otras palabras: en la participación en la misma y su prosecución según nuevas líneas. Los criterios de fundamentación racional de los conceptos involucrados son, pues, de carácter normativo y valorativo, encaminados a la justificación de cursos de acción en términos de corrección: criterios de racionalidad práctica.

La idea filosófica fundamental a la que esta crítica epistemológica abre inmediatamente camino es, entonces, una vieja idea, procedente de la cultura clásica greco-romana, cuya pervivencia histórica es muy significativa no solo por haber acompañado al Derecho desde siempre sino por haber conformado la noción misma tradicional de la racionalidad jurídica como «jurisprudencia», a saber: la idea de *praxis*. El Derecho es, en efecto, una práctica social compleja, distribuida en diferentes instituciones concatenadas entre sí (legislativas, judiciales, ejecutivas, profesionales,…), que en modo alguno tolera ser conceptualizada en términos aislacionistas, como pretende la metodología positivista, sino, antes bien, en trabazón constante y dinámica con las demás instituciones sociales y particularmente con las morales y políticas. Pues es ahí, en ese espacio común de interferencia, donde se generan los problemas, conflictos y divergencias de escala colectiva (de cooperación, control, distribución, reparación en términos de «razón pública» o interés general) que constituyen el verdadero motor impulsor de la práctica jurídica y para cuya gestión racional el Derecho se ve obligado a edificar una teorización conceptual propia y una metodología crítico-argumentativa también específica. Igualmente, es fuera del Derecho donde emergen los fines y los valores justificativos y articuladores de esos conceptos, teorías y métodos, a cuya materialización obedece el

conjunto del aparato institucional jurídico. Esos fines y valores se presentan siempre en forma conflictiva ante las instituciones jurídicas, cuyo cometido no es otro, entonces, que la gestión práctica misma de los desacuerdos político-morales, de los cuales los desacuerdos jurídicos son a la vez reflejo, codificación y patrón de resolución. De ahí la estructuración dialéctica de todos los procedimientos jurídicos de producción y aplicación de normas y la configuración «esencialmente controvertida» de los conceptos jurídicos a todos los niveles, desde el manejo ordinario de la infraestructura de reglas del Derecho hasta los conflictos de gran calado entre los principios y derechos que están a su base. Es esta especial constitución de los conceptos jurídicos –y no tanto que los juristas decidan temerariamente ponerse a filosofar «por su cuenta y riesgo»– lo que vuelve necesaria una reflexión filosófica sobre el Derecho, reflexión que ya tiene que ejercitarse, conscientemente o no, en el desempeño de la propia práctica jurídica: a partir de un cierto nivel de complejidad, el lenguaje jurídico sencillamente precisa de un metalenguaje filosófico[31]. En virtud de la singular forma en la que en él confluyen elementos de racionalidad pragmática o instrumental, deontológica o formal, y valorativa o material, el Derecho contemporáneo seguramente constituye la realización institucional más transparente de lo que llamamos «racionalidad práctica». Pero además, si la idea filosófica de «práctica» es la más adecuada a la realidad del Derecho de nuestro tiempo –el Derecho de los Estados constitucionales, tomado como estándar civilizatorio que hace de los derechos humanos el núcleo axiológico de todas las normas jurídicas y, por tanto, sociales– es porque la *crítica* político-moral del Derecho, de la práctica jurídica, a la luz de dicho estándar constituye un cometido central, probablemente el más importante, de la filosofía del Derecho como filosofía práctica.

Y por eso, en definitiva, el positivismo jurídico no solo fracasa como filosofía en sus presupuestos epistemológicos sino también en sus presupuestos ético-políticos, precisamente por su afán de mantener a toda costa la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moralidad, entre el ser y el deber del Derecho: aquella separación que la idea del Derecho como práctica conduce justamente a superar mediante su comprensión en términos no dicotómicos. Como antes el descriptivismo y la tesis de la neutralidad, ahora el convencionalismo y el escepticismo moral producen un potente efecto paralizante sobre la filosofía positivista del Derecho, incapacitándola para dar cuenta del Derecho como un agregado dinámico de prácticas argumentativas (la práctica de legislar, de juzgar, de administrar, de abogar, de enseñar… que ponen en ejercicio de modos diversos y a veces conflictivos entre sí la masa de instrumentos normativos de un orden jurídico desarrollado) en lugar de una estructura sistemática acabada y separada. Encastillado en un concepto estructural, «formal», del Derecho, el positivismo jurídico renuncia explícitamente a ser una filosofía *crítica*. Fuerza a sus defensores más brillantes (estoy pensando en casos como el de L. Ferrajoli) a volverse

31. *Cf.* Nussbaum, 1993, Dworkin, 2010. Una explicación en tal sentido de la idea de *vera philosophia* de Ulpiano –más plausible que la propuesta por Ramis (39 y ss.)– nos la ofrece Schiavone (2009: 417 y ss.)

inconsistentes ante la tesitura de mostrarse fieles a postulados filosóficos tan impracticables como el de la «gran división» entre ser y deber ser o el subjetivismo moral. De este modo, la función crítica que en su momento desempeñó el positivismo jurídico reivindicando, frente a la filosofía iusnaturalista, la necesidad de que la teoría jurídica hiciese tema central de las estructuras positivas del Derecho contemporáneo, ha degenerado en función *dogmática* de exaltación de la autoridad del Derecho y de defensa de los valores institucionales de la legalidad entendidos como valores puramente formales. Pero lo cierto es que tal defensa ni siquiera puede ser ya hecha eficazmente desde premisas positivistas: más bien estas, al situar el discurso teórico-jurídico fuera de la discusión político-moral normativa y valorativa, constituyen «un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional» (Atienza-Ruiz Manero, 2007: 21). El concepto positivista del Derecho, un estricto «concepto formal» construido a base de distinciones puramente dicotómicas que operan –especialmente en las orientaciones más analíticas– como auténticos dogmas escolásticos (un signo inequívoco de decadencia filosófica), verifica con exactitud aquello que González Vicén criticaba en relación con este tipo de conceptos: que cuanto más formales y abstractos son «más pobres en contenido se hacen» (González Vicén, 1969: 65). Así, el modelo positivista queda sobrepasado por los problemas más acuciantes que encara el Derecho de los Estados constitucionales contemporáneos y en este sentido se ha vuelto filosóficamente arcaico, obsoleto. Problemas respecto de los que según el positivismo jurídico nada tendría que decir la filosofía del Derecho pero que, en realidad vienen a mostrar hasta qué punto es la propia visión estadocéntrica y normativista del Derecho la que ha quedado históricamente «descentrada» (por ejemplo, los problemas de la nueva articulación paraestatal, supraestatal o infraestatal de las prácticas jurídicas: los «soberanos privados» y «poderes salvajes» de la globalización, las sociedades multiculturales y plurinacionales, la internacionalización de los derechos, la revolución digital, el constitucionalismo global, etc.)

Solamente, en consecuencia, desde una comprensión filosófica del Derecho como práctica se está en condiciones de elaborar un concepto verdaderamente «histórico» del Derecho y, por tanto, de la propia filosofía del Derecho, entendida esta –parafraseando a Hegel– como los conceptos de una época del Derecho captados mediante ideas filosóficas. Para repetir una última vez las palabras del propio González Vicén: «Histórico es un concepto, no por su mutabilidad en el tiempo, ni porque esté referido, de una u otra manera, a la historicidad de la razón cognoscente, sino por su vinculación esencial a una estructura histórica […] O dicho de otra manera: los conceptos históricos no son formas con las que "desde fuera" nos acerquemos a la realidad histórica para su comprensión, sino estructuras extraídas de esta misma realidad, sistematización y ordenación desde un punto de vista relevante de tendencias, tensiones, corrientes ideológicas, relaciones de sentido, valoraciones, en suma, de todo un mundo de significaciones que se da como singularidad concreta en un momento determinado del tiempo histórico» (González Vicén, 1969: 15-16). Cuando los autores positivistas dan por sentado que secundar una concepción práctica del Derecho como la propugnada

por el post-positivismo significa una regresión a formas premodernas del Derecho y del pensamiento jurídico no hacen sino retratar la perspectiva esencialmente anacrónica en la que está anclada la propia concepción positivista[32]. Cuando, siguiendo una suerte de automatismo o inercia elemental, presumen que una filosofía no positivista que da prioridad a los elementos justificativos del Derecho que apuntan a la idea de justicia (Alexy, 2002) es, por definición, «iusnaturalista», simplemente están poniendo de manifiesto hasta qué punto son presa de un esquema binario perteneciente a una «estructura histórica» ya pretérita cuyas ideas han perdido toda vigencia filosófica. No es de extrañar que ese esquema sea también en buena parte compartido por los defensores del iusnaturalismo, una concepción netamente arcaica del Derecho, ni que estos se esfuercen por subrayar los puntos en contacto entre ambas concepciones[33], creyendo así ser las dos únicas (presuntamente «intemporales») alternativas filosóficas a tomar en cuenta: *contraria sunt circa eadem*. Esto solo demuestra que funcionan más como «ideologías doctrinales» que como verdaderas filosofías del Derecho, y ello porque en realidad han dejado de ser filosofías del Derecho verdaderas.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R., 2002: *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press.

Arendt, H., 2012: *Conferencias sobre la filosofía política de Kant* [1982], ed. R. Beiner, trad. de C. Corral. Barcelona: Paidós.

Atienza, M., 2017: *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J., 2007: «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, 27: 7-28. https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i27.384

Bobbio, N., 1950: «Interpretazioni anglosassoni della Filosofia del Diritto», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 35/1: 90-101.

Bobbio 1990a: «Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho» [1962], en Id., *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Madrid: Debate, pp. 91-101.

Bobbio 1990b: «Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho» [1950], en Id., *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 73-90.

Bobbio 1993: *El positivismo jurídico* [1961], trad. de R. de Asís y A. Greppi, Madrid: Debate.

Bobbio 2017: *Locke e il diritto naturale* [1963, 1.ª ed.; 1987, 2.ª ed.], Torino: Giappichelli.

Bueno, G., 1970: *El papel de la filosofía en el conjunto del saber*, Madrid: Ciencia Nueva.

Bueno 1974: *La metafísica presocrática*, Madrid/Oviedo: Pentalfa.

Bueno 1995: *¿Qué es la filosofía?* Oviedo: Pentalfa.

32. Un caso muy claro de comprensión atemporal o «ucrónica» del concepto del Derecho es, por ejemplo, el de Raz, quien sostiene que una sociedad puede tener Derecho y no tener el concepto de Derecho, ya que «nuestra posesión del concepto es lógicamente independiente del hecho de que vivamos en una comunidad política gobernada por el Derecho» (Raz, 2009: 39).

33. *Cf.*, p. ej., Orrego, 2007; Finnis, 2011.

Carpintero Benítez, F., 1986: «*Naturrecht* y *Rechtsphilosophie*. Los inicios del positivismo jurídico en Alemania», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3: 343-397.

Cassirer, E., 1910: *Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik*, Berlin: Verlag von Bruno Cassirer.

Dagger, R., 1995: «Rights», en T. Ball, J. Farr y R. L. Hanson (eds.), *Political innovation and conceptual change* [1989], Cambridge: Cambridge University Press, pp. 292-308.

Dilthey, W., 1944: *Estructuración del mundo histórico por las ciencias del espíritu*, en *Obras*, trad. de E. Imaz, México: FCE, vol. VII: *El mundo histórico*, pp. 91-318.

Dilthey, W., 1986: *Introducción a las ciencias del espíritu* [1883], trad. de Julián Marías, Madrid: Alianza.

Döring, D., 2012: *Samuel Pufendorf in der Welt des 17. Jahrhunderts. Untersuchungen zur Biographie Pufendorfs und zu seinem Wirken als Politiker und Theologe*, Frankfurt am Main: Klostermann. https://doi.org/10.5771/9783465141518

Dworkin, R., 2010: «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», *Isonomía*, 32: 7-29 (trad. L. García Jaramillo). https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i32.262

Dworkin, R., 2011: *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Ferrajoli, L., 2011: *Principia iuris* [2007], trad. de P. Andrés *et al.*, vol. I. *Teoría del Derecho*, Madrid: Trotta.

Finnis, J., 2011: «The Truth in Legal Positivism» [1996], en *Collected Essays: Volume IV*, *Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 174-188. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199580088.003.0008

Gallie W. B., 1956: «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56: 167-198. https://doi.org/10.1093/aristotelian/56.1.167

García Pelayo, M., 1959: *El Reino de Dios, arquetipo político. Estudios sobre las fases políticas de la Alta Edad Media*, Madrid: Revista de Occidente.

González Vicén, F., 1969: «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV: 15-65.

González Vicén, F., 1979a: «Sobre el positivismo jurídico», en Id. (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna: Universidad de la Laguna, pp. 171-206.

González Vicén, F., 1979b: «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea» [1950], en Id. (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 47-140.

González Vicén, F., 1984: «Del Derecho Natural al positivismo jurídico», en Id., *De Kant a Marx. Estudios de historia de las ideas*, Valencia: Fernando Torres, pp. 205-229.

González Vicén, F., 2010: *Teoría de la revolución. Sistema e historia* [1932], Madrid: Plaza y Valdés/CSIC.

Hervada, J., 1991: «El nombre de la Filosofía del Derecho», en *Problemas de la Ciencia jurídica. Estudios en homenaje al Prof. Francisco Puy Muñoz*, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, pp. 323-335.

Hochstrasser, T. J., 2004, *Natural Law Theories in the Early Enlightenment* [2000], Cambridge: Cambridge University Press.

Kelsen, H., 1960: *Reine Rechtslehre*, Wien: Franz Deuticke (2.ª ed.)

Kelsen, H., 1962: «Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?», *Archives de Philosophie du Droit*, 7: 131.

Legaz y Lacambra, L., 1961: *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Bosch, 2.ª ed.

Losano, M. G., 2002: *Sistema e struttura nel diritto*, Vol. I: *Dalle origini alla Scuola storica*, Vol. II: *Il Novecento*, Milán: Giuffrè.

Marmor, A., 2011: *Philosophy of Law*, Princeton: Princeton University Press.

Marmor, A., 2012 (ed.): *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9780203124352

Nussbaum, M. C., 1993: «The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education, *Stanford Law Review*, 45: 1627-1645. https://doi.org/10.2307/1229118

Orrego, C., 2007: «Natural Law Under Other Names: *De Nominibus Non est Disputandum*», *American Journal of Jurisprudence*, 52/1: 77-92. https://doi.org/10.1093/ajj/52.1.77

Pattaro, E. (ed.), 2007: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Dordrecht: Springer. Vol. 6: F. D. Miller, Jr. y C-A. Biondi (eds.): *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, Dordrecht: Springer 2015.

Ramis Barceló, R., 2020: «Sobre la filosofía de la historia del Derecho en el siglo xxi», en J. M.ª Pérez Collados (ed.), *Maneras de construir la historia. La filosofía de los historiadores del Derecho*, Madrid: Pons, pp. 147-166. https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp4x6r.8

Ramis Barceló, R., 2021: *El nacimiento de la Filosofía del Derecho. De la* Philosophia iuris *a la* Rechtsphilosophie, Madrid: Dykinson. https://doi.org/10.2307/j.ctv1ks0dc1

Raz, J., 2009: *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, New York: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199562688.001.0001

Rommen, H. A., 1998: *The Natural Law. A Study in Legal and Social History and Philosophy* [1936], trad. de R. Hanley. Versión revisada del original alemán *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Leipzig: Verlag Jakob Hegner.

Rothacker, E., 1965: *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften* [1927], München: R. Oldenbourg.

Ruiz Miguel, A., 2002: *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid: Trotta.

Samuel, G., 1989: «Epistemology, propaganda and Roman law: Some reflections on the history of the subjective right», *The Journal of Legal History*, 10/2: 161-179. https://doi.org/10.1080/01440368908530961

Schiavone, A., 2009: *Ius. La invención del derecho en Occidente* [2005], trad. de G. Prósperi, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

Shapiro, S. J., 2011: *Legality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Skinner, Q., 1995: «Language and political change», en T. Ball, J. Farr y R. L. Hanson (eds.), *Political innovation and conceptual change*, cit., pp. 6-23.

Skinner, Q., 2002: *Visions of Politics*, *Vol. I: Regarding Method*, Cambridge: Cambridge Univ. Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511790812

Strauss, L., 1965: *Natural Right and History* (1953), Chicago: The University of Chicago Press.

Tarello, G., 1976: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna: Il Mulino.

Tuck, R., 1998: *Natural rights theories. Their origin and development* [1979], Cambridge: Cambridge University Press.

Ullmann, W., 1971: *Principios de gobierno y política en la Edad Media* [1961], trad. de G. Soriano, Madrid: Revista de Occidente.

Veatch, H. y Rautenberg, J., 1991: «Does the Grisez-Finnis-Boyle Moral Philosophy Rest on a Mistake?», *Review of Metaphysics*, 44/4: 807-830.

Vega, J., 2016: «¿Qué clase de «teoría general» es la Teoría General del Derecho?», en *Liber Amicorum. Homenaje al Profesor Luis Martínez Roldán*, Oviedo: Universidad de Oviedo, pp. 685-705.

Vega, J., 2018: «La filosofía del Derecho como filosofía práctica», *Revus*, 34 https://doi.org/10.4000/revus.3990

Villey, M., 1962: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* [1957], París: Dalloz.

Williams, R.,1983: *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society* [1976], London: Fontana.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 547-568
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.21

¿Por qué ciertos juristas quieren ser filósofos?

Why do Certain Jurists Want to be Philosophers?

Rafael Ramis Barceló

Autor:
Rafael Ramis Barceló
Universitat de les Illes Balears, España
r.ramis@uib.es
https://orcid.org/0000-0003-1756-6695

Recibido: 7/1/2023
Aceptado: 9/2/2023

Citar como:
Ramis Barceló, Rafael (2023). ¿Por qué ciertos juristas quieren ser filósofos? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 547-568. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.21

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Rafael Ramis Barceló

Resumen

Este escrito intenta explicar históricamente la tentación que ciertos juristas han tenido de ser filósofos. En diálogo con Manuel Atienza y Jesús Vega, se examina el estatus de la filosofía del derecho en el marco de la organización de los saberes universitarios y se hace una propuesta al respecto: que la filosofía del derecho se cultive en la Facultad de Filosofía y que la Teoría del Derecho se estudie en la Facultad de Derecho.

Palabras clave: Philosophia iuris; Filosofía del derecho; Teoría del derecho; Derecho natural; Felipe González Vicén.

Abstract

This paper attempts to historically explain the temptation that certain jurists have had to be philosophers. In dialogue with Manuel Atienza and Jesús Vega, the status of the Philosophy of Law is examined within the framework of the organization of university knowledges and a proposal is made in this regard: that the Philosophy of Law be cultivated in the Faculty of Philosophy and that the Theory of Law be studied at the Faculty of Law.

Keywords: Philosophia iuris; Philosophy of Law; Theory of Law; Natural Law; Felipe González Vicén.

Agradezco de corazón a los profesores Manuel Atienza[1] y Jesús Vega[2] las elaboradas respuestas a mi propuesta[3], que intentaba sintetizar las tesis fundamentales de mi libro *El nacimiento de la Filosofía del derecho. De la Philosophia iuris a la Rechtsphilosophie*[4]. La lectura de sus textos me ha recordado el enjundioso, divertido y pasional debate sostenido en Alicante, y no resisto la tentación de volver al tema, intentando enfocar la cuestión desde otro ángulo, a fin de contestar a sus objeciones.

Los comentarios de Atienza y Vega –y las observaciones que he ido recibiendo desde la publicación del libro– me han ayudado a comprender que la presentación que hice de la cuestión estaba, tal vez, demasiado pensada para un público hispano, y centrada en un debate con González Vicén[5]. Quizás sea así, y que el «mano a mano» con este erudito e historiador de las ideas haya impedido que se vea con toda nitidez la cuestión principal. Es cierto que mi libro nació desde la primigenia admiración y la posterior decepción con respecto de las tesis de González Vicén, si bien el asunto tenía raíces más hondas, que tal vez no supe exponer con la suficiente claridad. En este escrito intentaré profundizar en ellas, al tiempo que trataré de explicitar aún más mis puntos de desacuerdo con Atienza, Vega y González Vicén, que en nada desmerecen la altísima valoración de su labor, de la que tanto he aprendido.

1. LOS ORÍGENES DE LA TENTACIÓN FILOSÓFICA DEL JURISTA Y LA ORGANIZACIÓN DE LOS SABERES UNIVERSITARIOS

Antes de entrar en las cuestiones de método, quisiera esclarecer que la pregunta previa, la que me rondaba en la cabeza cuando empecé a estudiar estos temas –es decir, antes de interesarme por la idea de «filosofía del Derecho» y en las razones por las que esta disciplina se estudiaba en la Facultad de Derecho–, era por qué ciertos juristas han tenido siempre una tentación tan grande de proclamarse «filósofos».

La cosa viene de antiguo y es importante notar que tiene mucho que ver con la organización de los saberes. Es indudable que también los médicos quisieron ser filósofos, ya desde el mundo grecorromano («medicus enim philosophus est Deo aequalis», como se lee en toda la tradición hipocrática, o el breve escrito *Quod optimus medicus sit quoque philosophus* de Galeno). No ha de extrañar, por ello, que la configuración de la Universidad medieval agrupara, en algunos lugares, a médicos y a filosófos en la «Facultad de Artes y Medicina», como sucedió en Bolonia y en otras partes. En el siglo

1. Atienza, 2023, pp. [hay que poner las páginas correspondientes]. Hay que esperar a las pruebas para poner las páginas
2. Vega, 2023, pp.
3. Ramis Barceló, 2023, pp.
4. Ramis Barceló, 2021.
5. González Vicén, 1969, pp. 15-65.

XVII, el eminente profesor de medicina Lazare Rivière aún lo expresaba escribiendo que: «Philosophia Medicinae soror germana et uterina est, facem et praeferens[6]». A lo largo de la historia, los médicos se consideraron a menudo los verdaderos filósofos, pues –desde Hipócrates y Galeno– el saber médico tenía un componente de reflexión antropológica y moral, que explicaba la vida buena mejor incluso que los «filósofos» a secas[7]. Dado el enorme prestigio de la filosofía como saber holístico, no es raro que la medicina se considerase una disciplina hermana, absolutamente unida al saber filosófico.

Para la teología, especialmente en el ámbito católico, la matriz filosófica era esencial, una criada que le acompañaba –con la antorcha en la mano– en el costoso despliegue de la razón para explicar la fe. Puede decirse, pues, que dos de las Facultades mayores (Medicina y Teología) respiraron a pleno pulmón filosófico hasta comienzos del siglo XIX.

No ocurría exactamente lo mismo con la Facultad de Leyes, pues su andamiaje epistemológico era bastante más frágil. Pese que la Facultad de Filosofía era menor, no era una «ancilla» ni una «soror germana et uterina», sino más bien una lumbre muy necesaria para un saber jurídico, cuya autonomía (como saber) no acababa de percibirse o era realmente escasa. El teólogo se creía por encima del filósofo, el médico consideraba a este como un igual (con el que, en cierto modo, rivalizaba), mientras que el jurista le veía como a un superior. Ya desde la Antigüedad, el jurista era consciente de la endeblez epistemológica de su saber, y quiso ser bien sacerdote, bien filósofo, a fin de tapar –por sobrecompensación, como se diría en psicología– sus carencias.

Desde la configuración de las Universidades, la Facultad de Leyes se contaba entre las «mayores», si bien su infeudación epistemológica –en momentos distintos– a las de Teología y Filosofía fue un hecho insoslayable. Hay que decirlo claramente: a muchos juristas, ser «jurista» a secas les ha parecido siempre poca cosa. Era más interesante ser sacerdote y, en los momentos de mayor secularización, filósofo.

De ahí que, si los médicos intentaron ser sacerdotes y filósofos, también los juristas lo procuraran. Sin embargo, desde la Edad Media, la compenetración entre las Facultades de Medicina y Filosofía, no halló parangón con la de Derecho. Al contrario, los teólogos y los filósofos se consideraban capacitados para entrar en cuestiones jurídicas y de enmendar la plana a los juristas.

En el siglo XVII, después de diversos intentos, los profesores de Leyes de ciertas regiones luteranas, interesados en comprender mejor los fundamentos del derecho romano que aplicaban, lograron una separación de la Teología a costa de infeudarse a la Filosofía. A la articulación de esa infeudación de la Facultad de Derecho a la de Filosofía, con el fin de comprender mejor el derecho romano, empezaron a llamarla *philosophia iuris*. ¿Se trataba de un concepto nuevo o de un mero nombre? Para responder a esa pregunta, hice un barrido hacia atrás, buscando si existía ya ese nombre (esa noción,

6. Riverius, 1737, p. 3.
7. Moreno Rodríguez, 2013, pp. 441-460.

ese sintagma…) o si había otro concepto para designar este tipo de infeudación del saber jurídico al filosófico, y por ende, en un sentido institucional, de la Facultad de Derecho a la de Filosofía.

La indagación acabó mostrando que no se había creado antes la noción (el nombre, el sintagma) de *philosophia iuris*, así como tampoco esa infeudación universitaria. No existía ni el nombre ni la cosa. Sin embargo, hay un universal que recorre la historia de las relaciones entre el saber jurídico y el filósofico (y luego, entre sus Facultades) y es la continua tentación que ha tenido el jurista de ser filósofo y de proclamar que la suya era la *vera philosophia*. En mi libro, intenté explicar cuáles eran las nociones que había utilizado el jurista para designar esa *vera philosophia*. La que se utilizó hasta el Renacimiento tardío fue la de *philosophia legalis*, la verdadera filosofía, frente a la mera dialéctica, considerada como una pura sofística, sin ningún tipo de resultado ni utilidad.

Es decir, tenemos una realidad que atraviesa la historia: la voluntad del jurista de proclamarse filósofo y de hacer una *vera philosophia*, en contra de la filosofía dialéctica, vana e inútil de los filósofos. Desde la Baja Edad Media hasta comienzos del siglo XVII se la llamó *philosophia legalis*, y designó los intentos infructuosos de los juristas de emanciparse de la gravosa tutela de la teología. A mediados del siglo XVII, esa tentación de hacer *vera philosophia* empezó a ser denominada de otra manera: *philosophia iuris*. ¿Es una cuestión de pura terminología? ¿Es lo mismo la *philosophia legalis* que la *philosophia iuris*? ¿Por qué cambiarle el nombre?

Un estudio detenido de lo que significaba *philosophia iuris* revela que se trataba de una noción polisémica, si bien todas sus acepciones, en el fondo, remitían a lo mismo: a la vinculación del saber jurídico al filosófico, con la consiguiente infeudación de la Facultad de Derecho a la de Filosofía. Tras siglos de vacilaciones, en el marco del paradigma secularizador, algunos juristas de regiones luteranas del Sacro Imperio, superando los límites del concepto de *philosophia legalis*, consideraron necesario destruir las ataduras con la Teología (que seguían firmes en la Segunda Escolástica católica), y vincularse epistemológica e institucionalmente a la Filosofía. De ahí, la necesidad de crear puentes (cátedras, manuales…) desde la Filosofía al Derecho, con fuertes debates internos acerca de si esa *philosophia iuris* debía ser meramente una guía metodológica o el completo fundamento del saber jurídico.

Ciertamente, el jurista –al igual que en Roma– quería seguir haciendo la *vera philosophia*, si bien el cambio de nombre designa algo más que un mero capricho. Si lo examinamos detenidamente, nos percatamos de que *philosophia iuris* es una noción que designa un concepto nuevo: el corte definitivo de los lazos con la Teología y la infeudación del saber jurídico a la Filosofía, con una nueva articulación epistemológica e institucional. Y, por supuesto, se trata de un concepto histórico, pues nace en un momento dado –que pudimos determinar– para designar una realidad nueva operada por un cambio en la mentalidad de los juristas y en un planteamiento institucional diferente.

Por lo tanto, en el marco de la tentación que ha tenido el jurista de hacer la *vera philosophia*, la noción *philosophia iuris* sustituye a la de *philosophia legalis* no por casualidad, sino porque una serie de autores quisieron proponer algo nuevo y prefirieron darle un nombre distinto del que se venía utilizando hasta entonces. Aunque esta reconstrucción pueda ser vista como un ejercicio pedante de filología, tiene también sus razones, y no deja de encerrar cuestiones de calado filosófico. Tal vez, a alguien le pueda parecer un cambio menor con respecto de las épocas anteriores, si bien creo que la secularización y la infeudación del Derecho a la Filosofía no es tema baladí, y creo que así lo entendieron estos juristas, que discutieron apasionadamente cuál tenía que ser el grado y el modo de dicha infeudación.

Todo ello puede entenderse como un fruto tardío del humanismo jurídico, el cual, con su afán filológico e histórico, quiso mostrar que el derecho romano que se aplicaba en el Sacro Imperio tenía que ser entendido en su contexto original. De ahí la importancia de comprender la mentalidad del jurista romano (las etapas de la historia romana, lógica estoica, el debate en torno a la ética estoica o aristotélica…) para aprehender mejor unos textos escritos muchos siglos antes y que necesitaban ser actualizados «hermenéuticamente».

Por lo tanto, la secularización y la infeudación del Derecho a la Filosofía (epistemológica e institucionalmente), con la misión de interpretar mejor los textos del derecho romano, son los rasgos propios del concepto histórico de *philosophia iuris*.

2. EXCURSO: LA NOCIÓN Y EL CONCEPTO DE «FILOSOFÍA DEL DERECHO»

Como se ha podido comprobar, no se trata de una cuestión de pura arqueología terminológica, pues González Vicén recalcó algo con lo que concordamos, a saber, que la noción (el sintagma) «filosofía del Derecho» supuso dar nombre a una realidad nueva:

«Un hecho cierto hay, sin duda, desde el que es preciso partir en todo el problema: el hecho de que el nombre de "filosofía del Derecho" en tanto que término técnico y como una denominación precisa, tal como lo son la de «sociología» o la de «filosofía de la historia», es una denominación que se forja entre los siglos XVIII y XIX, y que se forja como proyección terminológica de una nueva vivencia de la realidad histórica, y, por ello mismo, de lo que llamamos Derecho. Hay una «filosofía del Derecho», porque hay una nueva experiencia de las formas históricas, y porque, por ello mismo, la pregunta por el ser del Derecho reviste de improviso un sentido y una trascendencia totalmente nuevos. Cuando, por esta razón, se intenta encontrar los orígenes de la denominación «filosofía del Derecho» en textos de la Baja o de la Alta Latinidad o en autores más

recientes, como Leibniz, lo único que se hace es engañarse a sí mismo, y proyectar en el vacío algo que se encuentra ante nuestros propios ojos[8]».

Con González Vicén estamos de acuerdo en dos puntos: 1) que la noción de «filosofía del Derecho» fue creada para designar una experiencia nueva en el ámbito jurídico, y puede ser considerada, por ello, un concepto «histórico», y 2) que hablar de la «filosofía del Derecho» de Cicerón o de Tomás de Aquino solo puede hacerse analógicamente, es decir, usando esa noción «moderna» (es decir, que designa algo histórica y específicamente moderno) con una transposición al mundo antiguo y medieval, al igual que hacemos al referirnos con la «sociología» de Platón o la de «filosofía de la historia» de San Agustín.

Sin embargo, los puntos de desacuerdo son los siguientes: 1) que la denominación no se forjó a finales del XVIII y comienzos del XIX, en alemán, sino que se hizo a mediados del XVII, en latín y en unas regiones luteranas del Sacro Imperio, y 2) que no empezó como una pregunta por el «ser» del derecho, sino como un problema de organización del conocimiento y de infeudación del saber jurídico al filosófico. No se trataba para nada de la cuestión del «derecho natural» ni del «derecho positivo», puesto que –hay que repetirlo– la noción de «filosofía del Derecho», cuando fue creada, nada tenía que ver con el «positivismo jurídico». Hasta el siglo XIX, se escribieron decenas de tratados, manuales, tesis… sobre la *philosophia iuris* sin que se tratara, en absoluto, de nada ligado al «positivismo jurídico».

Por tanto, tiene razón González Vicén en que «filosofía del Derecho» es un concepto «histórico» creado para designar una experiencia nueva en el ámbito jurídico, pero esa experiencia no es el «positivismo jurídico» ni nace a finales del siglo XVIII. Tampoco tuvo conciencia de que *philosophia iuris* sustituyera a *philosophia legalis*, ni que esa *philosophia iuris* luego fuera revindicada tanto por los cultivadores de la *Philosophie des Rechts*, como los de la *Philosophie des positiven Rechts*, como veremos después.

Por esa razón, hasta aquí no hemos dicho ni una palabra de «derecho natural» ni de «derecho positivo», ni mucho menos de «iusnaturalismo» o «positivismo jurídico». Simplemente hemos indicado que *philosophia iuris* es un sintagma novedoso que designa un concepto también nuevo, y que remite a la ruptura de los lazos que ataban el Derecho a la Teología y a una renovadora coyuntura de supeditación del Derecho a la Filosofía, para comprender mejor el derecho romano. Al decir que el cambio es epistemológico queremos indicar que afecta al saber jurídico con respecto del filosófico y el teológico, mientras que al aseverar que es institucional indicamos que dicho cambio se da en el marco de las Facultades universitarias, en un reequilibrio de fuerzas muy considerable.

Esta noción de *philosophia iuris* (con el concepto nuevo que encierra) se usó y desarrolló (aunque no de forma exclusiva) con la creación de la cátedra de «derecho natural y de gentes» en las Facultades de Artes y Filosofía de ciertas universidades luteranas. Esta fue concebida como un puente propedéutico desde la Facultad de Filosofía a la

8. González Vicén, 1969, pp. 54-55.

de Leyes, a fin de delimitar (filosóficamente) los primeros principios del derecho, en el seno de los estudios filosóficos que todo universitario debía cursar obligatoriamente antes de pasar a una Facultad Mayor como era la de Leyes. Hay que pensar que ello supuso una importante novedad, pues antes el estudiante de Leyes empezaba con el derecho romano directamente (es decir, como hemos indicado ya, estudiando el derecho aplicable a muchas regiones del Sacro Imperio), sin ninguna transición entre los estudios de Artes a los de Derecho. Por lo tanto, el concepto de *philosophia iuris*, usado por diversos autores, designa, en último término, la voluntad de unir las dos Facultades, construyendo una robusta escalera desde la de Artes y Filosofía para que la de Derecho tuviera unos fundamentos sólidos, sobre los cuales se podría elaborar toda la especulación jurídica y, sobre todo, para comprender mejor la lógica, la ética y, en definitiva, la forma de argumentar y de pensar de los juristas romanos. Ello se oponía a la tradición bartolista, que vindicaba la independencia del jurista en el método a seguir y una hermenéutica mucho más *ad hoc*.

El cultivador de la *philosophia iuris* era, por lo general, una persona que había estudiado Artes y Filosofía, y luego Derecho, para pasar a enseñar su filosofía jurídica en la Facultad de Artes y más tarde a desempeñar una cátedra de Derecho (romano) en la Facultad de Leyes. Pese a las diferencias entre las posturas de quienes se ocupaban de la *philosophia iuris*, que no son pocas ni menores, un conjunto considerable de autores creyó que estaba haciendo algo distinto de sus predecesores (y también, por supuesto, de los juristas y teólogos católicos), y no vaciló en usar el nombre de *philosophia iuris*, para dar título a sus manuales, tesis, disertaciones… que versaban sobre temas diversos (metafísica jurídica, ética, fundamentos de derecho romano, argumentación…).

¿Es lo mismo la *philosophia iuris* y el «derecho natural»? La noción de *philosophia iuris* nació antes de las cátedras de «derecho natural y de gentes», si bien es cierto que fue usada solo en las regiones luteranas, en las que el derecho romano era derecho aplicable. Por lo tanto, hay que distinguir entre la *philosophia iuris* y las cátedras de «derecho natural y de gentes». Tarello[9] subrayó con agudeza que las primeras cátedras de «derecho natural» en buena parte de Europa estaban ubicadas en las Facultades de Artes y Filosofía o en instituciones análogas. Así ocurrió incluso en España cuando fue implantada en los Reales Estudios de San Isidro desde 1770[10], y solo posteriormente fue introducida en la Facultad de Leyes, primero como materia fuera del plan de estudios, y finalmente, a raíz de las reformas liberales, en el primer curso de Derecho, en virtud del reglamento de 1821[11].

Por lo tanto, es cierto que hubo cátedras de «derecho natural y de gentes» en diversos lugares de Europa hasta principios del siglo XIX, y que estaban ubicadas en la Facultad de Artes. No obstante, solo –y esto es lo importante– se usó la nomenclatura *philosophia*

9. Tarello, 1976, pp. 102-105.
10. Rus Rufino, 1994.
11. Martínez Neira, 2001, p. 128.

iuris en ciertos lugares del Sacro Imperio, porque precisamente estaban dilucidando algo diferente del derecho francés, español o de otros territorios. El «derecho natural y de gentes» era en Francia o en España un comodín para ir quitando terreno a la enseñanza tradicional del derecho romano y canónico, para afianzar el derecho nacional o «patrio», así como para abrir el derecho a una dimensión «internacional», y a diversas corrientes de pensamiento, mientras que, en las regiones luteranas, la *philosophia iuris* estaba pensada para dar un mayor fundamento «filosófico» al derecho romano, que era el aplicable a la sazón. De ahí que la noción de *philosophia iuris* remita a un concepto muy específico de relación entre la filosofía y el derecho (romano), diferente de la de otros países, que no usaron la noción de «filosofía del derecho», sino la de «derecho natural y de gentes».

Por lo tanto, la noción *philosophia iuris* encerraba todo un concepto nuevo que no suponía un cambio menor ni una veleidad, sino una forma concreta en el espacio (regiones luteranas) y en el tiempo (desde 1650 a 1730) de manifestar esa voluntad que tenía el jurista universitario de ser filósofo a partir de una sumisión del Derecho (el saber jurídico, y, por extensión, la Facultad de Leyes) a la Filosofía, a fin de que esta explicara mejor los conceptos que manejaba el derecho romano. Y, en realidad, cada uno de los profesores era «jurista» y era «filósofo», en tanto que había completado el ciclo institucional de Filosofía y luego el de Derecho, y consideraba que lo mejor que podía hacer el jurista, para hacer la *vera philosophia*, era pensar y enseñar, en la Facultad de Filosofía, unos fundamentos sólidos para el saber jurídico. La finalidad era que el Derecho (como saber) estuviera mejor fundamentado y, para ello, era imprescindible que el saber jurídico se amamantase directamente de las ubres filosóficas.

Ciertamente, la noción de *philosophia iuris* cayó en desuso hacia 1730. La razón es que, si hasta entonces la habían usado casi siempre aquellos juristas que enseñaban en la Facultad de Artes, empezaron a hacerlo también filósofos no juristas. Poco a poco, la cátedra de «derecho natural y de gentes» pasó a ser el lugar en el que juristas racionalistas y filósofos ajenos a la experiencia jurídica empezaron a pensar un *ius naturae* que englobaba también el derecho positivo, construido completamente de espaldas a la praxis[12]. Para unos, como Heineccius[13], que tanta repercusión tuvo luego en toda Europa, el «derecho natural y de gentes» era la base de un sistema racional abierto a un nuevo orden internacional, mientras que, para otros, como Gottfried Achenwall y Johann Stephan Pütter, el «derecho natural» era una parte de la filosofía práctica[14].

Si el objetivo último de la *philosophia iuris* era entender el derecho positivo (el derecho romano) y usar de la lógica, la metafísica, la ética y de la historia como herramientas

12. Véase Scattola, 2003, pp. 1-30.
13. Heineccius, 1738.
14. Pütterus – Achenwallius, 1750, p. 54 (§211): «Ius naturale est pars philosophiae practicae. Doctrina philosophiae, quo fiat certa atque indubitata, requirit, ut secundum rectam demonstrandi methodum proponatur. Hinc uti philosophia tanquam genus definitur per scientiam; ius etiam naturale tamquam species per scientiam definiri debet. Est itaque *ius naturale* scientia legum perfectarum naturalium».

hermenéuticas para comprender los textos de los juristas romanos (hay que recordar toda la corriente de la *philosophia iuris consultorum*, centrada en el estudio del estoicismo), los filósofos que se ocuparon del *ius naturae* en la Facultad de Artes y Filosofía se interesaron mucho menos por el derecho aplicable que por los fundamentos racionales del derecho natural.

Sentado lo anterior, digamos que es verdad que las obras que versaban acerca de la *philosophia iuris* y sus autores (poco o nada conocidos) habían permanecido (hasta la publicación de mi libro) en los anaqueles y en las bibliotecas sin despertar ninguna curiosidad. Unos dirán, con Atienza, que sus obras «no son de demasiado interés», pues frente a Kant, Hugo, Fichte, Hegel… han tenido muy poca repercusión. Y tienen razón. Si durante tantos años han permanecido olvidados, y nadie los ha echado en falta, por algo será. El problema está en que si no se estudian estas obras, se puede caer en el error de creer que los cuatro autores que acabo de citar partieron desde cero y crearon sus magnos edificios haciendo borrón y cuenta nueva de lo anterior.

Yo no dudo que estos autores (de Kant a Hegel) son el Platón, el Pericles, el Aristóteles… de la filosofía moderna. Sin embargo, ¿qué hubiera sido de ellos sin sus predecesores? ¿Acaso no parecen irrelevantes muchos racionalistas y empiristas cuando uno se encarama hacia las cordilleras del criticismo y el idealismo? Es más, ¿cómo entenderíamos a Platón y a Aristóteles, si no conociéramos la filosofía presocrática (o mejor dicho, preplatónica)? El estudiante sonríe al estudiar a Tales, Anaximandro y Anaxímenes, como el estudioso de la filosofía jurídica lo hace con Chopius, Thomasius, Ferber, Künhold, Wolf, Hartung, Weidling, Hahn, Beckmann y un largo etcétera. ¿Quiénes son estos oscuros profesores luteranos al lado de Kant o de Hegel? No llegan ni tan solo a la fama de los tan denostados racionalistas como Heineccius o Achenwall. ¿Qué aportan, si los comparamos con estos últimos, o con Hugo, Thibaut, Austin…?

Básicamente, estudiar sus obras sirve para desterrar tres errores, que se hallan en la obra de González Vicén: el primero, creer que Hugo, Hegel o Austin fueron los pioneros en usar la noción (el nombre) y en hacer (la cosa) «filosofía del derecho»; el segundo, entender que de lo que estaban discutiendo estos autores de finales del siglo XVIII poco o nada tenía que ver con el pensamiento jurídico anterior, y el tercero, aún más grave, considerar que la «filosofía del derecho» venía a sustituir al «derecho natural».

González Vicén creía que la «filosofía del derecho» nacía como *Philosophie des positiven Rechts*, es decir, que era inherente al «positivismo jurídico». Y no es así: hallamos, desde el siglo XVII, un nombre nuevo (*philosophia iuris*), traducido luego incluso a diversas lenguas vernáculas, que designa una forma nueva de entender las relaciones entre el saber jurídico y el filosófico. Cabe repetirlo: hubo ciento cincuenta años de «filosofía del derecho» sin «positivismo jurídico», que hasta ahora no eran conocidos, y que desmontan la tesis de que la «filosofía del derecho» era la noción propia de un nuevo paradigma, el del «positivismo jurídico». Precisamente, la *Philosophie des positiven Rechts* quería recuperar con ardor la *philosophia iuris* frente a otra radicalización, la *Philosophie des Rechts*, cultivada en exclusiva por los filósofos. Si no se entiende quiénes

eran los interlocutores de Kant, Hugo, Hegel…, simplemente el lector se quedará con las críticas que realizan a ciertos juristas y filósofos racionalistas, tomados como unos metafísicos de peluquín empolvado, que vivían en el mundo de las ideas, el mejor de los mundos posibles. Y ello tiene un doble peligro, a saber: por un lado, asentar una doctrina desvirtuada y unilateral y, por otro, desconocer totalmente un debate que solo se puede reconstruir con el acceso directo a las fuentes.

González Vicén y tantos iusfilósofos de nuestros tiempos –como muy bien subraya Jesús Vega– entienden la noción de «derecho natural» como si designara un «concepto formal», es decir, algo unívoco y no cambiante en el tiempo, como serían muchos conceptos matemáticos[15]. En cierta manera, el culpable de ello fue Kant, quien tomó una noción completamente racionalista del derecho natural, fruto de sus lecturas de Achenwall y otros, y que ha sido el punto de partida de muchos tratadistas posteriores.

La noción de «derecho natural» es un concepto casi tan proteico y plural como sería el de «derecho», o incluso el de «filosofía» a secas, que sirve –este último– tanto para designar las elucubraciones de Heráclito o Diógenes como las de Epicuro, Duns Escoto, Hume o Kant. Basta con tomar el *Digesto* (I, I, 1-11), para hallar acepciones opuestas (y contradictorias) de «derecho natural» y, por supuesto, nada tiene que ver lo que entendían por «derecho natural» autores como Ulpiano, Tomás de Aquino o Wolff. Más allá de la lucha política (entre la que se incluye la política académica), solo la autocomplacencia y la pereza justifican una visión tan pobre del concepto de «derecho natural». Sin embargo, es algo relativamente comprensible: no todos los juristas o los filósofos tienen una mentalidad histórica. Resulta más cómodo pensar que Platón y Wittgenstein, o Cicerón y Kelsen, pueden discutir cara a cara, como si utilizaran el mismo lenguaje y los mismos conceptos.

Lo normal es tratar desde un confortable presentismo los problemas del pasado. Así lo hicieron Kant y muchos de sus epígonos, por ejemplo, al referirse al «derecho natural», pues tenían en mente la obra de Wolff y sus seguidores. Para ellos, «derecho natural» debía verse en perspectiva geométrica, tenía un carácter inmutable, y subsumía el «derecho positivo». En definitiva, todo derecho se reducía al «derecho natural» y todo «derecho natural» era, en última instancia, «filosofía moral». Sin embargo, estas posturas de Wolff, Achenwall… como hemos visto, divergen claramente de las de muchos otros autores que se habían ocupado de la *philosophia iuris*. Y no digamos, las enormes diferencias que las separan de Graciano, de Cicerón o de Ulpiano.

Lo que ocurre es que las posturas de Wolff y sus seguidores tuvieron un amplio eco, y Kant, Hugo y otros reaccionaron contra ellas, con la falacia de considerar el «derecho

15. Acaso deba entenderse que lo que hizo González Vicén fue escribir un artículo «político» contra la pretendida *philosophia perennis*, contra el «derecho natural» franquista, abogando por la «filosofía del derecho» como expresión del «positivismo jurídico» y en contra del «iusnaturalismo». Sin embargo, pese a los excesos y a los no pocos errores de muchos manuales pretendidamente iusnaturalistas, no puede darse por buena la postura que afirma que el «derecho natural» es un concepto unívoco (y, por supuesto, vacío de contenido por su perspectiva metafísica).

natural» única y exclusivamente según las ideas racionalistas desde Wolff en adelante[16]. Tanto en las regiones protestantes como en las católicas, hasta bien entrado el siglo XIX, se enseñó el «derecho natural» siguiendo las doctrinas racionalistas de Wolff, Heinecius, Burlamaqui… Como estos autores, y también Kant y Hugo, han sido luego leídos por generaciones de juristas y filósofos, se ha difundido ese concepto racionalista de «derecho natural», que luego ha devenido erróneamente un concepto «formal», incluso en historiadores de las ideas tan eruditos como González Vicén.

En el siglo XX –cabe recordarlo– fue una especie de comodín, una suerte de monstruo inventado que servía para todo, una peligrosa entelequia contra la que luchar denodadamente, que ha justificado la existencia y los desvelos de un batallón entero de «filósofos del derecho». ¡Cuánto daño ha hecho ese concepto «formal» y cuántos valerosos iusfilósofos han consumido sus vidas en el duro combate contra esa pérfida Hidra de Lerna, que regeneraba dos cabezas por cada una que perdía!

3. LA TENTACIÓN FILOSÓFICA EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

Sentado lo anterior, volvamos a la cuestión que nos ocupaba al principio de toda esta reflexión, que es dilucidar por qué hay tantos juristas que han querido y quieren ser filósofos. Si desde mediados del siglo XVII, *philosophia iuris* designaba la búsqueda de la *vera philosophia* a través de la infeudación del Derecho a la Filosofía, desde 1730 en adelante la sumisión fue tal, que todo el Derecho pasaba a ser una parte de la Filosofía. Se renunció a la noción de *philosophia iuris* porque el concepto que designaba (cabe recordarlo: una infeudación para una mejor fundamentación filosófica del derecho, con la finalidad de comprender más exactamente el derecho romano aplicable) no interesaba tanto a los docentes que pasaron a ocuparse de la cátedra de «derecho natural», a saber, filósofos que no eran juristas o que, en todo caso, eran más filósofos que juristas. Para ellos, el Derecho (como saber) era una parte más de la Filosofía, y lo importante era crear un sistema racional que fundamentara sólidamente todo el conocimiento, desde la ontología a la filosofía práctica, y que todo el derecho aplicable se extrajera racionalmente de un derecho natural inmutable.

Esta interpretación, como puede verse, era muy diferente de la que planteaban muchos defensores la *philosophia iuris*, de modo que algunos juristas como Hugo, hartos de la excesiva injerencia de estos filósofos, que poco o nada sabían de Derecho, reclamaran una vuelta a la *philosophia iuris*, enfatizando lo más importante, a saber, que esa *philosophia iuris*, traducida entonces al alemán como *Rechtsphilosophie* o *Philosophie des Rechts*, operaba sobre el derecho positivo, es decir, el derecho romano. Nada nuevo estaba diciendo Hugo a sus contemporáneos, sino que reivindicaba la vuelta del jurista al estudio de los fundamentos filosóficos del derecho romano, más

16. Una visión amplia de este proceso puede verse en Carpintero, 1992, pp. 21-200.

allá de las elucubraciones racionalistas. El derecho natural de los filósofos era excesivamente abstracto, y no ayudaba al jurista a tratar el derecho aplicable. En cambio, la *philosophia iuris* había querido servirse de la Filosofía (en toda su extensión) para comprender mejor el Derecho (tanto el saber jurídico en un sentido amplio, como la praxis concreta de aquellos textos romanísticos). Sin embargo, de Wolff en adelante, en las Facultades de Artes, el Derecho estaba al servicio de la Filosofía, es decir, era una rama más del sistema filosófico.

Y Hugo, en efecto, quiso volver a la *philosophia iuris*, quejándose de que muchos filósofos, desde Wolff a Kant, habían perdido de vista el derecho romano aplicable. Hugo, dicho llanamente, no fundó nada nuevo, simplemente tuvo la valentía de recuperar una corriente anterior, la *philosophia iuris*, que había perdido peso a causa de que el *ius naturale* pasó a ser enseñado básicamente por los filósofos o por los juristas de cuño más racionalista. Y lo hizo con el nombre de esa misma corriente (traducida entonces al alemán), que era ese y no podía ser otro, como suponía González Vicén, pues Hugo reivindicaba, frente a la nomenclatura de los filósofos racionalistas o de Kant (*philosophia justi*, *ius philosophicum*, *theoria iuris*), una experiencia jurídica concreta, una manera específica de establecer las relaciones entre la Filosofía y el Derecho, que se había denominado *philosophia iuris*.

A principios del siglo XIX se habían radicalizado tanto las posturas, que era difícil ver en ellas los debates que se habían producido en el seno de los defensores de la *philosophia iuris* desde 1650. Recordemos, una vez más, que los autores de esta corriente, hasta 1730, entendieron que, para dotar de una mayor fundamentación al saber jurídico y para comprender mejor el derecho romano aplicable, era necesaria la supeditación del Derecho a la Filosofía, si bien unos la querían completa, mientras que los segundos consideraban que tenía que ser solamente metodológica.

Por un lado, unos creían que la Filosofía solamente tenía que dar una indicación metodológica, si bien no debía interferir en la comprensión del contenido del Derecho, que era derecho romano (aplicable) y no (meramente) derecho natural. Estos autores, a partir de Hugo, defendieron una *Philosophie des positiven Rechts*. En cambio, los filósofos racionalistas –radicalizando al máximo a los autores más «filosóficos» de la corriente de la *philosophia iuris*, a partir de las doctrinas abstractas del «derecho natural y de gentes» desde Wolff en adelante– consideraban que la Filosofía tenía que dotar al Derecho no solo de un método, sino que debía guiar todo su contenido. Es decir, que el saber jurídico debía edificarse siguiendo unos patrones lógicos, epistemológicos, axiológicos, metafísicos… trazados directamente desde la Filosofía, como matriz de todos los saberes, y que incluso todo el derecho positivo podía reducirse racionalmente al natural, pues coincidiría –en último extremo– con los principios que encerraba el derecho romano. Esos autores, como Hegel, en oposición a la *Philosophie des positiven Rechts*, se referían simplemente a la *Philosophie des Rechts*.

De lo que no hay duda es que, tantos unos como otros, se sentían «filósofos» y lo eran, puesto que habían estudiado e incluso enseñado en la Facultad de Artes y Filosofía.

Tras la muerte de Hegel, solo sus seguidores abogaron por la «filosofía del derecho» como una dependencia (de método y de contenido) del saber jurídico al filosófico llevada al extremo. La mayor parte de los juristas (Schnaubert, Falck, Seidensticker, Thibaut…) abrazaron la *Philosophie des positiven Rechts* y radicalizaron las ideas de Hugo. Seguían con la idea de construir la *vera philosophia*, aquella filosofía práctica[17] que era el Derecho, pues eran «filósofos». Y eran también «juristas», que querían dotar de sentido y de profundidad al derecho romano, conectándolo –a su buen entender– con las raíces filosóficas.

Hubiera podido seguir durante décadas el enfrentamiento entre los defensores de la *Philosophie des positiven Rechts* (filósofos y juristas de formación, con interés en la fundamentación filosófica del derecho romano) y los paladines de la *Philosophie des Rechts* (generalmente filósofos, que buscaban integrar el derecho en un sistema filosófico). Sin embargo, el *statu quo* se transformó rápidamente, y los primeros fueron decayendo, de modo que los «filósofos del derecho», casi en exclusiva, pasaron a ser los segundos.

La explicación debe buscarse en varios factores, entre los que cabe destacar los cambios abruptos en la política (disolución del Sacro Imperio, la invasión napoleónica…) y las transformaciones del sistema educativo en toda Europa (el hundimiento del sistema universitario medieval y el establecimiento de un bachillerato de carácter estatal). La antigua Facultad de Artes y Filosofía quedaba totalmente desarticulada, y los estudiantes pasaron a estudiar un bachillerato unificado en un *Gymnasium*, que concluía con el *Abitur*.

Se suprimió la jerarquía entre las Facultades superiores y la inferior, y aquella Facultad de Artes y Filosofía –como una gallina que había empollado sus polluelos– asistió a la emancipación de todos ellos, los cuales incluso llegaron a ser gallos capones. Disciplinas antiguas como las matemáticas o la física, o novedosas como la historia, la sociología… se emanciparon de la tutela filosófica, en un tenso forcejeo, que también alteró las relaciones con las demás Facultades.

Los espectaculares descubrimientos en ciencias naturales, cirugía y patología coadyuvaron a la emergencia de nuevos paradigmas y patrones «científicos», que impulsaron que la nueva Facultad estelar fuera la de Medicina, mientras que la de Teología perdía su condición de reina madre. El exponencial crecimiento de las matemáticas, la física y la química consagró el paradigma «científico-técnico», al cual ciertos juristas quisieron consagrarse, aunque con magros resultados.

En realidad, el saber jurídico, como el teológico, era un saber hermenéutico, que raramente podía pasar a la sazón por «científico». Recordemos que, hasta el siglo XVIII, los médicos se consideraban hermanos de los «filósofos», cuando no directamente «filósofos», habida cuenta de la unión de ambas Facultades. Sin embargo, con los

17. Era una filosofía «práctica» en el sentido de aplicable, útil a la vida corriente, y no el sentido el que se entendía en la Facultad de Artes y Filosofía (a saber, «filosofía práctica» como la ética, la política o la economía, disciplinas que estudiaban las relaciones entre el pensamiento, la acción humana y sus efectos).

avances de la Medicina en el siglo XIX, los médicos abjuraron rápidamente de su pasado «filosófico», pues pasaron a ser «científicos». Tampoco a los químicos les gustaba que les recordaran que sus tatarabuelos eran «alquimistas». Todos se habían quitado la toga filosófica y se habían puesto la bata: ya no buscaban elixires ni piedras filosofales, sino que hacían «ciencia».

La tentación filosófica se había desvanecido por completo por parte de los médicos, químicos, físicos…, e incluso los filólogos o los historiadores intentaban dotarse de un paradigma «científico». La antigua Facultad de Artes y Filosofía había muerto con la emancipación de los saberes humanísticos emergentes y la fundación de una Facultad de Ciencias (para la biología, la química, la física…), y sus restos habían sido saqueados por unos y otros.

En el marco de este clima de confusión, la Facultad de Derecho consiguió un botín: la cátedra de «derecho natural», llamada también desde entonces, de «teoría del derecho» o de «filosofía del derecho», la cual antes se enseñaba en la Facultad de Artes y Filosofía y que, desde entonces, pasaba a la de Derecho. En el siglo XIX, algunos juristas entendieron que se trataba de una captura más bien pobre, pues realmente solo aspiraban a la autonomía del saber jurídico. Querían zafarse de la tutela filosófica, y esa «filosofía del derecho» no hacía más que recordarles los vínculos con la antigua Facultad de Artes. Ciertos juristas querían ser «técnicos» pretendidamente asépticos, y solo querían que les dejaran escribir sus tratados y dictámenes en paz, si bien no pocos tenían una mayor ambición y sentían vergüenza de pasar por unos meros mecánicos, en un mundo de científicos. Puesto que ser «técnicos» les parecía poco, y no podían aspirar a hacer «ciencia», como mínimo serían «filósofos», que era la ilusión de buena parte de los juristas de todas las épocas anteriores. Y desde entonces no lo serían metafóricamente o por infeudación, sino por justo derecho de conquista. Tenían el título de «filósofos del derecho» porque se lo habían arrebatado a la Facultad de Artes, y porque estaba respaldado por el Estado, el cual establecía cátedras de «derecho natural» o «filosofía del derecho» en la Facultad de Derecho. Eran «filósofos del derecho» de pura ley.

Hay que recordar que los juristas que propugnaban la *philosophia iuris* eran también filósofos, no solo porque se habían titulado en Derecho, sino porque habían completado sus estudios (habían cursado años de lógica, física, ética y metafísica) en la Facultad de Artes y Filosofía, y enseñaban en ella. Los nuevos juristas «filósofos del derecho» no eran filósofos en el sentido de que –como sucedía antes– tenían necesariamente una preparación y un título en Filosofía, sino porque había, en la Facultad de Derecho, una cátedra de «filosofía del derecho». Así pues, en tanto que se ocupaban de esa cátedra de «filosofía del derecho», eran «filósofos del derecho».

Algunos juristas aborrecían la Filosofía, y bastantes filósofos no alcanzaban a comprender por qué extraña razón los miembros de una tribu concreta de los juristas se empeñaban en autotitularse «filósofos del derecho». No entendían que ser «filósofo» había sido el sueño de tantos juristas de épocas diversas y que, al haber logrado algunos por fin, en un momento dado, un justo «título» para ello, esos profesores «titulares»

lo defenderían con uñas y dientes. No hay duda de que esos «filósofos del derecho» –a menudo personas con curiosidad intelectual y escasa vocación jurídica, que habían acabado en la Facultad de Derecho por las más variopintas razones– han sido, desde entonces, un cuerpo extraño tanto entre los juristas como entre los filósofos. Ellos, sin embargo, siguen convencidos de hacer la *vera philosophia* y de que les compete toda reflexión que pueda hacerse sobre el Derecho (a cualquier nivel epistemológico). No tendría sentido, según ellos, que existiera una cátedra de «filosofía del derecho» en la Facultad de Filosofía, pues un «filósofo» a secas (como lo habían sido Kant o Hegel) no podría iluminar tanto los problemas jurídicos como un jurista «filósofo del derecho». Es más, en el remoto caso de que se creara una cátedra de «filosofía del derecho» en la Facultad de Filosofía, según su opinión, tendría que ser un jurista «filósofo del derecho» quien debería acudir a explicarles a los «filósofos» la *vera philosophia*.

¿Por qué se da esa anomalía? La respuesta es sencilla: porque ningún otro saber tiene un colectivo con tanta ambición y necesidad de ser «filósofo». Los médicos quieren ser médicos; los filólogos, filólogos; los historiadores, historiadores; los químicos, químicos. Los juristas prácticos tampoco quieren ser «filósofos». Sin embargo, solo ciertos juristas –y quizás también algunos de sus hijos, los «politólogos»– están empeñados en ser «filósofos». Cosas de familia.

La Facultad de Filosofía –quien tuvo, retuvo– ha conservado desde entonces la capacidad de establecer «filosofías de genitivo» sobre todos los saberes. Incluso la pujante Facultad de Medicina y la alicaída Facultad de Teología no han puesto pegas a que los filósofos cultiven la «filosofía de la medicina» y la «filosofía de la teología». Sin embargo, la «filosofía del derecho» sigue en manos de los «filósofos del derecho», que son vistos con recelo por filósofos y por juristas. Los primeros se preguntan qué clase de «filósofos» son esos juristas y los segundos consideran que son una gente extraña, que prefiere el título de «filósofo» al de «jurista», solo gracias al rótulo de la cátedra de «filosofía del derecho». Hemos podido comprobar hasta aquí que esa plaza de soberanía, esa Melilla iusfilosófica, solo se explica por razones históricas, que no solo se remontan al siglo XIX, sino al gusto ancestral que han sentido no pocos juristas de proclamarse, por su cuenta y riesgo, «filósofos». Desde que adquirieron un justo título por derecho de guerra, no lo quieren dejar, y pretenden seguir afirmando que hacen la *vera philosophia*, y que ningún filósofo puede cultivar mejor la materia que ellos.

Ahora bien, más allá de esa pulsión histórica y ese vestigio bélico, ¿tiene sentido que exista un cuerpo de «filósofos del derecho» en la Facultad de Derecho? ¿Acaso el cariño por el título de «filósofo» no introduce una peligrosa confusión entre filósofos y juristas? ¿No resulta ese título un pretexto para que muchos egresados de la Facultad de Derecho con poco interés en los asuntos jurídicos se dediquen a cultivar temas peregrinos?

Ello nos lleva a otras preguntas: ¿existe realmente una «filosofía del derecho» hecha por los juristas, o se trata más bien de una «teoría del derecho» con extravagancias varias? ¿Qué diferencia hay entre la «teoría del derecho» y la «filosofía del derecho»? ¿Por qué

no puede haber, como pasa en el resto de los saberes, una «filosofía del derecho» en la Facultad de Filosofía, y una «teoría del derecho» en la Facultad de Derecho?

La «filosofía del derecho» actual vive en una permanente indefinición metodológica y epistemológica: quiere ser una «filosofía del derecho» elaborada con perspectiva *emic* y *etic* al mismo tiempo, cuando sería necesario –a mi entender– que, sobre el techo de las elucubraciones de los juristas, se dejara un espacio a los filósofos para que pudieran hacer las suyas, desde el prisma *etic*.

¿A qué se debe la dilatada excepcionalidad de la «filosofía del derecho»? ¿Acaso obedece a un complejo de inferioridad por parte de ciertos juristas, que quieren hacer su «filosofía» *ad usum privatum*, sin que los filósofos puedan discurrir sobre el derecho? ¿Por qué la religión, la historia, la física, la biología o la música pueden ser estudiadas como filosofías de genitivo y el derecho no? Los juristas «filósofos del derecho» contestan que los filósofos no aportarían nada interesante y que, para «filósofos», ya se bastan ellos. En cambio, los físicos, los historiadores, los economistas… aceptan, casi siempre, la pertinencia de una «filosofía» sobre sus disciplinas, sin el temor que tienen los juristas, quienes quieren conservar su sombrío jardín particular.

Tampoco se sabe dónde empieza la «filosofía del derecho» y dónde lo hace la «teoría del derecho». ¿Sería ello imaginable en otras Facultades? Sucede más bien que, por la dispersión y falta de criterio epistemológico, los iusfilósofos tratan materias muy variadas, con asignaturas enfocadas en las diversas universidades de una manera radicalmente distinta. ¿Resultaría comprensible que las lecciones de derecho civil, financiero o penal fueran tan desiguales en cada universidad? Es una rareza que se detecta en los programas de «filosofía del derecho», que cambian de Facultad en Facultad, y muchos de ellos no se parecen en nada. Ni tan solo en la Facultad de Filosofía, el tradicional feudo de la libertad, encontramos tanta disparidad en las asignaturas de «lógica», «ética», «teoría del conocimiento», «estética»…

Al comparar los programas de «teoría del derecho» y de «filosofía del derecho» en las universidades europeas y americanas, se constata, en primer lugar, que ambos rótulos son intercambiables, y, en segundo lugar que, en unas sedes, se enseña argumentación jurídica, y en otras, materias como derechos humanos, deontología, historia de las ideas jurídicas, doctrina del derecho natural, género, medio ambiente o bioética. Ciertamente, todos estos campos pueden formar parte de la «filosofía del derecho», pues se entiende la «filosofía» en un sentido amplio, es decir, como la capacidad de reflexionar sobre cualquier aspecto.

Sin embargo, en un sentido que, sin dejar de ser amplio, resulta académicamente más preciso, «filosofía» no es de ningún modo una simple capacidad de especulación ni un mero cajón de sastre que alberga lo que las demás materias no quieren acoger, sino un saber sustantivo. En tal sentido se nota la falta de una «filosofía del derecho» elaborada por filósofos, a pecho descubierto, dispuesta a discutirlo todo. Los juristas «filósofos del derecho» se encuentran muy cómodos en su jardín privado, poco expuestos al sol escrutador de los filósofos: unos cultivan rosas, otros girasoles, mientras

que más allá otros cuidan jazmines y hortensias, que apenas necesitan luz solar. En la actualidad, hay materias iusfilosóficas que, como los girasoles, siguen por completo la luz de la filosofía, mientras que otras apenas necesitan de sus rayos. Sea como fuere, en el jardín de los juristas iusfilósofos, cada grupo cultiva sus plantas, e interactúa muy poco con los demás. La excusa es que el jardín es demasiado grande para abarcarlo por completo. Los jardineros se juntan en pequeños núcleos diseminados, cada uno en su sector. Aunque son muchos los jardineros, las flores y los frutos del jardín llaman poco la atención, y muchos son los juristas que se cuestionan acerca de la necesidad de seguir manteniéndolo.

La realidad es que la «filosofía del derecho», tal y como se hace hoy, es menospreciada a menudo, tanto por los filósofos, que la ven como un divertimento inocuo, cuanto por los juristas, quienes la consideran un castillo de arena. Hay notables excepciones, es cierto, aunque la realidad es que la actual iusfilosofía, que para muchos de sus cultivadores sigue siendo la *vera philosophia*, carece de poder de convicción, por su sostenida falta de unidad, criterio y método.

4. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores he tratado de dialogar amigablemente con Manuel Atienza, Jesús Vega y Felipe González Vicén, intentando esclarecer algunos de los puntos de debate. La pertinente observación de Vega acerca de la filosofía de la historia y la distinción entre términos y conceptos me ha permitido enfatizar algunos extremos que quizás no habían quedado muy claros, así como he procurado explicar de nuevo las relaciones entre la «filosofía del derecho» y el «derecho natural». Asimismo, he pretendido explicar, a la vera de los comentarios de Atienza, cuáles son los puntos de acuerdo y desacuerdo con González Vicén.

Lo más importante –a mi juicio– es no entender el desarrollo de la «filosofía del derecho» como un universal en sí mismo o una forma transmudada de «derecho natural». Hacerlo así conlleva un error de perspectiva. Si lo observamos en el marco de un universal más omniabarcante –es decir, la tentación de ciertos juristas de ser filósofos y hacer la *vera philosophia*– nos percataremos de que la manera de hacer esa *vera philosophia* cambió en el tiempo: en algunos momentos los juristas quisieron ser sacerdotes y, en momentos de mayor secularización, filósofos. La creciente tutela de los teólogos en las Facultades de Derecho desde el siglo XIII llegó a un clímax con la «teología jurídica» de la Segunda Escolástica, cuyos debates llegaron hasta las latitudes en las que había triunfado la Reforma.

Si un intento frustrado de emancipación de las garras de la Teología se había dado bajo la denominación de *philosophia legalis*, una serie de juristas luteranos, desde 1650, empezaron a referirse a la noción de *philosophia iuris* en diferentes obras para aludir, con posturas diversas, a la ruptura de los lazos que supeditaban el Derecho a la Teología

y a una renovadora coyuntura de subordinación del Derecho a la Filosofía, a fin de comprender mejor el derecho romano. Nunca antes se había utilizado específicamente el sintagma *philosophia iuris* y ese nombre fue usado para designar una propuesta nueva que tenía matices en cada autor: unos consideraban que, para la intelección del derecho romano, la filosofía tenía que dar la pauta metodológica, mientras que otros consideraban que la filosofía debía guiar toda la hermenéutica jurídica, a partir del estudio de la lógica, de la ética…

La mayoría de los cultivadores de la *philosophia iuris* eran juristas que, habiendo completado sus estudios de Filosofía y de Derecho, enseñaban en la cátedra de «derecho natural y de gentes» de la Facultad de Artes y Filosofía, para luego pasar a la de Derecho. Sin embargo, la situación cambió cuando esa cátedra de «derecho natural» fue impartida, a partir del segundo cuarto del siglo XVIII, mayoritariamente por juristas racionalistas (que se sentían más filósofos que juristas) o por filósofos que no habían estudiado Derecho. Dejaron de usar la noción de *philosophia iuris* y cayó en desuso tanto el sintagma como el concepto que encerraba. Los filósofos y juristas racionalistas pasaron a referirse directamente al *ius naturale*, que se integró como un parte más de su sistema filosófico, sobre el cual fundamentaron de forma axiomática y *a priori* todo el saber jurídico, de espaldas al derecho aplicable. Kant, en cierto modo, puede ser visto como un continuador de esa tradición, que siguió hasta Hegel y sus epígonos.

Sin embargo, Hugo, al vindicar una vuelta a la *Philosophie des positiven Rechts*, abogó en contra de esos excesos especulativos, y lo hizo reclamando una forma concreta de entender el pensamiento jurídico: la *philosophia iuris*. En realidad, Hugo quiso entroncar con esa corriente de juristas que buscaron el apoyo en la Filosofía para la intelección del derecho romano, que era el aplicable a la sazón. Por eso puso énfasis en el derecho positivo, a saber, el romano, el que usaban los juristas germánicos, no en aquel derecho natural inmutable de los filósofos racionalistas.

Por el contrario, Hegel vindicó la *Philosophie des Rechts*, es decir, la supeditación del Derecho a la Filosofía, como parte de su sistema filosófico. La Filosofía era el saber fundante del Derecho, desde los primeros principios hasta las instituciones jurídicas concretas, que no eran ya las del derecho romano, sino la actualización de las mismas en el tiempo, bajo la tutela del omnipotente Estado.

Al final, de la disgregación de la Facultad de Artes y Filosofía, a comienzos del siglo XIX, los juristas se quedaron con la cátedra de «derecho natural», llamada también desde entonces de «teoría del derecho» o «filosofía del derecho», que pasó a la Facultad de Derecho. Las razones se entienden perfectamente: los juristas estaban hartos de que los filósofos (que no sabían Derecho) les dieran lecciones; si se apoderaban de esa cátedra, se acabaría la injerencia. Los juristas retuvieron ese botín y proliferaron, desde entonces, los juristas «filósofos del derecho», que decidieron perpetrar, una vez más, la *vera philosophia*. Estos «filósofos del derecho» no eran necesariamente juristas y filósofos, sino muchas veces juristas a secas que filosofaban por su cuenta y riesgo.

Así pues, hay que concluir que la «filosofía del derecho» –como concepto histórico– no empezó a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, como creía González Vicén, sino a mediados del siglo XVII, como *philosophia iuris*. Era una forma concreta de hacer la *vera philosophia*, elaborada por juristas que enseñaban en la Facultad de Artes y que fue ladeada, a partir de 1730, por los filósofos que querían enseñar en ella unos fundamentos jurídicos de espaldas al derecho aplicable. En todo caso, era un camino desde la Filosofía hacia el Derecho. Ese sería una primera etapa, el lapso que estudio en mi libro. Luego hubo una segunda etapa del concepto, en el que la «filosofía del derecho» se entendió de una manera diferente, y se enseñó en la Facultad de Derecho, por juristas no (necesariamente) filósofos, que querían abrir, a su manera, el Derecho hacia la Filosofía. Son, por lo tanto, dos etapas conceptualmente distintas, unidas por el mismo nombre: «filosofía del derecho».

Lo que González Vicén entendía como el comienzo de una etapa unitaria (de Hugo al siglo XX) era, en realidad, una confusión, por desconocer los antecedentes: Hugo discutía con Kant, con los juristas y filósofos racionalistas y vindicaba la *philosophia iuris*, algo muy diferente a lo que, en nombre de Hugo, hicieron muchos juristas posteriores. Hay, por lo tanto, una cesura importante entre las dos etapas, que se produce con la institucionalización de la cátedra de «filosofía del derecho» en la Facultad de Derecho, de modo que, con ello, habría una significativa mutación conceptual en lo que se entendió por «filosofía del derecho». Este cambio marca un antes y un después, un hecho al que nunca se había dado suficiente importancia, creyendo que, desde Hugo hasta hoy, se manejaba un concepto uniforme de «filosofía del derecho».

Por lo tanto, existen dos etapas conceptualmente diferentes, unidas bajo el nombre de «filosofía del derecho». Una, que iría desde 1650 hasta el primer tercio del siglo XIX, aproximadamente, en la que se buscaba, desde la Facultad de Artes y Filosofía, un tránsito de la Filosofía al Derecho; y otra, que llega hasta nuestros días, en la que, desde la Facultad de Derecho, el saber jurídico se abre, a su manera, a la Filosofía.

Queda recordar cuáles son los rasgos de ese segundo concepto de «filosofía del derecho», que nació cuando la empezaron a elaborar los juristas en la Facultad de Derecho. La prevención que tuvieron los juristas del siglo XIX hacia la «filosofía del derecho» hecha por filósofos les llevó al extremo contrario, a saber, a rechazar de plano la influencia filosófica, y a impedir que, en la Facultad de Filosofía, hubiera una cátedra de «filosofía del derecho» porque ya estaba en Derecho y allí –¿y solo allí?– podría hacerse la *vera philosophia*. El jurista iusfilósofo quería ser filósofo por su cuenta y era él quien debía decidir, desde el Derecho, qué tomaba y que rechazaba de la Filosofía.

Sin embargo, con el tiempo, ese iusfilósofo ha llegado a tener un serio problema epistemológico, porque quiere ser a la vez un «teórico» y un «filósofo», adoptar una perspectiva *emic* y *etic* simultáneamente sobre el Derecho. La «filosofía del derecho» es la única filosofía de genitivo que se enseña fuera de la Facultad de Filosofía y se solapa con una «teoría del derecho» con la cual no tiene una distinción clara. Ello, más allá

de ser un vestigio histórico, no tiene ninguna explicación epistemológica. Al contrario, lo único que hace es incrementar los recelos tanto de los juristas como de los filósofos.

¿Qué propuesta de solución puede darse a este problema? En primer lugar, que ciertos juristas dejen de ser «filósofos» del derecho, abandonen la pulsión de hacer la *vera philosophia*, y se contenten con ser lo que son: «teóricos» del derecho, como los hay de la economía, de la matemática o de la historia, en sus respectivas Facultades. En segundo lugar, fomentar que en la Facultad de Filosofía se enseñe «filosofía del derecho», y que esta dialogue y alumbre a los «teóricos del derecho» (con ideas ora brillantes, ora peregrinas, como sucede con los demás saberes). Y, por último, que los «filósofos del derecho» de la Facultad de Filosofía se esfuercen en aprender Derecho, abriendo ventanas, clarificando el lenguaje jurídico, suscitando nuevas cuestiones, tejiendo conexiones asimismo con la «filosofía práctica» (política, moral, económica…). Creo que una «filosofía del derecho» *etic* ayudaría a centrar una «teoría del derecho» *emic*. Entre ambas se podría entablar el mismo diálogo tenso y constructivo que hay en los demás saberes.

De la experiencia histórica de la *philosophia iuris* podemos aprender enseñanzas muy valiosas. En primer lugar, que tan peligroso es un jurista que quiere «filosofar» sin saber Filosofía, como un filósofo que quiere hacerlo sobre el Derecho, sin conocerlo en profundidad. En segundo lugar, que el modelo de los cultivadores de la *philosophia iuris* puede indicar un buen camino a seguir: personas que han estudiado Derecho y Filosofía, que tanto se han preocupado de las cuestiones más abstractas como de las más concretas, y que luego se especializan y adoptan una perspectiva, sin desconocer ni despreciar la otra. De ahí que, tanto a los que enseñen «filosofía del derecho» *etic* en la Facultad de Filosofía como a quienes impartan «teoría del derecho» *emic* en la Facultad de Derecho les conviene tener una formación reglada y sólida en Filosofía y en Derecho, como también sería muy deseable que sucediera en sus respectivas materias –dicho sea de paso– entre todos los cultivadores de las «teorías» en las demás Facultades y las «filosofías» de genitivo en la Facultad de Filosofía.

En algunas universidades, especialmente del ámbito anglosajón, se enseña «filosofía del derecho» en la Facultad de Filosofía, algo que, por desgracia, no puede ser tomado como un referente, pues se cierran al mismo tiempo cátedras de «Philosophy of Law» o «Jurisprudence» en las Escuelas de Derecho, una realidad ciertamente preocupante. Como sabiamente indica Manuel Atienza[18], el futuro de la «filosofía del derecho» no está asegurado. Así como ha habido importantes contribuciones en un sentido individual (tanto de filósofos como de juristas), cabe insistir en la necesidad de lograr una renovación institucional, en el sentido que he indicado más arriba, para que haya asignaturas de reflexión sobre el Derecho tanto en las Facultades de Derecho como en las de Filosofía.

De hecho, junto con la «filosofía del derecho» en la Facultad de Filosofía, desearía que, en los planes de estudio de la Facultad de Derecho, aumentara la presencia de

18. Atienza, 2020, pp. 153-177.

asignaturas teórico-jurídicas, tanto en grado, como en máster y doctorado. Un alumno, más allá de atiborrarse de tanta bollería inane del actual derecho sustantivo, haría bien en nutrirse de alimentos sólidos, con diversas asignaturas sobre teoría de la norma, axiología, epistemología y argumentación jurídica, sin dejar de lado, por supuesto, las teorías de la justicia y la historia del pensamiento jurídico, impartidas por juristas «teóricos del derecho» con sólida formación filosófica y sensibilidad tanto por los problemas teóricos cuanto por la realidad cotidiana del jurista. Ojalá los alumnos pudieran cursar cuatro o cinco asignaturas obligatorias de estas materias teórico-jurídicas en su paso por las Facultades de Derecho.

Espero que, con la creación de –al menos– una asignatura de «filosofía del derecho» en la Facultad de Filosofía, impartida por un «filósofo» con buena formación jurídica, la «teoría del derecho», explicada en diversos cursos, se vea tácitamente reforzada. Deseo que abandone su actual dispersión y que se centre en los objetivos antes expuestos. De ser así, puede ocupar el verdadero lugar que merece: ser la antorcha del conocimiento jurídico. Para ello, sin embargo, antes hay que cambiar bastantes cosas en el actual jardín iusfilosófico y, si no hay reformas rápidas y eficaces, me temo que pronto entrarán especies invasoras que –en pocos años– podrían arrasarlo todo.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M. 2020: «¿Tiene un futuro la filosofía del derecho? (Con ocasión del homenaje a Jorge Malem)», en M. Atienza, *Una apología del derecho y otros ensayos*. Madrid: Trotta: 153-177.

Atienza, M. 2023: «Un comentario a Ramis Barceló». *Doxa*, 47: xx-xx.

Carpintero, F. 1992. «Nuestros prejuicios sobre el llamado derecho natural», *Persona y Derecho*, 27, pp. 21-200. https://doi.org/10.15581/011.32252

Heineccius, I. G. 1738. *Elementa iuris naturae et gentium: commoda auditoribus methodo adornata*, Halae: Impensis Orphanotrophei.

González Vicén, F. 1969: «La filosofía del derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14: 15-65.

Martínez Neira, M. 2001: *El estudio del Derecho. Libros de texto y planes de estudio en la Universidad contemporánea*, Dykinson: Madrid.

Moreno Rodríguez, R.M. 2013. «Ética y medicina en la obra de Galeno». *Dynamis*, 33, n. 2, pp. 441-460. https://doi.org/10.4321/S0211-95362013000200008

Püterus, I.S. – Achenwallius, G. 1750. *Elementa iuris naturae*. Goettingae, apud Ioh. Wilhelm Schmidt.

Ramis Barceló, R. 2021: *El nacimiento de la Filosofía del derecho. De la Philosophia iuris a la Rechtsphilosophie*. Madrid: Dykinson. https://doi.org/10.2307/j.ctv1ks0dc1

Ramis Barceló, R. 2023: «La noción de 'filosofía del derecho' desde la historia conceptual», *Doxa*, 47: xx-xx.

Riverius, L. 1737: «Medicus officiosus», en *Opera medica universa*. Genevae: sumptibus Fratrum de Tournes.

Rus Rufino, S. 1994. *Historia de la cátedra de derecho natural y de gentes de los Reales Estudios de San Isidro (1770-1794)*, León: Universidad de León.

Scattola, M. 2003. «Before and after Natural Law. Models of Natural Law in Ancient and Modern Times», en: T. Hochstrasser, P. Schröder (eds.), *Early Modern Natural Law Theories. Contexts and Strategies in the Early Enlightenment*, Dordrecht-London, Springer, pp. 1-30. https://doi.org/10.1007/978-94-017-0391-8_1

Tarello, G., 1976: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.

Vega, J. 2023: «El nacimiento de la Filosofía del Derecho y sus problemas». *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 47: xx-xx.

ENTREVISTA

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 571-595
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.22

Entrevista a Paolo Comanducci

Interview to Paolo Comanducci

Manuel Atienza

Autor:
Manuel Atienza
Universidad de Alicante, España
manuel.atienza@ua.es
https://orcid.org/0000-0001-6569-1402

Citar como:
Atienza, Manuel (2023). Entrevista a Paolo Comanducci. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 571-595. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.22

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Manuel Atienza

Manuel Atienza: *A finales de 2020 terminaste tu vida académica en activo: como profesor de filosofía del Derecho y como rector de la Universidad de Génova. ¿Pero cómo había empezado? ¿Qué te llevó a interesarte por la filosofía del Derecho? Y, más en general, ¿podrías trazarnos, a grandes rasgos, cuál ha sido tu biografía intelectual? ¿Qué etapas distinguirías en ella?*

Paolo Comanducci: Mi interés por la filosofía del Derecho se inició sin duda cuando tuve la oportunidad de asistir a las clases de Giovanni Tarello en la Facultad de Derecho de Génova.

Confieso que opté por la carrera de Derecho meramente por exclusión y no por un interés genuino: en aquella época estaba ciertamente mucho más interesado en preparar la futura revolución comunista que en elegir una carrera. No quería, entonces, perder mucho tiempo en los estudios universitarios, y por eso descarté cursos que quizás me hubiesen gustado más, como el de matemáticas. Sin embargo, tenía un poco de sentido práctico también en aquel periodo de infatuación revolucionaria, y además quería de alguna forma recompensar a mis padres que toleraban con cariño mis elecciones existenciales y me brindaban mucho más que techo y comida. Por estas razones, tampoco quería frecuentar un curso que, en mi opinión, no me habría brindado conocimientos útiles para la sucesiva vida laboral, como los de Letras o Filosofía. Por lo tanto, me incliné hacia Derecho, una tranquila vía intermedia entre

compromiso político y compromiso universitario. Por otra parte, había en Italia, a finales de los sesenta, mucha represión policial y judicial contra los militantes de extrema izquierda, así que se necesitaban abogados «rojos», y yo me imaginaba que, en un futuro no lejano, podría desarrollar ese rol.

Siempre fui buen estudiante, en la escuela primaria y en la secundaria, e igualmente lo fui en la universidad. Al comienzo de los años setenta dejé a un lado la preparación de la revolución, a ello contribuyó además una condena penal por un delito de opinión, pero sobre todo el sentirme desilusionado: por una militancia sin perspectivas de éxito y por la distancia, que logré por fin vislumbrar, entre la representación revolucionaria de la realidad y la dura realidad empírica. Y en aquel entonces me dediqué completamente a estudiar Derecho, dándome cuenta de que cualquier objeto de investigación (¡incluso el Derecho!) puede ser interesante si uno lo examina con método y a fondo. Tenía interés por el Derecho penal, sustantivo y procesal, quizás todavía por razones conectadas con la militancia política; me aburrieron rotundamente el administrativo y el procesal civil; mientras que me gustó bastante el constitucional, a pesar de su enseñanza muy dogmática. Pero lo que me encantó fue la filosofía del derecho, no tanto por sus contenidos como por el profesor que dictaba la materia. Giovanni Tarello estaba en otro nivel, en relación con la gran mayoría de los docentes de la Facultad, su capacidad de análisis y de razonamiento me fascinaron y, al final, decidí escribir la tesis de licenciatura bajo su dirección.

El tema que Tarello me propuso era la obra jurídico-política del abad de Mably, un filósofo francés del siglo XVIII generalmente considerado como perteneciente al así llamado (por ejemplo, por Marx) «comunismo utópico». Me leí todos los escritos de Mably traducidos al italiano en dos voluminosos tomos de la UTET, detectando, con un análisis minucioso, los principales conceptos de su filosofía política, llegando a la conclusión de que el abad no solo no era un comunista sino tampoco un filósofo ilustrado: su pensamiento me pareció fundamentalmente anti-moderno, conservador y apegado a una recurrente *laudatio temporis acti*.

A Tarello le gustó mi independencia de juicio y el compromiso con la investigación que yo mostraba, y me propuso emprender la carrera universitaria. Corría el año 1974. Seguramente Riccardo Guastini influyó, al menos en parte, en la decisión de Tarello, ya que me había asesorado en la redacción de la tesis, enseñándome el ABC del oficio de investigador. Empecé, como todos en aquella época, con una beca y seguí escalando, no sin problemas, las distintas gradas de la trayectoria académica.

Mi biografía intelectual podría quizás dividirse en tres etapas, sobre la base de los temas de los que me ocupé preferentemente, que han cambiado a lo largo de los años, mientras que la metodología de análisis ha permanecido sustancialmente idéntica en el tiempo.

En la primera etapa me dediqué a estudiar el pensamiento jurídico del siglo XVIII y, en menor medida, del siglo XIX. Siguiendo una sugerencia de Tarello, después de haber publicado tres breves ensayos sobre Mably, sacados de la tesis de licenciatura,

empecé a reconstruir la figura y la obra de Giovanni Maria Lampredi, un profesor de la Universidad de Pisa que se ocupó del Derecho natural y del *ius gentium* (el actual Derecho internacional público), activo en la segunda mitad del Setecientos. A escribir la monografía sobre Lampredi –que salió en 1981 y fue anticipada por varios ensayos publicados en revistas– dediqué varios años, pasando un buen tiempo en varias bibliotecas italianas. El trabajo como historiador de las ideas me gustaba, conocí a fondo el iusnaturalismo racionalista en el cual se enmarcaba la obra de Lampredi, aprendí la disciplina del investigador, que pasa muchas horas diarias sentado ante su escritorio, solo pensando en el desarrollo de su pesquisa. La línea de estudio sobre la Ilustración jurídico-política la conservé, al lado de otras, durante unos años, especialmente tratando de las doctrinas penalistas y de los orígenes del Derecho penal liberal. De aquel periodo echo de menos los varios meses transcurridos en la antigua sede de la Bibliothèque Nationale de Paris, donde surgió mi pasión de bibliófilo y coleccionista de libros antiguos. Una afición que tuve que dejar pronto, debido al costo prohibitivo de los volúmenes que me gustaban, incompatible con mi situación económica de becario.

En la segunda etapa de mi recorrido de investigación, al comienzo de los ochenta, me dediqué a temas cercanos más bien a la filosofía política, discutiendo algunas concepciones de la justicia contemporáneas y analizando la noción de derechos fundamentales. El trabajo más significativo, que me permitió ganar una plaza de profesor asociado, fue *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie* (1984, 1991[2]), un análisis crítico y sinóptico de las teorías de la justicia de John Rawls, Robert Nozick y John C. Harsanyi.

Por último, la tercera etapa, mucho más larga que las dos precedentes y en la que estoy todavía metido, desde hace al menos tres décadas: los estudios de teoría del Derecho. Aquí también fue decisiva la intervención de Tarello que me propuso, un par de años después de haber obtenido la diplomatura, traducir para la editorial Il Mulino el volumen de Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (1970). En aquella época mi inglés era, si eso cabe, aún peor que en la actualidad y, según Tarello, traducir un libro anglosajón de teoría del Derecho era la mejor manera de aprender el idioma y los más recientes desarrollos filosófico-jurídicos. Hoy puedo afirmar que seguramente no tenía razón, pero en aquella época, como fiel discípulo, le hice caso, me armé de un buen diccionario y puse manos a la obra. La traducción salió en 1977, acompañada, el año sucesivo, por un largo ensayo crítico sobre Raz. El resultado, desde mi personal punto de vista, fue que no mejoré mucho con mi inglés, me quedé con una profunda antipatía por el pensamiento de Raz y durante los diez años sucesivos no volví a escribir sobre teoría del Derecho, decepcionado por la desabrida experiencia ocurrida.

El cambio en mi agenda se realizó al comienzo de los noventa, favorecido, sin lugar a dudas, por el contacto con la filosofía del Derecho española y latinoamericana: aprendí un nuevo idioma, conocí un entorno científicamente estimulante y a amigos entrañables, y, entre un seminario y otro, encontré también a mi actual pareja, Cristina Redondo. Desde entonces, la teoría de la interpretación y del razonamiento jurídico han constituido el objeto casi exclusivo de mi trabajo de investigación, llevado a cabo

con una metodología que se ha formado bajo la influencia de la filosofía analítico-lingüística del área anglosajona, del positivismo metodológico de Bobbio, del realismo y, especialmente en materia interpretativa, de Tarello.

Paralelamente a la actividad científica y al trabajo en la docencia, desde el comienzo de mi carrera siempre estuve involucrado en tareas de gestión universitaria: dirección de revistas y colecciones, evaluación de proyectos nacionales, cargos académicos en mi Alma Mater (decano de la Facultad de Derecho, decano de la Escuela de Ciencias Sociales, rector). Sobre todo en los últimos veinte años, estos cargos han ido absorbiendo muchas de mis energías intelectuales y quitando progresivamente tiempo a la investigación. Pero de eso no me quejo: ha sido una elección libre y tengo además la ilusión de haber logrado aportar algo positivo al funcionamiento de mi Universidad.

M.A.: *Has hecho varias veces referencia a la influencia que sobre ti ha tenido Giovanni Tarello. Me gustaría que añadieses algunos comentarios sobre él: quién fue Tarello, como figura humana y como teórico del Derecho. ¿A qué crees que se debe el que haya ejercido una influencia tan profunda y tan duradera en la cultura jurídica italiana –en especial, claro está, en lo que solemos llamar «la escuela genovesa de teoría del Derecho»–? ¿Hay algún aspecto significativo de la teoría –o filosofía– del Derecho en el que te apartes de él?*

P.C.: Contesto por partes a tus preguntas sobre Tarello, empezando con la que me pide dibujar su figura, como hombre y como investigador. Adelanto que el mío no puede –y por lo tanto no va a– ser un juicio «objetivo», sino sumamente subjetivo, debido a la estrecha relación que tuve con él y que sigue sin duda afectando a mi percepción de su perfil humano y científico.

La primera nota, y para mi la más relevante, que caracterizaba al hombre Tarello era su inteligencia, algo de que se percataba de inmediato cualquiera que tuviese contacto con él. Una inteligencia brillante que, como siempre sucede, era fruto, por un lado, de la lotería genética y, por el otro, de la lotería social, en su caso de un ambiente familiar y educativo culto y estimulante. Nació en 1934, en una familia que pertenecía a un pequeño sector de la burguesía de la época, que, oponiéndose al sombrío conformismo imperante, compartía ideas progresistas e ilustradas. El abuelo paterno, Giovanni, abogado socialista y después comunista, participó activamente en la lucha antifascista y en la resistencia al nazismo, y fue el primer alcalde democrático de Génova, en 1946. En la casa del padre, también abogado y coleccionista de cuadros, circulaban intelectuales y artistas, como por ejemplo Felice Casorati, que pintó, entre otros, un hermoso retrato de la familia Tarello, donde aparece el niño Giovanni. Los padres, para evitarle el adoctrinamiento fascista de la escuela pública, lo inscribieron en un colegio dirigido por jesuitas, elitista refugio de otros vástagos de familias que se oponían disimuladamente al régimen.

De su descomunal inteligencia, acompañada por una amplia cultura humanista y no solo jurídica, Tarello se servía a tiempo completo, aún fuera del ámbito de la investigación: «jugaba» con ella en la vida social, en los salones de la Génova acomodada,

así como en las tertulias con los colegas. Gran fabulador, cáustico e irónico en la conversación, amaba acosar a los interlocutores con afirmaciones extremas, provocadoras, contrarias al sentido común, hacia el cual a menudo mostraba un soberano menosprecio. No me atrevería a generalizar, pero al menos con los discípulos mostraba una faceta de «gruñón benéfico» que hacía sospechar que el cinismo a menudo ostentado era solo la fachada detrás de la cual escond*ía* sus sentimientos más privados y profundos.

Ahora que tu pregunta me hace volver a pensar en la personalidad de Tarello, se me amontonan los recuerdos.

Inolvidables, por ejemplo, son las charlas que casi diariamente teníamos con él, en su despacho del Instituto de Filosofía del Derecho: dos o tres discípulos alrededor del maestro, sobre todo escuchándolo, interrogándolo, atesorando sus estimulantes opiniones y tajantes juicios. El Instituto, años después, cambió de nombre, juntando historiadores y romanistas, y asumió el de «Cultura jurídica Giovanni Tarello»; y luego, terminó por ser el Departamento de Derecho, que unió a todos los juristas, sustituyendo a la vieja Facultad. Más allá del deseo de dar visibilidad en el exterior a nuestro grupo de teoría del Derecho, la nostalgia por el trato cotidiano y por aquellas charlas con Tarello en el Instituto entre los años setenta y el comienzo de los ochenta, es lo que nos empujó a recuperar la memoria y fundar, en 2014, el Instituto Tarello de Filosofía del Derecho: nuestra casa académica, nuestro laboratorio, el lugar donde se desarrollan innumerables seminarios, se confeccionan las revistas, se discute rodeados por los libros de la rica biblioteca cuyo núcleo originario Tarello contribuyó a constituir en los años sesenta.

Recuerdo los almuerzos que, al menos una vez por semana, constituían la natural prolongación de las charlas en el Instituto: en la mayoría de los casos tenían lugar en la cervecería tirolesa «Monica», donde, con su ejemplo, nos ha enseñado que quizás es más placentero pagar la cuenta para todos que hacérsela pagar.

Recuerdo las cenas, menos frecuentes, en su casa en la explanada de Castelletto, desde donde se domina todo el centro histórico de Génova, acogidos amablemente por su primera mujer, la conocida civilista y espléndida anfitriona Giovanna Visintini. Cenas que se realizaban sobre todo en ocasión de la visita de algún colega famoso, como Franco Galgano, Paolo Grossi o Enrico di Robilant. Tarello nos invitaba porque quería hacer conocer a sus discípulos, y nosotros participábamos con algo de timidez y mucha parsimonia en la conversación.

Recuerdo, todavía con un poco de aprensión, como Tarello esperaba que hiciéramos siempre una intervención perspicaz en cada congreso o seminario en los que particip*á*bamos: formaba parte, en su opinión, de aquel entrenamiento académico que para nosotros consistía fundamentalmente en seguir su ejemplo, ya que raramente nos daba consejos directos y prefería mostrarnos el camino que él mismo recorría. Solía repetirnos que para llegar a ser profesor universitario hacía falta «tragarse mucho alambre de púas», es decir superar dificultades, malos tratos y malos momentos. Mucho alambre de púas nos hizo tragar, y, a nuestra vez, otro tanto hemos hecho tragar a nuestros discípulos. Con cariño, pero con paternalista firmeza.

Puedo detenerme, en cambio, con menos detalles en cuanto al Tarello investigador, ya que sus obras, y no solo en Italia, son mucho más conocidas que su comportamiento en las relaciones interpersonales. Solo quiero subrayar dos características, entre muchas: la magnitud de los temas tratados y la originalidad en tratarlos.

Tarello, durante su breve vida (murió en 1987), exploró una gran variedad de campos disciplinares, moviéndose líberamente en el interior y fuera de los confines de la filosofía del Derecho en sentido estricto. Es un rasgo que le distingue de la mayoría de los grandes teóricos del Derecho de su época. Queriendo clasificar, un poco arbitrariamente, su producción, detectaría no menos de cinco esferas de interés: el análisis del lenguaje, la historia de la cultura jurídica, la teoría de la interpretación, la dogmática del Derecho, la política del Derecho. Casi en cada ámbito es fácil encontrar, en mi opinión, un volumen de referencia, siempre acompañado por una multitud de ensayos menores. *Diritto, enunciati, usi* (1974), lamentablemente agotado desde hace tiempo, recoge algunas de las aportaciones más relevantes de Tarello al análisis del lenguaje normativo y específicamente jurídico, así como sus tomas de posición respecto de los principales teóricos del Derecho del siglo xx. La *Storia della cultura giuridica moderna* (1976) es la obra capital de corte historiográfico, que, con sus novedosas hipótesis reconstructivas, ha tenido una vasta influencia sobre los estudios sucesivos de historiadores y filósofos acerca de las instituciones y del pensamiento jurídico del siglo xviii. *L'interpretazione della legge* (1980, trad. esp. 2013) constituye la mayor contribución de Tarello a la teoría del Derecho del Novecientos y puede ser considerada la piedra fundacional del realismo jurídico genovés. Entre los estudios de «alta dogmática» llevados a cabo por Tarello cabe mencionar *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* (1972), *La disciplina costituzionale della proprietà* (1973), *Dottrine del processo civile* (1989). Y finalmente, entre los escritos –no acerca, sino directamente– de política del Derecho señalaría *Sullo stato dell'organizzazione giuridica* (1979), una entrevista realizada por Mario Bessone, en la que Tarello lanza a rienda suelta juicios muy ácidos sobre la situación italiana.

Cada incursión en estos diferentes territorios disciplinares ha generado estragos, discusiones encarnizadas, peleas entre partidarios y opositores de las novedosas posturas propuestas por Tarello. La fuerza profanadora de algunas de sus posiciones ha marcado el debate iusteórico, en Italia, durante dos décadas. Me parece oportuno señalar las que para mi han sido las más relevantes: la reconstrucción, también en perspectiva diacrónica, de las teorías jurídicas como ideologías que intentan cambiar el mundo, y no tanto describirlo; la reconstrucción, también en perspectiva diacrónica, de las propuestas de la dogmática como doctrinas práctico-operativas, es decir como piezas de política del Derecho; el uso inédito de la noción de cultura jurídica; la crítica a los conceptos de ordenamiento jurídico y de acción procesal; la teoría escéptica de la interpretación, y la distinción entre enunciado normativo y norma. Y podría seguir enumerando.

Lo que acabo de contar, aun si de una forma muy escueta, juzgo que ya sería suficiente para contestar a la pregunta acerca de por qué Tarello ha ejercido –como t*ú* has justamente señalado– «una influencia tan profunda y tan duradera en la cultura

jurídica italiana». Distinguiría, por supuesto, la influencia directa sobre sus discípulos de aquella ejercida sobre los juristas positivos. La primera es evidente y no necesita ser demasiado comentada. Lo único que me parece oportuno subrayar es que cada uno de sus discípulos, de primera y segunda generación, ha elegido desarrollar uno o algunos de los temas frecuentados por Tarello, retomando así un aspecto de la obra del maestro, pero ninguno su totalidad.

Los escritos de Tarello han sido indudablemente influyentes, en Italia, fuera del círculo de la teoría analítica del Derecho. Y esto ha pasado por varias y distintas razones, la más prominente de las cuales ha sido la cercanía de la obra de Tarello con los objetos de estudio de los juristas. En efecto, como dije hace poco, Tarello se enfrentó directamente con algunos conceptos e institutos de elevado interés para la dogmática, y teorizó, y sobre todo practicó, –si adoptamos la conocida distinción de Bobbio– una filosofía del Derecho de los juristas y no de los filósofos. Su postura realista tuvo un amplio impacto en la lucha contra el formalismo que caracterizaba el iuspositivismo tradicional, que ya se encontraba en crisis también por otras razones, sacudido, desde el interior de la cultura jurídica de las décadas de los años sesenta y setenta, por el movimiento del «uso alternativo del Derecho» y por los «pretores de asalto». Además, su teoría de la interpretación, y en particular la distinción entre enunciados normativos y normas, resultaba útil para entender, y estaba en sintonía con, la actuación de la Corte Constitucional italiana en sus variadas operaciones de manipulación y derogación de los textos legislativos. Asimismo, la novedosa, e incluso retomada por Chaïm Perelman, clasificación de los argumentos interpretativos, y su análisis, ofreció a los juristas positivos una indispensable caja de herramientas para sus operaciones prácticas. Y, finalmente, su *Storia della cultura giuridica moderna*, junto con la revista fundada por él, «Materiali per una storia della cultura giuridica», han brindado un alimento vital a los especialistas italianos de historia del Derecho.

Y llegamos así a tu última pregunta: ¿en qué mi filosofía del Derecho se diferencia de la de Tarello?

Confieso que veo muy pocas diferencias, y que, a mis setenta y pico de años, sigo siendo un discípulo fiel, cuyos aportes originales resultan bastante escasos. Respecto a la metodología, sin embargo, el rigor en el análisis lo aprendí más leyendo a Bobbio –incluso sus ensayos de historia de las ideas–, y sucesivamente a Guastini, que siguiendo el ejemplo de Tarello: este último, sobre todo en los años de la madurez, se aburría con las definiciones conceptuales, y con las argumentaciones meticulosas y detalladas, y prefería las síntesis iluminadoras y abarcadoras. Por otra parte, en un periodo de mi trayectoria de investigador me interesé por la filosofía política y las teorías de la justicia contemporáneas, temas que –si se hace excepción del ensayo escrito en su juventud con Julius Stone, *Justice, Language and Communication* (1960)– a Tarello nunca le interesaron demasiado.

En cambio, las diferencias entre Tarello y yo que vislumbro como más radicales han sido de actitudes, bien sean políticas o académicas. Mientras que yo pasaba de

las juveniles posiciones marxistas a profesar un liberalismo igualitario y progresista, Tarello, de manera creciente con el paso de los años, dio una vuelta radical hacia la derecha, convirtiéndose en un liberal conservador, aun si se mantuvo muy sensible en materia de derechos civiles. Hizo incluso una fugaz experiencia de militancia en el Partido Republicano Italiano, presentándose a las elecciones con resultados desastrosos, y totalmente predecibles, dados la ínfima consistencia de aquel partido y el escasísimo empeño exhibido por Tarello en el curso de la campaña. Me atrevería a afirmar que su candidatura fue uno de sus numerosos intentos de épater les b*ourgeois*, más que una muestra de serio compromiso político.

Por otro lado, mis actitudes y actuaciones académicas han sido bien diferentes de las de mi maestro, no solo por razones subjetivas y motivacionales, sino también por factores que tienen que ver con la evolución a nivel global de la universidad, que hoy no es ya la que conoció Tarello. La universidad se ha vuelto de masas, ha perdido su connotación humboldtiana, y ha llegado a ser algo muy parecido a una empresa, aun cuando está en manos públicas. Ha cambiado correspondientemente el rol del docente, a menudo involucrado en trámites burocr*áticos* y en la gestión. Tarello, cuando era decano de la Facultad de Derecho, pasaba una vez a la semana por su oficina para firmar un par de documentos. Hoy en día, a un director de un departamento universitario casi no le queda tiempo para hacer investigación.

E incluso en el nivel local, ha habido cambios relevantes desde la época de Tarello. En G*é*nova, el doctorado –que en Italia fue introducido en los años ochenta– ha abierto las puertas a muchos *jóvenes*, a menudo extranjeros, y se han incrementado las visitas al Instituto. Hemos recibido muchos *visiting professors* que han traído nuevas perspectivas iusfilosóficas. Se han multiplicado exponencialmente los seminarios, se han estrechado vínculos y activado cooperaciones internacionales, en la investigación y la didáctica. Las dinámicas relacionales entre docentes y doctorandos, maestros y discípulos, han llegado a ser más horizontales y menos jerárquicas. Y estos cambios seguramente han llevado también a que mi manera de vivir la academia haya sido completamente distinta de la de Tarello.

M.A.*: Antes de entrar en temas más concretos, como el positivismo jurídico, la interpretación, la metaética, etc., sobre los cuales hemos tenido varias veces ocasión de discutir amistosamente, me gustaría hacerte una pregunta de carácter más general y que quizás pueda servir para arrojar luz sobre tus posiciones en relación con esas cuestiones. Me refiero a tu afirmación (en la primera respuesta, y que ahora en cierto modo has ratificado) en el sentido de que tu método de estudio de los problemas habría sido el mismo a lo largo de las tres fases que has distinguido en el desarrollo de tu obra: lo que habría cambiado sería sólo la temática. Y nos dices que lo que te ha servido de inspiración es la iusfilosofía analítica, el método seguido por autores como Bobbio o Guastini. Ahora bien, ese método (al menos, entendido en sentido amplio) es el mismo seguido, por ejemplo, por Rawls o por Nino; quiero decir, por autores que, a diferencia de los dos anteriores, lo han aplicado a la teoría ética, con*

los resultados que sabemos. A dónde quiero llegar es a esto: ¿por qué el mismo método te ha llevado a ti (alguien que, a diferencia de Tarello o de Guastini, sí que te has ocupado bastante –al menos, en un cierto momento de tu evolución teórica– de cuestiones de metaética) a asumir posiciones tan distintas a las de Nino? ¿Hay realmente una identidad de método entre los analíticos genoveses y otros autores a los que normalmente consideramos también analíticos? ¿Qué entiendes por «método»? ¿Cuáles serían las características del que tú dices haber seguido siempre? Planteada la cuestión quizás de otra manera: ¿hay alguna razón, no de tipo conceptual o metodológico, sino psicológico, ideológico, de concepción global del mundo o algo así que explique lo que podríamos llamar tu propensión al escepticismo interpretativo, valorativo…? ¿Por qué –y el «por qué» alude al contexto de descubrimiento– no has sido un iusfilósofo analítico en la línea –digamos– de Nino, de MacCormick o de Alexy? ¿Y por qué, por cierto, ese rasgo se puede generalizar a todos los integrantes de la «escuela genovesa»? ¿Un efecto más de la influencia ejercida por Tarello?

P.C.: El método de estudio al que hice referencia es el de la filosofía analítica del Derecho, italiana y no solo, que, dicho sucintamente, consiste en el manejo de unas herramientas de análisis filosófico-lingüístico y en un par de presupuestos. Las herramientas, bien conocidas, son las distinciones entre funciones del lenguaje y entre lenguaje y metalenguaje, el uso de definiciones conceptuales precisas, el rigor en la argumentación, y cosas por el estilo. Los presupuestos principales son la gran división entre ser y deber ser, y la ley de Hume. Aprendí este método directamente de autores como Bobbio y Scarpelli, Gavazzi y Conte, Tarello y Guastini, es decir, la así llamada escuela nord-occidental de la filosofía del Derecho italiana. Y lo aprendí indirectamente de los autores, sobre todo anglosajones, de los cuales la escuela tomaba inspiración, de Russell a Hare, de Frege al primer Wittgenstein.

Se trata de un método que –estoy de acuerdo contigo– es muy parecido al que emplearon muchos otros filósofos de la segunda mitad del Novecientos, incluidos Carlos Santiago Nino y John Rawls. La diferencia, mía y del grupo genovés con estos últimos autores surge fundamentalmente de su objetivismo moral, un presupuesto de su metodología no compartido por los genoveses, que profesan posturas no cognitivistas. Así que podríamos afirmar que lo que nos separa no está constituido, en buena medida, por el método de análisis de los problemas, sino por un presupuesto metaético no compartido: el objetivismo de Rawls y Nino, un constructivismo ético según el cual los principios morales son racionales, aun si no, en sentido estricto, verdaderos.

Tú me preguntas cuáles fueron las causas, distinguiéndolas de las razones, de mi adhesión al escepticismo, junto con los otros genoveses, desde la generación de Guastini en adelante. Ciertamente hubo una influencia, si quieres psicológica, del entorno intelectual en el que crecimos, y en especial de Tarello, pero no solo de él: Bobbio y Scarpelli representaban ejemplos muy fascinantes. Pero puedo conjeturar también el influjo de otros factores que nos empujaban hacia el escepticismo. En Italia, en aquel entonces y quizás también hoy, el objetivismo moral más conocido y hegemónico era el de la Iglesia

Católica, compartido por todos sus feligreses. Creo que la aversión cultural, incluso antes que política, hacia la Iglesia católica y sus dogmas puede explicar, al menos en parte, nuestra aversión al objetivismo y las propensiones escépticas en asuntos morales. Además, en el caso de Guastini y mío, hay que considerar los efectos del abandono del marxismo, otra teoría objetivista, tal vez no directamente en el campo de la moral, pero sin duda en los campos de la historia, la economía y la política. Los desencantos provocados por el «marxismo real», y quizás también la madurez resultante del paso de los años, han contribuido al crecimiento de nuestro escepticismo. ¿Son entonces los escépticos genoveses unos objetivistas decepcionados, como algunos colegas nos han acusado de ser? Tal vez sí, si nos situamos en el nivel de las explicaciones causales del nacimiento de las actitudes filosóficas. Sin que esta admisión se transforme en una crítica, que no sería aceptable, en el nivel de una discusión racional en metaética.

En cuanto al escepticismo interpretativo, diría en cambio que las causas de mi adhesión son todas adscribibles a la influencia del entorno cultural en el que me formé académicamente. Pienso, no obstante, que quizás hay una conexión entre suscribir el escepticismo valorativo y el escepticismo interpretativo. La idea básica es que, desde un punto de vista causal, detrás de cada actitud humana de tipo valorativo o normativo siempre hay intereses, en un sentido amplio, que la explican. Y dado que los intereses están en conflicto porque los bienes son escasos, y no vivimos en un mundo en donde el maná cae desde el cielo para satisfacer cualquier deseo de los hombres, entonces esto explica por qué no se puede realizar el consenso universal sobre cuestiones éticas. Como afirmaba Kelsen, en el mundo real la justicia es un ideal irracional.

M.A.: *Permíteme ahora, Paolo, que pase de las causas a las razones. Si yo he entendido bien en qué consiste tu postura no cognoscitivista, y creo que sí, entonces cabe encontrar efectivamente* ***causas*** *que la expliquen, pero me parece que no* ***razones*** *que la puedan justificar. Por lo demás, esto es algo que tú mismo reconoces. En el libro que escribiste en 1984 (y reeditado en 1991*), Contrattualismo, utilitarismo, garanzie, que es quizás en el que más te ocupas de este tema (de la teoría ética), afirmas explícitamente (p. 35) que tu postura metaética es de tipo no cognoscitivista, o sea, que no se pueden dar razones en favor de los principios últimos *(lo único que habría sería una elección) y que se trata más bien de un «pre-juicio»; un «pre-juicio» –insisto– que podrá explicarse, aclararse, pero no justificarse. ¿No crees que esto es un inconveniente: basar tu teoría de la ética en algo que no puedes justificar? Al final del libro mencionado, aduces una razón (si es que se le puede llamar así) para no ser cognoscitivista: «hay una conexión psicológica…entre la convicción de ser portador de 'verdades' éticas y actitudes de hecho intolerantes». Pero se trata, en todo caso, de un argumento que apela a los hechos, y los hechos lo desmienten; o, para matizar más las cosas, sólo podría aceptarse la conexión en relación con un tipo de cognoscitivismo ético, el absolutismo moral representado eminentemente por la Iglesia católica. Pero las posturas objetivistas de los últimos tiempos (como la de Rawls, o la de Nino) son, como sabemos, muy distintas de los absolutismos de base religiosa. Y, en fin, yo tengo la impresión de que*

ese tipo de postura está muy ligado a una cierta época histórica y a un cierto momento en el desarrollo de la filosofía (no sólo de la filosofía analítica; pensemos también en autores marxistas o que vienen del marxismo, como puede ser el caso de Ferrajoli o de Capella), pero que hoy (desde hace en realidad bastante tiempo) yo diría que es una postura que se bate en retirada. ¿Estarías, por ejemplo, dispuesto a afirmar que la dignidad humana no se fundamenta en otra cosa que en la convención, en el hecho de que mucha gente haya decidido que ese es un principio moral? ¿Y qué jurista defiende hoy que la justicia es un ideal irracional (aunque, por cierto, sigue habiendo algunos que ejercen incluso como magistrados de un tribunal constitucional y se consideran a sí mismos kelsenianos de estricta obediencia, lo que, en mi opinión, es claramente inconsistente)? ¿Cómo van a serlo –kelsenianos– a la hora de interpretar expresiones que aparecen en todas las constituciones, como «justicia», «dignidad», «libertad»? ¿Y cómo van a poder justificar (motivar) propiamente una decisión que se base en la interpretación de alguna de esas nociones?

P.C.: Creo que tu afirmación, según la cual yo mismo admitiría que el no cognoscitivismo no tiene una justificación, sino solo causas que explican su adopción, depende de un malentendido. En el libro *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie* hablé de mi «pre-giudizio» a favor del no cognoscitivismo, usando a propósito la rayita, porque no iba a tratar allí el tema metaético de su justificación, y por lo tanto, weberianamente, señalaba al lector cual era mi postura metaética previa, es decir el presupuesto sobre el cual basaba mi análisis de algunas teorías éticas contemporáneas (contractualismo, utilitarismo y libertarismo). No se trataba, por lo tanto, de un prejuicio en el sentido negativo de postura adoptada sin razones a su favor, o totalmente infundada. Admito, sin problemas, que detectar una actitud tolerante de los no cognoscitivistas (cuando la hay) y una actitud intolerante de algunos, pero no todos, los objetivistas no constituye una razón a favor de la primera postura metaética, no la justifica: puede ser, a lo sumo, la explicación de uno de los motivos, es decir de las causas psicológicas, que favorecen la adhesión al no cognitivismo por parte de algunas personas que aprecian las actitudes tolerantes. Dicho sea de paso: tampoco son argumentos justificativos los que tu presentas inmediatamente después, cuando dices que «*ese tipo de postura* [el no cognoscitivismo] *está muy ligado a una cierta época histórica etc.*». Se trata indudablemente de afirmaciones causales o explicativas, que no constituyen una crítica filosófica a los fundamentos de la metaética que comparto.

En mi opinión, sin embargo, sí hay razones a favor del no cognoscitivismo, o, mejor dicho, no hay razones aceptables a favor del cognoscitivismo, u objetivismo moral. En efecto, como son los cognoscitivistas los que afirman que existe algo como la moral objetiva, a ellos les incumbe la carga de justificar primeramente su afirmación, no a los que la niegan. El no cognoscitivismo puede limitarse a confutar los argumentos presentados por los objetivistas. Y esto es lo que intenté hacer en el libro en cuestión y que he seguido haciendo durante años, y no solo discutiendo contigo.

Respecto a tus cuestionamientos finales, que sugieren la imposibilidad, para un escéptico moral, de rechazar algunas «verdades» evidentes, observo lo siguiente. Concedo, por amor del argumento, que la «dignidad humana» sea hoy en día un concepto universalmente aceptado. En mi opinión, eso es así solo porque se trata de un sintagma genérico, ambiguo y vago: una expresión que vehicula una valoración positiva –como lo hacen palabras como «bueno», «correcto» y «justo»–, pero que a menudo es interpretada de maneras muy diferentes por sujetos diferentes. Por ejemplo, te preguntaría a mi vez: ¿es contrario o no al valor de la dignidad humana que una mujer practique un aborto? tu y yo diríamos que no, pero un católico seguramente diría que sí. Todos afirmamos que la dignidad humana es un valor, pero la entendemos y la empleamos diversamente en nuestras discusiones morales. «Haz el bien y evita el mal» es un precepto moral que me imagino no sería rechazado por nadie, justamente porque es totalmente desprovisto de contenido. Si lo trasformáramos en una pieza de ética sustantiva, concretizando y especificando su significado, ya el acuerdo universal desaparecería. El problema del cognitivismo es, para mi, fundamentalmente epistemológico: no hay criterios intersubjetivamente aceptables que permitan descubrir o construir «verdades» morales.

Por último, el ejemplo que tu presentas, para mostrar la contradicción en que se debatiría un «juez kelseniano», en mi opinión confunde dos planos que no deben mezclarse, el metaético y el ético (en sentido amplio): la afirmación que «la justicia es un ideal irracional» es de tipo metaético, mientras que las decisiones del juez se colocan en el plano ético. Yo mismo, como todos los no cognoscitivistas, tengo convicciones morales, y bastante firmes, al igual que tu, que eres objetivista: lo único que nos diferencia es que tu afirmas, sin fundamento alguno de mi punto de vista, que tus convicciones son objetivas, y yo no lo hago. Lo que sí hago, justificando mis posturas, es intentar convencer a otros a través de mis «buenas» razones, utilizando un articulado instrumental argumentativo, que incluye, pero no se limita al uso retórico del argumento de la coherencia, vertical y horizontal, aplicado a las posiciones prácticas de mis adversarios.

M.A.: *Es posible que haya incurrido en alguna imprecisión en la formulación de mi anterior pregunta, aunque verás que sí que mantuve la rayita al escribir «pre-juicio». En todo caso, ahora me dices que además de causas que explican que alguien como tú sea no cognoscitivista, existen también razones. Pero en realidad das una sola y yo diría que bastante extraña, a saber: las razones que dan los cognoscitivistas en favor de su posición no son convincentes, se pueden refutar, y la refutación parece consistir, por lo que yo he podido entender, en la ausencia de criterios objetivos lo que lleva, a su vez, a que no exista un consenso en relación con lo supuestamente bueno o malo, justo o injusto. Bueno, ese tipo de argumento me parece que puede ser muy respetable en muchos contextos; por ejemplo, cuando se establecen cargas de la prueba: no ha quedado suficientemente acreditada la culpabilidad de X, por lo tanto, debe declarársele no culpable (inocente). Pero fíjate que con ello se está atendiendo, podríamos decir, a una necesidad práctica, no a una cuestión epistemológica: no se puede concluir (si*

se entiende bien el argumento) que X no haya realizado tal acto, sino que no se ha podido probar debidamente que lo haya realizado, y de ahí que lo que proceda sea la absolución. Pero creo que eso es muy distinto del problema de la fundamentación de los juicios éticos. A mí me parece que a lo que lleva el que puedan existir argumentos en contra de tales y cuales teorías cognoscitivistas sería únicamente a un escepticismo cauteloso, pero no a una tesis positiva (que tú pareces sostener), según la cual la postura cognoscitivista está equivocada. Y además, ¿cómo puedes estar seguro de haber examinado todas las posibles teorías cognoscitivistas? Por lo demás, el argumento usual que viene a decir: «tenemos opiniones no coincidentes en relación a calificar el acto A o la norma N como justo(a) o injusto(a), por lo tanto, no existen criterios objetivos, no puede haber objetividad en materia moral», está obviamente mal construido, por más que a tantos le resulte persuasivo. ¡Estaríamos apañados si cada vez que se produce una falta de consenso, por ejemplo, en el campo de las ciencias más acreditadas, eso tuviéramos que interpretarlo en el sentido de «no hay una respuesta correcta, objetiva, en relación con tal problema científico»!

Tu respuesta a propósito de lo de la dignidad y los otros conceptos morales implicados en nuestros juicios relativos a los fines últimos no me parece satisfactoria. Yo no creo que una discusión a propósito del aborto, de la eutanasia, del racismo o del derecho a recibir una renta básica pueda concluir con un enunciado del tipo de «cada uno de nosotros entiende de manera distinta lo que significa dignidad, de manera que no tenemos nada que discutir. A ti –podría decir el interviniente no cognoscitivista poniendo el punto y final a la discusión– te parece bien que a la gente se la pueda tratar de manera distinta por el color de su piel, y a mí no». Y en esto, en los enunciados de ética sustantiva, tú y yo coincidimos de manera prácticamente completa, pero nuestra diferencia está en que a mí me parece que en relación con los juicios últimos sí que es posible la discusión racional. O sea, que sí que pueden dársele razones objetivas al racista del ejemplo (basadas en cómo debe entenderse la dignidad humana) y que esas razones valen con independencia de que él (o muchos otros) puedan estar o no dispuestos a aceptarlas, a dejarse persuadir por ellas.

Y voy finalmente a lo de Kelsen. No creo que el problema se solucione distinguiendo niveles distintos en el lenguaje de la moral. Ya sé que él y tú tenéis convicciones morales muy fuertes (y semejantes a las mías), pero el problema del juez kelseniano es que él tiene que operar en un sistema jurídico que le obliga a justificar (no sólo a explicar) sus decisiones. Y si ese juez es un emotivista (como lo era Kelsen), pues lo que ocurre es simplemente que no va a poder cumplir con esa exigencia de nuestros ordenamientos constitucionales. Kelsen, por cierto, y como tú sabes muy bien, fue en esto bien coherente, y por eso su propuesta de que las Constituciones no deberían contener términos como «justicia», «dignidad», «igualdad», etc. A eso es a lo que me refería con mi pregunta anterior.

Y para completar la cosa (y disculpa por la excesiva extensión de esta pregunta). El argumento que a mí me parece de más peso en contra del no cognoscitivismo es que esa postura te impide poder participar plenamente en prácticas como la moral o el Derecho (al menos, el Derecho del constitucionalismo). Dicho en positivo, algún tipo de objetivismo moral (yo lo llamo «objetivismo mínimo», pero no es cuestión de entrar aquí en detalles)

es, en mi opinión, presupuesto para dar sentido a la moral o al Derecho (y «dar sentido» no quiere decir prescindir de la crítica), para poder ocuparse de todo lo que debería ocuparse un filósofo del Derecho. Ya sabes que en broma me gusta deciros a los genoveses que es como si, con vuestro escepticismo metaético, hubieseis decidido hacer voto de castidad y renunciar, con ello, a tratar acerca de las cuestiones de mayor interés.

Bueno, se trata de volver sobre cosas que ya hemos discutido varias veces, pero creo que son de interés para el lector de DOXA. No aspiro obviamente a que dejes de ser no cognoscitivista, pero tengo mucha curiosidad (al igual probablemente que muchos de los lectores) por conocer con detalle tu postura. Los dos sabemos que ninguno va a convencer al otro, pero eso no vuelve inútil el diálogo.

P.C.: ¡Y entonces seguimos debatiendo! Me parece que tu argumento en contra del no cognoscitivismo se basa en una equivocada analogía entre ciencia y moral. Yo notaría, en cambio, al menos tres diferencias relevantes para nuestra discusión:

1) Estamos de acuerdo sobre el hecho que también entre los científicos surgen habitualmente disputas sobre la verdad de una proposición, una hipótesis o una teoría. Pero estos contrastes, en el largo periodo, tienden a desaparecer y solucionarse, ya que existen criterios intersubjetivamente aceptados por la comunidad científica para determinar quién tiene la razón. Dicho de forma simplista, existe, en la modernidad, un método científico compartido (hipotético-deductivo, apoyado en el mecanismo de prueba-error) y es lícito hablar, en general, de progreso científico: respecto a lo que se pensaba en la antigüedad, ahora sabemos que el sol no gira alrededor de la tierra, que la tierra no es plana, etc. En la moral, y en todo el dominio pr**á**ctico, esto no sucede, por que faltan criterios intersubjetivamente aceptados de búsqueda y verificación de los juicios éticos correctos. Y tampoco es lícito hablar, en general, de progreso moral, porque lo que para algunos es progreso para otros constituye un retroceso, no contingentemente sino siempre: por ejemplo, ¿el bien coincide con la utilidad de la mayoría, o con la conformidad a reglas predeterminadas? El debate acerca de esta disyuntiva sigue desde hace siglos, sin ninguna solución compartida.

2) Desde una proposición científica general (del tipo «el agua hierve a 100 grados») se pueden deducir proposiciones científicas particulares de modo un**í**voco (del tipo «el agua de esta olla hervirá a 100 grados»). Mientras que desde preceptos morales generales (del tipo «están prohibidos los comportamientos que violan la dignidad humana») se pueden deducir preceptos particulares diferentes y a veces incluso contradictorios (del tipo «abortar está prohibido» y «abortar está permitido»).

3) Es cierto que la búsqueda de la verdad científica no tiene fin y nunca podemos estar seguros de haberla alcanzado definitivamente. Sin embargo, más allá del consenso de la comunidad científica, opera a menudo un criterio pragmático que permite confirmar o desmentir la solidez de una teoría: se trata del hecho de que funcionen bien, o no funcionen, los artefactos que constituyen una aplicación práctica de la teoría. La tecnología produce artefactos y sobre el hecho de que funcionen bien o no se va

formando un amplio consenso: si los aviones vuelan, esto depende de la solidez de la teoría física que está detrás de su construcción. En la moral no pasa nada parecido: no hay una «tecnología moral» que goce de un consenso generalizado: sobre la base del utilitarismo o del libertarismo se pueden justificar acciones, situaciones y políticas contradictorias, que encuentran el aplauso de algunos y el rechazo de otros.

Tú pareces poner en tela de juicio que para un emotivista sea admisible la idea de una discusión racional en ética. Yo en cambio pienso que sí es admisible, dependiendo, por supuesto, de qué se entienda por «racional». Yo lo entendería en sentido débil: en una discusión se pueden brindar razones, de carácter persuasivo, y no sencillamente golpear la mesa. Mientras que tú eres partidario de una racionalidad fuerte: crees que se pueden brindar razones objetivas. Al racista pienso que le responderíamos ofreciendo, tú y yo, las mismas razones. Tú, además, agregarías que tus razones tienen una pretensión de objetividad: para mí, este añadido constituye solo una movida retórica para fortalecer tus argumentos.

En contra de un racista, un no cognitivista como yo puede presentar también argumentos basados solo en la coherencia, o, si quieres, en el principio de universalización, sin necesidad alguna de recurrir a principios morales objetivos. Este podría ser, por ejemplo, el debate entre un racista y yo, simplificándolo al máximo:

«Tu opinas que los negros son inferiores a los blancos y deben, por lo tanto, ser tratados peor que los blancos. Aún admitiendo que así sea (para mí se trata en realidad de una premisa desprovista de base empírica), te pregunto: ¿inferiores en qué?». Supongamos que el racista responda que los negros son inferiores, en promedio, por su inteligencia. Yo podría argumentar así: «Entonces, para ti, la base para justificar un tratamiento desigual es el grado de inteligencia. Pero, si es así, entonces un blanco que resulta poco inteligente (y es un dato incontestado que pueda existir) debe ser tratado peor que los otros blancos e incluso, probablemente, que varios negros». Si el racista rechaza esta conclusión y se resiste también a abandonar su juicio acerca de la inferioridad de los negros, se le puede acusar de incoherencia. Y la incoherencia, una vez que se hace patente, constituye una desventaja argumentativa porque, por razones pragmáticas, debilita la fuerza persuasiva de una argumentación. Ciertamente, el racista podría rechazar el procedimiento de universalización, y afirmar la intrínseca inferioridad de todos los negros sin ofrecer ninguna razón como base justificativa de su juicio. En este caso él se sustraería a un dialogo basado en razones, y resultaría por lo tanto impermeable también frente a los argumentos ofrecidos por un objetivista moral.

Respecto al juez kelseniano: ¿un emotivista puede justificar sus decisiones? Yo contestaría: obviamente sí, si por justificación se entiende brindar razones persuasivas en un contexto (racionalidad débil); obviamente no (*by definition*) si a un emotivista se le pide profesar el objetivismo y brindar razones objetivas. Y lo mismo vale para un juez kelseniano: brindará razones que le parecen convincentes, sin creer que son objetivas. ¿Lo declarará explícitamente? No, porque al redactar una sentencia él se coloca en el plano de la ética, en sentido lato, y no en el de la metaética.

Insisto: ¡los escépticos en metaética no son necesariamente escépticos («castos») en ética, al contrario! La pretensión de corrección es, para mi, una herramienta de persuasión: como tal, podría ser usada también por un emotivista o un juez kelseniano. Puedo admitir, sin embargo, que para «dar sentido» a juegos como el Derecho y la moral puede resultar útil presuponer que existen interpretaciones correctas y, respectivamente, juicios morales objetivos. Eso es así, sin embargo, solo desde el punto de vista del participante-creyente, no desde el punto de vista del participante-no creyente (hipócrita, si quieres, o simplemente estratégico) y desde el punto de vista externo de la meta**é**tica (en sentido lato). Vuelvo a uno de mis argumentos preferidos, la analogía con la religión: el participante-creyente no puede sino presuponer la existencia de dios y de una moral verdadera, para dar sentido a sus prácticas religiosas. Pero eso no impide que un participante-no creyente y un observador externo, por ejemplo un ateo racionalista, puedan considerar que las prácticas religiosas no tienen ningún sentido.

M.A.: *Bueno, estamos de acuerdo, por supuesto, en que el tipo de racionalidad que funciona en la ciencia no es exactamente el mismo que el que opera en la moral o en el Derecho. Y sé muy bien que tienes convicciones fuertes en materia de ética sustantiva. Nuestra diferencia estribaría en que, a propósito de cuestiones morales (y jurídicas, pues la argumentación jurídica, en mi opinión, contiene siempre algún fragmento moral), yo creo que es posible (que se debe) ir más allá de la racionalidad débil que tú defiendes. Digamos, para ti, la racionalidad se reduciría a la racionalidad formal (lógico-matemática), la de las ciencias empíricas y lo que llamas persuasión. Yo pienso que deberíamos añadir algo más, pero no quiero continuar esta entrevista por ahí, porque me parece que para el lector ha quedado claro cuál es tu posición en cuestiones de ética y de metaética, y de eso es de lo que se trataba. Paso por ello a otro tema, el del realismo jurídico. Muchas veces he pensado (y no soy el único en pensar así) que los realistas genoveses sois en realidad muy poco realistas, o sea que, en muchos aspectos, dais la espalda a las realidades jurídicas. Por ejemplo, a mí me parece que es muy poco realista reducir el Derecho a lenguaje, aunque en el lenguaje jurídico se incluya también el lenguaje de los juristas. ¿Crees que puede haber algo de razón en esa crítica?*

P.C.: A tu pregunta respondo solo por lo que a mi se refiere, ya que no estoy del todo seguro de que otros genoveses, en este punto, estén completamente de acuerdo con lo que diré. En mi opinión, un realista jurídico se define como tal porque opina que el Derecho es un conjunto de hechos y que, por lo tanto, se puede describir, analizar, explicar y predecir con las herramientas epistemológicas típicas de las ciencias sociales. Soy consciente de la existencia de corrientes y debates en el interior de la epistemología jurídica y personalmente me inclino hacia un empirismo (no ingenuo, sino) temperado por algunos aportes de corte constructivista. Así que la noción de «hecho» a la que hago referencia resulta ser multifacética y articulada, incluyendo no solo acciones externas observables (y sus resultados), sino también acciones internas, es decir actitudes y ademanes psicológicos. Hoy en día considero además útil, a fines de comprender la complejidad de lo real, emplear la distinción de Searle entre hechos brutos y hechos

sociales (e institucionales), siempre que no desemboque en una duplicación del mundo y venga en cambio considerada como una manera de representar la única realidad constituida por nuestra vida en sociedad.

Por lo tanto, un realista no puede compartir la idea de una teoría jurídica normativa, en los dos principales sentidos en que esta expresión es usada por la filosofía del Derecho contemporánea: ciencia que tiene como objeto normas y/o ciencia que es intrínsecamente normativa. Es bien conocido que el primer sentido ha sido elaborado por Kelsen y sucesivamente adoptado, si bien con modificaciones, por los positivistas normativistas. Mientras que el segundo sentido es típico de los postpositivistas, desde Dworkin en adelante, pero también es empleado por Ferrajoli en el interior de su enfoque positivista. Dicho sin demasiados rodeos y de manera un poco abrupta, mi posición realista se podría resumir así: 1) o bien las normas son hechos (o en última instancia reducibles a hechos) o bien no entiendo qué otra cosa podrían ser; 2) una teoría jurídica normativa (en el segundo sentido), si es teoría, entonces no es normativa, y si es normativa, entonces no es teoría, sino ideología.

Por otra parte, no recuerdo haber nunca afirmado, de manera radical, que el Derecho se pueda reducir solo a lenguaje. Opino más bien que configurar el Derecho como lenguaje –y uso a propósito el verbo «configurar» para mostrar las influencias constructivistas de mi epistemología– es algo útil para comprender su funcionamiento en la sociedad. Configurarlo como un conjunto de textos y de discursos sirve además para mantenerse cerca de la mentalidad y de los usos de los juristas y de los operadores prácticos, que casi siempre lo consideran así. Hay, sin embargo, otras maneras de configurar el Derecho como objeto de estudio, todas plenamente legítimas y provechosas: pienso especialmente en la forma en que estudian los fenómenos jurídicos la historia, la sociología y la teoría política. Nadie negaría que el Derecho puede configurarse, no solo como un fenómeno lingüístico, sino también como un instrumento de dominio, una expresión de los equilibrios de poder en una sociedad, una práctica social, un conjunto de convenciones y costumbres, etc. Pero, siendo yo fundamentalmente un iusfilósofo analítico, siempre me ha resulta más «natural» configurar y analizar el Derecho como un conjunto de discursos.

M.A.: *Uno de los temas de los que más te has ocupado es el de la interpretación. Y aquí me parece que tu postura no es tampoco exactamente coincidente con la de otros «genoveses». De hecho, en un libro sobre El realismo jurídico genovés (editado por Ferrer y Ratti), pero no sólo ahí, has afirmado que tu concepción «ecléctica» no es exactamente «escéptica» sino –creo que es el término que tú has empleado– «neoescéptica». ¿Podrías aclarar de manera breve en qué consiste tu teoría de la interpretación y, si es el caso, si ha sufrido alguna modificación al cabo de los años? Por otro lado, en tu anterior respuesta has señalado que una teoría jurídica no puede ser normativa (estoy entendiendo «normativa» en el segundo de los sentidos que has distinguido). Pero si es así, yo diría que se corre el riesgo de construir una teoría que no puede ser de mucha utilidad para los juristas. Esta última es una crítica que te hacía en el*

libro al que me acabo de referir, a propósito de lo que denominabas «modelo axiológico» de interpretación (que incluiría enunciados que describen valores y que establecen deberes técnicos, pero no enunciados valorativos o prescriptivos), y me gustaría conocer tu réplica, si bien creo, más o menos, adivinar por dónde irá. Finalmente, ¿qué opinión te merece la teoría de la interpretación de Dworkin que, obviamente, parece ser el mejor ejemplo de teoría normativa de la interpretación? ¿Sigues pensando –como has escrito en alguna ocasión– que se trata más bien de política jurídica que de teoría del Derecho? ¿Hay algún elemento de «teoría» del Derecho en los escritos sobre la interpretación de Dworkin que consideres valioso?

P.C.: Mis ideas sobre interpretación jurídica claramente se inscriben en el interior de la línea abierta por Tarello, y desarrollada sucesivamente por Guastini, Chiassoni y Ratti. En el grupo genovés, también en tema de interpretación, y a pesar de una amplia coincidencia de posiciones, hay sin embargo unos matices que nos diferencian. Por otro lado, hoy en día no estoy ya muy interesado en refinar la tipología de las teorías de la interpretación propuesta por Hart («pesadilla», «noble sueño» y «vigilia»), y tampoco me entusiasma la búsqueda de la mejor etiqueta para designar mi postura al respecto: neo-escepticismo, teoría ecléctica, o algo por el estilo. Pienso que estos rótulos sirven relativamente para poco, y producen el peligro de desplazar la discusión teórica de las cuestiones de fondo hacia complicados ejercicios de mera clasificación. Así que, respondiendo a tu pregunta, prefiero no ofrecer una definición de mi postura e intentar, en cambio, presentar una rápida síntesis de mis opiniones sobre interpretación, aclarando que no han cambiado mucho en el tiempo, a no ser por una mayor acentuación del concepto de corrección contextual.

Comparto, en primer lugar, la que podríamos llamar la tesis fundacional del grupo genovés acerca de la interpretación, es decir, la distinción entre disposición (formulación, texto) y norma (significado de una disposición), así como la afirmación de que no se da correspondencia biunívoca entre disposición y norma: una norma puede ser expresada por más de una disposición, una disposición puede expresar más de una norma. Recientemente he explicado que, para m**í,** esta última afirmación ha de entenderse como el resultado de argumentos empíricos y no conceptuales. En las experiencias jurídicas que conocemos, la pluralidad de criterios interpretativos, que forman un conjunto entre sí conflictivo, en unión con la ambigüedad de las disposiciones y la ausencia de metacriterios para elegir de forma cierta uno y solo un canon hermenéutico que emplear para atribuir un significado a un texto: todo esto determina que la interpretación de una disposición siempre pueda dar vida a normas diferentes, y a veces incluso contradictorias.

Sobre la idea de corrección, mi posición «moderada» es que se puede hablar de una interpretación correcta de una disposición, pero solo en el interior de un contexto específico y como resultado de una amplia o autoritativa convergencia de consensos sobre aquella interpretación. Como no hay ni criterios ni metacriterios compartidos que se puedan usar para valorar como correcta una particular interpretación, es únicamente

la existencia de un consenso consolidado, pero siempre contingente, lo que puede permitirnos hablar de corrección. La hartiana diferencia entre textos claros y oscuros –o bien casos fáciles y difíciles– es contingente, depende ella misma del contexto. Diacrónicamente todos los textos claros pueden llegar a ser oscuros, y viceversa.

Finalmente, subrayaría la existencia de marcadas diferencias entre la conversación ordinaria y la interpretación jurídica. En el marco jurídico no se dan solo juegos interpretativos cooperativos sino también conflictuales, como ha sido bien ilustrado por Francesca Poggi en su último libro (*Il modello conversazionale*, 2020). A menudo en el Derecho no se quiere entender lo que quiso decir el legislador –si es que es posible, y a menudo no lo es–, sino escoger la interpretación que resulte más oportuna o provechosa para el intérprete.

Tú afirmas, en la pregunta y lo has hecho en muchas otras ocasiones, que solo las teorías jurídicas normativas (en el segundo sentido) son útiles, mientras que los genoveses, también en la teoría del Derecho y no solo en ética y metaética, se autoconfinarían en la irrelevancia práctica, al adoptar una postura *value free*: se trata de uno de nuestros puntos de desacuerdo más persistentes, y por lo tanto no agregaré nada nuevo al respecto. Yo no niego el rol desarrollado por algunas teorías normativas, que intentan influenciar actitudes y decisiones de juristas y operadores prácticos. Y con referencia a teorías positivistas, como la de Ferrajoli, o postpositivistas, como la de Nino, Alexy o la tuya, incluso estoy a menudo en sintonía con las finalidades ideológicas llevadas a cabo por estos iusfilósofos. Sin embargo, sigo afirmando: a) que no se trata de teorías en sentido estricto (preferiría llamarlas doctrinas), ya que tienen una dirección de adecuación mundo a lenguaje, y no lenguaje a mundo; b) que también resultan útiles, aunque de manera diferente, las teorías descriptivas y explicativas del Derecho, como la de Ross o la de los genoveses: para cambiar el mundo hace falta conocerlo. Además, no me parece oportuno mezclar descripciones y prescripciones en el interior de una misma teoría, generando confusión y enredo en los lectores.

Un inciso sobre uno de tus comentarios al capítulo de mi autoría en el libro colectivo *El realismo jurídico genovés*. Mi tentativa, y quizás no me expliqué bien, era distinguir, siguiendo a Wróblewski, entre un enfoque teórico de la interpretación y los enfoques directamente descriptivos y prescriptivos. Estos últimos consisten, respectivamente, en describir y prescribir interpretaciones concretas, en el interior de coordenadas espacio-temporal específicas: por ejemplo, «La Corte Constitucional italiana, en la sentencia XXX, ha interpretado de este modo el art. XX del Código Penal, encontrándolo conforme a la Constitución»; o bien, «El excelentísimo Tribunal debería interpretar de este modo el art. XX del Código Penal». Definía en cambio el enfoque teórico como la construcción de un modelo de interpretación jurídica, que consiste en una representación simplificada de las prácticas interpretativas, concentrándose exclusivamente en los elementos relevantes, y haciendo abstracción de todo los demás. Un modelo teórico de este tipo, afirmaba, puede ser empleado con finalidades explicativas o con finalidades axiológicas. En este último caso, el modelo sirve para evaluar la realidad y como

meta ideal hacia la cual se debería dirigir la realidad, transformándola. Me parecía que en el interior de un modelo usado axiológicamente los deberes se presentaban como anankásticos, y no directamente deónticos: si quieres la certeza del Derecho, usando un ejemplo tuyo, entonces debes interpretar de manera restrictiva la ley. Pero quizás me equivoqué, y al menos algunos de los modelos de buena interpretación, elaborados por filósofos del Derecho contemporáneos, incluyen directamente la adhesión a valores, como el de seguridad jurídica, y no se manifiestan como conjuntos de reglas técnicas para una buena interpretación.

Para terminar, te confirmo que acerca de Dworkin no he cambiado de idea: en algunas piezas de su obra está presente, sin duda, una doctrina de la interpretación –por ejemplo, cuando presenta su «lectura moral de la constitución»–, dirigida a operaciones de política del Derecho en el interior de la cultura jurídica estadounidense. Sin embargo, la parte principal de su obra está constituida por una teoría interpretativa: no una teoría de la interpretación, en donde la interpretación constituye el objeto de la teoría, sino más bien una teoría cuyo carácter distintivo es el de ser intrínsecamente interpretativa. Se trata de una teoría de corte normativo, o, mejor dicho, basada en el programático abandono de la distinción entre ser y deber ser, que mezcla permanentemente descripciones y valoraciones, dando vida a tesis fundamentalmente confusas. Por supuesto no tengo tiempo para justificarlo aquí (haría falta un largo ensayo), pero mi juicio sobre la teoría del Derecho de Dworkin es muy severo: para m**í,** Dworkin ha hecho perder un tiempo excesivo a varias generaciones de investigadores, sobre todo jóvenes, favorables o contrarios a su teoría, que se han extenuado en largos e inacabados debates, sin que nuestro conocimiento de los fenómenos jurídicos haya progresado, por eso, de manera significativa.

M.A.: *Pasemos ahora de la parte al todo, de la teoría de la interpretación a la teoría de la argumentación jurídica. Más o menos cuando empezaba lo que luego se ha llamado «el giro argumentativo» en la teoría del Derecho, editaste dos volúmenes con Riccardo Guastini en los que recogíais una serie de trabajos sobre esa temática (*L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Giappichelli, Torino, 1987 y 1989). ¿Qué piensas hoy en relación con esa tendencia o ese enfoque del Derecho? ¿Qué papel ha jugado en la filosofía del Derecho y, en general, en la cultura jurídica? Y, a propósito de eso, uno de los autores que habrían jugado un papel relevante en la construcción de esa más o menos nueva teoría del Derecho ha sido Jerzy Wróblewski, un iusfilósofo que, me parece, ha tenido cierta influencia en tu obra. ¿Es así? ¿Qué opinión te merecen, en particular, las construcciones tanto del propio Wróblewski como las de Aulis Aarnio, Neil MacCormick y Robert Alexy? En el libro mencionado, y en otros trabajos, hacías ya una cierta evaluación de las obras de esos autores, pero me gustaría que, por así decirlo, actualizaras tus juicios sobre ellos.*

P.C.: Me da gusto recordar, con poca modestia, que los dos volúmenes de *L'analisi del ragionamento giuridico* supusieron una iniciativa cultural exitosa. Más allá de haber constituido, como reza el subt**í**tulo, un instrumento didáctico muy útil durante años

en las asignaturas de Filosofía del Derecho en Génova, y en otras universidades italianas, introdujeron, de hecho, en el debate italiano a autores que entonces eran poco conocidos. Me refiero sobre todo al primer volumen, en el que se tradujo y comentó, por Riccardo Guastini, el ensayo que dio el empuje inicial al «giro argumentativo», es decir *The Foundation of Legal Reasoning* (1981) de Aarnio, Alexy y Peczenik. Y además presentamos al público italiano a autores como Bulygin, Weinberger y Wróblewski, entre otros. Al menos en aquella época, en efecto, la discusión sobre un iusfilósofo contemporáneo solo se avivaba cuando venía traducido al italiano, no antes: la literatura especializada se leía mucho menos que hoy directamente en inglés.

El giro argumentativo, en mi opinión, ha revestido una considerable relevancia para la filosofía del Derecho de la última parte del siglo pasado: ha cambiado la manera de contemplar el Derecho por parte de muchos teóricos, empujándolos a enfocar los mismos problemas de siempre, pero desde una perspectiva nueva y diferente. Asimismo, ha tenido como resultado un mayor acercamiento, por parte de los teóricos, a la manera en que los operadores prácticos enfrentan los problemas jurídicos: *bottom up*, y no *top down*, para usar un lenguaje de moda.

De Jerzy Wróblewski he tenido un conocimiento personal que casi ha coincidido con la lectura de su obra: visitó nuestro Instituto, invitado por Tarello, y después coincidí con él en algunos congresos. Tengo el recuerdo de una persona, al menos en la apariencia, modesta y recatada, extremadamente seria y de modos suaves, que había vivido la academia en tiempos de socialismo real, desempeñándose también como decano de la Facultad de Derecho y después como rector de la Universidad de Łódź. Era un exponente destacado de una línea de investigación que en Polonia ha sido muy relevante, y que contaba, entre otros, con iusfilósofos como Georges Kalinowsky y Kazimierz Opałek. Le tenía mucho aprecio, desde un punto de vista humano y no solo científico. Me ha atraído, en los años Ochenta, por su capacidad para llevar a la práctica, consistente y permanentemente, el presupuesto metodológico de la neutralidad de la teoría, por el uso consumado del instrumental analítico, por la construcción de aparatos conceptuales aptos para dar cuenta, a un nivel muy alto de generalidad y abstracción, de la complejidad de lo real. En general, he asumido su método y, en particular, me complace recordar la dicotomía entre justificación interna y externa, cuya recepción en la teoría del Derecho de la Europa continental ha demostrado ser una herramienta valiosa para construir modelos del razonamiento judicial.

Wróblewski y los demás autores que has citado –Aarnio, Alexy y MacCormick– han ofrecido una importante contribución para moldear la que hoy se conoce como concepción estándar de la justificación judicial.

De igual manera, han proporcionado aportaciones específicas de elevado interés para la reconstrucción teórica de la argumentación de los juristas. Aún si, por supuesto, no comparto algunas de las tesis centrales, metodológicas y de contenido, de las respectivas teorías, opino, sin embargo, que han constituido, en su conjunto, una etapa fundamental en el desarrollo de la filosofía del Derecho contemporánea. Sus obras

confirman que, en esta disciplina, Europa no tiene nada que envidiar a Estados Unidos; al contrario. No todos ellos son autores «asépticos» como Wróblewski y, por ello, me resultan menos afines, pero cuanto menos emplean unas imprescindibles distinciones analíticas, no ignoran la gran división entre ser y deber ser, y cuando hacen teoría normativa lo señalan con suficiente claridad. Aunque no hubiera otras razones –y sí que las hay –, esto último los distingue de Dworkin y me lleva a sentir aprecio por ellos.

M.A.: *El tema del giro argumentativo y los comentarios que acabas de hacer sobre esos autores me llevan inevitablemente a preguntarte por el positivismo jurídico. No sobre si eres o no iuspositivista, sino sobre qué tipo de positivismo jurídico sostienes. ¿Cuáles serían sus tesis fundamentales? ¿Y cómo compatibilizas el positivismo jurídico con el constitucionalismo, en cuanto fenómeno jurídico? ¿Son, en tu opinión, compatibles o, más bien, dirías que los cambios que se han producido últimamente en nuestros Derechos suministran nuevos argumentos para ser (o seguir siendo) positivistas? ¿Y ha modificado en algo tu concepción iuspositivista el «giro argumentativo» protagonizado fundamentalmente, creo yo, por autores no positivistas?*

P.C.: A la pregunta «¿Eres positivista»?» suelo contestar de la misma manera en que lo hacía Bobbio: «Depende». Y si seguimos adoptando –como opino que sigue siendo oportuno hacer– la tricotomía de Bobbio entre positivismo metodológico, teórico e ideológico, indudablemente continúo siendo partidario del metodológico y rechazando el ideológico. Las tesis fundamentales del positivismo como metodología son, como es bien conocido, la de la distinción entre el Derecho como es y el Derecho como debería ser; la de la prioridad lógica del conocimiento del Derecho frente a su sucesiva y eventual valoración moral, con el corolario de la separación entre Derecho y moral; la de la posibilidad de una descripción avalorativa del Derecho, en la medida en que pueden ser neutrales las ciencias sociales. Mi lejanía del positivismo como ideología se acompaña de una simpatía al menos por alguna de las posturas del neoconstitucionalismo ideológico: por ejemplo, me es afín la idea de que la obediencia a las leyes solo se justifica cuando son conformes con los principios y valores de una constitución que incluya un catálogo de derechos fundamentales y sus correspondientes garantías.

Respecto al positivismo como teoría, mi actitud deriva de la manera como se caracterice esta posición. Si se hace referencia a las afirmaciones, típicamente formalistas, que Bobbio identificaba como el contenido del positivismo jurídico decimonónico y de la primera mitad del siglo XX, entonces diría que no acepto esta postura, así como ya no la aceptaba Bobbio en los años sesenta del siglo pasado. Si en cambio se hace referencia a una teoría que, adoptando el positivismo metodológico, describa el Derecho tal y como es, de hecho, hoy en día, entonces me declaro un teórico positivista. Se podría quizás decir que soy un teórico neoconstitucionalista, si se entiende esta postura como una simple puesta al día de la teoría positivista, que describe el Derecho como es hoy –es decir constitucionalizado–, y no como era hace ciento cincuenta o doscientos años. No me definiría en cambio como un teórico neoconstitucionalista si se entiende esta

postura en su versión normativa, que en realidad es ampliamente la más difundida. Desde este punto de vista, como bien sabes, tampoco estoy de acuerdo con Luigi Ferrajoli: no considero, como él hace, que los cambios en el objeto de la teoría –desde el Estado de Derecho decimonónico al Estado constitucional de Derecho– tenga como consecuencia la necesidad de un cambio en la metodología de estudio del fenómeno jurídico.

Casi no hace falta agregar que sigo siendo un positivista en su variante realista, dado que encuentro problemática la variante normativista. En efecto, el giro argumentativo ha reforzado mi insatisfacción hacia el positivismo normativista, desde Kelsen a Bulygin, desde Hart a Ferrajoli, y mi inclinación hacia un realismo analítico que d**é** cuenta adecuadamente de las praxis argumentativas y decisionales de jueces y funcionarios, que revisten gran importancia en el funcionamiento del Derecho contemporáneo.

M.A.: *Me gustaría que nos hablaras ahora, y para terminar con esta entrevista, de cuáles son tus planes para el futuro más o menos inmediato: de qué te estás ocupando, cuáles son tus proyectos intelectuales. Y, ligado con ello, cómo ves el presente y el futuro (digamos, a corto plazo) de la filosofía del Derecho, cuáles dirías que son sus puntos fuertes y cuáles sus debilidades. ¿Tiene un futuro la filosofía del Derecho? ¿Hacia dónde crees tú que debería orientarse nuestra disciplina? ¿Lo está haciendo?*

P.C.: Mis planes para el futuro, limitándome obviamente a los que atañen a la investigación, son en parte heterónomos y en parte autónomos. Me explico. Llegados a mi edad, suele pasar que se escriban ensayos porque alguien te lo pide, y a menudo para honrar o conmemorar a colegas de la disciplina. Además, en mi caso específico, tendré en los próximos meses el gusto y la carga de responder a observaciones y comentarios de amigos y colegas (más de sesenta) que han tenido recientemente la generosidad de ocuparse de mi obra, en un congreso y en un libro en homenaje. Este compromiso me obligará a volver críticamente sobre muchas de las opiniones que expresé en el pasado, y a poner al día mis conocimientos de la literatura relevante. Respecto a los planes autónomos, tengo la intención de profundizar en el análisis de la vigencia de las normas, en el marco de un enfoque coherentemente realista de estudio del Derecho. Empecé a ocuparme del tema reconstruyendo las posturas de Bulygin y Ross al respecto, pero me di cuenta de inmediato de que la del primero merecía ser criticada y la del segundo, en cambio, profundizada. Mi propuesta ha sido distinguir un concepto predictivo de vigencia de los conceptos, contiguos, de eficacia y validez, y concentrarme en el estudio de la vigencia de normas más que de disposiciones. Los juicios de vigencia de normas serían predicciones acerca de la probabilidad de que una norma, como significado de una disposición, sea aplicada en el futuro por jueces y funcionarios, y/o acatada por los ciudadanos. Estoy convencido de la utilidad práctica del análisis de este concepto y del desarrollo de investigaciones empíricas que lo usen para garantizar un grado mayor de certeza del Derecho.

La situación presente de nuestra disciplina y su futuro próximo son temas que, en la red de investigación a la que pertenecemos, han sido debatidos en múltiples ocasiones. La situación actual de la filosofía del Derecho es muy variada en los diferentes países, pero me atrevería a afirmar que en el mundo latino goza todavía de muy buena salud: lo atestiguan la vivacidad de la discusión en congresos y seminarios, la existencia de buenas revistas especializadas, el funcionamiento de algunos doctorados que son seguidos por jóvenes de excelente calidad. Los temas tratados se han diversificado en las últimas décadas, y, desde un punto de vista cuantitativo, la teoría del Derecho en sentido estricto se ha vuelto una práctica de investigación quizás minoritaria. Se han, en cambio, multiplicado los estudios que consisten en una valoración, moral o política, del Derecho, especialmente en cuestiones que se ubican cerca de la frontera entre el Derecho y la moral: inicio y fin de la vida, conservación del medio ambiente, tutela de las generaciones futuras, estudios de género, etc.

El futuro académico y científico de la filosofía del derecho depende, en mi opinión, de varios factores. Para que sencillamente exista un futuro de la disciplina, hace falta en primer lugar abandonar definitivamente la que Bobbio llamaba la filosofía del Derecho de los filósofos, que interesa cada vez menos a los juristas. Estoy convencido de que sería desastroso hacernos confinar en departamentos de filosofía práctica, como ya ocurrió en algunas universidades anglosajonas. Es importante, en cambio, seguir ocupando un rol relevante dentro de las facultades de Derecho, ya que es muy difícil cultivar la disciplina, formar jóvenes, llevar a cabo empresas intelectuales novedosas, si no se tiene presencia con asignaturas obligatorias dentro dichas facultades.

Pero sobre todo es necesario que nuestra disciplina entre en aquellos espacios, todavía vacíos o más bien disputados, que se encuentran en el cruce entre dominios diferentes. Me explico presentando dos ejemplos. El del estudio de la mente, donde se cruzan los enfoques de neurociencia, psicología y filosofía. Como argumentó vivazmente Bruno Celano, hace falta proporcionar un vocabulario y una sintaxis a los neurocientíficos para comunicar sus descubrimientos a la sociedad, de la misma manera en que Hume, y otros filósofos de los siglos XVII y XVIII, los proporcionaron a la ciencia moderna, hablando de razón y pasiones, voluntad e intelecto, etc. Y además, los iusfilósofos parecen particularmente entrenados para leer los resultados de la neurociencia y traducirlos en categorías jurídicas, en términos, por ejemplo, de responsabilidad y castigo. Otro ejemplo está constituido por la progresiva digitalización de las informaciones y su manejo a través de la inteligencia artificial, un proceso de enorme envergadura que está transformando profundamente nuestra sociedad. También en el marco jurídico, el impacto de la digitalización está creciendo exponencialmente, sin que la doctrina y los operadores prácticos tengan los instrumentos epistemológicos y culturales para cabalgar la ola de innovaciones generada por la informática. Estoy convencido de que deberían ser los filósofos del Derecho quienes deberían ofrecer tales instrumentos, para que los juristas puedan, por ejemplo, decir a los informáticos cómo interpretar la ley antes de

digitalizarla, o usar los *big data* para hacer predicciones fiables sobre normas vigentes o decisiones judiciales futuras, etc.

A corto plazo, se seguirán practicando las formas habituales de hacer filosofía jurídica, pero los dos ejemplos que he citado muestran, en mi opinión, algunos de los grandes desafíos a los que deberán enfrentarse los filósofos del Derecho del siglo XXI.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2023), *47*, pp. 571-595

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.

Artículos

José Juan Moreso
Bruno Celano, sine quo non

Alfonso Ruiz Miguel
El Rousseau de Norberto Bobbio

Pablo Bonorino
¿Existen los argumentos visuales? Sobre el uso de fotografías en la argumentación jurídica

Pedro Caballero Elbersci
Metateoría pragmatista para una teoría de las normas jurídicas

Roberta Simões Nascimento
El argumento de la intención del legislador: usos y propuesta normativa

Isabel Victoria Lucena Cid
La constitución ontológica de la realidad virtual

Santiago Truccone-Borgogno
La dimensión temporal de la justicia compensatoria: Sobre la reparación de injusticias históricas

Humberto Luis Cuno Cruz
Razón (teórica y práctica), racionalidad y razonabilidad. De sus límites, semejanzas y diferencias

Pablo Gres Chávez
Dialéctica y Derecho: apuntes para una teoría jurídica crítica

Diego M. Papayannis
No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte II

Juan Manuel Pérez Bermejo
La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de pervivencia práctica y problemas teóricos

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz
El principio de publicidad y la publicidad de los principios

Silvina Alvarez Medina
La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual

Sobre la proporcionalidad

Horacio Spector
Proporcionalidad constitucional y el teorema Alchourrón-Makinson

Horacio Spector y otros
Sobre el principio de proporcionalidad. Una discusión con Horacio Spector

Notas

María Cristina Redondo
Sobre el positivismo jurídico interno. Algunas respuestas

Yohan Molina
Un dilema para el enfoque de Rodríguez-Blanco del seguimiento intencional de reglas

Sobre la «Filosofía del Derecho»

Rafael Ramis Barceló
La noción de «filosofía del derecho» desde la historia conceptual

Manuel Atienza
Un comentario a Ramis Barceló

Jesús Vega
El nacimiento de la Filosofía del Derecho y sus problemas

Rafael Ramis Barceló
¿Por qué ciertos juristas quieren ser filósofos?

Entrevista

Manuel Atienza
Entrevista a Paolo Comanducci

ISSN 0214-867-6