

D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

«Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho» es una publicación de carácter anual dirigida a filósofos y teóricos del Derecho, de la moral y de la política.

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

© DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

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

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

Depósito legal: M-27.661-1989

Diseño de cubierta: n estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: TOP PRINTER PLUS

Polígono Ind. Las Nieves - 28935 (Madrid)

MADRID, 2008

Printed in Spain

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante

Alicante, 2007

ÍNDICE

Homenaje a Ernesto Garzón Valdés
 A Tribute to Ernesto Garzón Valdés

Eugenio Bulygin: <i>Ernesto Garzón Valdés en sus 80</i> <i>Ernesto Garzón Valdés in his Eighties</i>	19
Francisco J. Laporta: <i>Homenaje a Ernesto Garzón Valdés. Laudatio</i> <i>A Tribute to Ernesto Garzón Valdés. Laudatio</i>	23
Josep Aguiló Regla: <i>Sobre «Representación y democracia» de Ernesto Garzón Valdés</i> <i>On Ernesto Garzón Valdés's «Representation and Democracy»</i>	31
Macario Alemany: <i>Breve nota sobre la idea de «paternalismo» en la obra de Ernesto Garzón Valdés</i> <i>A Short Note on the Idea of «Paternalism» in the Work of Ernesto Garzón Valdés.</i>	35
Silvina Álvarez: <i>Razonabilidad, corrección moral y coto vedado</i> <i>Reasonability, Moral Correctness, and the Moral Preserve</i>	39
Miguel Álvarez Ortega: <i>La regla hartiana de reconocimiento en el pensamiento garzoniano</i> <i>Hart's Rule of Recognition in Garzonian Thought</i>	45

María José Añón: <i>Jueces y «control de calidad» de los sistemas políticos</i> <i>Judges and «Quality Control» of Political Systems</i>	53
Manuel Atienza: <i>Dos sugerencias (muy menores) sobre el concepto de tolerancia</i> <i>Two (Very Minor) Suggestions on the Concept of Tolerance</i>	61
Juan Carlos Bayón: <i>Algunos comentarios sobre «El papel del poder judicial en la transición a la democracia»</i> <i>Some Comments on «The Role of the Judiciary in the Transition to Democracy»</i>	65
Alberto Carrió Sampedro: <i>La aporía del soberano encadenado. Análisis crítico de «las limitaciones jurídicas al soberano» del profesor Ernesto Garzón Valdés</i> <i>The Aporia of the Fettered Sovereign. A Critical Analysis of Ernesto Garzón Valdés's «The Legal Limitations to the Sovereign»</i>	73
Pierluigi Chiassoni: <i>Entre Formalismo y Theological Reading: Garzón Valdés, Francisco Suárez y la interpretación de la ley</i> <i>Between Formalism and Theological Reading: Garzón Valdés, Francisco Suárez, and Statutory Interpretation</i>	79
Paolo Comanducci: <i>La irrelevancia moral de la diversidad cultural</i> <i>The Moral Irrelevancy of Cultural Diversity</i>	89
Elías Díaz: <i>Entrada libre en el «coto vedado»</i> <i>Open Admission to the «Moral Preserve»</i>	95
Jesús González Amuchastegui: <i>Algunas discrepancias con Ernesto Garzón en materia de derechos humanos</i> <i>Some Disagreements with Ernesto Garzón on Human Rights</i>	101
Daniel González Lagier y Ángeles Ródenas: <i>Los deberes positivos generales y el concepto de «causa»</i> <i>General Positive Duties and the Concept of «Cause»</i>	105

Andrea Greppi: <i>Futuro de la democracia y democracia del futuro</i> <i>Future of Democracy and Democracy of the Future</i>	111
Riccardo Guastini: <i>Ernesto Garzón Valdés sobre la soberanía. Un comentario</i> <i>Ernesto Garzón Valdés on Sovereignty. A Comment</i>	117
Liborio L. Hierro: <i>¿Se puede pleitear? Platón, Garzón y la deontología de los abogados</i> <i>May We Litigate? Plato, Garzón, and Lawyer's Professional Ethics</i>	123
Isabel Lifante Vidal: <i>Sobre la distinción entre lo íntimo, lo privado y lo público de Ernesto Garzón Valdés</i> <i>On Garzón's Distinction Between the Intimate, the Private and the Public</i>	129
José Luis Martí: <i>Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés</i> <i>Legitimacy and Room for Democracy in Ernesto Garzón Valdés</i>	135
José Juan Moreso: <i>Sobre la noción de validez normativa</i> <i>On the Notion of Normative Validity</i>	143
Félix Ovejero Lucas: <i>¿Sirve para algo decente la filosofía política?</i> <i>Is Political Philosophy Useful for Any Decent Thing?</i>	147
José Luis Pérez Triviño: <i>La relevancia de la dignidad humana. Un comentario</i> <i>The Relevancy of Human Dignity. A Comment</i>	159
Victoria Roca: <i>Una mirada a «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral» (1992) de Ernesto Garzón Valdés</i> <i>A Look on Ernesto Garzón Valdés's «Something More about the Relationship between Law and Morals» (1992)</i>	165
Juan Ruiz Manero: <i>Sobre el concepto de estabilidad de los sistemas políticos</i> <i>On the Concept of Stability of Political Systems</i>	171

Alfonso Ruiz Miguel: <i>Ética y política..., y algunos de sus aledaños</i> <i>Ethics and Politics..., and Some of their Outskirts</i>	177
José María Saucá: <i>Comentario a «Algunas confusiones acerca de los problemas morales de la diversidad cultural» de Ernesto Garzón Valdés</i> <i>A Comment on Ernesto Garzón Valdés's «Some Misunderstandings on the Moral Problems of Cultural Diversity»</i>	185
Carlos Thiebaut: <i>Calamidades, intencionalidades y daños</i> <i>Calamities, Intentionalities and Harms</i>	193
Isabel Turégano Mansilla: <i>A vueltas con la noción de soberanía: reflexiones sobre la contribución de Ernesto Garzón Valdés</i> <i>One More Round on the Notion of Sovereignty: Some Reflections on Ernesto Garzón Valdés's Contribution</i>	199
Rodolfo Vázquez: <i>Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos</i> <i>Political Corruption and Responsibility of Civil Servants</i>	205
Josep M. Vilajosana: <i>Entre el saber y la ignorancia</i> <i>Between Knowledge and Ignorance</i>	217
Ernesto Garzón Valdés: <i>30 minutos de filosofía del Derecho. Viejos y nuevos problemas</i> <i>Thirty Minutes of Legal Philosophy. Old and New Problems</i>	223
Sobre la teoría de los derechos On Rights Theory	
Robert Alexy: <i>¿Derechos humanos sin metafísica?</i> <i>¿Human Rights Without Metaphysics?</i>	237

Liborio L. Hierro: <i>Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy</i> <i>Socio-economic Rights and the Principle of Equality in Robert Alexy's Rights Theory</i>	249
Carlos Bernal Pulido: <i>Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?</i> <i>Fundamental Rights and the Theory of Principles. Is the Theory of Principles a Framework for an Appropriate Theory of the Fundamental Rights of the Spanish Constitution?</i>	273
Lorenzo Peña: <i>Derecho a algo: los derechos positivos como participaciones en el bien común</i> <i>Right to Something: Positive Rights as Participation in the Common Good</i>	293
Artículos Articles	
Neil MacCormick: <i>La argumentación silogística: una defensa matizada</i> <i>Syllogistic Argumentation: A Qualified Defence</i>	321
Ulises Schmill: <i>El concepto jurídico de la revolución</i> <i>The Legal Concept of Revolution</i>	335
Juan Manuel Pérez Bermejo: <i>Los problemas de las teorías holistas del Derecho</i> <i>The Problems of Holistic Legal Theories</i>	355
Peter Tillers: <i>Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico</i> <i>Representing Factual Inferences in Legal Issues</i>	383
María Laura Manrique: <i>Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto</i> <i>Responsibility, Criminal Knowledge and Double Effect</i>	415

Andreas Fischer-Lescano: <i>Ex facto ius oritur. Procesos de escándalo y el Derecho mundial emergente</i> Ex facto ius oritur. <i>Scandalous Processes and Emerging Global Law</i>	435
Pablo de Lora: <i>¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado</i> «Playing Swedish?» <i>Prostitution and the Limits of the State</i>	451
Hugo Omar Seleme: <i>El desafío del católico liberal</i> <i>The Liberal Catholic Challenge</i>	471
Enrique P. Haba: <i>Contra la «santa (charla-)familia». Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del wishful thinking académico</i> <i>Against the «Holy (Chatting) Family». Basic Underpinnings of the Astronaut Vocation promoted by Rawls, Habermas, and other Apostles of Academic Wishful Thinking</i>	491
Dario Ippolito: <i>El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria</i> <i>The Due Process Approach of an Italian Criminal Law Scholar in the Enlightenment: Mario Pagano and the Lesson from Beccaria</i>	525
Ángeles Ródenas Calatayud: <i>Validez formal y validez sustantiva: el encaje de la competencia material</i> <i>Formal Validity and Substantive Validity: the Place of Material Competence</i>	543
Notas Notes	
David Sobrevilla: <i>La concepción habermasiana del Derecho. Comentarios críticos</i> <i>The Habermasian Conception of Law. Some Critical Comments</i>	563
Minor E. Salas: <i>¿Es el Derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la ética y de la deontología jurídica</i> <i>Is the Legal Profession Immoral? A Starter for Legal Ethics and Legal Deontology Scholars</i>	581

Pablo E. Navarro: <i>Normas condicionales y falacia naturalista</i> <i>Conditional Norms and the Naturalistic Fallacy</i>	601
Francesca Poggi: <i>Significado literal: una noción problemática</i> <i>Literal Meaning: A Problematic Notion</i>	617
Luis Manuel Sánchez Fernández: <i>¿Se origina la falacia en Hume?</i> <i>Does the Fallacy Come from Hume?</i>	635
Celestino Pardo: <i>Los costes de la represión. Una paráfrasis con dos pequeñas variaciones</i> <i>The Costs of Repression. A Paraphrase with Two Slight Variations</i>	653
Manuel Atienza: <i>Una propuesta de Filosofía del Derecho para el mundo latino</i> <i>A Proposal of Legal Philosophy for the Latin World</i>	661
Josep Aguiló Regla: <i>Positivism y postpositivism. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras</i> <i>Positivism and Postpositivism. Two Legal Paradigms in a Nutsbell</i>	665
Entrevista Interview	
Ulises Schmill y Rolando Tamayo: <i>Diálogo entre Ulises Schmill y Rolando Tamayo (esclarecimiento de algunas perplejidades)</i> <i>A Dialogue Between Ulises Schmill and Rolando Tamayo (Throwing light on some perplexities)</i>	679

HOMENAJE A ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Esta sección reproduce las contribuciones que se presentaron en el Seminario *Derecho, ética y política. Un debate en torno a la obra de Ernesto Garzón Valdés*, celebrado en Alicante el 15 y 16 de junio de 2007. Para esta publicación se ha contado con la ayuda de una acción complementaria del Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ2007-29501-E/JURI).

ERNESTO GARZÓN VALDÉS EN SUS 80

Eugenio Bulygin

Universidad de Buenos Aires

RESUMEN. Este trabajo recoge la semblanza del profesor Ernesto Garzón Valdés que se presentó en el seminario «Derecho, ética y política. Un debate en torno a la obra de Ernesto Garzón Valdés» (Alicante, 15 y 16 de junio de 2007) con motivo del 80 aniversario del homenajeado.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés.

ABSTRACT. This paper is the biographical sketch of professor Ernesto Garzón Valdés. It was presented at the seminar «Derecho, ética y política. Un debate en torno a la obra de Ernesto Garzón Valdés» (Alicante, June 15-16th, 2007) on the occasion of his 80th anniversary.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés.

Quisiera ante todo agradecer a los organizadores de este simposio la oportunidad que me brindan para hablar acerca de mi gran amigo Ernesto. No voy a vengarme de todos los infundios que Ernesto ha difundido sobre mí en diversas ocasiones. Tampoco quiero abrumarlos a Vds. con la descripción detallada de su ya bastante larga vida, su trayectoria académica, la enumeración de sus numerosas obras, ni con la discusión de sus ideas, para lo cual no soy competente y además para eso están los ponentes de este seminario. Pero sí me gustaría mencionar algunas etapas de su vida académica, destacar algunos rasgos de su carácter y resaltar algunas de sus ideas que me parecen especialmente importantes.

Ernesto nació en 1927 en la docta Córdoba, R.A., una ciudad tradicionalista, en el seno de una familia perteneciente a la antigua aristocracia cordobesa, cuya riqueza era inversamente proporcional a sus blasones, pero cuya prosapia se remonta a los conquistadores. Estudió en el colegio universitario Montserrat que (talvez gracias a la admisión de alumnas mujeres que se produjo hace muy pocos años) sigue siendo uno de los mejores del país. Se recibió de abogado en 1950, pero nunca ejerció esa profesión, pues se dedicó a estudiar filosofía en España y Alemania y a enseñar en su colegio y en la universidad de Córdoba para entrar luego, en 1958, en el servicio diplomático, en el cual se desempeñó durante seis años como agregado cultural en la embajada argentina en Bonn. A diferencia de muchos de sus colegas, no se limitó a frecuentar las recepciones y los cócteles, sino que se dedicó a crear casas de cultura y bibliotecas. A su regreso al país en 1964 supo combinar con envidiable habilidad y no poco esfuerzo físico su actividad diplomática con la enseñanza en tres universidades, bien distantes entre sí (Córdoba, Buenos Aires y La Plata). Ya en aquella época se desarrolló su manía viajera; años después logró enseñar al mismo tiempo no sólo en varios países, sino incluso en tres continentes distintos: Europa, América del Norte y América del Sur.

Entre 1970 y 1973 se desempeñó como director de Asuntos Culturales del Ministerio de Relaciones Exteriores, cargo que le permitió estrechar los vínculos culturales con diversos países latinoamericanos: Uruguay, Paraguay, Perú, Chile, Ecuador, Colombia, Venezuela. En enero de 1974 fue trasladado como ministro plenipotenciario a la embajada argentina en Bonn, pero pocas semanas después fue expulsado del servicio diplomático por el gobierno de Isabel Perón. Durante la dictadura militar Ernesto fue privado de sus cátedras y ya no pudo volver a la Argentina, quedándose en Alemania en calidad de exiliado, pero continuó su actividad académica en Alemania —donde fue nombrado catedrático en la universidad de Mainz— y como profesor visitante en muchísimas universidades: españolas, mexicanas, italianas y hasta finlandesas.

Esta extraordinariamente intensa actividad académica rindió sus frutos: cuatro doctorados honoris causa (Córdoba, Helsinki, Valencia, Rosario), varios premios (Humboldt, Goethe, Konex), incorporación a diversas academias (Córdoba, Buenos Aires, Finlandia) y el cargo de profesor emérito de la Universidad de Córdoba lo atestiguan. Pero mucho más importante que las distinciones y los premios fue su actividad de maestro: en todas las universidades y centros académicos de todos los países por los cuales pasó, Ernesto ha dejado una estela de discípulos, muchos de los cuales son ya ilustres

profesores y algunos están presentes hoy aquí. Me acuerdo como un joven alemán que había estudiado en la universidad de Mainz me dijo una vez: «he tenido un profesor que era un argentino que ni siquiera sabía bien el alemán, pero era por lejos el mejor profesor de toda la universidad».

A pesar de mi propósito de no abrumar al auditorio, me veo obligado a decir algunas palabras sobre la obra de Ernesto, que es realmente inabarcable. La cantidad de libros, artículos, ensayos, compilaciones, traducciones y publicaciones de otros autores, todo esto en varios idiomas, castellano, alemán, inglés, italiano, es realmente impresionante. Mención especial merece su actividad de traductor. 78 libros traducidos básicamente del alemán, pero también del inglés y del italiano, figuran en su *currículum vitae* de la cátedra «Ernesto Garzón Valdés», creada en México por iniciativa de Rodolfo VÁZQUEZ y Ruth ZIMMERLING y es muy posible y aun probable que esa cifra ya haya sido superada, puesto que data de 2004. De esta manera Ernesto hizo accesibles a los lectores de habla castellana una gran cantidad de autores que de otro modo —dada la poca difusión del alemán en estas latitudes— hubieran permanecido desconocidos.

¿Qué puedo decir de las ideas filosóficas de Ernesto? Tuvo muy buenos maestros en Córdoba, en España y en Alemania que le permitieron conocer filósofos clásicos, muy poco leídos por las generaciones jóvenes. Pero estos maestros eran representantes de corrientes filosóficas tradicionales y yo diría casi perimidas. A algunos de nuestros amigos aquí presentes les sorprenderá saber que el paladín de la democracia y de los derechos humanos ha sido de joven un católico creyente y políticamente conservador. Su tesis doctoral versó sobre algunos pensadores opuestos a la revolución francesa y a la democracia, como Joseph DE MAISTRE y cuando yo lo conocí en 1963, aunque ya había abandonado sus ideas reaccionarias, todavía estaba imbuido de filosofía alemana y tenía escasos conocimientos de la filosofía analítica. Pero esta situación cambió drásticamente al volver a la Argentina y encontrarse con gente como GIOJA, CARRIÓ, ALCHOURRÓN, VERNENGO y más tarde NINO. Me acuerdo que en 1963 en Bonn comenzamos a leer FICHTE y nos aburríamos tanto que muy pronto pasamos a VON WRIGHT, del cual tradujimos su *Norm and Action*, traducción que nunca vio la luz porque cuando decidimos pedir la autorización del editor, los derechos ya habían sido otorgados a Tecnos, que publicó más tarde una traducción mucho peor que la nuestra.

Lamentablemente, Ernesto no siguió en la senda de la virtud: en vez de dedicarse a cosas realmente importantes, como la lógica, se ocupó de temas frívolos: ética y filosofía política. Con todo, produjo algunas ideas interesantes que sólo me limitaré a mencionar, pues como ya dije no tengo competencia para analizarlas.

En primer lugar me parece importante su crítica del consenso y también del disenso como vía de aproximación a las verdades políticas y morales y, por ende, a la fundamentación de la legitimidad de la democracia. Señala Ernesto con razón que ni el consenso fáctico, ni el consenso hipotético sirven para llegar a la verdad moral y para la justificación de la democracia; el primero por irrelevante y el segundo por inútil. Que el consenso fáctico es irrelevante desde el punto de vista de una moral crítica o ideal no requiere mayores pruebas; basta echar una mirada a la historia, incluso muy reciente. Me parecen igualmente convincentes sus argumentos respecto del consenso hipotético en las versiones de BUCHANAN, RAWLS o GAUTHIER. Y es muy valiosa también su crítica de la «relevancia discursiva del disenso» defendida por Javier MUGUERZA.

Estas ideas críticas constituyen lo que podríamos llamar *pars destruens* del pensamiento garzoniano. Pero Ernesto tiene también muchas ideas constructivas. Sus análisis del paternalismo y de la tolerancia son ya clásicos y me parece importante destacar dos temas: la idea del *coto vedado* y el *criterio negativo de la razonabilidad ética y política*. Ambas ideas fueron fuertemente criticadas, sobre todo la del coto vedado, pero estas críticas no me parecen convincentes. Es cierto, como sostiene WALDRON, que el coto vedado no elimina completamente la regla de la mayoría, pero su finalidad es dificultar la modificación de ciertas normas y no cambiar totalmente el sistema de decisión. Por otra parte, no cabe duda de que es más fácil lograr acuerdo respecto de lo malo que respecto de lo bueno.

He dicho que no soy competente para discutir estos temas porque, como todo el mundo sabe, soy escéptico en cuestiones morales y no creo que haya tal cosa como la verdad moral, ni tampoco un criterio objetivo de corrección de las decisiones políticas. Ni siquiera creo que la democracia sea un buen sistema de gobierno; lo que sucede es que no conozco ninguno mejor, pero esto no significa que sea bueno, sólo implica que es mejor que otros, es decir, que es el menos malo. En consecuencia me siento un tanto ajeno a este tipo de discusiones.

Para terminar, quisiera referirme brevemente a una cualidad de Ernesto que me parece especialmente relevante. Es su falta de todo dogmatismo, de toda pompa y de toda solemnidad. Una vez Ernesto dijo que lo que más le impresionaba en VON WRIGHT era su humildad intelectual. Creo que esto es plenamente aplicable a él. Su humildad intelectual se traduce en su disposición a la discusión académica, al diálogo con colegas y discípulos, a la charla con los amigos. Ernesto está siempre dispuesto a escuchar las opiniones de otros y tomarlas en serio. Y esto ocurre no sólo porque es un auténtico sabio, sino porque a pesar de sus ochenta años sigue siendo un joven. Tengo la sospecha de que Ernesto encontró lo que Ponce de León buscaba en vano y no pudo hallar: la fuente de la juventud. Tal vez esta fuente se encuentra precisamente en sus permanentes viajes. En tal caso sólo me resta desearle muchos más viajes y *many happy returns*.

HOMENAJE A ERNESTO GARZÓN VALDÉS LAUDATIO

Francisco J. Laporta

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. Este trabajo recoge una *laudatio* del profesor Ernesto Garzón Valdés, con ocasión del homenaje que se celebró en Alicante, en su 80 aniversario.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés.

ABSTRACT. This paper is a *laudatio* on the occasion of the homage to professor Ernesto Garzón Valdés, which was celebrated in Alicante on his 80th anniversary.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés.

Hace algunos años, Ernesto GARZÓN VALDÉS llamó mi atención sobre un verso contenido en un poemario indígena mexicano que hablaba de esta manera: «Hemos llegado aquí para vernos los rostros». «Aquí», naturalmente, no era un lugar cualquiera o una ocasión especial. «Aquí» era la vida, la tierra. Estamos en la vida, vivimos, venía a decir el poeta, para vernos los rostros. Y el verso —me sugería Ernesto— trataba de encontrar un sentido a la vida a partir de los rostros que a uno le era dado ver. Quienes no creemos que la vida individual tenga un sentido pensado por providencia alguna, ni obedezca a ningún diseño, ni esté guiada de antemano de algún propósito, hemos de construir con trabajo y penurias, día a día, un proyecto personal que esté al menos dentro de los límites de la decencia. Y para ello son de gran importancia los rostros que nos ha tocado ver. Creo poder afirmar que mi peripecia vital es algo mejor porque un cierto día, hace ya más de treinta años, me fue dado ver el rostro de Ernesto GARZÓN VALDÉS. Esto no es, como ustedes comprenderán, una mera anotación personal mía, que a nadie interesaría. Lo menciono sólo para prender un hilo casi invisible que me va a poner en el centro de lo que aquí vale la pena mostrar. Porque ese hilo quiere ser una vereda muy directa hacia la personalidad de Ernesto como profesor, como pensador, como alguien que piensa en español. Enseguida voy a referirme al contenido de ese pensamiento y a su gran capacidad de sugestión, pero antes quisiera caminar un trecho de esa vereda más personal, porque creo que sin hacerlo apenas entenderíamos nada. Porque uno podría limitarse a enumerar, como si de una serie de empresas se tratara, todas las colecciones, bibliotecas, editoras, revistas y reuniones y seminarios que han venido a la luz de la mano de Ernesto. O todos sus libros y artículos académicos. Y de seguro que eso bastaría para justificar este homenaje y este reconocimiento de todos. Bastaría para respaldar de un modo serio, impresionante diría yo, que su figura fuera tenida ya como la de uno de los más grandes intelectuales de habla hispana en el mundo contemporáneo.

Pero seguro que ustedes no me perdonarían que les recitara aquí paso por paso todo el *currículum* de Ernesto, con todos sus doctorados *honoris causa* y la impresionante nómina de sus actividades y publicaciones. Todo eso tiene una innegable importancia, y ahí está. Sin embargo es difícil de comprender plenamente si no volvemos a aquel misterioso hilo personal que tiñe todo eso de un color muy definido que le confiere la auténtica impronta Ernesto GARZÓN VALDÉS. Porque pueden encontrarse por ahí académicos y colegas que organizan, trajinan, montan y desmontan, crean y destruyen, editoras, colecciones, congresos y escuelas de todo tipo, sin que aquello tenga sin embargo ningún espíritu interior, sin que se le puede encontrar ningún sentido profundo ni ningún alma. Ernesto GARZÓN puede, por el contrario, viajar a su Córdoba natal, a Buenos Aires, a Alicante, a Madrid, a Barcelona, a México distrito federal, a Génova, y por supuesto a Alemania y a otros muchos sitios, puede viajar digo (y de hecho lo hace incesantemente) para encontrar allí siempre y en todo caso un grupo de amigos que le quieren, le respetan, participan y discuten sus ideas y se sienten moralmente comprometidos con sus cosas y sus causas. Este misterioso tejido de relaciones personales hondas es lo que ha sabido crear de un modo admirable Ernesto, y es lo que da un perfil muy definido a su vida y a su obra de intelectual. Voy a tratar de traducir en palabras eso que percibo y siento, que perciben y sienten todos esos amigos que tienen la

fortuna de formar parte de esa misteriosa red. Supongo que faltarán en estas palabras más muchas de las connotaciones y registros que se experimentan y sienten cuando uno está, por así decirlo, involucrado en ese tejido de admiración, vocación, trabajo y amistad que destila a su alrededor Ernesto, que crea Ernesto con su manera de ser.

En primer lugar, creo poder afirmar que en el empeño intelectual de Ernesto GARZÓN VALDÉS hay un muy profundo compromiso moral, un trasfondo básico en el que alienta una suerte de impulso ético de fondo que anima toda su inquietud y su actividad. No se trata aquí de invocar en vano, una vez más, el santo nombre de la ética. Sobre todo porque Ernesto mismo es muy pudoroso con estos temas. Pero me parece fuera de toda duda que para él, incrementar el espíritu universitario libre, fomentar la mejora de la calidad científica y filosófica de nuestras facultades, animar las discusiones sobre la base de la racionalidad y la tolerancia y empujar a los jóvenes al estudio y la reflexión, forman parte de un deber moral profundamente sentido. Quizás es una herencia particular, ecos todavía de aquel lejano movimiento de reforma universitaria de su Córdoba natal, del que su padre formó parte, y que se propuso la reforma de la universidad latinoamericana como un empeño moral. Quizás provenga de otras fuentes escondidas que yo desconozco, pero tengo, desde luego, la seguridad personal de que ese afán de mejora y rigor, ese afable modo de apremiar el trabajo propio y el ajeno, esa incansable inventiva para idear plataformas de cultura, reflexión y debate, tienen siempre en él una motivación moral subyacente.

En segundo lugar, está naturalmente esa capacidad inmensa de trabajo: incansable, compulsiva. Roza, si es que no traspasa, los límites de la adicción patológica. Todavía recuerdo un día en el que habíamos estado en el acto de lectura de la tesis doctoral de José MARTÍNEZ DE PISÓN, el actual Rector de la Universidad de La Rioja, en Zaragoza. Era una excelente tesis sobre HUME, que había dirigido él. Yo presidía el tribunal. Catorce horas después de haber salido de casa, tomamos el tren de vuelta a Madrid. «Mira que bien —pensé yo— ahora un par de horas de esa charla tan vivaz y amena que tiene Ernesto». Me equivoqué. A pesar de la paliza que teníamos encima, echó mano a su voluminosa cartera y extrajo de ella las pruebas de imprenta de algo que había traducido Ruth ZIMMERLING, su mejor discípula alemana, me dio a mí las pruebas y se puso él a leer el original. Así transcurrió nuestro ameno paseo hasta Madrid. Trabajando. Esta anécdota, por cierto, pone de manifiesto ese rasgo de su laboriosidad infinita, pero también revela otra cosa aún más insólita pero muy propia de la manera de ser de Ernesto. ¿Cuántas veces han visto ustedes a un gran catedrático de universidad, consagrado como él o sin consagrar, corregir las pruebas de los trabajos de sus discípulos?

Esto me lleva al tercer rasgo de carácter de Ernesto relevante para esta laudatio. Me refiero, naturalmente, a algo que saben bien todos los que le conocen, y deben saber los que no le conocen. Se trata de su generosidad sin límites, su afán de cooperación y ayuda intelectual y personal, su maravillosa destreza para empujarte, animarte, su afeblimiento y bonhomía de todos los días, de todas las llamadas, esas llamadas que te hace sólo para «oír tu voz», para preguntarte delicadamente si has hecho ya lo que tenías que hacer, si vas a ir dónde tienes que ir o si puedes hacer cualquier cosa. Y para saber de ti, de los tuyos, y mandar cariños a todos. En esa liberalidad con su persona, su talento y su tiempo se sustenta también lo mucho que Ernesto ha hecho y lo mucho que le debemos tantos.

Y por último, está su inacabable curiosidad científica y cultural. No sólo en el tiempo, sino también en el espacio. No sólo no es de esos que llegada una edad se dedican, como suelen decir, a releer. No. Ernesto está siempre con el libro reciente, la discusión de hoy, las últimas revistas, siguiendo el camino de la filosofía moral y política al día, con lo que eso supone. Decía don Pedro LAÍN que el auténtico maestro no es aquel que sólo genera discípulos, sino aquel que aprende de ellos, que se transforma así en discípulo de sus propios discípulos. Esto encaja a la perfección con el talante académico de Ernesto. Siempre siguiendo las últimas cosas, leyendo, corrigiendo, estudiando aquello que escriben sus jóvenes colegas. Y su curiosidad, como es sabido, se extiende también, por así decirlo, en el espacio: le interesa todo. Es conocida su faceta de profundo hombre de letras, que lo mismo rescata un texto de Garcilaso o Calderón, que te envía a ver una iglesia románica, o te recuerda un libro sobre la historia del purgatorio.

Pero lo importante es, naturalmente, que esa persona singular y extraordinaria que es Ernesto pone a contribución sus capacidades y su rico legado personal y académico para impulsar el pensamiento social, jurídico y ético en la comunidad hispanohablante. Y de ese impulso y de ese pensamiento convendrá hablar un poco ahora. Ésa es la mejor justificación de este acto y el mejor apoyo a cualquier alabanza que de él se haga. Voy, por tanto, ahora a dirigir una breve mirada reconstructiva a algunos «espacios» de su pensamiento con el fin de poner este homenaje en su contexto adecuado. Pese a la manifiesta preferencia de Ernesto por el ensayo breve, de carácter conceptual o reflexivo, por la división y fragmentación de los problemas en cuestiones diferenciadas, y por los enfoques sectoriales, disponemos ya de algunas importantes y conocidas recopilaciones de sus trabajos. A partir de ellas voy a intentar un breve acercamiento a ese modo especial de incitar a pensar que ha protagonizado entre nosotros Ernesto, aunque él muchas veces no lo crea o incluso no lo sepa. Dividiré los temas en tres grandes espacios, y veré de señalar, en cada uno de ellos, algunas de sus ideas vivas.

El primero de esos espacios contendría la filosofía y la teoría del Derecho en sentido estricto, y cabría hablar en él de algunas aportaciones fundamentales. Para empezar, desde luego, la teoría alemana de la naturaleza de la cosa como forma del pensamiento jurídico, que trató en la posguerra europea de recuperar un lugar para el Derecho natural, quedaba en su libro clásico tan desacreditada que en el pensamiento jurídico español no ha vuelto a levantar cabeza. Y no es inoportuno recordar a este respecto que una interesante compilación realizada por Ernesto mismo, con el título *Derecho y filosofía*, quince años después, arrancaba de esa filosofía alemana de posguerra como intento de superar el positivismo jurídico, al que se hacía responsable de la barbarie nazi, para afirmar con toda contundencia que «la explicación de la arbitrariedad legal durante la época nacional-socialista a través de la actitud juspositivista de los juristas es histórica y conceptualmente falsa». Aquel estudio preliminar desarboló completamente la conocida como «reductio ad Hitlerum» del positivismo jurídico. También esa vieja letanía quedaba así excluida del pensamiento jurídico español.

No es cuestión de descender aquí a pormenores teóricos, pero algunos capítulos imprescindibles de la reflexión jurídica del siglo XX han sido tratados por Ernesto GARZÓN de un modo nuevo y estimulante. Mencionaré, por ejemplo, que fue él uno de los primeros en prevenir a la comunidad científica de habla hispana sobre la gran ambigüedad que portaba la categoría teórica de la «validez jurídica», sobre la que se habían

sustentado en gran medida las reflexiones del positivismo de habla española. O también sus repetidas incursiones en el gran tema de la separación entre Derecho y moral, que a pesar de contar con una respetable edad de más de dos siglos, ha adquirido estos últimos años una inusitada vigencia en conexión con las reflexiones sobre el Derecho y la razón práctica. Ernesto ha sido uno de los que ha mantenido con más ingenio posturas nuevas al respecto, que como ustedes comprenderán, no es este momento ni lugar para comentar.

Mencionaré por último en este apartado de la teoría del Derecho en sentido lato, la aportación seminal al problema de las limitaciones legales del soberano legal, un problema en el que se mezclan con sutileza y misterio dimensiones lógicas, dimensiones jurídicas y dimensiones políticas, y que recibe por su parte un tratamiento que a mi juicio todavía no ha sido superado, como se demuestra por al menos dos tesis doctorales que se han hecho a partir de él (una en Córdoba y otra en Barcelona) y que continúan en su estela, por así decirlo, pero no ofrecen ninguna respuesta alternativa.

El segundo gran capítulo en el que divido su obra, simplemente para dar cuenta de ella, es seguramente el que más facetas de la personalidad de Ernesto pone a contribución. Se trata quizás de su gran pasión existencial: el destino de América Latina, y especialmente, claro está, el destino de Argentina. En esa pasión se entrelazan, como digo, su curiosidad intelectual general, su vocación de filósofo, su sentido sincero y profundo de su patria, incluso su condición de miembro del Servicio Exterior de su país. Como un ingrediente cruel que amalgama quizás todo eso y proyecta una especial fuerza sobre este gran capítulo de su vida y su obra, está además su largo y prolongado exilio, injusto a todas luces, que le hace vivir con el hondo pesar de que su patria ha prescindido de él. «Prescindir de los mejores» fue el motto de un escrito colectivo dirigido al país cuando los militares argentinos y los siniestros lacayos de la triple A culminaron la vesania de perseguirlo hasta expulsarlo de su patria. Aquí su obra importante es *El velo de la ilusión* (2000). Es un libro autobiográfico, pero también es un libro con sustancia conceptual y teórica. Pero lo que siempre me interesó más de él no es eso, con ser importante, sino la paradoja que se suscita como consecuencia del papel que va incorporando el héroe del libro, «Félix Ahumada», cuando adopta ante la realidad de su país una posición lúcida que trata de ver cara a cara la auténtica verdad que se oculta tras la trama que se teje en la imaginación colectiva. La paradoja es que a medida que el patriota lúcido va señalando los problemas auténticos de la realidad, sus conciudadanos ilusos le van haciendo el vacío hasta tornarlo casi invisible a él. La ilusión se va tornando así en realidad y la realidad se hace más y más invisible, y con ella el patriota que tiene la decencia de señalar hacia ella. Cuando el peronismo opera aquella delirante mitificación de la realidad, Ernesto, que por educación, curiosidad y carácter hubo de distanciarse de aquella especie de melopea nacional, empieza a sentirse ignorado. «En no poca medida, escribe allí Ernesto, Félix se sentía formando parte de una Argentina invisible». Ese profundo y largo sufrimiento que va a suponer para él saberse ignorado e inexistente para sus compatriotas no le ha llevado nunca, en todo caso, a condescender con ninguna mitificación u ocultación de la lacerante realidad de su país. Todavía no hace mucho tiempo publicaba en el diario *La Nación* un artículo titulado «Un país de Neanderthal», en el que avisaba de los peligros de continuar por la senda de las ilusiones y de los incesantes velos con los que los argentinos han tratado, según él, de interpretar y mitificar su historia.

No quiero sugerir con estos comentarios que la posición de Ernesto ante los problemas latinoamericanos o, en especial, ante los problemas argentinos, sea producto de una sentimentalidad herida. Más bien al contrario, esa lucidez que emana de sus incasantes análisis de aquella realidad se superpone tercamente a su sentimiento sin dejarle, creo, descansar. El libro que comento no es una pura obra de imaginación espontánea y aislada: va escoltado por decenas de artículos y ensayos sobre el poder militar, el caudillaje y las dictaduras, la emigración, las funciones del Derecho en esos países, el papel de las clases medias allí, la nueva democracia argentina, y un largo etcétera. Su cátedra de ciencia política de la universidad de Mainz se ha sustentado también en el estudio de la realidad americana, de la que es un consumado especialista. Y va acompañado también por una actitud genérica que yo estimo muy novedosa en ese mundo social, político e intelectual, y que sin embargo no es valorada suficientemente. Me refiero a su particular decisión sobre la ubicación de la responsabilidad de todos los fracasos latinoamericanos en sus mismos habitantes y no en fuerzas ajenas a ellos. En efecto, con demasiada frecuencia se ha cedido a la tentación bienpensante de lo que podría llamarse un ejercicio de traslado de la responsabilidad. Sin que quepa suponer que Ernesto GARZÓN no sabe muy bien cuál ha sido, por ejemplo, la política de los Estados Unidos respecto de América Latina, o la práctica moral de la Iglesia católica, sin embargo, se siente inclinado a pensar que la responsabilidad de los grandes fracasos del continente se debe también a sus propios habitantes, sobre todo a algunas clases corruptas, desaprensivas y hueras que ahora, por ejemplo, se escandalizan con las políticas de Chávez o de Evo Morales cuando no han levantado un dedo por integrar en sus comunidades a cuantos ahora se sienten representados por tales políticos.

El tercer gran espacio reflexivo que propongo para estudiar a Ernesto GARZÓN es el más amplio, y está dedicado a problemas de filosofía moral y filosofía política en sentido estricto y a temas teóricos e institucionales ligados a ellas. Una pequeña parte de esas ricas exploraciones filosóficas cristaliza en dos libros importantes; el primero, fruto de las primeras conferencias Aranguren, es el titulado *Instituciones suicidas*, publicado el año 2000. Versa sobre los límites intrínsecos de las instituciones que se pretenden basar sólo en la justicia procedimental. El segundo, titulado *Calamidades*, es una sabia reflexión sobre temas mayores, en los que las cuestiones éticas y políticas se entremezclan con gran complejidad: las llamadas intervenciones éticas humanitarias, las políticas de uniformación o limpieza étnica, el terrorismo de Estado, el terrorismo no institucional, la corrupción y la guerra. Estas grandes calamidades, que son, según Ernesto, algo distinto de las catástrofes, encuentran en el libro disecciones conceptuales y argumentaciones sutiles que las hacen presentarse ante nosotros con un nuevo rostro.

Pero no conviene limitarse a esto simplemente porque haya adquirido la forma un poco más seria y formal de «libro». Nuestro querido autor ha desarrollado, en una forma que pudiéramos llamar «exploraciones tentativas» o «ensayos» muchos de los grandes problemas de la teoría ética y política contemporánea, y no pocas cuestiones que se encuentran entre las más debatidas de esas disciplinas. En todas esas tentativas, Ernesto ha aportado ideas y sugerencias que siempre tienen algo nuevo y decisivo. Me parece que la mayoría de los temas en que ha realizado esas incursiones sectoriales han adquirido después de su tratamiento un estatus diferente. Creo, en efecto, que de sus artículos se puede pensar con frecuencia que marcan un hito entre un antes y un después, y que no es fácil después de haberlos leído, prescindir de ellos en el tratamiento

de esas cuestiones. No quiero sugerir, exageradamente, que son la última palabra de nada; lo que afirmo es que no se puede continuar el camino sin haber pasado por los lugares que él ha descubierto y explorado. Esto me parece una verdad indudable en casos, por ejemplo, como la noción de estabilidad de los sistemas políticos, la desobediencia civil, el paternalismo jurídico y su justificación, los límites de la democracia y el famoso «coto vedado», los deberes positivos generales, el concepto de tolerancia, y el llamado «multiculturalismo» y sus implicaciones actuales. Por no mencionar otros asuntos más frecuentados, por así decirlo: las relaciones entre la ética y la política, la noción de legitimidad y legitimación, o el concepto de responsabilidad. No puedo, obviamente, detenerme en ellos, pero quiero afirmar que el tratamiento que reciben de la pluma y el pensamiento de Ernesto GARZÓN es especialmente relevante, y muchas veces muy concluyente.

Quizás por esa tendencia suya personal en favor del ensayo más que del tratamiento sintético y cerrado de un tema amplio, el propio Ernesto ha dejado a veces deslizarse la idea de que su vida y su obra parecen más bien un borrador que un proyecto acabado. En ocasiones a través de su personaje Félix Ahumada, en ocasiones de su propia boca, algunos hemos oído, en efecto, como una especie de queja por la supuesta dispersión que ha tenido su universal curiosidad. Vista esa vida en perspectiva, sin embargo, el comentario, que a veces tiene algo de lamentación, carece de fundamento. Y no porque todos los ensayos y tentativas que con tanta laboriosidad e inteligencia ha urdido encajen como las piezas de un puzzle, porque esto sería una pretensión simplista y una visión trivial de algo que es mucho más hondo. Es más bien porque en todas ellas habita un aliento de mejora y de rigor que ha sabido transmitir y compartir con pequeños grupos de gentes aquí y allí, gentes que se consideran en parte como algo cuyo sentido también se debe a su generosa e inteligente personalidad. Gentes que parecen haber venido hasta aquí para ver su rostro. Y cuando se contempla desde esa perspectiva, su vida y su obra aparecen, no como un proyecto borroso y arbitrario, sino como una obra de arte viva, fecunda, de la que forman parte, no sólo las ideas y las experiencias, sino también las personas y los trabajos que de un modo misterioso, directa o indirectamente, parecen enlazar con su fértil y profunda manera de ser. Gracias, Ernesto, por todo ello.

SOBRE «REPRESENTACIÓN Y DEMOCRACIA» DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Josep Aguiló Regla

Universidad de Alicante

RESUMEN. El trabajo es un comentario a «Representación y democracia» de Ernesto Garzón Valdés. La finalidad del mismo es discutir el alcance de su tesis del «coto vedado» y, en particular, dirigirle a Ernesto Garzón Valdés una pregunta sobre la «naturaleza» de la obligación política del ciudadano.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, representación, democracia, «coto vedado».

ABSTRACT. This paper is a comment on Ernesto Garzón Valdes's work «Representación y Democracia». Its purpose is to put the scope of one of his main theses the «off limits area» under discussion and, specifically, to address a question about the «nature» of citizen's political obligation to the author.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, representation, democracy, «off limits area».

1. En «Representación y democracia», Ernesto GARZÓN VALDÉS¹ (en adelante E.G.V.) se propone, según nos dice, «extraer algunas conclusiones acerca de la justificación y los límites ético-políticos de la representación parlamentaria democrática». Para ello se apoya en el análisis de las contribuciones de Edmund BURKE, Carl SCHMITT y Hans KELSEN.

2. Más allá de las múltiples cuestiones que se tratan en este trabajo, dos problemas preocupan especialmente a E.G.V.

2.1. El primer problema es el del alcance de la regla de las mayorías y de los compromisos negociados; problema que podría concretarse en la pregunta de ¿qué puede decidirse mediante acuerdos o compromisos por mayoría? La respuesta de E.G.V. será la casi universalmente conocida «tesis del coto vedado».

2.2. El segundo problema tiene que ver con las condiciones sociales para la «viabilidad» de los compromisos por mayoría; y podría concretarse en la pregunta por el papel que la variable homogeneidad/heterogeneidad social juega en relación con la viabilidad de la democracia. La respuesta de E.G.V. será la que podemos convenir en llamar «tesis del equilibrio» y que vendría a sostener que sin un cierto grado de equilibrio de poder cualquier acuerdo es, en realidad, un pseudo-acuerdo y cualquier compromiso, un pseudo-compromiso.

3. Mi intervención en este acto se va a limitar, sin embargo, al primero de los problemas planteados: el del alcance de la regla de la mayoría. La respuesta de E.G.V. es sobradamente conocida. Leo textualmente: «la representación parlamentaria es éticamente justificable cuando respeta la vigencia de los derechos de cada cual a los bienes primarios [es decir, el coto vedado] y procura satisfacer a través del compromiso la realización de los deseos secundarios de los miembros de una comunidad política» (p. 649). Esta respuesta de E.G.V. puede verse como una tesis conceptual relativa a la democracia o como una aplicación a la democracia de la tesis normativa general a propósito de las relaciones entre ética y política.

3.1. La tesis de la vinculación conceptual entre democracia y «coto vedado» sitúa a E.G.V. frente a todas las concepciones puramente procesales de la democracia. Democracia implica la regla de la mayoría, pero excluye el dominio de la mayoría. En este sentido, las concepciones puramente procesales de la democracia no serían —según E.G.V.— genuinamente democráticas y, además, no estarían justificadas.

3.2. Pero la tesis del coto vedado es también un corolario o una aplicación a la democracia de la concepción general de E.G.V. sobre las relaciones entre moral y política. Del mismo modo que —tesis general— lo «bueno político» debe respetar lo «bueno ético», la democracia política (la regla de las mayorías) debe respetar lo bueno ético imprescindible: debe respetar el coto vedado de los derechos. Es decir, la democracia no constituye ninguna excepción a la concepción general de las relaciones entre moral y política.

¹ GARZÓN VALDÉS, 1993: «Representación y democracia», en *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 631-650.

4. La tesis del coto vedado genera múltiples interrogantes relativos a su conocimiento, determinación y contenido; pero no voy a detenerme en ellos. Sí quiero, sin embargo, formular a E.G.V. una pregunta por el alcance de la tesis del coto vedado para la filosofía política. Escribe E.G.V.: «La representación democrática es éticamente justificable cuando respeta el coto vedado». Mi pregunta tiene que ver con el sentido para la filosofía política de la expresión «es éticamente justificable», porque cabe me parece atribuirle alcances muy diferentes según quién sea el destinatario de ese juicio de justificación y cuál sea el objeto del mismo. Veámoslo brevemente.

4.1. Una primera posibilidad es que la tesis del coto vedado sea una tesis estrictamente moral destinada a evaluar la conducta de quien actúa como representante, como parlamentario. Vista así, la tesis del coto vedado resulta ser algo muy parecido a un fragmento de ética profesional del parlamentario o representante. En efecto, la tesis del coto vedado puede ser presentada de manera muy semejante a como se leen y formulan los principios en la ética de las profesiones. La función del parlamentario (el principio de beneficencia que dota de sentido su actividad «profesional») es la distribución de los bienes secundarios, y en esta distribución debe atender las preferencias de los representados. Ahora bien, esta finalidad debe perseguirse respetando el límite del igual derecho de todos a los bienes primarios (los derechos del coto vedado). El coto vedado le marca al «profesional» el límite en la persecución de los fines que dotan de sentido a su «profesión». Todo ello, obviamente, entre comillas.

En mi opinión, es claro que la tesis del coto vedado formulada por E.G.V. incluye esta lectura, pero que no se agota en ella, va más allá de una mera ética «profesional» del parlamentario.

4.2. Una segunda posibilidad es pensar que la tesis del coto vedado es una tesis relativa a la valoración moral de las instituciones políticas. No se trata ahora de evaluar moralmente la conducta del representante, sino las instituciones mismas. De acuerdo con esta lectura la tesis del coto vedado vendría a sostener que aquellas instituciones que están especialmente diseñadas para que no se produzca la desviación respecto de la conducta política justificada (la que respeta el coto vedado) tienen un valor moral. Vista así, la tesis del coto vedado estaría destinada a dotar de valor y justificación a las instituciones de nuestras democracias constitucionales; pues, *grosso modo*, puede decirse que estas instituciones están especialmente diseñadas para generar una distribución de los bienes secundarios respetuosa con los derechos de todos. Ahora bien, ¿qué implicaciones se siguen de afirmar que estas instituciones tienen un valor moral? Me parece que podemos convenir en que dichas instituciones deben ser respetadas, no destruidas, tomadas en serio, no frivolidadas, etc. Esta segunda posible interpretación está también incluida en la tesis del coto vedado; lo que ya no está tan claro me parece es si la tesis del coto vedado va más allá de ese deber general. Y ello nos lleva a la tercera posibilidad.

4.3. Las instituciones de la democracia constitucional —como instituciones políticas que son— y la actividad de los representantes —como agentes políticos que son— están destinadas a generar obligaciones en los representados. Y aquí es donde surge la duda acerca del alcance de la tesis de E.G.V. cuando afirma que «la representación democrática es éticamente justificable». Ya hemos dicho que la tesis de E.G.V. abarca la justificación de la actividad del representante y abarca también la atribución de valor

moral a las instituciones de la democracia constitucional. La pregunta es, pues, la siguiente: ¿la conjunción de ambas justificaciones dota de carácter moral a la obligación del representado? La pregunta es estrictamente por la «naturaleza» de la obligación política del ciudadano, de la sujeción. No se trata, por tanto, de aclarar cuándo está justificado desobedecer al Derecho, donde las contribuciones de E.G.V., en este sentido, son claras y contundentes (objeción de conciencia, desobediencia civil, etc.)²; sino de si la obligación política (la obligación del ciudadano de obedecer las normas que provienen del sistema jurídico-político) tiene naturaleza moral o no en las circunstancias antes mencionadas.

La pregunta es, en definitiva, por el papel de la oposición *ex parte principi/ex parte populi* que tanto reivindicaba BOBBIO en el análisis de los fenómenos políticos. Por que, dadas las peculiares características de la relación política, el discurso limitacionista en términos morales de la actividad del Príncipe (o del representante) desemboca, o puede acabar desembocando, en un discurso relativo al carácter moral de la sujeción del representado.

Obviamente, la pregunta tiene un alcance que va más allá de aclarar la postura de E.G.V., pues está en el centro de la discusión sobre la lectura moral de las constituciones y de los derechos fundamentales en ellas positivizados. El discurso moral de la limitación del representante acaba deslizándose hacia un discurso sobre la obligación moral del representado. Del discurso sobre la deslegitimación moral de la autoridad al discurso sobre la sujeción moral del ciudadano. Ésa es la acusación que reiteradamente recibe el constitucionalismo que propone una lectura moral de los derechos del coto vedado, que acaba produciendo una suerte de positivismo ideológico: coloreando como moral lo que no es sino una obligación jurídica y/o política. ¿Cuál es en este sentido el alcance de la tesis del coto vedado? Ésta es mi pregunta y el tema que propongo discutir.

5. Finalmente quiero hacer un breve comentario sobre la metáfora del «coto vedado». Debo confesar que las primeras veces que leí y oí la expresión «coto vedado» me gustó más bien poco. Si entonces hubiera estado en condiciones de darle un consejo a E.G.V., le hubiera sugerido que la abandonara y/o la cambiase. Más allá de las referencias literarias que la explican, a mí me resultaba, en el mejor de los casos, poco pregnante. Hoy, sin embargo, me alegro de no haber dado nunca ese consejo, porque el paso del tiempo no sé si pone cada cosa en su sitio, pero a las metáforas, sí. En este sentido, la metáfora del coto vedado ha hecho fortuna, ha calado en el vocabulario y en la conciencia de infinidad de juristas y filósofos hispanohablantes. El tiempo y el uso han puesto a la metáfora en su sitio (y a mis opiniones de entonces también). Por decirlo de manera contundente: la metáfora del coto vedado de E.G.V. ha sido a la filosofía del Derecho en lengua española, lo que la metáfora de los derechos como cartas de triunfo de DWORCKIN, al mundo anglosajón. Yo, en reconocimiento a Ernesto y —por qué no decirlo también— a la comunidad iusfilosófica hispanohablante, me quedo con el «coto vedado».

² GARZÓN VALDÉS, 1993: «El problema de la desobediencia civil», pp. 611-631.



BREVE NOTA SOBRE LA IDEA DE «PATERNALISMO» EN LA OBRA DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Macario Alemany

Universidad de Alicante

RESUMEN. El autor hace un balance de las tesis principales de Ernesto Garzón Valdés sobre el concepto y la justificación del paternalismo jurídico, destacando su relevancia en la iusfilosofía en lengua española y poniéndolas en relación con el conjunto de su obra.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, paternalismo, perfeccionismo, autonomía.

ABSTRACT. The author takes stock of the main theses about the concept and justification of legal paternalism chez Ernesto Garzón Valdés, emphasizing their relevance in the Spanish legal philosophy and connecting them with his overall work.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, paternalism, perfectionism, autonomy.

1. RELEVANCIA DE LA APORTACIÓN DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS A LA DISCUSIÓN SOBRE EL PATERNALISMO

La relevancia de la doctrina de GARZÓN VALDÉS sobre el paternalismo puede contemplarse «ad extra», es decir, el impacto del artículo en la comunidad iusfilosófica y «ad intra», es decir, el papel que la idea de paternalismo juega en la construcción de otras tesis del autor.

«Ad extra» no es exagerado decir que con este artículo GARZÓN VALDÉS introduce la discusión sobre el paternalismo jurídico en la iusfilosofía en lengua española¹.

Si bien la idea de paternalismo, la analogía entre el poder paternal y el poder político, ya está presente en la filosofía griega y reaparece, variando su modulación y alcance, recurrentemente en relación con el tema de la justificación del poder estatal, sería en los años setenta del pasado siglo, y a partir de una serie de influyentes aportaciones de Gerald DWORKIN², Joel FEINBERG³ y John RAWLS⁴, cuando se genera una intensa discusión sobre la definición correcta de paternalismo jurídico y la plausibilidad de interacciones paternalistas justificadas. El artículo de GARZÓN VALDÉS, «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?»⁵, enlaza directamente con los presupuestos y tesis de estos autores y, como decía, fue el punto de partida de la discusión en el ámbito latinoamericano.

«Ad intra» la concepción del paternalismo de GARZÓN VALDÉS es muy importante en la construcción de su filosofía jurídica, moral y política, puesto que el paternalismo es clave en la defensa de uno de los propósitos fundamentales que han guiado toda su obra, esto es, «la justificación del Estado social de Derecho desde un punto de vista liberal»⁶. Recordemos que, a juicio de GARZÓN VALDÉS, en contra de la fundamentación liberal del Estado social suele aducirse «el peligro del paternalismo (que sería el primer paso hacia la dictadura) y la diferencia radical que existiría entre deberes positivos y negativos»⁷. De ahí que nuestro autor haya mostrado un gran interés en sostener dos tesis: primera, que hay casos de paternalismo justificado y, segunda, cuestionar la asimetría moral entre acciones y omisiones. En defensa de ambas tesis GARZÓN VALDÉS ha argüido que la propia aceptación del principio de daño (incuestionable desde el

¹ Véase: GARZÓN VALDÉS, 1988: «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», en *DOXA*, 5, pp. 155-173. Una primera versión de este trabajo fue publicada en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, XIII (1987), n.º 3. Ha sido reeditado en GARZÓN VALDÉS, 1993: *Derecho, ética y política*, Madrid: CEC, pp. 361-378; y, en versión inglesa, con el título: «On Justifying Legal Paternalism», en *Ratio Juris*, 3 (1990), pp. 173-184. He realizado un estudio detallado sobre la idea de paternalismo en la obra de Ernesto GARZÓN en ALEMANY, 2006: *El paternalismo jurídico*, Madrid: Iustel, cap. 3.

² DWORKIN: «Paternalism», en WASSERSTROM (ed.), 1971: *Morality and the Law*, Belmont: Wadsworth Publishing Co., pp. 107-126. Existen las siguientes reediciones del mismo: en *The Monist*, 56, n.º 1 (1972), pp. 64-84; en SARTORIUS, 1987: *Paternalism*, Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 19-34; y en FEINBERG, y COLEMAN, 2000: *Philosophy of Law*, Belmont: Wadsworth, 2000, pp. 271-280. Existe una traducción del mismo al castellano realizada por Jorge M. SEÑA e incluida en la colección de ensayos: *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, editada por Jerónimo BETEGÓN y Juan Ramón DE PÁRAMO, publicada en 1990.

³ FEINBERG: «Legal Paternalism», en *Canadian Journal of Philosophy*, 1, n.º 1, pp. 106-124.

⁴ RAWLS, 1997: *Teoría de la Justicia*, México: Fondo de Cultura Económica, pp. 230 y ss.

⁵ GARZÓN VALDÉS, 1988.

⁶ GARZÓN VALDÉS, 1993: *Derecho, ética y política*, Madrid: CEC, p. 12.

⁷ GARZÓN VALDÉS, 1993.

punto de vista liberal) conduce a la aceptación de un paternalismo restringido y de la práctica de medidas asistenciales que impongan sacrificios mínimos.

2. LA POSICIÓN DE GARZÓN VALDÉS SOBRE EL CONCEPTO DE PATERNALISMO

El punto de partida de GARZÓN VALDÉS es indagar la plausibilidad moral de un principio jurídico-paternalista que se enuncia de la siguiente manera: «Siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esa medida»⁸.

El contenido de este principio sería el concepto de paternalismo jurídico de GARZÓN VALDÉS, en el que podemos distinguir dos elementos:

1) La forma de la acción paternalista: el establecimiento de una prohibición u obligación jurídica.

2) La finalidad: evitar daños físicos, psíquicos y/o económicos al destinatario mismo de la prohibición u obligación.

Así, por ejemplo, constituiría un caso de paternalismo jurídico la obligación de llevar cinturón de seguridad en los coches o el casco en las motos, la prohibición del consumo de drogas peligrosas, etc.

Sobre esta conceptualización del paternalismo me parece interesante hacer ahora dos consideraciones:

1) El primer elemento de la definición hace que ésta sea inadecuadamente restringida: con frecuencia la persona tratada paternalistamente no es la destinataria de la norma de mandato que consideramos paternalista (piensen en la prohibición que pesa sobre los farmacéuticos de expedir medicamentos sin receta, o la prohibición del tráfico de drogas orientada a evitar daños en el consumidor, etc.). Otras veces el paternalismo consiste en un permiso dirigido al agente paternalista, por ejemplo un médico, para actuar de cierta manera, por ejemplo imponiendo un tratamiento, de manera que el sujeto tratado paternalistamente, el paciente en este caso, no puede ejercer con éxito una acción judicial contra el médico. Finalmente, en ocasiones el paternalismo jurídico ni siquiera se concreta en normas regulativas sino que se ejerce a través de normas de competencia que dejan a los sujetos tratados paternalistamente en una situación de incompetencia (frente a lo que se considera un nivel normal o pleno de competencia) o de sujeción frente a ciertas autoridades o particulares.

Todo ello apunta a que el paternalismo jurídico sería mejor definido como el ejercicio de un poder jurídico, el cual puede tener como resultado poner al sujeto tratado paternalistamente en una situación de deber, no derecho, sujeción y/o incompetencia⁹.

⁸ GARZÓN VALDÉS, 1988: 156.

⁹ Sobre esta propuesta conceptual, véase: ALEMANY, 2006: cap. V; y ALEMANY, 2005: «El concepto y la fundamentación del paternalismo jurídico», en *Doxa*, 5, pp. 265-306.

2) La segunda consideración se refiere a la finalidad propia del paternalismo. GARZÓN VALDÉS circunscribe el paternalismo —creo que muy acertadamente— a la finalidad de evitar daños de tipo físico, psíquico y/o económico. Esto le permite distinguir al paternalismo de otras figuras afines y, muy particularmente, del moralismo jurídico, cuya finalidad sería evitar daños morales a los individuos, y del perfeccionismo que tiene un carácter maximizador y moralizante: perfeccionar el carácter de los sujetos.

3. LA POSICIÓN DE GARZÓN VALDÉS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO

GARZÓN VALDÉS considera que el paternalismo jurídico estaría justificado si se cumplen las siguientes condiciones necesarias y conjuntamente suficientes: 1) se constata fehacientemente una incapacidad básica del sujeto tratado paternalistamente y 2) la medida se orienta a la superación del déficit creado por la incompetencia¹⁰.

Estoy de acuerdo con que éstas sean condiciones necesarias de la justificación del paternalismo, pero no con que sean suficientes: en primer lugar, creo que no basta con que la medida se oriente sinceramente a superar el déficit generado por la incompetencia sino que, además, debe ser necesaria y adecuada (es decir, proporcionada) y, junto a esto, debe ser racional presumir que el sujeto tratado paternalistamente aceptaría tanto la posibilidad general de ser tratado así como la concreta interferencia paternalista.

Que sea racional aceptar la posibilidad general de ser tratado paternalistamente depende, a mi juicio, de que haya los suficientes controles y contrapesos, propios de un Estado constitucional, como para desvirtuar el contra-argumento de la pendiente resbaladiza: de la misma manera que un individuo difícilmente aceptaría ser internado en una institución psiquiátrica que mostrara una total opacidad sobre su funcionamiento interno o aislamiento absoluto con el exterior, parece difícil aceptar racionalmente el paternalismo de una administración sin controles y limitaciones.

Finalmente, que sea racional aceptar una concreta medida paternalista depende de los fines y valores del propio individuo, de ahí que, en ocasiones, presunciones generales sobre lo que constituye un daño para los sujetos deban ceder en un caso concreto ante la evidencia de la existencia de ciertos propósitos individuales: éste sería, por ejemplo, el caso de algunas huelgas de hambre políticas en las que se ha alimentado forzosamente a los huelguistas sobre el presupuesto general de que eso es por su propio bien, pero sin respetar sus particulares fines y valores¹¹.

¹⁰ GARZÓN VALDÉS, 1988: 167.

¹¹ Sobre esta propuesta de justificación, véase igualmente: ALEMANY, 2006: cap. V; y ALEMANY, 2005.

RAZONABILIDAD, CORRECCIÓN MORAL Y COTO VEDADO

Silvina Álvarez

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. En el artículo «¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?» Ernesto Garzón Valdés analiza cuáles son los límites a los contenidos de la ética normativa, centrándose para ello en la noción de razonabilidad. En el presente escrito, y tras realizar una breve síntesis de los argumentos del autor, se indaga en la conexión entre la razonabilidad y el coto vedado, así como en las posibilidades de validar los valores morales a través de la razonabilidad. La vía negativa propuesta por Garzón, es decir, la posibilidad de definir los contenidos morales partiendo de lo radicalmente malo, es examinada a la luz de las dificultades que esta vía no resuelve cuando se trata de afrontar cuestiones de fundamentación. Finalmente, se realizan algunas consideraciones sobre los objetivos del artículo analizado en el ámbito de los debates actuales en filosofía moral y política.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, razonabilidad, corrección moral.

ABSTRACT. The article «¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?» by Ernesto Garzón Valdés, analyzes the limits to the contents of normative ethics, and focuses on the concept of reasonableness. Besides, Garzón proposes a «negative way» to determine moral contents on the basis of radically evil. This paper examines the problems the negative way does not remove as regarding questions of moral foundations, and points out the aims of Garzón's article in the context of contemporary debates on moral and political philosophy.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, reasonableness, moral correction.

Los escritos de Ernesto GARZÓN VALDÉS se caracterizan por la claridad expositiva, el uso de una terminología precisa y singular y una estrategia argumental sugerente y persuasiva. Muestra de todo esto es su artículo «¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?»¹, en el que una vez más aparece su preocupación constante, en materia moral, en torno a los contenidos de la ética normativa.

Para dar respuesta a la pregunta respecto de si puede la razonabilidad servir para determinar los contenidos de la moral o, en otras palabras, si puede ser un criterio de corrección moral, GARZÓN argumenta a lo largo de 20 apartados, presentando en cada uno de ellos tesis concretas para avanzar en su línea argumental. De manera muy esquemática dichas tesis son las siguientes:

1. «Supuesto de la ignorancia querida»: debemos renunciar a la aspiración del conocimiento total (1998b: 146).

2. «Postulado de simetría»: la admisión de enunciados morales debe estar sujeta a la imparcialidad (1998b: 148).

3. «Postulado del puente»: la argumentación moral debe estar basada sobre la racionalidad —y las razones puente servirían para su comprensión— (1998b: 148).

4. «Tesis del solapamiento parcial de los juicios morales y los juicios empíricos» (1998b: 150).

5. «Prohibición del imperialismo de los criterios de corrección» o no aplicación de los criterios de validez de algunos ámbitos científicos a otros ámbitos del conocimiento (1998b: 152).

6. «Criterio de razonabilidad» como criterio para la validación de los postulados morales (1998b: 152).

7. «Tanto la teoría de RAWLS como la de BARRY aplican el criterio de la razonabilidad como criterio de corrección de justicia política para sociedades multiculturales pero homogéneas en el sentido de que sus miembros están dispuestos a renunciar a la imposición de sus concepciones de lo bueno a fin de lograr una paz social razonable. Ambas teorías pretenden ser neutrales con respecto a las diferentes concepciones razonables de lo bueno» (1998b: 156).

8. En algún sentido lo razonable depende del contexto en que se argumenta.

9. Desde otra perspectiva, y siguiendo a GAUS, la razonabilidad no debería depender de las personas sino de pautas sobre lo razonable.

10. Pero si la posibilidad de razonabilidad depende de que las personas respeten los principios de igualdad y libertad y no impongan sus propias concepciones valorativas, en consecuencia la razonabilidad presupone una concepción de lo bueno.

11. «Parecería entonces que el ámbito de lo razonable está enmarcado por el coto vedado y razonable querría decir tan solo aquello que los agentes acuerdan respetando el coto vedado. Si ello es así, la razonabilidad, como criterio de corrección, es un criterio débil dependiente del coto vedado» (1998b: 158).

12. La neutralidad no puede existir sino basándose en enunciados morales o prudenciales comprometidos.

¹ GARZÓN VALDÉS, 1998b. Una versión anterior del mismo trabajo se publicó con el título «Razonabilidad y corrección moral», en GARZÓN VALDÉS, 1998a.

13. Resulta dudoso que la tolerancia social pueda basarse en la neutralidad.
14. Frente a la inseguridad que existe en el ámbito normativo para determinar qué es lo bueno, puede resultar más seguro considerar qué es lo malo.
15. Hace falta sentar las condiciones para explorar la vía negativa de lo malo e identificar lo radicalmente malo.
16. A pesar del argumento agustiniano —lo malo es la negación de lo bueno— resulta más fácil el consenso sobre lo malo que sobre lo bueno.
17. También existe consenso en torno al concepto de daño.
18. «Podría recurrirse al concepto de irrazonabilidad como criterio de incorrección» (1998b: 163).
19. «La irrazonabilidad funcionaría de manera similar a la falsabilidad en las ciencias naturales, sirviendo de límite a lo “meramente racional”» (1998b: 164).
- 20 y 21. «Con las salvedades y recaudo aquí expuestos, es posible dar una respuesta afirmativa a la pregunta: “¿puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”» (1998b: 165).

El argumento central de este trabajo es que cualquier defensa de lo razonable como criterio de corrección moral debe estar condicionada a la aceptación de una teoría del bien, en la medida que la idea misma de razonabilidad depende de ella; y tal teoría del bien, según GARZÓN, se construye en torno a lo que él ha dado en llamar «coto vedado» o conjunto de valores últimos. Detrás de la noción de razonabilidad que se propone hay, por tanto, una concepción moral fuertemente universalista y claramente definida en cuanto a su contenido —los valores, derechos o libertades contenidos en el coto vedado—. Ahora bien, si la corrección moral sólo depende de la noción de razonabilidad en la medida en que ésta respete el contenido moral mínimo que exige el coto vedado, entonces es el propio coto vedado el que funciona como límite a la corrección moral. Esto plantea la importante cuestión en torno a cuáles son los criterios de corrección no ya para otras posibles teorías del bien, sino para el coto vedado como meta-teoría del bien.

No escapan al autor las dificultades que acechan a la justificación de cualquier conjunto de valores respecto de los cuales se predica su validez universal. Y es por ello que propone la vía negativa: indagar en la justificación no ya de los valores —positivos— cuya corrección se postula, sino en aquello que por radicalmente malo, por irrazonable, se debe excluir. No resulta del todo claro, sin embargo, si la vía negativa serviría para determinar lo razonable —o lo irrazonable— siempre dentro del límite fijado por el contenido del coto vedado, o si en cambio se presenta como vía para determinar el contenido del propio coto vedado, o ambas cosas.

En cualquier caso, el camino hacia la justificación lo transita GARZÓN a través de una propuesta racionalista matizada, en la que la idea de razonabilidad viene en auxilio de las insuficiencias que presenta la mera racionalidad. Propone entonces el criterio de razonabilidad como el recurso que dotaría la teoría moral con un carácter científico, en el sentido de dotarla de objetividad (1998a: 21; 1998b: 156). Tras rechazar la razonabilidad como la entienden RAWLS (1993) o BARRY (1995), propone, como hemos señalado ya, llegar al criterio de razonabilidad por la vía negativa, por la vía de lo irrazonable. Por irrazonable entiende aquello «que afecta básicamente a la supervivencia de la especie humana», todo aquello que por ser radicalmente malo «impide la realiza-

ción de todo plan de vida» (1998a: 24). La propuesta de GARZÓN recoge, creo, una intuición extendida respecto de la noción de humanidad o dignidad humana cuyo mínimo moral rechaza aquello que es radicalmente malo o que impide el desarrollo de las capacidades humanas (1998b: 162-165).

La vía negativa, sin embargo, no está exenta de problemas —como reconoce el propio autor al señalar la objeción agustiniana—. La definición de lo irrazonable puede presentar dificultades similares a la definición de lo razonable. En primer lugar, no basta con estipular que dañar a otro es esencialmente malo, sino que hay que fijar cuál es el alcance del concepto de daño. Tampoco parece suficiente, a este respecto, apelar a sensaciones subjetivas de las personas, ya que en este terreno podríamos tropezar con diferencias significativas. Por otra parte, no parece que exista acuerdo respecto de cuál es el alcance que debemos dar al concepto de daño, y aunque se trate de un concepto central de la teoría moral y política —como ejemplo baste señalar el importante papel que juega en la teoría de la libertad de MILL (1859-1970)—, importantes divergencias surgen al momento de identificar su contenido sustantivo.

Otro problema que subyace a la vía negativa —como a la positiva— tiene que ver con las premisas subyacentes cuya justificación es dejada de lado. Así, si afirmamos que lo malo es aquello que impide la supervivencia o la realización de un plan de vida, subyacen a estas premisas presupuestos morales fuertes, de contenido sustantivo, como el que afirma el valor supremo de la vida o de la autonomía personal, y entonces necesitaremos ulteriores fundamentaciones de estos valores subyacentes. En otras palabras, si lo irrazonable —o lo razonable— presuponen otros principios, éstos necesitan ser fundamentados previamente —y no basta con afirmar su razonabilidad para justificarlos—. Si, en cambio, lo razonable se basa en un «solapamiento de los juicios morales y los juicios empíricos» (GARZÓN, 1998a: 20), esto tiene otros problemas. Una cosa es afirmar que los juicios morales se obtienen, en parte, de enunciados empíricos —de la observación de hechos empíricos (ver HARE, 1999)— y otra afirmar que su verdad coincide con la verdad de los juicios empíricos, como si los hechos empíricos fuesen portadores de verdad moral. Siguiendo a P. DASGUPTA (1993), GARZÓN parece derivar la categoría de «mal radical» de algunos hechos vinculados al sufrimiento o el malestar de las personas. Sin embargo, conferir valor moral a un hecho requiere en cualquier caso de una justificación o fundamentación no empírica y no parece probado que el sufrimiento sea en todos los casos portador de reprobación moral.

Al final, y aunque el propósito de GARZÓN no es trazar las bases de una teoría de fundamentación moral sino acotar los límites infranqueables de la teoría del bien que propone —a partir de la noción de coto vedado—, no parece que lo primero pueda hacerse sin lo segundo. Es así que el trabajo deja planteadas cuestiones importantes sobre el alcance del objetivismo tal como parece revelarse en la propuesta del coto vedado. La adhesión a una vía fuertemente kantiana de razonamiento moral abre también algunos interrogantes sobre cómo resolver los problemas que presenta la propia vía del objetivismo racionalista (sobre objetivismo moral, ver ÁLVAREZ, 2002).

Más allá de estas observaciones, el objetivo que subyace a la argumentación del autor, que acepta la noción de razonabilidad pero la condiciona a una teoría del bien que le sirve de límite, es el de contener las éticas que más o menos vecinas al relativismo, amenazarían con debilitar esa teoría del bien o coto vedado. Se trataría de evitar que la

vía de lo razonable pueda servir para validar demasiadas concepciones de lo bueno, incluso aquellas que puedan entrar en conflicto con el coto vedado. Algunas formulaciones del multiculturalismo —y digo algunas ya que la teoría moral y política del multiculturalismo ha tenido en los últimos años desarrollos muy diversos que van en direcciones teóricas a veces opuestas a pesar de englobarse bajo el rótulo, ya demasiado vago, de multiculturalismo—, amenazarían los valores —universales u objetivos— del coto vedado, tergiversando de este modo el significado de la razonabilidad como criterio que lejos de admitirlo todo debe servir de control de contenidos sustantivos preestablecidos. De manera similar a como, en otro importante trabajo, define la tolerancia (ver GARZÓN, 1993), GARZÓN procede a definir lo razonable como criterio que solo sirve si hay un sistema moral de referencia que hace que sea razonable —o tolerable— aquello que está dentro de sus límites.

Creo que este artículo, como tantos otros del autor, deja planteadas cuestiones importantes sobre el alcance de los valores, su universalidad y sus posibilidades de fundamentación, y presenta diversas vías para el análisis y la reflexión filosófica. Solo me resta agradecer a Ernesto GARZÓN VALDÉS, por su trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, S., 2002: *La racionalidad de la moral*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BARRY, B., 1995: *Justice as Impartiality*, Oxford: Clarendon Press.
- GARZÓN VALDÉS, E., 1993: «No pongas tus sucias manos sobre Mozart», en *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 401-415.
- 1998a: «Razonabilidad y corrección moral», *Claves de razón práctica*, 88: pp. 18-26.
- 1998b: «Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral», *Doxa*, 21 (2): pp. 145-166.
- HARE, R. M., 1999: *Ordenando la ética* (traducción castellana de J. VERGÉS GIFRA), Barcelona: Ariel.
- MILL, J. S., 1859-1970: *Sobre la libertad* (traducción al castellano de P. DE AZCÁRATE), Madrid: Alianza.
- RAWLS, J., 1993: *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.

LA REGLA HARTIANA DE RECONOCIMIENTO EN EL PENSAMIENTO GARZONIANO

Miguel Álvarez Ortega

Universidad de Sevilla

RESUMEN. El propósito de este trabajo es describir el acercamiento de Garzón Valdés a la regla hartiana de reconocimiento. Siendo uno de los primeros estudiosos en acercarse a los trabajos de Hart, el posicionamiento de Garzón no puede considerarse aislado ni estático. Existe una continua referencia a las tesis hartianas en la producción iusteórica de Garzón (especialmente una vez que se abandona la influencia de Kelsen en los setenta) que supone una revalorización progresiva. Trataré de mostrar en qué medida los trabajos de Garzón son un ejemplo de que resulta más útil para la Teoría del Derecho reinterpretar los instrumentos de Hart desde la conexión Derecho-Moral que descartarlos por completo.

Palabras clave: regla de reconocimiento, Herbert Hart, Ernesto Garzón Valdés, conexión Derecho-Moral.

ABSTRACT. The aim of this work is to describe Garzón Valdés's approach to the hartian rule of recognition. Being one of the first Spanish -speaking scholars to have commented on Hart's works, his position cannot be regarded as either isolated or static. There is a continuous reference to hartian theses within Garzón's legal theoretical production (especially once Kelsen's influence is abandoned in the seventies) which represents a progressive revalorisation. I shall try to show to which extent Garzón's works are an example that it is more useful for Legal Theory to reinterpret Hart's instruments from the Law-Morals connection thesis rather than totally discard them.

Keywords: rule of recognition, Herbert Hart, Ernesto Garzón Valdés, Law-Morals connection.

En el seno de la primera producción científica garzoniana, enfocada principalmente hacia temas de teoría del Derecho, quisiera centrarme en lo que puede considerarse *grosso modo* una subetapa signada por el abandono de las panvisiones jurídicas tras la publicación de su monografía sobre la *Natur der Sache*, a favor de un acercamiento problematista y de metodología analítica. En concreto, intentaré llevar a cabo un breve comentario sobre las diversas etapas del tratamiento otorgado por GARZÓN VALDÉS a un concepto clave del positivismo analítico anglosajón: la «regla de reconocimiento» (*rule of recognition*) desarrollada por Herbert HART principalmente en su obra *El Concepto del Derecho* (1961)¹.

De manera muy sucinta, puede decirse que la regla de reconocimiento es el instrumento que idea HART para dar respuesta al problema de la validez normativa o, si se quiere, de identificación de las fuentes del Derecho, de forma que:

To say that a given rule is valid is to recognize as passing all the tests provided by the rule of recognition and so as a rule of the system. We can indeed simply say that the statement that a particular rule is valid means that it satisfies all the criteria provided by the rule of recognition².

Esta regla es considerada como una práctica público-jurisdiccional cuya existencia es una cuestión meramente fáctica³. Los enunciados de validez suelen ser además enunciados internos, en el sentido de implicar una aceptación normativa por parte del enunciante (asunción de la norma y de la obligación de seguimiento correspondiente)⁴. Como oposición, los enunciados externos son los formulados por quienes se limitan a constatar regularidades de comportamiento⁵. Para el caso de la regla de reconocimiento, el punto de vista interno de los funcionarios (unido al seguimiento habitual de las reglas válidas) es un requisito de la existencia del ordenamiento jurídico⁶.

Las primeras reflexiones de GARZÓN sobre este concepto datan de una fecha tan temprana como 1967, año en que aparece su «Validez, existencia y eficacia en H. L. A. Hart»⁷. Aquí se contienen, en forma embrionaria, dos ideas que serían desarrolladas con posterioridad; a saber, (i) que el punto de vista interno del sector público con respecto a la regla de reconocimiento no basta para verificar la existencia del ordenamien-

¹ HART, 1994: *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford: Clarendon Press. Existe versión castellana de Genaro CARRIÓ publicada en Abeledo-Perrot, Buenos Aires (1963, 1998).

² HART, 1994: p. 103.

³ HART, 1994: p. 110.

⁴ HART, 1994: p. 103.

⁵ HART señala que cuando una persona indica que «tal cosa es Derecho» (y no, «en Inglaterra reconocen como Derecho tal otra»), realiza un: «*internal statement* because it manifests the internal point of view and is naturally used by one who, accepting the rule of recognition and without stating the fact that it is accepted, applies the rule in recognizing some particular rule of the system as valid. For the word "valid" is most frequently, though not always, used, in just such internal statements, applying to a particular rule of a legal system, an unstated but accepted rule of recognition». HART, 1994: p. 103.

⁶ «There are therefore two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand, those rules of behaviour which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials». HART, 1994: p. 116.

⁷ GARZÓN VALDÉS, 1967: «Acerca de las nociones de validez, eficacia y existencia en H. L. A. HART», en *Notas de Filosofía del Derecho*, 4, pp. 23-30, incluida en la compilación *Derecho, ética, política*.

to, sino que se precisa también de la capacidad o poder para imponerlo y, ii) que la relevancia del aspecto interno puede desembocar en una suerte de teoría del reconocimiento⁸.

Esta segunda idea sería perfilada y reforzada diez años después en el estudio «Algunos modelos de validez normativa» (1977)⁹. Si aquellos que sostienen el sistema son los que formulan enunciados internos, en el sentido de aceptación de la norma, y de ahí se deriva su obligación de seguimiento, la propuesta de HART se parecería enormemente a la teoría de reconocimiento de Rudolf LAUN, según la cual la conciencia de los destinatarios delimita la validez y obligatoriedad jurídicas¹⁰. Problemas similares fueron señalados de forma un tanto más tímida por RAZ (1970)¹¹ y MACCORMICK (1981)¹², dando lugar a la categoría de los «enunciados desprendidos o hermenéuticos» (*detached statements*) que recogen el punto de vista de quien, sin estar comprometido con las reglas, describe el hecho de que otros lo estén y que HART asume en su sus *Ensayos sobre Bentham* (1982)¹³. GARZÓN no parece considerar esta novedad técnica como solución suficiente, ya que la crítica se mantiene con posterioridad a la publicación de los citados trabajos («Las limitaciones jurídicas del soberano», 1983)¹⁴. Personalmente, opino que la intención de HART es simplemente constatar que la adhesión a la regla de reconocimiento es un prerequisite de los enunciados de validez, lo que no implica que los destinatarios puedan decidir libérrimamente qué normas pertenecen al sistema, ni tampoco cuáles les obligan. La distinción entre el «verse obligado» y «tener una obligación» supone la existencia de una norma jurídica en el segundo caso¹⁵. Ahora bien, el problema de fondo subsistente es hasta qué punto de una mera regla jurídica puede derivar-

⁸ GARZÓN VALDÉS, 1993: «Acerca de las nociones de validez, eficacia y existencia en H. L. A. Hart», en *Derecho, ética, política*, Madrid: CEC, pp. 114-115.

⁹ GARZÓN VALDÉS, 1977: «Algunos modelos de validez normativa», en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, III, (1); reimpreso como *Cuaderno de Trabajo No. 21* del Instituto de Filosofía de Derecho de la Universidad de Maracaibo (Venezuela). Aquí se citará por su inclusión en la compilación del CEC.

¹⁰ GARZÓN VALDÉS, 1993: p. 93.

¹¹ RAZ, 1970: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of a Legal System*, Oxford: Clarendon Press, 49.

¹² MACCORMICK, 1981: *H. L. A. Hart*, London: Edward Arnold, p. 32

¹³ HART, 1982: *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*, Oxford, Clarendon Press, pp. 155 ss.

¹⁴ «Las limitaciones jurídicas al soberano», en GARZÓN VALDÉS, 1993: p. 195; publicado originalmente como GARZÓN VALDÉS, E., 1981: «Acerca de las limitaciones legales del soberano», en *Sistema*, 43-44, pp. 43-56 y reimpreso, con algunas modificaciones, en BULYGIN *et al.* (comps.), 1983: *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 175-180. En este trabajo se critica igualmente el acercamiento a la limitabilidad jurídica del soberano mediante la explicación de las reformas constitucionales como traslados del punto de vista interno en sentido hartiano. Más concretamente, GARZÓN señala que el tránsito desde una soberanía continuada a una autocompresiva no resulta *a priori* problemática. Sería el caso de la introducción de una cláusula de intangibilidad. Pero la actuación contraria (modificación de la cláusula), sería difícilmente encuadrable en un tránsito pacífico de un punto de vista interno a otro. Provocaría la invocación del derecho de resistencia (en el caso alemán) y el calificativo de revolución dependería en gran medida de las circunstancias del caso (GARZÓN VALDÉS, 1993: pp. 194-195). No obstante, debe tenerse presente que la imposibilidad de llevar a cabo válidamente este tránsito es consecuencia lógica del modelo constitucional por el que se opte y no descalifica de por sí a la «regla de reconocimiento». El propio HART parece manifestarse en este sentido cuando sostiene que el ejercicio de la omnipotencia autocompresiva sólo puede realizarse una vez. (HART, 1994: p. 149). Cuando se incluye una cláusula de intangibilidad, lo que se pretende es precisamente eso, que se cierre la posibilidad de una vuelta atrás sin poner en marcha un verdadero nuevo proceso constituyente.

¹⁵ Cfr. BAYLES, 1992: *Hart's Legal Philosophy. An examination*, Dordrecht: Kluwer, pp. 48-53.

se directamente un deber de obediencia si se mantiene, como insistía HART, la separación tajante entre el Derecho y la moral.

Un primer paso hacia la superación del deslinde mencionado lo hallamos en el estudio de GARZÓN sobre *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos* (1987)¹⁶, donde se defiende por vez primera que el punto de vista interno (aceptación), respecto a la regla de reconocimiento, implica una creencia en la legitimidad del sistema. En este trabajo, partiendo de la noción de estabilidad como mantenimiento de la identidad, se propone una precisión conceptual basada en la categoría de propiedad disposicional así como, a pesar de las críticas desarrolladas anteriormente, en la regla hartiana de reconocimiento. Así:

Un determinado sistema político es estable si y sólo si en los casos relacionados con el ejercicio institucionalizado del poder, sean normales o límite, tiene la tendencia a reaccionar de manera que los cambios son una explicación eficaz de la «regla de reconocimiento» y esta tendencia se mantiene durante un período de tiempo significativo de acuerdo con su contexto histórico y regional¹⁷.

Nótese que la propuesta viene referida al «sistema político» y no al «ordenamiento jurídico», espacio de definición original del instrumento. Que estamos ante nociones diversas resulta poco problemático de asumir. De acuerdo con Mario LOSANO, ordenamiento jurídico no es sino una aplicación más del análisis del Derecho como sistema (en concreto, el institucionalismo de Santi ROMANO), en el sentido de considerarlo como un conjunto de normas que posee o tiene la tendencia a poseer unidad, coherencia o plenitud¹⁸. Sistema político, en cambio, resulta en una noción sociológica de inspiración funcionalista (la impronta de PARSONS resulta decisiva) que pretende presentar un cuadro de interacción de los múltiples elementos, actores y factores que conforman el espacio público¹⁹. Cabe pues preguntarse, como han hecho ATIENZA y RUIZ MANERO, si el traslado de un ámbito a otro conlleva algún tipo de coste teórico. En concreto, haciendo referencia a los ejemplos del contexto latinoamericano que le sirven a GARZÓN de campo de pruebas para su teoría, estos autores señalan que la inclusión de elementos como el «capitalismo de estado benefactor» (caso de Costa Rica) desvirtuaría la regla de reconocimiento²⁰. La contestación de GARZÓN es que la cláusula es una referencia al Estado del bienestar, habitual en constituciones contemporáneas actuando de guía política y estándar de validez jurídica²¹. La respuesta es plausible en la medida en que

¹⁶ GARZÓN VALDÉS, 1987: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid: CEC; reeditado en México: Fontamara, 1992.

¹⁷ GARZÓN VALDÉS, 1987: p. 43.

¹⁸ Cfr., LOSANO, 2002: *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I., Milano: Giuffrè; BOBBIO, N., 1991: *Teoría general del Derecho*, trad. cast. de E. ROZO ACUÑA, Madrid: Editorial Debate, pp. 165 ss, 195ss, 221 ss.

¹⁹ Cfr. principalmente, PARSONS, 1968: *La estructura de la acción social: estudio de teoría social con referencia a un grupo de recientes escritores europeos*, Madrid: Guadarrama; PARSONS, 1984: *El sistema social*, versión castellana de J. JIMÉNEZ BLANCO y J. CAZORLA PÉREZ, Madrid: Alianza; EASTON, 1953: *The Political System: An Inquiry into the State of Political Science*, New York: Alfred A. Knopf; EASTON, 1957: «An approach to the Analysis of Political Systems», en *World Politics*, XI, pp. 393-400; ELSTER, 2000: «Rational choice History: A Case of Excessive Ambition», en *ARSP*, 94, pp. 685 ss; para una definición de «sistema político» que incluya elementos de diversas tendencias teóricas, vid. ALCÁNTARA SÁEZ, 1994: *Gobernabilidad, crisis y cambio*, Madrid: CEC, p. 53.

²⁰ ATIENZA y RUIZ MANERO, 1987: «Entrevista con Ernesto Garzón Valdés», en *Doxa*, 4, pp. 417-418.

²¹ ATIENZA y RUIZ MANERO, 1987: p. 418.

el elemento cuestionado permite a la regla de reconocimiento su función principal: ser el parámetro último de validez. Sin embargo, téngase en cuenta que GARZÓN incluye elementos de índole tan diversa como el apoyo a las compañías mineras, la lucha contra el protestantismo anglosajón, la venalidad de los jueces o el rechazo de los proyectos «desarrollistas»²². Resulta difícil admitir que elementos *puramente* sociológicos o económicos (muchos de los cuales poseen además cierto carácter coyuntural) determinen la pertenencia de las normas al sistema y den tal carácter a su contenido que su variación suponga una mutación en la regla de reconocimiento. Ello nos lleva a plantearnos que la aportación garzoniana es mucho más útil en el seno de la teoría jurídica: si el punto de vista interno a la regla de reconocimiento es una adhesión moral y añadimos, como anticipara en cierta medida FINNIS²³ y más recientemente ha sabido mostrar VILAJOSANA²⁴, que la identidad del ordenamiento (presupuesto del concepto de estabilidad) se basa en criterios de relevancia de índole material, la cuestión puede replantearse en el sentido de que la regla de reconocimiento proporciona criterios de validez y membresía referidos a un determinado núcleo axiológico-institucional. Cuando se mantenga la tendencia a poder ofrecer explicaciones eficaces de ese núcleo, el ordenamiento será estable.

Esta importantísima consecuencia vinculatoria Derecho-moral, sería profundizada en un trabajo clave de la producción garzoniana «Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral» (1990)²⁵. En sede de delimitación conceptual de la estabilidad, GARZÓN precisaba que la «legitimación», como aceptación de la regla de reconocimiento, debía ser distinguida de la mera aquiescencia, por hábito o apatía, o del seguimiento por razones prudenciales. No cualquier tipo de «posicionamiento» habría de servir, pues, para explicar la existencia del ordenamiento, para describir la complejidad de la actitud de los que sostienen el sistema.

No obstante, hay quien afirma, precisamente desde un positivismo de inspiración hartiana, que basta con constatar que la parte oficial aplica las normas válidas y que la generalidad de los destinatarios las siguen para defender la existencia del ordenamiento; de forma que se hace innecesario el pronunciamiento sobre las motivaciones²⁶. La consideración de tal postura lleva a GARZÓN a plantear la posibilidad de concebir Estados en los que «la parte oficial tiene una percepción equivocada de las razones que motivan el comportamiento de sus integrantes y en donde todos ellos, además, rechazan internamente el sistema» (sería una suerte de país del error o *Irrlandia*), o en los que no existe ninguna creencia sobre las reglas básicas del sistema, es decir, en los que el cumplimiento se explica por mero hábito (*Apatilandia*)²⁷. GARZÓN VALDÉS sostiene no solo que tales casos resultan de difícil constatación empírica y de gran inestabilidad

²² GARZÓN VALDÉS, 1987: pp. 47, 51, 61, 67.

²³ FINNIS, 1973: «Revolutions and Continuity of Law», en SIMPSON (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence: Second Series*, Oxford University Press, pp. 69 ss.

²⁴ VILAJOSANA, 1996: «Towards a material criterion of identity of a legal order», en *Rechtstheorie*, 27, pp. 60 ss.

²⁵ Publicado en 1990, *Doxa*, 8, pp. 111-130. Citaré por su inclusión en la compilación del CEC.

²⁶ GARZÓN toma a Rolf SARTORIUS como modelo de esta postura. Cfr. SARTORIUS, 1987: «Positivism and the Foundation of Legal Authority», en GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The influence of H.L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press; cit. en «Algo más acerca de la relación entre el Derecho y la moral», GARZÓN VALDÉS, 1993, p. 322.

²⁷ GARZÓN VALDÉS, 1993.

estructural, sino que se presentan como difícilmente compatibles con la actitud de crítica reflexiva que en general HART atribuye al punto de vista interno²⁸. GARZÓN avanza entonces un paso más para sostener la tesis de que: «entre Derecho y moral existe una relación conceptual, es decir, el sistema jurídico no puede existir sin la pretensión de corrección moral de su “regla de reconocimiento”»²⁹.

Se defiende además la función de la *intentio dogmatica* que se halla presente en la labor del jurista práctico —señaladamente el juez— y según la cual las proposiciones jurídicas recogen una cierta pretensión de corrección moral que no puede obviar la concepción de justicia inserta en el orden y que es la que la parte oficial sustenta con su punto de vista interno³⁰.

El propósito de GARZÓN no es soslayar que cierto sector oficial puede moverse por razones prudenciales o perentorias, que puede formular frente al Derecho enunciados desprendidos, noción que parece verse aquí revalorizada, sino el de señalar que esto no puede constituir una actitud generalizada; su intención no es negar juridicidad a los regímenes injustos, sino constatar la necesaria pretensión de legitimidad para determinar la existencia del ordenamiento. Se trata en definitiva de asumir que una coherente descripción del funcionamiento del Derecho pasa por aceptar su vinculación con la moral. La renuencia a admitir tal nexo sería el origen de buena parte de los problemas de la teoría hartiana, como viene señalando hace tiempo cierto sector doctrinal, que ha sostenido igualmente la necesidad de admitir la tesis de la vinculación para una lectura más coherente del filósofo de Oxford³¹. El empirismo de la regla de reconocimiento no basta por sí mismo para explicar la juridicidad (según el conocido problema del paso de los hechos a las normas)³², sino que precisa, como han indicado entre otros SCARPELLI y CATANIA, una adhesión valorativa³³. De ahí la conclusión garzoniana de que: «quienes adoptan el punto de vista interno, sólo pueden explicar la validez última de las normas del sistema recurriendo a argumentos morales»³⁴.

²⁸ HART, 1994: p. 57.

²⁹ GARZÓN VALDÉS, 1993: p. 324.

³⁰ GARZÓN VALDÉS, 1993: pp. 324-325. «[E]l juez que pronuncia una sentencia tiene la pretensión de que su fallo es correcto no sólo legalmente sino también moralmente». «Seguridad jurídica y equidad», en GARZÓN VALDÉS, E., 1993: p. 308.

³¹ Cfr. MACCORMICK, 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, pp. 240-241; FULLER, 1967: *La moral del Derecho*, México: Trillas; e incluso Joseph RAZ acabaría modificando su postura inicial de «ortodoxia hartiana» en RAZ, 1981: «The Purity of the Pure Theory», en *Revue Internationale de Philosophie*, 138, p. 455. En nuestro país, se han manifestado en este sentido, entre otros, DE PARAMO, 1984: *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid: CEC, pp. 103, 250-252; RAMOS PASCUA, 1989: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid: Tecnos, pp. 192, 195 [«existe una adhesión político-moral a la regla de reconocimiento, porque, a juicio de los obligados, juega un papel decisivo en el mantenimiento del tipo de sociedad en que viven (...). [H]abría de concluirse que por medio de la regla de reconocimiento el Derecho conecta necesariamente con valoraciones políticas y morales, y, consecuentemente, con la moral, al menos con la moral social dominante», p. 194]; PÉREZ LUÑO, 1991: «¿Qué deber? Consideraciones sobre el deber de obediencia al derecho con especial referencia a la teoría de H. L. A. Hart», en VVAA, *Obligatoriedad y derecho*, Oviedo: Universidad de Oviedo, p. 390.

³² «En última instancia, una teoría empírica de la norma fundamental tiene que fracasar porque no puede aprehender adecuadamente el problema propiamente dicho de toda norma fundamental, es decir, el paso del ser al deber ser». ALEXY, 1997: *El concepto y la validez del Derecho*, 2.ª ed., trad. cast de J. MALEM, Barcelona: Gedisa, p. 122.

³³ Cfr. SCARPELLI, 1965: *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano: Comunità, pp. 81 ss; CATANIA, A., 1971: «L'accettazione nel pensiero di Herbert L. A. Hart», en *RIFD*, 48, pp. 266-267.

³⁴ GARZÓN VALDÉS, 1993: «Seguridad jurídica y equidad».

De esta forma, concluye el recorrido cronológico del tratamiento garzoniano de la regla de reconocimiento. Confío en que dos ideas básicas puedan extraerse de este brevísimo bosquejo. En primer lugar, que a pesar de sus imperfecciones técnicas y los importantes ataques recibidos —los más demoledores parecen seguir siendo los debidos a DWORKIN— los instrumentos hartianos pueden seguir resultando de utilidad en la ciencia jurídica. En segundo lugar, que un paso decisivo para explotar la potencialidad de estos conceptos es asumir una conexión necesaria del Derecho con la moral. Los trabajos de GARZÓN VALDÉS son un admirable ejemplo de revalorización progresiva de elementos hartianos mediante su depuración y superación desde los parámetros apuntados.

JUECES Y «CONTROL DE CALIDAD» DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS

María José Añón

Universidad de Valencia

RESUMEN. Este artículo trata de analizar la tesis normativa que atribuye a los jueces la función de garantía de la estabilidad de los sistemas políticos, examen que se lleva a cabo en dos planos. En primer lugar, realizo una valoración de la contribución de la regla de reconocimiento a la identidad y a la legitimidad de los sistemas jurídicos. Planteo, después, la idea de que el rasgo distintivo de la función judicial desde un punto de vista institucional y normativo no es tanto el mantenimiento de la estabilidad del orden político cuanto la garantía de los derechos, subrayando las limitaciones de la tesis analizada en este artículo en contextos de transformación del orden jurídico-político.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, función judicial, estabilidad política, legitimidad.

ABSTRACT. This article intends to analyse the normative thesis that assigns the function of safeguarding the stability of political systems to judges. The exam is made in two levels. First, I evaluate how the rule of recognition contributes to strengthen both the identity and the legitimacy of legal systems. By pointing out the limits of the stability thesis in contexts of legal and political transformation, I pose afterwards that the outstanding institutional and normative feature of judicial function is not the sustenance or the reinforcement of political stability, but the protection of rights.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, judicial function, political stability, legitimacy.

En su trabajo «El papel del poder judicial en la transición a la democracia»¹, Ernesto GARZÓN reflexiona proyectivamente sobre las condiciones de posibilidad de los jueces en los procesos de transición hacia la democracia. El texto del artículo es agudo, incisivo y cargado de sugerencias imposibles de atender en profundidad en esta sede. Sucintamente cabe afirmar que el autor asume los rasgos caracteriológicos del juez del Estado constitucional y cifra en tres puntos básicos las exigencias que deberían ser asumidas por los jueces de las instancias más elevadas: la limitación estricta del control de calidad democrática a los principios básicos del sistema; el mantenimiento de una rigurosa independencia del poder judicial y la introducción de un paradigma material en la interpretación de los principios constitucionales con objeto de que la sociedad alcance un grado de homogeneidad socio-económica que permita la homogeneidad de derechos².

El artículo sostiene la tesis de que los jueces de tribunales superiores en contextos democráticos son una suerte de «inspector de calidad», de acuerdo con la expresión de L. SAGER³, del sistema democrático y de sus instituciones y poderes. Esta idea se sustenta y proviene de una afirmación normativa sobre el poder judicial que considera que «su función principal es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político»⁴. Afirmación que —continúa E. GARZÓN— vale para todo sistema político.

Quiero limitar mi intervención a examinar esta tesis, introduciendo algunas matizaciones al desarrollo argumentativo de la misma. Para ello, resulta preciso comprender las bases sobre las que se sustenta la anunciada proposición. La estabilidad es, tal como la define GARZÓN⁵, una propiedad disposicional de un sistema político a reaccionar de forma tal que éste mantenga su identidad, nutriéndose de la actitud de quienes detentan el poder de orientar su comportamiento de acuerdo con las normas básicas del sistema. Esta posición se asienta, a su vez, en dos exigencias normativas. Los jueces, afirma GARZÓN, deben cultivar «una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema», dado que la connotación moral de este punto de vista es expresión de la autonomía del poder judicial y, en segundo término, deben mantener «una manifiesta imparcialidad respecto a los conflictos que deben resolver»⁶.

En este sentido, GARZÓN distingue certeramente entre estabilidad de un sistema y legitimidad. El juicio de legitimidad es de naturaleza normativa y su justificación es, en última instancia, de tipo moral, puesto que hablamos de la calidad ética de un sistema político. Por su parte, el juicio de estabilidad es descriptivo, y su verdad o falsedad depende de la existencia de características empíricamente comprobables, sin que importe la calidad moral de las acciones que las provocaron⁷. Puede afirmarse así que un sistema político es estable cuando, en determinadas circunstancias, tiene la tendencia o

¹ Artículo publicado en *Isonomía*, n.º 18, abril 2003, pp. 27-46. También forma parte del libro MALEM; OROZCO y VÁZQUEZ (comps.), 2003: Barcelona: Gedisa, pp. 129-147.

² GARZÓN, 2003: 43.

³ SAGER, 1998: «The Domain of Constitutional Justice», en ALEXANDER (ed.), 1998: *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge University Press: p. 238. Citado por GARZÓN, 2003: 30.

⁴ GARZÓN, 2003: 27.

⁵ GARZÓN, 1987: «El concepto de estabilidad de los sistemas políticos», *Derecho, Ética y Política*, Introducción de M. ATIENZA, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 573-609.

⁶ GARZÓN, 2003: 27-28.

⁷ GARZÓN, 2003: 573, 595.

disposición a reaccionar en forma tal que logra mantener su identidad, esto es, sus cambios son una explicación de su «regla de reconocimiento»

La regla de reconocimiento es caracterizada por el autor como la base de la identidad y unidad del sistema jurídico-político, en tanto que indica los criterios de validez y membresía de las reglas de un sistema. La existencia de un sistema político-jurídico está estrechamente vinculada con el punto de vista interno: un sistema existe sólo si al menos el grupo dominante acepta la regla de reconocimiento desde el punto de vista interno y es capaz de imponer su regla de reconocimiento en la respectiva sociedad, lo que se pone de manifiesto a través de la obediencia y el uso de las reglas válidas del mismo; siendo la magnitud del grupo dependiente de los diferentes tipos de organización política.

La regla de reconocimiento —escribe HART— «existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios»⁸. Lo relevante, a estos efectos, es su consideración, desde el punto de vista interno, como criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez, simplemente obedece por su cuenta⁹. RUIZ MANERO afirma, al respecto, que la mera existencia de una práctica concordante de identificación de reglas en relación a ciertos criterios por parte de jueces y tribunales no es condición suficiente para la existencia de la regla de reconocimiento, sino que tales criterios de validez jurídica han de ser considerados por los órganos de aplicación en general, como un criterio común de decisiones judiciales correctas, valorando críticamente las desviaciones respecto a los criterios vigentes. Según HART, «la afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios»¹⁰. Por tanto, la adopción del punto de vista interno, la creencia de que la regla de reconocimiento es correcta o la aprobación de la misma hacen referencia a una misma realidad: la aceptación de las reglas del sistema es un elemento esencial de la definición de legitimación. No siguiéndose de esta afirmación —escribe E. GARZÓN¹¹— ninguna proyección relativa a su estabilidad y tampoco sobre su legitimidad.

Calibrar esta idea exige distinguir dos planos a propósito de la regla de reconocimiento, el que da cuenta de su práctica efectiva y, por tanto, de la identificación de un sistema jurídico, desde un punto de vista externo y la pregunta por la justificación de la misma. Esto plantea la cuestión del carácter que tienen los enunciados que afirman no que la regla de reconocimiento existe, sino que los jueces deben hacer lo que ella prescribe, es decir, que deben fundamentar sus decisiones en las reglas identificadas a partir de los criterios de validez contenidos en dicha regla. En este caso, como escribe J. RUIZ MANERO¹², cuando se afirma que la regla de reconocimiento de un determina-

⁸ HART, 1968: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, traducción de G. R. CARRIÓ, p. 137.

⁹ HART, 1968: 128, 144-145.

¹⁰ HART, 1968: 145.

¹¹ GARZÓN, 1993: 585.

¹² RUIZ MANERO, 1990: *Jurisdicción y normas*, CEC: 121, 173. Sobre las implicaciones de la distinción entre razones explicativas y justificativas en relación a la aceptación por parte de los aplicadores del Derecho, véase BAYÓN, *La normatividad del Derecho*, Epilogo, pp. 731 y ss. y HIERRRO, 2002: «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, n.º 25, p. 264.

do sistema jurídico exige de los jueces que apliquen los estándares que reúnan los requisitos establecidos por la propia norma, quiere decirse que la regla de reconocimiento prescribe a los jueces que consideren tales estándares como razones jurídicas independientes del contenido o autoritativas. Aceptar la regla de reconocimiento viene a consistir así en aceptar desde una actitud crítica reflexiva, considerar los estándares jurídicos como razones perentorias para la acción.

Desde el punto de vista explicativo de la motivación de los jueces para tal aceptación, puede exhibirse un amplio abanico de razones de distinto orden. Sin embargo, desde el punto de vista justificatorio o conceptual, no cabe suscribir cualquier tipo de razón, como argumenta RUIZ MANERO. La aceptación de la regla de reconocimiento no podría justificarse mediante razones jurídicas, dado su carácter de norma última, ni prudenciales ni en razones de autointerés, sino en razones morales, puesto que se trata de una regla que impone deberes sobre otros. Aceptar la regla de reconocimiento por razones morales no equivale, como cree HART, a asumirla por una creencia en la legitimidad moral de las fuentes señaladas por la regla de reconocimiento¹³. La aceptación por razones morales por parte de los jueces, porque éstos consideran que tienen la obligación moral de seguir las normas como razones perentorias, supone que la regla de reconocimiento no es una condición de estabilidad, sino de existencia, como reconoce GARZÓN VALDÉS. Seguramente, la posición de los jueces tiene más que ver con la legitimidad del sistema que con su estabilidad, dado que la regla de reconocimiento es un criterio de existencia, desde el punto de vista externo y un criterio de justificación, desde el punto de vista interno, al menos para los jueces.

Ahora bien —retomaremos esta idea posteriormente— la regla de reconocimiento del sistema sólo se puede identificar, como advierte HART¹⁴, «en condiciones normales de armonía oficial y, especialmente de la armonía judicial». Sin embargo, cuando nos encontramos ante el supuesto de un sistema jurídico embrionario o *in statu nascendi*, es decir, en una fase de transición, la dificultad básica reside en determinar cuál es exactamente la regla de reconocimiento o los cambios que afectan a la propia regla de reconocimiento. Esto es lo característico de las transformaciones o cambios jurídico-políticos de orden, digamos, fundacional, que dan carta de naturaleza a un nuevo sistema, como ocurre precisamente, no cuando se modifican a las normas del sistema jurídico y podemos seguir hablando de permanencia del mismo sistema, sino cuando los cambios afectan a las normas últimas o independientes.

Llegamos a la segunda de las cuestiones que quisiera abordar. Esto es, una aproximación a algunas consecuencias de las garantías institucionales del juez en la transformación del orden jurídico-político. En este ámbito encuentra su sentido la pregunta por el papel de los jueces en la transición a un sistema jurídico-político democrático. La respuesta tentativa precisa llevar a cabo una valoración conjunta tanto de las condiciones de legitimidad formal, cuando de legitimidad material de la judicatura y de su responsabilidad como garante de los derechos.

Ciertamente, no es demasiado preciso lo que puede afirmarse sobre el juez en abstracto y las dificultades que de ahí se derivan, puesto que la mayor parte de sus propiedades institucionales responden a algún modelo de juez vinculado a una cultura jurídi-

¹³ RUIZ MANERO, 1990: 197.

¹⁴ HART, 1968: 152.

ca más o menos determinada. En términos generales es posible describir la jurisdicción como una función del Estado destinada a decidir con imparcialidad sobre situaciones controvertidas según las reglas del Derecho vigente. La nota que proporciona mayor identidad a los jueces es la figura de un tercero imparcial que interviene en la resolución de conflictos, cuyas decisiones se legitiman por una justificación aceptable de la verdad de los presupuestos fácticos y jurídicos.

Las condiciones del juez en abstracto no cuentan con una determinación exacta, pero entre ellas destacan las exigencias de legitimidad formal procesales o institucionales y un criterio de legitimidad sustancial¹⁵. La legitimidad material descansa en la vinculación del juez a la ley y se manifiesta en las funciones de garantía de los derechos y de solución de las controversias asignadas a la jurisdicción frente o contra los demás poderes, utilizando, entre otros instrumentos, su poder de censurar las propias leyes en cuanto inconstitucionales. Éste es el modelo jurisdiccional propio del Estado Constitucional, al que corresponden distintas tesis definitorias y justificativas derivadas de distintas versiones del neoconstitucionalismo¹⁶. Entre las garantías formales que surgen de las virtudes pasivas de los jueces a las que se refiere CAPPELLETTI, destacarían las siguientes¹⁷. Reglas procesales que exigen: i) que el juez actúe como un tercero suprapartes, que no decida en una controversia en la que él es participe, y que no esté sometido a presiones; ii) que el proceso tenga efectivamente carácter contradictorio, donde las partes tengan efectivamente posibilidades de defenderse, ser oídas; iii) que el proceso judicial tenga un carácter pasivo, que precisa la acción de un actor que inicia el proceso; iv) que el juez motive sus decisiones.

Entre estas garantías se encuentra la independencia. Ernesto GARZÓN parte de la autonomía judicial como condición necesaria para hablar de la existencia de un sistema jurídico. Esta autonomía proviene o deriva de la connotación moral del punto de vista interno propio de los jueces, que les distancia y separa del espacio político propio de la razón instrumental, articulado a través de la negociación y el compromiso¹⁸. No puedo detenerme en profundizar sobre el peso de lo político, dicho con toda la amplitud, tanto en la estabilidad como en la legitimidad de los sistemas jurídico-políticos y me limitaré a apuntar unas sucintas ideas sobre las notas definitorias de la autonomía judicial en términos de autonomía de la política.

Cuando se habla de autonomía o de independencia externa suele hacerse referencia a una posición institucional de la judicatura considerada como poder del Estado. Autonomía e independencia, como sugiere GARCÍA PASCUAL¹⁹, no son la misma cosa, pues mientras que la independencia es una garantía jurídico-institucional que se impone al juez en calidad de principio regulativo, el concepto de autonomía hace referencia a la institución o poder del Estado.

¹⁵ GARCÍA PASCUAL, *Legitimidad democrática*: 176-178. PRIETO, 1987: *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos.

¹⁶ Para una interesante distinción del neoconstitucionalismo como ideología, como teoría y como método, véase COMANDUCCI, 2005: «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Neoconstitucionalismo(s)*, M. CARBONELL (ed.), Madrid: Trotta, pp. 75-98.

¹⁷ CAPPELLETTI, 1988: *Giudici irresponsabili?*, Milan: Giuffrè, p. 66.

¹⁸ GARZÓN, 2003: 27. Sobre las posibilidades de establecer puentes entre el ámbito de la argumentación y el de la negociación, véase DE PÁRAMO y CALVO.

¹⁹ GARCÍA PASCUAL, *Legitimidad democrática y poder judicial*, cit. p. 163.

En este sentido, considero que la cualidad que mejor define a los jueces, vinculada a las connotaciones del punto de vista interno, es más la independencia personal como ideal o idea regulativa que la autonomía. Siguiendo una interesante tesis de AGUILÓ²⁰, los jueces no son independientes porque están sometidos sólo al Derecho, sino que tienen además un deber de ser independientes, evidentemente en un marco institucional idóneo para que ello sea posible. Este deber consiste en cumplir el Derecho, de ahí que se afirme que la independencia es la peculiar forma de cumplimiento que el Derecho exige a los jueces, que son autoridades vinculadas al orden jurídico —como todas las demás— y con un deber de independencia. Esta peculiar forma de cumplir el Derecho está vinculada a su legitimidad, producto de una combinación de legalidad e independencia. En este sentido «el juez no puede ser portador de fines o intereses extraños al Derecho»²¹. El deber de independencia del juez tiene como correlato el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y no desde parámetros extrajurídicos provenientes del sistema social. Independiente es el juez que aplica el Derecho (actúa en correspondencia con el deber) y que lo hace movido por las razones que el Derecho le suministra (actúa movido por el deber).

La ductilidad que exhiben los jueces ante los cambios y transformaciones de los sistemas político-jurídicos nos permiten comprender mejor el alcance de la afirmación hartiana de que la regla de reconocimiento sólo puede determinarse en períodos «armonía jurídica». Veamos dos ejemplos de distinto signo que pueden ilustrar esta idea. De un lado, la versatilidad del juez napoleónico y su capacidad de integración en distintas experiencias autoritarias²². Los diferentes fascismos europeos y dictaduras militares se asentaron, sin apenas reformas sustanciales en la legislación procesal y gracias a la (relativa) continuidad de la regulación de la organización (administrativa) de la judicatura *como poder*, aunque en este último aspecto las dictaduras se han preocupado bastante de asegurarse un poder judicial afecto, que atribuyó a los jueces una consideración central como factor de control social antes que autoridades garantes de los derechos. De ahí, como subraya ANDRÉS IBÁÑEZ²³, que fueran profundamente cuestionados en los albores del constitucionalismo emergente tras la segunda guerra mundial y que la experiencia dramática de los fascismos europeos llevara, no sólo a predisponer fuertes límites de derecho al ejercicio de la política, al objeto de afianzar el sometimiento del juez a la ley, sino también a establecer sólidos dispositivos de garantía de la independencia judicial en el plano externo de la magistratura como conjunto y en el plano interno de cada juez como operador individual.

Un segundo ejemplo lo encontramos en la función desempeñada por la corriente denominada del uso alternativo del Derecho o «jurisprudencia alternativa» que tuvo su desarrollo en un contexto socio-jurídico desigualitario, conflictivo y con fuertes residuos de autoritarismo y que, desde ahí, trató de encontrar en la interpretación crítica,

²⁰ AGUILÓ, 2003: «De nuevo sobre “independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”», *Jueces para la democracia*, n.º 46, marzo, p. 48.

²¹ AGUILÓ, 2003.

²² ANDRÉS IBÁÑEZ, *Claves*, p. 29. PRIETO, 1987: *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos, pp. 42 y ss. MARTÍN PALLÍN, 2005: «La formación de los jueces en los procesos de cambio», *Derechos, justicia y estado constitucional. Un tributo a Miguel C. Miravet*, M. J. AÑÓN y P. MIRAVET (eds.), Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 155-178.

²³ ANDRÉS IBÁÑEZ, «Para una ética positiva del juez», *art. cit.*, p. 29.

proyectiva y emancipatoria de la legalidad constitucional vigente un modelo opuesto al sistema político realmente existente²⁴. Este caso tiene interés además porque muestra un doble movimiento por parte de la judicatura. Como escribe Lourdes SOUZA²⁵ se puede manejar la hipótesis de una línea de continuidad entre el uso alternativo del Derecho y el garantismo, como consecuencia de un giro pragmático originado por el intento de hacer coherente unos presupuestos teórico-prácticos y valorativos que el cambio de los tiempos convertían en desventajosos y nocivos para los propios objetivos, que habría de comportar cambios institucionales de distinto orden en la jurisdicción. Así, cuando la realidad se muestra desigual, injusta y opresora, la lucha por el Derecho pretende su desmantelamiento y supresión. Pero cuando adopta una fisonomía más igualitaria, democrática y justa la estrategia responde a su defensa, mantenimiento y preservación.

Es posible concluir, cautelarmente, que de entre los rasgos institucionales y normativos predicables de la función judicial resulta más distintivo su papel de garante de los derechos que el mantenimiento de la estabilidad del sistema político. Es más, si los jueces contribuyen a articular los puentes de transición en procesos democráticos es fundamentalmente por su condición de garantes de los derechos. Como he descrito, a pesar de las imprecisiones relativas a las notas identificativas del juez en abstracto, entre ellos destacan las exigencias de legitimidad formal procesales o institucionales, especialmente la de ser un tercero supra-partes independiente e imparcial. Desde estos parámetros, tratar en serio a los justiciables como sujeto de derechos puede ser en algunos momentos subversivo.

²⁴ FERRAJOLI, 1995: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, prólogo de N. BOBBIO. Traducción: P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, J. TERRADILLOS, A. RUIZ MIGUEL, R. CANTARERO, pp. 835-837 y nota 52.

²⁵ SOUZA, 1998: «Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 234, 255.

DOS SUGERENCIAS (MUY MENORES) SOBRE EL CONCEPTO DE TOLERANCIA

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

RESUMEN. El autor discute dos aspectos de la concepción que sobre la tolerancia ha defendido Ernesto Garzón Valdés en diversos trabajos: su afirmación de que «la tolerancia es una propiedad disposicional»; y la idea de que «la tolerancia no es nunca algo *intra*, sino que siempre es algo *intersistemático*».

Palabras claves: Ernesto Garzón Valdés, tolerancia.

ABSTRACT. In this paper, two aspects of Ernesto Garzón Valdés's conception of tolerance are under discussion: his thesis on «tolerance as a dispositional property»; and the consideration according to which «tolerance is never something *intra* but always something *inter* systematic».

Keywords. Ernesto Garzón Valdés, tolerance.

1. Hace algunos años, en 1992, escribí un breve trabajo sobre la filosofía práctica de Ernesto dirigido a presentar su filosofía moral como un sistema compuesto de 10 principios, 26 reglas y 28 tesis (tesis conceptuales). En su conjunto, me parecía que configuraba una respuesta práctica y una justificación racional a 10 preguntas fundamentales de la ética.

El segundo de aquellos principios era el de tolerancia que Ernesto venía a considerar como la respuesta (la respuesta moral) a esta cuestión: ¿Hasta qué punto está justificado que impongamos nuestras propias normas de vida a los demás? ¿Cuáles son los actos de los otros que atentan contra esas normas y que, sin embargo, debemos tolerar, esto es, no prohibir? El *Principio de la tolerancia* se formulaba así:

P2: «Nadie tiene derecho a prohibir acciones de los demás por la simple razón de que vayan en contra de alguna de las normas de su sistema normativo básico».

Y las reglas para la aplicación de este principio eran:

R5: «Todo individuo con competencia para prohibir una acción que atente contra una de las normas de su sistema normativo básico tiene la obligación de efectuar una deliberación para ver si la prohibición puede ser dejada sin efecto».

R6: «Todo individuo enfrentado a la anterior situación tiene la obligación de ser tolerante si encuentra una buena razón para ello, es decir, si: *a*) su sistema normativo básico no sufre un grave daño y/o *b*) existe una razón de su sistema normativo justificante que debe prevalecer».

R7: «Nadie puede ser tolerante con respecto a acciones moralmente prohibidas».

Las tesis conceptuales propuestas serían estas:

T4: «El sistema justificante último de cualquier individuo es su sistema ético».

T5: «La justificación de la tolerancia en el plano interpersonal implica que la democracia, en cuanto institucionalización de la tolerancia recíproca, es el único sistema político que puede aspirar a ser legítimo».

T6: «Los límites para la tolerancia en el plano personal valen, *mutatis mutandis*, para el plano de la política».

2. He vuelto a leer ahora, con ocasión de esta Ernestiada (tomo la expresión —que me parece afortunada— de Pierluigi CHIASSONI), el artículo de Ernesto sobre la tolerancia en que se basaba mi intento de construir el sistema EGV y he leído también sus posteriores trabajos sobre la tolerancia, en los que no me parece advertir ninguna modificación relevante con respecto al primero. No tengo realmente ninguna objeción que hacer con respecto a las tesis de fondo que Ernesto sostiene. Pero creo que hay en los mismos algunas imprecisiones o dificultades que tal vez podrían evitarse introduciendo algunos mínimos cambios conceptuales.

Aunque lo que voy a proponer pueda verse como una enorme simplificación (y, de hecho, lo es), yo diría que los problemas del texto de Ernesto vienen fundamentalmente de:

1. La afirmación de que «la tolerancia es una propiedad disposicional».

2. La idea de que «la tolerancia no es nunca algo *intra*, sino que siempre es algo *intersistemático*».

No pretendo decir que estas dos últimas afirmaciones sean falsas, sino que pueden clarificarse (y evitarse algunas consecuencias indeseables que se derivan de ellas) si:

Ad 1) Se traza una distinción más explícita (más de lo que puede encontrarse en el texto de Ernesto) entre:

a) la tolerancia como una virtud, como —en efecto— una actitud disposicional atribuida a algunos agentes; todas las virtudes son rasgos disposicionales de carácter que mueven a la gente a actuar de una cierta manera, y

b) la tolerancia como la propiedad de un acto, una norma o un sistema.

Una consecuencia importante de la distinción puede ser el reconocimiento de que la moral (y la teoría moral) está conectada no sólo con la cuestión de qué debe uno hacer, sino también con la de qué tipo de persona debe ser uno.

Ad 2) Se especifica que un sistema normativo no es (o no es necesariamente) un conjunto de reglas, sino un conjunto de reglas y principios. En otras palabras, que algunas de las normas de un sistema normativo son normas derrotables. La idea de que una acción p está *prima facie* prohibida pero, consideradas todas las cosas, permitida no es una imposibilidad conceptual, una contradicción deóntica y, en consecuencia, la tolerancia puede ser considerada como algo *intrasistemático*.

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE «EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA»

Juan Carlos Bayón

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. En este trabajo se discuten brevemente seis puntos a los que hace referencia Ernesto Garzón en «El papel del poder judicial en la transición a la democracia»: la imposibilidad de alcanzar una decisión acerca de los límites de la acción política si no es precisamente a través de la política; la discutible coherencia de aceptar el procedimiento democrático sólo para la esfera de los intereses y deseos secundarios; la idea de que la confiabilidad judicial depende de la coincidencia de las decisiones de los tribunales con el contenido más básico de la moral constitucional de la mayoría; la viabilidad y legitimidad de la promoción de la igualdad material y la homogeneidad económica a través de la protección jurisdiccional de los derechos sociales incorporados a las constituciones; el papel del poder judicial en relación con la justicia transicional; y la necesidad de distinguir la independencia judicial del activismo de los jueces.

Palabras clave: Constitucionalismo, derechos, democracia, derechos sociales, activismo judicial, justicia transicional.

ABSTRACT. In this paper six issues dealt with in Ernesto Garzón's «The Role of Judiciary in Transitions to Democracy» are cursorily discussed: the unavoidability of deciding on the limits of political activity precisely through politics; the dubious coherence of endorsing democratic procedures only in the realm of secondary interests and desires; the idea of judicial reliability as depending on the coincidence of judicial rulings with the deep commitments of the majority's constitutional morality; the feasibility and legitimacy of attaining equality and economic homogeneity through judicial enforcing of constitutionalised social rights; the role of judiciary relating to transitional justice; and judicial independence as distinguishable from judicial activism.

Keywords: Constitutionalism, rights, democracy, social rights, judicial activism, transitional justice.

El modo en que Ernesto GARZÓN VALDÉS ha contribuido a dar forma a nuestras reflexiones en torno al constitucionalismo, la relación entre democracia y derechos y el papel que en todo ello corresponde a los jueces ha sido sin la menor duda decisivo, incluso para quienes en cierta medida podamos discrepar de algunos de sus puntos de vista al respecto. En su trabajo «El papel del poder judicial en la transición a la democracia»¹, que aquí se comenta, reaparecen sus ideas fundamentales y más conocidas sobre esas cuestiones, al tiempo que se introducen algunas tesis muy sugerentes relativas a los perfiles que adoptan en el contexto particular de los procesos de transición a la democracia. Como ocurre con toda obra importante —y la de GARZÓN VALDÉS sin duda lo es—, insistir en los puntos de acuerdo no sólo es innecesario, sino que le hace a uno correr el riesgo de decir peor lo que el autor comentado ha sabido expresar de una forma que no precisa de glosa alguna. Así que aunque sean muchos los aspectos en que su trabajo me parece iluminador, aquí me limitaré a presentar del modo más sucinto posible seis consideraciones críticas.

1. Una tesis central en la obra de GARZÓN VALDÉS, que ha defendido de hecho en múltiples ocasiones y ha adquirido una justa notoriedad, es la que sostiene que el ámbito de la decisión política —y el espacio en el que puede desplegarse justificadamente el procedimiento de decisión por mayoría— es sólo el de los intereses y deseos secundarios, esto es, el conjunto de cuestiones que no caen dentro del «coto vedado» (como él mismo dice en el texto que aquí se comenta, el coto vedado «fija, por exclusión, el ámbito de la decisión política»²). Debo confesar, sin embargo, que esta idea me ha suscitado siempre una perplejidad fundamental. No entiendo bien cómo cabe sostener que la determinación institucional de qué haya de considerarse una comunidad como contenido de su coto vedado es algo que cae fuera del ámbito de la decisión política. Si en una sociedad en la que reina un desacuerdo profundo y persistente acerca de qué es lo justo ha de haber un «coto vedado», queda inexorablemente planteada la necesidad de alcanzar una decisión colectiva acerca de qué habrá de ser lo que en adelante no se va a admitir que se decida por mayoría. Y ello, se quiera o no, abre el interrogante de cómo alcanzar esa decisión. Dicho de otra manera: el trazado institucional del coto vedado no es ni puede ser un asunto que «cae fuera del ámbito de la política», puesto que, sea del modo que sea, tiene que someterse al poder de decisión *de alguien*. Y eso supone que ha de hacerse inevitablemente *a través de la política*. Naturalmente, no hay que dar por supuesto que el ámbito de la decisión política equivalga sin más al espacio en el que puede desplegarse justificadamente el procedimiento democrático: esto es, el hecho de que la decisión institucional acerca de los límites de la actividad política haya de adoptarse a través de la política —¿cómo si no?— ciertamente no implica sin argumentos adicionales que haya de someterse precisamente al poder de decisión de la mayoría. Pero lo que no creo que pueda hacerse es defender la tesis de que la delimitación del contorno y contenido del coto vedado no ha de corresponderle a la mayoría como si fuese un simple corolario de la idea más básica de que ha de estar «sustraído a *cualquier* poder de decisión»³. Porque esto último, sencillamente, me parece imposible.

¹ GARZÓN VALDÉS [2002] 2003.

² GARZÓN VALDÉS [2002] 2003, 133.

³ Ni creo tampoco que pueda afirmarse que «la determinación del contenido del “coto vedado” no puede ser función del Parlamento por razones conceptuales» (GARZÓN VALDÉS [2002] 2003: 134) sin acercarse pe-

2. Hay un segundo punto que también me intriga en la posición de Ernesto GARZÓN. En mi opinión, la justificación de un procedimiento para la adopción de decisiones colectivas tiene que tomar en cuenta dos factores, entre los cuales ha de hacerse un balance: su valor intrínseco y su valor instrumental (es decir, la mayor o menor probabilidad de que conduzca a la adopción de decisiones justas, lo que depende a mi juicio de factores contextuales)⁴. Para justificar por qué el trazado del coto vedado no debería someterse al poder de decisión de la mayoría puede sostenerse —y en efecto se ha sostenido— que el procedimiento democrático carece en realidad de valor intrínseco (una posición, por cierto, que yo no comparto); y también que su valor instrumental, en lo que concierne al reconocimiento de derechos fundamentales, es *sistemática y no contingentemente* menor que el de los mecanismos contramayoritarios típicos del constitucionalismo «fuerte» o clásico (una idea que suele defenderse sobre la base de argumentos que tampoco me parecen convincentes)⁵. Pero lo que me interesa destacar ahora es que todo el que razone de alguna de estas maneras debería explicar —y creo que también es pertinente dirigirle la pregunta a Ernesto GARZÓN— *por qué razón* acepta entonces como justificado el procedimiento de decisión por mayorías —y no algún otro— en el «ámbito de los intereses y deseos secundarios». No creo que resultasen vías muy prometedoras responder que *sólo* en este ámbito posee valor intrínseco, o que *sólo* en este ámbito su valor instrumental es sistemáticamente superior a otros procedimientos de decisión alternativos⁶. Pero si no se contesta de alguno de esos modos me parece que queda sin una justificación clara la apuesta por el procedimiento democrático en las cuestiones que no involucran derechos (y sólo en ellas).

3. Un tercer punto que me gustaría destacar es la idea de GARZÓN VALDÉS de que la legitimidad de los tribunales constitucionales debe medirse en términos de «confiabilidad judicial», que a su juicio «sólo se da si existe, por lo general, coincidencia entre la interpretación [...] del tribunal y la interpretación que sustenta la *communis opinio*», pero puntualizando, eso sí, que «en algunos casos esta coincidencia puede producirse sólo después de que el tribunal [...] ha explicitado las razones de su interpretación»⁷. Si entiendo bien, la idea vendría a ser que lo que legitima la interpretación del tribunal

ligosamente a una petición de principio. Por otra parte, concluir que «[s]on los padres de la Constitución quienes han de fijar el contenido del “coto vedado”» (GARZÓN VALDÉS [2002] 2003: 133) deja sin responder la cuestión decisiva de quiénes y con qué título habrían de actuar como tales (y cómo, de no haber unanimidad, tendrían que alcanzarse las decisiones entre ellos).

⁴ Para un desarrollo pormenorizado de un planteamiento de este tipo, *vid.* BAYÓN 2004; y WALDRON 2006 (donde revisa la posición que sostuvo anteriormente).

⁵ *Vid.* en MCGANN 2004 una ingeniosa explicación del modo en que, en contra de estereotipos muy difundidos, dadas ciertas condiciones el mecanismo de toma de decisiones colectivas que mejor protege a las minorías puede ser precisamente la regla de la mayoría (y no mayorías reforzadas como las que suelen requerirse en los Estados constitucionales modernos para la reforma de la Constitución).

⁶ No me parece que pueda sostenerse, por ejemplo, que «bajo el velo de la ignorancia» un sujeto racional elegiría el procedimiento mayoritario para la toma de decisiones en el ámbito de los intereses y deseos secundarios (porque a la larga maximizaría la probabilidad de satisfacción de los deseos propios), pero no para la adopción de las que conciernen a los bienes básicos protegidos en el coto vedado (porque su importancia para cada individuo es tal que ponerlos en manos de la mayoría sería un riesgo excesivamente alto). Ninguna de esas ideas me parece convincente: en cuanto a la segunda, basta con repetir que algún procedimiento de decisión al respecto es inevitable y no está probado que, en cualquier contexto, el procedimiento democrático represente una amenaza mayor para aquellos bienes básicos que los clásicos procedimientos contramayoritarios del constitucionalismo; y en cuanto a la primera, como se ha subrayado muchas veces, el argumento ignoraría la insensibilidad del procedimiento mayoritario hacia la intensidad de las preferencias.

⁷ GARZÓN VALDÉS [2002] 2003: 132.

—y le confiere «confiabilidad»— sería la coincidencia no con los juicios superficiales (inmediatos, o no meditados) de la mayoría acerca del punto debatido, sino con el resultado de haber puesto en equilibrio reflexivo los compromisos más profundos de la moral constitucional de la mayoría (haciéndole ver así en algunos casos a dicha mayoría, argumentativamente, que sus juicios superficiales eran erróneos en términos de sus propios compromisos fundamentales). Y esa clase de «esclarecimiento» requeriría por definición un procedimiento de decisión de naturaleza no agregativa, sino estrictamente deliberativa o argumentativa. Ésta me parece una idea sumamente interesante⁸. El problema es que en el diseño del constitucionalismo clásico no hay un mecanismo institucionalizado de *feed-back* que, si tal es el caso, permita ponerle de manifiesto al tribunal que esa clase de coincidencia, en contra de lo que él cree, no se ha producido⁹. En ese sentido, mecanismos de «constitucionalismo débil» (como los de Canadá o el Reino Unido) pueden permitir el ajuste o corrección recíproca entre jueces y legisladores —aumentando así la calidad deliberativa del proceso democrático—, pero reservando la última palabra a aquél cuya «confiabilidad» (*reliability*) se calibra finalmente a través de los mecanismos inexorables de la rendición de cuentas inherente a la responsabilidad democrática (*accountability*).

4. Un cuarto punto, relativo ya al papel de los jueces constitucionales en el supuesto específico de las transiciones a la democracia, viene suscitado por la afirmación de GARZÓN VALDÉS de que su actividad puede y debe contribuir a la igualdad material, esto es, al establecimiento de una sociedad económicamente homogénea¹⁰, lo que sería —y en eso, por descontado, estoy de acuerdo— una condición necesaria para el afianzamiento de la democracia. Pero yo no estoy tan seguro de que realmente puedan y, en la medida en que puedan, deban hacerlo. Los derechos sociales que muchas constituciones reconocen no forman una categoría unitaria desde el punto de vista estructural¹¹. Y aquellos que por su estructura no presentan problemas particulares en cuanto a la posibilidad de su protección jurisdiccional son, según creo, los que menos incidencia pueden tener en el «establecimiento —efectivo— de una sociedad económicamente homogénea». En cambio, los que sí podrían tenerla, requerirían para su satisfacción decisiones de política económica que es más que discutible que los jueces deban adoptar, tanto por cuestiones de competencia técnica como, sobre todo, de legitimidad¹². Creo que algo similar a la idea de Lawrence SAGER de infra-aplicación de la constitución por los jueces sería aquí pertinente¹³. Y todo ello sin que tampoco convenga olvidar, por cierto, cómo en contextos de transición la invocación de derechos fundamentales por parte de los jueces constitucionales ha servido en una serie de casos, paradójicamente,

⁸ Y muy similar, por cierto, a la que recientemente ha articulado en detalle WALUCHOW, 2007, cap. 6.

⁹ Éste es, de hecho, el reproche central de Andrei MARMOR a la posición de WALUCHOW: *cf.* MARMOR 2007: 90-92.

¹⁰ GARZÓN VALDÉS [2002] 2003: 139-141.

¹¹ *Cfr.* LAPORTA 2004, 298 ss.; y CRUZ PARCERO 2007, 96-99.

¹² *Vid.* LAPORTA 2004: 309-317, donde se muestran de manera convincente las distintas posibilidades y dificultades de la protección jurisdiccional de los derechos sociales según se trate, por una parte, de derechos que se configuran estructuralmente como libertades o que tienen que ver con demandas para cuya satisfacción ya existe un entramado institucional previo o, por otra parte, de aquellos que estructuralmente son derechos de prestación de recursos, bienes o servicios, o a la producción de bienes públicos todavía inexistentes.

¹³ *Cfr.* SAGER [2004] 2007: 103-106, 117, 139.

para invalidar decisiones del nuevo legislador democrático encaminadas justamente al «establecimiento de una sociedad económicamente más homogénea»¹⁴.

5. Un quinto punto, que GARZÓN no menciona expresamente en este trabajo, pero del que se ha ocupado en otras ocasiones¹⁵ y que sin duda es muy relevante a la hora de reflexionar sobre «el papel del poder judicial en las transiciones a la democracia», es el que tiene que ver, justamente, con los problemas de la llamada «justicia transicional», esto es, con la exigencia de responsabilidades por las violaciones de derechos fundamentales llevadas a cabo durante el régimen anterior. Si se acepta que muchas veces lo más característico de esos períodos es precisamente el carácter contraproducente de intentar cumplir las exigencias de la justicia en condiciones ideales (porque ello podría poner en peligro el proceso mismo de democratización) y la necesidad de perseguir en su lugar un *second-best* apropiado para las circunstancias particulares de cada proceso de cambio¹⁶, de lo que resultan con frecuencia compromisos sumamente delicados, parece preferible que esos compromisos se convaliden —o no— a través de las urnas y que los jueces constitucionales muestren una actitud al respecto de autocontención y deferencia hacia el legislador. Las alternativas serían que los jueces hicieran valer de manera incondicionada las exigencias ideales de justicia (aprovechando que probablemente estarán plasmadas en abstracto como derechos constitucionales) o que sustituyeran al legislador en su apreciación del modo en que debería articularse ese compromiso o *second-best* apropiado a las circunstancias reales: y ambas cosas, de distintas maneras, podrían ser formas de hacer un flaco servicio a la causa de la transición hacia la democracia.

6. Por último, GARZÓN VALDÉS tiene sin la menor duda toda la razón al apuntar que un poder judicial independiente es un instrumento imprescindible para combatir el abuso o la corrupción de los poderes. Pero a mi modo de ver la independencia del poder judicial debe plasmarse en el respeto al principio de legalidad, la promoción de

¹⁴ Como ha sucedido en algunas ocasiones en los recientes procesos de transición a la democracia de países de la Europa central y del este. Así, por ejemplo, en Polonia el Tribunal Constitucional invalidó una ley que establecía límites a la posibilidad de revisión de la renta de determinados arrendamientos urbanos alegando que ello vulneraba el derecho de propiedad (GARLICKI, 2002: 277); en Eslovenia, donde el legislador había excluido de los procesos de reprivatización de tierras las grandes fincas «de origen feudal», el Tribunal Constitucional exceptuó las que hubieran sido propiedad de las Iglesias «en atención al papel que la Constitución les reconoce como instituciones de interés general» (SADURSKI, 2005: 103); y en Bulgaria el Tribunal Constitucional invalidó una ley que condicionaba el disfrute de una pensión a la no percepción de otros ingresos por encima de un determinado monto alegando que ello limitaba inaceptablemente o el derecho a trabajar o el derecho de propiedad (SADURSKI, 2005: 193). Sobre el escaso papel que en general han desempeñado los tribunales en cuanto a la promoción de la igualdad material en los procesos de transición y cómo, por el contrario, han servido a veces para preservar intereses de grupos privilegiados que justamente podían verse amenazados por el funcionamiento de los incipientes mecanismos democráticos, *vid.* HIRSCHL 2004, especialmente, 12-15 y 216-217.

¹⁵ *Cfr.*, p. ej., GARZÓN VALDÉS [1999] 2004.

¹⁶ Un punto de vista con el que simpatizo y que sostiene, por ejemplo, TEITEL, 2000: 224 y 227. Sobre la noción de «ideal regulativo» y la inconveniencia de dar por supuesto que en cualesquiera circunstancias es mejor aquel curso de acción que intenta producir el estado de cosas más cercano a dicho ideal, *vid.* MARTÍ 2005. Ernesto GARZÓN, en cambio, se ha pronunciado en alguna ocasión en contra de la admisibilidad de compromisos como los conducentes tan sólo a alguna forma de castigo selectivo (*cfr.* GARZÓN VALDÉS [1999] 2004: 345-347), aunque no me resulta claro si su postura va referida únicamente a procesos de transición de los que se piensa que las razones para conformarse tan sólo con ese *second-best* no son reales —y si lo son o no es algo que dependerá siempre de un juicio empírico sobre las circunstancias particulares de cada caso—, o habría de tener por el contrario alcance general.

la seguridad jurídica y la imparcialidad en la aplicación de la ley¹⁷. A eso (nada más, pero tampoco nada menos) creo que debería ceñirse en realidad «el papel del poder judicial en la transición a la democracia». Me parece, por el contrario, que actuar como «promotores de la igualdad material» —o hacer prevalecer su criterio sobre las delicadas decisiones que puede requerir la «justicia transicional»— tiene que ver más con el activismo que con la independencia judicial. Y el activismo judicial sólo a veces favorece la causa de los derechos y siempre, en cambio, daña la de la democracia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAYÓN, J. C., 2004: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. BETEGÓN *et al.* (eds.), 2004: *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 67-138.
- CRUZ PARCERO, J. A. (2007): *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid: Trotta, 2007.
- GARLICKI, L.L., 2002: «The Experience of the Polish Constitutional Court», en W. SADURSKI, ed., 2002: *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, The Hague: Kluwer Law International, pp. 265-282.
- GARZÓN VALDÉS, E. [1999] 2004: «Dictatorship and Punishment: A Reply to Scanlon and Teitel», en H. HONGJU KOH y R. C. SLYE (eds.), 1999: *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven: Yale University Press, pp. 291-300; hay trad. cast. de P. BERGALLO y M. ALEGRE, «Dictadura y castigo: una réplica a Scanlon y Teitel», en H. HONGJU KOH y R. C. SLYE (eds.) 2004: *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona: Gedisa, pp. 343-352 (por donde se cita).
- [2002] 2003: «El papel del poder judicial en la transición a la democracia», *Jueces para la Democracia*, 45, 2002, pp. 45-52; publicado también en *Isonomía*, 18, 2003, pp. 27-46; y en J. MALEM, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ (eds.) 2003: *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona: Gedisa, pp. 129-145 (por donde se cita).
- HIERRO, L., 1998: *Estado de Derecho. Problemas actuales*, México: Fontamara, 1998.
- HIRSCHL, R., 2004: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge-Mass.: Harvard University Pres.
- LAPORTA, F. J., 2004: «Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema», en J. BETEGÓN *et al.* (eds.) 2004, *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 297-325.
- MARMOR, A., 2007: «Are Constitutions Legitimate?», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20, 69-94.
- MARTÍ, J. L., 2005: «La nozione di ideale regolativo: note preliminari per una teoria degli ideali regolativi nel diritto», *Ragion Pratica*, 25, pp. 381-404.
- MCGANN, A. J., 2004: «The Tyranny of the Supermajority: How Majority Rule Protects Minorities», *Journal of Theoretical Politics*, 16, pp. 53-77.
- SADURSKI, W., 2005: *Rights Before Courts. Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht: Springer.
- SAGER, L. G. [2004] 2007: *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven: Yale University Press; hay trad. cast. de A. TORRES PÉREZ, con estudio prelimi-

¹⁷ Cfr. HIERRO, 1998: 45-57.

- nar de V. FERRERES COMELLA, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons (por donde se cita).
- TEITEL, R., 2000: *Transitional Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J., 2006: «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale Law Journal*, 115, pp. 1346-1406.
- WALUCHOW, W., 2007: *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge/New York: Cambridge University Press.

LA APORÍA DEL SOBERANO ENCADENADO. ANÁLISIS CRÍTICO DE «LAS LIMITACIONES JURÍDICAS AL SOBERANO» DEL PROFESOR ERNESTO GARZÓN VALDÉS*

Alberto Carrió Sampedro

Universidad de Oviedo

RESUMEN. En el presente artículo se realiza un breve comentario de los trabajos que el profesor Ernesto Garzón Valdés ha dedicado a analizar los problemas que plantea la limitación jurídica del soberano legal. Un tema, por otra parte, de perenne actualidad debido a la restricción a la que se ve sometida la acción del legislador en los modernos Estados democráticos de Derecho. La principal conclusión a la que se llega aquí —que es, a su vez, la divergencia principal con respecto a lo expuesto por Garzón Valdés— es que el concepto de soberanía es ya en sí mismo un concepto normativo. Un concepto que exige, por tanto, tener en cuenta las dos dimensiones que se engloban dentro del mismo por lo que referirse a él únicamente en términos formales conduce inevitablemente a una aporía lógica.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, soberanía, restricciones legislativas.

ABSTRACT. This article makes a short remark on Professor Ernesto Garzón Valdés's works about the problem of legal limitation of sovereignty. This is obviously a permanent problem because of the legislative restrictions in the modern constitutional States. The main conclusion in this article — which is, at the same time, the main divergent point regarding Garzón Valdés's opinion— is that the sovereignty concept is in itself a normative concept. A concept that claims for its two dimensions and about which is not possible to speak only in formal terms, because it leads necessary into a logical «aporia».

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, sovereignty, legislative restrictions.

* Sirva este breve comentario como homenaje y cumplimento del deber —no sé si positivo pero desde luego sí general— de agradecimiento, y como reconocimiento de la deuda que tantas generaciones de iusfilósofos hemos contraído con el profesor Ernesto GARZÓN VALDÉS, de quien tanto hemos aprendido y cuyas obras, a buen seguro, habrán de seguir formándonos.

1. LA SOBERANÍA ENCADENADA

El problema de la soberanía, que bien podría ser calificado de fundacional para la filosofía política y jurídica, así como la posibilidad de su limitación legal mediante normas a las que quede sujeta la acción del soberano es, nada menos, con el que se enfrenta el profesor GARZÓN VALDÉS en los trabajos que aquí se tratará de comentar¹.

Para ello parte el profesor GARZÓN VALDÉS de la definición clásica de soberanía realizada por AUSTIN², según la cual, como es sabido, ésta queda definida por dos notas contrapuestas: i) la «positiva», que identifica al soberano con la persona o grupo cuya autoridad es obedecida por todos o la mayoría de la población y ii) la «negativa», que indica que éste no obedece a ninguna otra autoridad. Como consecuencia de ello, afirma GARZÓN VALDÉS, siguiendo a AUSTIN, cualquier tipo de limitación jurídica que se pretenda realizar de una autoridad soberana con estas características debería rezar del siguiente modo: i) cada vez que se produzca el caso de que el soberano ordene P no se le debe obedecer, ii) el soberano ordena P. Como es notorio, lo anterior conduce a una imposibilidad pragmática ya que la segunda orden contradice a la primera, por lo que ésta sería de cumplimiento imposible ya que quedaría revocada por la segunda. El ejemplo del que se sirve GARZÓN VALDÉS para exponerlo más didácticamente es el de Odisseo (Ulises) encadenado que solicita de sus marineros que lo liberen de sus ataduras toda vez que considera que ha pasado el peligro que había motivado la orden precedente. Es obvio que Ulises contradice con esta orden la primera dado que en ella se expresaba claramente que sus subordinados no deberían liberarlo del mástil hasta que se hubieran alejado lo suficiente de la Isla de las Sirenas³. ¿Qué deben hacer los marineros?

Todo ello no constituye en realidad sino una disculpa de la que, a modo de preámbulo, se sirve GARZÓN VALDÉS para introducir el problema real que le interesa dilucidar. Y tal problema no es otro que el de la limitación de la actividad del legislativo que se realiza en no pocos de los actuales Estados constitucionales de Derecho. El ejemplo positivo, real, al que remite GARZÓN VALDÉS, es el que se plantea en relación con la norma dictada por el poder constituyente de la República Federal de Alemania (art. 79.3) que califica de ilícita toda modificación de la Ley Fundamental que afecte a la Federación en Estados, a los fundamentos de la participación de los Länder en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los arts. 1.º y 20 de la misma⁴.

¹ GARZÓN VALDÉS, 1981: «Acerca de las limitaciones legales al soberano legal», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núms. 43-44, pp. 43-57; GARZÓN VALDÉS, 1983: «Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano», en BULYGIN, FARELL, NINO y RABOSI (comps.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 157-180; GARZÓN VALDÉS, 1993: «Las limitaciones jurídicas del soberano», en *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 181-200.

² AUSTIN, 1970: [1861], *The Province of Jurisprudence Determined*, New York: Burt Franklin (reimp.), pp. 254 ss.

³ El problema es presentado también en términos de la relación de autoridad a que queda sometido el hijo con respecto al padre por ROSS, 1969: [1967], «On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law», en *Mind*, n.º 78, pp. 1-24, pp. 8 y ss.; hay trad. esp., a cargo de BULYGIN, y GARZÓN VALDÉS, 1993: «Sobre la autorreferencia y un difícil problema de Derecho constitucional», en *El concepto de validez y otros ensayos*, México D.F.: Fontamara, 2.ª ed., pp. 47-81.

⁴ El art. 1 se refiere a la dignidad del hombre, al reconocimiento de los derechos que le son inviolables y a la consiguiente vinculación de los tres Poderes del Estado a los Derechos Fundamentales. Por su parte, el art. 20

En definitiva, nos encontramos aquí no sólo con una restricción del principio democrático, similar aunque sin duda más estricto que el que se produce en otros textos constitucionales —cuya finalidad, como advierte GARZÓN VALDÉS, sería la de garantizar la pervivencia del orden constitucional frente a despotismos similares a los ya experimentados en Alemania—, sino con lo que quizá resulta más sorprendente: un derecho de resistencia para el caso de que se produzca una violación de la prohibición de reforma del orden constitucional. En otros términos, se reconoce a todo ciudadano alemán, como sanción máxima frente a la tiranía legal o a la usurpación ilegítima del poder —*i.e.*, los dos casos clásicos que la Escolástica reconocía como condiciones para el uso del derecho de resistencia—, su legítima capacidad para oponerse a ellos⁵. Lo paradójico del caso es que este derecho de resistencia, de formulación expresamente positiva, nunca podría ser alegado jurídicamente sino tan sólo ejercido en términos fácticos ya que, como muy bien advierte el propio GARZÓN VALDÉS, se encuentra más allá del orden pacífico estatal.

De todas formas, llegados a este punto, la cuestión central que nos ocupa, *i.e.*, la de la posibilidad de limitar legalmente la acción del soberano, permanece aún sin resolver. Una posible vía para la solución del asunto se encontraría en la definición que ofrece VON WRIGHT de la autoridad suprema. Según ésta, puede considerarse soberano al agente cuyo acto normativo «no es contenido de ninguna otra norma superior»⁶. En otros términos, soberano sería aquél cuya competencia para dictar normas no venga reconocida por ninguna otra norma anterior. Tal agente debería pues ser considerado como el legislador originario del sistema y sus actos normativos no serían revocables ni susceptibles de juicios o tachas de invalidez ya que serían precisamente éstos los que permitirían referirse a la revocabilidad e invalidez de las normas subsiguientes. Este agente es al que GARZÓN VALDÉS denomina *soberano*₀ para distinguirlo, siguiendo a BRYCE, del *soberano*₁ que se correspondería con aquel individuo o grupo al que tal poder soberano le otorga la capacidad para regular jurídicamente la vida en comunidad. Los actos normativos que dictara este último vendrían autorizados por las normas originarias del sistema y éstas sí podrían ser revocadas o ser objeto de tachas de invalidez con respecto a aquéllas. En definitiva, mientras que no tendría sentido preguntarse por las limitaciones jurídicas del *soberano*₀ sí estaría justificado hacerlo en el caso del *soberano*₁ ya que este último quedaría sujeto a las limitaciones jurídicas que le impusiera aquél para el desarrollo de su actividad legislativa⁷. El concepto de autoridad suprema (en ejercicio) quedaría de este modo vinculado con el de autorización. La distinción entre uno y otro tipo de soberano evitaría el problema de regreso al infinito así como una cierta garantía, si bien es cierto que nunca del todo

hace referencia al carácter federal, democrático y social del Estado (ap. 1.^o); a la soberanía popular ejercida a través de los órganos representativos y del procedimiento electoral (ap. 2.^o); a la vinculación del Poder Legislativo a la Constitución y al ejercicio del Ejecutivo y del Judicial conforme a la legislación vigente (ap. 3.^o). Hay, además, un último apartado (4.^o), añadido en junio de 1968, que concede a cualquier nacional el derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden constitucional.

⁵ Lo que interpretado en clave de lo que ATIENZA y RUIZ MANERO denominan «reglas que confieren poderes» otorgaría a los destinatarios la curiosa posibilidad de realizar una acción de imposible reconocimiento jurídico; *cfr.* ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: *Las piezas del Derecho*, Barcelona: Ariel, 2.^a ed., pp. 83 y ss.

⁶ *Cfr.*, VON WRIGHT, 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul, p. 192.

⁷ Más recientemente PÉREZ TRIVIÑO ha descrito la relación que se produce entre poder originario y delegado en términos de lo que él denomina «autoridad suprema continua»; *cfr.* PÉREZ TRIVIÑO, 1998: *Los límites jurídicos al soberano*, Madrid: Tecnos, pp. 143 y ss.

suficiente, contra el absolutismo. Dicho en otros términos, aunque el *soberano*₁ pudiera sentirse tentado a violar las normas que le otorgan competencia serían estas mismas normas las que, para poder seguir gozando de su posición, le obligarían de algún modo a «tener que querer» el mantenimiento del orden constitucional establecido.

2. UNA OBSERVACIÓN CRÍTICA

El concepto de soberanía así como el de autoridad suprema son conceptos complejos que no pueden ser resueltos apelando únicamente a criterios lógicos debido a que la autorreferencialidad que ello conlleva conduce necesariamente a contradicciones o a un regreso al infinito⁸, como por otra parte había mostrado ya perfectamente AUSTIN siguiendo la tradición iniciada por BODIN y que pasando por HOBBS llega a KANT y se prolonga hasta ROSS⁹. Para solucionarlo bien puede acudir a la distinción entre *soberano*₀ y *soberano*₁ como hace GARZÓN VALDÉS, a la norma fundamental kel-seniana o la norma básica de ROSS. Pero con este tipo de estipulaciones, que quizá permitan encontrar una vía de escape a la paradoja lógica planteada con la posibilidad de limitar legalmente al soberano, no se consigue resolver el problema ya que de aceptarlas habría que admitir también que el *soberano*₁ no es realmente un soberano —como no lo es el legislador que encuentra límites insalvables en la Constitución ni el poder de reforma de ésta que sigue las propias normas establecidas en ella para realizarla—. Dicho de otro modo, con ello tan sólo se consigue descomponer el problema en dos elementos uno estático y otro dinámico que no pueden sino operar conjuntamente. Algo similar es lo que ocurría con la tesis del Acto Puro del Primer Motor Inmóvil que, proveniente de ARISTÓTELES, fue defendida por la filosofía tomista¹⁰. Pero esta última, al igual que ocurre en el caso de la soberanía, no es una tesis «exenta», una proposición analítica que pueda demostrar su evidencia por sí misma (*a priori*) sino que, como muy bien afirmaba Tomás DE AQUINO —y en el caso de la soberanía todos los autores mencionados, incluido el propio GARZÓN VALDÉS—, es una tesis relativa a las cosas que se mueven, a las que, por decirlo en términos escolásticos, así se nos aparecen en nuestra «experiencia sensible» (*ensu constat*, como escribía Tomás DE AQUINO).

En resolución, el concepto de soberano o de autoridad suprema es ya en sí mismo un concepto normativo y como tal viene definido por dos dimensiones indesligables, a saber, la representativa y la ejercitativa a través de las cuales es posible dar cuenta del campo referido a las acciones humanas (*práktá*)¹¹. La primera es la que permite hablar

⁸ No se analizará aquí la distinción, puesta ya de manifiesto por ARISTÓTELES (*cf.* ARISTÓTELES, *Política*, trad. esp. a cargo de GARCÍA GUAL y PÉREZ JIMÉNEZ, 2004: Madrid: Tecnos, L. II, cap. 6, 1265a, p. 169), entre soberanía interna y externa.

⁹ *Cfr.* AUSTIN, 1970: 254 y ss.; BODIN, 1961: [1583], *Les six Livres de la République*, Aalen: Scientia, p. 132; HOBBS, 1991: [1651], *Leviathan*, TUCK (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, Cap. XVIII, § 90-91, pp. 123-5; KANT, 1968: [1793], «Über den Gemeinspruch: „Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“», en 1968: *Kants Werke. Akademie Textausgabe*, Berlin: Walter de Gruyter, vol. VIII, pp. 273-313, pp. 300 y ss.; ROSS, 1969: 5-8 (ed. esp. pp. 53-7).

¹⁰ En relación con la comparación efectuada entre Dios y el soberano terrenal *cf.* DE AQUINO, Santo Tomás, 1960: *Summa Theologiae*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, I, q. 2-3.

¹¹ Esas acciones que, como afirmaba ARISTÓTELES, dan lugar distintas formas de ser o de realización de una acción que puede ser de una u otra manera; *cf.* ARISTÓTELES, 1999: *Ética a Nicómaco*, ARAUJO, y MARIAS (eds.), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1140b, p. 92.

de representaciones teóricas del acto ejercitado en primer lugar —del acto de producir normas sin que éstas vengan autorizadas por ninguna otra norma anterior— aunque no por ello tiene que ser éste necesariamente entendido en términos de un acto prístino para todo momento y lugar sino originario de cada comunidad política. La segunda es la que se refiere a los actos ejercitativos posteriores en tanto que éstos pueden verse como una reproducción —nunca repetición— del acto originario, pero dados ya en un contexto totalmente diferente; en una estructura política y jurídica en la que quedan envueltos y que dará lugar a otros actos que sin perder la referencia con respecto al primero se abren a ejercicios normativos distintos que en ocasiones pueden llegar a ser más amplios y complejos que el primero. Pero, si esto es así, lo que verdaderamente determina la pervivencia de la autoridad reconocida como soberana en cada comunidad es una cuestión de hecho, una práctica social colectiva en la que lo importante será que esa autoridad suprema continúe siendo reconocida como tal por todos aquellos agentes que se encuentran implicados en la obediencia y aplicación de sus normas¹².

En resolución, todo ello aplicado al caso que aquí nos ocupa conduce a reconocer en la forma «constitución» no sólo una fuente que desde el punto de vista de la teoría del Derecho se sitúa en el escalafón jerárquico superior sino lo que es aun más importante: que tal forma jurídica expresa el compromiso de que los proyectos políticos sean canalizados jurídicamente dentro de los márgenes —y respetando los valores— que ésta establece. Ahora bien, referirse a la Constitución en estos términos exige, antes que otra cosa, tener en cuenta la práctica social que la respeta y reconoce como orden de conducta vigente en cada sociedad de referencia¹³. En este sentido es en el que cabe pues afirmar que su pervivencia nunca podrá ser asegurada por ella misma ya que dependerá en todo momento de esa práctica colectiva. Dependerá, en definitiva, de una cuestión de hecho y, siendo esto así, como acertadamente advirtiera HART, preguntarse en términos formales por el carácter de una norma que prescribe su propia obediencia no conduce —desde el punto de vista de la teoría del Derecho— más que a una tautología¹⁴.

¹² Cfr. HART, 1994: *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2.ª ed., pp. 152-154.

¹³ No podemos detenernos aquí a analizar en extenso los problemas que ello puede plantear para el positivismo jurídico. En relación con estos y otros factores —políticos y jurídicos— que inciden en la pervivencia de las constituciones *vid.*, FERRERES, 2000: «Una defensa de la rigidez constitucional», en *Doxa*, n.º 23, pp. 29-47, pp. 30 y ss.; AGUILÓ, 2001: «Sobre la constitución del Estado constitucional», en *Doxa*, n.º 24, pp. 429-457, pp. 437 y ss. y BAYÓN, 2004: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en BETEGÓN, DE PÁRAMO, PRIETO SANCHOS y LAPORTA (coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid: Ministerio de la Presidencia/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 67-138, pp. 84 y ss.

¹⁴ Cfr. HART, 1994: 109-110 y 293, notas 2 y 3.

ENTRE FORMALISMO Y THEOLOGICAL READING: GARZÓN VALDÉS, FRANCISCO SUÁREZ Y LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Pierluigi Chiassoni

Universidad de Génova

RESUMEN. Después de una rápida exposición crítica de las tesis que Garzón Valdés atribuye a Suárez en lo que concierne a la interpretación jurídica, voy a sugerir, a mi vez, una lectura de la teoría de Suárez, mucho menos caritativa —y, si se quiere, algo más radical— de la proporcionada por Garzón Valdés.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, interpretación jurídica, Francisco Suárez.

ABSTRACT. After providing a critical account of the views Ernesto Garzón Valdés ascribes to Suárez as to legal interpretation, a different, less charitable, reading of Suárez's theory will be outlined.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, legal interpretation, Francisco Suárez.

PREFACIO

En la extensa obra iusfilosófica de Ernesto GARZÓN VALDÉS, la interpretación jurídica ocupa —si no me equivoco— el corto espacio de un ensayo, publicado por primera vez en castellano hace treinta años: «Las palabras de la ley y su interpretación: algunas tesis de Francisco Suárez»¹.

La parte que SUÁREZ dedica a la interpretación de las «leyes humanas» (leyes civiles y leyes canónicas) en su *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* constituye un verdadero tratado en el tratado y, cabe decir, uno de los estudios más largos, articulados y finos de su época².

En su escrito, GARZÓN VALDÉS arroja luz sobre unos rasgos en la teoría de la interpretación jurídica de SUÁREZ, persiguiendo exitosamente un doble fin: (i) destacar la actualidad de SUÁREZ (pues plantea cuestiones todavía «recurrentes» y proporciona soluciones similares a las de «algunos autores contemporáneos») y (ii) sugerir, más en general, la importancia de no olvidar nunca la lección de los clásicos.

Después de una rápida exposición crítica de las tesis que GARZÓN VALDÉS atribuye a SUÁREZ (§ 1), voy a sugerir, por mi parte, una lectura de la teoría de la interpretación de SUÁREZ (§ 2). Se tratará, cabe decirlo, de una lectura mucho menos caritativa —y, si se quiere, algo más radical— de la proporcionada por GARZÓN VALDÉS. Espero, sin embargo, que el Maestro no percibirá mi lectura como totalmente desdichada, sino como un (modestísimo) homenaje a su obra y a su ejemplo.

1. LAS TESIS DE SUÁREZ, SEGÚN GARZÓN VALDÉS

GARZÓN VALDÉS atribuye a SUÁREZ cuatro tesis básicas acerca de la interpretación de las leyes:

- a) la «tesis de la desmitologización» (Tesis-1);
- b) la «tesis del legislador justo y racional» (Tesis-2);
- c) la «tesis del carácter prescriptivo de la interpretación doctrinal» (Tesis-3);
- d) la «tesis de la interpretación como cambio» (Tesis-4).

¹ GARZÓN VALDÉS, 1977: «Las palabras de la ley y su interpretación: algunas tesis de Francisco Suárez», *Dianoia*, pp. 30-41; publicado también en GARZÓN VALDÉS, 1993: *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 117-129. Algunas consideraciones sobre la naturaleza no descriptiva de los juicios interpretativos pueden leerse en GARZÓN VALDÉS, 1995: «Some Remarks on Bulygin's "Cognition and Interpretation of Law"», en GIANFORMAGGIO, y PAULSON, S. (comps.) 1995: *Cognition and Interpretation of Law*, Torino: Giappichelli, pp. 283-284. La más reciente bibliografía de E. GARZÓN VALDÉS puede leerse, según creo, en el Apéndice a COMANDUCCI, 2006: *Constitución y teoría del derecho*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, R. VÁZQUEZ y R. ZIMMERLING (coords.) 2007: México: Fontamara, pp. 133-149.

² SUÁREZ, 1612: *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, tr. sp., *Tratado de las Leyes y de Dios legislador*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, Libro VI. Para darse cuenta de la extensión no común del tratado suarista sobre interpretación, puede ser útil compararlo, por un lado, con el *Tractatus de interpretatione legum* de Stefano DE FEDERICI (en *Tractatus de universi iuris*, vol. I, Venetiis, 1584), que representa un arquetipo del tratado de Suárez, y por otro lado, con el capítulo que Samuel PUFENDORF dedica a la interpretación en el *De iure naturae ac gentium* (LUND, 1672).

I. La Tesis-1 —«tesis de la desmitologización del lenguaje», o sea tesis del convencionalismo lingüístico y del rechazo de la «concepción mágica del lenguaje» o concepción esencialista de la relación entre palabras y conceptos— sostiene que el significado de toda palabra (ordinaria o técnica) es arbitrario y resulta de una imposición convencional («Las palabras de la ley», p. 118).

Esta tesis, según subraya GARZÓN VALDÉS, tiene en SUÁREZ un corolario y algunas consecuencias notables.

El corolario sostiene que «no hay nada que nos ate fatalmente a un significado originario, sino que éste puede ser modificado por el uso» («Las palabras de la ley», p. 119).

De la Tesis-1, junto con su corolario, se siguen cuatro consecuencias.

Consecuencia-1: No tiene sentido procurar describir el significado «verdadero» de las palabras de la ley, porque no hay tal cosa como *el significado verdadero* de las palabras (no-esencialismo lingüístico).

Consecuencia-2: Las palabras de la ley no tienen un significado estático, que sea dado de una vez para siempre, sino un significado dinámico, que puede cambiar, y cambia, en el tiempo (dinamismo semántico).

Consecuencia-3: Quien quiera conocer el significado de las palabras no puede limitarse a considerarlas aisladas de sus contextos de uso (contextualismo epistemológico).

Consecuencia-4: Si «las palabras de la ley son, en gran medida, las del lenguaje ordinario, entonces es importante considerar más de cerca las características de este lenguaje» (relevancia cognoscitiva del lenguaje ordinario: «Las palabras de la ley», p. 120).

Más precisamente, según sostiene GARZÓN VALDÉS, un análisis del lenguaje jurídico y de su interpretación desde la perspectiva del lenguaje ordinario permitiría darse cuenta de unos rasgos no secundarios de ellos.

En primer lugar, del mismo modo que en el lenguaje ordinario, los problemas básicos que se plantean, y pueden plantearse, en la interpretación de las leyes surgen de la ambigüedad y de la vaguedad semántica de las palabras de la ley.

En segundo lugar, del mismo modo que en el lenguaje ordinario, los enunciados de las leyes tienen, y pueden tener, un sentido claro (cuando no hay ni ambigüedad, ni vaguedad), y entonces el «escepticismo total» ante las normas queda injustificado —y SUÁREZ correctamente no se compromete con él.

En tercer lugar, del mismo modo que en el lenguaje ordinario detrás de los enunciados comunes está la mente de un hablante común, en el Derecho, detrás de las leyes, está la mente del legislador.

En cuarto lugar, y por último, la interpretación es *necesaria* cuando las palabras de las leyes son ambiguas o vagas y de esta necesidad «nace [...] la jurisprudencia y la “declaración doctrinal”» («Las palabras de la ley», pp. 120-121).

II. Bajo el rótulo de «tesis del legislador justo y racional» (Tesis-2), GARZÓN VALDÉS recoge aparentemente dos diferentes directivas de interpretación (prescripciones interpretativas).

(1) La primera directiva parece orientar a los intérpretes hacia formas de interpretación derogatoria (*interpretatio abrogans*) de las leyes:

La interpretación ha de ser de leyes *que existen, que son válidas y obligatorias, es decir, de leyes justas, razonables y útiles*; [...] por lo tanto, lo primero que habrá de resolver el intérprete es si la ley en cuestión es justa, útil y razonable en general, y además, si es justa, útil y razonable su aplicación a un caso determinado;

más precisamente, la primera directiva prescribe que las leyes injustas, inútiles, y/o no razonables *no deben ser* interpretadas, *ni*, en consecuencia, aplicadas, sino tratadas por los intérpretes *tamquam non essent*.

(2) La segunda directiva, sobre el presupuesto de que una ley fuese originariamente una (verdadera) ley (es decir, justa, útil y razonable), prescribe que:

la ley debe ser interpretada de manera tal que *siga siendo ley*, es decir, justa, útil y razonable («Las palabras de la ley», pp. 122-123, las cursivas son mías).

III. Bajo el rótulo de «tesis del carácter prescriptivo de la interpretación doctrinal» (Tesis-3), GARZÓN VALDÉS se refiere al hecho de que las convergencias interpretativas pueden convertirse en costumbres que vinculan a los intérpretes («Las palabras de la ley», p. 123; SUÁREZ, F.: *Tractatus de legibus*, VI, cap. 1.4, 1.6).

Cabe decir que, desde una perspectiva (obstinadamente) analítica, la tercera tesis de SUÁREZ podría ser entendida, según creo, en al menos tres formas diferentes:

i) Como una tesis de teoría general (descriptiva) de las fuentes del Derecho, según la cual, de hecho, en los sistemas jurídicos positivos la costumbre interpretativa es/puede ser una fuente auxiliar del Derecho, que complementa la fuente ley;

ii) Como una tesis de teoría normativa de las fuentes del Derecho, según la cual los intérpretes *deben* seguir las interpretaciones usuales, *i.e.*, resultantes de la perdurable convergencia de las opiniones interpretativas de los doctores y de los jueces.

Aparentemente, las dos versiones de la Tesis-3 ahora mencionadas están entrelazadas sin más en el discurso de SUÁREZ, donde no hay, en general, alguna clara y consciente distinción entre «teorías» y «ideologías» de la interpretación (y de las fuentes del Derecho).

Sin embargo, esta distinción —aparentemente descuidada también por lo mismo GARZÓN VALDÉS— provee, en mi opinión, la clave para disfrutar totalmente de la «teoría» de SUÁREZ en sus dos dimensiones básicas, teórica y práctica, y apreciar aún más su actualidad.

IV. En fin, bajo el rótulo de «tesis de la interpretación como cambio» (Tesis-4), Garzón Valdés recoge nuevamente —en mi opinión, sin destacarlo en forma adecuada— unas directivas de interpretación, que constituyen las piezas finales de lo que podría llamarse el «código interpretativo» de SUÁREZ.

Para entender el alcance y la posición de estas últimas directivas en el código de Suárez, es preciso mencionar que Suárez distingue *cuatro* situaciones que pueden presentarse, cuando se trata de interpretar una ley:

(S1) La ley tiene un significado propio (ordinario o técnico) claro (ni ambiguo, ni vago), pero es *insalvablemente* inválida: *i.e.*, cualquier significado de la ley es «insalvablemente» injusto, absurdo o ilusorio («Las palabras de la ley», p. 124);

(S2) La ley tiene un significado propio (literal) claro y, además, es válida: *i.e.*, el claro significado literal es justo, útil, y razonable;

(S3) La ley tiene un significado propio claro, pero es inválida, aunque *salvablemente*, a nivel de su aplicación a un caso individual —*i.e.*, la aplicación de la ley en su sentido literal sería injusta, absurda, y/o inútil;

(S4) La ley tiene un significado propio dudoso (ambiguo y/o vago), pero es válida: *i.e.*, el dudoso significado literal de la ley es justo, útil y razonable.

Ahora bien, en las situaciones como S1, el intérprete *debe* (deónticamente) considerar la ley como inválida y no obligatoria en absoluto —como una ley de la cual no se puede sacar alguna norma válida y que, por lo tanto, debe ser dejada de lado (tesis del legislador justo y racional).

En las situaciones como S2, el intérprete *debe* (deónticamente) limitarse a aplicar la ley al caso individual en su interpretación literal, haciendo obra de *interpretación declarativa*.

En las situaciones como S3, el intérprete *debe* (deónticamente) hacer trabajo de *interpretación correctiva* (*interpretatio correctiva*, en la forma sea *extensiva* o bien *restrictiva*), rechazando el significado propio (literal) inválido en favor de otro significado (más amplio o más restrictivo), conforme a justicia, utilidad y razón, sobre el supuesto invencible (o bien la presunción absoluta, *iuris et de iure*) de que el legislador, en cuanto autor justo y racional, quiso poner una ley con un significado diferente de su significado literal.

En las situaciones como S4, en fin, el intérprete *debe* (deónticamente) resolver las dudas semánticas (ambigüedad y vaguedad) acerca del significado de la ley en medida conforme, nuevamente, al supuesto invencible de un legislador justo y racional.

Nótese que, en las situaciones S2, el intérprete *debe* (deónticamente) jugar, todo considerado, un papel «declarativo», en fuerza de consideraciones normativas sustanciales: es decir, porque, en hipótesis, «*littera et [justa, utilis et rationabilis, ndr] voluntas pari passu ambulat*», según la caracterización de la *interpretatio declarativa* proporcionada, por ejemplo, por HEINECKE (HEINECCIUS).

En las situaciones S3, en cambio, el intérprete, aún si podría de hecho jugar un papel simplemente pasivo, *debe* (deónticamente) proceder a una re-interpretación correctiva de la ley, guiada, como hemos visto, por la invencible presunción hermenéutica del legislador ideal, justo y razonable.

En fin, en las situaciones S4, el intérprete, que tenga el deber absoluto de decidir (prohibición del *non liquet*), *no puede* de hecho jugar un papel simplemente pasivo (porque, en hipótesis, la ley no tiene un significado determinado), y *debe* (deónticamente) superar las indeterminaciones semánticas de la ley, procediendo a una interpretación (que podríamos llamar) supletoria, guiada, nuevamente, por la presunción hermenéutica del legislador ideal, justo y razonable.

Las directivas interpretativas que, según SUÁREZ, deben regir la interpretación de la ley en las situaciones S3 y S4 constituyen el contenido de lo que GARZÓN VALDÉS llama «tesis de la interpretación como cambio». Esto es así porque, en ambos casos,

el intérprete *ha de realizar el reajuste necesario* de las palabras de la ley, sea poniendo fin a su ambigüedad o vaguedad, sea ampliando o restringiendo el significado de la ley, es de-

cir, *cambiando la ley* de forma tal que su aplicación sea justa y razonable («Las palabras de la ley», p. 124, las cursivas son mías);

lo que, como GARZÓN VALDÉS esclarece poco después, el intérprete hace (debe hacer) usando su «prudencia y equidad» («Las palabras de la ley», p. 126).

Al final de su reconstrucción, GARZÓN VALDÉS se detiene a subrayar el valor actual de la teoría de SUÁREZ bajo dos perfiles:

1) La idea de que «el fundamento normativo de validez de un sistema de reglas de conducta, sean éstas morales o jurídicas, es postulado dogmáticamente»;

2) Una clara, verdadera —y realista— descripción de las tareas de la dogmática jurídica, que «el jurista contemporáneo», con su pretensión de simplemente «describir la ley», no siempre comparte («Las palabras de la ley», p. 129).

2. SUÁREZ Y LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY: FORMALISMO Y THEOLOGICAL READING

En su ensayo, Ernesto GARZÓN VALDÉS muy oportunamente ha destacado la importancia de no olvidarnos, en nuestras investigaciones iusfilosóficas, de la poderosa, y siempre instructiva, lección de los clásicos, apoyando su sugerencia en la evidencia proporcionada por la teoría de la interpretación jurídica de SUÁREZ.

Me parece, sin embargo, que la lectura de SUÁREZ bosquejada por GARZÓN VALDÉS tiene, por lo menos, tres rasgos discutibles.

En primer lugar, GARZÓN VALDÉS reconstruye la teoría de SUÁREZ a través de las gafas engañosas de aquella teoría (cognoscitiva) de la interpretación jurídica que hoy en día suele llamarse «teoría mixta» («intermedia» o «eclectica»).

En segundo lugar, GARZÓN VALDÉS proporciona una lectura demasiado caritativa de la teoría de SUÁREZ, en lo que concierne a sus presupuestos metaéticos y, en consecuencia, ofrece una lectura desviante de la posición de la teoría de SUÁREZ en el marco de las teorías cognoscitivas de la interpretación.

En tercer y último lugar, GARZÓN VALDÉS proporciona una lectura demasiado caritativa de la teoría de Suárez, en lo que concierne a su dimensión práctica, y más precisamente, a su ideología de la interpretación (y código interpretativo).

2.1. Las gafas engañosas de la teoría mixta

GARZÓN VALDÉS reconstruye la teoría de Suárez a través de las gafas engañosas de la teoría mixta:

analizado el significado de las palabras de la ley, tomadas éstas en su sentido propio, ordinario o técnico, no plante[a] su aplicación ningún problema de injusticia, irrazonabilidad o inutilidad. *En este caso, la interpretación tiene una función puramente «declarativa»: el intérprete se limita a describir el contenido de la prescripción en cuestión [...]*

De los tres casos presentados, el más interesante es el último [que coincide con las situaciones S3 y S4 que hemos visto arriba, ndr] ya que en el primero [S1, ndr] no cabe inter-

pretación alguna y en el segundo [S2, ndr], su función es *puramente declarativa* («Las palabras de la ley», p. 124, las cursivas son mías).

Ahora bien, aunque SUÁREZ mencione la opinión, en tal sentido, de Bartolo (*De legibus*, VI, 7.1), en SUÁREZ —y en los juristas del siglo XVI-XVII— lo que se engloba bajo el rótulo de «interpretación declarativa» (*interpretatio declarativa*) no es una *actividad* «simplemente declarativa», ya sea, simplemente *descriptiva* del contenido (semántico) de una ley.

La interpretación declarativa-*producto*, por supuesto, *es* una norma que, en hipótesis, corresponde al claro significado literal (o propio) de una ley.

Pero, detrás de esta interpretación declarativa-*producto* no hay simplemente el conocimiento, por el intérprete, de los usos lingüísticos y su pasiva adecuación a ellos. Hay también —como el mismo GARZÓN VALDÉS se cuida de señalar— un juicio de *validez sustancial* sobre el claro sentido literal de la ley en cuestión; un juicio de validez que, según SUÁREZ, se funda, y debe fundarse, sobre criterios de validez extra-positivos y meta-positivos, que son en última instancia proporcionados por los principios del derecho natural católico.

Esto sugiere a su vez que, en SUÁREZ, los problemas interpretativos jurídicos no derivan solamente del lenguaje: no son sólo, ni principalmente, problemas de ambigüedad y vaguedad de las palabras de las leyes, sino son también, y principalmente, problemas de injusticia, irrazonabilidad, y inutilidad, que el intérprete puede, y debe, resolver bajo el principio hermenéutico del legislador justo y racional.

En suma, pueden destacarse, según parece, las siguientes conclusiones.

1) La interpretación declarativa de SUÁREZ, a pesar de su tradicional y engañoso apellido, no coincide ni con la interpretación como puro acto cognoscitivo, de la cual hablan Herbert HART, Genaro CARRIÓ, y Eugenio BULYGIN, ni con el «simple understanding» del cual habla, aún de recién, Andrei MARMOR.

2) Por el contrario, la interpretación declarativa de SUÁREZ es una operación compleja, que incluye delicadas y difíciles valoraciones sobre la justicia, razonabilidad y utilidad de las leyes, y en la cual el intérprete no es simplemente un hablante de un lenguaje natural, sino es ya, y totalmente, un técnico y, yo añadiría, un político del Derecho.

3) Detrás de la concepción de la interpretación declarativa de SUÁREZ está la idea de que *nunca* el intérprete de las leyes *es* —y debe ser— un puro describidor (y seguidor) de usos lingüísticos. Lo que, a su vez, pone en tela de juicio las teorías mixtas, según las cuales *hay* casos en que la interpretación es simplemente cognoscitiva (descriptiva) del significado literal de las leyes.

2.2. Una lectura demasiado caritativa y desviante de los presupuestos meta-éticos y de la posición teórica de Suárez

Al final de su ensayo, GARZÓN VALDÉS sugiere una lectura de la teoría de la interpretación jurídica de Suárez como teoría que, en su dimensión cognoscitiva, pertenece al marco de las teorías realistas o bien antiformalistas:

La afirmación del carácter prescriptivo y de la función correctora que Suárez atribuye a la interpretación parece ser también *una buena descripción de la tarea que cumple la dogmática jurídica*. El intérprete «optimiza» la ley, actualizándola no sólo temporalmente, sino en el sentido aristotélico de la palabra, es decir, perfeccionándola y cambiándola si es necesario para evitar que sea absurda (contradictoria), inútil (redundante o de imposible cumplimiento) e injusta. *En Suárez, aparecen explícitas las bases de esta actitud frente al problema de la interpretación. El jurista contemporáneo suele no ser tan claro en este punto: bajo el manto de una pretendida descripción de la ley, lleva a cabo exactamente la misma tarea que Suárez declara sin tapujos* («Las palabras de la ley», p. 129, las cursivas son mías).

Esta lectura actualizadora —y, cabe subrayarlo, en sentido realista— de la teoría de SUÁREZ parece, sin embargo, demasiado caritativa. Por las siguientes razones.

La teoría de SUÁREZ —en su dimensión cognoscitiva— es una teoría *formalista*. Se trata, en verdad, de un ejemplo fulgente de formalismo interpretativo.

Según SUÁREZ —como subraya el mismo GARZÓN VALDÉS («Las palabras de las leyes», p. 128)— las leyes *tienen*, para cada caso individual, *un significado verdadero*. Este significado es el significado justo, útil y razonable, a la luz de los principios de justicia, utilidad, y racionalidad sancionados, en última instancia, por los principios del derecho natural católico; por supuesto, como hemos visto antes, este significado puede coincidir con el significado propio (literal) de las leyes, pero no siempre es así.

Según SUÁREZ, además, no sólo las leyes tienen un significado verdadero para cada caso de su aplicación, sino que tal significado *puede ser conocido* por los intérpretes, sobre la base de su «virtud y prudencia».

¿Por qué, entonces, proporcionar una lectura de SUÁREZ como la de un realista *avant la lettre*?

Esto nos lleva a considerar como GARZÓN VALDÉS ha reconstruido los presupuestos metaéticos de la teoría de Suárez:

es claro que la suposición de una ley divina como criterio absoluto de justicia puede parecer extraña a quien no sustente una concepción iusnaturalista de tipo teológico. Sin embargo, si se piensa que los principios morales son aceptados dogmáticamente como hipótesis de comportamiento y se sustituye la expresión «ley divina» o «ley natural» por «principio moral», la extrañeza disminuye. *Más aún: no es incorrecto sostener que el fundamento normativo de validez de un sistema de reglas de conducta, sean éstas morales o jurídicas, es postulado dogmáticamente* («Las palabras de la ley», p. 129, la cursiva es mía).

En efecto, si asumimos —como GARZÓN VALDÉS aparentemente hace aquí— que los criterios morales últimos de corrección interpretativa son «postulados dogmáticamente» («Las palabras de la ley», p. 129), parece natural llegar a la conclusión de que intérpretes diferentes pueden postular principios últimos diferentes, de forma que no hay *en absoluto* un verdadero significado de las leyes, como parece asumir SUÁREZ, sino que sólo hay significados correctos *relativos* a determinados criterios últimos, que son plurales y alternativos, y cuya utilización depende, en última instancia, de una elección irracional por los intérpretes.

En otras palabras: la teoría de SUÁREZ puede ser vista como incluyendo una descripción verdadera, y realista, del fenómeno interpretativo sí, y si sólo sí, le quitamos sus presupuestos de objetivismo y cognoscitivismos metaéticos.

Sólo bajo esta condición —según creo, totalmente inaceptable por SUÁREZ— la teoría de SUÁREZ podría ser vista como un ejemplo temprano de una teoría desencantadamente realista, a la manera de KELSEN y de los realistas analíticos continentales: *i.e.*, como una teoría que pone en tela de juicio no sólo cualquier forma de formalismo (o cognoscitivismo) interpretativo, sino también las así llamadas teorías mixtas.

2.3. Una lectura demasiado caritativa de la ideología suarista de la interpretación

Aún si aceptamos —según la sugerencia de GARZÓN VALDÉS— un SUÁREZ dispuesto a considerar los principios del derecho natural católico como simples objetos de un postulado dogmático (y entonces, un Suárez pluralista en lo que concierne a los valores morales últimos y la metaética), queda todavía un lado tenebroso en su teoría.

Me limitaré, aquí, a mencionarlo.

En cuanto teoría normativa de la interpretación de las leyes civiles, la teoría de SUÁREZ, gracias a su patente compromiso —teológico y teocrático— con el derecho natural de la tradición católica, constituye una seria amenaza para los derechos y las libertades de los ciudadanos de los Estados constitucionales de Derecho, puesto que prescribe a los intérpretes proceder *en cada caso* a un *theological reading* de las fuentes del Derecho, incluso la constitución.

Por lo tanto, hay fuertes razones prudenciales para rechazar sin más la teoría de SUÁREZ, en cuanto vehículo de la subrepticia instauración de aquel estado «sanamente» o «justamente» laico ahora en días tan apreciado —*et pour cause*— por los altos mandos de la Iglesia de Roma.

LA IRRELEVANCIA MORAL DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Paolo Comanducci

Universidad de Génova

RESUMEN. El autor analiza el ensayo de E. Garzón Valdés, «Cinco confusiones conceptuales acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural» (1997), y pone de relieve la postura liberal, universalista, cosmopolita e ilustrada de Garzón, y sus críticas a los comunitaristas-liberales. Al final el autor se pregunta sobre las razones del escaso interés de Garzón por la cuestión de la fundación de la moral, y avanza al respecto una provocadora respuesta.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, diversidad cultural.

ABSTRACT. The author analyzes the article by E. Garzón Valdés, «Cinco confusiones conceptuales acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural» (1997), and he underlines Garzón's liberal, universalist, cosmopolitan and enlightened position, and his criticism of liberal-communitarianism. In conclusion the author asks about the reasons of Garzón's lack of interest in the foundation of morals, and presents a provocative answer to that question.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, cultural diversity.

1. Mi elección ha sido comentar el ensayo *Cinco confusiones conceptuales acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, publicado por primera vez con este título en México en 1997¹.

Las dos razones que explican mi elección son una de orden sencillamente biográfico, la otra de orden filosófico-político.

Se trata, en primer lugar, de un ensayo escrito pensando, también y sobre todo, en los problemas de la sociedad multiétnica mexicana, escrito para ser publicado y leído en México: y México para mí está fuertemente conectado a Ernesto (y por supuesto a Rodolfo VÁZQUEZ): fue Ernesto quien me hizo invitar por primera vez a México, fue en una colección co-dirigida por él («Ética, Filosofía del Derecho y Política», de la editorial Fontamara) en donde publiqué mi primer librito en castellano, fue en la cátedra que lleva su nombre, en el D.F., en la que he tenido el honor de dictar unas clases en 2006, ha sido en su compañía en la que han transcurrido algunos momentos muy agradables y estimulantes, en el D.F., entre museos, librerías y unos refrescos en la Casa de los azulejos.

En segundo lugar, si bien suele pasarme el estar de acuerdo con las posturas ético-normativas de Ernesto, en el caso de sus escritos sobre multiculturalismo (y este ensayo se encuentra entre ellos) mi coincidencia con él es tan grande que a veces me pregunto si las pequeñas cosas que escribí sobre estos asuntos unos años atrás no sean nada más que una torpe paráfrasis de sus artículos.

2. En este ensayo Ernesto presenta y critica cinco confusiones, circulantes en el debate contemporáneo sobre las relaciones entre ética y culturas. Las confusiones son las siguientes:

1. La confusión entre tolerancia y relativismo moral.
2. La confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral.
3. La confusión entre identidad personal e identidad social.
4. La confusión entre unidad cultural y unidad institucional.
5. La confusión entre sujetos jurídicos y sujetos morales.

2.1. La primera confusión consiste en conectar conceptualmente —se trata de una conexión justificativa— tolerancia y relativismo moral, afirmando que «la tolerancia [...] estaría basada [...] en la aceptación del relativismo moral» (p. 234). Con esta última locución Ernesto designa la postura metaética² según la cual las diversas culturas son inconmensurables desde un punto de vista ético, ya que no existe una ética universalmente válida, sino que cada cultura produce y desarrolla sus propios valores³. En tér-

¹ GARZÓN VALDÉS, 1997. Una versión muy similar de este trabajo salió el año anterior, siempre en México (GARZÓN VALDÉS, 1996). El ensayo ha sido reeditado en GARZÓN VALDÉS, 2001 (edición a la que haré referencia en lo que sigue), y ha sido también traducido al italiano por T. MAZZARESE (GARZÓN VALDÉS, 2003).

² El relativismo, así como decía BOBBIO del jusnaturalismo, no parece una ética, sino más bien una metaética.

³ «Relativismo moral» es una locución muy usada hoy en día sobre todo en el milieu de la iglesia de Roma. Siempre es preciso detectar con qué significado se usan locuciones como ésta, polisémicas y vagas, ya que sería claramente sorprendente, y quizás para algunos también blasfemo, afirmar que «Garzón y Ratzinger están ambos en contra del relativismo moral».

minos del mismo concepto de tolerancia elaborado por Ernesto en otros ensayos, podríamos decir que, según los relativistas, el sistema normativo que justifica la tolerancia intercultural no estaría constituido por los principios de una ética normativa universal —como los principios liberales compartidos por Ernesto—, sino por un principio comunitarista que impone respetar igualmente, y sin límites, todas las culturas.

2.2. La segunda confusión consiste en pensar que el mero hecho de la diversidad entre las culturas produzca un enriquecimiento moral, así que cuantas más culturas mejor, desde un punto de vista ético. La raíz de esta idea equivocada, según Ernesto, se encuentra principalmente en la falta de distinción entre moral crítica y moral positiva.

2.3. La tercera confusión consiste en afirmar una conexión necesaria entre identidad individual e identidad social, en el sentido de que la primera dependería de la segunda, y de que la segunda tendría una primacía axiológica sobre la primera, ya que la pertenencia a una comunidad constituiría una necesidad básica para la identidad personal de cada individuo y tendría por sí misma valor moral.

2.4. La cuarta confusión consiste en afirmar la necesidad de una estrecha correspondencia entre unidad cultural y unidad institucional, en el sentido de que cada cultura debe tener su sistema jurídico y sus instituciones. En países multiculturales como México, entonces, para lograr esta correspondencia o bien se debería disolver el Estado unitario, o bien se debería practicar un «pluralismo jurídico» radical.

2.5. La quinta confusión consiste en hacer colapsar sujetos jurídicos y sujetos morales, y en afirmar por consecuente que ciertas entidades colectivas, que tienen subjetividad jurídica, tienen también subjetividad moral, son portadoras de intereses y titulares de derechos colectivos.

3. En éste, como en varios otros ensayos, el blanco de la crítica de Ernesto es la constelación formada por varios tipos de autores comunitaristas y multiculturalistas. Su estrategia es doble: *a)* rechaza rotundamente, casi sin argumentar, las posturas radicales, que se oponen frontalmente al liberalismo universalista y no comparten, de este último, ni los principios ni los valores supremos; *b)* mientras que discute las posturas menos radicales, que intentan compatibilizar liberalismo y comunitarismo, y en particular compatibilizar la defensa de los derechos humanos individuales con la defensa del valor moral de las distintas culturas.

La segunda estrategia es desarrollada en este ensayo a través de críticas de tres tipos diferentes, que constituyen la *pars destruens* de su trabajo. Se trata de críticas que tienen respectivamente que ver con: 1) la coherencia interna de las posturas criticadas; 2) su racionalidad instrumental; 3) sus efectos, por así llamarlos, perlocutivos.

3.1. El primer tipo de crítica apunta a subrayar las tensiones internas del comunitarismo liberal, y las antinomias que surgen, en el interior de esta posición, entre los principios liberales asumidos y la valoración moral de la diversidad cultural. Así, por ejemplo, Ernesto, discutiendo la segunda confusión, plantea —casi *en passant*— el problema crucial, el dilema del comunitarismo liberal: ¿las culturas tienen valor moral por sí mismas, o sólo porque en ellas viven individuos, que sí tienen valor moral de por sí? Si se escoge el primer cuerno del dilema estamos inevitablemente fuera del liberalismo; si se escoge el segundo, las consecuencias resultan destructivas para la postura comunitarista-liberal.

Otros casos de explícita contradicción interna aparecen analizando la cuarta confusión: el principio de clausura social (p. 258), compartido por algunos multiculturalistas, podría conllevar la prohibición de ejercer el derecho de *exit* y el de reingreso a la comunidad de pertenencia, que son ambos derechos humanos básicos.

En resumen, la postura criticada por Ernesto se enfrentaría inevitablemente con la alternativa o bien de abandonar los principios-clave del liberalismo o bien de abandonar sus específicos rasgos comunitaristas, y de volverse sencillamente liberal.

3.2. El segundo tipo de crítica apunta a subrayar la ineficiencia, la irracionalidad instrumental del comunitarismo liberal, ya que esta posición a menudo no logra realizar sus propósitos, que son muy similares a los de la postura liberal clásica.

En este terreno la argumentación crítica de Ernesto brinda ejemplos concretos en los que él intenta mostrar cómo la implementación de ideologías multiculturalistas podría frustrar, o ha de hecho frustrado, la obtención de los objetivos «liberales» que se quieren conseguir. Por ejemplo: el relativismo moral a veces impide la tolerancia interétnica y la igualdad de trato (primera confusión); atribuir valor moral a la pertenencia a una cultura puede determinar discriminaciones negativas, y violación de derechos básicos, de los individuos que no pertenecen a aquella cultura (tercera confusión); aceptar sin más el pluralismo jurídico tiene muchas veces como consecuencia la aceptación de prácticas que violan derechos fundamentales y la autonomía de las personas, como la circuncisión femenina (cuarta confusión).

3.3. Los posibles efectos «perversos» de las ideologías multiculturalistas son un hilo conductor de todo este ensayo: junto con algunos argumentos *ad hominem*, constituyen las razones más persuasivas —pero no necesariamente mejores desde otro punto de vista— en contra de las posturas criticadas por Ernesto. El núcleo del argumento de Ernesto suena así: implementar políticas multiculturalistas no sólo puede frustrar la realización de los objetivos deseados (crítica anterior), sino puede llevar a situaciones exactamente opuestas a las deseadas: estimular el fundamentalismo religioso, el fanatismo, la limpieza étnica e incluso el imperialismo.

4. Frente a cada una de las confusiones, Ernesto no sólo presenta una serie de críticas, sino también, en positivo, su solución a los distintos problemas. Es la *pars construens* del trabajo, en la que Ernesto escuetamente reafirma:

a) que la tolerancia intercultural debe tener límites, que están dados por una democracia constitucional, y debe ser justificada por razones-puente;

b) que lo que tiene valor moral de por sí no es la diversidad cultural, sino lo que satisface los intereses fundamentales de los individuos, conectados con sus necesidades básicas;

c) que hay buenas razones a favor del ideal cosmopolita, que le resulta claramente más atractivo respecto «a la vinculación telúrica o étnica incondicionada» (p. 268);

d) que instituciones políticas que garanticen derechos fundamentales a todos los individuos, e igualdad de trato y de oportunidades, son axiológicamente superiores a cualquier forma de pluralismo jurídico radical;

e) que los Estados constitucionales y democráticos de Derecho deben tratar el problema de las minorías realizando formas de gobierno autonómicas, y que los demás Estados deberían cuanto menos respetar los derechos fundamentales individuales.

5. En resumen, Ernesto, en éste como en muchos otros ensayos, reafirma sus ideales universalistas y liberales. Yo diría que estos ideales tienen doblemente que ver con la idea de frontera. Por un lado afirman la fundamental relevancia moral de la frontera que separa cada individuo de los demás, la frontera de la autonomía. Por otro lado afirman la irrelevancia moral de las fronteras territoriales, étnicas, raciales, de género, de ser y de pertenecer, entre los individuos.

Él reafirma esos ideales, pero aquí como en general en casi toda su producción científica, no los fundamenta. Ernesto está claramente siempre interesado por cuestiones de ética normativa⁴, pero casi nunca se interesa por la cuestión metaética de la fundación de la moral. Mientras que, sin lugar a dudas, sí le apasionan otros asuntos metaéticos, como en particular el análisis de los conceptos morales.

Y entonces, en conclusión, me permito formular una pregunta: ¿por qué este desinterés por la fundación de la moral?

Por supuesto hay respuestas serias y probablemente acertadas. La manera de hacer filosofía de Ernesto es muy parecida a la de la ilustración —también el estilo literario lo acerca más que a todos a Voltaire—, y se podría hipotizar que Ernesto comparta con la ilustración la idea de que la razón nos muestra con claridad lo que es objetivamente justo, o al menos lo que es objetivamente injusto. Habría una tal *evidencia* de lo justo, que cada disquisición metaética sobre la fundación de los juicios morales sería para él una absoluta pérdida de tiempo.

O bien se podría responder hipotizando que Ernesto nada quiera agregar sobre el punto, y que sencillamente acepte la fundación racionalista de la moral de origen kantiana.

Pero hay otra respuesta, probablemente descabellada, que presento mitad en serio y mitad en broma: ¿y si Ernesto fuese un emotivista sin saberlo? No digo que sea un emotivista sin confesarlo: aun si ha afirmado que la hipocresía tiene alguna fuerza civilizadora, no logro imaginarme a un hombre tan honesto que se hace el objetivista moral por razones estratégicas, porque declararse escéptico debilitaría la fuerza persuasiva de su argumentación moral. Hipócrita no, pero emotivista a pesar suyo quizás sí.

Al fin y al cabo ¿cuál es la diferencia entre un racionalista ilustrado que *ve* lo que es justo, y lo defiende con pasión, y un emotivista ilustrado que *elige* lo que en su opinión es justo, y lo defiende con pasión? Abismal diferencia, diría Manolo ATIENZA. Prácticamente ninguna, diría yo. Y Ernesto: ¿qué opina?

BIBLIOGRAFÍA

GARZÓN VALDÉS, E., 1996: «Algunas confusiones acerca de los problemas morales de la diversidad cultural», en L. OLIVÉ (comp.), *Homenaje a Fernando Salmerón*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 81-109.

⁴ Podríamos fácilmente definirlo un moralista, si esta palabra no hubiese ganado, en el uso, unas connotaciones negativas.

- 1997: «Cinco confusiones conceptuales acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural», *Este país*, 73: 59-68.
- 2001: «Cinco confusiones conceptuales acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural», en E. GARZÓN VALDÉS, *Filosofía, política, derecho. Escritos seleccionados*, edición a cargo de J. DE LUCAS, Valencia: Universitat de València, pp. 233-271.
- 2003: «Cinque confusioni sul rilievo morale della diversità culturale», en E. GARZÓN VALDÉS, *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*, a cura di P. COMANDUCCI e T. MAZZARESE, Bologna, il Mulino.

ENTRADA LIBRE EN EL «COTO VEDADO»

Elías Díaz

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. El autor compara en este trabajo sus tesis a propósito de la obligación de la obediencia al Derecho en un Estado democrático con las sostenidas por Ernesto Garzón Valdés. Ambos comparten la tesis de que la ética puede ofrecer justificación no sólo para la desobediencia al Derecho, sino también para su obediencia. Sin embargo, discrepan a la hora de dar cuenta de la justificación de los límites a la obediencia al Derecho. Mientras que la teoría del coto vedado de Ernesto Garzón Valdés, desde lo que sería un enfoque negativo, habla de «límites» de la democracia y de la regla de las mayorías, el autor prefiere formularlos, desde un enfoque positivo, en términos de imperativos de coherencia con los mismos principios éticos y políticos que definen y justifican a la democracia.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, obediencia al Derecho, regla de las mayorías.

ABSTRACT. The author compares his own thesis on the obligation to obey the Law in a Democratic State with the same thesis as supported by Ernesto Garzón Valdés. Both share the thesis according to which ethics offers a justification for disobedience but also for obedience to the Law. However they disagree when dealing with the foundations to the limits of that obedience. Whereas Ernesto Garzón Valdés in his theory of the «off limits area» talks, from a negative approach, about the «limits» of Democracy and of the majority rule, the author rather undertakes a positive approach and formulates those limits in terms of a command of coherence with those ethical and political principles that define and justify Democracy.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, legal obedience, majority rule.

Estas breves páginas en homenaje al viejo y querido amigo, el colega iusfilósofo Ernesto GARZÓN VALDÉS, son sobre todo para dar —para darnos— «señales de vida», cosa que a nuestra edad (de los dos) no es de ninguna manera algo intrascendente. Unido a ello, tampoco es mal pretexto (en los dos sentidos de la palabra, con o sin guión intermedio) el que me proporciona como incentivo el propio GARZÓN VALDÉS con su escrito *Algunas consideraciones acerca del deber de obediencia al Derecho según Elías Díaz*. Ésta fue en efecto la destacada contribución suya a la obra colectiva que, en mi setenta cumpleaños, buenos amigos y colegas me dedicaron, bajo la dirección de los profesores Liborio L. HIERRO, Francisco J. LAPORTA y Alfonso RUIZ MIGUEL, con el título de *Revisión de Elías Díaz, sus libros y sus críticos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007).

En tal escrito aquél recupera y analiza ese ineludible tema con observaciones muy valiosas y atendibles en torno a lo que yo por mi parte había venido señalando en mi libro *De la maldad estatal y la soberanía popular* (publicado en 1984) especialmente en el capítulo II, 1 sobre «la obediencia al Derecho» en polémica con Felipe GONZÁLEZ VICÉN (con intervenciones también de otros eminentes éticos y filósofos del Derecho) y en el capítulo I, 4 sobre «libertad y criterio de las mayorías» para una teoría crítica de la legitimidad. Reconozco que mis posteriores aproximaciones o alusiones a tales cuestiones han ido, en lo fundamental, por la línea allí marcada como, por ejemplo, aparece asimismo en mi último libro *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2003). Así, pues, estas palabras mías de ahora lo serán en gran parte para reafirmarme en aquellas antiguas posiciones, puede que con algunas nuevas razones en pro de ellas. La verdad es que yo no hubiera vuelto otra vez sobre estas cuestiones si no hubiera sido por el nuevo escrito de aquél. De todos modos aprovecho para puntualizar aquí sobre aspectos en los que inciden más estas advertencias y críticas de Ernesto GARZÓN VALDÉS.

Comenzaré con satisfacción por recordar lo que nos une en el primero de esos temas: «Coincido plenamente con Elías —escribe Ernesto— cuando afirma que no existe asimetría conceptual entre obediencia y desobediencia de las normas jurídicas, al menos por lo que respecta a su justificación». Y transcribe el texto que yo proponía en aquella polémica con Felipe GONZÁLEZ VICÉN y que seguiría confirmando ahora: «La ética puede suministrar justificación tanto para la obediencia a unas normas jurídicas como para la desobediencia a otras (depende de su concordancia o discrepancia con respecto a la ética), es decir puede suministrar fundamento tanto para la obligación de obedecer como para la no obligación de no obedecer e, incluso, para la obligación de desobedecer». Hasta aquí mis palabras en aquel libro de 1984.

Ahora GARZÓN VALDÉS explicita más razones para esa simetría, con las cuales yo también concuerdo plenamente. Dice así: «Sostener que no existen razones éticas para justificar el deber jurídico de obediencia equivale a negar la posibilidad de coincidencia de contenido de normas jurídicas y morales. Esto es empíricamente falso. Pero, además, conviene tener en cuenta que la desobediencia es la negación interna de la obediencia, es decir que ambas se mueven en el mismo nivel normativo. Cuando se aducen razones éticas para justificar la desobediencia a una norma escrita lo que se afirma —aduce agudamente aquél— es que estas razones son más fuertes que las razones (también éticas) que podrían invocarse para la obediencia. Si se está dispuesto a aceptar razones

éticas que justifiquen la desobediencia, no se entiende —concluye él, con mi firme y viejo aserto— por qué la obediencia no puede nunca estar éticamente justificada». El párrafo es largo pero merece —creo— su reproducción aquí, pensando que pueda servir también a los participantes, concordantes o discrepantes, en aquella antigua polémica (por ejemplo, Javier MUGUERZA, Manuel ATIENZA o Eusebio FERNÁNDEZ); con ello les incito a la lectura de este comentario de Ernesto a su amigo Elías en este libro colectivo de 2007 en el que, por lo demás, ellos mismos colaboran.

Por idénticas razones —como punto final de nuestro idilio intelectual en este tema— doy también este otro válido argumento de GARZÓN VALDÉS: «La disidencia que la desobediencia expresa es una actitud parasitaria con respecto al consenso: su valor moral depende del disvalor del consenso. Es, además —señala aquél—, una actitud transitoria: la desobediencia pretende crear un estado de cosas moralmente superior a aquel en el que la desobediencia estaba justificada. Logrado este objetivo, parecería que el deber de obediencia estaría plenamente justificado. Sin embargo, ello contradiría las tesis de la no justificabilidad moral de la obediencia. Es decir que habría que concluir que la desobediencia conduce necesariamente a una situación moralmente injustificable frente a la cual existiría un deber moral de desobediencia que concluiría en una nueva situación moralmente injustificable. Conclusión —aduce con moral y psíquica justificación Ernesto GARZÓN— que no deja de provocarme una frustrante fatiga». La hago mía: ¿será suficiente —supongo que no— para los recalcitrantes desobedientes?

Pero la felicidad (de la concordia con Ernesto) no podía durar eternamente: «Hasta aquí —dice— mi acuerdo con Elías. Tengo, sin embargo, algunas dudas —añade— con respecto a la tesis según la cual el deber ser ético sería una “expresión originaria y última, a la vez, de la conciencia individual”» (palabras mías en la p. 79 de ese libro de 1984). Lo que ocurre, sin embargo, es que yo también tendría dudas (las mismas que Ernesto) respecto de esa «tesis» si por «conciencia individual» se entendiera algo opuesto a lo que aduce con razón aquél al «recordar una vez más a KANT quien distinguió claramente entre la autolegislación que satisface las exigencias de universalidad y la que responde sólo a los intereses de cada cual». Puedo decir que no era esta última (la reducida a los intereses de cada cual) mi concepción de la «conciencia individual», ni en 1984 ni ahora —estoy tranquilo sobre ello—, aunque cabe (no tengo ya tiempo para revisar con detalle mi viejo libro u otros posteriores papeles en torno a ello) que no siempre lo expresara entonces o ahora con la suficiencia nitidez o rotundidad. Es, creo, lo que yo quería decir, por ejemplo, en el párrafo de la p. 85 que también cita aquél sobre «las exigencias éticas de la conciencia individual»: o sea, no por igual cualquier conciencia individual, aunque a su vez cualquier conciencia individual valga lo que vale. En cualquier caso, concuerdo con aquél cuando afirma —no sin problematismos de otra índole— que los dictados de la conciencia individual «tienen que satisfacer el requisito de la universalidad». Hasta reenviaría aquí al capítulo I sobre la autonomía personal del reciente libro de Francisco LAPORTA sobre *El imperio de la ley. Una visión actual* (Madrid: Trotta, 2007). Como se ve, me resisto fieramente a romper el fructífero consenso con el gran Ernesto GARZÓN VALDÉS.

Sin embargo —¡con harto dolor de mi corazón!— ahora lo voy a hacer una vez más en relación al segundo de los temas antes enunciados y que en mi libro de 1984 yo rotulaba (cap. I, 4) como «libertad y criterio de las mayorías». Me interroga así el viejo

amigo uniéndolo al tema anterior: «Mis preguntas rezan: ¿qué criterios de corrección estaría dispuesto Elías a aceptar con respecto al carácter necesario del deber moral de obediencia al Derecho?». Y ahora la pregunta clave formulada en estos términos: ¿Quién marca los límites del respeto a las decisiones mayoritarias: la propia mayoría —insinúa Ernesto— a través de una especie de «autolimitación Ulises»? Mi respuesta es, como la de él, negativa. Desde el punto de vista moral no es la mayoría, tampoco la minoría, ni —como tal— un sólo individuo, quien marca esos «límites». Lo sería, raíz de esos «límites», algo común a todos ellos como es la autonomía personal y moral, o si se quiere la libertad.

Otra cosa habrá de ser el planteamiento estrictamente político, respecto de las decisiones mayoritarias del poder constituido desde la Constitución e, incluso, del poder constituyente, necesitado de mayorías mucho más amplias y cualificadas (más limitadas «moralmente», por tanto, las mayorías simples y absolutas). Gregorio PECES-BARBA en su último libro, *La España civil* (2005), se manifiesta con toda contundencia contra las actitudes dogmáticas de quienes (su referencia es la jerarquía católica española) sostienen que en el Parlamento no se pueden discutir (ni aprobar) ciertos temas y ciertas leyes por entenderse que son contrarios a la verdad por aquélla considerada como dogma intangible y como norma moral inmutable, eterna y natural. «En la actualidad —dice PECES BARBA— se trata de temas como el divorcio, la eutanasia, el aborto o el matrimonio entre homosexuales, pero en el siglo XIX lo eran, entre otros, el derecho de sindicación, el sufragio universal o la libertad de expresión y de conciencia [...] Pero eso no es posible —rechaza aquél—; no hay —dice desde esa perspectiva— cotos vedados, ni política ni jurídicamente, a la deliberación por mayorías que no sean los que están en normas superiores (principio de jerarquía) o en materias para las que no está habilitado el órgano que pretende deliberar (principio de competencia)».

Siempre teniendo en cuenta lo ocurrido en los inicios de la Alemania hitleriana en 1933 —Ernesto GARZÓN también lo hace ahora— escribía yo en ese libro de 1984, aquí tomado por él como referencia para la cuestión. Es preciso —creo— reproducir por extenso los pasajes pertinentes para así orientar mejor el problema (pp. 65-67): «Pero más allá de la discusión sobre los concretos ejemplos históricos, empíricos, que puedan aducirse, lo que en todo caso habría que subrayar para el tema que aquí se debate, no es tanto, claro está, el que no pueda acabarse así fácticamente con la democracia (intimidando o engañando) —también un golpe de fuerza puede hacerlo—, sino que no puede acabarse con la democracia y con la legitimidad democrática invocando precisamente la libertad, es decir la legitimidad democrática. Esto es del todo contradictorio con sus propios presupuestos: sin libertad no hay legitimidad democrática y, por consiguiente (lo que es aquí aún más importante), no puede alegar legitimidad democrática quien previamente ha suprimido o dañado gravemente la libertad para decidir y elegir; ni tampoco quien, aún habiendo tal vez llegado por esa vía al poder, suprimiera después las libertades básicas de, al menos, libertad de expresión crítica y de política participación en la designación periódica de nuevos legisladores y gobernantes. [...] Quien suprime antes o después la libertad no puede invocar que basa y justifica su poder, su decisión, en la legitimidad democrática y en la soberanía popular; no puede decir, por tanto, que la decisión democrática ha producido o fundamentado su tiránico régimen político [...] ¿No se puede entonces destruir libremente la libertad? —seguía yo—. Uno mismo es posible que pueda hacerlo para sí mismo [...] Un pueblo, en cam-

bio, no puede hacerlo. Y ello porque un pueblo es algo efectivamente en cambio, en constante cambio, donde nuevos miembros, nuevos hombres y mujeres, se suman continuamente incorporándose al colectivo anterior [...] Ni siquiera la decisión unánime de una sociedad en un momento concreto podría alegar esa justificación democrática para suprimir la libertad, para entregar y alienar todo ese pueblo y para siempre al famoso, omnipotente y despótico, o supuestamente bueno y benéfico, dictador».

Dicho todo esto —escrito hace más de veinte años— volvería al diálogo y a las discrepancias también hoy con Ernesto GARZÓN VALDÉS. En consecuencia con lo anterior, más que hablar directamente de «límites» o «limitaciones» de la democracia y de la regla de las mayorías —como él suele hacer invocando el famoso «coto vedado»—, yo (yendo, creo, a la raíz y al fundamento de todo ello) preferiría formularlo en términos, digamos, de exigencias coherentes o, mejor, de *imperativos de coherencia con los mismos principios éticos y políticos que definen y justifican a la democracia*. Y la raíz y el fundamento de esos principios éticos se expresa, a mi parecer, desde esas diferenciadas —pero no enfrentadas— categorías que son la conciencia individual exigente, la libertad responsable, la autonomía personal, la autonomía moral. Me temo desde ahí, que nuestras hipotéticas diferencias no sean sólo terminológicas, aunque estas tampoco sean despreciables. Conociendo y reconociendo bien a Ernesto GARZÓN VALDÉS, para nada me permitiría abusar constatando la existencia —pero existir, existen— de tantos y tan poderosos «limitadores» de las mayorías y del Estado democrático que, por el contrario, casi siempre se olvidan de «limitar» a sus dictaduras: por ejemplo, la jerarquía católica española, pero no sólo ella. Es bien cierto que los límites de estos (ya se han señalado) son de signo radicalmente opuesto a lo que aquél entiende por derechos humanos aunque los vea también como «límite» o, incluso, cuando señala que sólo «fuera del “coto vedado”, rige el dominio de la mayoría». Sé con total seguridad que, en cambio, ambos coincidimos muy ampliamente (si no completamente) en ese elenco fundamental de derechos humanos que él prefiere designar (enfoque negativo) como «límites» a las mayorías y yo buscando su fuente de producción (enfoque positivo) como imperativos coherentes de la misma democracia.

Con ese fondo de caracteres éticos, políticos y jurídicos compartidos en nuestras filosofías (e, incluso, en nuestros talentos personales), no dejan de preocuparme y de suscitarme reservas algunas de las concretas derivaciones de sus propuestas. Yo las veo necesitadas de mayores y mejores precisiones y matizaciones. Así ocurre, por ejemplo, cuando escribe que «en asuntos morales es aconsejable dejar de lado cálculos numéricos». Bien, pero tras ese punto de vista moral (que puedo compartir aunque dicho de otro modo) aquél a reglón seguido pasa a refutar mi «tesis» sobre el primado moral de la libertad aduciendo —planos diferentes— el punto de vista empírico de lo sucedido en la Alemania hitleriana de 1933. También se comprenderán mis reservas —en concordancia con lo escrito aquí— cuando aquél afirma que «la génesis de la moralidad ciudadana hay que buscarla en el “coto vedado” y no al revés», sin explicitar más acerca de cómo (incluso por quién) se crea el tal coto. Y, sobre todo, cuando hablando en estos temas ético-políticos de la superioridad de la mayoría o de la minoría, concluye así: «Todo depende de la calidad moral de los integrantes de la mayoría o de la minoría». ¿No se aproxima esto en exceso a las «democracias» censitarias y/o elitistas? Yo diría más bien que todo depende de esa mayor o menor coherencia con los principios éticos y políticos que definen y justifican a la democracia, cuya raíz se sitúa en ese ya

mencionado respeto de y para todos a la conciencia individual, a la libertad responsable, a la autonomía personal, a la autonomía moral, categorías —insisto— diferenciadas pero para nada en forzosa e insalvable oposición o incomunicación.

Pero ya que no podemos cambiar el mundo —se nos dice—, cambiemos al menos de conversación, es decir, de palabras: en tal caso, yo propondría que en el curso de ella hablásemos algo más en estos términos de libertades reales (que llevan a mayores igualdades) y de exigencias ético-políticas coherentes con la democracia y algo menos de «límites» y «cotos vedados» ante las decisiones de las mayorías (y de las minorías). Ya sé que el amigo Ernesto no se dejará, pero (liberal igualitario) sí estará feliz de instar —siempre lo ha hecho— a la libre entrada de discrepantes y discutidores en ese paraíso que es el «coto vedado». Dentro o fuera de él así al menos tendremos nuevos pretextos para seguir viéndonos, hablando y debatiendo sobre estas graves cuestiones y sobre otras muchas que también son interesantes y quizás hasta más divertidas.

ALGUNAS DISCREPANCIAS CON ERNESTO GARZÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Jesús González Amuchastegui

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN. El texto recoge la respuesta del autor del libro citado a las tres observaciones que Ernesto Garzón realizó en el prólogo del mismo. Las discrepancias giran en torno a la historicidad de las concepciones de los derechos humanos defendida por el autor y cuestionada por el prologoista; al modelo de organización internacional exigido por las teorías de los derechos humanos: una asociación de Estados democráticos o una institución internacional democrática e «intervencionista» en materia de derechos humanos; y a la relevancia moral del principio de dignidad humana que el autor circunscribe a fundamentar los derechos de la personalidad y de seguridad, mientras Garzón lo amplía a fundamentar una regulación jurídica moralmente aceptable.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, derechos humanos, dignidad.

ABSTRACT. This text constitutes the answer of the author of the above quoted book to three comments about it formulated by Ernesto Garzón in its prologue. These comments referred to disagreements about the historicity of the human rights theories proposed by the author and criticised by Garzon; the pattern of international organization required by these human rights theories: an association of democratic States *versus* a democratic international institution which is «interventionist» in the field of human rights; and the moral relevance of the principle of human dignity which the author bases on identity and «rule of law» rights, while Garzon considers it to be more generally the basement of a morally acceptable legal order.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, human rights, dignity.

El texto que voy a comentar constituye el prólogo que Ernesto GARZÓN realizó en 2004 a una obra que pretendía, según su autor, «mostrar que el Estado Social y Democrático de Derecho es el único modo de organización social y político compatible con la concepción de los derechos humanos que defenderé», y para lo cual, a lo largo de dicho libro analiza las características de las teorías de la justicia basadas en la idea de derechos humanos, define los rasgos básicos de ese tipo especial de derechos que llamamos «derechos humanos» y pretende justificar cuáles son éstos.

GARZÓN VALDÉS destina el prólogo a analizar críticamente tres cuestiones abordadas en el mencionado libro: la versión historicista de los derechos humanos, la posible organización de un orden internacional justo y la relevancia moral del principio de dignidad humana. Veamos sus consideraciones:

1. LA VERSIÓN HISTORICISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS

GARZÓN cuestiona la tesis historicista defendida en el libro, según la cual las teorías de los derechos humanos —exactamente igual que todas las restantes teorías de la justicia que en el mundo han existido— son una «invención» humana, invención que se produjo en un momento determinado de la historia europea, en el tránsito a la modernidad. En opinión de GARZÓN, «esta conclusión no sólo es moralmente desconcertante, sino empíricamente falsa».

Aduce en favor de su tesis varios ejemplos, desde ESQUILO a MONTAIGNE, que mostrarían no sólo que los derechos humanos serían intemporales, sino también que pueblos anteriores y ajenos al antes citado tránsito europeo a la modernidad podrían ser moralmente superiores a los europeos.

Su argumento más fuerte contra la historicidad de los derechos humanos es, sin embargo, de otro orden: «si los titulares de los derechos humanos son las personas, si ellos les pertenecen por el hecho de ser tales, aceptar la tesis de la “invención” significaría o bien que hasta su invención los seres humanos no eran personas o si lo eran entonces no es verdad que valgan sin más para todas las personas, ya que sólo valdrían para quienes han tomado conocimiento de esta invención».

Finaliza su argumentación proponiendo distinguir entre «descubrir, inventar y nombrar», enfatizando que «nombrar no es ni descubrir ni inventar», y concluyendo que «es verdad que la expresión “derechos humanos” es relativamente reciente y ha sido incorporada al lenguaje de la moral en un momento determinado, pero de aquí no se infiere que lo nombrado no existiera ya antes».

Es verdad que si bien parece cierto que, como cantaron Bob Dylan, y Javier Krahe y Sabina entre nosotros, «el hombre puso nombre a los animales», y no por ello éstos carecían de existencia antes de su «bautismo»; y aunque también es verdad que, como el burgués de Molière que hablaba en prosa sin saberlo, es posible hallar, por ejemplo, líderes políticos comprometidos con la defensa de los derechos humanos sin conocer esta noción, me parece que si concebimos los derechos humanos como una concepción de la justicia que intenta ofrecer una respuesta a los principales interrogantes que plan-

tea la convivencia humana en sociedad, no podemos atribuir a este tipo de teorías —las basadas en derechos humanos— el rasgo de la intemporalidad.

No me cabe duda de que la noción de dignidad como atributo característico de los seres humanos que impide que éstos sufran determinado tipo de tratamientos, ha estado presente desde los albores de la humanidad (aunque es dudoso que el círculo de los seres humanos que disfrutaba de tal dignidad abarcara a negros, mujeres, esclavos, discapacitados...), pero no estoy seguro, repito, de que ello implique proclamar la intemporalidad de las teorías de la justicia basadas en derechos humanos. Además, aunque no me niego a admitir que haya habido comunidades superiores moralmente a las europeas, he de confesar que me cuesta mucho aceptar que haya o haya habido concepciones de la justicia más sólidamente justificadas que las teorías de los derechos humanos.

2. POSIBLE ORGANIZACIÓN DE UN ORDEN INTERNACIONAL JUSTO

Las tesis cosmopolitas del profesor GARZÓN, sostenidas en diferentes publicaciones que no hace falta recordar, y presentes en el libro que prologa, le llevan a defender como máximo ideal alcanzable, frente a las tesis más ambiciosas del autor del libro, «la libre asociación de Estados democráticos [...] para ir acercándose así a una sociedad universal más justa».

Su argumentación es la siguiente: a partir de la noción de «coto vedado», noción básica en su diseño democrático-representativo, se plantea si dicho coto (entendido ahora como derechos humanos más principio de no intervención) existe también respecto de las normas que rigen (o deberían regir) las relaciones entre Estados. Su conclusión es negativa por tres razones: en primer lugar, por las diferencias existentes entre persona individual y Estado soberano, que cuestionan la equiparación entre las nociones de soberanía y legitimidad; en segundo lugar, por la extraordinaria diferencia existente entre la aplicación de sanciones a nivel nacional y a nivel internacional (en este último ámbito las sanciones tienen un carácter tan difuso que, como mínimo, conducen a castigar a inocentes); y por último, por la inexistencia en el orden jurídico internacional de un Estado único mundial que posea legitimidad democrática para imponer su regulación jurídica en dicho ámbito.

Por ello, como apuntaba anteriormente, y aunque proclama que «en el ámbito de la política, tanto a nivel nacional como internacional, la existencia de un “coto vedado” seriamente respetado es la única garantía contra el despotismo y la indecencia», no cree que en aras de asegurar la vigencia del «coto vedado» se pueda ir más allá de procurar la libre asociación de Estados democráticos.

Dos dudas surgen en relación con las consideraciones de GARZÓN: la primera, ¿por qué el principio de no intervención forma parte del coto vedado en el marco internacional? Si asumimos con GARZÓN que los derechos humanos que integran el coto vedado no sólo persiguen en el marco estatal definir un ámbito despolitizado que garantice el ejercicio de la autonomía personal, sino que también son fuente de exigencias de normación positiva pues requieren la intervención política a fin de lograr su vigencia efectiva, no veo especial dificultad en defender que, en el marco de las relaciones inter-

nacionales, y toda vez que muchos Estados no garantizan ese coto vedado, los derechos humanos son también fuente de exigencias de normación positiva internacional, que si chocan con el principio de soberanía estatal, pueden vencerlo, pues, como el propio GARZÓN muestra, la analogía entre persona individual y Estado soberano, y la consiguiente atribución de calidad moral a éste, no son aceptables.

La segunda observación destacaría el carácter pesimista de la propuesta de GARZÓN. ¿No cabría intentar algo más que la mera asociación libre de Estados democráticos?, ¿no merecería la pena procurar una institucionalización internacional más potente, democrática y comprometida con la defensa de los derechos humanos? Quiero pensar que la respuesta afirmativa a ambos interrogantes es algo más que un exceso de la voluntad o que un mal sueño de la razón.

3. LA RELEVANCIA MORAL DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA

Asumiendo en sus consideraciones sobre el principio de dignidad una orientación kantiana, GARZÓN concluye dicha reflexión señalando que dicho principio «fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad», o lo que es lo mismo, que su relevancia moral radica en la «determinación del contenido y alcance no sólo de los derechos humanos, sino de una regulación jurídica moralmente justificable».

No estoy seguro de compartir plenamente el planteamiento de GARZÓN, pues si bien es verdad que podemos justificadamente incluir bajo el paraguas de la dignidad humana todas las exigencias de justicia (y, por tanto, todos los derechos humanos), o, con palabras de GARZÓN, sostener que «los derechos humanos o fundamentales (civiles, políticos, sociales) forman parte esencial de un diseño adecuado para lograr la concreción de las exigencias del respeto a la dignidad humana», me inclino por buscar en este principio, concebido también a la manera kantiana, el fundamento de un grupo especial de derechos, de dos realmente, por un lado, los derechos de la personalidad (que pretenden garantizar nuestra individualidad y nuestro status de sujetos titulares de derechos humanos) y, por otro, los de seguridad, que incluyen las garantías procesales y humanitarias en materia penal.

LOS DEBERES POSITIVOS GENERALES Y EL CONCEPTO DE «CAUSA»

Daniel González Lagier y Ángeles Ródenas

Universidad de Alicante

RESUMEN. En este trabajo se muestra la complejidad que se esconde tras un razonamiento aparentemente sencillo, empleado por Ernesto Garzón en su fundamentación de los deberes positivos generales, consistente en considerar fundada la existencia de un deber en el hecho de que la conducta contraria al mismo es la causa de un daño. Se muestra que este tipo de argumentos admiten varias interpretaciones y que todas ellas plantean inconvenientes: Puede asumirse una noción adscriptiva de causalidad que use criterios normativos para la imputación del *status* de causa, pero entonces el argumento se vuelve circular. En cambio, si se usa la regularidad fáctica como criterio de atribución, el argumento se frustra a sí mismo. La alternativa es «rebajar» la exigencia de una conexión causal a la exigencia de eficacia causal; pero entonces tenemos sólo la mitad del argumento: la otra mitad requiere un complejo razonamiento, de carácter esencialmente normativo. La conclusión final a la que llegan los autores es la de que fundamentar la existencia de los deberes positivos generales requiere, como en el caso de los deberes negativos generales, discutir abiertamente de normas, principios y valores.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, deberes positivos generales, causalidad.

ABSTRACT. This paper shows the complexity underlying the apparently simple argument used by Ernesto Garzón in order to justify general positive duties. This argument is based on the idea that the existence of a duty is justified because the opposite course of action causes harm. It is shown that this type of argument can be interpreted in different ways, and that all of these raise problems: If we take an adscriptive concept of cause, that is, a concept that uses normative criteria in order to impute the status of cause, then the argument becomes circular. In contrast, if we use factic regularity as a criterion of attribution, the argument defeats itself. The alternative is to lower the requirement from a causal connection to causal effectiveness; then, however we only have half of the argument: The other half requires complex reasoning of an essentially normative nature. The authors reach the conclusion that in order to justify the existence of general positive duties the open discussion of norms, principles and values is required, as is the case with general negative duties.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, general positive duties, causality.

1. INTRODUCCIÓN

El excelente e influyente artículo «Los deberes positivos generales y su fundamentación»¹, de Ernesto GARZÓN VALDÉS, plantea uno de los problemas centrales de la teoría moral: la existencia, en pie de igualdad con los deberes negativos generales, de deberes positivos generales; esto es —de acuerdo con la definición que el autor ofrece en este artículo—, deberes «cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa»².

Tras descartar diversos argumentos en contra de la equiparación entre ambos tipos de deberes, Ernesto GARZÓN adelanta un argumento positivo a favor de su fundamentación: en su opinión, y citamos textualmente, «[la] fundamentación de los deberes positivos generales es la misma que la de los deberes negativos generales: la protección de bienes que se consideran valiosos»³. Ernesto asume que los deberes positivos generales tendrían un «carácter eminentemente instrumental», lo que presupone que nuestras omisiones tienen algún tipo de relevancia causal para la producción de un estado de cosas que se considera disvalioso. Si la prohibición de ciertas omisiones, que es lo que hacen los deberes positivos generales, protege estos bienes primarios es porque se asume que existe una relación de causalidad entre tales omisiones y un daño (la lesión a los bienes primarios). Aunque el argumento de GARZÓN en defensa de la fundamentación de los deberes positivos generales es más complejo y tiene más matices, la existencia de esta relación de causalidad ocupa un lugar central en el mismo. Muestra de ello es la cita de John HARRIS que GARZÓN asume y con la que comienza el apartado de su artículo dedicado a la fundamentación, según la cual «No es la existencia de un deber lo que hace que la muerte de quien se está ahogando sea una consecuencia de que no le hayamos prestado auxilio sino que es más bien el hecho de que, a menos que lo auxiliemos morirá, lo que hace que auxiliarlo sea nuestro deber»⁴. En nuestra intervención, inspirados por el artículo de Carlos NINO «El cuatrima del consecuencialismo»⁵, queremos explorar las distintas interpretaciones que pueden tener este tipo de argumentos en función del significado que se le asigne a la noción de «causa» que está detrás de ellos. Nuestra tesis es que este tipo de argumentos, o bien no son adecuados para fundamentar deberes o prohibiciones (pues llevan a diversas falacias), o bien esconden —como nos parece que es el caso en el artículo de Ernesto— un razonamiento complejo que involucra valores y ponderaciones que deben ser explicitados.

2. «CAUSA» COMO NOCIÓN ADSCRIPTIVA

En ocasiones se niega que las omisiones puedan tener eficacia causal. Es cierto, se dice, que las omisiones no interrumpen cursos causales, pero también lo es que no los

¹ Cfr. GARZÓN VALDÉS, 1986: «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 3, pp. 17-33.

² Cfr. GARZÓN VALDÉS, 1986: 17.

³ Cfr. GARZÓN VALDÉS, 1986: 32.

⁴ Cfr. GARZÓN VALDÉS, 1986: 31.

⁵ NINO, 1987: «El cuatrima del consecuencialismo», *Doxa*, n.º 4, pp. 365-366.

ponen en marcha. Por ello, en sentido estricto no pueden ser causa de un resultado, o lo son en menor medida que las acciones. Ernesto GARZÓN rechaza acertadamente esta tesis aludiendo a la idea de un contexto integrado por diversas condiciones necesarias y conjuntamente suficientes del efecto, entre las cuales la omisión es una condición más. Escribe: «Cuando una omisión completa el contexto de las condiciones necesarias y suficientes, es tan causa como la acción que inicia la cadena causal»⁶. Ahora bien, si se parte de esta noción de causa como una condición más de un conjunto, entonces el problema surge cuando se trata de diferenciar a unas condiciones de otras, pues no consideramos «causa» a todas ellas.

Desarrollemos más esta idea. Si asumimos la aproximación a la noción de causa que subyace a la defensa que Ernesto GARZÓN hace de la relevancia causal de las omisiones, entonces una relación de causalidad se da entre un conjunto de condiciones, al que llamaremos contexto causal, y un determinado resultado o efecto. Sin embargo, el contexto causal puede ser muy amplio, pues una descripción completa del mismo debe hacer referencia a todos los estados de cosas que son condición necesaria del resultado o que están conectados (como condición necesaria o suficiente) con alguna condición necesaria del mismo. Para que Ticio mate a Cayo es preciso que los padres de Ticio lo hayan engendrado, pero, obviamente, este ancestral acto no puede ser considerado causa del crimen de Ticio, aunque es una condición necesaria del mismo. Por ello, para que un suceso sea considerado causa de un evento no basta con que sea una de las condiciones que integran el contexto causal, sino que, además, debe ser una condición en cierta manera cualificada. En realidad, hay que distinguir dos fases en la determinación de una relación causal entre dos eventos o sucesos x e y . La primera fase es empírica, y consiste en mostrar que el evento x forma parte del contexto causal que, de acuerdo con ciertas regularidades conocidas, da lugar al evento y . En otras palabras, estamos asumiendo que x tiene (junto con el resto de condiciones del contexto) eficacia causal. La segunda fase tiene carácter atributivo o adscriptivo, es una imputación, y consiste en señalar a x frente al resto de condiciones con eficacia causal como una condición especialmente relevante, lo suficiente como para individualizarla como causa de y . Sin embargo, relevante no quiere decir que tenga más eficacia causal o que sea más directa; cuando decimos, por ejemplo, que la causa del incendio fue una barbacoa mal apagada y descartamos como causa la presencia de oxígeno en el aire no es porque la primera tenga algo así como más «fuerza causal», sino porque la segunda es un suceso que, en algún sentido, no *debería* haber entrado en el contexto causal.

3. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL STATUS DE CAUSA

1. Hay varias maneras de entender la afirmación «el suceso x no *debería* haber entrado en el contexto causal». La primera es claramente normativa, y consiste en entender que *no debería* significar que hay una norma que prohíbe el acto o la omisión de la que se trate. En este sentido, la noción de causa, en contextos en los que se dice x *causó* y , es claramente normativa. Si cuando asumimos que hay una relación de causalidad entre la omisión de contribuir a paliar la situación de pobreza absoluta y algún

⁶ Cfr. GARZÓN VALDÉS, 1986: 27.

bien primario estamos asumiendo esa noción normativa de causalidad, entonces el argumento resulta circular, una petición de principio. Porque esa omisión sólo será la causa del resultado lesivo si existe una obligación de actuar, esto es, si existe el correspondiente deber positivo general. Esta vía no sirve para fundamentar los deberes positivos generales.

2. Otra posibilidad es buscar un criterio de atribución que no sea normativo, sino estrictamente empírico y evite así esta circularidad. Hay dos maneras de hacer esto. La primera es identificar «causa» con cualquiera de las circunstancias que forman parte del contexto causal; esto es, «causa» es cualquier condición con eficacia causal. Sin embargo, es obvio que esta alternativa da lugar a una noción tan amplia que resulta difícil encontrar un ámbito en el que sea útil. Pero para restringir la noción de causa aún nos queda otra alternativa: podemos entender el anterior *no debería* en un sentido dependiente de regularidades fácticas. Una condición resulta anormal (*no debería* estar) en un determinado contexto porque normalmente, como cuestión de hecho, no se da. Sin embargo, con esta noción de causa dependiente de regularidades, y no de normas, no se puede sostener que la omisión de ayudar a reducir la pobreza absoluta sea la causa de la lesión de ciertos bienes básicos, porque, lamentablemente, esta omisión, hoy día, no es una condición anormal (irregular) en el contexto, sino más bien lo contrario. Por tanto, esta vía tampoco es adecuada para fundar los deberes positivos generales.

4. LA MERA EFICACIA CAUSAL COMO FUNDAMENTO DE UNA PROHIBICIÓN

1. Existe todavía un recurso disponible para rescatar la idea de que ciertas conductas pasivas lesionan bienes primarios como fundamento para los deberes positivos. Se trata de sostener que lo relevante no es que omitir ciertas acciones se impute como *causa* de la lesión a los bienes primarios, sino que basta con constatar que tales omisiones tienen *eficacia causal*, esto es, que son una de las condiciones del resultado. Este argumento no identifica «causa» con «condición», sino que se limita a decir que, dado que ciertas omisiones son condición de la lesión de bienes primarios, estas omisiones deben estar prohibidas, con independencia de que sean consideradas o no como su causa. Es decir, la fundamentación de los deberes positivos generales descansaría en la primera fase, estrictamente empírica, de la determinación de una relación causal entre *x* e *y*. Si no hemos entendido mal, ésta es la sugerencia de Juan Carlos BAYÓN en su artículo «Causalidad, consecuencialismo y deontologismo»⁷, en el que discute algunas tesis sostenidas por NINO en «El cuatriléma del consecuencialismo». Nos parece que es en esta clave en la que hay que entender la afirmación de John HARRIS —que Ernesto hace suya— de que es «el hecho de que, a menos que lo auxiliemos [una persona] morirá, lo que hace que auxiliarlo sea nuestro deber».

2. La cuestión es si la mera eficacia causal es un criterio adecuado para la corrección e incorrección moral. No siempre que una acción u omisión forman parte de un contexto causal nos parece fundamentado prohibirla, sobre todo en contextos causa-

⁷ BAYÓN, 1989: «Causalidad, consecuencialismo y deontologismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 6, pp. 461-500.

les tan complejos como éstos: las condiciones con eficacia causal se conectan entre sí formando cadenas causales entre las que podríamos prohibir cualquier acción u omisión que fuera necesaria del resultado dañino. Si dos acciones u omisiones x e y son ambas condiciones necesarias del daño nos basta con suprimir una de ellas para evitarlo, por lo que no parece justificado prohibir las dos. ¿A cuál consideramos moralmente incorrecta y, por tanto, prohibimos? Es necesario contar con un criterio adicional; es decir, necesitamos desarrollar una argumentación que nos permita discriminar entre las condiciones con eficacia causal aquella a la que consideramos moralmente incorrecta, independientemente de que se considere o no *causa* —en sentido estricto— del resultado. Éste sería un razonamiento que exigiría una ponderación entre el bien que se desea proteger y la lesión a otros bienes que la prohibición puede acarrear, así como un juicio acerca de la eficiencia instrumental de la prohibición y acerca de su menor lesividad frente a otras medidas igualmente eficaces. En definitiva, un juicio complejo y, en gran medida, normativo.

5. CONCLUSIONES

Lo que hemos pretendido con los razonamientos anteriores es mostrar la complejidad que se esconde tras un argumento aparentemente sencillo, consistente en considerar fundada la existencia de un deber en el hecho de que la conducta contraria al mismo es la causa de un daño. Hemos visto que este tipo de argumentos admiten varias interpretaciones. Si se asume una noción adscriptiva de causalidad que use criterios normativos para la imputación del *status* de causa, entonces el argumento se vuelve circular. Si usamos la regularidad fáctica como criterio de atribución, el argumento se frustra a sí mismo. La alternativa es «rebajar» la exigencia de una conexión causal a la exigencia de eficacia causal; pero entonces tenemos sólo la mitad del argumento: la otra mitad requiere un complejo razonamiento, de carácter esencialmente normativo. Desarrollarlo es una tarea urgente para quienes deseamos defender la fundamentación de los deberes positivos generales.

FUTURO DE LA DEMOCRACIA Y DEMOCRACIA DEL FUTURO

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN. En «Optimismo y pesimismo en la democracia» Ernesto Garzón Valdés toma como punto de partida una caracterización estándar de la democracia liberal y a partir de ella analiza las condiciones de las que depende la estabilidad de esta clase de régimen político. Por diversas razones de carácter político y social, parece ser que en nuestros días se requieren ciertas transformaciones en el modelo político vigente y por ello sugiere un decálogo de medidas que podrían contribuir a reforzar nuestras frágiles democracias. En este artículo se discute la profundidad de tales cambios y, en particular, la posibilidad y necesidad de introducir un giro deliberativo que se sitúe no sólo en el plano de los diseños institucionales, sino sobre todo en el plano de las teorías subyacentes.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, democracia liberal, democracia deliberativa.

ABSTRACT. In «Optimismo y pesimismo en la democracia» Ernesto Garzón Valdés gives a standard definition of liberal democracy and then considers the conditions that make sustainable this kind of political system. For many social and political reasons, in our days some transformations are needed, and so Garzón suggest a decalogue of measures that could reinforce our fragile democracies. This article argues about the depth of these changes, and, in particular, about the possibility and necessity of a deliberative turn that will take place not only at the level of institutional design, but especially at the level of the theory of democracy on which those institutional changes rest.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, liberal democracy, deliberative democracy.

En *Optimismo y pesimismo en la democracia* Ernesto GARZÓN define esta forma de gobierno como un procedimiento para la toma de decisiones que asegura la paz social y garantiza el máximo de libertad en condiciones de igualdad (2003: 24). En relación con *este* concepto de democracia —se lee en ese texto— cabe mantener una actitud optimista si consideramos probable que se cumplan sus implicaciones prácticas, o pesimista, si pensamos lo contrario.

El resultado de este juicio de probabilidad depende de ciertas valoraciones y de una serie de circunstancias de hecho. En concreto, podremos ser optimistas con respecto al futuro de la democracia si logramos argumentar que el ideal democrático es *coherente* desde el punto de vista conceptual y *plausible* desde el punto de vista empírico. En relación con el primer tipo de condiciones, las de carácter conceptual, GARZÓN VALDÉS discute dos enfoques teóricos que mantienen una apuesta incondicional por la democracia: de un lado, el que asume el valor epistémico de los procedimientos democráticos (la referencia es a CONDORCET, entre los clásicos, y a NINO, entre los contemporáneos); de otro, el que postula la natural sociabilidad o razonabilidad de los miembros de una sociedad democrática (los ejemplos pertinentes, en este caso, son el de HUME y el de RAWLS). A juicio de Ernesto GARZÓN, estas dos concepciones no alcanzan los objetivos previstos porque ninguna de ellas es capaz de garantizar, aunque por razones distintas, la legitimidad de los procedimientos de decisión democrática. Por eso, desde una posición «moderadamente pesimista», considera oportuno establecer alguna clase de *complemento* que esas dos líneas teóricas ignoran o, cuando menos, dejan en segundo plano. Su principal argumento es —como sabemos— que la democracia acaba convirtiéndose en una institución suicida cuando el ámbito de lo que puede ser decidido carece de límites. La democracia requiere, en otras palabras, un conjunto de *muletas morales*. Por eso la democracia contemporánea es una democracia *constitucionalmente restringida*, en la cual la legitimidad de las decisiones deriva del *principio* —que no la *regla*— de las mayorías.

El segundo grupo de condiciones de las que depende nuestra actitud básica de optimismo o de pesimismo en la democracia comprende aquellas condiciones que son de carácter empírico. Como ya hemos apuntado, de lo que se trata aquí es de valorar hasta qué punto es plausible, o quizá razonable, mantener la apuesta teniendo en cuenta las hipotecas que gravan sobre el funcionamiento de las democracias contemporáneas. Entre ellas, GARZÓN VALDÉS menciona la insostenibilidad de los niveles de desarrollo, el impenitente egoísmo y la incurable miopía de la especie humana, el gobierno de los expertos, la multiplicación de los instrumentos de manipulación de la conciencia, la quiebra de las garantías constitucionales y la primacía de la economía sobre la política. En relación con este segundo grupo de condiciones, y una vez descartada la actitud fatalista, que limita cínicamente las posibilidades de transformación de la realidad, propone una serie de recomendaciones que mejorarían las posibilidades de supervivencia de la democracia. El debate, como es obvio, está en saber cuál es la extensión óptima de los «ajustes» necesarios.

Sobre esta base, el decálogo de recomendaciones propuestas por GARZÓN VALDÉS gira en torno a tres núcleos fundamentales. Un primer grupo es de carácter *ético*, pues la supervivencia de la democracia requiere mantener alerta la conciencia y rechazar falsas ilusiones. Un segundo grupo es de carácter *ético-político* o, si se prefiere, de mora-

lidad cívica, pues la democracia decae si no se mantienen vivos los valores de la tolerancia, si no ponemos remedio para evitar el cansancio de la política, y no conseguimos mantener la primacía de la esfera política sobre el ámbito de la economía. Y un tercer grupo es de carácter *político-institucional* o de política constitucional, pues el éxito de la democracia depende de que consigamos garantizar de manera efectiva las reglas del coto vedado, de que adoptemos las medidas necesarias de paternalismo justificable, de que consigamos eliminar las distintas formas de exclusión social, asegurar el control público en la actuación de los expertos y la transparencia de las decisiones.

II. Como bien puede verse, la propuesta de Ernesto GARZÓN no es tan «cautelosa» como dice ser y, en cambio, ofrece un listado muy exigente de indicaciones programáticas para la reforma de las instituciones. No es una propuesta de mínimos, sino de máximos, especialmente desde el punto de vista de la cultura cívica democrática. Lo que yo pregunto es si en nuestros días es suficiente seguir una estrategia como ésta, una estrategia que podemos calificar como *restauradora*, o si, por el contrario, no será necesario dar un paso más, un paso que nos lleve a modificar, en todo o en parte, la concepción de la democracia de la que partimos. En otros términos, lo que me pregunto es si la democracia del futuro será *similar* a la que conocemos, o si, por el contrario, no se verá obligada a convertirse en *una cosa —al menos parcialmente— diferente*. A partir de aquí propongo: 1) un diagnóstico de la situación presente, sustancialmente coincidente, pero algo más pesimista que el de GARZÓN VALDÉS; y 2) un posible remedio para los *obstáculos no previstos* a los que nos enfrentamos (*cf.* BOBBIO, 1984). Frente a lo que GARZÓN sugiere, creo que la democracia sólo será viable en el futuro, sólo tendrá alguna clase de futuro, si logramos reinterpretarla en clave deliberativa.

III. Por lo que respecta al diagnóstico y a la posibilidad del optimismo, no me parece exagerado afirmar que asistimos a una significativa y creciente disminución de los espacios de decisión democrática. Creo además que una teoría realista, moderadamente optimista o pesimista de la democracia está obligada a asumir las consecuencias que se derivan de este proceso. Cada vez son menos los que deciden, o cuando decidimos todos lo hacemos sobre cosas menos importantes. De hecho, no es de extrañar que la democracia le importe cada vez menos a los ciudadanos. Las raíces de esta tendencia vienen de lejos y no cabe esperar remedios mágicos. Es el resultado de procesos tan extensos y profundos como son, entre otros, el vaciamiento de los instrumentos de representación política, el colapso de los mecanismos de separación y equilibrio de poderes, la descomposición del Estado legislativo, con el consiguiente déficit de legitimidad del constitucionalismo contemporáneo. Volveré enseguida sobre estas tres cuestiones.

En suma, creo que no es exagerado afirmar que nos encontramos en una situación que amenaza la *quiebra* de la arquitectura institucional básica de las democracias contemporáneas. Y sospecho además que para hacerle frente no basta con adoptar estrategias meramente paliativas. Pero como, conforme al ejemplo de Ernesto GARZÓN, no quiero dejarme arrastrar por el vértigo del pesimismo pasaré inmediatamente a la segunda de las observaciones que antes he anunciado, que se refiere a las *distintas concepciones* de la democracia y a su viabilidad en nuestro contexto político y cultural.

IV. No hace falta ser un lector demasiado perspicaz para percatarse de la desconianza de Ernesto GARZÓN frente a las teorías deliberativas de la democracia. Las anteriores referencias a las concepciones epistémicas de la democracia y a la noción rawl-

siana de razonabilidad son ya una prueba suficiente de ese recelo. Pero, sobre todo, basta leer sus críticas a la —que él llama— *falacia de la identificación entre consenso y legitimidad* y sacar las conclusiones pertinentes (GARZÓN, 1994). No es éste el lugar para reconstruir sus argumentos, ni tampoco para reflejar la diversidad de posiciones que suelen incluirse bajo el lema de la democracia deliberativa, pero sí me gustaría llamar la atención sobre un par de circunstancias que, a mi entender, deberían ser objeto de una discusión más detallada. En primer lugar, creo que ninguna propuesta (sensata) de deliberación democrática contempla un ideal en el que se deba poner en discusión *todo y en todo momento*, desconociendo la necesidad de fijar reglas *funcionalmente análogas* a las del coto vedado. Lo que aporta la perspectiva deliberativa es la idea de que tales reglas *pueden* evolucionar conforme a las pautas —a los procedimientos— que ellas mismas establecen. Y creo, en segundo lugar, que la tesis según la cual la estabilidad democrática requiere calificar una serie de principios básicos del orden político como materias *no negociables*, no implica que sobre ellas no quepa deliberación alguna.

Me detendré un instante sobre esta última cuestión. La razón más fuerte para reivindicar el giro deliberativo en el pensamiento democrático se encuentra *hoy* en la progresiva disolución de *algunas evidencias fundamentales* sobre las que habían sido edificadas las teorías de la democracia dominantes en la segunda mitad del siglo XX, tanto en el campo de las teorías elitistas, como en el de las teorías participativas. En concreto, y retomando lo que se apuntó más arriba, me parece que hay al menos tres grandes ámbitos en los cuales nos enfrentamos a dificultades de la máxima intensidad y que son, ante todo, dificultades de carácter epistémico: *a*) en el *conocimiento* de los intereses y preferencias que determinan el contenido de la relación de representación política; *b*) en el *conocimiento* de las técnicas adecuadas para asegurar la separación y el equilibrio de poderes; *c*) en el *conocimiento* de la voluntad del soberano democrático, típicamente a través de las palabras de la ley. Tres ficciones —acerca de la formación de una voluntad colectiva, acerca del equilibrio virtuoso de poderes como garantía de libertad, acerca de la posible vigilancia crítica del poder por parte de la opinión pública— y tres funciones —representar, limitar, controlar— que se han vuelto especialmente inestables en el marco de sociedades complejas y cuya vigencia se halla estructuralmente vinculada al buen desarrollo de ciertos procesos de comunicación política.

Por lo demás, nadie duda de que la síntesis entre democracia y Estado de Derecho sea el mejor remedio conocido para evitar ciertos males intolerables. Lo único que se dice es que, *dadas una serie de circunstancias*, se ha vuelto cada vez más difícil saber cuáles son y dónde aparecen esos males. A duras penas logramos mantener vivas en la memoria algunas *grandes calamidades* que han marcado el desarrollo de la conciencia ética moderna (los horrores del siglo XX, la esclavitud en sus múltiples formas, las guerras de religión, el terrorismo de Estado...), pero carecemos de instrumentos adecuados para identificar una infinidad de *pequeños males cotidianos* de los que depende no sólo el futuro de la democracia, sino incluso la supervivencia de la especie. Males perfectamente *banales* si comparados con que causan las políticas energéticas, las subvenciones a la agricultura en el primer mundo, las patentes farmacéuticas, etc., pero males relevantes.

V. No sé cuál es la forma más inteligente para gestionar el incremento de la ignorancia sobre los *males menores*, pero lo que sí me parece claro es que la incertidumbre afecta hoy a los presupuestos epistémicos fundamentales de nuestras teorías de la de-

mocracia. El interés de las propuestas deliberativas está, por tanto, en la ayuda que nos ofrecen para *re-construir* algunas de esas evidencias, al tiempo que nos permiten *de-construir* otras. Dicho de otro modo, la deliberación democrática nos acompaña en el proceso de aprendizaje a través del cual llegamos a reconocer los males que nos rodean (*cf.* THIEBAUT, 2001). Nos proporciona *pautas de racionalidad intersubjetiva* para dibujar la frontera entre intereses primarios y secundarios, entre lo tolerable y lo intolerable. Y nos ayuda también a clarificar los límites de la decencia y la indecencia, así como de la atribución de responsabilidades tanto en el ámbito moral, como en el ámbito político. Por eso me atrevo a afirmar que la democracia y el consenso —en alguna de sus múltiples formas— sí son relevantes y que lo son *precisamente en ese terreno fronterizo* en el que perdemos pie en el suelo firme de las evidencias. Deliberamos, como explica el propio GARZÓN VALDÉS, sobre lo que no conocemos con certeza.

Si esto es cierto, es probable que en el futuro nos veamos obligados a introducir algunos cambios en el diseño de las instituciones democráticas, pero también —y sobre todo— en el marco de sus teorías subyacentes. Cambios que traerán algo más que simples «ajustes». En un mundo en que las evidencias tienden a desvanecerse estamos obligados a reconstruirlas sobre la marcha, pragmáticamente, con la única ayuda de lo que sabemos acerca de cómo funcionan —y de cómo podrían llegar a funcionar— los procesos de entendimiento democrático.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BOBBIO, N., 1984: *Il futuro della democrazia*, Torino: Einaudi.
- GARZÓN VALDÉS, E., 2003: «Optimismo y pesimismo en la democracia», *Claves de Razón Práctica*, 131: 24-32.
- 1994: «Instituciones suicidas», *Isegoría*, 9: 64-128.
- THIEBAUT, C. 2001: «La democracia y el rechazo del daño. Sobre las condiciones públicas de la moral», en R. MAIZ (ed.), *Construcción de Europa, democracia y globalización*, vol. 1, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 53-66.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS SOBRE LA SOBERANÍA. UN COMENTARIO

Riccardo Guastini

Universidad de Génova

RESUMEN. El autor discute un ensayo de EGV sobre los límites jurídicos de la soberanía. EGV distingue dos conceptos de soberano: el soberano-0 (el legislador originario del sistema jurídico) y el soberano-1 (el poder más alto dentro de un sistema jurídico ya establecido). Ahora bien, no tiene sentido hablar de limitaciones jurídicas con referencia al soberano-0, ya que, por definición, sus actos normativos no están reglados por ninguna norma jurídica; en cambio, sí se puede hablar de limitaciones jurídicas del soberano-1, ya que sus actos sí están reglados por normas jurídicas que precisamente lo limitan. RG comparte esta tesis, pero hace tres observaciones. (1) A la misma conclusión podría llegarse analizando los posibles significados de «jurídica» en la expresión «autoridad jurídica suprema»: en un primer sentido, «jurídica» es una autoridad creadora de Derecho; en un segundo sentido, «jurídica» es una autoridad creada por el Derecho. Una autoridad suprema creadora de Derecho no puede tener límites jurídicos, mientras que una autoridad creada por el Derecho, aunque «suprema» (dentro de las autoridades instituidas) no puede no tenerlos. (2) La terminología artificial propuesta por EGV podría ser sustituida por una terminología más simple: los términos usuales «poder constituyente» y «poderes constituidos». (3) El análisis de la soberanía de EGV no puede considerarse completo, porque no abarca el concepto de soberanía del Derecho internacional general, que es precisamente *conditio sine qua non* de la existencia de obligaciones internacionales, es decir, de limitaciones jurídicas, para los Estados.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, soberanía, poder constituyente, poder constituido.

ABSTRACT. The author discusses a paper by EGV concerning the legal limits, if any, of sovereignty. EGV distinguishes two concepts of sovereign: sovereign-0, i.e. the «first» legislator of the legal system at hand, and sovereign-1, i.e. the higher normative power within an already existent legal system. In his view, there is no sense in talking about legal limits as far as the sovereign-0 is concerned, since his normative acts are not governed by any previous legal rule, while the sovereign-1 is limited precisely by the legal rules that govern his acts. RG agrees with such a thesis. Nevertheless, he makes three points. (1) The same conclusion could be reached by means of a different strategy, i.e. by analyzing the meanings of «legal» in the context of the phrase «supreme legal authority». In a first sense, a «legal» authority is a law-creating one; in a second sense, a «legal» authority is an authority created by the law. Now, it is a matter of course that a supreme law-creating authority cannot be limited by the law, while any authority created by the law, although «supreme» (within the existent authorities), is necessarily limited by the legal rules by which it was created. (2) The artificial terminology proposed by EGV could be easily substituted by the standard terminology «constituent power» *v.* «constituted powers». (3) EGV's analysis of sovereignty does not apply to international sovereignty of states, since international sovereignty is a *conditio sine qua non* for the very existence of international obligations, hence legal limits, of states.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, sovereignty, constituent power, constituted power.

0. LA TESIS DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

En un ensayo de 1983 sobre los límites jurídicos de la soberanía¹, Ernesto GARZÓN VALDÉS (en lo que sigue EGV) introduce una importante distinción entre dos conceptos de soberano: en su terminología, el «soberano-cero» y el «soberano-uno».

El soberano-cero no es otra cosa que el soberano sin más (o «autoridad suprema») en el sentido de G. H. VON WRIGHT²: es decir, el agente que realiza el acto normativo (el acto de dictar una norma) que no está reglado por otra norma antecedente de nivel superior, o sea —con las palabras de EGV— «el legislador originario del sistema» jurídico de que se trata.

El soberano-uno, en cambio, es el poder más alto dentro de un sistema jurídico ya establecido: el agente al cual la propia ley (dictada por el legislador originario) atribuye el poder de reglar la conducta social; el legislador, cabe decir, no «originario», sino «derivado».

(Hace falta precisar que, en ambos contextos, se habla de «legislador» y de «ley» no en el sentido formal, sino en el sentido material: en este sentido, «ley» se refiere a cualquier norma general y abstracta, y «legislador» a cualquier agente creador de normas generales y abstractas. En otras palabras, «ley» abarca también las constituciones, así como los reglamentos del ejecutivo; y «legislador» abarca cualquier sujeto con competencia normativa, incluido el poder constituyente)³.

Esta distinción permite a EGV sacar una conclusión muy simple: por un lado, no tiene sentido hablar de limitaciones jurídicas con referencia al soberano-cero, ya que, por definición, sus actos normativos no están reglados por ninguna norma jurídica; por otro lado, en cambio, sí se puede hablar de limitaciones jurídicas del soberano-uno, ya que sus actos sí están reglados por normas jurídicas que precisamente lo limitan (y por esta razón dichos actos pueden ser válidos o inválidos).

La distinción de EGV, así como su conclusión, me parece perfecta. Sin embargo, voy hacer algunas observaciones marginales.

1. DOS TIPOS DE AUTORIDADES «JURÍDICAS»

Primera observación: me parece que la misma conclusión de EGV podría ser sacada por otra vía, tal vez más simple.

Según la definición estándar —que incluso EGV, al menos *prima facie*, acepta— el soberano es la «autoridad jurídica suprema». Pero ¿qué quiere decir «jurídica» en este

¹ GARZÓN VALDÉS, 1993: «Las limitaciones jurídicas del soberano», en *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 181 y ss.

² VON WRIGHT, 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul, pp. 191 y ss.

³ Una importante discusión del concepto de ley en sentido material se encuentra en CARRÉ DE MALBERG, 1984: *La loi, expression de la volonté générale* (1930), París: Nueva Impresión Económica, 1984.

contexto? Esta palabra, en tanto predicado de una autoridad, es ambigua de la forma siguiente:

- i) puede denotar una autoridad *creadora de Derecho*, o bien
- ii) una autoridad *creada* (y reglada) *por el Derecho*.

Una autoridad suprema que sea «jurídica» en el primer sentido es sencillamente una autoridad *de facto* —creadora de Derecho, pero no creada por el derecho— cuyas normas son consideradas Derecho vigente no en virtud de otra norma preexistente que le otorgue competencia, sino sobre la base del principio de efectividad⁴. Y la autoridad *de facto* suprema de un sistema jurídico parece ser, sencillamente, el poder creador de la constitución (o mejor dicho de la «primera» constitución en el caso de una secuencia de constituciones cada una de las cuales está fundada sobre la constitución precedente⁵).

Una autoridad «jurídica» en el segundo sentido es cada autoridad instituida por el propio derecho (por medio de normas de competencia), y la autoridad suprema, dentro de las autoridades instituidas, es la autoridad cuyas decisiones no pueden (en sentido deóntico) ser derrotadas por ninguna otra autoridad: en este sentido, por ejemplo, es autoridad suprema el parlamento en algunos sistemas jurídicos, el tribunal constitucional en otros.

La autoridad *de facto*, siendo *de facto*, puede por cierto tener límites fácticos, pero no puede lógicamente ser limitada por normas jurídicas: de otra manera, no sería *de facto*, se convertiría en autoridad «jurídica» en el segundo sentido.

Cualquier autoridad «jurídica» en el segundo sentido, en cambio, sí puede ser jurídicamente limitada por normas —o, mejor dicho, metanormas— de varios tipos: tanto por metanormas (en sentido amplio) sobre el procedimiento normativo, como por metanormas (en sentido estricto) sobre el contenido de las normas futuras.

2. PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS

Segunda observación: me parece que la misma distinción introducida por EGV podría ser hecha sin necesidad de recurrir a la terminología artificial «soberano-cero» *vs.* «soberano-uno». Terminología que, por otra parte, no es muy feliz, ya que en un sentido importante el soberano-uno —siendo limitado por normas jurídicas— no es «soberano» en absoluto.

En efecto, ya existe en la teoría constitucional una terminología estándar que permite capturar los dos conceptos de EGV. Me refiero a la oposición poder constituyente *vs.* poderes constituidos⁶.

Hace falta precisar que en la teoría constitucional se encuentran dos distintos conceptos de poder constituyente, un concepto «formal» y otro «sustancial»:

⁴ KELSEN, 1945: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.): Harvard U. P., pp. 118 y ss.

⁵ KELSEN: pp. 115 y ss.

⁶ Como se sabe, la primera formulación de esta distinción se encuentra en SIEYÈS, 1789: *Qu'est-ce que le tiers état?* Una discusión interesante de varios problemas conectados con el poder constituyente se encuentra en KLEIN, 1996: *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris: PUF.

i) Desde el punto de vista formal (el de H. KELSEN, por ejemplo), constituyente es un poder no constituido, es decir, no otorgado y reglado por ninguna norma jurídica preexistente, y por tanto fáctico⁷: «extra ordinem», como se dice en la doctrina constitucional italiana⁸;

ii) Desde el punto de vista sustancial (el de C. SCHMITT, por ejemplo), constituyente es cualquier poder —fáctico o legal, no importa— que toma la «decisión política fundamental», es decir, elige «los principios supremos del ordenamiento», o «la forma del Estado», o algo por el estilo⁹.

Ahora bien, es el concepto formal de poder constituyente el que nos interesa aquí.

El soberano-cero no es otra cosa que el poder constituyente en sentido formal.

El soberano-uno es el más alto de los poderes constituidos, es decir, el poder legislativo dentro de un régimen de constitución flexible, el poder de revisión constitucional dentro de un régimen de constitución rígida.

El poder constituyente, siendo no constituido, por definición, no tiene limitaciones jurídicas: como no ha sido otorgado por ninguna norma jurídica, ninguna norma jurídica puede reglarlo. En este sentido, el poder constituyente es soberano. Y por eso no tiene sentido hablar de validez (o de invalidez) de la constitución¹⁰.

Cualquier poder constituido, en cambio, siendo otorgado por una metanorma jurídica, desde luego puede ser limitado por esta misma o bien por otras metanormas. Y por eso sus normas pueden ser válidas o inválidas.

Sin embargo, dentro de una constitución flexible, el legislador: primero, sólo tiene límites formales relativos al procedimiento legislativo, no límites sustantivos relativos al contenido de las leyes; segundo, en virtud de la flexibilidad de la constitución, tiene incluso el poder de derogar los límites formales, y por tanto de librarse de cualquier límite¹¹. En estas circunstancias, el legislador —aun siendo conceptualmente un poder constituido— puede ser considerado «sustancialmente» soberano.

Hace falta decir, sin embargo, que fuera de estas circunstancias (hoy en día muy especiales) el predicado «soberano» referido a cualquier poder constituido es simplemente un mal uso del lenguaje.

3. EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

Tercera observación: el análisis de la soberanía hecha por EGV no puede considerarse completo, porque no abarca el concepto de soberanía que se encuentra en el Derecho internacional general (o, mejor dicho, en la doctrina internacionalista: siendo el

⁷ KELSEN, 1945: p. 259.

⁸ Por ejemplo: PALADIN, 1996: *Le fonti del diritto italiano*, Bologna: Il Mulino, pp. 16 y ss.

⁹ SCHMITT, 1928: *Dottrina della costituzione*, trad. it. Milano: Giuffrè, 1984, p. 41.

¹⁰ GUASTINI, 2006: «Jugements de validité», en DE BÉCHILLON, D.; BRUNET, P.; CHAMPEIL-DESPLATS, V., y MILLARD, E. (eds.) 2006: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Économica, 2006; GUASTINI, 2004: «Proyecto para la voz "Ordenamiento jurídico" de un diccionario», en *Doxa*, 27.

¹¹ Sobre los límites de la legislación dentro de un ordenamiento con constitución flexible resulta fundamental el trabajo de Esposito, 1934: *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, nueva impresión Milano: Giuffrè, 1964.

Derecho internacional general un conjunto de normas consuetudinarias, no hay otra formulación de sus normas que la ofrecida por la doctrina o, a veces, por las convenciones que codifican costumbres preexistentes).

En Derecho internacional: primero, «soberanía» es un predicado no de poderes dentro de un ordenamiento jurídico, sino de estados, es decir precisamente de ordenamientos; segundo, «soberanía» significa no *summa potestas* —como en Derecho constitucional— sino (más o menos) independencia, en particular, independencia jurídica, un ordenamiento es jurídicamente independiente de cualquier otro ordenamiento si, y solo si, es un ordenamiento «originario», es decir, posee su propia constitución¹².

Ahora bien, en el Derecho internacional: por un lado, la soberanía —en el sentido que he dicho— es un elemento de la propia definición de «estado» (por definición, un ordenamiento no soberano no es un estado); y, por otro lado, los estados son los (únicos) sujetos del ordenamiento internacional. Dicho de otra forma, la soberanía es uno de los presupuestos para ser destinatarios de normas internacionales.

Evidentemente, en este tipo de contexto, sería un grave error conceptual decir que la soberanía es incompatible con cualquier límite jurídico¹³. Los estados, en tanto soberanos, sí son recíprocamente independientes, pero no son independientes del Derecho internacional¹⁴. La soberanía de los estados, en tanto presupuesto de la aplicabilidad de normas internacionales, es precisamente la *condicio sine qua non* de la existencia de obligaciones internacionales, y entonces de limitaciones jurídicas, para los estados. Es decir, la soberanía internacional no excluye, sino implica limitaciones jurídicas¹⁵.

¹² GUASTINI, 2006: *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino: Giappichelli, 2006, pp. 207 y ss.

¹³ Es el error de FERRAJOLI, 1995: *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano: Anabasi.

¹⁴ KELSEN, 1920: *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. it. Milano: Giuffrè, 1989.

¹⁵ A menos que se sostenga que el ordenamiento internacional no es un ordenamiento «jurídico», lo que, como se sabe, es perfectamente posible.

¿SE PUEDE PLEITEAR? PLATÓN, GARZÓN Y LA DEONTOLOGÍA DE LOS ABOGADOS

Liborio L. Hierro

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. Ernesto Garzón defiende que no cabe hablar de una moral institucional (y, por tanto, de una deontología o moral profesional) que sea distinta de la moral que rige las acciones individuales. Él sostiene, por el contrario, que si admitimos peculiaridades en una moral institucional (M) frente a la moral individual (Mⁱ) es utilizando necesariamente una moral superior (Mⁱⁱ) que impone obligaciones especiales derivadas del rol o función social. Este trabajo desarrolla, brevemente, cuál sería el contenido de Mⁱⁱ, esto es: *a)* justificar el rol, *b)* justificar la organización institucional del rol y *c)* justificar los derechos y obligaciones excepcionales que se derivan del rol y de su organización.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, moral institucional, deontología.

ABSTRACT. Ernesto Garzón upholds that it is not possible to talk about institutional morality (and therefore about deontology or professional ethics) as any different from individual morality. He claims, on the contrary, that if we admit any peculiarities in institutional morality (M) as opposed to individual morality (Mⁱ), then we are necessarily using a higher morality (Mⁱⁱ) which imposes special obligations derived from the social position or role. This article briefly develops the content of Mⁱⁱ, that is: *a)* role justification, *b)* the justification of the way the role is institutionally structured and *c)* the justification of the exceptional rights and duties derived from the role and the way it is structured.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, institutional morality, deontology.

Afirma PLATÓN, en «Las leyes», que si la justicia es una virtud, litigar debe ser una cosa buena, aunque se encuentra desacreditada por un «azote que se ha puesto por nombre el bello nombre de arte y que, en primer lugar, afirma que existe un procedimiento para pleitear... y que este arte, como tal, y el modo de argumentar que de ella nace, pueden serle dados a cualquiera que a cambio de ellos dé dinero» (*Las leyes*, XI, pp. 937-938), de lo que concluye que en una ciudad ideal no debe haber abogados y que si un ciudadano practica este ejercicio por afán de riquezas debe ser muerto y si sólo lo practica por amor propio, cuando lo haga por segunda vez también debe morir. Ernesto GARZÓN, por su parte, sostiene tres tesis que a fin de cuentas tienen que ver con esto. La primera dice que lo bueno ético es totalmente diferente de lo bueno técnico: «precisamente porque lo bueno ético se encuentra en un nivel diferente del de lo bueno técnico, tiene sentido preguntarse acerca de la calidad moral de las acciones técnicamente correctas y no es contradictorio afirmar que éstas pueden ser moralmente incorrectas» (GARZÓN, 1993: p. 545). La segunda dice que no es posible distinguir entre un ámbito de la moralidad privada y un ámbito de la moralidad pública que obedezcan a principios distintos, aun cuando cabe conceder que generalmente los problemas y las soluciones en el ámbito privado son más simples (*ibidem*, p. 550). La tercera dice que no hay una moral profesional específica (lo que habitualmente se denomina «deontología») ya que «el fundamento de estas obligaciones puede ser explicado también deontológicamente, recurriendo a los principios de la moral ordinaria» (*ibidem*, p. 550)¹.

Parece que coincide GARZÓN con su buen amigo Aulis AARNIO quien llega, con similares argumentos, a la conclusión de que no existe tal cosa como la «deontología profesional». «Mi tesis principal —dice AARNIO— es que de facto no hay una ética profesional particular de los juristas (ni de ninguna otra profesión) más allá o por encima de los principios éticos que obligan a todo el mundo» (AARNIO, 2001: p. 2). Creo que la explicación última de esta posición se encuentra formulada, con su habitual claridad, en las siguientes palabras de Ernesto GARZÓN: «... los principios a los que se recurra para la justificación de las instituciones no pueden contradecir los que rigen para las acciones individuales de los hombres; admitir que hay una moral M para las instituciones, diferente de una moral M' que rige las acciones individuales, nos conduce necesariamente a tener que recurrir a una moral M'' superior a ambas que nos permita decidir en caso de conflicto y adoptar una línea de acción justificada moralmente. Pero, en este caso no estamos ya frente a dos morales diferentes sino que tenemos un mismo sistema moral que impone ciertas obligaciones a una clase de personas y otras, a otras, en virtud de las distintas funciones sociales que desempeñan o de su posición en la sociedad...» (GARZÓN, 1993: p. 553).

Ejercer una profesión es, en efecto, asumir un cierto rol institucional y asumir el conjunto de obligaciones y derechos que se derivan de él². Pero es necesario distinguir tres

¹ En la p. 548 GARZÓN discute la tesis de Benjamin FREEDMAN según la cual —dice GARZÓN— «mientras la moral ordinaria responde a las características básicas de todo ser humano, la moral profesional deriva de las notas específicas de papeles sociales determinados y permite la realización de actos que desde el punto de vista de la moral ordinaria estarían prohibidos».

² KIPNIS, 1991: p. 574: «To become a good professional is, in part, to identify oneself as occupying a certain institutional role».

tipos distintos en estos conjuntos de obligaciones y derechos profesionales. El primero es el de los derechos y obligaciones que no son en absoluto específicos aunque mantengan su vigor con ocasión del desempeño profesional; que un profesional no deba mentir a un cliente o no deba injuriar a un colega no tiene nada de específico puesto que tampoco se debe mentir a un familiar ni injuriar a un vecino; que deba realizar su trabajo con diligencia y honestidad es algo que moralmente se le puede exigir a cualquier tipo de profesional, a un comerciante o a cualquier trabajador, sea cual sea la peculiaridad de los roles que desempeña. El segundo es el de los derechos y obligaciones que sí pueden considerarse específicos en el sentido de que sólo corresponden al que ejerce una cierta profesión aunque se derivan, por conclusión o por determinación sin mayor problema, de normas morales de carácter general; su carácter específico estriba simplemente en que el que no ejerce esa profesión no se encuentra en la ocasión de aplicación de la norma (por ejemplo, si afirmamos que el médico tiene el deber moral de actualizar sus conocimientos médicos y el abogado sus conocimientos jurídicos)³. El tercero es el de los problemas interesantes, los problemas interesantes aparecen cuando comprobamos que, en muchos casos, el rol profesional requiere y justifica conductas que son contrarias a las normas morales generales y que ello es lo que ha generado ciertas costumbres, normas morales o normas jurídicas peculiares: cuando el profesional tiene el derecho o la obligación, en virtud de su rol, de hacer algo que en circunstancias normales está prohibido o cuando tiene prohibido hacer algo, en virtud de su rol, que en circunstancias normales está permitido o incluso es obligatorio⁴. Si esto es así, como parece, todo depende entonces de lo que diga M". Y ¿qué dice M" sobre el arte de pleitear?

Muy a pesar de PLATÓN, una llamativa peculiaridad de la actual configuración institucional de las profesiones jurídicas es que da lugar a roles profesionales que no sólo son diferentes sino contrapuestos. Aunque a veces se pretende diferenciar el sistema anglosajón de «common law» y el sistema continental de «civil law» por su respectivo carácter adversarial e inquisitorial (HAZARD, 1978: pp. 129 y 131-132) lo cierto es que, cada vez más, los sistemas continentales de aplicación del Derecho se ajustan también al diseño «adversarial» que aquí solemos denominar «contencioso» porque tiene la estructura de una contienda entre partes (MARRADI, 1983: p. 1515) y, aun cuando el juez asuma ciertas funciones inquisitoriales en la instrucción penal, ello apenas desdibuja esa estructura contenciosa y los roles distintos y contrapuestos que ella genera. Por lo que se refiere a los abogados es difícil sustraerse a la convicción dominante de que la relación del abogado con el cliente consiste, en cualquier orden de actividad, en optimizar los intereses del cliente dentro del marco de posibilidades legales. La contraposición entre el abogado-servidor-del-cliente y el abogado-colaborador-de-la-administración-de-justicia es, muy plausiblemente, un dilema mal planteado pues en un sistema contencioso el abogado, ya sea en la actividad preventiva ya sea en la actividad conflictual, asume el rol de servir al cliente y es asumiendo ese rol como realiza su aportación específica a la administración de la justicia. Como dijo Lord Brougham, cuando tuvo

³ Véase en este sentido GARZÓN, 1993: p. 553: «...de la misma manera que puede decirse que los padres tienen obligaciones diferentes de las de los hijos o los solteros de los casados, sin que por ello hablemos de sistemas morales diferentes».

⁴ Como indica Daryl KOEHN, es esta peculiaridad lo que llama la atención de los filósofos: «that professionals understand themselves as ruled by ethical norms or standards which permit, and maybe even oblige professionals, to performations not permitted by the "ordinary" norms applicable to the rest of us» (KOEHN, 1994: p. 3).

que justificarse por asumir la defensa de Carolina de Brunswick contra el rey Jorge IV, en cuanto abogado la protección de su cliente era: «el primer y único deber; y que al cumplir este deber... [el abogado] *debe actuar sin preocuparse de las consecuencias, aunque sea su desgraciado destino meter a su patria en la confusión*».

Para dormir tranquilo tras haber metido a la patria en la confusión, o simplemente tras haber conseguido que un deudor no pague su deuda, hace falta —; desde luego!— tener un buen pretexto moral. La moral ordinaria (la M' de GARZÓN) parece ofrecer pocos pretextos para acciones de este tipo; más bien parece poner seriamente en cuestión la justificación moral de semejante actividad profesional y concede así la razón a PLATÓN. La moral especial (o institucional, la M de GARZÓN) parece ofrecer demasiados pretextos; terminaría por justificar cualquier tipo de acción requerida por razones sedicentemente técnicas en los contextos difíciles (violencias, torturas, tráfico ilícito, contrabandos, secuestros, informaciones falsas, rebeliones armadas,...). Obviamente sólo nos cabe recurrir a M". Ernesto GARZÓN la configura como una meta norma moral que resuelve los conflictos entre M' y M. Me parece que M" tiene que prevenir esos conflictos y, para hacerlo, requiere que las obligaciones y derechos profesionales especiales que se trata de justificar satisfagan tres condiciones:

1) Que la función profesional del que se derivan esté justificada (esta primera condición podría denominarse «de la finalidad»),

2) Que la conducta excepcionalmente prohibida, obligatoria o permitida, sea una conducta instrumentalmente necesaria para cumplir la función profesional (condición «de la necesidad»), lo que se desdobra en

2.1) que sea instrumentalmente adecuada para cumplir la función (condición «de la adecuación»),

2.2) que no exista una conducta alternativa y conforme con las normas morales generales que satisfaga en los mismos términos el cumplimiento de la función (condición «de la ausencia de alternativa»),

3) Que la conducta excepcionalmente prohibida, obligatoria o permitida no implique la violación de una regla o principio de un mayor peso moral que los que son servidos por la función profesional.

La deontología normativa requiere, por tanto: *a)* justificar el rol, *b)* justificar la organización del rol y *c)* justificar los derechos y obligaciones excepcionales que se derivan del rol y de su organización. Este sería el contenido de M". Si ello da lugar a algo que se puede llamar «moral especial» o se trata sólo de una adecuada prolongación de la «moral ordinaria» me parece secundario. Por cierto, y para terminar por donde empecé: no creo que pleitear sea una actividad profesional moralmente supererogatoria, «cuya realización permite calificar al actor de santo o de héroe» (GARZÓN, 1993: p. 552, comentando a URMSON), pero tampoco creo —; claro!— que esté moralmente prohibida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AARNIO, A., 2001: «Lawyers Professional Ethics. Do They Exist?», *Ratio Juris*, vol. 14, pp. 1-9
- BOBBIO, N., y MATTEUCCI, N., 1983: *Diccionario de Política*, Madrid: Siglo XXI (Original: *Dizionario di Política*, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1976).

- GARZÓN, E., 1993: *Derecho, Ética y Política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (se cita en particular el artículo «Moral y política», original de 1984 e incluido allí en pp. 541-560).
- HAZARD, G. C., 1978: *Ethics in the Practice of Law*, New Haven: Yale University Press.
- KIPNIS, K., 1991: «Ethics and the Professional Responsibility of Lawyers», *Journal of Business Ethics*, n.º 10, pp. 569-576
- KOEHN, D., 1994: *The Ground of Professional Ethics*, London: Routledge.
- MARRADI, A., 1983: *Sistema judicial*, en BOBBIO-MATTEUCCI, 1983: pp. 1514-1522
- PLATÓN, *Las leyes*; citada por la edición de J. M. PABÓN y M. FERNÁNDEZ GALIANO, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE LO ÍNTIMO, LO PRIVADO Y LO PÚBLICO DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Isabel Lifante Vidal

Universidad de Alicante

RESUMEN. El artículo analiza la distinción entre el ámbito de lo íntimo, lo privado y lo público trazada por Ernesto Garzón Valdés, poniendo de manifiesto la existencia de dos tipos de valoraciones implícitas en dicha caracterización: las relativas a la accesibilidad o divulgación de una conducta, y las relativas a la imposición de límites normativos a dicha conducta. A partir de ahí, y centrándose exclusivamente en el primer tipo de cuestiones, propone una manera alternativa de caracterizar el ámbito de lo íntimo, lo privado y lo público.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, ámbito íntimo, ámbito privado, ámbito público.

ABSTRACT. This article analyses the distinction that Ernesto Garzón Valdés draws between the intimate, the private and the public spheres. It is remarked that in this characterisation two kinds of evaluative considerations are involved: those relative to the accessibility or publicity of a conduct, and those concerning the imposition of normative constraints to such a conduct. Starting from this point and focusing exclusively on the first kind of questions, the article proposes an alternative way to characterise the intimate, the private and the public spheres.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, intimate sphere, private sphere, public sphere.

Podríamos decir que apenas hay asunto de relevancia moral al que Ernesto GARZÓN VALDÉS no haya aportado algún análisis esclarecedor y sugerentes propuestas normativas. Éste es, obviamente, el caso de su trabajo «Algunos comentarios sobre lo íntimo, lo privado y lo público», publicado en la revista *Claves*, en 2003¹, sobre el que aquí pretendo presentar unos breves comentarios. En ese trabajo, Ernesto GARZÓN pretende superar algunos de los problemas que plantea la clásica contraposición entre lo privado y lo público. Para ello propone introducir junto a estas categorías una tercera: la de lo íntimo; de modo que en su opinión deberían distinguirse tres ámbitos, y no sólo dos, en los que se podrían afectar los derechos o intereses de un individuo. Pretende así «demostrar que sí puede establecerse una distinción plausible entre lo íntimo, lo privado y lo público y que, en todo caso, la distinción entre lo privado y lo público es fundamental para determinar el alcance normativo de un sistema político-jurídico»². Su objetivo es, por tanto, ofrecer elementos que nos ayuden a determinar con mayor precisión la evaluación moral de las conductas realizadas en estos ámbitos y, como consecuencia, nos permitan establecer criterios para la legitimación de la intervención de terceros, fundamentalmente la estatal, en cada uno de ellos.

Creo que esta tripartición aporta, tal y como pretende su autor, claridad conceptual, ayudando a superar muchos de los malentendidos originados por la tradicional contraposición entre lo privado y lo público, y le permite plantear sugerentes propuestas de cómo deben estar delimitados estos tres ámbitos para considerar legítimo un sistema político o jurídico. Lo que a continuación me propongo hacer en estas páginas es simplemente presentar unas breves reflexiones sobre el modo en que estas tres categorías son trazadas por Ernesto GARZÓN, y a partir de ellas plantear algunas dudas y sugerencias originadas por la lectura de este concreto trabajo.

Recordemos la caracterización que Ernesto GARZÓN realiza en su artículo de estos tres ámbitos. Lo «íntimo» sería el ámbito tanto de los pensamientos de cada cual, de la formación de decisiones («lo aún no expresado y que probablemente nunca lo será»), como de aquellas acciones cuya realización no requiere la intervención de terceros y tampoco los afecta (que incluiría las acciones autocentradas o de tipo fisiológico). Éste sería, por tanto, un ámbito interno o autorreferente y que, como tal, —dice Ernesto GARZÓN— escaparía a la valoración moral. El ámbito de lo «privado» requiere necesariamente, a diferencia de lo íntimo, la presencia de por lo menos dos actores. Pero aun así, señala Ernesto GARZÓN, se trata del ámbito donde pueden imperar exclusivamente los deseos y preferencias individuales, como condición necesaria para el «ejercicio» de la libertad individual, conformando así —en palabras de Amartya SEN— la «esfera personal reconocida»; se trata —dice Ernesto GARZÓN— del «ámbito reservado para las relaciones interpersonales donde la selección de los participantes depende de la libre decisión de cada individuo». El ámbito de lo «público», por el contrario, se caracterizaría a partir de la idea de la libre accesibilidad de los comportamientos y decisiones de las personas en sociedad, y englobaría «las cosas que pueden y deben ser vistas por cualquiera».

¹ GARZÓN VALDÉS, 2003: «Algunos comentarios sobre lo íntimo, lo privado y lo público», en *Claves de razón práctica*, n.º 137, pp. 14-24. Este trabajo a su vez es una versión posterior de un trabajo publicado en *Doxa* en 1998 (Ernesto GARZÓN VALDÉS, 1998: «Privacidad y publicidad», en *Doxa*, n.º 21, vol. I, 1998: pp. 223-244).

² GARZÓN VALDÉS, 2003: p. 16. La cursiva es del autor.

Como hemos dicho, el objetivo de Ernesto GARZÓN al delimitar conceptualmente estos ámbitos es determinar con mayor precisión el alcance de una posible evaluación moral o jurídica de los actos o actividades realizados en ellos, de cara fundamentalmente a legitimar la «intromisión» de terceros en dichas conductas. Sin embargo, y como el propio Ernesto GARZÓN reconoce, al menos para el caso de la distinción entre el ámbito privado y el público, la relación es en ocasiones la inversa: dependiendo de la evaluación que nos merecen esos actos, consideramos que pertenecen a uno u otro ámbito. Dicho en otros términos, estos conceptos no tienen un significado puramente descriptivo, sino también prescriptivo. Decir que una acción o actividad es privada o pública equivaldría a adscribirle normativamente este carácter y, por tanto, a considerar como legítima, o ilegítima, la libre accesibilidad a la misma.

Pero hemos de ser conscientes de que tal y como los define Ernesto GARZÓN, el primero de los ámbitos, el de lo íntimo, parece que queda «casi por cuestiones lógicas» fuera del alcance de valoraciones morales. Recordemos que lo íntimo sería el ámbito de los pensamientos, de la formación de las decisiones, así como de aquellas acciones cuya realización no requiere la intervención de terceros y tampoco los afecta. Por tanto, nunca estará justificada la afectación de este ámbito, ni la accesibilidad pública al mismo. Ésta es precisamente la tesis de Ernesto GARZÓN, quien acertadamente argumenta en contra de la justificación de cualquier posible «policía del pensamiento», que pretendiera precisamente invadir dicho ámbito³. Por lo que, en principio, podríamos decir que las categorías relevantes para la discusión acerca del establecimiento de límites a la acción o intervención social siguen siendo sólo dos: lo privado y lo público. A diferencia de lo que ocurre con la categoría de lo íntimo, considerar que algo se enmarca en la esfera de lo privado o de lo público es el resultado de haber hecho una valoración moral sobre la posibilidad de ser afectado por decisiones y/o acciones de terceros o del Estado. La cuestión seguiría siendo, por tanto, cómo delimitar el ámbito de lo privado, los límites del derecho a la privacidad, o dicho en otros términos, qué esfera es la que debe quedar excluida de la intromisión de terceros.

Ahora bien, quiero llamar la atención sobre la existencia en el trabajo de Ernesto GARZÓN de dos tipos de valoraciones distintas, ambas de gran relevancia, que aparecen entremezcladas en la caracterización de estas categorías. Por un lado, la valoración que nos puede merecer un acto o actividad (y ligado a ello, la valoración de la intromisión de terceros —especialmente el Estado— en el establecimiento de límites a dichas conductas); y, por otro lado, la valoración de la accesibilidad o posibilidad de divulgación de una conducta. La segunda valoración puede ser dependiente en alguna —o mejor dicho, en gran— medida de la primera, pero es importante darse cuenta de que son cuestiones distintas, y que no siempre tienen por qué coincidir. De modo paralelo, creo que cuando Ernesto GARZÓN habla en su trabajo de «traspasar» los límites de lo privado, esta expresión puede entenderse de dos maneras. La primera es equivalente a hacer accesible o publicitar la conducta, la segunda equivale a la posibilidad de introducir restricciones a las conductas realizadas en ese ámbito. Ernesto GARZÓN parece ocuparse de ambas, pues aunque en un primer momento podríamos pensar que la distinción se plantea a partir del primer sentido de esa expresión, una vez realizadas las

³ GARZÓN VALDÉS, 2003: pp. 23-24. En este punto, el autor considera que «no es moralmente posible encontrar un equilibrio aceptable entre la inspección de la intimidad y la previsión y/o castigo de delitos».

precisiones conceptuales, nuestro autor pasa a ocuparse también del segundo sentido, que es —podríamos decir— el más relevante para su objetivo de determinar «el alcance normativo de un sistema político-jurídico».

Debo advertir que las observaciones que siguen se van a centrar, sin embargo, exclusivamente en la primera de estas interpretaciones, es decir, en las cuestiones relativas a la caracterización de una conducta como pública, privada o íntima atendiendo a la cuestión de cuándo es legítimo hacer accesible o publicitar dicha conducta, y en este sentido, su alcance será bastante limitado, pues deja fuera toda la discusión sobre la legitimación de la imposición de límites a las conductas.

Pues bien, y aquí vendría mi sugerencia, creo que habría otra manera de caracterizar estos tres ámbitos de los que se ocupa Ernesto GARZÓN y que no relega el ámbito de lo íntimo a las acciones internas o autorreferentes; con ello se daría también cuenta de un uso de la expresión «intimidad» que va más allá de ese reducido ámbito en que la circunscribe nuestro autor. Para ello, necesitamos tomar en consideración dos criterios a la caracterización de esta clasificación. En primer lugar, el escenario (privado o público) en que se lleva a cabo una acción, y en segundo lugar, la existencia o no de relevancia social «legítima» de la conducta. El primero es por así decirlo «descriptivo», o al menos, más descriptivo que el segundo criterio, que sería plenamente «valorativo». Considerar que una conducta es socialmente relevante implica necesariamente llevar a cabo valoraciones sobre el contenido o los efectos de dicha conducta.

En este sentido, podemos pensar que nos encontramos con una ambigüedad de la expresión «privado». Un acto puede ser privado bien en el sentido de que se realiza en la intimidad, es decir en un escenario que consideramos «no público» (privado o doméstico), o bien en el sentido de que carece de relevancia social legítima. Y, del mismo modo, habría una ambigüedad de la expresión «público», que también puede referirse bien al escenario o ámbito en que se desarrolla una conducta, o bien a su relevancia social. Si esto es así, debemos considerar que no es incompatible decir que una determinada conducta se ha realizado en público, pero que por la ausencia de su relevancia social, debe tratarse como una conducta privada, en el sentido de que no consideramos legítima su divulgación... O por el contrario, es perfectamente posible considerar que una conducta que se ha realizado en un ámbito privado, dada su relevancia social, es lícito —e incluso necesario— que sea hecha pública, en el sentido de que se permita la accesibilidad o divulgación de la misma.

En este sentido podríamos seguir considerando la existencia de tres ámbitos de conducta. Un primer ámbito sería el de lo «íntimo», que englobaría aquello que hacemos (solos o en compañía) en un escenario privado y que carece de toda relevancia social. En este ámbito, como señala Ernesto GARZÓN, ninguna intervención o intromisión de terceros estaría justificada, siendo ilegítima su publicitación o divulgación. El ámbito de lo «privado» podría ser aquel que englobaría lo que hacemos en un escenario público (la calle, un bar...) pero que no tiene relevancia social y, por tanto, no debería ser legítima su divulgación, por mucho que sea realizado en un espacio de libre accesibilidad. Y, por último tendríamos el ámbito de lo público, aquello que ha de estar expuesto a la libre accesibilidad de las personas en sociedad, que sería el ámbito de aquellos actos que —realizados bien en espacios públicos, bien en espacios privados— poseen relevancia social legítima. Por supuesto, para determinar en qué casos se da esta legítima

relevancia social, necesitaremos acudir a valoraciones normativas de las del tipo que Ernesto GARZÓN realiza en su trabajo para considerar los casos en los que es legítimo la imposición de límites normativos a las conductas y que se han quedado fuera del alcance de estos breves comentarios.

LEGITIMIDAD Y ESPACIO PARA LA DEMOCRACIA EN ERNESTO GARZÓN VALDÉS

José Luis Martí

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

RESUMEN. En este trabajo se pretende mostrar que la teoría del coto vedado y de la democracia de Ernesto Garzón Valdés, interpretada conjuntamente con su teoría del paternalismo y perfeccionismo, deja un espacio menor para la decisión democrática del que supone la propia teoría. El único espacio de decisión democrática que no supondría la vulneración del coto vedado ni una intromisión perfeccionista sería el de las cuestiones de mera coordinación o las cuestiones simbólicas o expresivas sin ningún tipo de relevancia moral. La única forma en la que Garzón Valdés puede evitar esta conclusión sería admitiendo, contra lo que explícitamente ha sostenido, que existe un espacio para la objetividad relativo al ámbito de lo correcto abierto a la decisión democrática.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, democracia, paternalismo, perfeccionismo.

ABSTRACT. The argument in this paper holds that the theory of the «coto vedado» and democracy in Garzón Valdés, as jointly interpreted with his theory of paternalism and perfectionism, leaves a smaller field up to democratic decision than what the theory itself presupposes. The only field up to democratic decision that would not imply the violation of the «coto vedado» nor a perfectionist intromission is the field of the mere coordination or the symbolic or expressive issues with no moral relevance. The only way in which Garzón Valdés can avoid that conclusion is accepting, in contrast with what he has held in the paper, that there is a room for objectivity in respect to the determination of the right up to democratic decision.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, democracy, paternalism, perfectionism.

A Ernesto GARZÓN VALDÉS hay que rendirle homenaje todos los días. Por ser maestro de todos, por sus numerosas e importantes contribuciones a nuestra filosofía, por la amistad, por su mirada larga y elegante sobre las cosas, o por el estilo, que lo es (casi) todo. Su vida y su obra pueden verse como una lucha constante por hacerse mejor y por hacer mejor el mundo, un doble objetivo que tal vez encuentre su síntesis en la idea de dignidad, que tan cara le ha resultado siempre. Y ello me trae a la memoria una bonita frase que su tan querido Thomas Mann incluye en *La muerte en Venecia*, y que se ajusta a Ernesto como un guante hecho a medida:

Pero había ganado esa dignidad hacia la cual, en su opinión, todo gran talento se ve impulsado y aguijoneado: sí, hasta podría decirse que toda su carrera había sido una consciente y obstinada ascensión hacia la dignidad, más allá de los mil y un obstáculos interpuestos por la ironía y la duda.

Pero como, a diferencia del libro de Mann, se trata de que esta ascensión continúe, voy a plantear lo que yo llamaría una acotación al margen de su obra, con la pretensión de discutir con Ernesto constructivamente, como él siempre me ha enseñado a hacer. El trabajo en el que centraré mi discusión es «El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías»¹. En él aparecen varias de las más importantes aportaciones teóricas que Ernesto ha realizado a la filosofía política, como la noción de coto vedado, su relación con la democracia, su concepción del paternalismo justificado, sus ideas sobre el papel del consenso y el disenso, su análisis de la legitimidad y su distinción de la legitimación, etc. Aquí me ocuparé solamente de la cuestión de la democracia y los derechos, y lo haré de un modo parcial y hasta provisional, que debe servir únicamente para señalar lo que desde mi punto de vista puede convertirse en un problema interno en la obra de GARZÓN VALDÉS.

Según GARZÓN VALDÉS, ni la justificación utilitarista ni la epistémica ofrecen argumentos aceptables en favor del valor instrumental de la democracia, o al menos no de una democracia irrestricta². Las decisiones que una autoridad democrática real puede tomar, a las que GARZÓN VALDÉS se refiere como consenso fáctico, pueden no sólo ser ineficientes sino también abiertamente inmorales. Para evitar este riesgo debemos imponer algún tipo de restricción sobre el procedimiento democrático, una restricción que no puede ser interna o subjetiva, es decir, autoimpuesta por medio del propio procedimiento democrático, sino que debe imponerse externa u objetivamente. La propuesta de GARZÓN VALDÉS, como es bien conocido, consiste en trazar un perímetro de protección de derechos al que denomina «coto vedado», un núcleo mínimo sustantivo para la legitimidad. Según dicha propuesta, deben ser excluidos del ámbito de decisión de la democracia parlamentaria «todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida». Para determinar esta lista de bienes es irrelevante la opinión de la mayoría democrática, justamente porque se trata de una restricción externa u objetiva. En este sentido, «está plenamente justificada una actitud

¹ Publicado en *Isonomía*, n. 12, abril, 2000: pp. 7-34. Las referencias entre paréntesis corresponden siempre a las páginas de este trabajo.

² Quiero advertir desde el inicio que, sin perjuicio de lo que sostendré a continuación, comparto con Ernesto la intuición fundamental que expresa este trabajo: la democracia difícilmente puede tener valor si no se garantizan ciertas precondiciones en forma de derechos básicos de todos los ciudadanos.

paternalista en el caso de que los miembros de la comunidad no comprendan la importancia de estos bienes básicos» (pp. 21-22).

La protección y garantía de los bienes básicos que conforman el coto vedado se establece mediante la institución de derechos básicos, que vienen a coincidir en opinión de GARZÓN VALDÉS, y *grosso modo*, con las diversas generaciones de derechos humanos habitualmente reconocidas por las declaraciones internacionales y por la mayoría de las constituciones democráticas. Por otra parte, el ámbito que deja abierto a la «negociación y compromiso» parlamentarios, esto es, a la autoridad democrática³, es doble: 1) en primer lugar, el del «afianzamiento de la vigencia efectiva de los bienes básicos», es decir, el del cumplimiento de los derechos fundamentales más el despliegue normativo necesario para garantizar dichos bienes básicos; y 2) la toma de decisiones relativa a los «deseos secundarios de la gente, es decir, aquellos que no están relacionados con los bienes primarios» (p. 23). Mi objetivo va a ser el de mostrar que estos dos ámbitos dejan un espacio inexistente o demasiado reducido para la democracia.

Con respecto al primero de ellos, el destinado al respeto y despliegue normativo de los derechos fundamentales, vale decir que el deber de la autoridad jurídica eventualmente democrática consiste en tomar aquellas decisiones políticas que conlleven un mayor respeto y produzcan unos mejores resultados en términos de honrar o maximizar los valores protegidos por tales derechos. El parlamento debe tomar aquellas decisiones que protejan mejor el coto vedado, las correctas o las más correctas en este sentido, y ésta es una cuestión eminentemente técnica. Ahora bien, si excluimos la determinación de los bienes básicos que integran el coto vedado del campo de acción de la autoridad democrática por temor a que sus decisiones puedan ser objetivamente incorrectas, ¿por qué dejar en sus manos la cuestión técnica, mucho más objetivable, de cómo proteger tales valores? Es una cuestión técnica saber si un incremento o una rebaja del impuesto de sucesiones redundará en un mayor dinamismo económico o si ciertos impuestos indirectos desincentivarán la inversión o el consumo y finalmente harán insostenible una determinada redistribución. Estas decisiones no parecen un terreno adecuado para la negociación y el compromiso parlamentarios, al menos desde una perspectiva como la de GARZÓN VALDÉS, al involucrar aspectos técnicos de racionalidad instrumental más objetivos aún que los relativos a la determinación de los valores constitucionales.

Se podría decir, ciertamente, que no son cuestiones técnicas saber si la eutanasia vulnera el derecho fundamental a la vida o si el matrimonio entre personas del mismo sexo es un desarrollo adecuado del derecho constitucional al matrimonio. Pero sigue siendo válido el argumento de la consistencia. Si la determinación de los bienes básicos que integran el coto vedado debe ser excluida a la labor de la autoridad democrática, la interpretación de una formulación abstracta en forma de cláusula constitucional, por ejemplo qué implica en concreto el derecho a la vida, también debe quedar excluida. Porque, ¿qué es la interpretación de dicha formulación abstracta sino justamente la determinación de la lista de bienes básicos por la vía de la concreción?

³ No me ocuparé aquí de la concepción de la democracia que suscribe GARZÓN VALDÉS, una que equipara democracia a negociación y compromiso, que me parece equivocada. Pero ello es irrelevante para mi argumento en este trabajo.

Si esto es así, deberíamos concluir que la autoridad democrática no es apta para cumplir con la primera de las funciones que GARZÓN VALDÉS le encomendaba. El único modo de hacer sentido a esa primera función sería sostener alguna de estas tres tesis, todas ellas, a mi juicio, igualmente implausibles: que *a*) la autoridad democrática es técnicamente más competente para decidir cómo determinar normativamente ciertos valores que para seleccionarlos en abstracto, esto es, que es más competente para saber si la eutanasia vulnera el derecho a la vida que para instaurar el propio derecho a la vida; que *b*) mientras que la determinación de los bienes básicos es objetiva la elección de los mejores medios para garantizarlos es subjetiva, algo tan absurdo como que los valores son objetivos pero que las cuestiones técnicas sobre cómo implementarlos no lo son; o que *c*) hay diversas formas todas ellas igualmente eficientes para garantizarlos y dentro de las cuales podemos elegir libremente, lo cual es difícil de creer porque requiere que haya al menos dos estrategias políticas cuya implementación produzca exactamente los mismos resultados, tanto en efectos directos como indirectos, en términos de impacto sobre los derechos. Tal vez ocurra algo así en un caso aislado, pero no alcanzo a comprender cómo podría ocurrir en todos.

De hecho, GARZÓN VALDÉS no se refiere demasiado a esta primera función, y presta mayor atención al segundo espacio de la democracia, el de los intereses o deseos secundarios, plenamente subjetivos⁴, y que según él los representantes deben satisfacer en la medida de lo posible, con el único límite de que ello no interfiera en la provisión de bienes primarios protegida por el coto vedado. Ahora bien, nos podemos preguntar si dichas políticas no suponen una amenaza de perfeccionismo, esto es, una intromisión injustificada en la esfera privada de los individuos. En un esquema liberal de legitimidad política, como el que GARZÓN VALDÉS propone, los derechos de autonomía garantizan un espacio de no intromisión por parte del Estado, establecen una rígida separación entre la esfera pública y privada de los individuos, y entre las concepciones de lo correcto y sus concepciones de lo bueno. Como GARZÓN VALDÉS siempre ha advertido, la acción coercitiva del Estado corre siempre el riesgo de ser paternalista o perfeccionista, es decir, de entrometerse en la esfera privada de los individuos.

Es indudable que no incurrimos en perfeccionismo al imponer un coto vedado de garantía de bienes primarios que actúa como marco y límite de las decisiones democráticas porque, por definición, tales bienes son necesarios para la persecución de cualquier plan de vida, de modo que no pueden implicar la imposición de un plan de vida determinado⁵. Ahora bien, ¿podemos decir lo mismo con respecto a las políticas que tratan, en palabras de GARZÓN VALDÉS, de «procurar la mayor satisfacción posible de deseos secundarios»? Para responder a esta pregunta debemos comprender mejor lo que son los intereses o deseos secundarios. GARZÓN VALDÉS no proporciona ejemplos

⁴ GARZÓN VALDÉS se refiere indistintamente a intereses y deseos secundarios, «aquellos que no están relacionados con los bienes primarios» (p. 23), que a diferencia de los intereses primarios, que son objetivos y por lo tanto independientes de los «deseos y voluntades» de la gente, éstos son subjetivos y completamente dependientes de estos.

⁵ Y en la medida en que supongan una política paternalista, como en el caso de imponer un sistema educativo obligatorio o un sistema público forzoso de pensiones de jubilación, dicho paternalismo estaría justificado (pp. 21-22). Recordemos que, según la teoría de GARZÓN VALDÉS, mientras que las políticas paternalistas pueden estar justificadas en el caso de los incompetentes básicos que no pueden proteger sus propios intereses, las políticas perfeccionistas que intentan imponer un plan de vida concreto están *siempre* injustificadas.

al respecto en este trabajo, pero lo que sí podemos decir es que, dado que se definen en oposición a los bienes primarios, los intereses secundarios deben estar relacionados con lo que podríamos denominar, para salvaguardar la terminología de GARZÓN VALDÉS, bienes secundarios.

Veo algunas dificultades, ya, a la hora de identificar los propios bienes primarios. Hay, a mi modo de ver, dos formas de entender la noción de bien primario, según se interprete la expresión «cualquier plan de vida». Podemos, en primer lugar, entenderla literalmente como «cualquier plan de vida imaginable». Pero este sentido lato tiene el problema de que algunos planes de vida pueden ser tan distintos, y tan inmorales, incluyendo por ejemplo el plan de vivir en una sociedad en la que no se prohíba el homicidio por la emoción que eso daría a nuestra vida cotidiana, que se hace difícil encontrar bienes que sean necesarios para desarrollar todo plan de vida, y que además el Estado deba proveerlos⁶.

El segundo sentido de la expresión «cualquier plan de vida» no es literal, sino que se refiere implícitamente a cualquier plan de vida «razonable», que descarta el de vivir en una sociedad que no prohíba el homicidio. Aunque esta segunda interpretación tiene el problema de cómo entrar a valorar la aceptabilidad o razonabilidad sustantiva de ciertos planes de vida sin infringir los principios liberales de neutralidad y de separación de la esfera pública y privada. La respuesta liberal a este interrogante debe ser la siguiente. Los planes de vida imaginables quedan filtrados por las reglas que impone el ámbito de lo correcto. No pueden restringirse los planes posibles de vida desde una concepción particular de lo bueno, ya que la neutralidad se predica justamente con respecto a dichas concepciones de lo bueno. Pero las reglas de lo correcto son suficientes para excluir planes como el de querer vivir en una sociedad en la que no se prohíba el homicidio. Y los bienes primarios serían, pues, aquellos necesarios para todo plan de vida razonable⁷.

Ahora bien, si lo correcto selecciona los planes de vida razonables a partir de los cuáles puedo determinar la lista de bienes primarios, lo correcto termina por coincidir con el ámbito del coto vedado, que es el de protección de dichos bienes primarios. Lo correcto y el coto vedado serían, pues, coextensivos. Y el problema, entonces, es que si el coto vedado queda fuera del alcance de la autoridad democrática y su ámbito es coextensivo con el de lo correcto, por definición los intereses o deseos secundarios pertenecen al ámbito de lo bueno, y el estado liberal no puede intervenir en este campo, a riesgo de cometer una intromisión perfeccionista. Lo cual es todavía peor si recordamos que, según GARZÓN VALDÉS, la autoridad democrática tiene el deber de *maximizar* la satisfacción de dichos intereses. Si esto es así, no hay espacio para una autoridad

⁶ Ni siquiera un bien tan básico como la vida sería un bien primario si partimos de esta primera interpretación. Y nada impide que podamos imaginar planes de vida distintos que vayan prescindiendo de todos y cada uno de los bienes que habitualmente identificamos como primarios. No nos dejemos engañar por juegos de palabras, como el de que la expresión «plan de vida» implica un proyecto de supervivencia y no de muerte. La expresión «plan de vida» puede ser sustituida por «las cosas que yo elijo para mi vida y mi muerte, incluyendo en la medida de mis posibilidades, el contexto que me rodea».

⁷ Para evitar, entonces, un posible problema de circularidad, ya que según esta interpretación para determinar los bienes primarios necesito conocer previamente cuál es el ámbito de lo correcto que determina qué planes de vida son razonables, deberíamos contar con un criterio independiente de identificación del ámbito de lo correcto que no recurra a la idea de bienes primarios. Y no encontramos un criterio así en la obra de GARZÓN VALDÉS. Pero no me detendré ahora en este problema.

democrática liberal. O bien la autoridad democrática transgrede la frontera del coto vedado al regular cuestiones relativas a lo correcto, o bien interfiere de manera perfeccionista en la esfera privada de los individuos al regular cuestiones del ámbito de lo bueno. De hecho, para ser más precisos, puesto que parte de los derechos que conforman el coto vedado están destinados a protegernos también de la intromisión perfeccionista en el ámbito de lo bueno, en ambos casos se produce siempre una vulneración del coto vedado. En definitiva, la acción de la autoridad democrática implicaría siempre, por razones conceptuales, una injerencia en el coto vedado. Y el coto vedado ya no sería sólo límite a la acción de la autoridad democrática, sino su propia prohibición⁸.

Veamos un ejemplo de política que satisfaga intereses secundarios (no digamos ya que maximice) sin afectar la asignación de bienes primarios, como el de la provisión de ciertos bienes culturales, por ejemplo, la financiación de la programación de la ópera del Liceu de Barcelona. Que el Estado financie este tipo de actividades, como a GARZÓN VALDÉS y a mí nos parece necesario y deseable para nuestros planes de vida, puede ser el resultado de satisfacer intereses secundarios. Ahora bien, es evidente que muchas personas tienen planes de vida para los que la ópera no tiene ningún valor, y que preferirían a cambio que el Estado financiara los partidos de fútbol o los parques de atracciones. Si la ópera es un bien secundario, sobre el que se ciernen intereses secundarios, no veo cómo el Estado puede proveerlo sin privilegiar un plan de vida razonable sobre otros planes de vida razonables, y por lo tanto sin una política en algún grado perfeccionista⁹.

Y algo parecido sucede, me temo, al plantear nuevos ejemplos: las políticas de medio ambiente, los servicios sociales asistenciales, la red de carreteras e infraestructuras públicas, etc. Los únicos casos que no implican perfeccionismo, y que pueden representar el ansiado espacio intermedio entre lo correcto definido por el coto vedado y la esfera privada de inmunidad de los ciudadanos, son los casos de irrelevancia moral como los de pura coordinación, en los que el Derecho simplemente sirve como clave coordinativa del comportamiento de los ciudadanos. Lo correcto no determina si es mejor conducir por la derecha o por la izquierda, pero los ciudadanos deben elegir un sentido de circulación obligatorio para regular armoniosamente el tráfico. También en este ámbito entrarían los casos de afirmación expresiva de la comunidad política, tales como elegir los colores de una bandera o un himno nacional, o decidir si las selecciones deportivas de las comunidades autónomas pueden competir internacionalmente, etc. Pero, sin negar la importante dimensión simbólica o expresiva de muchos de estos casos, esto implica reducir el ámbito de la democracia a muy pocas cuestiones, y excluir todas las importantes.

Cabe aún otra posibilidad. Tal vez el ámbito del coto vedado no sea coextensivo con el ámbito de lo correcto, como habíamos supuesto, y exista un espacio para una decisión democrática no perfeccionista más allá de estas cuestiones coordinativas y ex-

⁸ Esta conclusión es particularmente desesperanzadora si tenemos en cuenta el fenómeno de la expansión del coto vedado, según el cual el ámbito de los bienes primarios tiene fuerza expansiva, como GARZÓN VALDÉS afirma en sus trabajos, en el sentido de que progresivamente nuestras reflexiones éticas nos empujan a dar importancia moral a asuntos que hasta hace poco nos parecían irrelevantes.

⁹ Podría decirse que el acceso a la ópera es un bien primario en el sentido de que es un bien necesario para el desarrollo de todo plan de vida razonable, pero entonces quedaría también excluido, como ya hemos visto, del ámbito de decisión de la autoridad democrática.

presivas. Mientras que la acción del Estado no estaría justificada con respecto a las concepciones de lo bueno, el coto vedado sólo ocuparía una parte de las decisiones relativas al ámbito de lo correcto, dejando las otras en manos democráticas. Pero eso supondría admitir que el ámbito de la decisión democrática abarca algunas cuestiones relativas a los bienes primarios, y por lo tanto trasciende los meros intereses secundarios y subjetivos para adentrarse en el espacio de la objetividad, lo cuál llevaría a GARZÓN VALDÉS a sacrificar otra de sus tesis¹⁰.

En definitiva, la teoría de GARZÓN VALDÉS parece debatirse ante el siguiente dilema. O bien el coto vedado termina coincidiendo con el ámbito de lo correcto, y entonces la autoridad democrática sólo puede pronunciarse sobre cuestiones de irrelevancia moral, como las puramente coordinativas o las expresivas, a riesgo de ser perfeccionista en caso de extralimitarse, o bien hay un espacio mayor para la democracia que el de los deseos secundarios, un espacio de objetividad que sin embargo está más allá del coto vedado. En cualquier caso, Ernesto debería debilitar o renunciar a alguna de sus tesis.

¹⁰ Podría decirse, para evitar dicha conclusión, que la parte de lo correcto que no queda protegida por el coto vedado no es relativa a bienes primarios sino un espacio de los deseos secundarios. Pero esto la convertiría en subjetiva, y ello parece implausible desde una perspectiva liberal tradicional de lo correcto.



SOBRE LA NOCIÓN DE VALIDEZ NORMATIVA

José Juan Moreso

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

RESUMEN. El artículo es un comentario al trabajo de Ernesto Garzón Valdés: «Algunos modelos de validez normativa» (1977): En él se argumenta que la noción kelseniana de validez jurídica trata de dar respuesta a dos cuestiones: la cuestión de la pertenencia de las normas al sistema jurídico y la de su fuerza obligatoria. El comentario tiene dos objetivos principales: *a)* mostrar que, contrariamente a la opinión de Kelsen, se trata de dos cuestiones distintas y *b)* que mientras la primera tiene una solución mediante la noción lógica de *recursión*, la segunda es un problema sustantivo de filosofía práctica.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, Hans Kelsen, validez jurídica.

ABSTRACT. The article is a comment on Ernesto Garzón Valdés's paper: «Algunos modelos de validez normativa» (1977). It is argued that the Kelsenian notion of legal validity deals with the answer to two questions: the question of the membership of norms in a legal system and the question of the binding force of legal norms. The aim of the comment is twofold: *a)* In spite of Kelsen's opinion, these are different questions with different answers and *b)* meanwhile the first has a solution by means of the logical notion of *recursion*, the second is a substantive issue of practical philosophy.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, Hans Kelsen, legal validity.

(1)

En un artículo de hace ya tres décadas, cuando algunos de nosotros acabábamos de salir del Instituto de secundaria, Ernesto GARZÓN VALDÉS exponía con lucidez los problemas nucleares a los que cualquier teoría del Derecho debe enfrentarse¹. Comenzaba exponiendo la posición de Hans KELSEN que constituye el inescapable punto de partida de cualquier teoría jurídica. En realidad, la noción de validez de KELSEN trataba de dar respuesta a dos cuestiones:

a) ¿Qué hace que una norma *pertenezca* al sistema jurídico?

y

b) ¿Qué hace que una norma tenga *fuerza obligatoria*?

Llamemos al primero el *problema de la pertenencia* y al segundo el *problema de la obligatoriedad*. KELSEN consideraba que su teoría ofrecía una única respuesta para ambos problemas. Como es sabido, para KELSEN la validez de las normas es su modo específico de existir². Y una norma existe si y sólo si su creación ha sido autorizada por otra norma, el fundamento de la validez de una norma ha de ser otra norma³. Por otro lado, que una norma existe significa que sus destinatarios han de comportarse como la norma establece⁴. Y dado que la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede conducir al infinito, entonces ha de haber —se ha de suponer que hay— una primera norma, la norma básica, que es el fundamento de validez de todas las normas⁵.

A partir de KELSEN, Ernesto GARZÓN presenta cinco modelos más, que pueden entenderse como *variaciones* (en el sentido de la filosofía anglosajona de «varieties»⁶, pero también en el francés más frívolo de «variétés») sobre estas cuestiones kelsenianas: el de Francisco SUÁREZ, el de John AUSTIN, el de los representantes de la denominada *teoría de la naturaleza de las cosas*, el de H. L. A. HART y el de Georg Henrik VON WRIGHT.

(2)

En esta breve exposición quiero tan sólo poner de manifiesto que mientras que el problema de la pertenencia, como bien explica Ernesto GARZÓN, tiene una solución conceptualmente plausible, que no es exactamente la de KELSEN; el problema de la obligatoriedad depende de asunciones filosóficas sobre los que hay mucha discrepancia. Y, por lo tanto, quiero subrayar, contra KELSEN, que se trata de dos problemas conceptualmente distintos.

¹ GARZÓN VALDÉS, «Algunos modelos de validez normativa», *Revista latinoamericana de filosofía*, 3 (197): pp. 41-68, reimpreso en GARZÓN VALDÉS, 1993: *Derecho, Ética y Política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 73-105, por donde se cita. Una versión abreviada, «Kelsen and Suárez», en PAULSON y LITSCHEWSKI PAULSON (eds.), 1998: *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Oxford University Press, pp. 263-271.

² KELSEN, 1960: *Reine Rechtslehre*, Wien: Franz Deuticke, p. 196.

³ *Ibidem*, p. 196.

⁴ KELSEN, 1945: *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, pp. 115-116.

⁵ KELSEN, 1960: p. 197.

⁶ Véase, por ejemplo, VON WRIGHT, 1963: *The Varieties of Goodness*, London: Routledge & Kegan Paul, y EVANS, 1953: *The Varieties of Reference*, Oxford: Oxford University Press.

No obstante, antes de analizar los dos problemas, quiero aclarar que la idea kelseniana conforme a la cual la validez es el modo específico de existir de las normas presupone una extraña noción de existencia. Sabemos desde la discusión kantiana del argumento ontológico en la *Crítica de la razón pura*, que la existencia no es una propiedad, que decir de algo que existe (diez táleros en el ejemplo de KANT) no es predicar nada de este algo. Dicho con QUINE: «Ser es ser el valor de una variable»⁷. Es decir que la existencia guarda relación con aquellas entidades que nuestro discurso presupone. Aunque tal vez podría interpretarse la tesis de KELSEN en el sentido de que las únicas normas presupuestas por su teoría jurídica son las normas válidas, esto es, pertenecientes al sistema jurídico y obligatorias.

(3)

En relación con el problema de la pertenencia, lo primero que hay que decir es que de la afirmación de que la validez de una norma presupone la validez de otra norma que es su fundamento, no se deriva que haya una norma que es el fundamento de todas las demás. Ha sido a menudo señalado que este razonamiento incurre en una falacia⁸, la falacia «chico-chica»: de la proposición según la cual todos los chicos quieren a alguna chica no se deriva que haya alguna chica a la que todos los chicos quieren. O, lo que es lo mismo, de la proposición verdadera según la cual todos tenemos un padre no se deriva la falsedad de que haya alguien que es el padre de todos.

En cualquier caso, el problema que KELSEN se plantea, el problema de la definición de norma válida, tiene una solución que consiste en el uso de las definiciones *recursivas*. La recursividad es un recurso ampliamente usado en lógica y en matemáticas, cuando PEANO definió los números naturales usó una de estas definiciones:

- [I] 0 es un número natural,
- [II] Todo sucesor de un número natural es también un número natural.

Se estipula que 0 es un número natural y a partir de ello, por recursión, obtenemos el resto de números naturales.

Esto es lo que hace VON WRIGHT con la noción de pertenencia al sistema normativo,⁹ como bien nos recuerda Ernesto GARZÓN¹⁰. Y esta también es la posición de Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN en *Normative Systems*, en donde definen *norma válida* mediante tres cláusulas¹¹:

- a) Todos los enunciados que pertenecen al conjunto C (*v. gr.* una Constitución) son válidos.
- b) Si existe un enunciado válido que autoriza (permite) a una autoridad normativa *x* formular el enunciado *p*, y *x* ha formulado *p*, entonces *p* es válido.

⁷ VAN ORMAN QUINE, 1953: «On What There Is», *From a Logical Point of View*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, cap. 1.

⁸ MUNZER, 1972: *Legal Validity*, The Hague: Martinus Nijhoff, p. 48, y HERNÁNDEZ MARÍN, 1986: *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid: Tecnos, p. 151.

⁹ VON WRIGHT, 1963: *Norm and Action*, London: Routledge & Kegan Paul, p. 199.

¹⁰ GARZÓN VALDÉS, 1993: p. 100.

¹¹ ALCHOURRÓN, y BULYGIN, 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, p. 120.

c) Todos los enunciados que son consecuencia (se infieren) de los enunciados válidos, son válidos.

En resumen, el problema de la pertenencia puede resolverse mediante la noción lógica de recursión.

(4)

El problema de la obligatoriedad, en cambio, no puede resolverse tan fácilmente. Si decir que una norma es válida significa que sus destinatarios tienen el deber de comportarse como la norma prescribe, entonces necesitamos una teoría normativa que nos diga cuando estamos obligados a comportarnos de un modo u otro. En mi opinión, el problema de la obligatoriedad tiene únicamente tres soluciones. En primer lugar, puede sostenerse que dicho problema no es tal, que se trata únicamente de un pseudo-problema, porque en realidad no hay nada que sea la obligatoriedad de las normas. Se trata de una posición radicalmente escéptica en materia moral¹², que ha tenido una gran aceptación en teoría del Derecho¹³.

En segundo lugar, es posible argüir que existe una normatividad jurídica, independiente de la normatividad moral, que hay deberes jurídicos como algo distinto de los deberes morales. Tal vez así pueden reconstruirse algunos aspectos de la teoría de Kelsen: la normatividad del derecho es una normatividad hipotética que depende de la aceptación de la norma básica¹⁴. A veces, también la teoría de HART es así interpretada, como una normatividad jurídica distinta de la moral, aunque HART también puede interpretarse como una versión sofisticada de AUSTIN: la regla de reconocimiento, en esta interpretación, sólo explica cómo el Derecho funciona y nada dice del problema normativo en sentido estricto.

La tercera posición sostiene que la validez, entendida como obligatoriedad, de las normas jurídicas descansa en su conformidad con la moral¹⁵. Este es el punto que Francisco SUÁREZ y toda la tradición iusnaturalista enfatizan. Ahora bien, esta tercera posición es compatible con la afirmación de que las normas contrarias a la moral no son válidas, pero también lo es con la afirmación de que las normas válidas contrarias a la moral no son obligatorias. Todo depende de nuestra definición de validez, pero no deberíamos discutir sobre palabras¹⁶.

¹² Véase, por ejemplo, MACKIE, 1977: *Ethics. Inventing Right and Wrong*, London: Penguin.

¹³ Véase, por ejemplo, la conocida posición de ROSS, 1961: en «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», trad. de G. CARRIÓ y O. PECHERO en ROSS, A. 1991: *El concepto de validez y otros ensayos*, México: Fontamara.

¹⁴ Véase, por ejemplo, H. L. A. HART, «Kelsen Visited», en HART, 1983: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, cap. 14, y RAZ, J., «Kelsen's Theory of the Basic Norm», en RAZ, 1979: *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, cap. 7.

¹⁵ Véase, por todos, NINO, 1994: *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona: Ariel.

¹⁶ Véase, por ejemplo, GARZÓN VALDÉS, 1990: «Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral», *Doxa*, 8, pp. 111-130.



¿SIRVE PARA ALGO DECENTE LA FILOSOFÍA POLÍTICA?

Félix Ovejero Lucas

Universidad de Barcelona

RESUMEN. ¿Podemos esperar alguna ayuda de la filosofía política para el juicio político? En la obra de Garzón Valdés hay razones para dar una respuesta positiva a esa pregunta. Particularmente en su propuesta de un «criterio de irracionalidad» que «funcionaría de manera similar a la falsabilidad en las ciencias naturales», sirviendo de límite a lo «meramente racional». El problema es si la vía de los consensos universales suministra criterios con real contenido informativo. Desde otro punto de vista, al final nos encontramos con el problema de siempre, que impide sostener la comparación: en filosofía práctica no hay posibilidad de control empírico. Pero disponemos de otros tipos de controles, más inseguros pero no irrelevantes. Hay uno que Ernesto supera con la mejor nota: la veracidad en el trato con las propias ideas.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, filosofía política.

ABSTRACT. Can we expect any help from political philosophy for the political judgment? In the work of Garzón Valdés there are reasons to give a positive answer to that question. Particularly in its proposal of a «criterion of irrationality» that «would work of way similar to the falsability in natural sciences», providing limits to the «purely rational». The problem is if the route of the universal consensuses provides criteria with real informative content. From another point of view, in the end we find the enduring problem, which prevents to maintain the comparison: in practical philosophy there is no possibility of empirical control. But we have other types of controls, more uncertain but relevant. There is one that Garzón Valdés passes with the best grade: truthfulness in dealing with his own ideas.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, political philosophy.

«*On my bad days, I sometimes wonder what philosophers are for*»

Jerry FODOR

Se aprende mucho en las librerías de los aeropuertos. En los últimos años abundan los libros de filosofía práctica. No siempre se trata, o a mí no me lo parece, de «filosofía barata», de manuales de autoayuda, no al menos en el sentido en el que entre nosotros, gente del oficio, hablamos de «manuales de autoayuda», ya saben, con aire displicente, como sobrados de talentos en la gestión de nuestros menesteres terrenales. Por lo general, son libros que recuperan una de las concepciones más dignas del quehacer filosófico: proporcionar una suerte de ingeniería del alma con la que enfrentarse al enojoso oficio de vivir, al arte de ordenar cabal —y felizmente— la vida de cada cual y, por ende, si la tarea se realiza como Dios manda, la vida de todos. En fin, los asuntos que entretenían a los estoicos o a ARISTÓTELES, a quienes, como los primeros, sabedores de lo incierto del mundo, limitaban sus investigaciones a las terapias del deseo y la voluntad, y a otros más optimistas, como el estagirita, confiados de que también en la vida compartida había razones para la esperanza.

Seguramente el lector de esos libros pensará que los filósofos somos gente justa y noble, de vida ordenada y juicio ecuánime, ocupados en alcanzar un trato sereno con nuestros negocios y amores y en resolver los problemas reales de la ciudadanía. Así que, como nunca sobran los amigos ni los admiradores, guardemos el secreto. Que no se nos cuele en ningún congreso y descubra la naturaleza del negocio. Porque si se nos cuele, no tardará en perdernos el respeto, en pensar que lo nuestro son locuras sin fundamento. Vería que nos entretenemos en discutir cosas bastante extrañas: que si existe el rey calvo de Francia, que qué se siente al ser un murciélago o un cerebro en una cubeta e incluso asuntos propios de Star Trek (tierras gemelas, teletransportación, etc.). En fin, como se ve, cuestiones de mucho provecho para la mejora del mundo y de nuestros espíritus.

Como no hay que hacer trampas ni hablar a medias, y estoy entre gentes en condiciones de dejar en ridículo al Cardenal Castrillón Hoyos, capaz de dividir un cabello en 17 partes iguales, el matiz y la cautela se imponen inmediatamente. Sí, es cierto que las ideas se pulen en los casos extremos, que sin ayuda de los contrafácticos es difícil hacer teoría moral, que los experimentos mentales son fundamentales incluso en las teorías físicas más importantes. Todas esas razones son atendibles, por más que no falten las idas y las venidas. Hasta se podrían añadir algunas consideraciones adicionales, algunas solemnes, como que constituye una capacidad propia de la especie humana, en virtud de su potencial lingüístico, la posibilidad de escapar a sus constricciones preceptuales y de explorar conjeturalmente mundos distintos de su ámbito de *experiencias*, y *otras* más circunstanciales, como el hecho de que no pocos de los filósofos con más disposición a enlodarse en los asuntos colectivos (la política de Bush, la globalización, por no mencionar el multiculturalismo) se manejan como la elegancia del elefante en la charrería en lo que atañe a la pulcritud argumental.

Bien, admitamos que los filósofos nos desenvolvemos con enorme soltura y fineza en bastantes mundos posibles, que, si de pronto, hay que empujar a un gordito para

desviar la trayectoria de un tranvía desbocado y salvar a unas cuantas gentes, mientras las personas normales empezarían a temblar en un mar de dudas, nosotros actuaríamos con resolución clarividente y serena, *con el temple* de astronauta en apuros. Pero, también es obligado admitir que casos *como éstos* no se dan cada día, que las decisiones en las que esperamos que los filósofos —y en particular los filósofos políticos— nos iluminen son más cercanas. Y, en todo caso, cabría pensar que, puesto que mostramos tanta brillantez en las situaciones más imprevisibles, también deberíamos ser capaces de proporcionar pautas para encarar «los comunes casos de toda suerte humana», que diría Borges. Sería de esperar, al fin, que la persona capaz de deslindar entre cuarenta ideas de igualdad, respeto o responsabilidad, además de no ser un imbécil moral o un miserable mal bicho, opine con algún criterio sobre los debates políticos de cada día. Vamos, que confiamos que el Doctor House, además de las enfermedades excepcionales, nos cure un triste achaque.

Para ser sincero, no estoy seguro de que sea así. Al menos a mí me dan que pensar, y no para bien, las opiniones vertidas —y el verbo es muy ajustado— por bastantes académicos norteamericanos a propósito del 11-S: en el mejor de los casos, trivialidades campanudas; en el peor, himnos patrióticos. Puestos a contarle todo y no pescar sólo en mares ajenos, aquí, entre el fuego amigo, quizá no esté de más acordarnos de los elogios de un reputado filósofo republicano *irlandés* a la gestión política de nuestro presidente: puros palos de ciego.

Hace apenas cuatro años, Frederic SPOTTS, en su libro *Hitler and the Power of Aesthetics*, nos confirmó que la más refinada sensibilidad estética puede convivir sin rozaduras con el delirio moral. Resulta difícil pensar que algo parecido pudiera suceder con la filosofía moral, dada la propia naturaleza del empeño: ordenar la vida práctica. Pero lo cierto es que no faltan los ejemplos que le hacen pensar a uno que a nuestros azacaneos le cuadra impecablemente aquella rotunda sentencia de Unamuno a propósito del ajedrez: «El ajedrez es un juego que desarrolla la inteligencia... para jugar ajedrez». Pues eso, a veces pareciera que la filosofía moral desarrolla la sensibilidad moral... para seguir jugando a la filosofía moral. Poco más.

¿LA FILOSOFÍA O LOS FILÓSOFOS?

Quiero precisar que es un problema de disciplina, antes que de personas, de la debilidad de la disciplina. El problema no es si los filósofos políticos somos gente deshonesto o de pocas luces sino si la filosofía política es capaz de proporcionarnos base racional para la política. Es muy posible que el estudioso de la mecánica de fluidos sea un inútil desmadejado a la hora de reparar una cañería o de conducir un coche pero, desde luego, su disciplina es de suma utilidad para resolver los problemas de la fontanería y del tráfico. Entre nosotros no parecen ser así las cosas, y ahí tenemos a Jeremy WALDRON, por cierto, en bandería con NOZICK, sosteniendo que hay poco que esperar de la reflexión teórica. Si llamamos a las cosas por su nombre, en román paladino, para WALDRON la filosofía política pertenece, con el debido respeto, al género de las pajas mentales. Con el debido respeto, naturalmente, a dicho género. Justo es decir que, terciando en el mismo debate, Martha NUSSBAUM, siempre pertrechada con sus inevitables griegos, ha proporcionado apreciables razones para suscribir la divisa aristotélica

de que el fin de la reflexión política «no es el conocimiento, sino la acción» (EN, 1095a, 5), de que «no investigamos para saber qué es la virtud, sino para ser buenos, ya que en otro caso sería completamente inútil» (EN, 1103b, 25).

Hecha la advertencia acerca de que el problema es de la disciplina, no quiero dejar pasar la ocasión de decir que, si tantas veces los problemas de la disciplina se resuelven en problemas de personas (en lugar de «qué se sigue —si se sigue algo— de la teoría de la acción comunicativa sobre esto» la pregunta es «pero, qué piensa HABERMAS sobre esto», duda que, por cierto, siempre se podría resolver teniendo un teléfono a mano), es porque la disciplina se muestra insegura y con criterios de tasación equívocos. La flaqueza de las teorías otorga un papel desmedido a unas opiniones políticas, formuladas por lo general a bote pronto, que no siempre guardan relación con las reflexiones profesionales. Si las conjeturas fueran sólidas, todo sería más sencillo. Al menos, el filósofo resultaría menos protagonista. Son estos caminos que no quiero recorrer ahora, aunque algo me gustaría decir más tarde, al final de mi charla.

En fin, recupero el hilo y perfilo el problema. ¿Podemos esperar alguna ayuda de la filosofía política para el juicio político? Creo que en la obra de Ernesto hay razones para dar una respuesta positiva a esa pregunta. Una opinión, en contra de lo que podríamos esperar, bastante infrecuente. Se conoce que somos personas dadas al funebrismo porque la mayor parte de los filósofos políticos parecen convencidos de cultivar una disciplina inútil. Algo que, admito, no deja de producirme perplejidad, porque, si ese es el caso, entonces todos a territorios más firmes y controlables, a la lógica y al análisis duro. O sin más, a la literatura; al dilema del Ortega joven: «o se hace literatura o se hace precisión o se calla uno».

TRES (MODERADOS) PESIMISMOS

Tengo inventariados bastantes pesimismos. Examinaré algunos de ellos, antes de ocuparme de lo que entiendo es el punto de vista de Ernesto. En todo caso, dada la naturaleza festiva de esta reunión y como no quiero frustrar incipientes vocaciones, sólo mencionaré tres de los más tibios. En realidad, no es nieguen las posibilidades prácticas de la filosofía política, sino que se muestran escépticos acerca de si podemos llegar a descubrirlas. Son tres perspectivas diferentes que, a su vez, arraciman diversas tesis que no estoy del todo seguro resulten compatibles entre sí. Así que, advierto, voy a forzar un poco el trazo.

- Una primera respuesta a nuestra pregunta, una respuesta institucionalmente pesimista, nos vendría a decir que las teorías normativas no tienen ocasión de cristalizar en acciones políticas. Acaso sean buenas, pero da lo mismo porque no está en nuestra mano sacar provecho de su potencial. Ocurre en muchas circunstancias de la vida, en la de cada cual y en la de todos: conocemos el diagnóstico y la solución pero no disponemos de poder —y eso puede incluir nuestra voluntad— para hacer lo que debemos hacer. Por lo que sea, no estamos en condiciones de llevar a cabo las acciones. «Por lo que sea» se refiere casi siempre, como digo, a falta de poder. Que no acabemos con las hambrunas o la pobreza absoluta no es un problema de la teoría, de falta de propuestas sensatas y bien fundadas, sino del mundo. Conviene no olvidar estas cosas para no

seguir llamando a la puerta equivocada, para no achacar otras culpas a las teorías que las que estrictamente les corresponden.

Pero no siempre es un problema de poder. Otras veces, y es el caso que más nos debería interesar, el problema es de nuestras instituciones políticas, empezando por nuestros sistemas democráticos, que se muestran insensible a la información relevante, que dificultan —por no decir que hacen imposible— el triunfo de las propuestas claras y distintas. La resabiada coletilla de «las elecciones se ganan en el centro» es la versión manoseada periodísticamente de resultados poderosos de la teoría de la elección racional: el teorema del votante medio o en otra formulación, el teorema de Hotteling. En una interpretación rústica y sociológica, esto es, doblemente rústica, tales resultados vendrían a decir que, en nuestras sociedades, sin agudas polarizaciones de clases, para llegar al poder, para conseguir la mayoría, hay que limar aristas a las ideas, desdibujar las propuestas, escamotear los problemas, contentar a todos, esto es, no decir nada. Al final, las organizaciones políticas se ubican en un complicado dilema entre la claridad y el poder que, para lo que nos interesa, quiere decir que no hay modo de hacer uso de las tecnologías que las teorías normativas nos pudieran proporcionar. No creo que sea casual que entre los políticos cada vez se extienda a más asuntos y más fundamentales esa enojosa descalificación, bastante insidiosa, de hacer «electoralismo con los asuntos importantes» (terrorismo, emigración, modelos energéticos, pensiones, etc.). Nos vienen a decir: con las cosas de comer, no se juega, o al menos, no en el debate democrático. Hay, para decirlo con Ernesto, un coto vedado al coto vedado, una dificultad para que los asuntos serios puedan ser objeto del debate político.

Es tarea de la ciencia política, empírica y analítica, desentrañar los entresijos e implicaciones —nada desdeñables— de este mal llevar entre la democracia y los problemas importantes. Aquí tan sólo me interesa destacar la existencia de un razonable punto de vista que sostiene que, aunque la filosofía política nos proporcione guías de acción, las proporcione o no, no tenemos un modo seguro de saberlo. Un juicio que pueden compartir tanto los escépticos acerca de la bondad de la teoría como los escépticos acerca de la bondad del mundo. Y, por supuesto, todos aquellos que creen que la política en serio, es poder, que las buenas razones están bien para decorar y dar relumbrón a los discursos pero poco más.

- Un segundo pesimismo sostiene que no hay modo de sacar provecho de los desarrollos normativos porque lo que falla es el acompañamiento, la base informativa sobre la que cimentar las intervenciones. Pudiera suceder que, por ejemplo, llegásemos a la conclusión de que es justo distribuir los logros de la sociedad atendiendo a las necesidades de las gentes, pero que no hubiera manera de hacerlo porque no tenemos un modo fiable de conocer tales necesidades. Pero no me quiero referir a ese tipo de problemas, interesantes, pero que caen más en el negociado de los economistas que en el de los filósofos, sino a otros que han servido —en sus diversas formas— para condenar las intervenciones sociales, sobre todo las radicales, las ingenierías sociales. En otro lugar, he agrupado estos puntos de vista bajo el rótulo un tanto imponente de «críticas epistémicas de las intervenciones políticas». Por lo general, arrancan, con buen tino, estableciendo un trazo entre las acciones individuales, y las políticas, las colectivas. Las primeras no presentarían mayores problemas. Mal que bien, en la gestión de nuestras vidas, una vez aclarados los propósitos, podemos disponer de una pauta elemental acer-

ca de cómo llevarlos a cabo. La teoría matemática de la decisión y la teoría de juegos nos proporcionan reglas bastante fiables de cómo hacer las cosas, incluso en aquellas situaciones en donde no andamos muy sobrados de información acerca del mundo: recabar las informaciones relevantes sobre las alternativas disponibles, incluidas las probabilidades, jerarquizar las preferencias y actuar de modo coherente con unas y con otras. Entre filósofos a esas reglas, en otros tiempos, no sin jactancia faltona, se las llamaba «racionalidad instrumental». En la práctica, nos permiten gestionar una parte importante de nuestros afanes, entre los que no se incluyen, cierto es, los que tienen que ver con la felicidad, que se escriben con renglones torcidos, que hay que abordarlos de soslayo, como sin querer. Pero con esa notable excepción, y alguna otra, menor, sirven.

Las cosas son bien distintas cuando se trata de la casa común, de los asuntos de la filosofía política. Incluso si podemos poner nombre a los anhelos colectivos, y la economía del bienestar —ARROW mediante— nos ha recordado que no es una tarea baladí, no habría modo, dirán los pesimistas epistémicos, de disponer de una buena cartografía de navegación, sea porque no hay —ni puede haber— teorías sociales disponibles, al menos en lo que atañe a las intervenciones de gran calado, sea porque, incluso si disponemos de tales teorías, la más ínfima variación en las condiciones iniciales nos enfila en veredas imprevisibles, o, con más gracia, con el Borges de *El Sur*: «ciego las culpas, el destino suele ser despiadado con las menores distracciones». Vamos, que como no hay modo de poder decir «nos vamos a la guerra de los treinta años» no cabe planificar las batallas. POPPER y el efecto mariposa, para decirlo pronto, y seguramente, mal. Repárese, en todo caso, que tampoco ahora el problema está en el territorio de la teoría normativa.

- El último de los pesimismos que quiero hoy mencionar apunta directamente al corazón de la filosofía política. Sus abstractas prescripciones serían un terreno poco firme en donde plantar pie para afinar decisiones políticas que requieren «el análisis concreto de la situación concreta», como decía el protagonista de la revolución rusa. El problema sería de principio: no es que nuestras herramientas analíticas actuales puedan ser susceptibles de mejora o cambio, por ejemplo, con una revolución metodológica o teórica. La política es acción práctica, trata con lo particular, con el mundo, no con descripciones del mundo como las teorías. Sencillamente, no podemos esperar exactitud donde no cabe y, en las decisiones prácticas, políticas, no cabe. Creer algo distinto será simple y llana estulticia, nos dirá ARISTÓTELES: «es propio del hombre instruido buscar exactitud en cada materia en la medida que lo permite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones» (EN, 1094b, 25). Las teorías normativas vendrían a dotarnos de una ilusión de precisión que confunde más que ayuda.

En ese pesimismo coinciden diversas estrategias de argumentación. Las de raíz aristotélica aúnan la tesis epistemológica de que no hay conocimiento de lo particular con la convicción de que la política es, finalmente, práctica, acción sobre la realidad, no con informes sobre la realidad. En palabras del propio ARISTÓTELES: «(La prudencia, la *Phronesis*) es práctica y la acción tiene que ver con lo particular» (EN, 1141b, 24). Así las cosas, no habría posibilidad de hacer uso político de las teorías normativas, abstractas por naturaleza. En el mejor de los casos, cabría recalcar en un saber prudencial, capaz de ponderar las circunstancias y los valores comprometidos en las decisiones; en el peor, en una suerte de genialismo que atribuye a ciertos individuos —cuando se los

quiere decorar se los llama hombres de estado— una supuesta sensibilidad especial para los quehaceres políticos, una sensibilidad pareja a la del artista. Otra veta, de inspiración hegeliano-marxista, llegará al mismo pesimismo pero discrepando de la premisa epistémica: que no tengamos ciencia de lo particular no nos impide alcanzar un conocimiento de lo particular sobre el que basar la práctica política. Ese conocimiento, dialéctico, no muy diferente del que cuaja en la mejor historiografía, sería el resultado de una composición de las abstracciones de las distintas ciencias: «una síntesis de multiplicidad de determinaciones», según la conocida formulación de MARX en su *Introducción a la crítica de la Economía Política* (1857). Sea como sea, ninguna de las dos estrategias, ni la que apela a la capacidad ponderadora del sabio o del genio, ni la que anda en pos de un conocimiento totalizador, sintetizador de las diversas abstracciones de la ciencia, deja en buen lugar a las teorías normativas. En un caso o en otro, estamos lejos de un conocimiento susceptible de ser reglado. Es antes arte o artesanía que algoritmo.

Los puntos de vista expuestos hasta aquí —y son los más contenidos— invitan a esperar poco de la filosofía política. En realidad, si las cosas fueran de ese modo, lo más honesto sería levantarnos ahora mismo y dirigirnos a la oficina de empleo más próxima, confiando en que, sin preguntarnos por nuestro currículum, nos ofrezcan algún trabajo en el que no podamos perjudicar mucho a la humanidad. Afortunadamente, algunos, no muchos no comparten tan sombrío diagnóstico. Ya he mencionado a la NUSSBAUM en su polémica con WALDRON y, por supuesto, siempre hay que acordarse de los Ilustrados, quienes, en su mayoría, compartían el diagnóstico, el emplazamiento, que tan claramente trazó uno de ellos, HELVETIUS: «sí no se puede fundir con la política, la moral es una ciencia frívola» (*De l'esprit*, 2, 15, 161).

AL MENOS, LO QUE NO DEBE SER

Ernesto es uno de esos pocos que creen que la filosofía política puede servir, además de para reunirse con los amigos y orearse un poco, para ayudarnos en el juicio político. A pesar de que, entre bromas y veras, con su característica bonhomía, nos dice que carece de talento para escribir en las distancias cortas, como hacemos algunos que de vez en vez nos contaminamos como gacetilleros, caben pocas dudas de su interés por la política. De que cree que alguna responsabilidades ha dejado testimonio, negro sobre blanco, entre otros lugares, en una reflexión sobre la fundamentación racional de la praxis política, a partir de la obra del filósofo peruano MIRÓ QUESADA, donde sostenía con cierta gravedad que «la misión del intelectual es desenmascarar los mitos que encubren la injusticia y la arbitrariedad de la sociedad que le ha tocado vivir». Nada sorprendente. Hay sobrada evidencia de que no se afilió a los héroes o modas del momento y, lo que no es menos importante, de que perdió o dejó pasar oportunidades que exigían el peaje de las convicciones. Con el léxico austero y sombrío de los economistas: ha tomado decisiones que tienen un alto coste de oportunidad. Por supuesto, eso sólo sucede cuando las intervenciones no son a favor de corriente. Cuando digo que «no son favor de corriente» no me dejo llevar por la inercia de las palabras gastadas, no adopto un punto de vista urgentemente ideológico. Creo que no está de más recordarlo en un país en el que en algunos lugares resulta mucho más costoso defender la constitución que condenar a Bush y al sistema, que por supuesto es lo debido. En realidad,

en último caso, si insistes un poco en la disposición contra el sistema, hasta puede que te caiga un cargo público. Sobre todo si «el sistema» contra el que se rebelan está muy lejos.

Con todo, que Ernesto se haya interesado por la política no supone necesariamente que tenga confianza en los beneficios de la teoría normativa para la política. Quizá suceda que, yo plural y de una sola sombra, para acudir por última vez a Borges, el Ernesto ciudadano se enoje con el mundo y golpee la mesa sin molestarse en consultar al Ernesto académico. Quizá, mira por donde, al fin encontremos un punto de acuerdo entre WALDRON y Ernesto.

Pero me temo que no es así, que tampoco esta vez, qué le vamos a hacer, hay coincidencias, que Ernesto espera más de las reflexiones analíticas que el autor de *Derecho y desacuerdo*. Seguramente no hay mayor ejemplo que su «coto vedado», una teoría de la que se puede decir cualquier cosa menos que es paniaguada. Yo no me voy a referir a ese desarrollo sino a otro muy emparentado con él, en realidad, a mi parecer, es su soporte último: la propuesta de un «criterio de irracionalidad» que «funcionaría de manera similar a la falsabilidad en las ciencias naturales», sirviendo de límite a lo «meramente racional». Una propuesta que, «pretende poner freno a lo que podría llamarse “actitud imperialista de las ciencias naturales” y a su presuntuosa actitud de negar la posibilidad de conocimiento en aquellos campos donde su metodología resulta epistemológicamente inaceptable».

La propuesta me parece muy sugerente. Me interesa sobre todo la comparación con la ciencia empírica sobre la que algo quiero decir. Vayan por delante algunas acotaciones menores, que pueden parecer —y acaso lo sean— pejiugueras de filósofo de la ciencia, sobre lo que Ernesto llama «las pretensiones imperialistas de las ciencias naturales», sobre la mercancía que se querría exportar, el método de las ciencias naturales, y sobre los exportadores, los científicos. Primero sobre la mercancía: resulta más que discutible que exista nada parecido a una metodología de las ciencias naturales, común y exitosa, que estemos en condiciones de llevar de aquí para allá. El *Origen de las especies* no se parece en nada a los *Principia* de NEWTON, por no referirse a cualquiera de los trabajos de EINSTEIN que revolucionaron a principios del siglo pasado varias áreas de la física. Mientras las leyes de la física se exponen en pocas páginas vigorosamente demostrativas el libro de DARWIN es una investigación narrativa, persuasiva, casi novelera, en donde, a lo largo de un montón de páginas, los ejemplos, bien traídos, arrojan unas pocas ideas, no siempre claras, a las que sólo exageradamente podemos calificar como teorías. La segunda reserva apunta a los traficantes, a quienes participan de «la actitud de negar la posibilidad de conocimiento» en nuestros negocios, en su parecer, los científicos naturales. Creo que yerra el tiro. Tengo para mí que esa actitud, si se da, es más cosa de filósofos de la ciencia —de los de hace bastante tiempo, también en su arrogancia— que de los científicos, quienes, en los últimos tiempos, no es que rechacen la posibilidad de conocimiento en nuestros asuntos, sino que hay que embridarlos en su optimismo —en otro sentido— imperial, o por los menos, rebajarles el alcance de sus intervenciones naturalistas, no pocas veces triviales y casi siempre puramente conjeturales, sin resultados contables, como sucede con bastantes —que no todos— desarrollos de la psicología evolutiva. Bien pensado, hay una cierta paradoja en la formulación de Ernesto, pues si por una parte, descalifica la actitud imperialista de las

ciencias naturales, por otro, la describe con escasa vocación colonizadora, en tanto «negaría la posibilidad del conocimiento» en nuestros afanes.

Como digo, ésas son reservas menores. Si las traigo a colación es porque no creo que Ernesto debiera mostrar cautelas respecto a lo que llama programa «imperialista de las ciencias naturales» cuando precisamente, a mi parecer, uno de los puntos de más interés del criterio de irracionalidad es el paralelismo —que él mismo enfatiza— con el tan denostado, y tan sensato por demás, criterio de falsación, una de las escasas propuestas que dota de algún sentido a la fatigosa —e inútil— disputa acerca de la unidad metodológica de las ciencias. Dicho sea de paso: después de tanta de majadería post-moderna uno no puede sino lamentar que POPPER no señoree —por no decir tiranice— la filosofía de las ciencias sociales, como sucedió en otro tiempo.

Como es conocido, el filósofo austriaco nos recordó que, en realidad, la ciencia no busca maximizar la verdad. Ir acumulando verdades es la cosa más sencilla del mundo, como bien saben esos concienzudos artistas de la vaciedad que son los componedores de horóscopos. Lo que buscamos son las teorías improbables, las que excluyen más mundos posibles. Por eso nos parece más interesante la afirmación «la velocidad de la luz es de 300.000 kilómetros por segundo» que la de que «la luz va bastante deprisa». Mal que bien, el criterio de falsación nos sirve —bien es verdad que en ejemplos bastante domésticos— para calibrar el contenido informativo de las teorías y de ese modo ayudar a reconocer a las mejores.

La pregunta es si podemos apurar la comparación de Ernesto y sopesar las teorías normativas con su criterio de corrección como hacemos con las empíricas con el criterio de falsación para, en un segundo paso, pertrechados de las más interesantes echarle cuentas al mundo, que es lo que importa. Desde otro punto de vista, algo de eso ha sugerido Amartya SEN, afín en tantas cosas a un autor como DASGUSPTA, tan justamente apreciado por Ernesto. En distintos sitios el premio Nóbel de economía ha sostenido que las teorías normativas operan como filtros informativos. Una teoría que da todo por bueno vendría a ser el equivalente de una tautología, compatible con todo y, por ende, de nulo interés. La afirmación de astrólogo «a usted le sucederá algo» tendría su paralelo en una teoría que sólo nos permitiera condenar la esclavitud.

Pero no sería del todo justo, y aquí viene mi pequeña objeción, si no señalara que la interpretación anterior, epistemológica, del criterio de irracionalidad coexiste con otra más estrictamente normativa, según la cual el criterio de irracionalidad opera como «un consenso universal acerca del mal radical». En este caso, lo excluido serían «estados de cosas cuyo rechazo sería unánime, independientemente de la concepción de lo bueno que se tenga». No estoy seguro que las dos aproximaciones al criterio de irracionalidad, la epistémica, que apostaría por teorías poderosas, y la normativa, que busca acuerdos amplios, convivan sin problemas. Que hay puntos de solapamiento, seguro, pero también de tensión. El mayor consenso universal lo tienen las tautologías, las que menos contenido informativo proporcionan, las que nos dotan de menores criterios políticos.

Mis simpatías se decantan por la interpretación epistémica. Si hemos de esperar algo de la filosofía política, nos interesan desarrollos que, al menos, nos permitan estar seguros de cuándo decir que no. Buscamos poder decir, con cierto criterio, que no todo vale igual. Pero no estoy muy convencido de que el no de todos sea un no relevante. A mi pa-

recer, la comparación con la ciencia creo que se puede prolongar uno poco más. A pesar de Feyerabend y sus muchos herederos postmodernos, en ciencia —y sería de esperar en filosofía moral— hay un espacio por explorar entre el todo vale y lo único que vale es esto. Frente a un acontecimiento podemos disponer de diversas explicaciones todas ellas verdaderas, o, por mejor decir, más modestamente, compatibles con las observaciones. Es verdad que Kennedy murió porque le pegaron un tiro, pero también porque la bala —o las balas— entró por tal sitio y afectó a tal órgano, porque tenía el cráneo orientado en tal posición, y, vete tú a saber, porque el cirujano se puso la mar de nervioso o formaba parte de la conspiración, en fin, por un conjunto de condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes (la modesta condición INUSS, ya saben, tan inútil en otros negociados, como la atribución de responsabilidades, por eso, y acaso por dar gusto al gusto por los acrónimos, se inventan otras, como la NESS), que, además, se pueden ellas mismas desgranar hasta la microfísica. Es asunto complicado decir, sin más precisiones contextuales, que una explicación es más atendible que otra. Pero de lo que sí estamos seguros es de que no es verdad que a Kennedy lo atropello un camión. ¿Podemos esperar, en un sentido parecido, que nuestras teorías normativas nos permitan, por lo menos, un pesimista cabeceo orteguiano, un «no es eso, no es eso», frente a las acciones o situaciones políticas. Ernesto parece confiar en que sí, en que podemos confiar en hacerlo. El problema es si, por la vía de los consensos universales vamos muy allá, si el cabeceo no acaba por ser el delsesteo aburrido ante la vacuidad.

EL LUGAR DE LA VIRTUD

Llegado este punto, el problema es de siempre, el que nos impide seguir hasta el final con la comparación: en filosofía práctica no podemos acudir al auditor independiente del control empírico. Decir que esto es un serio problema sería añadir otra obviedad a las muchas que he venido hilvanado hasta aquí. Pero creo, y con esto recupero un cabo que dejé por rematar más arriba, que sí disponemos de otros tipos de controles, sin duda mucho más inseguros pero que algo nos pueden ayudar. Hay uno que Ernesto supera con la mejor nota: la veracidad en el trato con las propias ideas.

Como antes sugerí, en disciplinas con criterios de tasación inciertos, que uno se tome en serio las propias ideas, hasta el punto de que tenga que dejar su país o su posición social, es, al menos, una señal, de que tiene un trato honesto con ellas. Que no le pasa, vamos, como al otro MARX, recuerdan: «señora, si no le gustan mis principios, no se preocupe, tengo otros». Por supuesto, el compromiso veraz con las ideas no garantiza la verdad de las ideas, pero, eso no quita para que podamos dudar de las ideas de aquel que no asume las implicaciones prácticas que se siguen de ellas. Por eso descreemos del médico —y de sus conocimientos— que recomienda un tratamiento que él mismo no se aplica. Pero eso hay razones para prestar atención a aquellos que nos dicen cosas que no nos gusta oír, que no dicen cosas por afán de agradar. A falta de asideros más sólidos, que se tomen en serio a sí mismos es una invitación para tomar en serio lo que nos dicen. En filosofía práctica nunca está de más pedir algunas pruebas en primera persona de los talentos. Quizá no sea tan desatinada la opinión de que un filósofo infeliz —e incluso uno diría triste— es un mal filósofo, al menos a uno que viva en nuestra parte del mundo y sin un cupo excesivo de infortunios.

Cuando no hay tribunal del mundo para medir la verdad, adquieren mayor importancia el amor a la verdad, el tribunal de la conciencia, el coraje intelectual, las virtudes epistémicas, como queramos llamarlo. En los cien metros lisos, con tribunales seguros, es fácil deslindar el trigo de la paja: el más rápido es el que llega el primero. Justicia procesal perfecta, que diría RAWLS. En física, casi, casi. Las cosas resultan más complicadas en buena parte de las ciencias sociales, por no mencionar el arte. Creo que en alguna parte FREUD dijo que la actividad intelectual es una cuestión de carácter. PAVESE lo expresó de un modo no sé si más inadecuado pero sin duda más rotundo: «No bastan las veleidades, las furias y los sueños; se necesita algo más: cojones duros». Se necesita porque no, no es fácil pensar a la intemperie, contra corriente. Quien seguro que lo dijo es otro filósofo, que no me resulta más simpático que el vienés, pero que en esto la cuadró. Como lo cito a través de WILLIAMS, confío que se disculpe que me acuerde de NIETZSCHE: «¿Pues, qué significa ser honesto en las cosas del espíritu? ¿Ser riguroso con el propio corazón, despreciar los bellos sentimientos, hacer de cada sí y de cada no un asunto de conciencia! [...] La “voluntad de verdad” no significa “no quiero dejarme engañar”, sino —no queda otra alternativa— “no quiero engañar, ni aún a mí mismo”: y con esto nos encontramos en el terreno de la moral».

WILLIAMS incluso se anima y ordena el escalafón en un caso bien conocido: «Durante bastantes años, las gentes bienpensantes de la izquierda intelectual siguieron a SARTRE en su cruda marginación de CAMUS, en su desdén hacia lo que se presentaba como el necio humanismo, el moralismo subjetivo y la incompetencia filosófica de CAMUS. Puede que CAMUS haya sido un filósofo menos profesional que SARTRE, pero no está claro que fuera peor filósofo. Lo que con toda seguridad es cierto es que fue un hombre más honesto y su autoridad intelectual descansa en ese hecho». Un cuadro que WILLIAMS podría haber completado acordándose de cómo años más tarde otro mandarín parisiño, macerado en una atmósfera intelectual no menos enrarecida, ALTHUSSER, poco antes de trastornarse irreparablemente, acabó por autocalificarse como fraude.

No creo yo que sea buena idea empezar a votar para ordenar la jerarquía de honestidades del gremio. Además, no nos engañemos, los resultados estarían trucados: siempre ganaría WITTGENSTEIN; los suyos le votarían como una sola voz. Dejémoslo aquí. Mi interés por estos aspectos es tangencial, porque nos ayudan a iluminar lo que se espera del propio trabajo. Pero, en fin, si en uno de los muchos ratos de ocio que permite la profesión nos dejamos vencer por la tentación, estoy convencido que Ernesto andaría entre los mejores, en una liga bien distinta, a años luz, de aquellos que, lo admitan o no, podrían reconocerse en los versos de un poeta que Ernesto aprecia casi tanto como yo, cuando escribía: «la vocación, aquello sobre lo que fundamos un día nuestro ser, el nombre que le dimos a nuestra dignidad, vemos que no es más que un desolador deseo de esconderse».

REFERENCIAS

- ARISTÓTELES, 1985: *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, Madrid: Gredos.
- GARZÓN VALDÉS, E., 1989: «Ideología y humanismo en la obra de Francisco Miró Quesada», en GARZÓN VALDÉS, E., 1993: *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- 1998: «Razonabilidad y corrección moral», *Claves de razón práctica*, 88.
- 1998: «Algunas reflexiones sobre la ignorancia», en GARZÓN VALDÉS, E., 2001: *Filosofía, política, Derecho*, Universitat de Valencia.
- NUSSBAUM, M.: «Lawyer for Humanity: Theory and Practice in Ancient Political Thought», en SHAPIRO, I., y DECEW, J. W. (edis.), 1995: *Theory and Practice*, New York: Nomos XXXVII, New York University Press.
- WALDRON, J.: «What Plato Would Allow», en SHAPIRO, I., y DECEW, J. W. (edis.), 1995: *Theory and Practice*, New York: Nomos XXXVII, New York University Press.
- WILLIAMS, B., 2002: *Verdad y veracidad*, Barcelona: Tusquets.

LA RELEVANCIA DE LA DIGNIDAD HUMANA. UN COMENTARIO

José Luis Pérez Triviño

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

RESUMEN. En un reciente trabajo, Ernesto Garzón ha tratado de poner de manifiesto la relevancia moral del concepto de dignidad humana. Mi objetivo será ceñirme a la distinción que establece entre dignidad, conciencia de la dignidad y expresión de la dignidad. En su opinión esta es una distinción importante y que no suele ser tomada en cuenta, sin embargo, trataré de justificar que lo que denomina «conciencia y expresión de la dignidad» podrían ser vistos como los rasgos de un concepto bien conocido y que con el que la idea de dignidad está vinculada: el autorespeto. Esta pretende ser una alternativa a su reconstrucción conceptual que permite quizá tener una visión más amplia y más fecunda de la vinculación del concepto de dignidad con otros conceptos afines.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, dignidad humana, autorespeto.

ABSTRACT. In a recent work, Ernesto Garzón has tried to elucidate the moral significance of the concept of human dignity. My goal will be to discuss the distinction between consciousness of the dignity and expression of the dignity. According to his opinion this is an important distinction and it is not usually taken into account. However, I will try to justify that the consciousness and expression of the dignity could be seen as the features of a very known concept: selfrespect. This intends to be an alternative to his conceptual reconstruction that allows, perhaps, to have a vision more extense and more fertile of the linking of the concept of dignity with other similar concepts.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, human dignity, selfrespect.

A pesar de la importancia que tiene la noción de dignidad en los principales textos jurídicos internacionales o constitucionales, lo cierto es que no ha sido un concepto especialmente debatido por parte de la filosofía jurídica y moral de las últimas décadas. Ejemplo de este abandono es que el vocablo ni siquiera aparece en el índice analítico del libro de RAWLS *Una teoría de la justicia*. Sin embargo desde comienzos de los años noventa se han publicado, especialmente en el ámbito filosófico anglosajón, importantes trabajos sobre el fundamento de esta noción, así como estudios que analizan su vinculación con conceptos afines. En nuestro contexto, uno de los autores que se ha dedicado a este tema ha sido Ernesto GARZÓN VALDÉS. En un reciente trabajo (GARZÓN VALDÉS, E., 2006) ha tratado de poner de manifiesto la relevancia moral del concepto de dignidad humana. Dejando de lado otros puntos que aborda GARZÓN en el mencionado trabajo, mi objetivo será ceñirme a la distinción que establece entre dignidad, conciencia de la dignidad y expresión de la dignidad. En su opinión ésta es una distinción importante y que no suele ser tenida en cuenta (GARZÓN VALDÉS, E., 2006: 44). En este sentido, señala que, siendo la dignidad una propiedad adscriptiva que se predica de cualquier individuo que pertenezca a la especie humana, no se implica que cualquier individuo sea consciente de su dignidad o que la exprese correctamente. En efecto, un recién nacido puede no tener conciencia de la propia dignidad pero ello no equivale a despojarle del carácter de ser un agente moral, esto es, de tener dignidad. Por otro lado, «se puede tener conciencia de la propia dignidad y, sin embargo, expresarla indignamente», como por ejemplo, puede suceder con alguien que se comporte servilmente. Es más, quien actúa indignamente tampoco destruye su dignidad.

Estoy plenamente de acuerdo con el planteamiento de GARZÓN VALDÉS, sin embargo, señalaré que lo que denomina «conciencia y expresión de la dignidad» podrían ser vistos como los rasgos de un concepto bien conocido y que con el que la idea de dignidad está vinculada: el autorespeto. Para mostrar esta vinculación comenzaré con la idea de respeto y luego examinaré el autorespeto.

DIGNIDAD Y RESPETO

No es infrecuente encontrarse con la confusión entre estos dos términos: en unas ocasiones se define la dignidad en términos de respeto y en otras se define respeto como dignidad¹.

¿Pero existe alguna diferencia de significado o son términos sinónimos? En mi opinión, hay suficiente base para mantener que son dos conceptos distintos, a pesar de que exista una estrecha vinculación entre ambos, pues como dice FELDMAN (FELDMAN, D., 1999: 688), la dignidad y el respeto no son la misma cosa, pero se alimentan mutuamente².

¹ A modo de ejemplo, en la STC 53/1985 el TC señala que el principio de dignidad está ligado a la exigencia de respeto por parte de los demás, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás». (FJ 8).

² Tampoco es rara la confusión entre autoestima y autorespeto. Ver SACHS, 1981: «How to Distinguish Self-Respect from Self-Esteem», *Philosophy and Public Affairs*, 10, (4), pp. 346-7. Ver también MARGALIT, 1996: *La sociedad decente*, Barcelona: Paidós.

Una caracterización interesante del respeto se encuentra en Diana MEYERS (MEYERS, 1995: 224), para quien esta noción incluye tres elementos: una actitud, una conducta y un objeto. En su opinión, la idea de respeto supone que los individuos realizan conductas que expresan una determinada *actitud*, realizan ciertas *conductas* y, por último, que tales actitudes y conductas se dirijan a un *objeto* determinado (al que se le debe o que se merece tales actitudes y comportamientos). El respeto implica una respuesta que es debida; algo que el objeto *exige u ordena* (DILLON, 1995: 18). Por ello, MEYERS señala que pueden existir diversas razones que explican que el respeto se aplique incorrectamente. Por ejemplo, cuando hay una actitud y una conducta adecuada, pero dirigidas a un objeto inadecuado. También se aplicaría mal el respeto en el supuesto de que se dirige al objeto adecuado pero por razones equivocadas (por ejemplo, el motivo de la conducta *respetuosa* son los méritos profesionales, los rasgos del carácter, o la belleza física).

Este modelo de MEYERS es útil para caracterizar la dignidad y el respeto. En mi opinión, se podría realizar una pequeña modificación en su esquema para delinear aquellos conceptos. Así pues, el objeto de los comportamientos y las actitudes correspondería a la dignidad y en este sentido, de ella surgen obligaciones para otros. En cambio, lo que MEYERS identifica como el comportamiento y las actitudes corresponderían a la noción de respeto (moral). Esta caracterización de MEYERS podría completarse con la idea de «conciencia de la dignidad» de GARZÓN y, en este sentido, la dignidad y el respeto serían las dos caras de la misma moneda: debemos respeto, esto es, estamos obligados a ser conscientes de la dignidad de los seres humanos y a mostrar determinados comportamientos y actitudes frente a ellos por poseer dignidad.

Examinar la relación entre respeto y dignidad desde esta perspectiva tiene una ventaja adicional, pues permite entender una paradoja que habitualmente se señala cuando se habla de la vulneración de la dignidad. En efecto, pareciera que si se sostiene que la dignidad es una propiedad inherente de todos los seres humanos, ninguna actuación externa podría afectarla. Ni se la disminuiría ni se la destruiría. Pero, por otro lado, es frecuente en nuestros usos lingüísticos afirmar que «un acto X ha vulnerado la dignidad de Y». La «paradoja» se disuelve si en lugar de centrar la atención en la dignidad, esta se pone en el respeto que deben los individuos a la dignidad humana. De esta forma la frase «X vulneró la dignidad de Y» puede entenderse del siguiente modo: «X no respetó la dignidad de Y», con lo cual la dignidad queda intacta, mientras que el reproche se dirige a X por no realizar las conductas, las actitudes y comportamientos debidos.

DIGNIDAD Y AUTORESPETO

En estrecha conexión con la noción de respeto se encuentra la de autorespeto. Las explicaciones acerca del autorespeto han sido diversas. Se han ofrecido muy diferentes caracterizaciones de este fenómeno. En unas ocasiones se identifica autorespeto con un sentimiento. En otras ocasiones, se considera que es una actitud, una disposición cognitiva, una disposición emocional, una disposición a la acción o incluso un modo particular de vida (DILLON, 1995: 19).

La tesis que voy a mantener aquí es que el autorespeto presenta rasgos estructurales similares al respeto, excepto que aquí el poseedor del valor (la dignidad) y el sujeto

que debe respeto a tal valor es el mismo individuo. Ernesto GARZÓN VALDÉS distingue entre dignidad, conciencia de la dignidad y expresión de la dignidad (GARZÓN VALDÉS, 2006: 43), pero en mi opinión, estas dos últimas son características del autorespeto. Por esta razón, las explicaciones ofrecidas párrafos atrás son válidas para dar cuenta de este fenómeno.

Siguiendo a KANT (KANT, 1994: 274), el autorespeto sería el valor que nos atribuimos por nuestra propia naturaleza como personas; en virtud de que somos fines en nosotros mismos, los individuos nos reconocemos y nos evaluamos como seres poseedores de dignidad. La dignidad conlleva que los seres humanos están obligados no sólo a reconocer y respetar la dignidad de todas las personas, sino también la suya propia. Estas obligaciones suponen seguir un conjunto de mandatos y de prohibiciones, así como actuar guiados por cierto tipo de razones. Debemos actuar de forma congruente con nuestro status moral como fines en sí mismo evitando cualquier tipo de acción que tenga como resultado la degradación. Esto significa, según KANT, que tenemos la prohibición de suicidarnos, de realizar conductas sexuales impropias, etc. Ahora bien, a diferencia de lo que parecen pensar KANT y MEYER, creo que no se puede decir que esas conductas (u otras) anulen o disminuyen nuestra dignidad. Quizá nos hagan parecernos a animales, como piensa KANT, o rasguen la etiqueta de la dignidad (como piensa GARZÓN), o muestran una carencia de autorespeto, pero no provocan la pérdida de la dignidad, y mucho menos, suponen la derogación del deber de respeto por parte de los otros.

Desde una perspectiva más reciente, DARWALL (DARWALL, 1995: 183) señala que el autorespeto supone aceptar: 1) ciertos fines y valores que consideramos positivos y deseables para nuestra visión personal; 2) ciertas acciones y conductas que consideramos adecuadas para el logro de esos fines. De esta forma adquirimos o comprendemos ciertos valores respecto de los cuales nos sentimos comprometidos en nuestro actuar. En definitiva, más allá de cuáles sean las obligaciones y prohibiciones concretas según la concepción de la dignidad, parece claro que el autorespeto implica llevar a cabo una evaluación de nosotros mismos como seres con dignidad, fines en nosotros mismos y que por tanto, no podemos (debemos) llevar a cabo aquellas acciones que supongan autodegradación o servilidad (DILLON, 1995: 16).

Para concluir, examinadas así las cosas, la distinción de GARZÓN entre conciencia y expresión de la propia dignidad podrían ser considerados como elementos integrantes del concepto de autorespeto. En definitiva, no he pretendido realizar una crítica sustantiva a la noción de dignidad de GARZÓN, si no más bien plantear una alternativa a su reconstrucción conceptual que permita quizá, tener una visión más amplia y más fecunda de la vinculación del concepto de dignidad con otros conceptos afines.

BIBLIOGRAFÍA

- BULYGIN, E., 2006: *El positivismo jurídico*, México: Fontamara.
 DILLON, R., 1995: *Dignity, Character and Self-Respect*, New York-London: Routledge.
 FELDMAN, D., 1999: «Dignity as Legal Value», *Public Law*.

- GARZÓN VALDÉS, E., 2006: «¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?», en BULYGIN, E., 2006: *El positivismo jurídico*, México: Fontamara.
- KANT, I., 1994: *La metafísica de las costumbres*; Madrid: Tecnos.
- MARGALIT, A., 1997: *La sociedad decente*, Barcelona: Paidós.
- MEYERS, D., 1995: «Self-Respect and Autonomy», en DILLON, R., 1995: *Dignity, Character and Self-Respect*, New York-London: Routledge.
- SACHS, D., 1981: «How to Distinguish Self-Respect from Self-Esteem», *Philosophy and Public Affairs*, 10, (4).

UNA MIRADA A «ALGO MÁS ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL» (1992) DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Victoria Roca

Universidad de Alicante

RESUMEN. Las tesis sostenidas por Garzón Valdés en el trabajo aquí analizado permiten poner de manifiesto cómo una adecuada comprensión del Derecho como práctica normativa que se pretende justificativa de acciones que afectan a terceros nos lleva a vincular el Derecho con la Moral sin por ello 1) abandonar las filas del positivismo ni 2) caer en un discurso acrítico en relación con el Derecho. Esas tesis además pueden verse como una invitación a una reflexión acerca del fundamento último y de las claves que permiten entender cabalmente la denominada pretensión de corrección del Derecho.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, Derecho y moral, regla de reconocimiento, positivismo jurídico, pretensión de corrección.

ABSTRACT. Garzón Valdés argues in «Algo más acerca de las relaciones entre Derecho y Moral» for the thesis on the necessary justificatory and conceptual connection between Law and Morality. He states that an adequate understanding of Law as a normative practice aiming at justifying actions and the use of force is only possible when maintaining that referred thesis. Nonetheless this does not lead us neither to abandon a positivistic approach to the Law nor to fall into an uncritical discourse about it. Further, those ideas stimulate us to consider the grounds and the clues to a correct reconstruction of the correction claim erected by the Law.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, Law and Morality, recognition rule, legal positivism, correction claim.

No es difícil llegar al acuerdo de que las relaciones entre el Derecho y la Moral han sido y siguen siendo núcleo o problema central de la Filosofía del Derecho. Es, sin embargo, más difícil llegar a acordar cuál sea la naturaleza de esas relaciones, en qué dimensión se dan, qué implicaciones tienen con otros problemas de la iusfilosofía y de la teoría del Derecho, etc.

Son dos las tesis defendidas por Ernesto GARZÓN en su artículo del año 1992 «Algo más acerca de la relación entre el Derecho y la Moral», con las cuales propone también su contribución a este espinoso debate:

1. Entre los Derechos existentes y la Moral (en su doble versión de moral positiva y de moral crítica o ética) se da una conexión conceptual necesaria. Al menos los legisladores y los funcionarios tienen que adherirse a la regla de reconocimiento por razones morales (GARZÓN VALDÉS, 1992: 324).

2. La tesis anterior es relevante para entender cómo es y cómo funciona en realidad el Derecho, pero su aceptación no implica dotar de un halo de moralidad —blindada frente a la crítica— al Derecho positivo (GARZÓN VALDÉS, 1992: 333).

I

Ernesto GARZÓN suscribe la tesis de la unidad del razonamiento práctico. Por decirlo con las palabras clásicas de KANT en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785): «Todos los deberes, simplemente porque son deberes pertenecen a la Ética; pero su legislación no está contenida para todos en la Ética, sino fuera de la misma para muchos de ellos». En definitiva, para los autores que, como GARZÓN VALDÉS, suscriben esta tesis tendremos distintas variedades de obligaciones siempre morales distinguibles en razón de la diversidad de prácticas o instituciones que cabe tomar en cuenta como razones auxiliares en los razonamientos prácticos complejos¹.

¿Cuáles son los hitos de la argumentación que lleva a Ernesto GARZÓN a defender la tesis de la conexión conceptual del Derecho con la Moral?

Siguiendo la terminología hartiana, aunque aquí no sus tesis sustantivas, el profesor GARZÓN parte de que los participantes en un sistema jurídico pueden incluir las reglas jurídicas en sus razonamientos prácticos de dos formas distintas:

a) Bien asumiendo un punto de vista interno. Entonces hablaríamos de aceptación de la regla.

b) Bien asumiendo un punto de vista externo o prudencial. Hablamos entonces de obediencia (GARZÓN VALDÉS, 1992: 320).

A la pregunta que se le dirige a la parte oficial (jueces y legisladores centralmente) acerca de por qué considera que debe obedecerse lo que establece la Constitución, la única respuesta que puede considerarse correcta —nos dice GARZÓN VALDÉS— es aquella que pasa por apelar a razones extrajurídicas y últimas: en definitiva, a razones morales (GARZÓN VALDÉS, 1992: 321).

¹ BAYÓN, 1991: 447.

Vistas las cosas desde el punto de vista interno (el del aceptante), el Derecho, pues, no aparece meramente conectado con la moral, sino con la Ética o moral crítica: quienes aceptan o suscriben internamente las normas lo hacen porque consideran que ellas son las verdaderamente correctas. La expresión del punto de vista interno es siempre también una proposición moral interna. Hablamos aquí de «creencia en la legitimidad» (GARZÓN VALDÉS, 1992: 321).

Se abre con esto un bloque de preguntas de interés: ¿Es posible la formación de un sistema jurídico sin la existencia real de aceptantes en la clase oficial, esto es, basta para ello con la creencia (falsa) generalizada entre la clase oficial de que hay aceptantes entre sus miembros? ¿Es viable la estabilidad de un sistema desde esa apariencia generalizada en la clase oficial? ¿Son empíricamente posibles *Irrlandia* (todos están en un error acerca de las creencias verdaderas de los otros), *Delirandia* (todos están en un error acerca de las creencias verdaderas de los otros y además ninguno de los ciudadanos se atreve a sacar a la parte oficial de su error a pesar de que ello los podría liberar de un régimen que ellos rechazan) o *Apatilandia* (la parte oficial no padece los efectos de la creencia errónea, sino que no tiene ninguna creencia acerca del valor de las reglas básicas del sistema: simplemente las cumple por hábito, tradición o aburrimiento y, además, los «apatilandios» no se han planteado nunca en ninguno de sus estratos sociales la pregunta acerca de por qué actúan como actúan? (GARZÓN VALDÉS, 1992: 322).

Ernesto GARZÓN considera que tales sistemas serían estructuralmente muy inestables, pero afirma que, aunque improbable, su existencia sería posible. Quizá valdría la pena suscitar aquí con Gregory KAVKA² y con Juan Carlos BAYÓN la pregunta acerca de si es precisa siquiera la creencia (errónea) generalizada de que los demás aceptan realmente la regla o si acaso no bastaría para la existencia de una regla social incluso sólo con la creencia (errónea) de que nadie sabe que todos sabemos que los demás no aceptan la regla (BAYÓN, 1991: 457-458).

Al margen de estas consideraciones, lo que sí es común a todas estas posiciones es que la categoría «conducta de aceptación» se constituye en el eje central para explicar la noción de regla y, con ella, la noción de Derecho.

En opinión de Ernesto GARZÓN es preciso subrayar que el sistema jurídico no puede existir sin la pretensión de corrección moral de su regla de reconocimiento (lo que ALEXY denomina también la pretensión de justicia)³. Es más, nos dice el profesor GARZÓN, si la parte oficial no puede pretender legitimidad por ella misma, no tenemos base sobre la cual podamos acordarle una legitimidad ni siquiera *de facto* (GARZÓN VALDÉS, 1992: 330). Esta tesis me parece sin embargo susceptible de controversia. En efecto, bien podría avanzarse que la legitimidad en el mundo de la razón práctica no implica sólo, tal y como se presume en el texto de GARZÓN, la pretensión de legitimidad y su correspondencia con una serie de valores o principios éticos correctos, sino también junto a ello, y como condición necesaria, la circunstancia de que de hecho la norma o la autoridad sea considerada como legítima por un grupo.

Volvamos al hilo central del texto de GARZÓN VALDÉS: si bien un juez puede pronunciar una sentencia conforme a la ley vigente aunque no suscriba internamente el

² KAVKA, 1983.

³ ALEXY, 1997: 41-46.

contenido de la misma, el problema radica en saber si esta actitud puede *conceptualmente* ser generalizada. La respuesta de Ernesto GARZÓN es negativa. Para quienes adoptan el punto de vista interno legitimación coincide con legitimidad (entendida esta última como coincidencia de las normas del sistema con los principios de la ética)⁴. De la misma forma que sería contradictorio afirmar «creo que la pared es blanca y no es así», o el archicitado «el gato está sobre la alfombra pero yo no lo creo» lo sería también «creo en la legitimidad de mi sistema pero es ilegítimo». Además, lo que resulta chocante en la opinión de RADBRUCH cuando sostiene que «despreciamos al párroco que predica en contra de sus convicciones, pero honramos al juez que no se deja engañar en su fidelidad a la ley por una sensibilidad jurídica contraria a ella»⁵, es que hay una contradicción entre las proposiciones que expresan el punto de vista interno de ese juez y sus proposiciones morales internas (GARZÓN VALDÉS, 1991: 332). Vistas así las cosas, la actitud de desprecio frente a este juez podría estar plenamente justificada. Aquí, en efecto, estaríamos cuestionando no sólo la integridad moral de este juez, sino su coherencia pragmática. Con esto, GARZÓN se estaría apartando de opiniones tales como la expresada por MAYES del siguiente modo: «No hay nada inconsistente en la idea de que uno o incluso todos los jueces de una sociedad impongan el Derecho meramente para evitarse los inconvenientes que personalmente habrían de soportar si hicieran lo contrario. Criticar a los infractores del Derecho es parte de su trabajo ¿por qué habríamos de propugnar como condición necesaria que sus críticas sean sinceras? (MAYES, 1989: 239). Pues bien, dejando a un lado si es o no es lógicamente necesaria la aceptación generalizada por parte de los jueces para hablar de la existencia de una regla social, tiene en mi opinión razón el profesor GARZÓN cuando dice que es posible formular un juicio desaprobatorio contra el juez que no emita sus juicios críticos de forma sincera. En este punto, el artículo del profesor argentino nos permite abrir de nuevo un bloque de preguntas de gran interés: el relativo, precisamente, a los problemas de contradicción pragmática o al menos aparentes quebrantos de la consistencia pragmática que presentarían formulaciones tales como las que a modo de ejemplo se me ocurren:

1. Esta ley es ilegítima pero yo no lo creo.
2. Debo resolver conforme a este Derecho al que considero injusto.
3. Debo resolver conforme a este Derecho, y tal deber lo considero injusto.
4. Debo resolver conforme a esta ley, a la que considero injusta.
5. Debo resolver conforme a esta ley, y tal deber lo considero injusto.
6. Debo condenar a este sujeto, pero creo que es inocente.
7. Debo absolver a este sujeto, pero creo que es culpable.

En definitiva, la lectura de este punto del artículo de Ernesto GARZÓN invita a profundizar en los fundamentos de la pretensión de corrección y a desentrañar los hilos que conducen a una comprensión adecuada del nexo entre corrección jurídica y corrección moral.

Por lo que se refiere al punto de vista del observador externo, y para concluir con la tesis de la conexión conceptual entre Derecho y Moral, nos dice GARZÓN VALDÉS que es obvio que las proposiciones morales internas de un tal observador pueden no

⁴ GARZÓN VALDÉS, 1991: 321, 327-328.

⁵ RADBRUCH, 1932: 83.

coincidir con las de quienes aceptan e imponen el sistema objeto de su consideración. De aquí no se sigue sin más que el observador deba necesariamente negar el carácter de jurídico al sistema que considera injusto. De la negación de la tesis de la neutralidad no se sigue la imposibilidad de formular juicios críticos que califiquen a un sistema jurídico como inmoral (GARZÓN VALDÉS, 1991: 328). Con esto, GARZÓN VALDÉS, seguiría manteniéndose dentro de las filas del positivismo jurídico. Hablaríamos en un sentido «entrecomillado» o «indirecto» —dejando aquí al margen los problemas que suscitan este tipo de enunciados— de lo jurídicamente «debido».

II

En cuanto al segundo problema tratado en este artículo: bajo la postura de quienes como HART o KELSEN sostienen que la tesis de la conexión conceptual del Derecho con la Moral es peligrosa en virtud de las consecuencias prácticas que de ella derivan, subyace —nos dice GARZÓN— la creencia de que el rechazo de la tesis de la separación destruye, o al menos reduce, la capacidad crítica de los ciudadanos: «el efecto real de la identificación terminológica de Derecho y justicia comporta una justificación ilícita de cualquier Derecho positivo» (KELSEN) o «es importante que las personas conserven el sentido de que la certificación de que algo es jurídicamente válido no es concluyente con respecto a la cuestión de la obediencia» (HART). Se supone con ello una vinculación entre la obligación impuesta por la parte oficial, de acuerdo con sus creencias morales, y la creencia en el deber moral de obediencia de estos mandatos por parte de los ciudadanos (GARZÓN VALDÉS, 1991: 330-331).

Traeré aquí algunas ideas ya bien conocidas pero muy controvertidas a partir de esta última reflexión de GARZÓN. El sujeto participante puede ver razones jurídicas (razones morales que se entretajan con razones auxiliares emanadas de una determinada práctica jurídica) y al mismo tiempo conservar una suerte de distanciamiento crítico respecto de las mismas de forma que la conclusión de su razonamiento práctico le lleve a otorgar un mayor peso (y bajo su responsabilidad) a otras razones morales diferentes de aquellas que se articulan en torno a la práctica en cuestión y que se constituían en razones para su observancia. En definitiva, si bien el Derecho pretende constituirse en una razón excluyente y articular así un deber de carácter concluyente, la práctica moral en la que está a su vez inmerso puede llevarnos a arrojar una conclusión distinta. Es decir, el Derecho positivo, o una determinada norma jurídica, puede verse derrotado. En este sentido, suscribir la tesis de la conexión entre el Derecho y la Moral no implica sostener que existe una obligación moral de obedecer al Derecho incluso cuando éste pugne contra nuestra conciencia (aunque eso sí, bajo nuestra responsabilidad), ni implica tampoco reconstruir a los ciudadanos como «ciegos morales» ni contribuye necesariamente y por sí sola a generar una opinión de obediencia acrítica al Derecho. En mi opinión cabe decir que más bien debemos confiar en que lo que genera la conciencia de que la única forma legítima de ejercicio de la fuerza pasa por su justificación moral última es la opinión generalizada —por concluir con unas palabras de Ernesto GARZÓN tomadas de POSTEMA⁶— de que «hay un sentido directo en el cual la fuerza coactiva ins-

⁶ POSTEMA, 1987: 93.

titucionalizada no puede ser considerada como Derecho que justifique nuestras acciones» (GARZÓN VALDÉS, 1991: 325) y ese sentido, podemos explicitar, alude a la carencia de normatividad —de fuerza justificativa— en los términos antes establecidos.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYÓN, J. C., 1991: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GARZÓN VALDÉS, E., 1991: «Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral», *Derecho, Ética y Política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 317-335.
- HART, H. L. A., 1994: *The Concept of Law*, 2.^a ed. a cargo de P. A. BULLOCH y J. RAZ, Oxford: Clarendon Press.
- KAVKA, G. S., 1983: «Rule by Fear», *Noûs*, 17: pp. 601-620.
- KELSEN, H., 1948: «Law, State and Justice in the Pure Theory of Law», *Yale Law Journal*, 57/3: pp. 377-390.
- MAYES, G. R., 1989: «The Internal Aspect of Law: rethinking Hart's Contribution to Legal Positivism», *Social Theory and Practice*, 15: pp. 231-255.
- POSTEMA, G. J., 1987: «The Normativity of Law», R. GAVISON (ed.), *Issues in contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, pp. 81-104.
- RADBRUCH, G., 1932: *Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., Stuttgart: K. F. Koehler Verlag.

SOBRE EL CONCEPTO DE ESTABILIDAD DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS

Juan Ruiz Manero

Universidad de Alicante

RESUMEN. El propósito de esta contribución es discutir la definición del concepto de estabilidad de los sistemas políticos que propone Ernesto Garzón Valdés en su obra *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Ernesto Garzón propone definir el concepto de estabilidad de los sistemas políticos a partir del concepto de regla de reconocimiento. En opinión del autor, en esta propuesta de Garzón se distorsiona el concepto de regla de reconocimiento, al pretender extender su operatividad del ámbito de los sistemas jurídicos al de los sistemas políticos. Pues los sistemas políticos son entendidos por Ernesto Garzón no como instituciones en sentido jurídico o normativo, sino como instituciones en sentido social. Siendo así las cosas, el término de «regla de reconocimiento» no designa ya un concepto preciso de la teoría del Derecho, sino que no pasa de ser un nuevo nombre para conceptos politológicos tradicionalmente más vagos, tales como los de «ideología del grupo dominante» o «elementos esenciales del régimen político». Y ello implica el fracaso de la pretensión de Ernesto Garzón de aportar mayor rigor al discurso politológico mediante el uso de un concepto proveniente de la teoría del Derecho. El texto termina aludiendo al fenómeno, muy común en América latina, de continuidad de las agencias jurisdiccionales y de su personal a través de revoluciones y golpes de Estado. Para comprender este fenómeno, el autor señala la necesidad de atender a una regla aceptada de identificación del Derecho más básica que la regla de reconocimiento hartiana.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, estabilidad de los sistemas políticos, regla de reconocimiento.

ABSTRACT. The purpose of this paper is to discuss the definition of the concept of stability of political systems put forward by Ernesto Garzón Valdés in his work *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Ernesto Garzón proposes that we define the concept of stability of political systems using the concept of rule of recognition as a basis. In the author's opinion, this suggestion of Garzón's distorts the concept of rule of recognition, seeking as it does to extend its application beyond the realm of legal systems to the realm of political systems. Political systems are understood by Ernesto Garzón not as institutions in the legal or normative sense, but as institutions in the social sense. Taking that into account, the term «rule of recognition» does not designate a precise concept of legal theory, but is nothing but a new name for traditionally more vague political concepts like the concept of «ideology of the ruling class» or «essential elements of the political regime». This implies the failure of Ernesto Garzón's claim to provide a greater rigor to politological discourse through the use of a concept coming from legal theory. The paper finishes by mentioning the phenomenon, which is very common in Latin America, of the continuity of adjudication agencies and of their staff regardless revolutions and military coups. In order to understand this phenomenon, the author indicates the need to take into account an accepted rule of identification of law which is more basic than Hart's rule of recognition.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, stability of political systems, rule of recognition.

1

En *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Ernesto GARZÓN VALDÉS se propone dos objetivos: formular, primero, «una propuesta de definición del concepto de estabilidad de los sistemas políticos» y procurar, después, «demostrar su plausibilidad a través de su aplicación a casos tomados de la historia de América Latina» (GARZÓN, 1987).

Los comentarios que siguen se refieren únicamente al primero de esos objetivos, es decir, a la propuesta definicional de GARZÓN, aunque concluirán con una coda final destinada a ensayar una tentativa de explicación de un fenómeno generalizado en la experiencia latinoamericana: la continuidad de las agencias jurisdiccionales, y también de los individuos que las encarnan, a través de quiebras repetidas de la continuidad jurídica.

2

La definición del concepto de estabilidad de los sistemas políticos que propone GARZÓN y que pretendo discutir, es la siguiente: «Un determinado sistema político (S^*) es estable si y sólo si en determinadas circunstancias (C) tiene la tendencia (disposición) a reaccionar de forma tal que logra mantener su regla de reconocimiento (R_r)» (GARZÓN, 1987). En esta definición (a la que GARZÓN llama D_2) el concepto de regla de reconocimiento sirve como explicación del concepto de identidad del sistema político que aparecía en D_1 , definición que rezaba así: «Un determinado sistema político (S^*) es estable si y sólo si en determinadas circunstancias (C) tiene la tendencia (disposición) a reaccionar en forma tal que logra mantener su identidad (R_i)» (GARZÓN, 1987). Como puede verse, GARZÓN propone como clave para elucidar el concepto de identidad de los sistemas *políticos* (y de estabilidad de los mismos, entendida como disposición a mantener esa identidad) un concepto, el de regla de reconocimiento, que en su formulación original hartiana aparece concebido como clave de la identidad de los sistemas *jurídicos*. Ello es explicado por GARZÓN en los siguientes términos: «la elección de un jurista no se debe a una predilección más o menos arbitraria, resultado casual de mi formación académica, sino a la convicción de que si hablamos de sistemas políticos, necesariamente tenemos que referirnos a enunciados que describen reglas y formas de comportamiento que están vinculadas entre sí por determinados criterios de índole normativa que nos guían en el discurso acerca del ejercicio del poder institucionalizado en una determinada sociedad y nos permiten establecer sus límites externos y las interrelaciones entre ellas. El estudio de estos criterios —concluye GARZÓN— ha sido siempre tema central de la filosofía y la ciencia del Derecho» (GARZÓN, 1987). Y es por esta razón, cabe suponer, por lo que GARZÓN habla a lo largo del texto, en numerosas ocasiones, no de sistemas *políticos* sin más, o de sistemas *jurídicos*, sin más, sino de *sistemas político-jurídicos*, sintagma que, sin embargo, emplea de forma intercambiable con el de *sistemas políticos*. Pues bien: en lo que sigue me propongo sostener, en primer lugar, que el concepto de *sistema político* (o *político-jurídico*) operativo en el trabajo de Ernesto GARZÓN VALDÉS y el concepto de *sistema jurídico* al que responde el concepto de *regla de reconocimiento* no son especies que

puedan adscribirse a un género común, sino que el concepto de sistema político-jurídico resulta ser un híbrido de realidades heterogéneas; en segundo lugar, que este carácter híbrido produce inevitablemente distorsiones en otros conceptos que se utilizan como herramienta para su análisis como es el caso, muy especialmente, del propio concepto de regla de reconocimiento y que esto equivale al fracaso de este intento de lograr una mayor precisión en el discurso politológico mediante el empleo de herramientas conceptuales provenientes de la teoría del Derecho; en tercer lugar, que una explicación de la continuidad de las instituciones judiciales a través de cambios irregulares en las normas supremas del sistema jurídico requiere recuperar la idea hartiana de una regla de identificación del Derecho que existe sólo en cuanto que aceptada y practicada por los órganos primarios, pero que se sitúa en un nivel más básico del que resulta propio de la regla de reconocimiento (al menos tal como se entiende ésta en la interpretación estándar de la obra de HART).

3

Es bien sabido que, de acuerdo con KELSEN, Derecho y Estado son conceptos que se identifican. «El Estado queda definido —escribe KELSEN— [...] como un orden jurídico relativamente centralizado, limitado en su dominio de validez territorial y temporal, soberano o inmediatamente determinado por el Derecho internacional, eficaz en términos generales» (KELSEN, 1986). KELSEN, a través de esta tesis de la identidad entre Estado y Derecho, proporciona una buena apoyatura para un concepto como el de «sistemas político-jurídicos», pues los términos «sistema político» y «sistema jurídico» designarían, de acuerdo con él, la misma cosa, pero, cabría añadir, connotando aspectos diferentes de la misma. El intento de Ernesto GARZÓN de caracterizar la estabilidad de los sistemas políticos como la disposición al mantenimiento de la regla de reconocimiento tendría, así, una buena base, pues las expresiones «estabilidad de los sistemas políticos» y «estabilidad de los sistemas jurídicos» serían perfectamente intercambiables. El problema es que la tesis kelseniana de la identidad entre Estado y Derecho, entre sistema político y sistema jurídico, implica una caracterización del primero de ellos, del Estado o sistema político, exclusivamente en términos de orden normativo, caracterización que, de un lado, presenta numerosas e importantes desventajas y, de otro, no es de ningún modo asumida por Ernesto GARZÓN. La más notoria de estas desventajas, muy especialmente desde una perspectiva latinoamericana, es la de volver literalmente impensables los fenómenos de actuación estatal delictiva: si entendemos el Estado o sistema político exclusivamente en términos de normas, la expresión «actuación estatal delictiva» es, como el propio KELSEN se encargó de señalar, una expresión autocontradictoria, designa un imposible conceptual. Pero es que además, y en todo caso, el concepto de Estado o de sistema político con el que opera Ernesto GARZÓN en su libro no es, en modo alguno, este concepto que lo identifica con un sistema de normas. Pues de acuerdo con el concepto de Estado o sistema político utilizado por Ernesto GARZÓN forman parte del Estado o sistema político, según los casos (y pongo ejemplos espigados aquí y allá en su libro) cosas del tipo de los sindicatos obreros, el clero, los jueces, los partidos políticos o las Fuerzas Armadas, entidades ninguna de las cuales parece poder reducirse a

normas. Y es que, por decirlo utilizando una distinción de N. MACCORMICK (1986) el concepto de Estado o sistema político con el que opera Ernesto Garzón no es el de una institución en sentido jurídico o normativo, sino el de una institución en sentido social. El Estado o sistema político no es visto por GARZÓN (al modo de KELSEN) meramente como un conjunto estructurado de normas, sino centralmente como una estructura que encuadra personas (el personal estatal en general) y subestructuras (los ministerios, la judicatura, el ejército o la policía) compuestas asimismo por personas. Que esta estructura y sus diversas subestructuras componentes estén reguladas por normas, o cumplan funciones normativas, es algo que puede ayudar a entender por qué se produce y tiende a permanecer inadvertida la confusión entre ambos sentidos de «institución», pero no es, naturalmente, una razón para mantener esa confusión una vez puesta de relieve.

4

Que el concepto de Estado o de sistema político de Ernesto GARZÓN no sea estrictamente el concepto normativo kelseniano, sino que sea un concepto que amalgama tanto normas como aparatos compuestos por personas, es lo que explica, a mi juicio, los extraños perfiles que asume en su trabajo la regla de reconocimiento. Veamos lo que señala en relación con diversas reglas de reconocimiento:

a) Por lo que hace a la regla de reconocimiento correspondiente al sistema que imperó en Bolivia durante el llamado sexenio (1946-1952) Ernesto GARZÓN señala, como características de la misma, entre otras, las siguientes:

«Restablecimiento de lo que ha sido llamado “Estado minero-feudal” [...] manteniendo el voto calificado que excluía a los analfabetos [...]; reforzamiento del poder de las compañías mineras en su posición monopolista y en su actitud de rechazo de los reclamos obreros; mantenimiento de una economía monoexportadora del estaño y del latifundismo agrario» (GARZÓN, 1987).

b) En relación a la regla de reconocimiento del Imperio de Maximiliano en México, Ernesto GARZÓN indica, como una de las características de la misma, la «dependencia financiera y militar respecto a Francia, en una especie de cruzada católica-latina contra el protestantismo anglosajón» (GARZÓN, 1987).

c) En relación a la regla de reconocimiento que se impuso en Argentina con Onganía, Ernesto GARZÓN señala, como uno de los «elementos esenciales» de la misma el «afianzamiento de un organicismo social-cristiano cuyos fundamentos teóricos habían sido proporcionados por los llamados cursillos de cristiandad» (GARZÓN, 1987).

Los ejemplos podrían, desde luego, multiplicarse, pero creo que basta con los elementos a los que he aludido en relación con estas tres «reglas de reconocimiento» para apercibirse de lo siguiente. La regla de reconocimiento, de acuerdo con la caracterización de HART, especifica «alguna característica o características cuya posesión por una cierta regla es considerada como una indicación afirmativa concluyente de que se trata de una regla del grupo» (HART, 1982), esto es, perteneciente al sistema de referencia. Pues bien: la mayor parte de los elementos o características identificados por Ernesto GARZÓN como propios de diversas reglas de reconocimiento sencillamente

carecen de sentido como características de una regla. Esto es, la «regla de reconocimiento» de Ernesto GARZÓN distorsiona los perfiles del concepto hartiano hasta convertirlo en intercambiable, según los contextos, con los conceptos de «ideología del grupo políticamente dominante» o de «elementos esenciales del régimen político». Y ello implica que, si lo que se pretendía era aportar mayor rigor al discurso politológico mediante el uso de un concepto proveniente de la teoría del Derecho, la pretensión ha resultado fallida.

5

Pensemos, y con ello entramos en la coda final, en una judicatura como la argentina. Con todas las excepciones individuales que sean del caso, creo que puede afirmarse que la judicatura argentina de los últimos cuarenta años, sin particulares quiebras en su continuidad, remociones en masa o cosas de este género, ha ido reconociendo sucesivamente como vinculantes a las normas dictadas por las autoridades correspondientes a los regímenes más diversos. A las autoridades correspondientes, por decirlo rápido, a los regímenes militares de Onganía y de Lanusse, al interregno civil y convulso de Cámpora, Perón e Isabelita (y López Rega), al régimen militar de Videla y sucesores, y a la democracia restaurada con Alfonsín. ¿Todo lo relevante que podemos decir en relación con ello es que los jueces, cada vez que se producía un cambio de régimen político, pasaban a aceptar una nueva regla de reconocimiento? ¿No podemos ensayar ninguna explicación a este desplazamiento, por parte de los mismos jueces, de una a otra, y otra, y otra, regla de reconocimiento aceptada? En mi opinión, estos desplazamientos encuentran explicación si entendemos que los sucesivos cambios de régimen político han ido desplazando la regla de reconocimiento a la que señalaba una y la misma regla aceptada de identificación del Derecho *más básica que la regla de reconocimiento*. Esta regla más básica, que permanecería inalterada a través de los desplazamientos a una y otra regla de reconocimiento (y que explicaría estos desplazamientos), señalaría que los jueces deben asumir como vinculantes para ellos, y usar como fundamento de sus resoluciones, las normas dictadas por cualquiera que, en cada momento, tenga la capacidad efectiva de imponerse como monopolizador relativo de la fuerza. La conclusión de que las cosas son así, de que ésta y no otra es la regla básica de identificación del Derecho aceptada por la judicatura equivale, desde luego, a la conclusión de que las convicciones normativas básicas compartidas por esa judicatura no pasan de constituir una de las peores versiones del positivismo ideológico. Y ésta no es una conclusión alegre. Ni es una conclusión que invite al optimismo respecto del papel que, en la estabilización de un régimen democrático, quepa esperar que desempeñe la judicatura en países como Argentina u otros de historia análoga. Pero es una conclusión que no veo manera de evitar si no queremos engañarnos. Y si hay alguien entre nosotros que, junto con una inmensa pasión por América latina, no tenga tendencia ninguna a engañarse respecto de los problemas y las perspectivas de sus países, ese alguien es Ernesto GARZÓN VALDÉS. Y el no engañarse es, a mi juicio, también condición necesaria para algo en relación con lo cual Ernesto GARZÓN resulta asimismo ejemplar: a saber, para no desnaturalizar las exigencias que, para el ámbito público, se derivan de nuestras convicciones morales.

REFERENCIAS

- GARZÓN VALDÉS, E., 1987: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- HART, H. L. A., 1982: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- KELSEN, H., 1986: *Teoría pura del Derecho*, trad. cast. de Roberto VERNENGO, México: UNAM.
- MACCORMICK, N., 1986: «Law as Institutional Fact», en MACCORMICK, N., y WEINBERGER, O.: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: Reidel.

ÉTICA Y POLÍTICA..., Y ALGUNOS DE SUS ALEDAÑOS

Alfonso Ruiz Miguel

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. El ensayo parte de los dos escritos de Garzón Valdés sobre las relaciones entre ética y política y hace dos tipos de consideraciones: primero, se analiza una referencia marginal que aparece en ellos sobre las elecciones trágicas para poner de manifiesto su difícil compatibilidad con una concepción racionalista de la moral como la defendida por Garzón Valdés; después se comparan los tipos de relación propuestos por él entre ética y política con otras afirmaciones que aparecen en su obra sobre las relaciones entre, de un lado, moral y Derecho y, de otro lado, política y Derecho.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, relaciones ética-política.

ABSTRACT. The paper takes up the two articles of Garzón Valdés about the relations between ethics and politics to propose two reflections: firstly, it analyzes some marginal references made in both articles about moral tragic choices which are hardly compatible with a rationalist conception of morals as it is asserted by Garzón Valdés; secondly, the paper compares the kinds of relationship between ethics and politics to different assertions in his work about relations between, on the one hand, morals and law and, on the other hand, politics and law.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, ethics-politics relations.

1. ÉTICA Y POLÍTICA

Elegí para mi comentario los dos escritos de Ernesto GARZÓN VALDÉS sobre ética y política, originariamente publicados entre 1984 y 1987 aunque desde que los leí me han parecido siempre plenamente clarificadores y, en realidad, inobjetable¹. Pensé que sobre semejante tema siempre se pueden decir muchas cosas. Al cabo, tras mi última relectura, esos escritos por sí mismos únicamente me han suscitado una leve salvedad sobre unas esporádicas referencias a las elecciones trágicas que enseguida haré. Y así, por encima del estricto marco de ambos escritos, y a riesgo de invadir el terreno de otros comentarios, creí que podía tener mayor interés en este encuentro ojear también en los aledaños del binomio ética y política para relacionarlo con un tradicional tercero en discordia: el Derecho.

Comenzaré por recordar la esencia de los dos ensayos sobre ética y política, que afirman eficazmente la tesis del sometimiento de toda acción política a los criterios de la ética normativa (en adelante, «ética» sin más). En su esquema básico, como es característico de muchos de sus escritos, GARZÓN VALDÉS propone una combinatoria de distinciones, en este caso entre plano descriptivo y prescriptivo de un lado y entre ética y moral positiva de otro. Por destacar sólo los argumentos centrales, la tesis descriptiva de que la ética es ajena a la política sería falsa como proposición universal pero verdadera como afirmación particular referida a ciertos sistemas y comportamientos políticos; la segunda tesis descriptiva de que la moral positiva es independiente de la política sería siempre falsa porque ningún sistema político puede subsistir sin legitimación, esto es, sin la creencia en la legitimidad, o sin la adopción del hartiano punto de vista interno, al menos por parte del grupo dominante; en tercer lugar, la tesis prescriptiva de que la ética no debe, o no puede, jugar un papel relevante en la política, que constituye el núcleo y el desarrollo más extenso de los dos ensayos, es discutida por Ernesto GARZÓN respecto de las diferentes variantes de la tesis de la separación entre ética y política bajo el presupuesto conceptual, que comparto, de que los criterios morales, a diferencia de los técnicos, son los criterios racionalmente coherentes e imparciales y de carácter último para el juicio de cualquier acción, incluidas las acciones políticas; en fin, la cuarta tesis prescriptiva de que la moral social no debe jugar un papel en la política recibe la también coherente e inobjetable respuesta de que depende de si tal moral se ajusta o no a la ética.

2. RACIONALIDAD ÉTICA Y ELECCIONES TRÁGICAS

Como avancé al principio, tengo sólo una leve salvedad, casi apenas una duda, sobre un único punto que aparece casi incidentalmente en el desarrollo de la anterior reconstrucción. En dos momentos del primer escrito sobre «Moral y política» parece aceptarse que los criterios morales, y por tanto la supremacía de la ética sobre la política, no serían aplicables en las elecciones trágicas, es decir, en aquellas situaciones «física y lógicamente posibles» en las que cualquier curso de acción es no sólo éticamen-

¹ «Moral y política», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, pp. 177-195; y «Acerca de la tesis de la separación entre moral y política», *Sistema*, n. 76, 1987; ambos ahora, por donde se citan, en *Derecho, ética y política*, 1993, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 541-560 y 561-570.

te malo, ante lo que se puede elegir el mal menor, sino también injusto, esto es, lesivo para la autonomía de otras personas y, por tanto, sin salida «deónticamente posible»². Es verdad que las elecciones trágicas son inmediatamente por GARZÓN circunscritas sólo a aquellos casos en los que existe una situación previa de injusticia. Pero aquí aparece el problema, que depende de cómo se entienda esta condición, de manera estricta o amplia.

Si la previa injusticia se debe haber cometido estrictamente por la propia persona que después se encuentra en la situación de elección trágica —el ejemplo más socorrido es la situación derivada de una promesa injusta—, no parece haber objeción alguna en admitir la posibilidad de tales elecciones trágicas. Desde que Tomás DE AQUINO las formuló como conflictos o perplejidades *secundum quid*, tales situaciones no parecen poner en aprietos a una concepción racionalista de la ética, que no incurre en inconsistencia por atribuir alguna responsabilidad al sujeto, sea cual sea su elección, debido a su falta previa.

En cambio, si, ampliando la condición, se trata de conflictos derivados de una injusticia histórica, estructural o, sin más, producida por terceras personas —las perplejidades *simpliciter* en la terminología DE AQUINO, que es el sentido habitual en el que se habla de elecciones trágicas o dilemas morales³—, me parece que la aceptación de la posibilidad de tales situaciones entra en conflicto con una concepción como la que GARZÓN VALDÉS ha mantenido en el conjunto de su obra, una concepción que comparto, basada en dos rasgos: uno, la posibilidad de una respuesta única, coherente y racional, imparcialmente universalizable, para cualquier decisión moral (bajo el criterio de que debe implicar puede y salvo que uno mismo haya incurrido previamente en injusticia); y, dos, la justificabilidad última del principio de autonomía y, por tanto, de responsabilidad individual⁴. A mi modo de ver, si alguien no es responsable de la injusticia previa, debe poder actuar moralmente en la alternativa de dos cursos de acción incompatibles y ambos dañinos, es decir, debe ser deónticamente posible la elección del daño menor.

No tengo claro si GARZÓN VALDÉS considera la condición estricta o la amplia. Al final del segundo escrito sobre ética y política se distancia claramente de la tesis de que la acción política da lugar necesariamente a elecciones trágicas destacando que tal tesis

² «Moral y política», p. 557.

³ En la más relevante compilación contemporánea sobre los dilemas morales, sólo en una contribución se trata el tema de los conflictos *secundum quid* con un mínimo detenimiento (cfr. DONOGAN, 1987: «Consistency in Rationalist Moral Systems», en Christopher W. GOWANS [comp.], *Moral Dilemmas*, Nueva York, etc., Oxford University Press, pp. 284-185, donde menciona *An Essay in Deontic Logic...*, de VON WRIGHT como una de las primeras, escasas y relevantes referencias contemporáneas al criterio de AQUINO; por cierto que es a ese mismo ensayo al que remite GARZÓN cuando menciona por primera vez las elecciones trágicas en «Moral y política», cit., p. 557, nota 35). En aquella compilación, salvo esporádicas y muy limitadas alusiones (cfr. «Preface», *ibidem*, p. vii; BARCAN MARCUS: «Moral Dilemmas and Consistency», *ibidem*, p. 193; HARE: «Moral Conflicts», *ibidem*, p. 207), los dilemas morales corresponden siempre a los conflictos *simpliciter*, que ocurren porque dos obligaciones o deberes morales no son realizables a la vez dadas las circunstancias de hecho y sin previa falta por parte del sujeto.

⁴ En la elaborada reconstrucción de ATIENZA: «La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés» (Introducción a *Derecho, ética y política*, cit., pp. 21-32), ambas afirmaciones corresponden a grandes rasgos a los principios P₁ (y, en especial, de las tesis derivadas T₂₀ a T₂₂), P₈ (y, en especial, de la regla R₂₃ y de las tesis T₂₃ y T₂₄), P₉ (y, en especial, las tesis T₂₅ y T₂₆) y P₁₀ (y, en especial, la tesis T₂₈).

«conduce a la sorprendente conclusión» de que la moral no puede resolver racionalmente los conflictos y comete «el error de atribuir a las normas éticas carácter incondicionado»⁵. Suscribo el argumento. Sin embargo, también al final del primer escrito parece asumir la condición amplia cuando afirma que las armas modernas hacen imposible la distinción entre combatientes y no combatientes y que por tanto las guerras actuales conducen fatalmente a elecciones trágicas⁶. Pero las guerras son, típicamente, situaciones de cuya iniciación sólo unos pocos son responsables, de modo que mucha gente puede verse después activamente envuelto en ellas sin previa responsabilidad personal. ¿También estos participantes posteriores, por llamarlos así, se colocan ante posibles elecciones trágicas?

La consecuencia de ese argumento no sería sólo, como concluye GARZÓN VALDÉS y luego ha desarrollado en *Calamidades*⁷, que hoy todas las guerras son inmorales, de modo que sus responsables actuarían injustamente. Aunque esto me parece discutible respecto de los dirigentes que ordenan la defensa frente a una agresión, lo dejo a un lado aquí para detenerme sólo en el caso de los participantes en esa defensa. Porque de tal argumento parece deducirse también que ninguna persona podría participar en una guerra, aun no siendo responsable de su provocación, so pena de incurrir por ello en una injusticia que le coloca ante posibles elecciones trágicas. Sin embargo, ante una agresión injusta, a muchas personas, incluido yo mismo, aceptar ese criterio las situaría ante una elección previa no provocada por ellas y, aunque quizá trágica en un sentido trivial, moralmente resoluble: cómo elegir entre intentar evitar la injusticia de la agresión (supóngase, una invasión como la nazi, que afecta a la vida y la libertad de los conciudadanos) y evitar la injusticia de tomar las armas frente a la agresión. A mi modo de ver, si, con GARZÓN VALDÉS, aceptamos el criterio de la unidad y la racionalidad de la moral, estas situaciones son deónticamente resolubles y lo son con los principios de responsabilidad individual y de la licitud de repeler la violencia con la violencia. De lo contrario, me parece, las elecciones trágicas serían posibles sin responsabilidad individual previa y el razonamiento moral no sería reconducible a una unidad racional.

3. DE LA ÉTICA Y LA POLÍTICA AL DERECHO

Comentada la salvedad relativa a un punto en realidad menor de los dos artículos sobre ética y política, me sitúo ahora en un plano mucho más general para conectar las tesis mantenidas en aquellos textos con el tema del Derecho. Si *Derecho, ética y política* es, precisamente, el título de la gran compilación de textos de GARZÓN VALDÉS publicada en 1993, así como de este seminario, el binomio ética y política abre una doble pregunta respecto de los otros dos binomios posibles de la triada: primera, con el binomio ética y Derecho, sobre el que existen otros dos importantes escritos de Ernesto GARZÓN, y, segunda, con el binomio política y Derecho, del que no aparece explícitamente ningún escrito en su bibliografía. Veámoslo por partes.

⁵ «Acerca de la tesis de la separación...», cit., p. 570.

⁶ Cfr. «Moral y política», cit., p. 560.

⁷ Barcelona: Gedisa, 2004.

3.1. Derecho y ética

Es casi innecesario decir que las relaciones entre Derecho y ética son un semillero, si no también un avispero, de polémicas y problemas enmarañados y aparentemente inacabables. GARZÓN VALDÉS ha dedicado específicamente al problema dos ensayos, publicados en 1993 y en 1996, de los que el segundo, bastante más amplio, integra las tesis del primero⁸. Me voy a fijar únicamente en las tesis del primer escrito, muy relacionadas entre sí, porque conectarlas con las aportaciones de los escritos sobre ética y política que antes he sintetizado pone de relieve algunas diferencias respecto de la relación entre Derecho y ética que merecen comentario. Me refiero a la doble tesis mantenida en él de que tanto la necesaria asunción del punto de vista interno como la pretensión de corrección de las normas jurídicas, en ambos casos al menos para los gobernantes del sistema, implicarían una necesaria vinculación conceptual entre Derecho y ética⁹.

Conuerdo en que tanto el punto de vista interno como la pretensión de corrección son genuinamente morales para quienes los suscriben, en la medida en que, en efecto, no los conciben como razones prudenciales o como meras apariencias engañosas. Pero llama la atención la diferencia en las dos clases de conexión destacadas en los escritos sobre ética y política, la empírica y la normativa, y una tercera forma de conexión, la conceptual, que es la única que aparece como relevante en la relación entre Derecho y ética. Más allá de la razón de esa diferencia, atribuible al enfoque tradicional en la polémica filosófico-jurídica entre positivismo y iusnaturalismo, contrastar ese planteamiento con el de la relación entre ética y política, y en especial la aproximación empírica ante esa relación con la conceptual ante la relación entre Derecho y moral, quizá pueda aclarar un poco esta ya de por sí intrincada cuestión en lo que concierne a dos puntos.

Ante todo, lo primero que salta a la vista en el paso de una a otra relación es que el cambio de la perspectiva empírica a la conceptual —es decir, de una perspectiva meramente descriptiva a una meramente definitoria— no puede comportar transformación alguna respecto del tipo de moral del que se está hablando: a mi modo de ver, en los dos casos de la moral positiva (al menos de los dirigentes) del sistema político o jurídico en cuestión, y no de la moral crítica, que no puede ser otra que la ética desde el punto de vista del teórico que afirma la conexión. Mientras la tesis descriptiva afirma que una cierta moral positiva es necesaria para la existencia de un régimen político, la tesis conceptual mantiene que no puede llamarse jurídico a un régimen que carezca de pretensión de corrección y en el que sus sostenedores no adopten el punto de vista interno. Pero si quien hace tales afirmaciones no adopta tal criterio moral como propio, de modo que no asume la tesis fuerte según la cual no puede existir un sistema político o jurídico inmoral (desde su propio punto de vista), lo único que está destacando, sea

⁸ «Weitere Überlegungen zur Beziehung zwischen Recht und Moral», en AARNIO, A., *et alia* (comps.), 1993: *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot; ahora, por donde se cita, como «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral», en *Derecho, ética y política...*, cit., pp. 317-334; y «Derecho y moral», en GARZÓN VALDÉS y LAPORTA (comps.), 1996: *El Derecho y la justicia*, Madrid: Trotta, pp. 397-424.

⁹ Cf. «Derecho y moral», cit., que comienza caracterizando expresamente la polémica no como empírica sino como «relativa a la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre Derecho y moral» (p. 397; *cf.* también pp. 407-409; así como «Algo más acerca de la relación...», cit., p. 324).

descriptiva o sea conceptualmente, es la importancia de la legitimación en el sentido weberiano de la palabra, esto es, de la creencia en la legitimidad de tales sistemas por parte de al menos algunos de los asociados. Y la creencia en la legitimidad no puede ser asumida sin más por parte del teórico como legitimidad genuina so pena de deponeer todo criterio moral propio en favor de cualquier moral positiva¹⁰.

El segundo punto que merece considerarse es el de la propia relación entre la conexión empírica y la conceptual. ¿No es la segunda parasitaria de la primera, al menos en el sentido de que si la conexión empírica se considera necesaria, la conexión conceptual se deriva necesariamente de ella? Así lo creo. Pero obsérvese que no estoy afirmando la total identidad entre la perspectiva empírica y la conceptual, sino una conexión unidireccional. En efecto, aquella derivación no parece operar en la dirección inversa, esto es, en el sentido de que si no se considera necesaria la conexión empírica es perfectamente posible mantener por estipulación una conexión conceptual entre Derecho y moral (y tanto de la moral positiva del sistema como de la moral crítica desde el punto de vista del teórico). Pero si se mantiene la necesidad de una determinada conexión empírica no sería razonable definir el Derecho (o la política) excluyendo esa condición del concepto¹¹. Conforme a ello, lo que GARZÓN VALDÉS ha hecho es adoptar como uno de los criterios definitorios del Derecho el rasgo empírico de la adopción de un criterio moral por parte de los sostenedores del sistema jurídico.

3.2. Derecho y política

Me resta concluir con el tercer binomio, precisamente entre Derecho y política, al que, si no me equivoco, GARZÓN VALDÉS no ha dedicado ningún escrito específico, aunque sí puedan rastrearse alusiones sustantivas a él en distintos lugares. Antes de verlo, enmarco mi comentario. Entre las distintas formas generales de concebir la relación entre política y Derecho dos me parecen especialmente relevantes. Para la que llamaría tesis de la correspondencia, mantenida por ejemplo por BOBBIO bajo la imagen de la cara y la cruz de la misma moneda, poder político y Derecho estarían en un mismo nivel, en una relación de interdependencia y soporte mutuo que, además, los diferencia-

¹⁰ Aunque esta diferencia entre legitimación y legitimidad es la sustancia de la tesis expresamente asumida por GARZÓN VALDÉS en sus escritos sobre Derecho y moral, hay una cierta insistencia en la conexión conceptual entre Derecho y *ética* (y no meramente entre Derecho y moral positiva) que la oscurecen innecesariamente: así, por dar un ejemplo bastante claro, cuando dice que la tesis de la pretensión de corrección moral como condición necesaria de la existencia de cualquier sistema jurídico refuta la negación de que tanto la moral positiva como la *ética* jueguen algún papel en el concepto de Derecho (cfr. «Algo más acerca de la relación», cit., pp. 329-330), una idea que sólo puede aceptarse si se refiere a la *ética* desde el punto de vista de autoridades y funcionarios, es decir, a una moral social, que por tanto no tiene por qué ser un criterio legítimo desde el punto de vista de un observador (en este sentido, en cambio, cfr. «Derecho y moral», cit., pp. 408-409).

¹¹ Paralelamente, quien acepte el argumento empírico de Ralf SARTORIUS de que para la subsistencia de un sistema jurídico no es necesaria la asunción genuina del punto de vista interno, porque bastaría con que todos los participantes hicieran como si lo asumieran, aunque bajo la creencia conjunta de que los demás sí lo asumen genuinamente (cfr. «Positivism and the Foundations of Legal Authority», en GAVISON [comp.] 1987, *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, pp. 51-52), también debe aceptar la conexión conceptual entre el Derecho y la no negación expresa del punto de vista interno por parte de los operadores del sistema (así lo hice yo mismo en «Derecho y punto de vista moral», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomos XIII-XIV, 1996-1997, p. 578).

ría a ambos de la ética, con la que no se podrían identificar, si bien la ética sería la piedra de toque última de uno y otro¹². Por su parte, para la tesis que llamaría de la superación, mantenida por ejemplo por PASSERIN D'ENTRÈVES, mientras la política se caracterizaría en último término maquiavelianamente, por el recurso a la fuerza y el engaño, en cambio, el Derecho ocuparía un lugar intermedio entre la política y la ética, añadiendo a la política la exigencia del gobierno de las leyes y, sin ser sólo por ello completamente legítimo, compartiendo al menos algunos requisitos básicos de la ética a través de unos mínimos de seguridad y orden¹³.

¿Cuál es la posición adoptada por GARZÓN VALDÉS ante esa alternativa? Creo que puede detectarse una cierta ambigüedad, incluso en escritos cercanos en el tiempo. Por una parte, hay una línea bastante persistente que podría incluirse en la primera opción, según la cual tanto los regímenes políticos como los jurídicos están sometidos a condiciones similares de existencia y legitimación pero no de legitimidad: su existencia exige legitimación pero no, en absoluto, legitimidad, que puede o no darse según su adecuación con la ética¹⁴.

Pero, por otra parte, en algunos de sus textos hay otra línea que parecería seguir más bien la segunda opción sobre la relación entre política y Derecho, atribuyéndole a este último unos mínimos rasgos de legitimidad que no se presuponen para todo sistema político. En efecto, si por un lado ha afirmado que «no son pocos los sistemas políticos pasados o presentes que carecen de legitimidad. Los ejemplos de Nerón, Hitler, Idi Amín, del apartheid o de Rafael Videla pueden multiplicarse fácilmente»¹⁵, por otro lado ha aceptado el argumento de que todo Derecho, incluso las leyes raciales de Núremberg, garantiza una básica seguridad jurídica y por tanto tiene una conexión conceptual con una moral mínima¹⁶. Tal vez una y otra posición pueden ser coherentes entre sí a través de la tesis, también defendida por GARZÓN en varios lugares, de que sólo el terrorismo de Estado nos retrotrae a la situación prejurídica del estado de naturaleza hobbesiano, es decir, a una negación radical del Derecho¹⁷.

¹² Véase BOBBIO, 1964: «Sul principio di legittimità», en *Studi per una teoria generale del diritto*, Turín: GIAPPICHELLI, G.: 1970, § 5, trad. cast. en *Contribución a la teoría del Derecho*, 1990, ed. de RUIZ MIGUEL, A. 2.ª ed., Madrid: Debate, 1990; 3.ª ed, Puebla (México): Cajica, 2006; véase también «Dal potere al diritto e viceversa» (1981); en *Teoria generale della politica*, 1999, ed. de BOVERO, Turín: Einaudi, IV.ii, trad. cast., *Teoría general de la política*, Madrid: Trotta, 2003; también en *Contribución... cit.*, cap. XVII. Sobre ello puede verse también RUIZ MIGUEL, 2005: «Del Derecho al poder: el camino central de la obra de Norberto BOBBIO», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, pp. 59-71.

¹³ Véase PASSERIN D'ENTRÈVES, 1967: *The Notion of the State. An Introduction to Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1967; en versión italiana, *La dottrina dello stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, 2.ª ed., Turín: Giappichelli, 1967, trad. cast. de la ed. inglesa y prólogo de PUNSET, 2001: *La noción de Estado. Una introducción a la Teoría Política*, Barcelona: Ariel, 2001.

¹⁴ La tesis aparece en paralelo en los escritos sobre ética y política (cfr. «Algo más acerca de la relación...» cit., pp. 328-329) y sobre moral y Derecho (cfr. «Acercas de la tesis de la separación...», cit., p. 563), así como, conectando de manera más expresa sistema político y jurídico, en «Hermann Heller y John Austin: un intento de comparación» (1983) y en «El concepto de estabilidad de los sistemas políticos» (1987), ambos ahora, por donde se citan, en *Derecho, ética y política*, cit., pp. 163 y 178; y 573-577 y 580-588, respectivamente. Una frase de este último escrito resume bien la tesis a que aludo en el texto: «la adopción del punto de vista interno y su capacidad de imposición en la sociedad son condiciones necesarias y suficientes para la existencia del sistema. No se dice nada acerca de su estabilidad y tampoco acerca de su legitimidad» (pp. 587-588).

¹⁵ «Acercas de la tesis de la separación...», cit., p. 562; la cursiva es mía.

¹⁶ Cfr. «Derecho y moral», cit., pp. 402-403.

¹⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 403 y 409-410.

Esta segunda línea plantea una cuestión muy compleja que habría que meditar más pausadamente. Como no estoy seguro de que cuadren todas las cuentas me limitaré a dejar anotadas algunas de mis dudas: ¿aquella situación prejurídica no es también prepolítica?, ¿la pretendida seguridad mínima del Derecho es un rasgo empírico necesario o un elemento ético-normativo de su concepto?, ¿se puede reducir la ilegitimidad de un régimen político al terrorismo del Estado?, ¿si en la ilegitimidad hay grados, no los hay también en el terrorismo de Estado?, ¿es lo mismo terrorismo de Estado que Estado terrorista?, ¿en un sistema globalmente ilegítimo, no son una cosa las leyes en el papel y otra las prácticas, y no son más relevantes para su caracterización éstas que aquéllas?, ¿el régimen nazi en particular, no pasó desde la mínima seguridad jurídica de las leyes racistas de septiembre de 1935, que negaban la ciudadanía a los judíos y prohibían las relaciones matrimoniales y sexuales entre los judíos y los «ciudadanos de sangre alemana y afín», hasta algo igual o peor que un Estado terrorista cuando comenzó la deportación y el exterminio por razones raciales y políticas? En fin, nadie mejor que el propio Ernesto GARZÓN VALDÉS para responder a estas y otras preguntas similares, a las que añadiría esta última, de naturaleza bien diferente: ¿por qué no en un artículo específicamente dedicado a la relación entre política y Derecho?

COMENTARIO A «ALGUNAS CONFUSIONES ACERCA DE LOS PROBLEMAS MORALES DE LA DIVERSIDAD CULTURAL» DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

José María Sauca

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN. Se reformulan los errores denunciados por Ernesto Garzón Valdés en torno al tratamiento ético de la diversidad cultural mediante nueve tesis que son comentadas con intención moderadamente crítica.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, diversidad cultural.

ABSTRACT. Misconceptions about the ethical treatment of cultural diversity, as highlighted by Ernesto Garzón Valdés, are here reformulated into nine theses which are commented in a soft-critical way.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, cultural diversity.

El tema de esta nota se ocupa del tratamiento teórico que Ernesto GARZÓN VALDÉS ha desarrollado sobre la cuestión de las dimensiones morales del pluralismo cultural. Esta cuestión ha venido recibiendo su atención de una manera continuada durante los últimos quince años y, en mi opinión, ha devenido un espacio de intersección de algunas de las tesis centrales de su obra tales como la fundamentación de la moral; la delimitación del ámbito de la tolerancia; la justificación del paternalismo; los límites del coto vedado; la defensa de la democracia representativa; cuestiones todas ellas planteadas con un espíritu polemista cuyo escenario de fondo es la defensa de la autonomía individual de los seres humanos.

Tres han sido los contextos en los que ha desarrollado esta cuestión; a saber, en primer lugar, la evaluación moral de las tesis políticas y antropológicas formuladas sobre la cuestión indígena en América Latina y singularmente en México (GARZÓN VALDÉS, 1992a: 4-32; GARZÓN VALDÉS, 1993a: 37-62; GARZÓN VALDÉS, 1993b: 31-60 y GARZÓN VALDÉS, 1993c: 219-242). En segundo lugar, los problemas éticos imbricados en el pluralismo cultural; GARZÓN VALDÉS, 1997a: 10-23; GARZÓN VALDÉS, 1997b: 59-68; GARZÓN VALDÉS, 1999a: 21-33 y GARZÓN VALDÉS, 2004a: 93-115). En tercer lugar, la fundamentación de los derechos humanos en términos netamente universalistas (por todos: GARZÓN VALDÉS en MUGUERZA, 1998: 88-112; GARZÓN VALDÉS, 1999b: 85-111 y GARZÓN VALDÉS, 2004b: 15-35).

El trabajo específico del que me voy a ocupar se titula «Algunas confusiones acerca de los problemas morales de la diversidad cultural» y fue publicado en 1996 en el libro homenaje al filósofo mexicano Fernando SALMERÓN (GARZÓN VALDÉS, 1996: 81-109). Se incluiría en el segundo apartado de la clasificación tripartita señalada en el párrafo precedente y se caracteriza por denunciar las confusiones teóricas que sufren los presupuestos éticos del multiculturalismo. Son cinco los errores básicos: confusión entre tolerancia y relativismo moral; confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral; confusión entre identidad personal y promoción de la comunidad de origen; confusión entre unidad cultural y unidad institucional y, finalmente, confusión entre derechos jurídicos y derechos morales. A partir de estos errores, se infieren una pluralidad de equivocaciones que GARZÓN VALDÉS denomina «errores derivados» y que completan la comprensión de las insuficiencias morales del multiculturalismo. En lo que sigue, agruparé argumentos pertenecientes a ambas categorías de errores, reformulándolos en torno a nueve tesis que comento brevemente.

Tesis 1: La diferencia cultural no implica la inconmensurabilidad de culturas.

En términos generales, considero complicado establecer un conjunto de parámetros evaluatorios que permitan determinar la preferencia de una u otra cultura en un juicio unitario y unívoco. La mesurabilidad es una cualidad de difícil verificación cuando se predica de conjuntos complejos de variables interrelacionadas. El carácter provisional de las conclusiones ofrecidas por el uso de indicadores de desarrollo socio-económico, de calidad de vida o de evaluación del grado de satisfacción de los miembros de cada una de las diferentes sociedades, resulta mucho más fidedigno que los indicios utilizables para la evaluación de una cultura. En cualquier caso, aun cuando pudieran aplicarse a éstas los criterios aplicables a las sociedades o, siquiera algunos de ellos, no resultarían relevantes para la determinación de su mayor o menor dignidad como

corroborar de manera pacífica la antropología contemporánea. Más singularmente, esta argumentación se fortalece cuando focalizamos nuestro interés en la dimensión moral de las diferentes culturas. Si consideramos, por un lado, que ninguna cultura, en la medida en que como suele decir el propio GARZÓN VALDÉS en la estela de HART, es una cultura suicida que representa el mal moral absoluto y, por otro, que ninguna cultura existente ha concretado la utopía de hacer coincidir su moralidad positiva con una moral esclarecida, parece plausible comprender que todas ellas suponen construcciones colectivas de relevancia moral. Finalmente, a este dato se ha de añadir que todas las culturas poseen un carácter internamente plural y que son realidades dinámicas susceptibles de cambios evolutivos. Tomando en consideración estas ideas, no parece viable sostener que pueda procederse a un juicio unívoco comparativo sobre la evaluación de la calidad moral de cada realidad cultural y es mucho más plausible sostener que cada una de ellas supone plurales discursos de construcción de la moralidad.

Tesis 2: No hay relación conceptual entre tolerancia y relativismo.

GARZÓN VALDÉS distingue entre intolerancia, tolerancia boba o insensata y tolerancia sensata. Se incurriría en la primera en aquellos casos en que se prohíbe una conducta sin justificación suficiente para ello. En la segunda cuando se transige con comportamientos cuya prohibición se halla justificada moralmente. Se celebraría la tercera cuando se permite lo que no está justificado prohibir a lo que añade la característica de su estabilidad en el tiempo. Este planteamiento resume las tesis centrales del autor que han sido desarrolladas en otras sedes (significativamente, GARZÓN VALDÉS, 1992b: 16-23 y GARZÓN VALDÉS, 1993d: 423-428) a las que me remito. En esta ocasión quisiera centrarme en dos cuestiones específicas que no fueron tratadas en las precedentes ocasiones. En primer lugar, estimo aceptable considerar que la tolerancia, a la manera de otro tipo de virtudes tales como la clemencia o la prudencia, presentan un ámbito de aplicación más adecuado en las comúnmente denominadas éticas de excelencia, frente a las éticas de deber (por todos FULLER, 1969: 5-6), dado que facilitan los espacios del consejo, la recomendación, la superación, etc. La relevancia aquí de esta reflexión obedece a que este tipo de éticas tienen una dependencia de modelos culturalmente definidos mucho más intensa que las éticas basadas en deberes que reportan un carácter prevalentemente formal. En segundo lugar, el relativismo moral no implica necesariamente el valor moral de la tolerancia salvo contradicción en los términos. Sin embargo, sí parece plausible sostener que hay una cierta consistencia pragmática de carácter meramente estratégico que anima a la adopción de esa actitud sobre la base, por un lado, de la imposibilidad de fundamentar un juicio moral de forma objetiva o intersubjetiva y, por otro, de la virtualidad racional a largo plazo de evitar o minimizar conflictos.

Tesis 3: No hay relación entre relativismo moral y pluralismo cultural.

GARZÓN VALDÉS señala plausiblemente que todo relativismo es en sí mismo una forma de etnocentrismo. Sin embargo, creo que procede apuntar tres modulaciones. En primer lugar, esta afirmación es consistente desde un punto de vista ético pero es discutible desde un punto de vista metaético porque una tesis ética relativista implica la aceptación de la posibilidad de otros puntos de vista morales que se hallen fundamentados de manera alternativa e incompatible. Desde esta perspectiva, el relativista moral podrá sostener tesis incompatibles con el pluralismo cultural basado en el etnocén-

mo de su particular sistema ético (de manera similar a las tesis del objetivismo moral) e impugnarlas. Sin embargo, no podrá metaéticamente hablando sostener la inaceptabilidad de otros sistemas morales o de las implicaciones morales de otros sistemas culturales. En segundo lugar, y sobre la base del plano ético, puede sostenerse, de modo análogo a como se argumentaba en la tesis anterior respecto a la tolerancia y el relativismo, que el tipo de etnocentrismo que delimita el relativismo moral es un etnocentrismo preferentemente abierto y falible que opera desde una perspectiva pragmática propiciando una estrategia tendente al reconocimiento del culturalmente diferente. En tercer lugar, el objetivismo moral en la medida en que sea compatible con la tolerancia, implica la determinación de un patrón de regularidad desde el que evaluar las excepciones. Trasladado al ámbito cultural, esta tesis es proclive a sostener el carácter de anomalía moral de la tesis minoritaria, mientras que la tesis relativista tendería a una calificación uniforme de las plurales manifestaciones culturales sin recurrir a una prelación de preferencia.

Tesis 4: La democracia no presupone el relativismo moral.

GARZÓN VALDÉS ha argumentado en numerosas ocasiones en favor de la democracia y sobre la base de argumentos morales que pretenden alcanzar la consideración de objetivamente válidos. Sin embargo, en la medida en que la democracia se constituya como un procedimiento de toma de decisiones por mayorías, no puede aparecer como el procedimiento apto para adoptar decisiones morales que sólo son justificables por remisión a una fundamentación objetiva. El procedimiento volitivo que caracteriza a la democracia no puede operar como el procedimiento realista o cuasirealista de conocimiento de la moral. En esta lógica, las tesis objetivistas en materia ética tienden a establecer, precisamente, los límites y las excepciones al procedimiento democrático legítimo. Por el contrario, aquellas tesis favorables a la democracia que mantienen posiciones relativistas en materia moral, no pueden oponer a la democracia otra cosa diferente que más democracia. La vieja reflexión kelseniana sobre esta cuestión sigue teniendo vigencia: «en efecto, todos los grandes metafísicos se han decidido por la autocracia y contra la democracia; y los filósofos que han hablado la palabra de la democracia, se han inclinado casi siempre al relativismo empírico» (KELSEN, 1977: 154).

Tesis 5: De la moral social no se sigue una moral justificada.

Esta tesis me parece rotundamente acertada, por lo que no insistiré en su justificación. Por ello, cuando se pretende sostener una moral objetivamente justificada es necesario recurrir a una argumentación complementaria. La estrategia de GARZÓN VALDÉS en este intento consiste en recurrir a la idea de «base moral mínima» y de «imparcialidad». La primera se concreta en dos elementos: derecho a la autodefensa y prohibición de dañar arbitrariamente a sus *semejantes*. Por otro lado, la «exigencia de imparcialidad [se define como] el ser capaces de ponernos en la situación del otro, es también una invitación a la indulgencia y a la aceptación de actos que no calzan exactamente con alguno de nuestros propios sistemas normativos». Creo que tanto la determinación de semejanza como de alteridad, implican la remisión a elementos culturales de carácter sustantivo. Desde este punto de vista, el ámbito sobre el que van a desarrollarse el proyecto de una moral esclarecida es, necesariamente, el de la moral social con sus correspondientes componentes culturales e identitarios. De hecho, los recursos empleados en algunas ocasio-

nes por GARZÓN VALDÉS como el de tender a una justificación humana de tintes empiristas o a la idea del mal en línea de DASGUPTA, supondrían un análisis de tipo cultural sobre el carácter cultural de las necesidades o de los males.

Tesis 6: La pertenencia a un grupo identitario particular no favorece el desarrollo de nuestra identidad.

GARZÓN VALDÉS entiende por grupo identitario particular aquel que está unido por sus propias memorias colectivas. Esta visión localista entendería que «todo intento de adoptar un ideal de vida cosmopolita, abierta a todas las tradiciones culturales, sin selección de origen étnico, frustraría u obstaculizaría la formación de una identidad personal plena. [Y añade] Sé por experiencia que esto es falso».

Admiro y comparto la atracción por la valoración cosmopolita, pero este cosmopolitismo no es un universalismo acultural sino que es una identidad cultural donde su narraciones y memorias colectivas de carácter abierto e híbrido aportan los mejores argumentos para su atractivo pero es, nuevamente, un particular cultural.

A partir de esta idea creo que son tres los argumentos que refuerzan la verosimilitud de la relevancia de estos relatos y memorias colectivas. En primer lugar, la idea de que estos relatos son condiciones de sentido de nuestros proyectos morales y suministran bienes primarios en términos rawlsianos. En segundo lugar, son la escuela de la moralidad; el espacio en el que aprendemos el proceso de construcción y reconstrucción de nuestras mores; y mediante ellas, de nuestra moralidad. Finalmente, porque son el soporte del bienestar individual. Como dice RAZ: «la causa en defensa del multiculturalismo, [...] su reclamo moral de respeto y de prosperidad se basa completamente en su importancia vital para la prosperidad de los seres humanos individuales. Esta causa es una defensa liberal, ya que pone énfasis en el papel de las culturas como presupuesto de la libertad individual y como un factor que le da forma y contenido. Dada la dependencia de la libertad individual y del bienestar con respecto a la calidad de miembro pleno de un grupo cultural respetado y próspero, no resulta sorprendente que el multiculturalismo emerja como un elemento central en cualquier programa político liberal decente para sociedades cuyos habitantes son miembros de una cantidad de grupos culturales viables» (RAZ, 1994: 193).

Tesis 7: El Derecho alternativo o no es relevante o no es moralmente aceptable.

GARZÓN VALDÉS insiste con criterio en la necesidad de justificar el ordenamiento jurídico. Sin embargo, no aprecio una diferencia relevante, a estos efectos, entre el derecho estatal y el Derecho alternativo pues las eventuales críticas que desde el punto de vista moral podrían formularse, son igualmente aplicables a ambas. En todo caso, a favor del segundo podrían alegarse los argumentos de tipo clásicamente liberal tendentes a favorecer la distribución del poder normativo. Las fórmulas de descentralización de la democracia representativa no se agotan en la distribución funcional o territorial del poder normativo sino también mediante fórmulas genéricamente aludidas por la expresión de pluralismo jurídico.

Tesis 8: No hay derechos morales de grupo.

Comparto la tesis de que grupos no tienen agencia moral y por tanto no son titulares de derechos morales. Desde esta perspectiva, no hay derechos morales colectivos.

Sin embargo, creo que es plausible promover la aceptabilidad de la categoría de derechos morales de grupo. Estos derechos no son detentados por el grupo sino que corresponden a cada uno de los miembros individuales del mismo en tanto que miembros del colectivo y los tienen porque son derechos que se ejercitan concurrentemente. La cultura de un grupo puede entenderse, en este sentido, como un bien público no susceptible de distribuir los costes y beneficios de su existencia y que, necesariamente se disfruta de forma convergente. Los derechos culturales de los miembros de ese grupo serían derechos morales de cada uno de ellos para proteger ese interés público que existe en tanto se ejercita coincidentemente con otros.

Tesis 9: Los derechos de los individuos de las minorías culturales no aportan nada nuevo al efectivo disfrute de los derechos universales.

Es evidente que el efectivo disfrute de los derechos tradicionalmente incluidos en el ámbito del coto vedado reporta una posición moralmente plausible para todos los individuos. Sin embargo, hay una aportación relevante de las tesis favorables al pluralismo cultural que podría enunciarse como la aspiración a que los individuos puedan disfrutar de esos derechos sin dejar de ser miembros de su grupo cultural fundamentalmente, por la razón básica de que quieren seguir perteneciendo al mismo; esto es, porque quieren disfrutar razonablemente de esa situación que los demás individuos disfrutaban sin tener que homogeneizarse culturalmente a un grupo dominante o, en su caso, modulando las exigencias que los denominados costes de transición cultural les podrían reportar.

Coda. Termino con una pequeña coda a una coda. El artículo que he comentado finaliza con un comentario de un «cordobés argentino» para un «cordobés mexicano» y reza: «Llega un momento en la vida en el que conviene dar gracias al destino cuando nos ha deparado el don de contar con amigos cabales. Siempre he dicho que mis amigos son las mejores personas del mundo y que ello es una muestra de la objetividad de los valores. Fernando SALMERÓN es un buen ejemplo de que estoy en lo cierto; no hay aquí relativismo que valga». Me permito cerrar estas notas suscribiendo las mismas palabras respecto de los maestros cabales [...] Ernesto GARZÓN VALDÉS es un buen ejemplo de que estoy en lo cierto; no hay aquí relativismo que valga.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FULLER, Lon L., 1969: *The Morality of Law*, New Haven and London: Yale University Press.
- GARZÓN VALDÉS, E., 1992a: «Pluralidad étnica y unidad nacional. Consideraciones ético políticas sobre el caso de México», *Iberoamericana*, n.º 16, pp. 4-32. (También en GARZÓN VALDÉS, E., 1993: *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 911-942).
- 1992b: «No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», *Claves de Razón Práctica*, enero-febrero, n.º 19, Madrid, pp. 16-23.
- 1993a: «El problema ético de las minorías étnicas», en OLIVÉ, L. (comp.), 1993: *Ética y diversidad cultural*, México: Fondo de Cultura Económica (2.ª ed., *idem*, 2004), pp. 37-62. (También en GARZÓN VALDÉS, E., 1993: *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 519-540).

- 1993b: «El problema ético de las minorías étnicas», en BARRAGÁN, J., y RODRÍGUEZ, A. (comps.): *Las diversidades culturales en la formación y aplicación del Derecho*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, pp. 31-60.
- 1993c: «La antinomia entre las culturas», en GARZÓN VALDÉS, E., y SALMERÓN, F. (eds.): *Epistemología y cultura. En torno a la obra de Luís Villoro*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 219-242.
- 1993d: «Algunas reflexiones más acerca del concepto de tolerancia. Comentarios a los comentarios de Pablo Navarro», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 14, Alicante, pp. 423-428.
- 1996: «Algunas confusiones acerca de los problemas morales de la diversidad cultural», en OLIVÉ, L., y VILLORO, L. (eds.): *Filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón*, México: Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, pp. 81-109.
- 1997a: «Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural», en *Claves de la Razón Práctica*, n.º 74, pp. 10-23.
- 1997b: «Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural», *Este País*, n.º 73, pp. 59-68.
- 1999a: «A propósito del multiculturalismo», en *Cuadernos Americanos*, n.º 73, pp. 21-33.
- 1999b: «Acerca de la universalidad de los derechos humanos y su posible fundamentación», en TORRES RIPA, J. (ed.): *Derechos humanos y diversidad cultural*, Bilbao: Forum Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, pp. 85-111.
- 2004a: «Capítulo II: La pretendida relevancia moral de la diversidad cultural», *Calamidades*, Barcelona: Gedisa, pp. 93-135.
- 2004b: «Prólogo» a GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J.: *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-35.
- KELSEN, H., 1977: *Esencia y valor de la democracia*, trad. LUENGO, R., y LEGAZ, L., Barcelona: Labor.
- MUGUERZA, J., 1998: *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid: Argés.
- RAZ, J., 1994: «Multiculturalism: A Liberal Perspective», *Dissent*, winter, pp. 67-79.

CALAMIDADES, INTENCIONALIDADES Y DAÑOS

Carlos Thiebaut

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN. Se analizan tres rasgos —intencionalidad, posibilidades alternativas, control— de la atribución de responsabilidad en contextos negativos o calamidades, en la terminología de EGV. Se argumenta que en esos contextos la perspectiva en primera persona no tiene prevalencia y que la tiene, por el contrario, la semántica moral detallada de lo que consideramos daños.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, intencionalidad, responsabilidad, daño.

ABSTRACT. Intentionality, alternative possibilities and control are analysed as three basic traits in responsibility attribution in negative contexts, or calamities in EGV's terminology. In these contexts, first-person perspectives are not taken as prevalent and a determining role is played by the detailed moral semantics of what is taken to be harmful.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, intentionality, responsibility, harmful.

En las últimas décadas del siglo pasado creció la conciencia de las aterradoras realidades que lo habían jalonado y adquirió forma una sensibilidad cultural ante lo negativo de la experiencia humana que está extendiendo su sombra hasta ahora mismo. Como parte de esa sensibilidad, e intentando darle forma conceptual, ha crecido también una anegadora literatura sobre el mal y los males del siglo pasado que, no obstante, está teniendo un efecto ambiguo: por una parte, ha tematizado una conciencia de horror —y a veces ha contribuido a extenderla— ante lo que pudieran tener en común la larga lista de nombres propios con el que nombramos el mal (Auswitzch, Hiroshima, Sudáfrica, los desaparecidos, el 11-M, etc.); por otra, ha desplazado al plano de la reflexión filosófica, cuando no estrictamente metafísica, la interpretación de una posible raíz común de tan larga y diversa experiencia del mal: el fuste torcido de la humanidad, el mal radical, o la impenitente culpabilidad de permanecer en un estado de minoría de edad pueden ser algunas explicaciones ilustradas de tal raíz común, a las que cabría añadir la antropología ambiguamente pesimista de FREUD o la prevalencia de la voluntad y del poder en las interpretaciones postilustradas en la estela de NIETZSCHE. Por lo primero parece haberse extendido un tipo de sensibilidad reactiva que agudiza percepciones y dispara denuncias; por lo segundo, no obstante, a veces se ha dejado en una confusa nube conceptual aquello que suscita repudio y condena. El riesgo es el de un déficit conceptual que acabe por dejar ciegas aquellas percepciones y rechazos no menos que inútilmente vacíos los conceptos con los que comprendemos normativamente las acciones humanas. La tarea filosófica sería, precisamente, la de atar la antes mencionada conciencia del horror con los conceptos adecuados que den cuenta de los repudios, las denuncias y las condenas. Tal vez lo primero que cabe sugerir es que, para ello, hay que dejar, provisional y cautelosamente, de lado el mismo concepto de mal y emplear otras categorías para la dicha tarea filosófica. Con todas las cautelas filosóficas, tal vez, y en otro momento, ese concepto pueda encontrar un lugar significativo si se prescindiera de sus connotaciones teológicas o de su cargada fuerza simbólica religiosa.

EGV ha acotado conceptualmente algunos de los males del siglo pasado y del presente (algunos de los dichos y otros) bajo la categoría de calamidad, por la que entiende las desgracias, desastres o miserias que resultan de acciones humanas *intencionales* y ha reservado el término catástrofe para designar aquellas desgracias, desastres o miserias provocados por causas naturales que escapan al *control humano*. «Es obvio —dice— que, si se acepta esta propuesta terminológica, las calamidades son evitables y las catástrofes no. En el caso de las primeras cabe hablar de responsabilidad normativa (moral o jurídica); en la segundas no»¹. Estas líneas aceptan esta propuesta de EGV y sólo intentan interpretarla en otro lenguaje filosófico y, tal vez, plantear un problema respecto a algo que pudiera —erróneamente, a mi entender— entenderse que esa propuesta significa. El criterio de diferenciación entre calamidades y catástrofes parece tener, para EGV, una triple apoyatura: la de la intencionalidad, la del poder haber actuado de manera distinta a como se hizo (lo que se ha llamado el principio de las posibilidades alternativas) y la del control sobre las propias acciones. Estos tres elementos conceptuales han constituido, en efecto, y en maneras diversas, el entramado conceptual sobre el que se apoyan —tanto en la discusión clásica como en la

¹ GARZÓN VALDÉS, 2004: *Calamidades*, Barcelona: Gedisa, 2004, p. 12

contemporánea— las atribuciones de responsabilidad y, en las discusiones de la metafísica moral, el supuesto de la libertad humana. En diversas maneras, las discusiones contemporáneas sobre el libre albedrío insisten, con diferentes acentos, sobre esos tres elementos o, al menos, sobre los dos últimos, el principio de las posibilidades alternativas y el control sobre las acciones. Tal vez, no obstante, el de intencionalidad sea un concepto más borroso. Probablemente, el uso, que remite a la tradición filosófica, que del concepto de intencionalidad hace EGV tiene un sentido de acotación inicial: nos hacemos responsables de aquello que hacemos de manera no casual ni torpe, de aquello que advertimos y no de que lo provocamos inadvertidamente. Por eso —en nuestras intuiciones cotidianas y en determinados usos específicos regidos por normas, como los jurídicos— el de intencionalidad parece un concepto imprescindible; pero, por otra, definir en la actitud de segunda o de tercera persona la intencionalidad de un acto, que es una característica de la agencia en actitud de primera persona, plantea en las interacciones mismas no pocos problemas. Cabe decir, incluso, que *ese* problema es el que está en la raíz de nuestras maneras de intentar comprender y de intentar regular las interacciones humanas. La pregunta «¿qué quiso hacer X con la acción A?» está a la base de cómo podemos conjuntar la autonomía del agente con las respuestas que sus actos nos suscitan o nos reclaman.

La cosa no se hace más clara, sino más oscura, cuando las dichas condiciones de atribución de responsabilidad —intención, posibilidades alternativas y control— se trasladan desde contextos positivos de elección —deliberar y elegir el bien que se busca— a contextos negativos —atribuir responsabilidad por un acto que consideramos repudiable—. A diferencia de los contextos positivos, en los que cabe pensar que el lugar de los otros es secundario o subsiguiente a la valoración que de la acción hace el sujeto (lo que no quiere decir que sea irrelevante ni para él ni para los otros), en los contextos negativos ese lugar (el de otros, el nuestro) es inmediato y determinante. La segunda y tercera persona del singular y la primera del plural son, precisamente, los puntos de partida de la comprensión misma de la acción y el punto de arranque del juicio que merezca. Parecería inicialmente que también en estos casos se sostienen los tres criterios que, para ellos, propone EGV: repudiar, condenar un mal o responsabilizarle a alguien de él (ya, de una calamidad) significa indicar que lo que hace o hizo tuvo intención de hacerlo, que pudo no haberlo hecho y que controlaba las causas y/o los efectos de lo que hacía. Si, por el contrario, le exoneramos al actor de la responsabilidad por tal hecho es porque —decimos— no quería hacer lo que hizo, porque no pudo evitar hacerlo y/o porque no podía controlar lo que hacía. Esta descripción general parece, en efecto, casar adecuadamente con nuestras intuiciones morales también en los contextos negativos, pero notemos que en ellos se hacen más inquietantes los perfiles borrosos de nuestros tres criterios de responsabilidad y que con frecuencia nuestras justificaciones y exoneraciones juegan tanto con esa borrosidad como con la no menor de decidir si, en un caso concreto, se dan los tres rasgos o los que parezcan pertinentes en nuestra condena. La gramática de nuestras excusas, como notó AUSTIN, está a la base de nuestra gramática moral o, al menos, tiene la fuerza de ponerla en evidencia.

En el libro *Calamidades* se dan claras muestras de las constricciones de nuestras excusas, en concreto, de cuándo las excusas inicialmente aducidas no pueden considerarse válidas. Si aceptar una excusa es poner en evidencia los perfiles de nuestra gramática moral (por vía, por ejemplo, de restringir nuestras emociones reactivas —por decirlo

con STRAWSON— o de aclarar las condiciones de ejercicio de nuestros juicios normativos), rechazar una excusa aducida ante una condena hace más precisos, por más exigentemente detallados y más justificados, los enunciados normativos de esa gramática. No siempre realizar una condena equivale a rechazar una excusa, pero, al menos, el rechazo de una excusa hace conceptualmente más claras las razones de una condena. Siguiendo a EGV, veamos cómo pueden rechazarse las excusas en los contextos negativos que constituyen las calamidades y el papel que en ellas juegan la perspectiva del agente y la de una perspectiva de segunda, tercera persona o la de la primera del plural. En primer lugar, es probable que el que el agente indique que no pudo actuar de manera distinta a como lo hizo sea, en efecto, como indica EGV, el elemento más claro en su defensa. El que no hubiera posibilidades alternativas a lo que hizo (porque el agente estaba constreñido a hacerlo) es otra manera de indicar que le era necesario hacerlo, que le era inevitable. El mostrar que tal no es el caso —porque no era de hecho el caso, o, recursivamente, porque el agente erró en sus creencias respecto a lo que podía o no podía hacerse— ha constituido el esfuerzo repetido en la historia de las maneras en las que se ha ido arrancando de la esfera de los males inevitables algunos comportamientos y acciones que juzgamos, más bien, calamidades o daños. Por poner un ejemplo de esta recursiva responsabilidad doxástica, el principio de la obediencia debida fue argüido en la defensa de los acusados en Nüremberg y reiterado en múltiples ocasiones, desde las dictaduras latinoamericanas, la Guerra de Vietnam o las vejaciones de Abu-Graib. Rechazando lo que el agente tomaba como (justificadas) constricciones de lo que hizo —en el ejemplo, su creencia en que debía seguir las órdenes recibidas— es como se han ido afinando los criterios de nuestros repudios y condenas y parece que el punto crucial de este proceso es el antes señalado de indicar que los agentes son recursivamente responsables de las creencias erradas (como la de la incuestionabilidad de la obediencia ciega en contextos bélicos) que tuvieran con respecto a lo que era el caso, a su incapacidad de haber tomado un rumbo alternativo a lo que hicieron o a las normas adecuadas sobre lo que juzgaban correcto en el juicio de lo que hicieron. Que se podía haber actuado a manera distinta como se hizo y que, consiguientemente, se podía haber creído que se podía actuar de manera distinta a lo que se hizo, parece, en efecto, un punto cero en la atribución de responsabilidad en contextos negativos.

Probablemente, y en segundo lugar, también el criterio del control sobre las propias acciones tenga rasgos similares a lo que se acaba de comentar, aunque alguna bondad más preocupante pueda empezar a metérsenos de por medio. Cabe que el agente argumente que no pudo controlar —porque era imprevisible, por ejemplo, dice EGV— los efectos de su acción. Ante tal excusa, podemos aplicar el mismo criterio recursivo antes indicado y señalar que, en determinado nivel de conocimientos (científicos, sociales, etc.) que se le suponen o se le pueden suponer razonablemente al agente, aducir ignorancia respecto a los efectos de sus actos refuerza, incluso, nuestra condena. Al igual que pudo saber, o que debía haber sabido, que había posibilidades alternativas a lo que hizo, cabe pensar que pudo prever, o debía haber previsto, los efectos de sus actos. No obstante, estamos ya ante una esfera de matices de más difícil apreciación, pues también sabemos que la gama de efectos no deseados de las acciones camina a la contra de la capacidad de control que el agente dice disponer sobre ellas. Muchas veces, de haber sabido lo que resultaba de lo que iniciamos no lo habríamos hecho.

Pero ese posible arrepentimiento no tiene por qué exonerarnos de nuestra responsabilidad ante lo hecho, algo que puede constatarse o argüirse en la actitud de segunda y de tercera persona que, como dijimos, es un elemento determinante de los contextos negativos; pero notemos, entonces, que la perspectiva del agente en primera persona respecto a su propio control sobre lo que hizo parece, perder relevancia. Contra lo que el agente pueda aducir como excusa —los efectos no deseados por él de su acto— aducimos que lo hizo y que debía —recursivamente— haber sabido lo que hacía y qué efectos tendría. En este caso, el que «debía haberlo sabido» parece una condición doxástica y normativa que opera en paralelo con la que antes señalamos, a pesar de que al aplicarla seamos conscientes de que sus condiciones de aplicación («lo que razonablemente debería haberse sabido sobre los efectos de los actos») tengan límites borrosos.

Pero, probablemente, el problema se hace más borroso e inquietante aun cuando acudimos a la primera, y más englobante, característica de la responsabilidad sobre las propias acciones que es la intencionalidad². Ciertamente, parecería una excusa radical el indicar que no quisimos hacer lo que hicimos y ese enunciado en primera persona, apoyado sobre la incuestionable autoridad que parecemos reclamar sobre nuestras creencias, deseos e intenciones se expresa, por ejemplo, cuando pedimos disculpas. No parece que, en este caso, podamos acudir al mecanismo recursivo al que antes apelamos. Porque la intencionalidad no permite ser objeto, en contextos negativos, de un argumento del tipo: «X no debía haber tenido la intención I» dado que el agente apela en su alegato, precisamente, a que no tenía tal intención. La autoridad del sujeto sobre sus estados mentales parece imponer, en este caso, una barrera en nuestras atribuciones recursivas. Cuando en un contexto negativo el agente se desliga de sus actos, el juicio condenatorio que éstos pudieran merecer ha de desligarse, también, de la apelación a la intencionalidad expresada por el agente que, como tal, nos es opaca. Ello no desarma, no obstante, la atribución de responsabilidad: que nos sea opaca la intencionalidad dicha no quiere decir que lo sean también sus actos; el agente es responsable de lo que *hizo*, con independencia de que diga ahora que no quiso hacerlo o de que no sabía lo que hacía. Sobre lo hecho apoyamos nuestro repudio del acto y nuestro rechazo de la posible excusa de que hizo lo que hizo de manera no intencional. Podemos, en contextos acotados e irrelevantes, aceptar la excusa, como cuando rompemos un objeto apreciado por nuestro anfitrión y aducimos la accidentalidad de lo sucedido; también, como sucede en determinados accidentes que resultan en muertes, aunque con mayor prudencia, podemos aceptar la no intencionalidad como excusa; no parece, no obstante, posible que casos especialmente relevantes, que requieren una sistemática falta de percepción y un sistema también sistemático de actos —recordemos el caso EICHMANN— podamos aceptar que lo hecho era accidental o no intencional. En casos así —de calamidades— la intencionalidad expresa del agente, aducida como excusa, nos parece no pertinente y los actos hablan por sí solos. Pudiéramos contraargüir, no obstante (pudiera hacerlo el agente), que lo que, entonces, está en cuestión no es tanto su intencionalidad, sino su veracidad. Y, en efecto, sospechamos de la veracidad del agente en con-

² Es interesante notar que en la literatura analítica sobre el concepto de responsabilidad —por ejemplo, en los trabajos de Harry FRANKFURT—, se suele entender aproximadamente por «control sobre las propias acciones» no tanto lo que hemos mencionado en el párrafo anterior, el control sobre los efectos, sino la capacidad de identificarse que tiene el agente con sus actos que aparece aquí ahora bajo la categoría de intencionalidad.

textos en los que la apelación a ella va a contracorriente de nuestros juicios condenatorios con respecto al carácter condenable de lo que hizo. Pero, entonces, y de nuevo, es una condición doxástica —paralela a las anteriores— la que pasa a primer plano: rechazamos que la relación que el agente condenable establece entre sus creencias y lo que es el caso sea la que de hecho se da entre esos términos (él reclamándose veraz, nosotros sospechando de esa veracidad). Una consecuencia filosófica de ello —un resultado externista, no internista— es que en contextos negativos el criterio de la intencionalidad no es tan determinante para dirimir responsabilidades como pudiera parecer que lo es en contextos positivos. Si en éstos, como decíamos, nuestras intenciones nos explican el carácter de nuestros actos y el significado que pueden tener para nosotros u otros, en los negativos acudir a la exoneración de no-haber-tenido-la-intención-de-X no parece restringir nuestras emociones reactivas o nuestros ponderados juicios de condena. Parecemos operar, entonces, con una cierta esquizofrenia: por una parte consideramos la intencionalidad un rasgo de las acciones humanas que introduce para su comprensión un conjunto de categorías normativas (señaladamente, las morales, pero también las jurídicas) y que nos permite considerarlas dignas de alabanza, mérito, etc; por otra parte, en contextos negativos podemos prescindir —o vernos forzados a prescindir— de la expresa declaración de intencionalidad del agente (y atribuirle intenciones distintas a las expresadas, o alguna patológica incomprensión respecto a ellas) y enfrentarla con el juicio negativo que nos merece lo que hizo. Cuándo y cómo prescindimos de la intencionalidad del agente parece ser la letra pequeña, pero cotidiana, de nuestra gramática moral.

El problema que estas borrosidades introducen en los contextos negativos de atribución de responsabilidad es que el fundamento de dicha atribución se ha desplazado desde el punto de vista del agente al de la segunda o tercera persona (y a la primera del plural). Es una definición, potencialmente externa al agente, de determinados actos como condenables lo que acaba por permitir la dicha atribución de responsabilidad; es, igualmente, la que permite fundamentar la atribución recursiva de lo errado de sus creencias (sobre lo que podía hacerse, sobre lo que debía creerse era adecuado, sobre lo que podía haberse previsto). Cabe sugerir que, en contextos negativos, es la definición de lo que sea un *daño* lo que determina ese su carácter negativo. Pero, entonces, el problema se desplaza a qué consideramos, y por qué, daños. El principio de MILL es un principio formal (permitir todo lo que no daña) que, no obstante, permanece impreciso. Lo que consideramos daños —o calamidades— queda remitido a la semántica moral precisa de aquellos comportamientos o actos sobre otros que podemos ir argumentando que les lesionan, que les producen sufrimiento o que les hace padecer situaciones injustas. El catálogo de calamidades de EGV es parte de esa semántica moral, siempre abierta a ulteriores precisiones y al desentrañamiento de su estructura conceptual.

A VUELTAS CON LA NOCIÓN DE SOBERANÍA: REFLEXIONES SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Isabel Turégano Mansilla

Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN. El concepto de soberanía, teóricamente independizado de los problemas de fundamentación política, sirvió en la teoría jurídica como instrumento adecuado para explicar el derecho al margen de una noción normativa de validez. La conocida distinción de Garzón Valdés entre un soberano-0 y un soberano-1 constituye una herramienta conceptual necesaria para acomodar tal análisis jurídico a la realidad del Estado constitucional. Sin embargo, como también Garzón Valdés ha tenido ocasión de expresar, la doctrina de la soberanía se halla impregnada de importantes connotaciones normativas que terminan frustrando la pretensión de neutralidad con que fue empleada. Ocurre así cuando la propia teoría se cuestiona las bases del fenómeno social en que consiste el poder o cuando trata de adaptarse a los Estados constitucionales transformándose en poder constituyente.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, soberanía, poder constituyente.

ABSTRACT. The concept of sovereignty, theoretically made independent of problems of political justification, was used by legal theory as an appropriate instrument to explain law aside a normative notion of validity. The well-known Garzón Valdés's distinction between a sovereign-0 and a sovereign-1 is a necessary conceptual tool to reconcile such legal analysis to the reality of a constitutional State. However, as Garzón Valdés has also had the opportunity to express, the doctrine of sovereignty has significant normative connotations that end up by frustrating the aim of neutrality with which it was used. Such is the case when the theory questions the basis of the social phenomenon power consists of or when it tries to fit to constitutional States transforming itself into constituent power.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, sovereignty, constituent power.

Como ya señaló el propio GARZÓN VALDÉS en el célebre primer volumen de esta publicación, la noción de soberanía es una de esas cuestiones que HART denominara «recurrentes» que reaparecen de cuando en cuando en los escritos de teoría jurídica y que, al mismo tiempo, no deja de ocupar un lugar destacado en el discurso moral en el que desembocan muchas de las cuestiones filosófico-jurídicas.

En la teoría jurídica positivista la doctrina de la soberanía se empleó en muchos casos como instrumento adecuado para dar cuenta del derecho como conjunto de hechos sociales complejos que pueden ser identificados sin asumir compromiso valorativo alguno (validez como existencia de instituciones sociales y no como razones que justifican acciones). El concepto de soberano reflejaría la realidad social del poder o dominio sobre la base de una actitud general y habitual de obediencia sin plantearse la cuestión del fundamento normativo del mismo. Como señaló GARZÓN VALDÉS, esta doctrina lleva a presentar la base del ordenamiento jurídico a partir de actos de voluntad que dictan las normas jurídicas supremas, para lo que es suficiente asumir un concepto neutro de soberano como origen de la cadena de validez normativa.

El carácter independiente o no subordinado que completa la definición de la soberanía implica que no es posible limitar jurídicamente al soberano, puesto que un soberano sometido a límites jurídicos estaría sujeto a un soberano superior y ello resulta contradictorio: sería soberano y no soberano a un tiempo. Esta conclusión podría resultar desmentida por la propia realidad del Estado constitucional de Derecho en cuya norma fundamental suelen incorporarse disposiciones de reforma constitucional que limitan formal y materialmente la competencia de la autoridad jurídica suprema. Al conocido debate acerca de la posibilidad o no de reformar válidamente tales disposiciones de reforma subyace la búsqueda de un instrumento conceptual para dar cuenta de la vinculación de la autoridad normativa última. Así los argumentos de autorreferencia y de contradicción de Alf ROSS (ROSS, 1953: 79-81; 1969: 1-24); la analogía con situaciones de precompromiso personal asimilando una imposibilidad fáctica a una imposibilidad deóntica; o la interpretación de los límites a la reforma constitucional en términos del punto de vista interno hartiano de Hartmut KLIEMT (KLIEMT, 1978: 99-108).

Los problemas de cada una de estas argumentaciones no hacen si no mostrar que los límites a la autoridad suprema no pueden ser jurídicos y que, en ningún caso, puede hablarse de validez en relación con sus actos. Cuando la constitución es reformada por un órgano o mediante un procedimiento distintos de los establecidos en la disposición de reforma constitucional o más allá de los límites materiales que ésta determina, se produce una norma inválida —en el sentido de que su promulgación no ha sido autorizada— que puede iniciar una nueva cadena de validez en caso de que la reforma resulte eficaz. Conforme a la definición de VON WRIGHT, el agente que realiza ese acto normativo que no es contenido de otra norma superior actúa como soberano o autoridad suprema (WRIGHT, 1963: 192). Pero ello no obsta para que pueda pensarse en una autoridad jurídica última con competencias limitadas. Y este es el sentido de la distinción de GARZÓN VALDÉS entre un soberano₀ y un soberano₁. Mientras que el soberano₀ es aquella autoridad cuyas normas no derivan su validez de otras normas del sistema, el soberano₁ es aquella a la que las normas del sistema atribuyen en última instancia la competencia para regular jurídicamente la sociedad. Sólo respecto de

los actos normativos de este soberano₁ puede predicarse validez o invalidez, competencia o incompetencia. Pero para dar cuenta de esta idea de una autoridad jurídica vinculada hay que presuponer conceptualmente la de soberano₀. Sin soberano₀ no existiría soberano₁. Y ello implica, por otra parte, que el concepto de soberano₀ no es sólo un concepto de contenido ético o político sino un concepto con relevancia jurídica. GARZÓN VALDÉS afirma que «[n]o tendría mucho sentido hablar de soberano₀ si luego resulta que no hay soberano₁ ya que la definición de soberano₀, tal como aquí es entendida, hace referencia a una cadena de actos normativos entre los que precisamente figuran los que realiza el soberano₁ en ejercicio de su competencia (suprema o no). En este sentido, el concepto de soberano₀ no es jurídicamente irrelevante» (GARZÓN VALDÉS, 1983a: 198).

La anterior construcción emplea la noción de soberano, como he señalado al comienzo, para explicar el Derecho al margen de una noción normativa de validez. Sin embargo, lo cierto es que en gran parte de los escritos que han dedicado su atención al problema de la soberanía se cuelan o irrumpen abiertamente planteamientos normativistas y termina siendo difícil conciliar la doctrina de la soberanía con una teoría del Derecho reducida a la tesis de las fuentes sociales. Ocurre así, en primer lugar, cuando la teoría de la soberanía, concebida inicialmente como concepto para el análisis de lo jurídico, comienza a cuestionarse las bases del fenómeno social en que consiste el poder o dominio. Frente a la imagen reduccionista del poder en términos de regularidades externas de comportamiento, un concepto más complejo del poder social ofrece un panorama distinto de las relaciones entre éste y el Derecho. Conforme al mismo, el fenómeno del poder no se reduce a un hecho simple ajustable al esquema de mandato-obediencia sino que se concibe como práctica social compleja que se articula mediante normas sociales. Tales prácticas sociales de naturaleza normativa incorporan, entre otros, los criterios de identificación de la agencia a la que se confiere la potestad de regular jurídicamente la interacción social. De este modo, la identificación del soberano responde a un reconocimiento social previo de la necesidad del Derecho como guía de la conducta y la aceptación y aprobación de una autoridad normativa (*vid.* LAPORTA, 1996: 445-447). Éste es el sentido de la *moralidad positiva* de John AUSTIN, que, al requerir y especificar los caracteres de quienes van a detentar la soberanía, se puede concebir como el fundamento no sólo de la existencia sino también de la normatividad del Derecho. El soberano de AUSTIN no es el poder que logra imponer sus mandatos por la fuerza, sino aquel o aquellos a quienes la sociedad reconoce la capacidad de crear una estructura normativa que haga posible la coexistencia. Esta idea, que aparece ya apuntada en algunos fragmentos de sus lecciones (AUSTIN, 1861-1863: 116-117, 321, 746), se hace evidente en su último ensayo, *A Plea for the Constitution*, donde afirma que la supervivencia de un determinado orden jurídico depende de un sentimiento compartido por la opinión pública de vinculación a la forma de gobierno establecida y de reconocimiento de su necesidad para mantener la estabilidad social (AUSTIN, 1859; TURÉGANO, 2001: 416-422).

Además, en segundo lugar, el contenido normativo del concepto de soberano se evidencia en mayor medida cuando la teoría imperativista se trata de adaptar a los Estados constitucionales. La conversión del soberano en poder constituyente o legislador originario termina planteando más problemas que los que puede resolver. Empleado

con una función explicativa, el concepto de poder constituyente sirve efectivamente para poner de manifiesto que la limitación de la autoridad jurídica suprema presupone lógicamente un poder extrajurídico que le autoriza y delimita su ámbito de actuación. Éste creo que es el sentido de la distinción entre soberano₀ y soberano₁. Sin embargo, como ya señalaran CARRÍO y NINO, resulta problemática la aplicación de un término como el de «poder» propio de contextos normativos en una sede en la que por definición las normas están ausentes, puesto que puede servir como legitimación encubierta del mero hecho del ejercicio efectivo de la fuerza (CARRÍO, 1973; NINO, 1985). Evitar tal equívoco implica reconocer que el uso del concepto de poder constituyente originario depende de consideraciones ético-normativas, como afirmó GARZÓN VALDÉS en su escrito comparativo del pensamiento de John AUSTIN y Hermann HELLER, en el que hace suyas las palabras de este último para quien «existencia y normatividad del poder constituyente no están en oposición sino que se condicionan recíprocamente» (GARZÓN VALDÉS, 1983b: 180).

Es sólo en este sentido ético-normativo en el que el concepto de poder constituyente cobra su sentido en el constitucionalismo moderno. En éste su naturaleza voluntarista queda delimitada por su función garantista: el poder constituyente no es una posibilidad absoluta de crear o modificar en todo momento una organización político-jurídica sino instrumento de realización de un modelo concreto de legitimación política y justicia jurídica. En este sentido, el concepto hace referencia a un espacio que no debe ser llenado por la voluntad político-jurídica, a un vacío de poder que no ha de ser ocupado por ninguna facción política. Por ello, se habla del necesario agotamiento del poder constituyente en el Estado constitucional, una vez que los valores y principios fundamentales abandonan la esfera de la trascendencia y se incorporan a las constituciones (DOGLIANI, 1996; LUCIANI, 1996; VEGA, 1985).

Es en el marco de estas premisas garantistas donde adquiere un sentido justificatorio la distinción entre un constituyente originario y uno derivado. La afirmación de la continuidad del poder constituyente en el orden jurídico bajo la forma de un poder ilimitado de reforma tiene una connotación negativa de restricción de las garantías constitucionalmente reconocidas.

Tal tesis, sin embargo, se considera discutible desde la perspectiva de quienes priman el valor de la democracia sobre el de los derechos y afirman que, puesto que los derechos se incorporan a la constitución mediante un acto de voluntad contingente, la posibilidad de su revisión se convierte en una necesidad ineludible. Desde esta perspectiva, el problema de la fundamentación de los derechos no se limita a analizar su sustrato normativo sino también a determinar cómo insertar los derechos ya fundamentados en las ordenaciones vigentes (PINTORE, 2001: 244-246). A partir de la premisa del desacuerdo moral, no ya acerca de la existencia de verdades morales objetivas, sino —aun entre quienes desean evitar el relativismo— acerca del modo de acceder a ellas, se exige el diseño de procedimientos continuos para la toma de decisiones colectivas (WALDRON, 1993: 32; 1999: 176-181). De este modo, la regulación de la revisión constitucional es la que crea las condiciones necesarias para debatir colectivamente las cuestiones constitucionales. El concepto de poder constituyente se introduce, así, en el marco jurídico como posibilidad constante de replantear el pacto constitucional (*vid.* PALOMBELLA, 2000). El riesgo de tal concepción es que la prioridad absoluta que con-

fiere a la soberanía popular sobre cualquier otro criterio normativo puede llevar a justificar los actos de toma de decisiones constitucionales por sí mismos con independencia de principios sustantivos independientes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AUSTIN, J., 1859: *A Plea for the Constitution*, London: John Murray.
- 1861-1863: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5.ª ed. revisada y editada por CAMPBELL, R., London: John Murray, 1885.
- CARRIÓ, G. R., 1973: «Sobre los límites del lenguaje normativo», *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- DE VEGA, P., 1985: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos.
- DOGLIANI, M., 1996: «Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione», ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P., y LUTHER, J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Torino: Einaudi, pp. 270-277.
- GARZÓN VALDÉS, E., 1983a: «Las limitaciones jurídicas del soberano», *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993: pp. 181-200.
- 1983b: «Hermann Heller y John Austin: Un intento de comparación», *Derecho, ética y política*, cit.: pp. 157-180.
- KLIEMT, H., 1978: «Can There Be Any Constitutional Limits to Constitutional Powers?», *Munich Social Science Review*, 4: pp. 99-108.
- LAPORTA, F., 1996: «Poder y Derecho», GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. (eds.), *El Derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid: Trotta-CSIC-BOE, pp. 441-453.
- LUCIANI, M., 1996: «L'antisovrano e la crisi delle costituzioni», *Revista de Diritto Costituzionale*, 1: pp. 147-153.
- NINO, C. S., 1985: «La competencia del constituyente originario y el carácter moral de la justificación jurídica», *La validez del Derecho*, Buenos Aires: Astrea, pp. 41-68.
- PALOMBELLA, G., 2000: *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. y prólogo de CALVO GONZÁLEZ, J., Granada: Comares.
- PINTORE, A., 2001: «Derechos insaciables», FERRAJOLI, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por DE CABO, A., y PISARELLO, G., Madrid: Trotta.
- ROSS, A., 1953: *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de CARRIÓ, G. R., Buenos Aires: Eudeba, 1963.
- 1969: «On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law», *Mind*, 78: pp. 1-24.
- TURÉGANO, I., 2001: *Derecho y moral en John Austin*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid: Tecnos.
- WALDRON, J., 1993: «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 13.
- 1999: *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.

CORRUPCIÓN POLÍTICA Y RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Rodolfo Vázquez

Instituto Tecnológico Autónomo de México

RESUMEN. Este ensayo responde a la pregunta por la naturaleza o el concepto de corrupción e intenta justificar el marco ético-jurídico desde el cual es posible pensar en algunos frenos institucionales contra la misma: el Estado democrático de Derecho y, específicamente, la responsabilidad de los servidores públicos. Con relación a estos últimos se analizan los principios de acceso a la información y publicidad o transparencia.

Palabras clave: corrupción, Estado democrático de Derecho, responsabilidad, acceso a la información y publicidad.

ABSTRACT. This essay answers the question about the nature and the concept of corruption and tries to justify the ethical and juridical framework from which it is possible to conceive the different institutional barriers necessary to restrain it: the democratic State, the Rule of Law and, specifically, the accountability of the public officers. Regarding the latter, this essay analyses some principles such as public access to information and official publicity or transparency.

Keywords: corruption, Rule of Law, accountability, public access to information and official publicity.

En 1952, al término del gobierno alemanista en México, el líder obrero Vicente LOMBARDO TOLEDANO afirmaba:

Vivimos en el cieno: la mordida, el atraco, el cohecho, el embute, el chupito, una serie de nombres que se han inventado para calificar esta práctica inmoral [la corrupción]. La justicia hay que comprarla. Primero al gendarme, luego al ministerio público, luego al alcalde, luego al diputado, luego al gobernador, luego al ministro, luego al Secretario de Estado...¹

Más cercano a nosotros, en 1995 Gabriel ZAIID escribía:

En México, las autoridades pueden actuar como asaltantes, y con mayor impunidad, precisamente por ser autoridades. Pueden robar, humillar, someter y seguir en su cargo. Ni todas, ni siempre, lo hacen, lo cual le da eficacia al abuso: es selectivo, queda al arbitrio de la autoridad. No vivimos en el régimen carcelario de Castro, ni en la dictadura de Pinochet, sino en un régimen de Derecho sujeto a excepciones selectivas. No vivimos en un Estado de excepción, pero tampoco en un Estado de Derecho sin excepción. En esto, pero no en aquello; aquí, pero no allá; con éste, pero no con aquél; esta vez, pero no todas; rige la arbitrariedad, disfrazada de cumplimiento de la ley².

En 1999, Federico REYES HEROLES nos ofrecía la siguiente encuesta a nivel nacional: el 39 % de los encuestados considera que es más conveniente «arreglarse» con las autoridades que cumplir con las leyes; 38 % está de acuerdo con la frase «un político pobre es un pobre político»; un tercio aprueba la frase «el que no tranza no avanza»; 25 % está de acuerdo en que funcionarios se aprovechen del puesto, «siempre y cuando no se manden»; 43 % considera que para ascender en el gobierno hay que ser corrupto y muy corrupto; 52 % aprueba que se ayude a parientes y familiares si se está en un alto cargo de gobierno; 40 % está de acuerdo con la idea de que, en México, «más vale tener dinero que tener la razón»³.

A mediados de 2004 Silvia OTERO informaba en un medio impreso de circulación nacional:

Cada 24 horas, en promedio, se detecta a 18 servidores públicos del gobierno federal incurriendo en actos de corrupción [...] Un reporte de la SFP [Secretaría de la Función Pública] asegura que durante el período de enero de 2001 a diciembre de 2003 esta dependencia sancionó por actos de corrupción o anomalías en su desempeño a 19 mil 476 servidores públicos federales. /No es casual que en un parámetro de 0 a 10, México tenga 3,6 de calificación, de acuerdo con el Índice de Percepciones de la Corrupción (IPC) de Transparencia Internacional⁴.

El barómetro global de la corrupción 2006 indica que en México el índice de percepción de la corrupción en la política es de 3,4, donde 1 es la mínima y 4 es la máxima.

¹ Citado por SILVA: «La corrupción como sistema», en *Reforma*, 23 de marzo de 2004.

² ZAIID, 1995: *Adiós al PRI*, México: Océano, p. 98. Véase «Presentación», en CARBONELL y VÁZQUEZ (coords.), 2003: *Poder, Derecho y corrupción*, México: IFE-ITAM-Siglo XXI, pp. 7-8.

³ REYES HEROLES, 1999: *Memorial del mañana*, México: Taurus, pp. 172-173. Véase, *idem*.

⁴ OTERO: *El Universal*, México, 15 de agosto de 2004.

Las cifras son elocuentes, pero mi propósito en este ensayo no es debatir en torno a ellas, ni ofrecer un acercamiento económico o social al problema de la corrupción. Las preguntas que intentaré responder tienen que ver con su naturaleza o concepto: ¿qué se entiende por corrupción?; y con el marco ético-jurídico desde el cual es posible pensar en algunos «frenos institucionales» contra la corrupción: el Estado democrático de Derecho y, específicamente, la responsabilidad de los servidores públicos. Para ambas respuestas he seguido de cerca el pensamiento de Ernesto GARZÓN VALDÉS, maestro y amigo entrañable, a quien tanto debe el pensamiento latinoamericano, y el de México en particular.

SOBRE EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

Creo que lo primero que debemos considerar con respecto a la naturaleza de la corrupción es que es un fenómeno que presenta un carácter *permanente*: «la corrupción es algo que existe *siempre*, cualquiera que sea el sistema político y el tiempo en el que pensemos»⁵.

Entender la corrupción con este carácter significa que *no es un fenómeno privativo de los regímenes dictatoriales o autoritarios*. La corrupción también existe en los países democráticos y no porque exista en ellos dejará de haber democracia. Como afirma Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI: «Democracia y corrupción, al igual que democracia y prevaricación, democracia y asesinato... [o democracia y terrorismo] no son términos incompatibles»⁶. Los casos de políticos corruptos, desde todo punto de vista reprochables y sancionables jurídicamente, son compatibles con la democracia. Entender esto quizás nos prevenga contra aquellos fatalistas que ante casos de corrupción «niegan la legitimidad de las instituciones democráticas y proponen soluciones al margen de los cauces democráticos», o bien, contra aquellos que con vocación justiciera y mesiánica se presentan «como capaces de erradicarla fulminantemente»⁷. Con respecto a estos últimos está en lo cierto Jaime SÁNCHEZ SUSARREY cuando parafraseando a Karl POPPER afirma que:

Los políticos son seres que suelen estar por debajo de la media intelectual y moral de una sociedad. Normalmente no se puede ni se debe esperar gran cosa de ellos. Por eso no hay que idealizarlos. Y por eso, también, la democracia no se debe definir como el gobierno de los buenos ni de los mejores, sino como el régimen que permite a un pueblo deshacerse pacíficamente de sus gobernantes⁸.

Asimismo, entender que la corrupción es un fenómeno permanente es entender que *no es privativa de aquellos regímenes políticos no evolucionados o desarrollados* o, lo que es lo mismo, según Ernesto GARZÓN VALDÉS: «que cuanto mayor sea el grado de desarrollo o de modernización de una sociedad política, tanto menor será el grado de

⁵ LAPORTA y ÁLVAREZ (eds.), 1997: *La corrupción política*, Madrid: Alianza Editorial, p. 19.

⁶ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI: «Corrupción, democracia y responsabilidad política», en CARBONELL, y VÁZQUEZ (coords.), 2003: p. 68. El agregado entre corchetes es nuestro.

⁷ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, 2003: p. 69.

⁸ SÁNCHEZ SUSARREY: «No está sanforizado», *Reforma*, 20 de marzo de 2004.

corrupción»⁹. Tal premisa es falsa. En los países altamente industrializados los casos de corrupción han sido escandalosos. Como afirma José WOLDENBERG:

El canciller que unificó Alemania cayó por problemas de dinero; el viejo sistema partidista que emergió de Italia después de la guerra y que permaneció intacto hasta los años noventa se desplomó por problemas de dinero. Entonces, sin contemporizar con los fenómenos de la corrupción, es muy probable que nos acompañen en un buen tramo de nuestra historia¹⁰.

De igual manera, como señala Pedro SALAZAR:

Tampoco se trata de una práctica circunscrita a ciertos sectores sociales: por ejemplo, en México, como bien sabemos, la «mordida» es una práctica difundida entre los más pobres y entre los más ricos. Soborno y extorsión son males que involucran a funcionarios y ciudadanos de todos los niveles y (al menos casi) en todas partes¹¹.

La corrupción está *vinculada lógicamente a un sistema normativo*, es decir, a un conjunto de reglas vigentes que regulan una práctica social. Y puesto que tal conjunto de reglas puede especificarse con respecto a diferentes ámbitos de aplicación, religiosos, jurídicos, políticos, empresariales, universitarios, deportivos, etc., entonces se puede hablar de sacerdotes, empresarios, universitarios, deportistas, abogados y, por supuesto, de políticos, corruptos. La corrupción no es, entonces, un fenómeno solamente político ni tampoco requiere para existir que alguien ocupe una posición oficial de autoridad. Como afirma Alejandro NIETO:

La corrupción aparece, con mayor o menor gravedad, en todos y cada uno de los ámbitos de la vida social: en las relaciones familiares y amistosas, en los negocios, en los campeonatos de fútbol y combates de boxeo, dentro de las empresas y organizaciones no gubernamentales, en la adjudicación de premios literarios, en obispos, parroquias, y Cruz Roja, a lo largo de los procesos electorales y, sobre todo, en el funcionamiento de las administraciones públicas [...]. No caben, contra lo que suele creerse, vicios públicos en un contexto social virtuoso¹².

Por supuesto, esta consideración no debe servir para negar que la especie más interesante y más preocupante sea la corrupción política precisamente por su dimensión pública y en tanto acciones realizadas por autoridades oficiales; más bien destaca la gravedad del problema de la corrupción y apunta a que las soluciones posibles deben ir más allá de la destitución y sanción jurídica de determinados políticos y funcionarios públicos. Sin duda este tipo de medidas es un primer paso necesario y ejemplar, pero insuficiente si se quiere llegar a las raíces del problema.

Ahora bien, intentar llegar a las raíces de la corrupción no debe conducirnos por vías poco realistas. Pensar que es factible alcanzar la «corrupción 0» resulta tan utópico como pensar en la posibilidad de una vida sin enfermedades. Más aún, proponerse alcanzar la «corrupción 0» siguiendo el «método Giuliani», tendría resultados indeseables bien sea en términos de una represión exagerada que podría vulnerar la libertad y seguridad de terceros no corruptos; o bien, impidiendo que algunos casos de corrupción, reprochables desde el punto de vista del sistema de reglas vigente, pu-

⁹ GARZÓN VALDÉS: «Acerca del concepto de corrupción», en CARBONELL y VÁZQUEZ (coords.), 2003: p. 19.

¹⁰ WOLDENBERG: entrevista en *La Jornada*, 19 de marzo de 2004.

¹¹ SALAZAR: «Una inmersión en el campo. La cultura de la legalidad en México», inédito.

¹² Citado por GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, 2003: p. 69.

dieran ser considerados igualmente reprochables desde el punto de vista moral, cuando no lo son. Me explico. Dice John NOONAN que: «El soborno es una vergüenza universal. No hay un país en el mundo que no considere al soborno como un delito en sus textos jurídicos»¹³. Pero ¿cómo tendríamos que valorar al soborno si el sistema de reglas vigente fuera el del Derecho nazi y el que sobornara a los jefes de un campo de concentración nazi, para salvar la vida de no pocos prisioneros judíos, fuera Oskar Schindler?, ¿cuál podría ser la vergüenza, en términos de NOONAN, que sintiera Schindler por realizar este acto de corrupción? Pienso que ninguna. Por el contrario, quizás al final experimentaría la satisfacción por una acción moralmente encomiable. Por ello es de suma importancia para entender el fenómeno de la corrupción que se vea la *diferencia entre la violación de un sistema de reglas vigente y la violación de un sistema de reglas morales con pretensiones de universalidad*. Este último funcionaría como sistema normativo crítico y justificante del sistema de reglas vigente¹⁴. Creo que comprender esta diferencia previene del peligro de solapar ambos niveles normativos y terminar creyendo que lo que *es*, es lo que *debe ser*. Cuando esto sucede, la corrupción llega a naturalizarse de tal manera en el sistema de reglas vigente que la idea de un buen político, por ejemplo, termina siendo la idea de un político corrupto, astuto y virtuosamente maquiavélico.

En los fenómenos de corrupción es necesaria la presencia de una *autoridad* o de un *decisor*, entendiendo por tal todo agente con capacidad para tomar decisiones y cuya actividad esté sujeta a determinados tipos de deberes. Éstos se adquieren a través de un acto voluntario por el que alguien acepta asumir un papel dentro del sistema de reglas vigente. Lo característico de la corrupción es que implica la violación de algún deber por parte de un decisor, y por tanto un acto de *deslealtad* o hasta de *traición* con respecto al sistema de reglas que tal decisor asumió voluntariamente. Por supuesto, el reproche que merezca tal deslealtad dependerá de la calidad moral del sistema de reglas vigentes. Volviendo al ejemplo de Schindler, creo que no dudaríamos en pensar que su deslealtad, como decía antes, sea moralmente encomiable. La lealtad no es, entonces, un valor *per se* sino relacional. Ser un individuo leal a un decisor corrupto convierte a tal individuo en un corrupto más, en un cómplice de la corrupción.

Todo acto corrupto requiere, además de un decisor, la *intervención de una o más personas*. Es un delito participativo en el que una de las partes intenta influir en el comportamiento de la otra a través de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema de reglas vigente. El objetivo que se persigue es la obtención de un beneficio adicional al que se recibe por el puesto regular que tiene el decisor, es decir, un beneficio *extraposicional*. Si tomamos en cuenta el origen de tales beneficios se pueden distinguir dos tipos fundamentales de corrupción: el *soborno* y la *extorsión*¹⁵. Se soborna a un decisor cuando se le otorga un beneficio para que viole su obligación y se es extorsionado cuando se otorga a un decisor un beneficio para que cumpla con su obliga-

¹³ NOONAN, 1984: *Bribes*, New York: MacMillan, p. 702.

¹⁴ Tesis central en la concepción de Ernesto GARZÓN VALDÉS sobre la noción de «corrupción», y que suscribo plenamente. Véase GARZÓN VALDÉS, 2003: pp. 22 y ss.

¹⁵ No son los únicos tipos, aunque sí los más comunes y, en cierto sentido, radicales. Otros tipos incluirían los llamados *arreglos*, *alteraciones fraudulentas del mercado*, *malversaciones* y *fraudes*, *especulación financiera con fondos públicos*, *parcialidad*, *colusión privada*, *uso de información privilegiada*, *tráfico de influencias*... Véase LA-PORTA y ÁLVAREZ, 1997: pp. 21-22.

ción. Bien vistas las cosas, aquellos decisores que requieren de un estímulo extra para el cumplimiento adecuado de sus deberes son «extorsionadores encubiertos».

Ahora bien, el corrupto suele desear conservar su puesto en el sistema de reglas vigente, ya que es ese puesto el que le permite obtener tanto su remuneración regular como la ganancia adicional fruto del acto de corrupción. Pero, como la ganancia adicional sólo puede obtenerla violando sus deberes y, por lo tanto, socavando las bases de su propio puesto, la actividad del corrupto tiene siempre un *efecto destructivo con respecto al sistema de reglas vigente*. El conflicto del corrupto se traduce, entonces, en aprender a conciliar la existencia simultánea del sistema de reglas vigente con su propio subsistema de corrupción que le reporta grandes provechos. Y ¿cómo logra este objetivo? Básicamente de dos maneras, complementarias: *a) adhiriendo retóricamente* (léase simbólica y cínicamente) al sistema de reglas vigente; y *b) creando una red de complicidad* entre los beneficiarios del subsistema de corrupción, las famosas «camarillas». La adhesión retórica se caracteriza por un discurso público de adhesión *formal* a las reglas del sistema; las complicidades procuran el silencio, el disimulo, con un número cerrado de miembros que garanticen la funcionalidad del subsistema. Por ello tiene razón John ELSTER al afirmar que: «Aun cuando todos sepan que existen prácticas corruptas, la necesidad de mantenerlas en secreto impone un límite a su extensión»¹⁶. Un exceso de glotonería, como dice GARZÓN VALDÉS, es, por definición, suicida para la corrupción. Así como no pueden existir mentirosos sin un entorno de personas veraces, o gorriones (*free raiders*) en un grupo social en donde todos lo son, una sociedad en la que todos son corruptos es una contradicción *in terminis*. El «buen» corrupto, entonces, debe aprender a mantenerse en la clandestinidad y simular su adhesión a las reglas del sistema, «aun cuando todos sepan que existen prácticas corruptas», como dice ELSTER. Un corrupto descubierto o pillado es un mal corrupto: glotón, ineficiente y torpe.

Dicho lo anterior, estamos en condiciones de proponer una definición de la corrupción en los siguientes términos:

La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado¹⁷.

Así entendida, debemos deslindar el fenómeno de la corrupción de otras prácticas con las que mantiene cierta afinidad y que invitan a la confusión: *a) medidas estatales de carácter promocional; b) uso desviado del poder; c) clientelismo político; d) recepción de regalos, recompensas o compensaciones económicas o de otro tipo, y e) ofrecimiento o dación de propinas*¹⁸.

En *a)* tales medidas de carácter promocional son técnicas de alentamiento que tratan de influir en los destinatarios a través del fomento de otras acciones que hagan más atractivas las prácticas deseadas por el Estado mediante premios o sanciones positivas: por ejemplo, estímulos fiscales. Se distinguen de la corrupción porque tales políticas

¹⁶ ELSTER, 1989: *The Cement of Society*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 271.

¹⁷ GARZÓN VALDÉS, 2003: 30-31.

¹⁸ Véase MALEM, 2002: *La corrupción*, Barcelona: Gedisa, pp. 23-31.

promocionales tienen un carácter general, público y abierto, además de ser conformes a las reglas del juego político democrático. Con respecto a *b)* se entiende por uso desviado del poder la violación o infracción al ordenamiento jurídico provocada por el ejercicio de potestades administrativas con fines distintos a los señalados por el Derecho. Si bien se está en presencia de un ilícito esta figura no requiere necesariamente de la percepción de un beneficio extraposicional por parte de la autoridad en cuestión, mientras que tal beneficio es constitutivo para la definición de corrupción. En el caso *c)* el clientelismo es una relación diádica en la cual un agente, en posición de superioridad, utiliza su influencia y sus recursos para dar protección y seguridad a otro agente, que está en una posición de inferioridad, a cambio de servicios, lealtades y apoyos. Pese a sus notorias semejanzas con la corrupción se distingue de ésta al menos en dos aspectos. El primero es que en el acto de corrupción por soborno no es necesaria la relación superioridad-inferioridad; el segundo es que la corrupción siempre opera en un marco de secreto o de discreción, no así las relaciones clientelares que suelen ser públicas y abiertas. Por lo que hace a *d)* la aceptación de un obsequio suele ser un acto libre, y cuando se regala algo no se suele exigir nada a cambio, mediato o inmediato. Un regalo no genera la expectativa incluso razonable del donante de que el beneficiario se comporte en el futuro de determinada manera. Así, por ejemplo, una donación dineraria a un partido político no implica que ese partido tenga la obligación de comportarse según el deseo del donante. Lo contrario ocurre con la corrupción, de ahí la necesidad de establecer reglas claras para la donación de fondos. Y al igual que con el clientelismo político, los regalos no tienen por qué ocultarse, mientras que las prácticas corruptas requieren de un marco de secreto o discreción. Finalmente, en *e)* la propina es una práctica social que consiste en la dación voluntaria de una pequeña cantidad de dinero, o de algo de valor, que se ofrece en reconocimiento a un buen servicio, ya dado, y sin pedir nada a cambio. No debe confundirse con las formas corruptas de «pago de engrase» o «pagos acelerador» para hacer funcionar la máquina burocrática. En estos casos el dinero se entrega por adelantado, se espera algo a cambio y se realizan semivoluntariamente.

Por otra parte, resulta obvio que la posibilidad de llevar a cabo la violación de un deber será tanto mayor cuanto mayor sea el poder de discrecionalidad del decisor, puesto que ello aumenta las posibilidades de ganancias extras. Si a esto agregamos que la corrupción es más susceptible de florecer en contextos en los que las decisiones públicas se toman en régimen de (cuasi)monopolio, y sin mecanismos estrictos de rendición de cuentas, entonces podríamos estar de acuerdo con la denominada por Robert KLITGAARD, *la ecuación básica de la corrupción*: «Corrupción es igual a monopolio de la decisión pública más discrecionalidad de la decisión pública menos responsabilidad (en el sentido de obligación de dar cuentas) por la decisión pública»¹⁹. Retomaré esta ecuación más adelante.

Varias son las causas posibles de la corrupción: causas genéricas, causas específicas y causa última de la corrupción. Las dos primeras tienen que ver con causas de orden social, político, económico y administrativo²⁰. La última tiene que ver con una valoración de tipo ético. En palabras de Francisco LAPORTA:

¹⁹ Véase KLITGAARD, 1988: *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Buenos Aires: Sudamericana, pp. 74-75.

²⁰ Véase LAPORTA y ÁLVAREZ, 2003: 25 y ss.; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, 1997: 75 y ss.

En último término la corrupción se da única y exclusivamente *porque* un individuo, sea cual sea su entorno, toma la decisión de realizar una acción determinada, la acción corrupta. Y ésta es la razón por la que siempre existirá la corrupción: no hay ningún sistema de control posible ni ningún antídoto tan eficaz como para impedir totalmente una opción individual de este tipo. En todo caso ese sistema o ese antídoto tendrán mucha más fuerza si son *internos* al individuo (educación, convicciones, etc.) que si son meramente *externos* ²¹.

Si entendemos a los individuos como agentes morales racionales, con capacidad y/o ejercicio de su autonomía personal, debe rechazarse cualquier análisis de las causas de la corrupción que finalizara en la exposición de las causas genéricas y específicas. Este análisis concluiría en una suerte de determinismo de la conducta excusante de responsabilidad para las autoridades o para los decisores en general. Si un individuo incurre en prácticas corruptas, no es únicamente por la falta de competitividad en una economía de mercado, o bien que la organización burocrática sea radicalmente ineficiente o que los decisores gocen de amplios márgenes de discrecionalidad. Si se realizan acciones corruptas es porque, finalmente, un individuo *decide* realizar una conducta deshonestas con pleno conocimiento de sus consecuencias. No sobra decirlo cuantas veces sea necesario: *no se nace corrupto, se elige ser corrupto*.

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Lo dicho anteriormente no significa que las medidas externas puedan o deban ser ignoradas puesto que para que se produzca la decisión de corromperse, el individuo en cuestión tiene que tener una *motivación* que le impulse hacia el acto corrupto. De aquí la necesidad de los frenos institucionales contra la corrupción y, de entre ellos, los propios de un Estado democrático de Derecho.

Si regresamos a la ecuación básica de la corrupción propuesta por KLITGAARD, «monopolio de la decisión pública + discrecionalidad de la decisión pública – responsabilidad», y traducimos estos términos a sus opuestos, «decisión tomada plural y descentralizadamente + decisión sometida a criterios acotados + decisión de la que se responde mediante mecanismos numerosos y ante numerosos “jueces”»; y si entendemos que el primero de los opuestos configura el núcleo de los procedimientos democráticos de decisión, que el segundo de los opuestos define lo que se llama «imperio de la ley» o «legalidad de la Administración» y que el tercero de los opuestos se articula en vías diversas de rendición de cuentas: ante los jueces (independencia del poder judicial), ante el Congreso (control de acción de Gobierno), ante los ciudadanos (elecciones periódicas) y ante la opinión pública (derecho a la información y libertad de expresión) ²², entonces todo este conjunto corresponde a los «frenos institucionales» contra la corrupción, que caracterizarían a un Estado democrático de Derecho.

No puede concebirse la idea de un Estado democrático de Derecho sin la existencia del principio de legalidad y el correspondiente principio de imperatividad. Este principio impone a las normas jurídicas las siguientes exigencias: en cuanto a la *autoridad* que emite las normas, debe hallarse facultada para hacerlo por una norma jurídica de

²¹ LAPORTA y ÁLVAREZ (eds.), 1997: 28.

²² Véase LAPORTA y ÁLVAREZ (eds.), 1997.

competencia; las normas jurídicas deben ser *generales*, es decir, sus destinatarios deben ser identificados por rasgos generales y no mediante aspectos particularizados o definidos; las normas jurídicas deben ser *prospectivas* y no retroactivas; *estables* pero no inmutables en el tiempo; y las normas jurídicas deben ser *claras y transparentes*.

Aceptadas estas cuatro exigencias, no es difícil imaginar entonces, de qué manera se puede vulnerar el Estado de Derecho si no se satisface el principio de imperatividad de la ley. Un ordenamiento jurídico que contemplara la creación y aplicación de normas jurídicas discriminatorias, retroactivas e inestables, secretas y confusas no podría más que atentar contra los proyectos de vida elegidos libremente por los individuos. Dicho ordenamiento terminaría por considerar a las personas no como fines en sí mismas sino como medios al servicio de intereses oscuros e ilegítimos. Las consecuencias no podrían ser más trágicas, dado que se deslegitima el sistema político, se destruye el profesionalismo, se impide la planificación y se imposibilita toda previsibilidad, al tiempo que se segrega y desanima a los individuos honestos.

Por lo que respecta a la responsabilidad de los funcionarios públicos vale la pena tener presente lo que significa el mismo concepto de responsabilidad. En términos de Victoria CAMPS:

La responsabilidad tiene que ver con la libertad o *autonomía* del individuo así como con su capacidad de comprometerse consigo mismo y, sobre todo, con otros hasta el punto de tener que responder de sus acciones. Esa relación de *compromiso*, de expectativas o exigencias hace que la responsabilidad sea una actitud esencialmente *dialógica*²³.

La autonomía personal constituye, entonces, una condición necesaria de la responsabilidad, de la capacidad de comprometerse consigo mismo y con los demás, es decir, la exigencia de responsabilidades supone compromisos claros y fuertes. En este sentido, si aquéllas están bien definidas, no parece difícil establecer el nexo obligaciones-responsabilidades-compromisos. Los códigos de ética profesional —del abogado, del contador, del médico— son un buen ejemplo de exigencias y determinación de compromisos, aunque resulta más difícil determinar cuáles deben ser las obligaciones si pensamos en un buen político, en un buen educador o en un intelectual comprometido. No es que no existan obligaciones en estos últimos —y en todo Estado de Derecho deben positivizarse lo más claramente posible— sino que la variedad con la que se manifiestan en el ejercicio de sus actividades es un poco más difusa. Los principios generales que norman sus conductas deben adecuarse a circunstancias fácticas que exigen lo que los antiguos llamaban la virtud de la prudencia, el saber cómo actuar aquí y ahora; el desarrollo de un sano sentido común que sólo puede adquirirse a través de una experiencia más o menos prolongada. De no existir ésta, las obligaciones tienden a debilitarse y, por consiguiente, también los compromisos respectivos. Las obligaciones sustantivas terminan reduciéndose a obligaciones formales: el «buen» político terminará siendo el que sabe mantener contentos a sus electores o el que no incurre en corrupciones demasiado evidentes²⁴.

Ahora bien, para acceder a normas morales intersubjetivas válidas, es decir aceptables desde una perspectiva de imparcialidad, racionalidad y objetividad, se requiere de

²³ CAMPS, 1990: *Virtudes públicas*, Madrid: Espasa Calpe, 1990, p. 66.

²⁴ CAMPS, 1990: 69.

un procedimiento deliberativo público que las garantice. Como afirma WIGGINS: «a lo que apuntan estos preceptos [imparcialidad, universalidad] como *aspiración* de una moral discursiva es nada menos que a la objetividad y publicidad que son propiedades de la verdad»²⁵. Lo que implica que no es suficiente con la objetividad, sino que también se requiere que los hombres de acción —legisladores, jueces, gobernantes en general— sepan adecuar sus actos a los principios, es decir, que actúen con coherencia y que sus acciones sean conocidas por la comunidad. En otros términos, no pueden existir responsabilidad ni compromisos reales si los principios normativos y las decisiones no terminan siendo públicas o transparentes. Violar el principio de publicidad implica tanto atentar contra la propia naturaleza del Estado de Derecho como exponer al gobernante al descrédito por parte de la propia ciudadanía.

La práctica de la publicidad de los actos de gobierno es una de las exigencias internas más relevantes de un Estado de Derecho. La delimitación pública entre lo justo y lo injusto, de lo permitido y lo prohibido, es el fundamento de la misma seguridad jurídica, ya que es ella la que permite prever las consecuencias deónticas de sus acciones a los ciudadanos. Como señala Ernesto GARZÓN VALDÉS:

Nada más peligroso para la existencia del Estado de Derecho que la reducción de la publicidad de las medidas gubernamentales, sea dificultando el acceso a la información, sea mediante la práctica de la sanción de medidas secretas o de conocimiento reservado a un grupo de iniciados, tal como suele suceder en los regímenes totalitarios²⁶.

Por ello, en un Estado democrático de Derecho, todo ciudadano debe tener acceso a la información que le permita ejercer el derecho de control de los funcionarios públicos y participar en el gobierno como verdadero elector. Justamente porque la publicidad es un principio normativo, puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado²⁷. Nadie mejor que KANT para destacar la importancia del principio de publicidad:

Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otras personas cuyos principios no soportan ser publicados [...] Un principio que no pueda manifestarse *en alta voz* sin que se arruine al mismo tiempo mi propio propósito, un principio que, por tanto, debería permanecer *secreto* para poder prosperar y al que no puedo *confesar públicamente* sin provocar indefectiblemente la oposición de todos, un principio semejante, sólo puede obtener la universal y necesaria reacción de todos contra mí, cognoscible *a priori*, por la injusticia con la que amenaza a todos²⁸.

Por desgracia, la democracia es el sistema político más vulnerable a la corrupción. Es claro que el deber de publicidad de las medidas gubernamentales, así como el derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos en la realidad se enfrentan con situaciones que hacen dudar de su fecundidad axiológica y normativa. Con relación al principio de publicidad, Norberto BOBBIO ha señalado que una de las promesas de la democracia propuesta por los grandes pensadores ilustrados fue, precisamen-

²⁵ WIGGINS, 1991: *Needs, Values, Truth*, Oxford and Cambridge: Blackwell, p. 84.

²⁶ GARZÓN VALDÉS, 1993: «Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas», en *Doxa*, n.º 14, Alicante, España, p. 77.

²⁷ GARZÓN VALDÉS, 1993: 82-83.

²⁸ KANT, 1985: *La paz perpetua*, Madrid, pp. 61 y sss.

te, la de erradicar el poder invisible (mafia, servicios no controlados, protección de delincuentes, corrupción) y dar lugar a la transparencia del poder; por consiguiente, a la obligación de mantener la publicidad de los actos gubernamentales y al adecuado control por parte de los ciudadanos. Pero ésta ha sido una falsa promesa, señala BOBBIO. Si se parte del supuesto de que quienes detentan el poder no sólo cuentan con información privilegiada sino con los avances tecnológicos más sofisticados, inaccesibles al común de los ciudadanos, entonces se revierte el proceso democrático: del máximo control del poder por parte de los ciudadanos al máximo control de los ciudadanos por parte del poder²⁹. Conforme las sociedades pasaron de una economía simple a una más compleja, agrega BOBBIO, se requirió del desarrollo de más capacidades técnicas. Del gobierno de juristas se ha pasado al gobierno de los técnicos; pero tecnocracia y democracia son antitéticas. La democracia supone como principio que todos pueden tomar decisiones sobre todo; por el contrario, la tecnocracia supone que las decisiones son tomadas por los pocos que entienden de tales asuntos³⁰.

Por lo que hace al derecho de acceso a la información, también el ideal ilustrado era el de una ciudadanía informada y razonante como garantía de freno y contrapeso de las decisiones gubernamentales. El desarrollo de una prensa crítica, o de cualquier otro medio informativo, se constituye como una premisa básica de cualquier Estado democrático de Derecho. A mayor racionalidad mayor democracia y a menor racionalidad menor democracia. Sin embargo, este ideal choca con lo que Jürgen HABERMAS ha llamado la «refeudalización de la opinión ciudadana». Para HABERMAS, en sociedades complejas como las actuales el ejercicio del derecho de acceso a la información tiende a disminuir. La información lejos de ser veraz, objetiva e imparcial se impone bajo el velo de una política secreta de los interesados: se halla ideologizada³¹.

Por otra parte, si para tener un control efectivo de los actos de gobierno se espera que los ciudadanos adopten una actitud racional, no es difícil predecir que en sociedades complejas sus ciudadanos preferirían reducir la información al máximo. Surge, entonces, un conflicto entre la pretensión de ser racional y el mismo ejercicio del derecho de acceso a la información: un ciudadano racional que pretendiera maximizar su bienestar y minimizar los costos —informarse hoy día representa un costo elevado— preferiría no informarse y asumir conscientemente los riesgos de la manipulación³². Esta sería, ciertamente, una actitud diametralmente opuesta al ideal ilustrado.

Sin lugar a dudas las críticas de BOBBIO y de HABERMAS al ideal de un Estado democrático de Derecho fundado en los principios de publicidad y de accesibilidad a la información merecerían un estudio muy minucioso que rebasa las pretensiones de este trabajo. Al respecto formularé sólo dos comentarios que podrían arrojar alguna luz sobre estas paradojas de la democracia. El primero es que ninguno de los dos principios pretende tener —como en general sucede con cualquier principio normativo— un carácter absoluto. Su validez es *prima facie*. Ante un conflicto de valores o de principios, la preferencia por alguno de ellos se determinará de acuerdo con las circunstancias concretas de cada sociedad. En democracias altamente consolidadas las tensiones tienden

²⁹ Cfr. BOBBIO, 1991: *Il futuro della democrazia*, Turín: Einaudi, p. 19.

³⁰ BOBBIO, 1991: 26-27.

³¹ Cfr. GARZÓN VALDÉS, 2003: p. 86.

³² Véase a este respecto el libro ya clásico de DOWNS, 1957: *The Economic Theory of Democracy*, New York.

a disminuir. El segundo comentario es que los riesgos de manipulación o de ideologización se minimizan en proporción inversa a la calidad educativa de la ciudadanía y de los futuros estudiantes de Derecho ³³.

Dicho lo anterior, y para concluir, creo que si desde el *punto de vista interno al individuo*, el antídoto a las acciones corruptas tiene que ver con la educación y con las convicciones morales orientadas por un sentido de honestidad, decencia y justicia, desde el *punto de vista institucional*, estoy igualmente convencido de que sólo un Estado democrático de Derecho, pese a sus claras limitaciones, es el sistema político que mejor combate la corrupción. En este sentido, suscribo el llamado de Ernesto GARZÓN VALDÉS a hacer un esfuerzo tenaz por «recuperar la fe democrática»:

Los actos y actividades corruptos (as) son sólo la punta de un iceberg que indica la existencia de un problema mucho más profundo: el de la tendencia a sustituir el ideal de la cooperación democrática por formas de competencia y de imposición de influencias que contradicen radicalmente el ideal democrático. La alarmante difusión de la corrupción se debe no sólo al atractivo cada vez mayor de los *beneficios* extraposicionales sino también al hecho de que la realización efectiva de la democracia representativa tropieza con obstáculos tan serios que cada vez es también mayor el número de quienes atribuyen carácter utópico al proyecto democrático de la modernidad. Por ello, la recuperación de la fe democrática y la puesta en práctica de propuestas que hagan posible la viabilidad de una convivencia en condiciones de equidad es el medio más seguro para evitar los efectos disolventes de la corrupción en una sociedad democrática ³⁴.

³³ Cfr. VÁZQUEZ, 1997: *Educación liberal*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, n.º 56, México: Fontamara, 1997, cap. III.

³⁴ GARZÓN VALDÉS: «Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan sólo una propuesta», en *Isonomía*, n.º 21, octubre, 2004, ITAM-Fontamara, pp. 17-18.

ENTRE EL SABER Y LA IGNORANCIA

Josep M. Vilajosana

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

RESUMEN. El falibilismo supone un desafío a la concepción tradicional del saber, pero es la razón que subyace a la valoración positiva de ciertos tipos de ignorancia. Una respuesta al desafío sería negar que la verdad de «*p*» sea una condición necesaria para saber que *p*, lo que lleva al relativismo. En este caso, se cambia el concepto de saber. Una segunda opción supone mantener dicha condición, lo cual conduce al agnosticismo. En este caso, la ignorancia ya no es lo contradictorio del saber, sino que está en otro nivel. Si se sostiene la tesis relativista, se puede justificar el reproche que suele hacerse a algún tipo de ignorancia, pero al precio de sostener un concepto de saber contraintuitivo. La tesis agnóstica, en cambio, no tiene las consecuencias contraintuitivas del concepto de saber relativista, pero no permite censurar a nadie por su ignorancia.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, conocimiento, ignorancia, falibilismo.

ABSTRACT. The falibilism supposes a challenge to the traditional conception of knowledge, but it is the reason for which certain types of ignorance are appraised positively. An answer to this challenge is to deny that the truth of «*p*» is a necessary condition to know that *p*. This is a relativist answer. In this case, the concept of knowledge will change. A second option implies sustaining this condition, which drives to agnosticism. In this case, ignorance is not any more the contrary of knowledge, but is at another level. When one holds the relativistic thesis, one will be able to justify the reproach that is usually made to some type of ignorance, but at the price of holding a contra-intuitive concept of knowledge. The agnostic thesis, however, does not have the negative consequences of the relativist concept of knowledge, but it does not allow to criticize anybody because of their ignorance.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés, knowledge, ignorance, falibilism.

En un sugerente y elegante trabajo (GARZÓN, 1999), GARZÓN VALDÉS distingue 8 clases de ignorancia: excusante, presuntuosa, culpable, racional, docta, conjetural, inevitable y querida. De ellas, las tres primeras las califica de formas negativas, que hay que evitar, mientras que las restantes deben ser aceptadas o bien porque son insuperables o bien porque nos ayudan a asumir nuestra condición humana y pueden tener una benéfica influencia en nuestras vidas.

GARZÓN también realiza una afirmación que, en principio, parece difícil negar: la ignorancia es el opuesto contradictorio del saber. En efecto, uno ignora algo en la medida en que no lo sabe¹. Si esto es así, el concepto de ignorancia depende del concepto de saber. Puede resultar interesante, entonces, realizar un somero análisis del concepto de saber y ver qué efectos tiene en la concepción de la ignorancia defendida por GARZÓN.

Según el concepto tradicional de saber, se entiende que para poder afirmar que alguien sabe algo se requieren tres condiciones. Teeteto, en el diálogo que lleva su nombre, le responde a SÓCRATES que el saber es «opinión verdadera» (*Teeteto*, 200e) y recuerda más adelante: «le oí decir a una persona [...] que la opinión verdadera acompañada de una explicación es saber» (*Teeteto*, 201cd).

Puede decirse, entonces, que *S* sabe que *p* si y sólo si:

1. *S* cree que *p*,
2. «*p*» es verdadera,
3. *S* tiene razones suficientes para creer que *p*.

Este esquema suele ajustarse bastante bien a nuestro uso ordinario de la palabra «saber», aunque no ha estado exento de críticas. Muchas de ellas se han dirigido a sugerir que se requería una cuarta condición adicional para dar cuenta de ciertos posibles contraejemplos. Pero este no es el punto que aquí me interesa destacar. Centraré mi atención, en cambio, en el papel que se le asigna a la verdad de «*p*» como exigencia del saber y qué repercusiones puede tener esta exigencia respecto al concepto de ignorancia.

Hay que destacar que el factor principal que sirve para que GARZÓN valore positivamente algunos tipos de ignorancia es la constatación de la falibilidad del saber. Así, la *docta ignorancia*, entendida como disposición a reconocer las limitaciones de todo saber racional desembocará en la *ignorancia conjetural* y en la necesidad de reconocer la existencia de una *ignorancia inevitable*. GARZÓN tiene presente la posición de Karl POPPER, según el cual: «sólo rara vez tenemos éxito al adivinar la verdad; y nunca podemos estar seguros de haberlo conseguido. Esto tenemos que hacerlo con conocimiento por conjetura» (POPPER, 1994: 60).

Si esto es así, podemos preguntarnos ¿cómo afecta el desafío falibilista a la segunda condición del saber? Creo que pueden darse al respecto dos respuestas, a las que voy a llamar, respectivamente, tesis relativista y tesis agnóstica.

¹ Aquí dejo de lado las complicaciones que conlleva el hecho de que el saber y, por tanto, la ignorancia pueden ser graduales. Asimismo, me ocuparé sólo del saber proposicional; el saber práctico plantea problemas específicos que quedan al margen de este trabajo.

El punto de partida de la tesis relativista sería el reconocimiento de que la corrección de un saber basado en nuevas razones no implica necesariamente que no estuviéramos justificados en nuestro saber antes de tenerlas (véase, por ejemplo, VILLORO, 1982). ¿Sabían los físicos del siglo XVII que la luz tenía siempre una trayectoria rectilínea? Estaremos tentados a sostener que ahora nosotros sabemos que ellos se equivocaban, porque ahora tenemos razones que nos muestran que esa proposición no es verdadera. Ahora bien, según la tesis que comentamos, pese a admitir que sea falso lo que creían, si nos tomamos en serio el falibilismo, entonces ellos, para juzgar lo que sabían, tenían la misma garantía que tenemos nosotros para juzgar que sabemos otras proposiciones de la ciencia contemporánea, las cuales más tarde, a la luz de razones que ahora nos resultan inaccesibles, podrían mostrarse equivocadas. En este caso, afirmar «*S* sabe que *p*» sólo implicaría sostener que a partir de las razones disponibles, se puede inferir que no hay otras razones accesibles a la comunidad epistémica de *S*, susceptibles de revocar su saber, pero no implica que no pudieran haber otras razones, accesibles a otras comunidades epistémicas, capaces de revocarlo. Quien adhiriera a esta posición estará sosteniendo otro concepto de saber, ya que eliminará la segunda condición y relativizará la tercera², que quedará formulada de este modo:

3'. *S* tiene razones suficientes, dentro de las accesibles a la comunidad epistémica *C*, para creer que *p*.

Esta tesis puede tener algunas ventajas en el orden teórico, ya que es una vía interesante para enfrentar los clásicos desafíos planteados por GETTIER (GETTIER, 1963) y por HARMAN (HARMAN, 1973). Pero este punto no puedo desarrollarlo aquí. También podría ser ventajosa esta tesis para el esquema presentado por GARZÓN, al menos en relación con los casos reprochables de ignorancia. Esto es así, por cuanto no resulta aceptable reprocharle a alguien una conducta basada en consideraciones falsas (como sería el caso de la ignorancia excusante y de la ignorancia culpable) si aceptamos que no hay acceso a la verdad. En cambio, sí que podemos exigirle a una persona que sea cuidadosa y atienda a las razones accesibles a su comunidad epistémica.

Pero el concepto relativista de saber tiene también claros inconvenientes. Por de pronto, se aparta considerablemente del uso ordinario de la palabra «saber». Resulta muy extraño afirmar que DESCARTES *sabía* en el siglo XVII que la luz tiene siempre una trayectoria rectilínea y que ahora *sabemos* que no es así. No digo que ambas afirmaciones sean contradictorias, porque no lo son a tenor de la definición dada. Sólo afirmo que se alejan tal vez de manera injustificada de nuestros usos lingüísticos. Además, llevaría a consecuencias claramente contra intuitivas. Por ejemplo, deberíamos sostener que GALILEO se equivocaba a la hora de sostener la teoría heliocéntrica, sencillamente porque las suyas no eran razones accesibles a la comunidad epistémica de su época.

Habría otra forma de acusar recibo del falibilismo, pero sin renunciar a la segunda condición. «*S* sabe que *p*» implicará la verdad de «*p*», a diferencia de la tesis relativista y al igual que la concepción tradicional. Ahora bien, si aceptamos el falibilismo, nunca podemos estar seguros de la verdad de «*p*». Por lo tanto, nunca podemos estar seguros de que *S* sabe que *p*. ¿Qué consecuencias deberíamos extraer de esta conclusión

² Debe quedar claro, para evitar confusiones, que de lo que se predica el carácter relativo en esta tesis es del saber y no de la verdad.

respecto al concepto de ignorancia? Creo que la fundamental es la siguiente: no estar seguros de que S sabe que p , no equivale a estar seguros de que S no sabe que p .

Entre quien afirma que Dios existe (creyente) y quien lo niega (ateo), se encuentra el agnóstico que suspende el juicio, justamente por razones epistémicas. Uno de los dos, creyente o ateo, tiene razón, pero no podemos saber quién es, dirá el agnóstico. Para aplicar esta idea al problema que nos ocupa, quizás sea conveniente distinguir dos niveles. En el primer nivel, con independencia de que nosotros lo sepamos o no, « p » es verdadera o falsa. Si « p » es verdadera, entonces se cumple la segunda condición y, dando por descontadas las restantes, S sabe que p . En cambio, si « p » es falsa, S ignora que p , aunque se den las demás condiciones. En un segundo nivel, que es donde incide el falibilismo, no sabemos si S sabe que p , pero tampoco sabemos si S ignora que p . Llamar a esta incertidumbre «ignorancia» es cambiar el sentido que se ha estado utilizando hasta ahora. La ignorancia conjetural y la inevitable, que GARZÓN considera dignas de alabanza, pudieran no ser después de todo, supuestos en el que «ignorancia» sea el contradictorio de «saber».

Nótese, además, que este sentido de ignorancia, al que podemos llamar «agnóstico», pone en entredicho lo razonable de la llamada docta ignorancia, esa curiosa certidumbre epistémica del escéptico. Por eso, frente al *dictum* socrático «Sólo sé que no sé nada» hallamos la expresión doliente de SAN AGUSTÍN: «¡Ay de mí que ni siquiera sé lo que no sé!».

Por último, si se sostiene un concepto agnóstico de ignorancia, resulta indudable que existe una ignorancia invencible, la cual hay que asumir como muestra de nuestra condición humana. Pero, en cambio, parece difícil justificar el reproche al ignorante, por cuanto precisamente se asume que la ignorancia es inevitable, está fuera de nuestro control.

Podemos resumir lo dicho en 5 conclusiones:

1. El falibilismo supone un desafío a la concepción tradicional del saber y, en concreto, a la segunda condición, pero es la razón que subyace a la valoración positiva de ciertos tipos de ignorancia.
2. Una respuesta al desafío sería negar que la verdad de « p » sea una condición necesaria para saber que p , lo que lleva al relativismo. En este caso, se cambia el concepto de saber.
3. Una segunda opción supone mantener dicha condición, lo cual conduce al agnosticismo. En este caso, se introduce un nuevo concepto de ignorancia, que ya no es lo contradictorio del saber, sino que está en otro nivel.
4. El relativismo ayudaría a encontrar una cierta justificación al reproche que podemos hacer a algunos tipos de ignorancia, pero al coste de tener que sostener un concepto de saber muy alejado de nuestros usos lingüísticos y de consecuencias contra intuitivas.
5. El agnosticismo, por su parte, no tiene las consecuencias contra intuitivas del relativismo y da cuenta del carácter inevitable de la ignorancia. Ahora bien, al mantener esta posición, por un lado, debemos asumir un concepto de ignorancia de segundo nivel y, por otro lado, resulta muy difícil reprocharle a alguien su ignorancia, ya que ésta escapa a su control y en todo caso nunca podemos saber cuándo se da.

Quisiera acabar recordando unas palabras de Einstein. Decía el eminente físico: «Todos somos muy ignorantes. Lo que ocurre es que no todos ignoramos las mismas cosas». Uno desearía poder llegar a ignorar las mismas cosas que Ernesto. Es difícil concebir un grado más excelso de sabiduría al que un ser humano falible pueda aspirar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GARZÓN, E., 1999: «Algunas reflexiones sobre la ignorancia», *Isonomía*, 11: pp. 129-148.
- GETTIER, E. L., 1963: «Is justified belief knowledge?», *Analysis*, 23: pp. 121-123.
- HARMAN, G., 1973: *Thought*, Princeton: Princeton University Press.
- PLATÓN, 1998: *Teeteto*, Madrid: Gredos, pp. 137-317.
- POPPER, K., 1994: «Sobre el conocimiento y la ignorancia», *En busca de un mundo mejor*, Barcelona: Paidós, pp. 51-66.
- VILLORO, L., 1982: *Crear, saber y conocer*, México: Siglo XXI editores.

30 MINUTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. VIEJOS Y NUEVOS PROBLEMAS

Ernesto Garzón Valdés

Universidad de Mainz

RESUMEN. Este trabajo recoge la intervención que cerró el seminario «Derecho, ética y política. Un debate en torno a la obra de Ernesto Garzón Valdés» (Alicante, 15 y 16 de junio de 2007). En ella se recogen algunas reflexiones del autor sobre los problemas cruciales de los que debería ocuparse la filosofía del Derecho contemporánea: 1) Estado de Derecho y terrorismo; 2) el impacto de las investigaciones neurológicas en el concepto de responsabilidad; 3) la erosión de las estructuras institucionales a nivel internacional; 4) la relación entre ética, política y Derecho desde el punto de vista de una filosofía analítica del Derecho; y 5) América Latina como contexto de investigación jurídico-filosófica.

Palabras clave: filosofía del Derecho.

ABSTRACT. This is the closing paper to the Seminar «Derecho, ética y política. Un debate en torno a la obra de Ernesto Garzón Valdés» (Alicante, 15 y 16 de Junio de 2007). It is an approach to the crucial problems for the forthcoming legal philosophy: 1) State of Law and Terrorism; 2) the impact of neurological research on the concept of responsibility; 3) the undermining of international institutional structures; 4) the connection among ethics, politics and Law for an analytical legal Philosophy; 5) Latin America as a context for legal and philosophical research.

Keywords: Legal Philosophy.

I

El 12 de septiembre de 1945, es decir, pocos meses después de terminada la Segunda Guerra Mundial, Gustav RADBRUCH publicó en el *Rhein-Neckar-Zeitung* de Heidelberg un brevísimo pero bien significativo ensayo titulado «Cinco minutos de filosofía del Derecho». El mundo acababa de padecer uno de los más terribles testimonios del fracaso de la razón para combatir la psicosis del odio y la destrucción. La conmoción moral fue tan enorme y el derrumbe institucional europeo alcanzó dimensiones tales que hasta un filósofo del Derecho escépticamente juspositivista como RADBRUCH consideró necesario repensar su posición filosófica. Desde los Estados Unidos, Hans KELSEN contribuía al diseño del documento básico de la nueva Organización de las Naciones Unidas concebida como institución adecuada para contener la agresión bélica en el futuro. Pocos años más tarde, en el ámbito nacional, Alemania sancionaba su Ley Fundamental que serviría luego de modelo a otras constituciones europeas. Un aspecto relevante de estos nuevos marcos constitucionales era la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales entendidos no como meros enunciados retóricos o programáticos sino como normas positivas de aplicación directa. La positivación de estos derechos, tanto a nivel nacional como internacional, contribuyó entonces a dar un nuevo tono a la discusión entre jusnaturalistas y juspositivistas dispuestos, algunos de ellos, a aceptar la existencia «real» de derechos humanos.

Hoy, exactamente 61 años después del escrito de RADBRUCH, teniendo en cuenta cómo anda el mundo y las calamidades institucionales que padecemos nacional e internacionalmente, como así también los desafíos con los que se enfrentan los juristas por razones no sólo político-sociales sino también científico-naturales, he pensado que podría ser oportuno inspirarme en el título de aquel trabajo y enunciar algunas cuestiones que pudieran servir de tema de reflexión en este encuentro.

El subtítulo de mi intervención requiere quizás una explicación: un problema puede ser viejo por persistente, porque todavía no se ha encontrado la respuesta adecuada. Pero también puede ser viejo por recurrente, por reaparecer cuando se eliminan las condiciones que hicieron posible su solución en el pasado. Y un problema es nuevo cuando es el resultado de desafíos inéditos o hasta ahora desconocidos. La calificación de un problema como viejo o como nuevo suele depender, además, de la perspectiva que uno adopte; la aceptación de una determinada calificación, de la plausibilidad de los criterios que se invoquen. Presupone también siempre un cierto conocimiento del ámbito en el cual algo es percibido como problema. Las soluciones que la ciencia, el arte y la filosofía pretenden ofrecer no se entienden cabalmente si no se sabe cuáles son los problemas que las requieren. Esto vale tanto para la ecuación masa-energía, el acorde de Tristán o la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos. Por lo general, como muchas veces desconocemos el problema, aceptamos sin más la solución que se nos ofrece. Economizamos así tiempo y nos movemos confortablemente arropados por la ignorancia. Claro que conviene siempre andar con cuidado y no crear falsos problemas. No está, por ello, de más recordar la sensata advertencia de Jorge Luis BORGES:

La palabra *problema* puede ser una insidiosa petición de principio. [...] Otro demérito de los falsos problemas es el de promover soluciones que también son falsas¹.

En lo que sigue, procuraré no cometer ninguno de estos dos pecados. Pero necesitaré no cinco sino treinta minutos. Si se acepta la verdad del enunciado según el cual a menor talento mayor tiempo para explicar lo que se tiene en mente, espero se me disculpe la multiplicación de los minutos radbruchianos. Habré de referirme a

1. Estado de Derecho y terrorismo.
2. El impacto de las investigaciones neurológicas en el concepto de responsabilidad.
3. La erosión de las estructuras institucionales a nivel internacional.
4. La relación entre ética, política y Derecho desde el punto de vista de una filosofía analítica del Derecho.
5. América Latina como contexto de investigación jurídico-filosófica.

II

La agresión terrorista del 11 de septiembre de 2001 y las subsiguientes de Madrid y Londres han significado no sólo una tragedia desde el punto de vista de las víctimas que causaran sino que también tienen serias implicaciones internas e internacionales por lo que respecta a la salvaguarda de las instituciones democráticas del Estado de Derecho.

Vivimos tiempos en los que no pocos consideran que se requieren competencias del Estado que ya «no tienen cabida dentro de los principios del Derecho». Estas competencias significan la renuncia a máximas básicas del sistema jurídico democrático; se produce entonces una «exclusión de los derechos fundamentales»², que son ahora contrapuestos a los intereses colectivos. Vuelve a plantearse, por ejemplo, la cuestión acerca de si los números cuentan cuando se trata de salvar vidas en peligro. Tanto a nivel teórico como práctico-legislativo existen ya abundantes testimonios de una tendencia a admitir el sacrificio de los derechos individuales en aras de la seguridad colectiva. El principio de la dignidad humana —que podría ser considerado como el presupuesto conceptual de los derechos humanos— parece haber quedado acorralado ante las exigencias de una supuestamente eficaz defensa frente al terrorismo.

Una sociedad atemorizada por la agresión terrorista es impulsada a refugiarse ideológicamente en posiciones radicalizadas que reducen las posibilidades del diálogo político. Las actitudes se polarizan y no pocos prefieren manifestar su lealtad incondicionada a quienes detentan el poder político a fin de no ser tildados de «culpables por asociación», es decir, «simpatizantes de los terroristas»³. Pero la lealtad incondicionada reduce necesariamente la capacidad de crítica, virtud democrática por excelencia.

¹ BORGES, 1974: «Las alarmas del doctor Américo Castro», del mismo autor, *Obras completas*, Buenos Aires: Emecé, 2 vols., vol. 1, pp. 653-657, p. 653.

² MERKEL, 2005: «Wenn der Staat Unschuldige opfert», en *Die Zeit*, del 8 de julio.

³ Cfr. CRESHAW: «Reflections on the Ethics of Terrorism», en CRENSHAW (ed.), 1982: *Terrorism, Legitimacy and Power*, Middletown, Conn.: Wesleyan University Press, pp. 1-37, p. 16.

Si, a diferencia de lo que postulaba Carl SCHMITT en tiempos de la República de Weimar, se considera, como creo que es correcto, que el ámbito de la política democrática no es el de la confrontación amigo-enemigo sino el de la negociación y el compromiso, no cuesta mucho inferir que el maniqueísmo político, con su secuela de sospechas recíprocas, denunciaciones y pretendida posesión de la verdad absoluta, es una ladera resbaladiza que conduce a lo que David HELD llama «abdicación de la política»⁴.

La democracia es sólo justificable si se somete a restricciones constitucionales. A fines de los años veinte del siglo pasado, Hans KELSEN formuló el «principio de la mayoría», basado en el respeto de los derechos individuales fundamentales, como base justificatoria de la democracia y barrera contra el «dominio de la mayoría». Posiblemente su trasfondo neokantiano le hacía confiar más en las instituciones que en una rousseauiana creencia en la bondad ciudadana o en la humeana simpatía de los seres humanos. Para que la democracia de «una persona, un voto» no degenerare en el dominio dictatorial de la mayoría, es necesario contar con las «muletas morales» de los derechos fundamentales no negociables, inmunes a las decisiones políticas, es decir, hay que respetar aquello que suelo llamar el «coto vedado» de las constituciones democráticas. Norberto BOBBIO recurrió también a una metáfora geográfica (similar a la del coto) al referirse a la inviolabilidad de los derechos del hombre y del ciudadano establecida en todas las constituciones liberales:

Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria estos derechos fueron llamados derechos *contra* la mayoría. [...] La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una especie de *territorio fronterizo* ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario⁵.

Son las «muletas morales» las que ahora corren peligro. En el ámbito jurídico, ya hay quienes, como Günther JACOBS, proponen un Derecho penal del enemigo y Guantánamo como prisión modélica del Estado occidental contemporáneo. Pienso que a un filósofo del Derecho democrático no puede serle indiferente este deterioro institucional que amenaza colocarnos en una situación pre-ilustrada y pre-liberal, con intérpretes privilegiados de lo que conviene al bien común de una sociedad. Un régimen jurídico democrático que pretenda prescindir de las «muletas morales» avanzará a los tumbos hacia su derrumbe autoculpable. Reaparecerá así un viejo problema: el de la conciliación de los intereses privados del ciudadano y la vigencia de instituciones que los orientan y restringen.

III

A partir, sobre todo, de los experimentos neurológicos realizados en los años ochenta del siglo pasado por Benjamin LIBET, la vieja discusión acerca de hasta qué punto somos libres autores de nuestro comportamiento ha despertado renovado interés no sólo entre científicos del cerebro y filósofos puros sino también entre filósofos del Derecho

⁴ Cfr. HELD, 2001: «Violencia y justicia en una era mundial», en *El País*, del 19 de septiembre.

⁵ BOBBIO, 2003: *Teoría general de la política*, edición de BOVERO, traducción de DE CABO, y PISARELLO, Madrid: Trotta, pp. 478 y s. (subrayado de EGV).

y penalistas. En un mundo causalmente cerrado —se afirma— no tiene cabida la posibilidad de elegir entre diversos cursos de acción. Si se acepta la teoría de la evolución, se rechazan las concepciones creacionistas de origen mítico-religioso y se toma en cuenta que el genoma humano está ya íntegramente investigado, no hay cabida para la inserción de algo así como un elemento espiritual, de un «fantasma en la máquina», como diría Gilbert RYLE. No existe un correlato neuronal de la conciencia. Los argumentos que se aducen ya no son únicamente filosóficos sino que pretenden sustentación empírico-científica.

En Alemania, Wolf SINGER, director del Instituto Max Planck de investigaciones del cerebro, afirma rotundamente:

Todas (las) manifestaciones del comportamiento [...] pueden ser [...] remitidas a procesos neuronales en el sentido de una relación causal. [...] El cerebro humano casi no se diferencia en nada del de los animales; [...] Dado que con respecto al cerebro de los animales no tenemos ningún motivo para dudar que todo el comportamiento se basa en funciones del cerebro y, por lo tanto, está sometido a las leyes deterministas de procesos físico-químicos, la tesis del condicionamiento material del comportamiento debe valer también para las personas. [...] Las células nerviosas de un caracol funcionan según los mismos principios que las células nerviosas de la corteza cerebral humano. [...] Esto nos conduce a la muy desagradable conclusión de que todo lo que hace que seamos lo que somos y nos diferencia de los animales y, por lo tanto, todo lo que posibilita nuestra evolución cultural se basa en un aumento cuantitativo de una determinada estructura cerebral⁶.

A partir de estas consideraciones, los partidarios de las nuevas investigaciones cerebrales incursionan en el ámbito de la responsabilidad jurídico-penal:

Esta intelección podría conducir a un juicio más humano, menos discriminante de nuestros congéneres que tuvieron la mala suerte de llegar a la mayoría de edad con un órgano cuya arquitectura funcional no les permite ningún comportamiento adecuado. Condenar a las personas que poseen disposiciones problemáticas de comportamiento como malas o perversas sólo significa evaluar el resultado de un desarrollo fatal del órgano que constituye nuestro ser.

[...]

Esta forma de ver las cosas tendría en cuenta el trivial conocimiento de que una persona hizo lo que hizo porque en el momento en cuestión no pudo hacer otra cosa ya que si así no fuera habría actuado diferentemente. Como en el caso particular no es posible nunca tener una visión completa de los determinantes de una decisión, la jurisprudencia seguirá orientándose por reglas pragmáticas. Pero valdría la pena someter a la praxis actual, a la luz de los conocimientos de la investigación del cerebro, a un examen de coherencia⁷.

Adversarios de las conclusiones de los investigadores del cerebro, como Jürgen HABERMAS, sostienen que las explicaciones del comportamiento humano tienen que estar referidas a razones y no a relaciones causales cerradas⁸. Sabemos más que hace cien años acerca de cómo funciona el cerebro pero no hemos llegado a una respues-

⁶ SINGER, 2004: «Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen», en GEYER, C. (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente*, Francfort: Suhrkamp, pp. 30-65, pp. 36 y ss.

⁷ SINGER, 2004: 63 y ss.

⁸ Cfr. HABERMAS, 2005: «Freiheit und Determinismus», en *Zwischen Naturalismus und Religion*, Francfort del Meno: Suhrkamp, pp. 155-186.

ta satisfactoria de cuestiones centrales tales como la relación entre las estructuras materiales y los procesos de conciencia, o entre los procesos electrofisiológicos y constructos complejos como autoconciencia, voluntad, motivación, evaluación moral⁹. Se aduce, además, que lejos de ser una ficción, el concepto de culpa constituye una buena defensa frente a «condenas arbitrarias»; tendría una función «restringente» y protectora de la dignidad humana. Por lo tanto, «las sociedades democráticas y liberales deberían procurar movilizar a sus Constituciones en favor de este tipo de decisiones»¹⁰.

Es probable que la discusión acerca de las consecuencias penales de la investigación del cerebro continúe y ocupe también la atención de filósofos del Derecho. Se ha creado una especie de «mitología del cerebro»¹¹, que llega al gran público a través de presentaciones populares (algo que no sucedía con la tradicional filosofía de la mente de la que John SEARLE es un buen representante).

¿Es éste un problema viejo o nuevo? Me inclino a pensar que es un problema viejo-persistente. Friedrich NIETZSCHE escribió páginas memorables acerca de la función del juez y la imposibilidad lógica de que un partidario del libre albedrío pudiera imponer penas. En efecto, si se aceptaba el libre albedrío como explicación de una acción delictiva ello significaba que el actor había actuado sin condicionamiento alguno: «el acto sucede como un milagro, surge de la nada. [...] El delincuente es castigado porque hace uso de la “libre voluntad”, porque ha actuado sin razón alguna». Pero, en verdad, no debería ser castigado pues sólo puede ser castigado quien es responsable de su acto, por haber actuado según razones¹².

El problema de la relación mente-cuerpo aún no ha sido solucionado. Seguimos viviendo, como diría Georg Henrik VON WRIGHT, a la sombra de DESCARTES. SPINOZA propuso en su hora una especie de dualidad de perspectiva:

la substancia pensante y la substancia extensa son una sola y misma substancia aprehendida ya desde un atributo, ya desde otro. Así también un modo de la extensión y la idea de dicho modo son una sola y misma cosa, pero expresada de dos maneras¹³.

Y en nuestro tiempo VON WRIGHT afirmaba:

La concepción según la cual la mente y la materia son dos *aspectos* de lo que es real es quizás la mejor vía para concebir la doble relación de mente y materia. Esta concepción no es —o así me parece— totalmente diferente de la de Spinoza¹⁴.

Sin duda no lo es. Pero el problema persiste y pienso que no puede ser eludido por un filósofo del Derecho.

⁹ KRÖBER: «Die Hirnforschung bleibt hinter dem Begriff strafrechtlicher Verantwortlichkeit zurück», en GEYER, C. (ed.), 2004: pp. 103-110, p. 104.

¹⁰ LÜDERSEN: «Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?», en GEYER, C. (ed.), 2004: pp. 98-102, pp. 101 y ss.

¹¹ Cfr. MAYER: «Ach, das Gehirn. Über einige neue neurowissenschaftliche Publikationen», en GEYER (ed.), 2004: pp. 205-217, p. 212.

¹² Cfr. NIETZSCHE, 1954: «Menschliches, Alzumenschliches», vol. 2., 23, en *Werke*, 3 vols., Múnich: Hanser, vol. 1, pp. 887 y ss.

¹³ *Ética*, Parte II, Prop. VII, Escolio.

¹⁴ VON WRIGHT, 1999: «Notes on the philosophy of mind», en *In the shadow of Descartes*, Dordrecht: Kluwer, pp. 97-123, p. 109.

IV

En el ámbito internacional asistimos a un proceso de erosión institucional que, en parte, es similar al producido a nivel nacional. También aquí se intenta negar vigencia a las restricciones morales al ejercicio de la soberanía estatal.

Basten, como ejemplo, las objeciones presentadas recientemente por la administración Bush en contra del artículo 3 común de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 que establece una serie de pautas humanitarias mínimas que deben ser respetadas en caso de conflicto. Entre ellas figuran la prohibición de la tortura, de la toma de rehenes, de ofensas a la dignidad personal, de tratamientos humillantes y degradantes, de la imposición de sentencias no dictadas por un tribunal legítimo de acuerdo con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por las naciones civilizadas. Estas prescripciones fueron en su hora consideradas como universalmente válidas «en todo tiempo y en todo lugar». Actualmente, según el gobierno del país más poderoso del mundo, ellas son demasiado vagas e imposibilitan la lucha contra el terrorismo.

Ya KELSEN había subrayado que todo acto de violencia, tanto a nivel nacional como internacional, o es un delito o es una sanción. Y así como en el Estado se logra la pacificación interna mediante la centralización del empleo de la fuerza como sanción impuesta a la comisión de un delito, así también en el plano internacional la paz sólo se alcanzaría si se centralizaba —a través de la creación de un Estado Federal Mundial— el empleo de la fuerza y se mantenía la distinción básica entre delito y sanción.

El primer paso hacia el establecimiento de un Estado Federal Mundial era la creación de un tribunal internacional, con jurisdicción obligatoria. Si cada Estado es juez y parte en la evaluación de sus conflictos internacionales, es decir, que

Mientras no sea posible privar a los Estados interesados de la prerrogativa de decidir la cuestión del Derecho y transferirla de una vez por todas a una autoridad imparcial, a saber a un tribunal internacional, es completamente imposible el progreso en el camino de la pacificación del mundo¹⁵.

El Consejo de Seguridad, se propone cumplir, de alguna manera, el papel que KELSEN asignaba a una instancia encargada de resolver los conflictos graves entre los Estados miembros y autorizar el uso de la fuerza como sanción. La creación de la Corte Penal Internacional constituye también un paso decisivo en la aplicación individualizada de la sanción y el castigo de delitos que lesionan la «conciencia de la humanidad». No es necesario recordar ahora hasta qué punto concepciones tales como «guerras preventivas» o «intervenciones armadas» han socavado la función institucional del Consejo de Seguridad. La no adhesión de los Estados Unidos al tratado fundacional de la Corte Penal Internacional ha traído como consecuencia la extensión de la impunidad a los ciudadanos de la mayor potencia mundial que, de esta manera, se coloca en una posición *de legibus solutus*.

Los intentos de establecer una dominación unipolar apuntan peligrosamente a la imposición del gobierno del más fuerte, a la implantación de un soberano de facto que, en tanto tal, tiene que colocarse al margen del Derecho. Por razones conceptuales, es

¹⁵ KELSEN, 2003: *La paz por medio del Derecho*, traducción de ECHÁVARRI, L., introducción de LA TORRE, y GARCÍA PASCUA, Madrid: Trotta, p. 47.

obvio que un Estado que apunte a la dominación exclusiva tiene que avanzar a través de una vía que elimine todo tipo de restricción jurídica. Ningún soberano, en el sentido fuerte de la palabra, puede estar sujeto a restricciones jurídicas. Por ello no es casual que los aspirantes a la soberanía mundial prescindan en sus decisiones de los criterios de legalidad que impone el de por sí eficazmente débil Derecho internacional. Razones de coherencia conceptual requieren la no aceptación por parte del soberano de las limitaciones de un «coto vedado».

Por supuesto que si tal es el caso, la estabilidad del sistema impuesto al margen de limitaciones jurídicas es precaria. Ésta es una consideración que, desde luego, difícilmente convencerá a quien se considere lo suficientemente fuerte como para imponer su voluntad. Pero conviene no olvidar que toda disposición de regulación de comportamiento personal o estatal basada meramente en un acto de voluntad, al margen de las buenas razones de la moral, es sinónimo de despotismo.

Desde el punto de vista moral, es obvio que el despotismo es injustificable. Como ya lo decía LEIBNIZ, ni siquiera Dios puede imponerse voluntaristamente. También Dios, para distinguirse del Diablo, tiene que respetar las razones morales. No puede ser un mero soberano *de facto*.

Vistas así las cosas, el jurista interesado en la conformación del orden internacional asiste a un notorio deterioro de las instituciones que fueran concebidas como frenos a la agresión bélica y al control del ejercicio del poder estatal. La calamidad de la guerra es uno de los más graves viejos problemas persistentes que todos padecemos.

V

Sé muy bien que no es fácil definir con precisión qué ha de entenderse por «filosofía analítica». Georg Henrik VON WRIGHT hablaba ya a comienzos de la década de los noventa del siglo pasado de una «confusa heterogeneidad» y Richard RORTY había afirmado diez años antes: «No creo que exista ya algo identificable como “filosofía analítica”»¹⁶. En todo caso —y para facilitar la comprensión de lo que sigue— propongo entender por filosofía analítica la corriente de pensamiento iniciada a comienzos del siglo XX en Gran Bretaña por Bertrand RUSSELL y George Edward MOORE y en Viena por Moritz SCHLICK y Rudolf CARNAP, entendida parcialmente como reacción en contra del Idealismo de KANT y HEGEL y como un positivismo enriquecido con los instrumentos de una nueva lógica¹⁷. En los años cuarenta a sesenta del siglo pasado, Oxford se convirtió en el centro de una versión de la filosofía analítica inspirada principalmente en el último WITTGENSTEIN y que podría ser llamada «filosofía del lenguaje ordinario». No pocos brillantes juristas latinoamericanos pasaron temporadas más o menos largas en Oxford y contribuyeron notablemente a dotar de claridad y precisión al lenguaje del Derecho.

SCHLICK había subrayado que la principal función de la filosofía era aclarar el significado de las palabras, contribuir a eliminar la superstición y los prejuicios. En cultu-

¹⁶ Cfr. VON WRIGHT, 1993: «Analytical Philosophy», en *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leiden/New York/Köln: E. J. Brill, pp. 24-52, p. 41.

¹⁷ *Ibidem*, p. 34.

ras como las nuestras, tan proclives a la aceptación dogmática de principios de autoridad y a la identificación de lo confuso con lo profundo, el cultivo de la filosofía analítica ejerció una influencia benéfica, pues contribuyó decididamente a la adopción de una actitud eminentemente crítica y cautelosamente escéptica.

Esto, por una parte. Pero, por otra, un quizás excesivo talante crítico contribuyó también a que uno de los rasgos más sorprendentes de la filosofía analítica fuera el descuido durante largas décadas por parte de sus representantes más importantes de temas centrales de la filosofía política, la ética y la metafísica. En 1956, Peter LASLETT podía, por ello, formular un lapidario diagnóstico: «Actualmente la filosofía política está muerta»¹⁸.

Durante las tres primeras décadas del siglo XX, se impuso cada vez con mayor vigor la tendencia a la separación entre las ciencias sociales y la ética. Dos ejemplos significativos pueden ilustrar esta afirmación.

En 1935, Lionel ROBBINS publicó, bajo el título *Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, un libro que es considerado como una obra clásica por lo que respecta a las relaciones entre ética y economía. En su versión fuerte, la tesis central de ROBBINS sostenía la necesidad de establecer una distinción tajante entre los ámbitos de investigación de ambas disciplinas. En su versión débil, la tesis afirmaba que, si se quería hablar de una economía normativa, lo único que podía aceptarse era la formulación de reglas para el uso de recursos escasos, dentro del marco de un mercado perfectamente libre, con miras a la obtención de fines dados de antemano. La justificación de estas reglas sería, pues, hipotética: valdría sólo en relación con ciertos fines u objetivos y sólo para aquellos individuos que los aceptan o comparten. La justificación de los fines, en cambio, superaría los límites de la razón y al respecto lo más sensato sería guardar silencio. En su versión débil, la tesis de ROBBINS adoptaba una posición ética no gnoscitivista.

En el campo de la filosofía del Derecho, Hans Kelsen publica en 1934, es decir, un año antes que el libro de ROBBINS, su *Reine Rechtslehre*. En esta obra, con argumentos similares a los de ROBBINS, aboga por una separación radical entre Derecho y ética. Justamente una de las delimitaciones que, según Kelsen, deben asegurar la «pureza» del Derecho es la de la separación entre Derecho y moral.

Pero, al igual que ROBBINS, Kelsen admitía la posibilidad de una justificación hipotética de los valores y había dado un ejemplo de ello en sus estudios sobre justificación de la democracia publicados en la década del veinte.

Desde el punto de vista estrictamente filosófico, las posiciones de ROBBINS y de Kelsen contaban con el apoyo de la obra de Max Weber y Hans Reichenbach y, sobre todo de Julius Ayer quien en 1936 publica su *Language, Truth and Logic* en donde los juicios éticos quedan reducidos a expresiones de estados de ánimo de aprobación o de rechazo. Alf Ross recogería esta versión emotivista de la ética en su libro *Sobre el Derecho y la justicia*, en el que sostenía que decir que algo es justo era equivalente a dar un puñetazo sobre una mesa como señal de aprobación. No es necesario entrar aquí en

¹⁸ Citado según Pettit, 1993: «The contribution of analytical philosophy», en Goodin y Pettit (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Blackwell, pp. 7-38, p. 8.

la consideración de los esfuerzos realizados casi en esos mismos años por Charles STEVENSON para procurar crear un marco racional a las discusiones éticas signadas por el emotivismo, con su distinción entre desacuerdos en actitudes y desacuerdos en creencias. Lo que me importa señalar es que, hasta la década de los sesenta, la posición no cognocitivistista fue la predominante en la filosofía política y jurídica de orientación analítica.

Pero ya en 1959 Stanley BENN y Richard PETERS publicaron *Social Principles and the Democratic State*; en 1961, H. L. A. HART, *The Concept of Law* y en 1965 Brian BARRY, *Political Argument*. La verdadera conmoción se produce, desde luego con la publicación en 1971 de *A Theory of Justice* de John RAWLS. Esta obra fundamental provocó reacciones de crítica o de rechazo pero el camino estaba despejado para una discusión interna dentro de la corriente analítica. Basta pensar en autores como R. M. HARE, Richard BRANDT, Joseph RAZ o Ronald DWORKIN.

Por lo que respecta a versiones metafísicas desde una perspectiva analítica, quizás Stuart HAMPSHIRE con sus estudios sobre SPINOZA ha sido quien con mayor claridad ha puesto de manifiesto la posibilidad de elaborar una justificación metafísica del individualismo en la ética y la política. En efecto, según HAMPSHIRE, la teoría de las pasiones de SPINOZA

trata de mostrar que un orden social civilizado, basado en la libertad de pensamiento y en la tolerancia, es una condición necesaria para el uso de la razón y, por consiguiente para la realización del individuo y el goce de sus poderes activos¹⁹.

Estas reflexiones de un excelente filósofo analítico pueden contribuir quizás a una rehabilitación sensata de la metafísica como intento de respuesta a perplejidades permanentes de todo ser racional.

VI

Hasta ahora me he referido a viejos y nuevos problemas de la filosofía del Derecho desde una perspectiva que me gustaría fuera considerada como analítica si es que por ella ha de entenderse una preocupación por

Luchar en contra de toda forma de efectos de oscurecimiento de las palabras en la mente de las personas...²⁰

Pero cuando esta lucha se realiza en América Latina o en Europa con la mirada puesta en América Latina, no hay que olvidar que aquí pasa justamente lo opuesto a lo que según Philip PETTIT sucedía en los países de residencia de los filósofos analíticos durante buena parte del siglo XX:

La mayoría de los filósofos analíticos vivía en un mundo en donde valores tales como libertad, igualdad y democracia mantenían un dominio indiscutible²¹.

Nuestro mundo es muy diferente al descrito por PETTIT. El filósofo del Derecho latinoamericano no puede olvidar que trabaja en un continente en donde las institucio-

¹⁹ HAMPSHIRE, 2005: *Spinoza and Spinozism*, Oxford: Clarendon Press, p. 198.

²⁰ VON WRIGHT, 1993: 50.

²¹ PETTIT, 1993: 10.

nes juegan un papel tan peculiar que algún candidato a presidente puede proclamar a voz en cuello:

Al diablo las instituciones²².

sin que ello sea interpretado por el electorado que le dio su voto como una contradicción pragmática: quien desea ocupar el cargo institucional más alto manda al diablo las instituciones a cuyo frente desearía estar.

Hay que reconocer, desde luego, que la desconfianza ante las instituciones tiene ya en América Latina una tradición secular. En muchas partes de nuestro continente sigue siendo cierta la observación formulada en 1888, por el fino intelectual peruano Manuel GONZÁLEZ PRADA:

Hay un hecho revelador: reina mayor bienestar en las comarcas más distantes de las grandes haciendas, se disfruta de más orden y tranquilidad en los pueblos menos frecuentados por las autoridades²³.

Que la ausencia del poder estatal pueda ser garantía de paz social, es algo que sin duda sorprendería a HOBBS pero no a quien esté familiarizado con nuestra precariedad institucional.

Esta insuficiencia institucional trae como consecuencia la necesidad de una especie de traducción adaptativa de los temas que filósofos del Derecho trabajan en Europa o en los Estados Unidos. Cuestiones tales como las vinculadas con la función judicial y la interpretación del Derecho, las garantías constitucionales, los criterios de legitimidad o la identificación de la regla de reconocimiento necesariamente tienen que ser vistas con una óptica que tenga en cuenta que en no pocos de nuestros países quienes detentan el poder real son «políticos de raza», es decir, «oportunistas con principios» según una definición supuestamente laudatoria de un conocido politólogo argentino²⁴. Dicho con otras palabras, en buena parte de América Latina sigue vigente la cínica frase del personaje de una memorable novela de Alejo CARPENTIER:

como decimos allá, «la teoría siempre se jode ante la práctica» y «jefe con cojones no se guía por papelitos»²⁵.

Si esto es así, pienso que no es muy aventurado sugerir que la tarea de un filósofo del Derecho en nuestras latitudes es doblemente complicada: por una parte, no puede dejar de tomar en cuenta, entre otros, los problemas que he tratado de enunciar aquí; por otra, tiene que tratar de desgarrar el velo de la retórica y esquivar la trampa de la ciega imitación de modas filosóficas. Hay ya buenos ejemplos al respecto pero no es poco lo que queda por hacer. Por mi parte, tengo ahora que callar: se acabó mi tiempo (sólo en esta reunión, desde luego).

²² LÓPEZ OBRADOR: *Cfr. El País*, del 3 de septiembre de 2006, p. 5.

²³ GONZÁLEZ PRADA, 1987: «Nuestros indios», en GONZÁLEZ PRADA, *Páginas libres. Horas de lucha*, Caracas: Ayacucho, pp. 332-343, p. 343.

²⁴ José NUN sobre Néstor Kirchner en *La Nación*, del 9 de julio de 2006, p. 20.

²⁵ CARPENTIER, 1976: *El recurso del método*, Madrid: Siglo XXI, p. 31.

**SOBRE LA TEORÍA
DE LOS DERECHOS**

¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA?*

Robert Alexy

Universidad de Kiel

RESUMEN. Numerosos autores de la tradición liberal que se ha ocupado de los derechos humanos parecen concebir la posibilidad de fundamentar éstos al margen de consideraciones metafísicas. El autor del trabajo se plantea si puede haber derechos humanos libres de metafísica, y, en caso de que tal cosa no fuera posible, si los derechos humanos afectados por la metafísica son necesariamente una ilusión. Para responder a estos interrogantes el autor analiza, en primer término, el concepto de derechos humanos, mostrando que su existencia radica en su fundamentabilidad. Esta reflexión le lleva a abordar, en segundo término, el problema de la justificación de los derechos humanos. Finalmente el autor aborda la cuestión de si la fundamentación de los derechos humanos contiene o presupone elementos metafísicos.

Palabras clave: Robert Alexy, derechos humanos, metafísica.

ABSTRACT. Authors within the liberal tradition have defended the possibility to give human rights a foundation far from the realm of metaphysics. Following this line of thought, Alexy, in his article, considers whether there are human rights free of any metaphysical assumptions. And, were that not the case, whether human rights affected by metaphysical considerations are necessarily mere illusions. In order to answer these questions, the author, in first place approaches the concept of human rights underlying the idea that their existence is exhausted in the possibility of their foundation. In second place and consequently, he explores the problem of human rights justification. Thirdly the author considers whether the foundation of human rights contains or presupposes metaphysical ingredients.

Keywords: Robert Alexy, human rights, metaphysics.

* Traducción por E. R. SODERO, del original alemán «Menschenrechte ohne Metaphysik?», publicado en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52 (2004), pp. 15-24.

La forma básica de la crítica a la metafísica es la negación de la existencia (*negative Existenzbehauptung*)¹: no hay ningún Dios. No hay ningún principio supremo unificador, del cual todo se deriva. No hay espíritu junto a la materia. No existen entes abstractos como los pensamientos, los conceptos y los números. No hay ninguna verdad. No hay ninguna libertad. Tampoco los derechos humanos quedan a salvo de ser incluidos en frases de este tipo. Su más famosa degradación hacia la ilusión proviene de Alasdair MACINTYRE. La misma reza: «there are no such rights, and belief in them is one with belief in witches and in unicorns»².

Una crítica de este tipo no se aplicaría a los derechos humanos si ellos estuviesen por encima de toda sospecha metafísica. Serían así si fuese cierto que se los puede reconocer como fundados sin aceptar algo metafísico al mismo tiempo. Numerosos autores de la tradición liberal orientada hacia los derechos humanos parecen sostener como posible algo así como una moral libre de metafísica que importaría la posibilidad de derechos humanos libres de metafísica. Sólo menciono tres títulos: *Ethik ohne Metaphysik*, de Günther PATZIG³, *Justice as Fairness*, de John RAWLS⁴ y *Nachmetaphysisches Denken* de Jürgen HABERMAS⁵. Tales títulos plantean la doble impresión de, en primer lugar, que lo metafísico sería algo negativo que habría que evitar o superar, y en segundo lugar, que esto funciona sin ella. ¿Es así? ¿Puede haber derechos humanos sin metafísica? En caso de que no, ¿son los derechos humanos no libres de metafísica necesariamente una ilusión?

Para responder a estos interrogantes primero debe ser precisado el concepto de derechos humanos. Con ello se demostrará que su existencia radica en su fundamentabilidad. Esto conduce en un segundo paso al problema de la fundamentabilidad de los derechos humanos. En el tercer paso se tratará acerca de si la fundamentación de los derechos necesariamente contiene o presupone elementos metafísicos.

I. EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos se definen por cinco notas características⁶. La primera es su universalidad (*Universalität*). Portador o titular de derechos humanos es toda persona en cuanto persona. La universalidad desde el lado del destinatario es más complicada. Algunos derechos humanos, como el derecho humano a la vida, se dirigen con-

¹ Una radicalización de esta forma básica es la afirmación de que tanto determinadas proposiciones de esta forma básica, y por consiguiente determinadas negaciones de la existencia, como también sus negaciones y, por lo tanto las correspondientes afirmaciones de la existencia, son sinsentidos; al respecto *cf.* CARNAP, 1966: *Scheinprobleme in der Philosophie*, Frankfurt/M.: pp. 47 y ss., pp. 62 y ss.

² MACINTYRE, 1985: *After Virtue*, 2.ª ed., Londres: p. 69.

³ PATZIG, 1971: *Ethik ohne Metaphysik*, Göttingen.

⁴ RAWLS, 1985: «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», en *Philosophy and Public Affairs*, 14, pp. 231-251.

⁵ HABERMAS, 1988: *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt/M.

⁶ Más detenidamente, al respecto: ALEXY, 1998: «Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat», en GOSEPATH y LOHMANN (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt/M.: pp. 246 y ss.

tra todos los que pueden ser sujetos de deberes y, con ello, contra toda persona, pero también contra todos los Estados y organizaciones. Otros derechos humanos, como el derecho humano a participar en la formación de la voluntad política, se dirigen solamente contra el Estado al cual pertenece el individuo o en el cual él vive. La segunda nota de los derechos humanos es la fundamentalidad (*Fundamentalität*) de su objeto. Los derechos humanos no protegen todas las fuentes y condiciones del bienestar que puedan imaginarse, sino sólo intereses y necesidades fundamentales. También la tercera nota se refiere al objeto de los derechos humanos. Ella es su abstracción (*Abstraktheit*). Se puede estar rápidamente de acuerdo en que cada uno tiene derecho a la salud; pero sobre lo que esto significa en el caso concreto puede generarse una larga discusión. La cuarta y quinta notas no se refieren ni a los portadores ni a los destinatarios, ni a los objetos de los derechos humanos, sino a su validez (*Geltung*). Los derechos humanos en cuanto tales sólo tienen una validez moral. La cuarta nota de los derechos humanos es por lo tanto su moralidad (*Moralität*). Un derecho vale moralmente si puede ser fundamentado frente a cada uno que participe en una justificación racional. La validez de los derechos humanos es su existencia. La existencia de los derechos humanos consiste por ende en su fundamentabilidad y en nada más. Naturalmente que a la validez moral de los derechos humanos puede añadirse una validez de derecho positivo. Ejemplos de ello nos los ofrecen el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 y la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) para la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949. Por cierto que tales positivaciones nunca son respuestas definitivas. Ellas representan intentos de darle una expresión institucional (*institutionelle Gestalt*), asegurada por medio del Derecho positivo, a lo que solamente vale a causa de su corrección. Tales intentos, como todo intento, podrían lograr más o menos. Esto conduce a la quinta nota, la de la prioridad (*Priorität*). Los derechos humanos en cuanto derechos morales no sólo no podrían ser derogados por normas de Derecho positivo, sino que además son la medida (*Mafistab*) a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivado. Esto significa que un pacto de derechos humanos, tanto como una sentencia de un Tribunal de derechos humanos, puede ser contrario a los derechos humanos. Así están reunidas las cinco notas que distinguen a los derechos humanos de todos los demás derechos: los derechos humanos son derechos (1) universales, (2) fundamentales, (3) abstractos, (4) morales y (5) prioritarios.

II. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Puesto que la existencia de los derechos humanos en definitiva depende de su fundamentabilidad, sólo la fundamentabilidad determina si los mismos son más que una ilusión. El problema de la fundamentabilidad puede sintetizarse en la cuestión de si, y cómo, pueden ser justificadas las normas o reglas morales que con pretensión de prioridad garantizan los derechos universales, fundamentales y abstractos. Esto demuestra que el problema de la fundamentación de los derechos humanos no es otra cosa que un caso especial del problema general de la fundamentación de las normas morales.

1. Escepticismo (Skeptizismus) y no-escepticismo (Nichtskeptizismus)

Las teorías sobre la fundamentabilidad de las normas morales en general, del mismo modo que las teorías sobre la fundamentabilidad de los derechos humanos, pueden distinguirse de muy diversas maneras. La diferenciación más elemental es aquella entre los enfoques que básicamente niegan la posibilidad de una fundamentación tal, y los que afirman que es posible alguna forma de fundamentación. Un escepticismo radical definido a través de la negación básica de la fundamentabilidad de las normas morales puede tener sus raíces en las formas del emotivismo, del decisionismo, del subjetivismo, del relativismo, del naturalismo o del desconstruccionismo. El no-escepticismo sostiene por el contrario que es posible aducir fundamentos para los derechos humanos, que pueden formular una pretensión de objetividad, corrección o verdad. Con ello, el problema de la metafísica puede resumirse en la cuestión de si es posible un no-escepticismo libre de metafísica.

2. Ocho justificaciones

El campo no-escéptico es cualquier cosa menos homogéneo, lo que por cierto no excluye de ninguna manera distintos tipos de vinculaciones. Aquí han de distinguirse ocho enfoques.

a) La fundamentación religiosa. El primer enfoque es el religioso. Una fundamentación religiosa puede conferir a los derechos humanos una muy fuerte justificación. Quien cree que los hombres son creados por Dios a su imagen y semejanza, tienen un buen fundamento para ver a los mismos como algo que tiene un valor o una dignidad. Un valor o una dignidad tales son un fundamento sólido para los derechos humanos. Esos fuertes fundamentos tienen por cierto una desventaja decisiva. Sólo son fundamentos para quienes creen en Dios y en que el hombre es imagen de Dios. La fundamentación religiosa en cuanto el tipo más fuerte de fundamentación metafísica fracasa entonces en que la misma no es vinculante para todo el que toma parte en una fundamentación racional. Esto vale para todos los tipos de fundamentación religiosa de los derechos humanos.

b) La fundamentación biológica. El opuesto radical al modelo religioso es el enfoque biológico o sociobiológico. La metafísica es aquí completamente reemplazada por la observación de la Naturaleza. Según este modelo, la moral es una forma de altruismo. En el centro yace la observación de que determinadas formas de comportamientos altruistas son mejores para la sobrevivencia de la unión de genes de un individuo que la indiferencia recíproca o acaso la agresividad. Esto vale en especial para la preocupación por los propios hijos y el cuidado de los parientes, pero también se corresponde con las formas del altruismo recíproco, que conduce a la ayuda mutua⁷. Así, pues, es posible que la tendencia a maximizar su éxito reproductivo conduzca en una serie de casos al respeto y la ayuda hacia algunas personas. Por cierto que lo decisivo es que aquí se trata de un patrón de conducta que, como PATZIG lo ha formulado, está vinculado por lo general con la indiferencia o incluso la hostilidad hacia los extraños

⁷ Cfr. DAWKIN, 1996: *Das egoistische Gen*, 2.^a ed., Reinbeck bei Hamburg, pp. 154 y ss., 270 y ss.

(*Außenstehenden*)⁸. Esto es inconciliable con el carácter universal de los derechos humanos. Si los derechos humanos son susceptibles de una justificación, no es por medio de observaciones de la naturaleza biológica del hombre, sino sólo a través de una explicación de su ser cultural (*kulturelles Wesen*).

c) La fundamentación intuitiva. El tercer enfoque se basa en intuiciones. El modelo intuicionista sostiene que los derechos humanos están justificados porque su existencia o validez serían evidentes. La evidencia no es sin embargo una buena razón si resulta posible no compartir la experiencia de evidencia sin tener que exponerse a otra objeción más que la de que se considera como no evidente a lo evidente. Si el intuicionismo no es incorporado en una argumentación, en definitiva el mismo no se diferencia del emotivismo. Pero si es incluido en una argumentación, entonces ya no se trata de intuicionismo. Las evidencias no pueden reemplazar a los argumentos.

d) La fundamentación consensual. El cuarto enfoque es el del consensualismo. Según éste, los derechos humanos están justificados cuando obtienen la aceptación de todos. La existencia de los derechos humanos reside así en la existencia de un consenso que los sustenta. Si no se considera a dicho consenso como algo distinto de una coincidencia de convicciones, entonces el consensualismo no es otra cosa que un intuicionismo colectivo. La única fuente de validez es el *factum* de la coincidencia. Por cierto que no debería subestimarse una coincidencia sobre los derechos humanos, que alcance a todas las personas, si la misma es lo suficientemente estable. Si tal coincidencia existe, entonces por sí solos se pueden postular fundamentos para la convicción coincidente (*übereinstimmende Überzeugung*). Pero si el consenso no es sustentado por todos, tal como se verifica sin dudas en el caso de los derechos humanos, entonces los argumentos serán indispensables. Cuando se trata de justificaciones, los argumentos cuentan más que las meras mayorías. Un consensualismo asentado en definitiva sobre el *factum* de la coincidencia o la congruencia no alcanza por ello para la fundamentación de los derechos humanos. Para eso se necesitan argumentos. Pero tan pronto como los mismos entran en juego se abandona el campo del puro consensualismo.

e) La fundamentación instrumental. El quinto enfoque fundamenta los derechos humanos instrumentalmente. Una fundamentación de los derechos humanos es instrumental cuando se pretende que el reconocimiento de los derechos humanos es necesario si se quiere maximizar la utilidad individual. Este enfoque es una alternativa especialmente prometedora para una fundamentación de los derechos humanos libre de metafísica. Si fuese posible forjar los derechos humanos a partir de la maximización de la utilidad individual, se obtendría un seguro fundamento libre de metafísica.

El enfoque instrumental se presenta tanto en formas más bien primitivas como en formas de lo más sutiles. Un ejemplo de la versión más primitiva es el argumento «si tu no quieres ser asesinado, debes respetar su derecho a la vida». Argumentos de este tipo se derrumban cuando se presentan situaciones en las cuales es posible que algunas personas maximicen sus utilidades incluso a largo plazo mediante la violación de los derechos humanos de otras personas. La historia demuestra que en todo caso esta posibilidad no puede ser excluida mientras los derechos humanos no hayan sido transformados en derecho positivo asegurado a través de sanciones eficazmente organizadas. Los mo-

⁸ PATZIG, 2002: «Gibt es eine rationale Normenbegründung», en *Angewandte Chemie*, 114, 3502.

delos más sutiles han sido propuestos por James BUCHANAN y David GAUTHIER. Tales modelos o bien operan con condiciones que deben excluir lo inaceptable, o bien aceptan abiertamente lo en sí mismo inaceptable. GAUTHIER ofrece un ejemplo para lo primero, cuando dice:

Rights provide the starting point for, and not the outcome of, agreement. They are what each person brings to the bargaining table, not what she takes from it ⁹.

BUCHANAN sigue el camino inverso cuando dice que el resultado en caso de una diferencia de poder lo bastante grande también puede ser un tipo de contrato de esclavitud:

from this setting, the disarmament contract that may be negotiated may be something similar to a slave contract, in which the «weak» agree to produce goods for the «strong» in exchange for being allowed to retain something over and above bare subsistence, which they may be unable to secure in the anarchistic setting ¹⁰.

El modelo de GAUTHIER podría ser básicamente compatible con los derechos humanos, pero sólo al precio de que incluye esencialmente elementos no-instrumentales. Por ello es que en su caso no se trata de una fundamentación de los derechos humanos sólo por medio de argumentos instrumentales. BUCHANAN ofrece, por el contrario, un argumento puramente instrumental —y, con ello, con la garantía de ser libre de metafísica—, aunque para esto debe pagar el precio de que sean posibles resultados como el del contrato de esclavitud, que son inconciliables con los derechos humanos. Todo esto no significa que el enfoque instrumental sea completamente inútil. En la medida que el mismo puede ofrecer fundamentos para el reconocimiento de los derechos humanos, está incluido en un modelo más completo ¹¹. Pero este modelo más completo debe ser determinado por principios que una argumentación puramente instrumental no puede justificar.

f) La fundamentación cultural: el sexto enfoque es el cultural. El mismo sostiene que la convicción pública de que hay derechos humanos es una conquista de la historia de la cultura humana. RADBRUCH presenta una vinculación de este argumento con uno consensual cuando, teniendo a la vista los «principios jurídicos (*Rechtsgrundsätze*) que son más fuertes que cualquier proposición jurídica», afirma:

ciertamente que en su individualidad ellos están rodeados de ciertas dudas, pero el trabajo de los siglos ha elaborado un firme conjunto, y lo ha reunido en las llamadas declaraciones de derechos humanos y civiles, con un consenso tan amplio, que con respecto a algunos de ellos sólo el escepticismo intencional puede mantener en pie la duda ¹².

También el modelo cultural es ciertamente útil, pero insuficiente. No en todas las culturas los derechos humanos son el resultado de la propia historia. El mero hecho de que los mismos hayan sido trabajados en una o más culturas no alcanza para justificar la validez universal que está contenida en su concepto. La historia de la cultura sólo tiene importancia en la fundamentación en la medida que ésta es un proceso en el cual se

⁹ GAUTHIER, 1986: *Morals by Agreement*, Oxford: pp. 222.

¹⁰ BUCHANAN, 1975: *The Limits of Liberty*, Chicago/London: p. 60.

¹¹ Cfr. al respecto, ALEXY, 1995: «Diskurstheorie und Menschenrechte», en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt/M.: pp. 142 y ss.

¹² RADBRUCH, 1990: «Eüinf Minuten Rechtsphilosophie», en *Gesamtausgabe*, ed. de A. KAUFMANN, t. 3, Heidelberg: p. 79.

vinculan experiencias con argumentos. La validez universal no puede fundarse sólo sobre la tradición, sino en definitiva únicamente sobre argumentación.

g) La fundamentación explicativa. El séptimo enfoque podría denominarse «explicativo». Una fundamentación de los derechos humanos es explicativa cuando consiste en poner de manifiesto lo que está contenido como implícito y necesario en la praxis humana. La idea de fundamentar algo por medio de hacer explícito lo que está necesariamente contenido en juicios y comportamientos sigue las líneas de la filosofía trascendental de KANT. Con ello aparece en el horizonte la posibilidad de una metafísica inmanente.

Algún tiempo atrás he intentado desarrollar el argumento explicativo en el marco de una fundamentación teórico-discursiva de los derechos humanos¹³. Aquí sólo han de poder ser considerados algunos elementos esenciales significativos para el problema metafísico. El argumento comienza con un análisis de la praxis discursiva, que puede ser entendida como praxis del afirmar (*Behaupten*), del preguntar (*Fragen*) y del aducir (*Anführen*)¹⁴. Esta praxis presupone necesariamente reglas que explicitan las ideas de la libertad y la igualdad del participante en el discurso en cuanto participante del discurso. Ese contenido normativo implícito puede hacerse explícito por vía de negarlo explícitamente. Ejemplos de ello son las expresiones:

1. Para mí el fundamento *F*, que aduzco para mi afirmación, no es naturalmente un buen fundamento; sin embargo, en vista de tu inteligencia limitada, tú deberías aceptar a *F* como un buen fundamento para tal afirmación.
2. Si no te convencen mis fundamentos, tu contrato no será prorrogado.
3. Si nosotros excluimos a *A*, *B* y *C* de nuestra discusión y olvidamos sus objeciones, podremos convencernos de que el fundamento *F* aducido por mí es un buen fundamento.

El absurdo de tales expresiones es un signo de la necesidad de las reglas contra las cuales ellas colisionan.

Se aceptaría como cierta la tesis de que la libertad y la igualdad de los participantes en el discurso en cuanto participantes del discurso es una condición que no podría ser evitada si se ha de ingresar en el campo de la argumentación. Con ello los derechos humanos siguen sin estar justificados todavía. Que sea necesario tratar a los otros en el discurso como iguales (*gleichberechtigt*) no implica que sea necesario reconocerlos como libres e iguales también en el campo de los actos. Se puede discutir con esclavos. Esto demuestra que son necesarias premisas adicionales si se quiere pasar de la libertad e igualdad en el etéreo mundo del discurso a la libertad e igualdad en el estrecho espacio de las conductas. Hay distintas alternativas para tales premisas adicionales. De especial importancia es una premisa que vincula el concepto de la participación seria en el discurso con el de autonomía. Autónomo es quien actúa según reglas y principios que él mismo juzga como correctos luego de una suficiente evaluación. Participa seriamente¹⁵ en discurs-

¹³ ALEXY, 1995: 127 y ss.

¹⁴ Dicha praxis se corresponde con lo que Robert BRANDOM ha caracterizado como «practices of giving and asking for reasons», *cf.* BRANDOM, 2000: *Articulating Reasons*, Cambridge/Mass.: p. 11.

¹⁵ Aquí se alude a la participación seria en sentido fuerte, y con ello a la genuina participación en el discurso; *cf.* ALEXY, 1995: 149, 151.

sos morales quien quiere resolver conflictos sociales por medio de consensos alcanzados y controlados discursivamente. El serio o genuino participante en el discurso vincula así sus capacidades discursivas con el interés de hacer un uso operativo de las mismas. Esta conexión de capacidad e interés implica el reconocimiento del otro como autónomo. Todo lo que sigue es una conexión de conceptos cada uno de los cuales no expresan algo distinto, sino sólo diferentes aspectos de la misma cuestión. Quien reconoce al otro como autónomo, lo reconoce como persona. Quien lo reconoce como persona, le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad, reconoce sus derechos humanos. Con ello estamos ante la finalidad de la fundamentación.

b) La fundamentación existencial. Lógicamente que también la fundamentación explicativa tiene flancos abiertos. Dos se identifican rápidamente. El primero se refiere a la necesidad de las reglas del discurso. Es posible neutralizar dicha necesidad renunciando a tomar parte en la praxis del afirmar, del interrogar y del dar y aceptar fundamentos. El precio de ello es ciertamente alto. El hombre en cuanto «discursive creature»¹⁶, como lo ha llamado BRANDOM, debería renunciar a la participación en lo que puede caracterizarse como la forma de vida más general del hombre¹⁷. Tal precio desde luego que podrá ser disminuido considerablemente por vía de que se renuncie a la discursividad no en general, sino sólo parcialmente. Así puede discutirse en el propio grupo, y dejar de lado dentro de sus límites a la propaganda, las órdenes y el poder. Una conexión tal entre discursividad interna y poder externo desde luego que padecería de que la discursividad está intrínsecamente vinculada con la universalidad, que siempre amenaza con hacer saltar por los aires todos los límites. Por cierto que la fuerza explosiva de lo universal contenido en lo discursivo, depende esencialmente del interés en la participación seria en el discurso. Este flanco es aún más abierto que el primero. ¿Se pueden sustentar fundamentaciones sobre intereses? En este punto hay que distinguir entre dos intereses: el interés en la maximización de la utilidad individual y el interés en la corrección. Los maximizadores de utilidades (*Nutzenmaximierer*) que deben contar con personas que tienen interés en la corrección, pueden verse obligados a por lo menos obrar como si también ellos estuviesen interesados en la corrección, y fingir respeto hacia la autonomía de los demás. Esto y nada más es lo que puede pretenderse desde esa posición¹⁸. Aquí el interés sólo es el interés en la corrección. Tal interés es el interés en hacer realidad las posibilidades discursivas. Este interés, como todo interés, está vinculado con decisiones acerca de si el mismo prevalece sobre intereses opuestos. En tales decisiones se trata acerca de la cuestión fundamental de si aceptamos nuestras posibilidades discursivas. Se trata de si nosotros mismos nos queremos como creaturas discursivas. Estas son decisiones sobre lo que nosotros somos. Por ello el octavo enfoque se denomina «existencial». Aquí puede hablarse de una fundamentación porque no se trata de preferencias cualesquiera encontradas en algún lugar o en ninguno, sino de una confirmación de algo ya necesariamente demostrado como posibilidad por vía de la explicación.

¹⁶ BRANDOM, 2000: 26.

¹⁷ ALEXY, 1995: 139 y ss.

¹⁸ Cfr. *ibidem*, 151 y ss.

III. DERECHOS HUMANOS Y METAFÍSICA

Se ha demostrado que los derechos humanos sólo son fundamentales a través de una combinación del modelo explicativo con el existencial. Cualquier respaldo mediante argumentos de los otros enfoques sigue siendo bienvenido. ¿Es esta fundamentación libre de metafísica?

1. Conceptos negativo y positivo de metafísica

La respuesta depende de lo que se entienda por metafísica. El concepto de metafísica es, como acertadamente lo ha observado Anthony QUINTON, «large, controversial and, in consequence, somewhat indeterminate in outline»¹⁹. Relativamente sencilla es una definición negativa. Según la misma, metafísica es lo que no puede ser derivado de la experiencia. Tal distinción subyace tanto a la pregunta de ARISTÓTELES «si sólo hay objetos sensibles, o además de ellos hay otros»²⁰, como a la tesis de KANT de que el conocimiento metafísico está «más allá del conocimiento fundado en la experiencia»²¹. Una definición positiva no es tan sencilla, pues el espacio más allá de la observación o la experiencia puede ser cubierto con cosas de las más diversas. Por suerte no es necesario cubrirlo para responder a la cuestión de si los derechos humanos son posibles sin metafísica. Alcanza con distinguir dos conceptos de metafísica. Uno puede ser denominado como «empático» y el otro «constructivo».

2. El concepto empático de metafísica

La metafísica empática es lo que HABERMAS quiere dejar atrás cuando aboga por un pensamiento postmetafísico (*nachmetaphysisches Denken*). Además de eso, ella parece ser lo que tienen en mente muchos de los que defienden la libertad de la metafísica. A pesar de las numerosas variantes, pueden identificarse cuatro notas características. La primera nota consiste en su carácter omnicompreensivo. Ella tiene por objeto al «hombre y el mundo como un todo»²². Esto puede ser caracterizado como «totalidad». La segunda nota es la de la necesidad. La metafísica no considera todo lo que ocurre en ese todo de hombre y mundo, sino sólo la generalidad inmutable en las mudables particularidades, y con ello, sólo lo que no puede no ser o ser de otra manera, o sea, lo necesario²³. La tercera nota es la de la normatividad. La interpretación total del hombre y de uno mismo no sólo encierra un saber teórico. Ella también es «rica en contenido normativo»²⁴. La cuarta nota está estrechamente vinculada con esto y tiene una

¹⁹ QUINTON, 1973: *The Nature of Things*, London: p. 235.

²⁰ ARISTÓTELES: *Metaphysik*, b. 2, 997 a 34-35.

²¹ KANT, 1903-11: «Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die alss Wissenschaft wird auftreten können», en *Kant's gesammelte Schriften*, t. IV, Berlin: ed. de la Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, p. 265.

²² HABERMAS, 1988: 21.

²³ Cfr. *ibidem*, 21, 47.

²⁴ *Ibidem*, 269.

significación decisiva para el concepto empático de metafísica. Ella es la del «significado salvífico» (*Heilsbedeutung*)²⁵. Con esto entra en juego una «dimensión religiosa»²⁶. La metafísica en sentido empático por cierto que no es idéntica a la religión ni está unida a ésta, pero está emparentada con la misma en la medida que ella promete alguna forma de salvación, reconciliación, liberación o elevación que difícilmente haya encontrado una formulación más bella que la de las palabras de HEGEL: «reconocer a la razón como la rosa en la cruz del presente, y alegrarse con ello, esa comprensión racional es la *reconciliación* con la realidad que la filosofía les garantiza a quienes alguna vez se les ha planteado la demanda interior de *entender* (*zu begreifen*) [...]»²⁷.

3. Metafísica y naturalismo

Mucho habla en favor de la hipótesis de que los derechos humanos no presuponen una metafísica empática definida a través de las cuatro notas, es decir, a través de la totalidad, la necesidad, la normatividad y la salvación. Desde luego que de ello todavía no se sigue que los derechos humanos sean posibles sin ninguna metafísica. Serían posibles sin ninguna metafísica si fuesen susceptibles de una interpretación puramente naturalista, esto es, si pudieran ser reducidos a datos observables del mundo exterior, del interior o del social. HABERMAS le otorga a un naturalismo tal un duro rechazo del mismo modo que a una metafísica empática²⁸. Él cree poder evitar la alternativa de naturalismo y metafísica por medio «terceras categorías como “lenguaje” (*Sprache*), “acción” (*Handlung*) o “cuerpo” (*Leib*), que “encarnarían”» lo que en perspectiva metafísica KANT veía como conciencia trascendental (*transzendentales Bewusstsein*)²⁹. Con ello nuestra pregunta puede ser formulada de la siguiente manera: ¿Existe una tercera vía libre de metafísica entre metafísica y naturalismo?

4. El concepto constructivo de metafísica

Es interesante que HABERMAS denomine a FREGE como uno de los precursores de su tercera vía. Pues bien, FREGE no es ciertamente ningún metafísico empático; pero con seguridad sostiene las más fuertes tesis metafísicas. Así según FREGE el pensamiento no pertenece ni al mundo exterior como mundo de las cosas materialmente perceptibles, el primer mundo, ni al mundo interior como segundo mundo, que consiste en objetos psíquicos, *v. gr.* ideas, sino a un tercer mundo de los entes abstractos o ideales:

los pensamientos no son cosas del mundo exterior ni ideas. Un tercer dominio debe ser reconocido. Lo que pertenece al mismo coincide con las ideas en que no puede percibirse con

²⁵ *Ibidem*, 57.

²⁶ *Ibidem*, 33.

²⁷ HEGEL, 1995: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. J. Hoffmesiter, 5.ª ed., Hamburg: p. 16.

²⁸ HABERMAS, 1988: 19, 27.

²⁹ *Ibidem*, 27 y ss.

los sentidos, pero también con las cosas en que no necesita de ningún portador a cuyos contenidos de conciencia pertenezca. Así es, por ejemplo, el pensamiento que nosotros expresamos en el teorema de Pitágoras, atemporalmente verdadero, verdadero con independencia de si alguien lo considera como tal. El mismo no necesita ningún portador. No es verdadero sólo desde que ha sido descubierto, como un planeta que desde antes de que alguien lo haya visto ya estaba en interacción con los otros planetas³⁰.

HABERMAS opone a tal tipo de análisis la cuestión: «únicamente, ¿qué significa aquí todavía “metafísica”?»³¹. Al respecto ha de responderse que sea lo que sea se trata de la aceptación de la existencia de objetos que no son entes físicos ni psíquicos. Transfiera-se la tesis de FREGE sobre la existencia de pensamientos a las normas y así aparece el concepto semántico de norma, con cuya ayuda puede decirse lo que existe como norma cuando un derecho humano vale³². Este es un primer paso hacia la metafísica de los derechos humanos.

Con este primer paso desde luego que todavía no se han puesto los pies en el terreno en el cual se discute sobre la libertad metafísica de la moral. El concepto semántico de norma ciertamente que es importante para el problema general de la fundamentabilidad de los derechos humanos, pero no para el contenido de la fundamentación. Para nuestro problema es de una importancia decisiva el que los derechos humanos presuponen más la metafísica que una ontología semántica de ese tipo. Si la fundamentación explicativa precedentemente bosquejada encaja, entonces el individuo, cuando hace uso de la —para él— necesaria competencia del afirmar, interrogar y argumentar, presupone en tal uso el reconocimiento del otro como participante del discurso con igualdad de derechos (*gleichberechtigter Diskursteilnehmer*). Si, además, conduce el discurso con seriedad, entonces reconoce al otro como autónomo. Reconocer al otro como autónomo significa reconocerlo como persona. Pero las personas tienen un valor y una dignidad. Con ello yace en la naturaleza discursiva del hombre un sistema de conceptos que en primer lugar se corresponden con nuestra necesidad de competencias discursivas, que en segundo lugar tienen un significado normativo y que en tercer lugar conducen a que nuestro mundo esté poblado con entes que con sus solas fuerzas no pueden crear los reinos de lo físico y de lo psíquico: con personas. Esta tesis metafísica tiene su fuente no sólo en la estructura del mundo, tampoco sólo en la razón del individuo, sino, completamente en el sentido de HABERMAS, en la estructura de la comunicación³³. Por cierto que, tal como lo demuestra la necesidad del complemento del argumento explicativo con el existencial, deben añadirse actos de auto-interpretación y de autorrealización del individuo si el sistema metafísico (*metaphysische Gebäude*) ha de ser estabilizado. En cuanto sistema tiene más allá de la necesidad y la normatividad una fuerza sobre el todo. Sólo la salvación en el sentido de redención o elevación no se conmueve³⁴. El lugar de la salvación es ocupado por la corrección. Por eso la metafísica

³⁰ FREGE, 1966: «Deer Gedanke. Eine logische Untersuchung», en *Logische Untersuchungen*, ed. G. Patzig, Göttingen: pp. 43 y ss.

³¹ HABERMAS, 1988: p. 269.

³² Cfr. ALEXY, R., 1996: *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Frankfurt/M.: pp. 42 y ss.

³³ HABERMAS, 1988: *Nachmetaphysisches Denken*, cit., p. 55.

³⁴ De todos modos un conocido destello reconciliador entra en escena a través de que el reconocimiento de los derechos humanos sustentado sobre fundamentos puede ser entendido como reflejo prosaico del pensamiento empático de SÉNECA de que el hombre es una cosa sagrada para el hombre: «homo, sacra res homini», SÉNECA, L. Annaeus: *Epistulae morales ad Lucilium*, libro 15, carta 95, p. 33.

puede ser opuesta en cuanto constructiva a la empática. Una metafísica constructiva tiene al mismo tiempo un carácter racional y universal. Con ello el resultado puede expresarse en la tesis: los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal.

(Trad. de Eduardo R. Soderó)

LOS DERECHOS ECONÓMICO-SOCIALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE ROBERT ALEXY*

Liborio L. Hierro

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. El objeto de estas páginas es analizar las presuntas diferencias entre los derechos individuales, civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales y discutir si estas diferencias se consolidan o se disuelven en la reconstrucción teórica propuesta por Robert Alexy. Tras analizar y rechazar las cinco diferencias que con más frecuencia se alegan entre los derechos de una y otra clase así como de presentar la teoría de Alexy sobre los derechos económico sociales concluyo, con Holmes y Sunstein, que «todos los derechos jurídicamente protegidos son necesariamente derechos a acciones positivas» y sostengo que Alexy no llega a extraer todas las consecuencias que de ello se derivan. La principal es que hemos de abandonar la distinción histórico ideológica entre derechos individuales, civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, del otro.

Palabras clave: Robert Alexy, derechos económicos, sociales y culturales.

ABSTRACT. The object of this article is to analyse the alleged differences between individual, civil and political rights and economic, social and cultural rights and to discuss whether these differences are either reinforced or undermined by Robert Alexy's theoretical reconstruction. After discussing and rejecting the most frequently alleged five differences between rights of both kinds and presenting Alexy's theory on economic and social rights, I conclude, with Holmes and Sunstein, that «all legally enforced rights are necessarily positive rights» and hold that Alexy does not extract all the consequences deriving from this fact. The most important consequence is that we need to abandon the historical-ideological distinction between individual, civil and political rights on the one hand, and economic, social and cultural rights, on the other.

Keywords: Robert Alexy, economic, social and cultural rights.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto SEJ2005-08885/JURI (Derechos, Justicia y Globalización) financiado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia.

1. INTRODUCCIÓN

Los Pactos sobre Derechos Humanos de 1966¹ vinieron a consolidar la división histórica de los derechos humanos en dos grandes categorías, la de los derechos civiles y políticos (a la que históricamente suele denominarse «primera generación») y la de los derechos económicos, sociales y culturales (a la que paralelamente se denomina «segunda generación»)². En algún modo la consolidación de esta dualidad se hacía eco del contexto ideológico de la guerra fría³.

Para el pensamiento liberal la primera categoría incluía los derechos auténticos («*iura proprie aut stricte dicta*», parafraseando a GROCIO) a los que cabía entender como derechos *universales* o de todos los seres humanos, frente a los derechos sociales que serían derechos específicos de los trabajadores; como derechos *absolutos* o contra todos, frente a los derechos sociales que serían derechos relativos o frente a un obligado determinado (el Estado, el empresario, etc.); como derechos *definitivos* en cuanto su mero enunciado define su contenido, frente a los derechos sociales cuyo contenido no quedaría establecido por su mero enunciado sino que requeriría una cierta forma institucional; como derechos *inmediatamente eficaces* contra el Estado, frente a los derechos sociales cuya eficacia dependería de la instrumentación de medios costosos por el propio Estado; y, consecuentemente con todo ello, como derechos *justiciables*, frente a la falta de justiciabilidad característica de los derechos sociales que sólo la alcanzarían en la medida en que el legislador hubiera establecido acciones concretas en su protección.

Para el pensamiento socialista la segunda generación era la que incluía los derechos auténticos pues éstos eran los derechos propiamente *universales* en cuanto requeridos para su realización personal por las grandes masas de obreros y campesinos, frente a los derechos individuales como derechos específicos de los burgueses propietarios; eran los derechos *sustantivos* en cuanto sólo su satisfacción podía liberar a cada individuo de su alienación, frente a los derechos liberales que tenían un mero carácter formal para todo aquel que carecía de autonomía económica; eran los derechos *primarios* en cuanto sólo una vez satisfechos ellos podía disfrutarse de los derechos individuales que, por tanto, eran derechos derivados; y eran los derechos *inmediatos* que debían ser satisfechos directamente por la organización política, frente a los derechos civiles y políticos cuyo auténtico disfrute por todas las personas sólo podía alcanzarse realmente por la previa mediación de aquéllos⁴.

¹ Como es sabido, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos fueron adoptados por Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El primero de ellos entró en vigor el 3 de enero de 1976 y el segundo el 23 de marzo de 1976.

² En contra, G. PECES BARBA (1999: 59 y 61) que distingue una primera generación de derechos individuales y civiles, una segunda generación de derechos políticos y una tercera generación de derechos económicos, sociales y culturales. No me parece que esta distinción entre primera y segunda generación tenga suficiente apoyo histórico aunque coincida con la distinción originalmente propuesta por T. H. MARSHALL en 1959 (en sus conferencias publicadas bajo el título *Citizenship and Social Class*) (vid. RUIZ MIGUEL, 1994: 651 y EIDE, 2001: 13).

³ Sobre el contexto socio-ideológico de la Declaración Universal de 1948 es muy esclarecedor el análisis de A. CASSESE (1991: 36-54). Vid. también, sobre el alcance ideológico de la distinción, RUIZ MIGUEL, 1994: 653 y PÉREZ LUÑO, 2003: 86-93.

⁴ Por todos, E. BLOCH (1980: XI): «No hay una instauración verdadera de los derechos del hombre sin poner fin a la explotación, no hay verdadero término de la explotación sin la instauración de los derechos del

Los unos y los otros consideraban «auténtica» una de ambas categorías de los derechos y miraban indulgentemente la contraria. Según cada una de estas concepciones los derechos individuales o los derechos sociales, respectivamente, constituían los derechos inmediatamente exigibles al Estado mientras que los otros, respectivamente los derechos sociales y los derechos individuales, eran los que se alcanzarían en un estado de cosas deseable una vez superada, respectivamente, la situación de escasez o la situación de explotación.

Puede resultar sorprendente que una distinción surgida y consolidada por factores históricos tan contingentes penetrase tan profundamente como lo ha hecho en la Teoría de los Derechos contemporánea, pero no cabe duda de que lo ha hecho. Todavía, tanto en el pensamiento filosófico jurídico como en la doctrina jurídico constitucional, la división entre estas dos categorías de derechos humanos parece constituir un problema aunque, dado el desenlace de la guerra fría, el problema parece haberse reducido a si los derechos sociales son o no son auténticos derechos. Aquellas diferencias han tomado, pues, carta de naturaleza en la teoría y todavía para un gran número de autores los derechos sociales parecen ser meras aspiraciones políticas o —como señala Luis PRIETO— «en el mejor de los casos, derechos disminuidos o en formación» (PRIETO, 1998: 97).

El objeto de estas páginas es analizar las presuntas diferencias entre los derechos individuales, civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales —a los que, por simple economía semántica, llamaré respectivamente «derechos individuales» y «derechos económico-sociales»⁵— y discutir si estas diferencias se consolidan o se disuelven en la reconstrucción teórica propuesta por Robert ALEXY⁶.

hombre... El rasgo fundamental —sobre todo del Derecho Natural clásico— es viril, una insistencia en la facultades agéni de hombres ya desalienados en la norma agéni de una comunidad finalmente desalienada». *Vid.* especialmente el capítulo 19 (pp. 156-183) donde BLOCH desarrolla la idea de ENGELS de que «en relación con la Revolución francesa, los derechos del hombre y el Derecho natural burgués: “Los proletarios toman a la burguesía por su palabra”».

La generalización que hago sobre el pensamiento socialista no pretende corresponder a la posición del marxismo ortodoxo. La posición de MARX sobre los derechos humanos, desde *La Cuestión Judía* (1844) hasta *El Capital* (1867) y las obras posteriores, adolece de una permanente ambigüedad como ha puesto de relieve la monografía de M. ATIENZA (1983). MARX nunca llegó a desprenderse de la idea de que los derechos humanos estaban ligados, como ideología y como institución, al Estado burgués, de tal forma que la superación del Estado burgués implicaba la superación de los derechos humanos aunque, al mismo tiempo, la sociedad comunista supondría la realización de la libertad y la igualdad (*vid.* ATIENZA, *ibidem*, *passim* y en particular pp. 51-57 y 220-224). ATIENZA concluye con razón que «la insuficiencia de la postura de MARX en relación con los derechos humanos se debe, en mi opinión, a que sólo se interesó por ellos y los defendió por razones políticas, no éticas» (*ibidem*, 279).

⁵ Las convenciones académicas más extendidas suelen distinguir entre «derechos individuales, civiles y políticos» y «derechos económicos, sociales y culturales», con una clara influencia del lenguaje de los Pactos de 1966. Algunos autores abrevian la distinción para hablar de «derechos individuales» frente a «derechos sociales» (ABRAMOVICH y COURTIS, 2002: 120; CASCAJO, 1988: 16; LAPORTA, 2004: 298; PECES BARBA, 1999: 7 y *passim*; PRIETO, 1998: 71). Otros, como Carl WELLMAN, distinguen entre derechos humanos (contra todos) y derechos cívicos (contra el Estado al que se pertenece, entre los que se situarían los «derechos económicos» como derechos especiales) (WELLMAN, 1997: 24-25 y 115). Utilizaré en lo sucesivo la denominación «derechos económico-sociales», aunque me parece todavía bastante vaga, por ser —según creo— suficientemente comprensiva pero obvio es decir que con ello me referiré, genéricamente, a los derechos económicos, sociales y culturales en la forma en que se declaran, por ejemplo, en el respectivo Pacto de 1966. En todo caso la denominación tiene aquí un mero carácter provisional ya que, como pretendo argumentar, la distinción me parece incorrecta.

(Nota 6 en página siguiente.)

2. SUPUESTAS DIFERENCIAS ENTRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS DERECHOS ECONÓMICO-SOCIALES

Una muy extendida concepción de los derechos económico-sociales viene asumiendo que entre ellos y los derechos individuales, civiles y políticos existen, además de una diferente génesis histórica, una serie de diferencias estructurales que obligan a tratarlos como dos categorías de derechos irreductiblemente distintas⁷. Esa serie de diferencias suelen referirse al sujeto titular de los derechos, a su contenido y a las posibilidades de protección. Esa serie de diferencias se esgrimen hoy generalmente para contraponer una supuesta perfección de los derechos individuales frente a una supuesta imperfección de los derechos económico-sociales. Estos últimos serían inevitablemente derechos imperfectos bien por su imposible universalidad, bien por su contenido indefinido, bien por su necesariamente imperfecta protección⁸.

Creo que esta concepción, por extendida que esté, sigue obedeciendo a los intereses y prejuicios que retrasaron la aparición histórica de los derechos sociales y que no resiste un análisis teórico libre de tales prejuicios. Trataré de argumentarlo analizando algunas de las características diferenciales más generalmente invocadas y demostrando que no son predicables sólo de los derechos económico-sociales. Mi argumento, por tanto, no trata de demostrar que los derechos económico-sociales no tengan las imper-

Por decirlo ahora brevemente: entre los derechos individuales, civiles y políticos existen numerosos derechos de pretensión cuya satisfacción requiere una prestación «económica» (esto es, costosa) y entre los derechos económicos, sociales y culturales existen algunas libertades, inmunidades y potestades cuya satisfacción sería, en principio, gratuita (al menos, tan gratuita como la de cualquier otra libertad, inmunidad o potestad). La protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa. Si la protección forma o no forma parte del derecho mismo es una cuestión a discutir; si la protección forma parte del derecho, todos los derechos son costosos; si la protección no forma parte del derecho, entonces cabe distinguir entre derechos gratuitos y derechos costosos. Aunque ahora no me ocuparé de ello, habría que añadir que la suposición de que los derechos cuya satisfacción primaria estriba en una abstención de otro u otros son derechos gratuitos es una suposición vulgar que queda desmentida por el Teorema de Coase (es decir: las meras abstenciones también pueden representar, desde el punto de vista económico, un coste).

⁶ Parece conveniente recordar que la impresionante reconstrucción teórica propuesta por ALEXY (1993) no tiene como objeto los derechos humanos en el plano moral o filosófico político sino los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental de Bonn, lo que permite considerarla una «dogmática» especial, aunque sin duda apoyada en un potente análisis filosófico.

⁷ Tanto en el pensamiento filosófico jurídico como en la doctrina jurídica constitucional, la división entre estas dos categorías de derechos humanos parece constituir un problema aunque el problema parece haberse reducido hoy a si los derechos sociales son o no son auténticos derechos. Sobre esta cuestión podemos encontrar cuatro respuestas: 1) que los llamados derechos económico-sociales no son en ningún sentido auténticos derechos subjetivos sino simplemente principios u objetivos políticos; 2) que los derechos económico-sociales no son auténticos derechos subjetivos jurídicos pero son auténticos derechos subjetivos en otro sentido (en sentido político; F. ATRIA, 2005, *passim*); 3) que los derechos económico-sociales son auténticos derechos subjetivos cuya protección suscita problemas específicos y pueden ser jurídicamente implementados encontrando las técnicas específicas adecuadas (ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, *passim*; y 4) que los derechos económico-sociales son auténticos derechos subjetivos y no suscitan ningún problema específico que no hayan suscitado los derechos individuales y políticos y, en consecuencia, que las técnicas de satisfacción y protección de los derechos no pasan por la distinción entre estos dos tipos de derechos. Esta última es la que trato aquí de argumentar.

⁸ El análisis que voy a presentar es deudor, principalmente, de lo que WELLMAN señala como «*four inter-related difficulties in the theory of economic rights*» (que son: la dificultad de la escasez de recursos, la dificultad de especificar el contenido, la dificultad de identificar a los segundos obligados y la dificultad de localizar el título que confiere el Derecho) (WELLMAN, 1997: 105-116) y CASCAJO denomina «aporías de los derechos sociales» (que incluyen: su carácter relativo, su carácter gradual, su carácter dinámico, su debilidad orgánica y su carácter no-justiciable) (CASCAJO, 1988: 30-34).

fecciones que se les imputan sino de demostrar que tales supuestas imperfecciones las tienen también los llamados «derechos individuales»⁹.

Esas características diferenciales, aunque expresadas en formas distintas, pueden reducirse a las cinco siguientes: 1) los derechos económico-sociales no son universales, sino particulares de cierto tipo de sujetos; 2) los derechos económico-sociales no son absolutos (*erga omnes*) sino relativos a cierto tipo de relación social; 3) los derechos económico-sociales no son definitivos sino que requieren para su actualización la mediación de una cierta organización de las instituciones públicas; 4) los derechos económico-sociales no son gratuitos ni baratos sino que son derechos caros cuya satisfacción requiere llevar a cabo cuantiosas inversiones públicas; 5) los derechos económico-sociales no son, en consecuencia, justiciables. De ello derivan los que así piensan que en los derechos económico-sociales predomina la denominada dimensión objetiva frente a la dimensión subjetiva o, dicho en términos más claros: que los llamados derechos económico-sociales son buenas guías para el legislador pero no son derechos subjetivos.

2.1. Sobre el pretendido carácter particular («los derechos económico-sociales no son derechos universales»)

Si los derechos humanos tienen que ser derechos universales y la universalidad de los derechos consistiera en que el derecho en cuestión debe ser actualmente disfrutado por todos los seres humanos, sea cual sea la ocasión en que se encuentren, entonces algunos derechos individuales clásicos no son, ni han sido nunca, universales y, en consecuencia, no serían derechos humanos. Las declaraciones de derechos afirman categóricamente que los hombres tienen, por el mero hecho de ser seres humanos, ciertos derechos entre los que, por ejemplo, se encuentran el derecho a la propiedad y el derecho a la resistencia a la opresión. Naturalmente, los afortunados seres humanos que no estén en la situación de oprimidos no disfrutan, o no pueden ejercer, el importante derecho de resistirse a la opresión, aunque nadie ha dudado de que eso no resta universalidad alguna al derecho cuyo significado moral normativo es que cualquier ser humano que se encuentre en la ocasión de estar oprimido tiene el derecho a resistirse. Más llamativo es el derecho de propiedad. Predicado como derecho natural de todo ser humano, nadie pretendió que el mero hecho de ser un ser humano concediese a nadie el derecho a ser propietario de algo (nunca, por lo que yo sé, el derecho de propiedad ha sido concebido como una pretensión). Lo único que le concedía era el derecho a poder serlo siempre y cuando se encontrase en la afortunada ocasión denominada «modo de adquirir la propiedad», ocasión detalladamente construida por la tradición jurídica liberal y más definitivamente establecida por los códigos civiles. Cualquier persona, pues, se convierte en

⁹ Omitiré, por entenderlo trivial, el argumento de que entre los llamados «derechos económicos, sociales y culturales» quedaron incluidos, por razones meramente históricas, derechos típicamente liberales como, por ejemplo, la libertad de asociación obrera, la no discriminación en el puesto de trabajo o la libertad de crear centros docentes (respectivamente, en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales: artículo 8.1.a), artículo 7.c) y artículo 13.4. Mis argumentos coinciden en términos generales con los de RUIZ MIGUEL, 1994, *passim*, con la única diferencia de que él los organiza en torno a los presuntos caracteres de absolutidad, universalidad e inalienabilidad de los derechos humanos; coinciden también sustancialmente con el excelente análisis de V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, 2002 (especialmente en el capítulo 1, pp. 19-64).

propietario si ocupa un bien que sea apropiable por su naturaleza y que carezca de dueño, o bien si se lo concede el legislador, o bien si se lo regalan, o bien si se lo dejan en herencia o bien si lo adquiere por consecuencia de cierto contrato mediante la tradición¹⁰. Obvio es decir que los millones de personas que, durante mucho tiempo y aun ahora, no han ocupado bienes ocupables que carezcan de dueño, no se han beneficiado de la benevolencia del legislador, no han heredado (normalmente, porque la situación de sus ascendientes era tan paupérrima como la suya), y no han tenido ocasión de formalizar un contrato que les proporcione algo más que un salario de subsistencia, son millones de personas que —después de cenar— no tienen propiedad alguna. El derecho natural universal a la propiedad no es otra cosa que el derecho universal a ser propietario si uno se encuentra en la ocasión de serlo. Entonces, y sólo entonces, la legislación moderna despliega un amplio sistema de libertades, potestades e inmunidades que configuran el supuestamente universal derecho de propiedad¹¹.

Parece fácil concluir que el que ciertos derechos universales se prediquen de los seres humanos que se encuentran en ciertas ocasiones, o que su disfrute dependa de una cierta configuración ocasional, no es un óbice a su pretendida universalidad. En todo caso no es una característica exclusiva de los derechos económico-sociales el que se trate de derechos que se predicen del ser-humano-que-trabaja o del ser-humano-que-carece o, dicho en la otra forma, que su disfrute depende de cierta situación laboral o de cierta situación de carencia¹².

2.2. Sobre el pretendido carácter relativo («los derechos económico-sociales no son derechos absolutos o erga omnes»)¹³

Si los derechos humanos tienen que ser derechos absolutos y el carácter absoluto de los derechos consistiera en que el titular puede esgrimir su derecho contra todos y todos están obligados a realizar alguna acción o a observar alguna abstención para sa-

¹⁰ Estas referencias recogen los llamados «modos de adquirir la propiedad» según el artículo 609 del Código Civil español.

¹¹ El artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789 e incorporada a la Constitución revolucionaria de 1791, sólo decía al respecto que «siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa». La Declaración jacobina de 1793 fue más explícita en su redacción —lo que RITCHIE considera más adecuado a la mentalidad de un jurista inglés (RITCHIE, 1924: 265)— y dice en su artículo 16 que «el derecho de propiedad es el que pertenece a todo ciudadano de gozar y de disponer, de acuerdo con su criterio, de sus bienes, de sus ganancias, del fruto de su trabajo y de su industria». Este notable esfuerzo definitorio, aunque permite atribuir a todos los hombres la propiedad sobre el fruto de su trabajo, sigue sin resolver cuándo los bienes, las ganancias y las industrias son «suyas». En todo caso —como señalan HOLMES y SUNSTEIN— «*the definition, assignment, interpretation, and protection of property rights is a government service that is delivered to those who currently own property, while being funded out of general revenues extracted from the public at large*» (HOLMES y SUNSTEIN, 1999: 29).

¹² Algunos autores recurren, a este respecto, a la distinción entre «titularidad» y «ejercicio» para defender que la universalidad se predica de la titularidad pero no del ejercicio (*vid.*, por ejemplo, CONTRERAS, 1994: 38). No me parece que el argumento así formulado sea correcto, como ha demostrado WESTEN en relación con la universalización de normas singulares (WESTEN, 1980: 81), aunque la conclusión que a fin de cuentas se trata de sostener es la misma que aquí se sostiene (CONTRERAS, 1994: 37-40).

¹³ Otras veces se habla de «absolutos» en sentido de no-limitados y no-excepcionables. *Vid.* RUIZ MIGUEL, 1994: 656-659. Utilizo aquí una noción de «absolutos» más familiar en la dogmática continental que se refiere a los derechos (también llamados «de exclusión») que tienen eficacia contra todos.

tisfacerlo, entonces ninguno de los derechos políticos clásicos sería absoluto y, en consecuencia, no serían derechos humanos. Los derechos políticos se predicán de un sujeto frente al Estado del que el sujeto es ciudadano. El derecho de sufragio no se pretende que lo tenga todo ser humano respecto a los gobernantes de cualquier Estado, sino precisamente del Estado del que él forma parte y a cuyas decisiones normativas está habitualmente sometido. Cuando decimos que el derecho al sufragio o el derecho a un juicio justo es un derecho humano, decimos que cualquier persona tiene derecho moral al sufragio o, en su caso, a un juicio justo pero el obligado a satisfacer estos derechos depende nuevamente de la ocasión. El obligado —obligado moralmente y obligado por las declaraciones internacionales cuando han sido suscritas y, si todo va bien, obligado por las normas constitucionales internas— es el Estado al que una cierta persona pertenece como ciudadano, en el primer caso, y el Estado que procesa a una persona, aunque no sea ciudadano del estado, en el segundo caso. El Estado español no está obligado a proporcionar un juicio justo a los concentrados en el campamento de Guantánamo, sino que lo están precisamente los Estados Unidos de América y los internados en Guantánamo tienen ese derecho contra los Estados Unidos y no contra los demás.

Consecuentemente, el que los derechos económico-sociales se ostenten contra un estado, sociedad política o institución determinada no es una característica específica o peculiar de este tipo de derechos¹⁴.

2.3. Sobre el pretendido carácter *prima facie* («los derechos económico-sociales no son derechos definitivos»)¹⁵

Si los derechos humanos tienen que ser derechos definitivos, en el sentido de que su configuración no depende de ulteriores precisiones institucionales sino que que-

¹⁴ Sin embargo la importancia moral de los derechos humanos, en cuanto derechos morales básicos del individuo, tiene una cierta dimensión absoluta. Como señalaba Neil MACCORMICK «los padres tienen el deber de cuidar a sus hijos precisamente *porque* los niños tienen derecho a ser cuidados y alimentados... a falta de los padres... el derecho de los niños permanece y ha de recurrirse a otros medios para cumplimentarlo» (MACCORMICK, 1990: 135; *vid.* también en el mismo sentido HIERRO, 1982: 60). Esta exigencia de satisfacción subsidiaria no es privativa de los derechos-pretensión sino que es predicable también de derechos-libertad, derechos-potestad y derechos-inmunidad; precisamente *porque* todos los seres humanos tienen derecho a la libertad de expresión, al sufragio o a un juicio justo, a falta de la protección de su estado el derecho permanece y hemos de recurrir a otros medios para satisfacerlo, lo que explica y justifica la permanente reivindicación de una efectiva protección supranacional de los derechos humanos.

¹⁵ También el calificativo de «*prima facie*» se utiliza, al menos, en dos sentidos diferentes como he señalado en otra ocasión (HIERRO, 2002, nota 84 en p. 67). Unas veces quiere decirse que no son derechos «absolutos» porque pueden entrar en conflicto y, si bien se consideran como «triumfos» *a priori* frente a otros valores o preferencias, ello no resuelve el problema cuando el conflicto es entre derechos humanos; en tal caso se requiere siempre una ponderación y un derecho (es decir, su satisfacción) puede tener que ceder total o parcialmente ante otro (GEWIRTH, 1984: 92; LAPORTA, 1987: 40-41). En este sentido la idea de derechos «*prima facie*» se opone a la de derechos «absolutos» en el sentido de no limitados. Otras veces quiere decirse que los derechos humanos requieren compromisos institucionales para convertirse en derechos «finales». Estos compromisos son en todo caso necesarios para convertir los derechos morales abstractos en derechos constitucionales concretos bajo cuya forma «final» los derechos son normalmente «complejos» de pretensiones, libertades, inmunidades y potestades (SCANLON, 1984: 139). Piénsese, por ejemplo, en la libertad positiva que es, en abstracto, una «potestad» y se manifiesta —entre otras cosas— en el derecho al sufragio cuya institucionalización implica la potestad de votar con fuerza decisoria, la libertad de elegir entre varias opciones, ciertas inmunidades (p. ej. el secreto del voto) y un sinfín de pretensiones frente al Estado (que convoque elecciones, realice censos,

da definida por su mero enunciado, entonces prácticamente ninguno de los derechos individuales, civiles o políticos clásicos sería definitivo y, en consecuencia, no serían derechos humanos¹⁶. El derecho a la seguridad jurídica, por poner un solo ejemplo, no ha dejado de extender su configuración o contenido. Inicialmente se pretendía sólo que el monarca estuviese sometido a las leyes, que los juicios se celebrasen por autoridades judiciales preestablecidas y no por jueces *ad hoc*, o que no se embargasen los bienes inmuebles si el deudor disponía de bienes muebles; posteriormente se reclamó la publicidad formal de las leyes, la irretroactividad de las leyes penales o el derecho a la defensa letrada; todavía más tarde empezó a incluirse entre los contenidos de la seguridad jurídica un diseño estricto de la jerarquía de todas las disposiciones normativas, la motivación de las sentencias o la doble instancia en los juicios penales.

El argumento que ahora critico parece implicar que hay algunos derechos, los derechos individuales (y, quizá, los derechos políticos), cuya mera declaración surte, si se respeta, la configuración definitiva del derecho cuya realidad ya no se ve afectada por el ulterior desarrollo institucional y que, precisamente, un derecho es más claro, más intenso o más «real» en cuanto menos depende de su posterior configuración institucional. La respuesta a este argumento es doble. De un lado que, como ya he indicado, la configuración definitiva de un derecho siempre depende de ulteriores desarrollos institucionales y, de otro lado, que la claridad, realidad o intensidad del derecho en cuestión no depende de las posibilidades efectivas de satisfacerlo o protegerlo, aunque las requiera para obtener su configuración definitiva.

Si el sentido de afirmar que alguien tiene un derecho dependiese de las posibilidades actuales de satisfacer efectivamente su disfrute de tal derecho o, en su caso, de reparar efectivamente la violación de tal derecho, o si dependiese de esos mismos factores la importancia del derecho o su realidad (en el sentido, de resonancias realistas, en el que Carl WELLMAN distingue entre «*real rights*» y «*paper rights*»), entonces el derecho a la vida sería el derecho cuya afirmación tendría menos sentido, o el derecho de menor importancia o menos real (sería un «derecho de papel»).

La razón es sencilla. El derecho a la vida, considerado tradicionalmente como un derecho individual universal *erga omnes*, no es una libertad (en muchas concepciones morales y en muchos ordenamientos jurídicos el derecho a la vida se entiende compa-

publique listas, establezca colegios, etc.). Por otra parte los compromisos institucionales pueden configurar de muchas formas admisibles la periodicidad electoral, el sistema de demarcaciones, el carácter abierto o cerrado de las listas, etc. En este sentido la idea de derechos «*prima facie*» se opone a la de derechos «*inales*». Aquí utilizo esta segunda acepción.

¹⁶ A veces esta pretendida característica se enuncia diciendo que los derechos económico-sociales no son estables, sino que tienen un carácter dinámico. Creo que los argumentos esgrimidos sirven igualmente para impugnar esta pretendida característica de los derechos económico-sociales. La propiedad privada, el derecho al sufragio, el derecho a un juicio justo, el derecho a la defensa letrada, el derecho a la intimidad... son derechos que se encuentran mucho más o mucho mejor satisfechos y protegidos en la legislación actual de los estados de Derecho de lo que lo estaban en el momento inicial de ser declarados, una vez que se han desarrollado, respectivamente, sistemas notariales y registrales públicos, sistemas electorales que incluyen censos exhaustivos y voto por correo, normas procesales que incluyen la doble instancia, turnos o servicios para la defensa de oficio o, en el último ejemplo, instituciones de protección de datos. Ello no significa que en los momentos iniciales de su declaración y positivación tales derechos fuesen inexistentes o meramente «*manifesto sense*». El carácter dinámico no es, desde luego, privativo de los derechos económico-sociales.

tible con la prohibición del suicidio), ni es una inmunidad absoluta (al menos, en las concepciones morales y en los ordenamientos jurídicos que entienden compatible el derecho a la vida con la pena de muerte), ni es una potestad (aunque al hecho de vivir, unido a algunas ulteriores condiciones de competencia cognitiva, se le atribuyan potestades como las de contraer matrimonio o adquirir la propiedad), ni es una pretensión a recibir un bien que no se tiene o se ha perdido (la vida). El derecho a la vida es sólo el derecho a conservar la vida que ya se tiene y a no ser privado de ella por la acción de cualquier otro ser humano ni, allí donde también se entiende como inmunidad absoluta, por la acción del Estado. El contenido del derecho a la vida es sólo la pretensión de una serie de acciones normativas y fácticas por parte del Estado que prevengan las acciones homicidas. En una concepción más social de los derechos, el derecho a la vida incluye también la pretensión de una serie de acciones normativas y fácticas por parte del Estado que prevengan los hechos naturales que pueden privar de la vida, tales como las enfermedades mortales, las catástrofes naturales, los accidentes laborales o los accidentes de circulación. En ambos casos, el fundamento moral del derecho es asegurar el hecho de vivir (al que se atribuye un valor moral constitutivo) y el contenido del derecho es una pretensión de protección.

Pero —obvio es decirlo— si un asesino, una junta militar, una comida en mal estado, un huracán, un andamio sin protección o un conductor imprudente causan a alguien la muerte y violan, de este modo, su derecho a la vida, es sencillamente imposible restaurar al titular del derecho en el disfrute del mismo, como tampoco es posible disminuir el daño causado por la violación o compensarlo mediante una indemnización. No hay posibilidad alguna de recuperar la vida perdida, ni parte de ella, ni de recibir compensación alguna por su pérdida. En este aspecto el derecho a la vida, a diferencia de los derechos a la propiedad, a la integridad física, al honor, al sufragio, a la libertad o cualquier otro, es el derecho peor satisfecho y peor protegido. Nadie sostiene, sin embargo, que carezca de sentido afirmar el derecho a la vida o que el derecho a la vida sea menos importante, menos «real» o que sólo pueda declararse «*manifesto sense*».

El que el derecho a la vida admita tan escasa protección no significa, por otra parte, que no admita ninguna o que la poca que admite sea poco relevante. La acción normativa y fáctica del Estado para prevenir la violación del derecho puede tener una eficacia mayor o menor y, consecuentemente, la protección del derecho —en la medida sólo preventiva en que ella es posible— puede ser mayor o menor. Supongamos dos sistemas jurídicos cuyos respectivos textos constitucionales declaran en los mismos términos el derecho a la vida como derecho individual universal («Todos tienen derecho a la vida»); supongamos que sus códigos penales condenan con penas respectivamente idénticas de un lado el homicidio voluntario, de otro sus formas agravadas, de otro el homicidio por imprudencia, y de otro la denegación de auxilio con resultado de muerte; supongamos que sus leyes laborales contienen idénticas prescripciones sobre la seguridad laboral e idénticas sanciones contra los empresarios incumplidores, etc. Si el primero de esos países dispone de una extensa y eficaz policía, así como de una extensa y eficaz inspección de trabajo, de modo tal que el índice de delitos contra la vida y el índice de accidentes laborales mortales son muy bajos, mientras que en el segundo país la carencia de lo uno y de lo otro se traduce en índices muy altos, la conclusión es que el derecho a la vida está más protegido, y consecuentemente se disfruta más, en el pri-

mero que en el segundo¹⁷. Los derechos, en cuanto situaciones normativas, tienen, como las normas, una dimensión de eficacia o vigencia que sólo la ceguera formalista puede desconocer o minusvalorar.

Consecuentemente, el que la configuración del derecho dependa de ulteriores precisiones institucionales y no de su mero enunciado no es una característica específica o peculiar de los derechos económico-sociales.

2.4. Sobre el pretendido carácter costoso («los derechos económico-sociales no son derechos gratuitos ni baratos»)

Posiblemente el argumento más tópico y que frecuentemente engloba o subsume a los anteriores es el que esgrime la escasez de recursos.

Si los derechos humanos tienen que ser derechos baratos para que su satisfacción y protección efectiva no dependa de la contingente asignación de recursos colectivos escasos, esta condición de gratuidad podría interpretarse de dos formas. De acuerdo con una primera interpretación la condición de gratuidad se interpretaría como que la satisfacción y la protección del derecho no tienen coste alguno para nadie. De acuerdo con la segunda interpretación la condición de gratuidad se interpretaría como que la satisfacción y la protección del derecho tienen algún coste pero éste es asumido por el propio titular del derecho.

La primera interpretación es implausible salvo asumiendo una teoría de los derechos como meras libertades o inmunidades verticales que se satisfacen con la mera abstención del Estado. Ningún liberal ha suscrito nunca semejante concepción de los derechos. Los liberales, desde LOCKE hasta ahora incluyendo los más radicales como HAYEK y NOZICK, han sostenido sin empacho alguno que el Estado se justifica porque protege los derechos individuales, porque asume, al menos, el legítimo monopolio de la violencia conforme al cual queda abolida la defensa privada —que sólo es legítima en casos límite— y sustituida por la defensa pública de los derechos. De tal modo surge, como mínimo, un aparato estatal de defensa, un aparato estatal de policía y un aparato estatal de administración de justicia. Obvio es decir que todos ellos son caros y, con toda probabilidad, muy caros¹⁸. Naturalmente, lo mismo cabe decir de la implementación de derechos políticos, como el derecho al sufragio, cuya mera realización supone costosos sistemas públicos.

La segunda interpretación argumentaría que el coste de los derechos individuales se asume por su titular¹⁹. La protección de la propiedad mediante el sistema notarial, registral y judicial puede ser costeadada por los propios titulares de los derechos de pro-

¹⁷ «*The amount the community chooses to expend decisively affects the extent to which the fundamental rights of Americans are protected and enforced*» (HOLMES y SUNSTEIN, 1999: 31).

¹⁸ El lugar clásico sobre la cuestión es el libro de Stephen HOLMES y Cass R. SUNSTEIN, que vengo citando, *The Cost of Rights. Why Liberty depends on taxes* (1999). Vid. también RUIZ MIGUEL, 1994: 659-660.

¹⁹ HOLMES y SUNSTEIN subrayan que «*the dependency of rights protection on private resources is well understood and has traditionally attracted greater attention than the dependency of rights protection on public resources*» (HOLMES y SUNSTEIN, 1999: 21, donde se incluye una distinción entre costes presupuestarios, costes sociales y costes privados de los derechos).

piedad mediante sistemas de aranceles y tasas, y esta ha sido ciertamente la forma más frecuente en los países liberales. Ello no tiene nada de extraño ya que, por definición, hablamos de la protección de la propiedad privada para aquellos seres humanos que se encuentran en la afortunada ocasión de ser propietarios. Pero ni siquiera la protección general que el sistema liberal implementó mediante el ejército, la policía y la justicia penal han dejado nunca de ser considerados bienes públicos en el estricto sentido económico y, por ello, costeados socialmente. Por otra parte asumir que el coste de los derechos dependa exclusivamente de la capacidad económica del titular es asumir una condición muy fuerte de desigualdad que es la que late, por supuesto, en el libertarismo de NOZICK. Es tanto como asumir que todos tienen derecho a la integridad física y derecho al honor pero que sólo se reparará la violación del derecho a la integridad física y del derecho al honor de quien tenga dinero para pagarla. Baste ahora señalar que, en la tradición liberal misma, se han instrumentado diferentes formas de asignar los costes de la protección según se trate del ejercicio de acciones civiles, del ejercicio de acciones penales (incluso distinguiendo delitos públicos y delitos privados), o de otras acciones institucionales como la protección registral de la propiedad inmueble o de la propiedad intelectual.

No hay, pues, nada cualitativamente distinto en implementar un sistema en el que los derechos económico-sociales (por ejemplo: el derecho a la educación o el derecho a la salud²⁰) sean desarrollados como bienes públicos aunque sean costeados en ciertas ocasiones por quienes los disfrutan, mediante sistemas de aranceles o tasas, siempre y cuando puedan hacerlo²¹. La pretensión de que el derecho a la educación o el derecho a la salud tiene una estructura cualitativamente distinta, por razón de que implican costes, al derecho de sufragio o al derecho a la tutela judicial es una pretensión sin ningún fundamento²². Cuestión distinta es cómo distribuir ese coste. Por otra parte, la protec-

²⁰ Como señalan HOLMES y SUNSTEIN, «*investment in education closely parallels investment in the enforcement of property rights and the protection of owners from arson and acquisitive crime*» (HOLMES y SUNSTEIN, 1999: 212).

²¹ PECES BARBA suscita una cuestión interesante al señalar que, en los derechos económico-sociales, «se ha producido una gran confusión en el Estado social y se ha considerado como meta de estos derechos la generalización de los mismos a todos los hombres, con lo cual se ha desviado su objetivo y se han favorecido situaciones de injusticia. La llamada generalización de la protección de la salud o de la gratuidad de la enseñanza, han desvirtuado la finalidad de esos derechos al acoger a quienes tienen medios para satisfacer esas necesidades, junto a los que no podían hacerlo por sí mismos» (PECES BARBA, 1999: 65-66). Frente a ello PECES BARBA propone, respecto a estos derechos, un criterio de igualdad-como-diferenciación que sirva para alcanzar la igualdad-como-equiparación y ello le conduce a concluir que en los derechos individuales, civiles y políticos «los destinatarios son todas las personas» mientras que en los derechos económico-sociales los destinatarios son «sólo los afectados por las carencias» (*ibidem*, p. 66). En mi opinión es claro que PECES BARBA está argumentando sobre la distribución de los costes y sobre en qué ocasiones el Estado ha de resultar el obligado directo a satisfacer el derecho y en cuáles sólo estaría obligado a garantizar su protección. PECES BARBA coincidiría conmigo en que cualquier niño, por rica que sea su familia, tiene derecho a la educación o en que cualquier persona, por muy adinerada que sea, tiene derecho a la protección de su salud. Otra cosa es cómo distribuir el coste de lo uno y de lo otro.

²² El argumento en contra —esto es: que los derechos económico-sociales tienen una estructura cualitativamente distinta a los derechos individuales, civiles y políticos— es muy común en la doctrina. Por ejemplo, Francisco J. CONTRERAS lo sostiene con abundante apoyo bibliográfico aunque, para «conservar su viabilidad», excluye de la clase de los derechos económico-sociales el derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga. El argumento principal estriba en que las libertades sólo exigen una acción del Estado de carácter adjetivo (CONTRERAS, 1994: 31) mientras que para los derechos económico-sociales «la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho». En tal caso, estos autores deberían concluir también que el derecho a la seguridad jurídica o el derecho al sufragio son derechos económico-sociales.

ción de los derechos cuando han sido violados implica, en todo caso, costes tanto se trate del derecho a la vida o del derecho al honor como del derecho a la salud o del derecho al medio ambiente. Cuestión distinta es, nuevamente, cómo se distribuyan esos costes.

Que el sistema educativo público o el sistema sanitario público sea más costoso que el sistema policial o el sistema electoral, aparte de ser empíricamente discutible, sólo arrojaría una diferencia cuantitativa que no puede traducirse en una pretendida diferencia ontológica entre el derecho a la educación o el derecho a la salud, de un lado, y el derecho a la propiedad privada o el derecho al sufragio, del otro.

2.5. Sobre el pretendido carácter programático («los derechos económico-sociales no son derechos justiciables»)

De las anteriores pretendidas diferencias suele derivarse como corolario que los derechos individuales, civiles y políticos son justiciables mientras que los derechos económico-sociales no son justiciables²³.

De acuerdo con lo que ya he indicado deberíamos admitir que el derecho a la vida, para aquel titular que es privado de él, no es un derecho justiciable. De ello no se deriva que no sea un derecho y que no deba ser, hasta donde es preventivamente posible, protegido. Que un derecho admita una protección judicial directa perfecta o reparadora (digamos, la reivindicación o restauración del titular en el disfrute del derecho, como el derecho de propiedad) o una protección judicial directa imperfecta o compensadora (digamos, la indemnización por la violación del derecho, como el derecho a la integridad física) o una protección judicial indirecta generalmente preventiva (digamos, una sanción al que viola el derecho, como el derecho a la vida) no se deriva que uno sea un derecho más importante o más real que otro, sino sencillamente que uno es más fácil de satisfacer o de proteger que el otro.

Que existan derechos cuya satisfacción no puede obtenerse de forma directa y perfecta mediante una decisión judicial no resta nada a la fuerza del argumento moral que exige que ese derecho sea satisfecho, aunque su satisfacción requiera la actividad legislativa y «contar para su realización con una determinada estructura y organización en el campo económico y social» (CASCAJO, 1988: 30) ni impide que el ordenamiento jurídico prevea que, cuando el derecho no puede ser satisfecho de esa forma, el juez dicte una decisión compensadora o sancionadora. Que el juez, en un Estado de Derecho, sólo podrá dictar tal tipo de resoluciones si las leyes le autorizan a hacerlo es una trivialidad cuando se esgrime como argumento diferenciador de los derechos económico-sociales. Mientras la regla de reconocimiento entonces vigente sólo atribuyó a la parte de-

²³ Todo el largo capítulo 3 de ABRAMOVICH y COURTIS (2002: 117-254) analiza la justiciabilidad. Parten allí de que los obstáculos a la exigibilidad de los derechos sociales ante los tribunales son, pretendidamente, cuatro: la determinación de la conducta debida (que quedaría incluido en el argumento que he discutido sub. 2.3); la autorrestricción judicial en cuestiones políticas y técnicas; la ausencia de mecanismos procesales adecuados; y la escasa tradición del control judicial específico de este tipo de derechos. Ellos ofrecen un interesante análisis de las estrategias judiciales desarrolladas por diferentes tribunales para superar estos obstáculos. *Vid.* también los trabajos, más convencionales, de M. SCHEININ, 2001 y S. LIEBENBERG, 2001.

clarativa de las constituciones un valor programático y no la eficacia jurídica directa —como ocurrió durante largas décadas en los países europeos— los jueces no podían proteger la libertad de prensa sino en los términos previstos por la legislación de prensa que, con frecuencia, admitían la censura gubernativa. Ello sólo significa que la libertad de prensa estaba legalmente muy mal protegida, no que no constituyera un derecho moral y, allá donde estaba constitucionalmente declarado, un derecho constitucional mal protegido. El que una constitución, o la legislación que la desarrolla, no proteja eficazmente (incluso mediante la autorización de decisiones judiciales reparadoras, compensadoras o sancionadoras) el derecho a la educación o el derecho a la salud sólo significa que el derecho a la educación o el derecho a la salud están legalmente muy mal protegidos en tales casos.

Me parece que arrastramos un insostenible prejuicio cuando, con tanta frecuencia, se argumenta sobre las dificultades de protección judicial de los derechos económico-sociales frente a una supuesta facilidad en la protección judicial de los derechos individuales. Creo que hay que subrayar, nuevamente, que el error se encuentra en el pretendido punto de partida, esto es: en la supuesta facilidad y eficacia inmediata de la protección jurisdiccional de los derechos individuales. Este punto de partida, que suele darse por evidente, parece insinuar que el juez no ha requerido la intervención del legislador para proteger los derechos individuales. Es difícil, si no imposible, concebir cómo podría llevarse a cabo una fácil e inmediata protección del derecho de propiedad, del derecho de sufragio, del derecho a la vida, de la libertad de expresión o del derecho al honor sin la mediación de la legislación civil, la legislación electoral, la legislación penal y la legislación procesal. La principal diferencia entre los derechos individuales y los derechos sociales no estriba, a efectos de su justiciabilidad, en que los primeros no requieran la mediación del legislador y los segundos sí, sino en que la mediación legislativa para configurar los derechos individuales ya estaba, en gran medida, satisfecha en la tradición jurídica occidental (vida, propiedad, libertad de comercio, honor, etc.) y fue corregida y completada —principalmente mediante su generalización formal y su sistematización— en el período de las revoluciones burguesas mientras que tal mediación legislativa para configurar los derechos sociales se inicia, básica y tímidamente, en el siglo XX y está todavía haciéndose.

3. EXCURSO SOBRE LOS DERECHOS QUE NO SON DERECHOS

El constituyente y el legislador, sea cual sea el mágico poder que les atribuimos, pueden hacer mucho, casi todo, e incluso a veces decir tonterías. En España es proverbial la ingenua pasión humanista que inspiró al constituyente de 1812 que, a pesar de las protestas del diputado Villanueva (FERNÁNDEZ ALMAGRO, 1928: 140), acabó por incluir en su artículo 6 la obligación de los españoles de «ser justos y benéficos». No menos ingenuos fueron los pueblos de las colonias americanas que declararon como un derecho el derecho a la felicidad pero, como dijo RICHIE:

The right, not merely of pursuing but of obtaining happiness, which is named as one of the natural rights of man in most American State Constitutions, may seem, in this world of ours, to be a very large order in the bank of Providence (RITCHIE, 1924: 272).

Los derechos se invocan, a veces, como meras aspiraciones o pretensiones ideales sin que sea posible definir quién es el obligado a satisfacerlos ni cuál la forma de protegerlos. Joel FEINBERG ha expuesto con claridad el uso retórico del concepto «derechos humanos» en lo que denomina un «*manifesto sense*» cuando «un derecho no necesita ser correlativo con el deber de otro» (FEINBERG, 1980: 153). FEINBERG mira con simpatía este uso retórico aunque prefiere un concepto más estricto conforme al cual «tener un derecho es tener una pretensión contra alguien cuyo reconocimiento como válida viene requerido por algún conjunto de reglas efectivas o de principios morales» (*ibidem*, p. 155).

Esta opción por un concepto normativamente estricto de «derechos» tiene dos implicaciones: que todo derecho es correlativo de uno o más deberes de otro u otros y que tales deberes pueden ser satisfechos pues nadie está obligado a lo que no puede hacer. Los deberes correlativos pueden ser deberes positivos (como obligaciones o sujeciones) o deberes negativos (como abstenciones o incompetencias) y pueden ser deberes generales (o de todos) o deberes especiales (o de algunos) pero, en cualquier caso, si no es posible establecer sobre nadie el deber que satisface el derecho carece de sentido afirmar que el derecho existe pues no pasa de ser un «cheque contra la Providencia». En términos jurídicos esto significa que si un orden legal dado declara un cierto derecho sin establecer los deberes jurídicos correspondientes a su satisfacción, simplemente el derecho no existe como derecho subjetivo positivo en ese ordenamiento jurídico o, lo que es igual, es un «derecho de papel». Esto significa igualmente que si, en términos morales, no podemos razonablemente fundamentar el deber de nadie para satisfacer un derecho, entonces no podemos razonablemente afirmar que tal derecho existe. PÉREZ LUÑO ha considerado que esta restricción que ya propuse hace años (HIERRO, 1982: 60) supone privar a los derechos de «su dimensión emancipatoria y su propio contenido axiológico» porque identifica a los derechos «con los contenidos empíricos del derecho positivo de cada sistema político» (PÉREZ LUÑO, 2003: 175-176)²⁴. La restricción, sin embargo, tiene un mero carácter conceptual y pretende configurar un concepto claro y riguroso —aunque no voluntarista— de «derechos». No supone, desde luego, ninguna reducción al derecho positivo pues, en términos morales, uno puede y debe someter a crítica «las condiciones de posibilidad para la realización de los derechos» (*ibidem*)²⁵. Sí supone, sin embargo, que enunciar el «derecho a la felicidad», sea cual sea su carácter emancipatorio, no tiene sentido alguno, como ya hemos visto que señaló RITCHIE; supone también que «los derechos o, por así decirlo, su contenido se expanden al mismo ritmo al que se expande la riqueza material y cultural de una sociedad» (HIERRO, 2002: 51).

4. LOS DERECHOS ECONÓMICO-SOCIALES EN LA DOGMÁTICA DE ROBERT ALEXY

De acuerdo con el propósito de este trabajo trataré ahora de comparar la reconstrucción teórica de los derechos sociales que ALEXY propone con las presuntas diferen-

²⁴ Francisco J. CONTRERAS va más lejos afirmando, en relación con mi trabajo de 1982, que la «reserva económica de lo posible» supone «asestar una puñalada en la espalda a la utopía de los derechos humanos, el gran ideal de los tiempos modernos» (CONTRERAS, 1994: 114). Aunque esta gruesa afirmación, y las que la siguen, tienen mucho de retórico, sería fácil responderle que a algunos nos preocupan los derechos humanos que pueden estar en alguna parte y que, por ello, no son u-tópicos.

²⁵ Eso he tratado de hacer, por ejemplo, en relación con la eficiencia productiva en HIERRO, 2002b.

cias entre derechos individuales y derechos sociales que acabo de comentar. Conviene comenzar por recordar esquemáticamente el sistema de los derechos fundamentales que ALEXY ofrece y que es el siguiente:

- DERECHOS FUNDAMENTALES**
- 1. *DERECHOS A ALGO*
 - 1.1. Derechos de defensa (a acciones negativas)
 - 1.1.1. Derechos al no impedimento de acciones
 - 1.1.2. Derechos a la no afectación de propiedades
 - 1.1.3. Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas
 - 1.2. Derechos a acciones positivas
 - 1.2.1. Derechos a acciones positivas fácticas
 - 1.2.2. Derechos a acciones positivas normativas
 - 2. *LIBERTADES*
 - 2.1. Libertades jurídicas no protegidas
 - 2.2. Libertades jurídicas protegidas
 - 3. *COMPETENCIAS*

Afortunadamente ALEXY prescinde de las tradicionales distinciones entre derechos individuales y derechos sociales para ofrecer una clasificación de los derechos fundamentales basada en su estructura deóntica y no en los avatares de su aparición histórica. Los derechos económico-sociales se sitúan, en este esquema, como derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio (1.2). Estos derechos a prestaciones en sentido amplio abarcan diversas modalidades, «desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del Derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes» (ALEXY, 1993: 427) por lo que ALEXY —admitiendo que hace un uso de la expresión «prestaciones» más amplio del que es habitual (*ibidem*, p. 428)— propone subdistinguir tres grupos de derechos a prestaciones en sentido amplio: 1) los derechos a protección, 2) los derechos a organización y procedimiento y 3) los derechos a prestaciones en sentido estricto (*ibidem*, p. 430), advirtiendo que los «llamados derechos fundamentales sociales, es decir, por ejemplo, los derechos a la asistencia social, al trabajo, la vivienda y la educación... constituyen un sector importante de aquello que puede ser llamado “derecho a prestaciones”, pero no agotan su ámbito» (*ibidem*, p. 420).

4.1. Los derechos a protección

Según ALEXY los derechos a protección son los derechos que alguien tiene frente al Estado «para que éste le proteja de las intervenciones de terceros» (*ibidem*, p. 435). Se trata de la protección de muy diferentes cosas, tales como la vida y la salud, la libertad, la familia o la propiedad, y lo que tienen en común los derechos a protección es que se trata de derechos constitucionales frente al Estado para que éste haga algo, bien normativamente bien fácticamente (*ibidem*, p. 436). Cuando ALEXY opta por afirmar

que existen propiamente derechos a protección como derechos subjetivos fundamentales específicos que son derechos distintos (y que no se trata, pues, de meras normas objetivas que establezcan un deber del Estado) concluye que estos derechos a protección, a diferencia de los meros derechos de defensa (que sólo requieren acciones negativas del Estado), «comparten una serie de problemas con los derechos sociales fundamentales, con los derechos a prestaciones en sentido estricto... La comunidad de problemas pone, además, de manifiesto que el foso que separa los derechos de la tradición liberal de los derechos propios del Estado social no es tan profundo como podría pensarse a primera vista» (*ibidem*, p. 441).

Hasta este punto la propuesta de ALEXY me parece impecable. El problema comienza, en mi opinión, cuando ALEXY trata de diferenciar entre los derechos a protección y los derechos de defensa. La diferencia nuclear entre los meros derechos de defensa y los derechos a protección estriba en que respecto a los primeros el Estado sólo tiene «el deber de omitir intervenciones» mientras que respecto a los segundos tiene «el deber de encargarse de que terceros omitan intervenciones». ALEXY discute ampliamente las objeciones a la distinción entre derechos de defensa y derechos a protección. La discusión, sin embargo, no resulta en mi opinión nada concluyente. El problema no estriba —creo yo— en si cabe establecer una distinción dogmática entre los derechos de defensa y los derechos a protección sino en si los derechos a protección no son una categoría redundante respecto al derecho a aquella cosa que se protege, sea la vida, la libertad, la familia, la propiedad, etc. Si aceptamos las categorías de ALEXY resulta que alguien tiene un derecho a la libertad de expresión (al que llamaremos DLE¹) y un derecho de defensa a la libertad de expresión frente a la acción del Estado (al que llamaremos DLE²) y un derecho a la protección de la libertad de expresión frente al Estado para que evite la violación del derecho por la intervención de particulares (al que llamaremos DLE³). La libertad de expresión, o el derecho a la vida, o el derecho a la propiedad, etc., se desdobl原因 de este modo en uno o varios derechos de defensa y uno o varios derechos de protección dando lugar a una multiplicación innecesaria de entidades.

Bastaría decir, por el contrario, que si alguien tiene un derecho *erga omnes* a la libertad de expresión (éste es el *ius*) entonces la satisfacción del derecho requiere garantizar normativamente que ni las autoridades del Estado ni los particulares pueden intervenir impidiendo el ejercicio o disfrute de ese derecho, y que la protección del derecho exige medidas normativas y/o fácticas tendentes a evitar tales intervenciones (este es el *remedium*). Naturalmente, el derecho está mejor satisfecho o más protegido en la medida en que el remedio es más eficaz. El remedio puede incluir medidas normativas y fácticas muy distintas (acciones preventivas, medidas sancionadoras, medidas resarcitorias, etc.) pero el remedio no constituye un derecho distinto o un conjunto distinto de derechos sino un elemento de la configuración institucional del derecho²⁶.

El segundo problema de la disociación entre derechos de defensa y derechos a protección estriba en que, de acuerdo con la propia dogmática de ALEXY, la protección de

²⁶ Nada tengo que objetar, por supuesto, a la distinción que ALEXY introduce en esta discusión entre los derechos cuya satisfacción requiere deberes negativos generales, por lo que sólo la omisión de todas las acciones de violación satisface el derecho, y los derechos cuya satisfacción requiere deberes positivos (especiales o generales), por lo que la realización de una sola acción adecuada ya satisface el derecho (*vid.*, *ibidem*, p. 447). La cuestión es, como enseguida discuto, si todo derecho requiere del Estado alguna acción de protección, esto es, alguna acción positiva.

cualquier derecho requiere un específico derecho a protección. ALEXY admite, por ejemplo, que el derecho al honor personal forma parte del derecho general abstracto a la personalidad (*ibidem*, p. 356). Pues bien, si reconocemos (por ejemplo, en una constitución) el derecho al honor personal parece obvio que, para superar la mera retórica declarativa, hemos de reconocer que el derecho al honor personal tiene algún tipo de protección (*remedium*) ya sea mediante el derecho a la rectificación, la sanción penal de las injurias y calumnias, la actividad de una agencia de protección de datos, o cualesquiera otros instrumentos normativos y fácticos. No se me ocurre ningún derecho de tipo alguno que no requiera una u otras formas de protección y, en este sentido, todos los derechos darían lugar a derechos a protección y, consecuentemente, no existirían derechos-sin-derecho-a-protección ni derechos-a-protección-sin-derecho-que-proteger, lo que pone en duda la autonomía de la categoría «derechos a protección».

4.2. Los derechos a organización y procedimiento

Para explicar la existencia de los derechos a organización y procedimiento —que, como ya vimos, son el segundo tipo de derechos a prestaciones en sentido amplio— ALEXY cita muy oportunamente una sentencia del Tribunal Constitucional alemán para señalar que «de acuerdo con la concepción constitucional... una protección jurídica efectiva —que asegure la existencia de la propiedad— es un elemento esencial del derecho fundamental mismo» e incluso que, como consecuencia de la doctrina constitucional, «a todo derecho fundamental material le están adscriptos derechos procedimentales» (*ibidem*, p. 460). Coherentemente con su construcción dogmática ALEXY considera que los derechos a organización y procedimiento son esencialmente competencias que incluyen 1) competencias de Derecho privado, 2) procedimientos judiciales y administrativos, 3) organización en sentido estricto y 4) formación de la voluntad estatal (*ibidem*, p. 468).

Al analizar las competencias de Derecho privado ALEXY constata con claridad meridiana que el matrimonio o la propiedad son situaciones que requieren la concurrencia de normas constitutivas por lo que el derecho a la propiedad o el derecho a contraer matrimonio es lo mismo que el derecho a normas que establezcan la propiedad o a normas que instituyan el matrimonio. Prescindiendo ahora de que ello implica que quien afirme que existe un derecho moral a la propiedad o al matrimonio ha de configurar de qué tipo de propiedad o de matrimonio está hablando, lo interesante es que, en este punto, ALEXY propone la siguiente generalización:

No existen, primero, garantías institucionales objetivas que, a través del aseguramiento de un conjunto básico de normas sirvan para el aseguramiento de derechos fundamentales y, segundo, derechos fundamentales como derechos subjetivos que de esta manera son asegurados, sino que existe un derecho subjetivo a la vigencia de normas de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental (*ibidem*, p. 471).

Aquí, si yo entiendo bien, ALEXY disuelve la dualidad entre un presunto derecho a la organización de la propiedad y un derecho de propiedad. El derecho de propiedad es cabalmente el derecho a la organización de la propiedad. Según él, el derecho de propiedad es el derecho frente al Estado a que tengan validez las normas que instituyen la

propiedad y el entenderlo así sólo «agrega la subjetivización al mero aseguramiento objetivo» (*ibidem*), lo que «es indispensable si los derechos fundamentales son tomados en serio como derechos individuales» (*ibidem*). No tengo nada que objetar pues mi única objeción, como antes he indicado, estriba en que idéntica construcción teórica me parece aplicable —o generalizable— a cualquier tipo de derecho. Naturalmente soy consciente de que la vida, la integridad física o incluso el honor, a diferencia de la propiedad privada o del matrimonio, no requieren normas constitutivas pero no veo nada que impida afirmar que el derecho a la vida, a la integridad física o al honor son *derechos subjetivos a la vigencia de normas que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental*.

Desde luego que ALEXY tiene razón cuando afirma que «los derechos a procedimiento en sentido estricto sirven, en primer lugar, para la protección de posiciones jurídicas existentes frente al Estado y frente a terceros» (*ibidem*, p. 474) por lo que pueden reducirse a derechos a protección. El análisis de los dos restantes grupos (los derechos a organización en sentido estricto, como por ejemplo el derecho a una organización pluralista e independiente de la radiodifusión, y los derechos a la formación de la voluntad estatal) suscitan cuestiones similares a los dos anteriores que ALEXY resuelve en términos paralelos: se trata de derechos subjetivos a que el Estado dicte ciertas normas mediante las que se configura y satisface el derecho individual a una determinada forma de radiodifusión o el derecho individual a ejercer la competencia de votar.

Mi opinión es que la afirmación de ALEXY antes citada (*ibidem*, p. 471) es generalizable a cualquier derecho, incluso a los llamados derechos de defensa. Podríamos decir que, *en cualquier caso, no existen, primero, garantías institucionales objetivas y, segundo, derechos fundamentales de esta manera asegurados, sino que existe un derecho subjetivo a la vigencia de normas de derecho público y/o de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental*. Consecuentemente, todos los derechos, incluso los derechos de defensa, requieren para estar garantizados acciones normativas y/o fácticas por parte del Estado y, por ello, todos los derechos, incluso los derechos de defensa, se convierten en derechos a protección y, puesto que los derechos a protección se convierten en derechos a organización y procedimiento, quiere decirse que todos los derechos incluso los derechos de defensa se convierten en derechos a organización y procedimiento y son derechos a prestaciones en sentido amplio.

Por otra parte, ni los derechos a protección ni los derechos a organización y procedimiento ofrecen, en ALEXY, una configuración definitiva en el sentido de que su mero enunciado implique una determinada forma de estos derechos los cuales revisten, por ello, un carácter de derechos *prima facie* que pueden ser satisfechos y protegidos mediante acciones normativas diversas del legislador. Interesa subrayarlo, de forma preliminar, para comprobar enseguida que son en este aspecto perfectamente similares a los derechos a prestaciones en sentido estricto.

4.3. Los derechos a prestaciones en sentido estricto

De acuerdo con ALEXY los derechos a prestaciones en sentido estricto «son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios finan-

cieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares» (*ibidem*, p. 482).

ALEXY distingue, en relación con este tipo de derechos tres posibilidades teórico-estructurales según las normas que los reconozcan: que se trate de derechos subjetivos o sólo de normas objetivas, que se trate de normas vinculantes o de normas no vinculantes, y que se trate de derechos/deberes definitivos o *prima facie*²⁷. ALEXY da por supuesto que esa diversidad de posibilidades tiene como consecuencia que «en el problema de los derechos fundamentales sociales no puede tratarse de una cuestión de todo o nada» (*ibidem*, p. 486).

ALEXY sólo discute dos objeciones a los derechos sociales a las que denomina formal y material (*ibidem*, pp. 489-490). La objeción formal, según ALEXY, estriba en el dilema que se produce entre vinculación y competencia: «si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento a la del Tribunal Constitucional; si no son vinculantes, conducen a una violación de la cláusula de vinculación del artículo 1 párrafo 3 LF» (*ibidem*, p. 490). En realidad la objeción formal incluye, si uno lee atentamente, tres de las aporías que antes he manejado: la de la no-definitividad, la de la no-gratuidad y la de la no-justiciabilidad (*ibidem*, pp. 490-491). La objeción material, por su parte, pretende que los derechos sociales son inconciliables con ciertos derechos de libertad, con otros derechos sociales y con bienes colectivos.

Para responder a estas objeciones ALEXY invoca la «idea rectora» que había esbozado al principio del capítulo IX (*ibidem*, p. 432) conforme a la cual «los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria». ALEXY propone, en consecuencia, una ponderación de los principios en juego: el principio de libertad fáctica que sería el principal fundamento de los derechos sociales (*ibidem*, pp. 486-489), el principio democrático de decisión, el principio de la división de poderes y el principio de la libertad jurídica de otros así como los otros derechos sociales y los bienes colectivos. Si una prestación es requerida por el principio de libertad fáctica y los principios opuestos son afectados «en una medida relativamente reducida» (*ibidem*, p. 495), entonces cabe admitir que está garantizado por la Constitución y, según ALEXY, tales condiciones se satisfacen «en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica» (*ibidem*).

4.4. Igualdad formal e igualdad material: la ponderación y la hipótesis del mínimo

Si uno trata de escudriñar mediante qué ponderación el profesor ALEXY llega a esta tímida conclusión tiene que volver hacia atrás y repasar sus consideraciones sobre el derecho a la igualdad. Para ALEXY, si el mandato contenido en el artículo 3, párrafo 1, de la Ley Fundamental de Bonn («todas las personas son iguales ante la ley») se interpretara como la mera exigencia de «una práctica universalista de decisión» (*ibidem*,

²⁷ Vid. cuadro en ALEXY, 1993: 484.

p. 386) podría ser satisfecho siempre que las normas se formularan bajo la forma de normas universales²⁸. La consecuencia es, en palabras de ALEXY, que «sólo si la fórmula “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” no es interpretada como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas sino como exigencia a su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad *formal* sino *material*» se puede concluir una concreta vinculación del legislador a tal mandato constitucional (*ibidem*, p. 386). La conclusión que ALEXY propone es que la norma de igualdad de tratamiento y desigualdad de tratamiento opera de forma asimétrica ya que obliga *prima facie* a un tratamiento igual salvo que existan razones que justifiquen un tratamiento desigual por lo que a favor de la igualdad *de iure* existe una carga de argumentación que no existe a favor de la igualdad de hecho (*ibidem*, p. 412).

Hasta aquí no hay nada que oponer a la construcción de ALEXY. Los problemas comienzan cuando ALEXY afirma, un tanto apodícticamente, que «no puede haber ninguna duda de que el principio de la igualdad *de iure* no puede ser sacrificado en aras de la igualdad de hecho» (*ibidem*, p. 406). Antes de continuar la discusión he de advertir que ALEXY, en este punto, se pone la venda antes de recibir la herida, advirtiendo —citando a DREIER— que «la interpretación de la máxima de la igualdad que uno elija depende de la filosofía del derecho y del Estado que uno posea» (*ibidem*, p. 407).

Es claro que la filosofía del Derecho y del Estado que suscribe ALEXY parece asumir sin mucha discusión tres axiomas notoriamente conservadores. El primero es que la igualdad *de iure* no puede ser sacrificada en aras de la igualdad de hecho, axioma que no se deriva de su propio argumento de que existe una carga de la argumentación a favor de la igualdad formal, ya que si esta presunción es sólo *prima facie* —lo que el mismo ALEXY parece admitir— entonces cabe argumentar en favor de sacrificios de la igualdad formal en aras de la igualdad material. El segundo es que el fundamento principal de los derechos sociales o derechos a prestaciones en sentido estricto sea el principio de libertad fáctica y no el principio de igualdad o, dicho de otro modo, de igualdad de oportunidades para la libertad fáctica. El tercero es que los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos a bienes que uno podría adquirir en el mercado si tuviese recursos suficientes. En este tercer axioma se incluye una cierta petición de principio pues se da por supuesto, sin argumento alguno, que un sistema educativo público o un sistema sanitario público sólo se justifican como remedio subsidiario para solucionar carencias del lado de la oferta o del lado de la demanda mientras que es perfectamente argumentable que se justifican para satisfacer derechos fundamentales y que es la iniciativa privada la que tiene un mero papel subsidiario en la creación de estos servicios, papel que puede justificarse en base al principio de libertad de empresa y, en el caso de la educación, al principio de libertad ideológica.

A partir de estos tres axiomas ALEXY construye su teoría del mínimo. Probablemente hay muchas otras razones por las que cabe concluir, coincidiendo con ALEXY, que la capacidad del Tribunal Constitucional para controlar el desarrollo legislativo de los derechos sociales sólo alcanza a controlar si la legislación se sitúa por debajo de un mínimo constitucionalmente inadmisibles. Pero sería importante tener en cuenta que la

²⁸ En mi opinión, ALEXY tiene, en este punto, toda la razón como he tratado de demostrar en un reciente trabajo (HIERRO, 2003).

capacidad de un Tribunal Constitucional para controlar si la legislación implementa adecuadamente los derechos a protección, organización y procedimiento tampoco alcanza más allá de un mínimo constitucionalmente inadmisibles, y, puesto que todos los derechos se traducen en derechos a protección, organización y procedimiento, ello significa que el control de constitucionalidad de las acciones normativas y fácticas del Estado para satisfacer y proteger los derechos fundamentales es siempre necesariamente un control de mínimos.

ALEXY termina sosteniendo, de un lado, que vinculación jurídica es igual a control judicial y, de otro lado, que los principios contienen exigencias normativas al legislador que van más allá de los límites de lo definitivamente debido, es decir, de lo jurídicamente vinculante (*ibidem*, pp. 500 y 501 y ALEXY, 2004: p. 101). Ambas conclusiones me parecen perfectamente correctas pero en modo alguno aplicables exclusivamente a los derechos a prestaciones en sentido estricto, esto es, a los derechos económico-sociales. Respecto a estos, como respecto a cualquier otro derecho fundamental, el control constitucional es un control restringido a lo jurídicamente vinculante, pero respecto a estos, como respecto a cualquier otro derecho fundamental, el legislador está sometido a un mandato de optimización²⁹.

5. EPÍLOGO SOBRE EL «EPÍLOGO» Y CONCLUSIONES

El «Epílogo» que Robert ALEXY escribió para la edición inglesa de su teoría (ALEXY, 2004) desarrolla, principalmente, una discusión sobre el alcance de la optimización y el papel de la ponderación con el propósito de responder a dos críticas: la primera es que la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización les quita su característica fuerza deontológica y los deja en manos del legislador (objeción de HABERMAS); la segunda, que una interpretación expansiva de esta misma concepción priva de toda autonomía al legislador y da paso al estado jurisdiccional (objeción de BÖCKENFÖRDE) (ALEXY, 2004: pp. 14-20, donde denomina a estos argumentos como, respectivamente, «demasiado poco» y «demasiado»).

Aparentemente no hay nada en este «Epílogo» que modifique explícitamente la concepción teórica de ALEXY sobre los derechos económico-sociales. Me parece, sin embargo, que sí cabe observar alguna rectificación implícita y ella es la poca relevancia que ahora se concede, en el contexto de aquella doble discusión, a la distinción entre derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas. Ello no obstante, la contribución de ALEXY al Seminario celebrado en Madrid en noviembre de 2004 (ALEXY, 2005) vuelve a centrarse en los derechos a acciones positivas. La justificación de ALEXY para hacerlo así

²⁹ Esto es algo generalmente asumido, y reclamado, por los defensores de los derechos económico-sociales. Las conclusiones de Sandra LIEBENBERG son un buen ejemplo de ello y resultan, a este respecto, tan ciertas como triviales. La mejor protección de los derechos económico-sociales —sostiene— requiere varios mecanismos: *a*) la inclusión de estos derechos en la legislación y, preferiblemente, en la norma suprema, *b*) políticas y legislación que les concedan efectos concretos («*comprehensive policies and legislation that give concrete effect to the rights*»); *c*) remedios accesibles y efectivos de carácter judicial y administrativo contra su violación y *d*) instituciones nacionales apropiadas revestidas de poder para controlar e investigar su realización (LIEBENBERG, 2001: 84). Lo único que cabe añadir, por última vez, es que exactamente lo mismo es lo que requiere la mejor protección de los derechos individuales, civiles y políticos.

parece ser meramente argumental («*The question of whether or not the expansion of constitutional rights reduces the competence of parliament to an unacceptable degree, is therefore a touchstone... The rights to positive state actions have been a central and indispensable element of this development. Our view will be focused on them*») pero deja nuevamente en la penumbra si para ALEXY estos problemas son específicos de los derechos económico-sociales (los derechos a prestaciones en sentido estricto) o comunes a todo tipo de derechos lo que, de acuerdo con sus propios argumentos, cabría concluir.

La teoría de los derechos fundamentales de ALEXY contiene, en mi opinión, todos los elementos necesarios para concluir, con HOLMES y SUNSTEIN, que «todos los derechos legalmente protegidos son necesariamente derechos a acciones positivas» (HOLMES y SUNSTEIN, 1999: 43)³⁰. Pero me parece que ALEXY no llega a extraer todas las consecuencias que de ello se derivan. La principal es que hemos de abandonar la distinción histórico-ideológica entre derechos individuales, civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, del otro. La teoría de los derechos humanos ha de construirse, por el contrario, a partir de la combinación de dos entradas: por un lado, la distinción entre derechos-libertad, derechos-inmunidad, derechos-pretensión y derechos-potestad y, por el otro, la distinción entre las formas de satisfacción, protección y promoción de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., 2002: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta.
- ALEXY, R., 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (Orig: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1986).
- 2004: *Epílogo a la «Teoría de los Derechos Fundamentales»*, Madrid: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España [Orig: publicado originalmente como epílogo a la traducción inglesa de *Theorie der Grundrechte (A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2002); publicado en traducción castellana de BERNAL, C. en la *Revista Española de Derechos Constitucional*, n.º 66, 2002, pp. 13-64].
- 2005: *On Constitutional Rights to Protection*, inédito.
- ATIENZA, M., 1983: *Marx y los derechos humanos*, Madrid: Editorial Mezquita.
- ATRIA, F., 2005: «¿Existen derechos sociales?», *Discusiones*, n.º 4, pp. 15-59.
- BETEGÓN, J.; LAPORTA, F. J.; PÁRAMO, J. R. DE, y PRIETO, L. (eds.), 2004: *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BLOCH, E., 1980: *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid: Aguilar (Orig: *Naturrecht und menschliche würde*, Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1961).
- CASCAJO, J. L., 1988: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CASSESE, A., 1991: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel (Orig: *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari: Laterza & Figli Spa, 1988).
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J., 1994: *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid: Tecnos.

³⁰ El texto original dice «*What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights*». Traduzco «derechos a acciones positivas» porque el mero calificativo «positivos» se ofrecería a confusión en el uso castellano del término y, al mismo tiempo, la traducción resulta fiel al sentido original.

- DÍAZ, E., y COLOMER, J. L., 2002: *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza.
- EIDE, A., 2001: *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, en EIDE, KRAUSE y ROSAS, 2001: pp. 9-28.
- EIDE, A.; KRAUSE, C., y ROSAS, A., 2001: *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- FEINBERG, J., 1980: *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton (New Jersey): Princeton University Press.
- FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., 1928: *Orígenes del Régimen Constitucional en España*, Barcelona: Labor.
- GEWIRTH, A., 1984: *Are there any Absolute Rights?*, en WALDRON, 1995: pp. 91-109.
- HIERRO, L. L., 1982: «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema*, n.º 46, pp. 45-61.
- 2002: *El concepto de justicia y la teoría de los derechos*, en DÍAZ y COLOMER (eds.), pp. 11-73.
- 2002b: *Justicia, Igualdad y Eficiencia*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2003: «Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, pp. 449-476.
- HOLMES, S., y SUNSTEIN, C. R., 1999: *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W. W. Norton & Co.
- LAPORTA, F. J., 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 4, pp. 23-46.
- 2004: *Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema*, en BETEGÓN, LAPORTA, PÁRAMO y PRIETO (eds.), pp. 297-325.
- LIEBENBERG, S., 2001: *The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems*, en EIDE, KRAUSE y ROSAS, pp. 55-84.
- MACCORMICK, N., 1990: *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Madrid: Tecnos (Orig.: *Legal Right and Social Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 1982).
- PECES BARBA, G., 1999: *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid: Universidad Carlos III-Dykinson.
- PÉREZ LUÑO, A. E., 2003: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos (8.ª ed.).
- PRIETO, L., 1998: *Ley, principios, derechos*, Madrid: Universidad Carlos III-Dykinson.
- RITCHIE, D. G., 1924: *Natural Rights. A Criticism of some Political and Ethical Conceptions*, London: George Allen & Unwin (tercera reimpresión, original de 1894).
- RUIZ MIGUEL, A., 1994: «Derechos liberales y derechos sociales», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 15-16, pp. 651-674.
- SCANLON, T. M., 1984: *Rights, Goals, and Fairness*, en WALDRON, 1995: pp. 137-152.
- SCHEININ, M., 2001: *Economic and Social Rights as Legal Rights*, en EIDE, KRAUSE y ROSAS, pp. 29-54.
- WALDRON, J. (ed.), 1995: *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- WELLMAN, C., 1997: *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht: Kluwer.
- WESTEN, P., 1990: *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of «Equality» in Moral and Legal Discourse*, Princeton (New Jersey): Princeton University Press.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. ¿ES LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS LA BASE PARA UNA TEORÍA ADECUADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA?

Carlos Bernal Pulido*

Universidad Externado de Colombia

RESUMEN. Desde la publicación en 1993 de su primera traducción al castellano por Ernesto Garzón Valdés, la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert Alexy ha influido en la discusión sobre los derechos fundamentales de la Constitución Española. Algunos autores han considerado que la tesis principal de Alexy, según la cual, los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización, es una explicación adecuada de la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales, que puede utilizarse como base para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española. Sin embargo, otros autores han vislumbrado en esta tesis una concepción incorrecta, que legitima un inapropiado activismo judicial. El objetivo de este artículo es examinar la recepción y la discusión en España de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy. En esta dirección, la primera parte estudia la recepción de la tesis de los derechos fundamentales como principios. La segunda parte da cuenta de tres grupos de objeciones que se han hecho valer en contra de la teoría de los principios. En la tercera parte se intentará dar una respuesta adecuada a estas objeciones.

Palabras clave: Teoría de los derechos fundamentales, teoría de los principios, Robert Alexy.

ABSTRACT. Since 1993, when Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights was published for the first time in Spanish, this book has influenced the discussion about the nature and the structure of the constitutional rights in Spain. Some authors have been considering Alexy's main thesis, according to which constitutional rights are principles and principles are optimization requirements, as an appropriate account of the nature and the structure of constitutional rights and as a framework for a theory of rights of the Spanish constitution. Nonetheless, some other authors have objected this thesis because it arguably would lead to judicial activism. The aim of this paper is to review the reception and discussion of Alexy's theory of constitutional rights in Spain. To achieve this aim, the first part is devoted to the reception of the thesis about constitutional rights as principles in Spain. The second part considers three sets of objections against the theory of principles. Finally, the third part replies to these objections.

Keywords: theory of constitutional rights, theory of principles, Robert Alexy.

* Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). He presentado una versión preliminar de este texto en las Jornadas Internacionales sobre Teoría de los Derechos Fundamentales (Bamberg, Alemania, febrero de 2006). Agradezco a los Profesores Robert ALEXY (Kiel), Martín BOROWSKI (Londres) y Juan Antonio GARCÍA AMADO (León) por sus valiosas críticas y sugerencias.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1978 institucionalizó en España el Estado Constitucional Democrático. Los elementos básicos de este modelo de Estado¹ son, también en la Constitución Española², el reconocimiento de la dignidad humana³ y de los derechos fundamentales⁴, la atribución a la Constitución de un carácter supremo y rígido⁵, la proclamación de los principios del Estado de Derecho, del Estado Social y de la Democracia⁶, y el establecimiento de la jurisdicción constitucional⁷. Los derechos fundamentales se sitúan en el centro del sistema integrado por estos elementos. Las disposiciones que los establecen, fijan límites formales y materiales a los poderes públicos y privados, inclusive al poder legislativo. Asimismo, la satisfacción de los derechos fundamentales es el propósito de la organización del Estado en forma de Estado Social y Democrático de Derecho. En fin, garantizar su respeto es el objetivo de la atribución al Tribunal Constitucional de la competencia para controlar los actos de los poderes públicos y privados mediante los procedimientos de control abstracto (el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad)⁸ y concreto (el recurso de amparo)⁹ de constitucionalidad. Esta posición central explica por qué los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado un lugar sobresaliente en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática del Derecho público español desde 1978.

Desde la publicación en 1993 de su traducción al castellano por Ernesto GARZÓN VALDÉS, la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert ALEXY ha influido en la discusión sobre los derechos fundamentales de la Constitución Española. Algunos autores han considerado que la tesis principal de ALEXY, según la cual, los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización¹⁰, es una explicación adecuada de la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales, que puede utilizarse como base para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española. Sin embargo, otros autores han vislumbrado en esta tesis una concepción incorrecta, que legitima un inapropiado activismo judicial.

El objetivo de este artículo es examinar la recepción y la discusión en España de la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY, en adelante teoría de los principios.

¹ Sobre los elementos del Estado Constitucional Democrático, *cfr.* ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático» (traducción de A. GARCÍA FIGUEROA), en CARBONELL (ed.), 2003: *Neonstitucionalismo(s)*, Madrid, pp. 31 y s.

² BAYÓN, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en BETEGÓN, J.; LAPORTA, F. J.; DE PÁRAMO, J. R., y PRIETO SANCHÍS, L. (eds.), 2004: *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Ministerio de la Presidencia, pp. 70 y s.

³ Art. 10.1 de la Constitución Española (en adelante CE).

⁴ Capítulo II Título I CE.

⁵ Art. 166 al 169 CE.

⁶ Art. 1.1 CE.

⁷ Art. 159 al 161 CE.

⁸ Art. 161 CE.

⁹ Art. 53.2 CE.

¹⁰ ALEXY, 2001: *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de E. GARZÓN VALDÉS), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., pp. 86 y ss. *Cfr.* también: BOROWSKI, 1998: *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos, pp. 61 y ss.

Para tal fin, la primera parte estará dedicada al estudio de la recepción de la tesis de los derechos fundamentales como principios. La segunda parte dará cuenta de tres grupos de objeciones que se han hecho valer en contra de la teoría de los principios. En la tercera parte se intentará dar una respuesta adecuada a estas objeciones.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS

1.1. Las teorías de los derechos fundamentales en España¹¹

El artículo 9.1 y el artículo 53.1¹² CE atribuyen carácter normativo a los derechos fundamentales¹³. En razón de lo dispuesto por estos artículos, es indiscutible que los derechos fundamentales son más que mera «lírica constitucional»¹⁴. Pero: ¿en qué consiste el carácter normativo de estos derechos?

Varias teorías han intentado responder este interrogante. Algunos de los primeros textos de la nueva era constitucional propusieron determinar el alcance normativo de los derechos fundamentales desde la perspectiva de las llamadas teorías materiales de los derechos fundamentales: la liberal, la democrática y la del Estado Social¹⁵. Desde luego, estas teorías son necesarias para interpretar los derechos fundamentales, porque determinan una parte imprescindible del significado, vinculante para los poderes públicos, que debe atribuirse a las disposiciones constitucionales que los establecen. Por ejemplo, el contenido del artículo 20 CE, que establece las libertades de expresión y de información, no puede determinarse sin recurrir al concepto de libertad negativa, fraguado por la teoría liberal. Según este concepto, el titular de la libertad de expresión tiene derecho a expresar lo que quiera, sin ninguna intervención externa. Sin embargo, las teorías materiales no bastan para interpretar los derechos fundamentales. En ciertos casos, la aplicación de estas teorías puede conducir a una colisión entre interpretaciones contradictorias entre sí. Un caso típico es aquél en el cual, una interpretación liberal de la libertad de expresión prohíbe al Legislador penal imputar una pena de prisión severa a quien colabore con una banda armada, mediante la difusión televisiva de vídeos amenazantes en tiempo de elecciones¹⁶, mientras, a la vez, el principio democrático permite o incluso ordena la imposición de una pena semejan-

¹¹ Sobre las teorías de los derechos fundamentales en España, *cfr.* BERNAL PULIDO, 2005: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., pp. 348 y ss.

¹² El art. 9.1 prescribe: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Por su parte, el art. 53.1 establece: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a)».

¹³ El carácter normativo de los derechos fundamentales fue reconocido muy pronto, tras 1978, por la doctrina del Derecho público. *Cfr.* el paradigmático libro de GARCÍA DE ENTERRÍA, 1981: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas.

¹⁴ Sobre el significado de la expresión «lírica constitucional», y su relación con los derechos fundamentales de la República de Weimar en Alemania, *Cfr.* ALEXY, 2003: 33.

¹⁵ *Cfr.* BERNAL PULIDO, 2005: 253 y s.

¹⁶ *Cfr.* STC 136/1999.

te. En este tipo de casos, resulta forzoso utilizar también un criterio estructural para la interpretación de los derechos fundamentales. Los criterios estructurales determinan el contenido de las disposiciones de derecho fundamental mediante un análisis de su estructura normativa.

Desde 1981 hasta 1995 el Tribunal Constitucional aplicó el principio de proporcionalidad en algunas sentencias. Sin embargo, no lo hizo de manera sistemática. En estas primeras sentencias, el Tribunal definió este principio como un «criterio»¹⁷, «factor»¹⁸, «regla»¹⁹ o «examen»²⁰ para la aplicación de los derechos fundamentales. No obstante, durante esta época el Tribunal aplicó casi sin excepción²¹ la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales²². Un factor que contribuyó a la pronta recepción de esta teoría de origen alemán, fue el hecho de que el artículo 53.1 CE incluyó una cláusula similar a la del artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana²³, en la cual, el concepto de contenido esencial juega el papel determinante como límite de los límites de los derechos fundamentales.

A causa de los problemas conceptuales de la teoría absoluta del contenido esencial²⁴, en un conocido texto, Ignacio DE OTTO²⁵ propuso renunciar a su aplicación y optar por una teoría interna de los derechos fundamentales, inspirada en la teoría lingüística de Friedrich MÜLLER. La propuesta de DE OTTO fue acogida y aún es seguida hoy día por algunos autores²⁶. Esta teoría propone un modelo subsuntivo puro para la aplicación de los derechos fundamentales, es decir, un modelo de subsunción sin ponderación. Con todo, desde 1995 el Tribunal Constitucional se ha inclinado por utilizar la ponderación y el principio de proporcionalidad como criterios estructurales para determinar el contenido de los derechos fundamentales.

¹⁷ Cfr. las STC 57/1984, 19/1988, 85/1992 y STC 219/1992. Cfr. sobre la historia del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: GONZÁLEZ BEILFUSS, M., 2003: *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona: Aranzadi-Thomson.

¹⁸ Cfr. STC 57/1984.

¹⁹ Cfr. STC 37/1989, STC 113/1989.

²⁰ Cfr. STC 215/1994, STC 76/1990, STC 207/1996.

²¹ Durante esta época, el Tribunal Constitucional sólo de manera excepcional decidió ciertos casos mediante la ponderación. Cfr. por ejemplo, la STC 215/1994.

²² Cfr. entre muchas otras, la paradigmática STC 11/1981, en la que el Tribunal Constitucional definió los criterios para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, desde la perspectiva de la llamada teoría absoluta.

²³ Cfr. el texto citado en la nota 11.

²⁴ Sobre estos problemas, Cfr. BERNAL, 2005: 405 y ss.

²⁵ DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO, e *id.*, 1988: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, pp. 95 y ss. DE OTTO cita de manera explícita las obras de MÜLLER: *Juristische Methodik* (Berlín: Duncker & Humblot, 3.ª ed., 1989) y *Die Positivität der Grundrechte* (Berlín: Duncker & Humblot, 2.ª ed. ampliada, 1990).

²⁶ Cfr. entre otros: RODRÍGUEZ-TOUBES, 2000: *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ PUJALTE, 1997: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; OLLERO, 2000: «La ponderación delimitadora de los derechos fundamentales: libertad informativa e intimidad personal», *Pensamiento y cultura*, n.º 3, pp. 157 y ss.; CIANCARDO, 2000: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona: Aranzadi, y SERNA, «Derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», *Humana Iura*, n.º 4, pp. 197 y ss.

1.2. La recepción de la teoría de los principios en España

La STC 66/1995 representa un hito en la recepción de la teoría de los principios en España. El Tribunal Constitucional declaró por primera vez en esta sentencia que el examen de constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales debe llevarse a cabo mediante el principio de proporcionalidad. De acuerdo con el Tribunal, el eje de este examen es la pregunta de si la intervención en los derechos fundamentales que se analiza, cumple las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, o en los términos de la sentencia: «si tal medida [es] susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, [es] necesaria en el sentido de que no [existe] otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma [es] proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»²⁷ (énfasis de C. B.). Desde entonces, el principio de proporcionalidad se ha aplicado en la jurisprudencia constitucional como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales²⁸. Asimismo, la ponderación se ha utilizado como el más determinante criterio estructural para la solución de las colisiones entre derechos fundamentales²⁹. El Tribunal Constitucional ha declarado que ningún derecho fundamental es absoluto³⁰. Por lo tanto, las colisiones entre derechos fundamentales no pueden resolverse mediante un orden lexicográfico de los mismos³¹, sino por medio de la ponderación. La jurisprudencia constitucional exige que cada sentencia de la jurisdicción ordinaria que deba resolver una colisión entre derechos fundamentales lleve a cabo una ponderación³². Finalmente, el Tribunal Constitucional exige que, para ser conformes con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, las intervenciones del poder judicial en los derechos fundamentales —en especial aquellas de índole procesal— deben fundamentarse de manera expresa mediante una ponderación³³.

Como quiera que existe una relación de implicación necesaria entre la definición de los derechos fundamentales como principios y como mandatos de optimización, por un parte, y el principio de proporcionalidad aplicado por el Tribunal Constitucional³⁴, por otra, un conjunto significativo de autores —algunos de ellos con ciertos matices de divergencia— han considerado que la teoría de los principios ofrece un fundamento apropiado para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales

²⁷ STC 66/1995.

²⁸ Cfr. entre otras, las SSTC 55/1996; 207/1996; 161/1997; 200/1997; 49/1999 y 136/1999.

²⁹ Cfr. entre otras, las SSTC 138/1996; 144/1998; 21/2000; 112/2000; 76/2002; 154/2002 y 54/2004.

³⁰ SSTC 159/1986, 105/1990, 37/1987 y 57/1994.

³¹ El orden lexicográfico de derechos fundamentales propuesto por Luigi FERRAJOLI es bien conocido en el ámbito español. Sobre este orden, cfr. «Diritti fondamentali», «I diritti fondamentali nella teoria del diritto» e «I fondamenti dei diritti fondamentali», todos publicados en: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari: Laterza, 2001 (tiene traducción al castellano por A. DE CABO *et al.*, 2001: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta). J. RAWLS también propone un orden lexicográfico de derechos fundamentales en: «The Basic Liberties and Their Priority», en: RAWLS, 1983: *The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City.

³² STC 54/2004.

³³ STC 169/2001.

³⁴ ALEXY, 2001: 111 y ss.

de la Constitución Española. ATIENZA³⁵ y RUIZ MANERO³⁶, GARCÍA FIGUEROA³⁷, GASCÓN ABELLÁN³⁸, MEDINA GUERRERO³⁹, PRIETO SANCHÍS⁴⁰ y el autor de este texto⁴¹ hemos defendido, en lo esencial, esta idea. Sin embargo, la teoría de los principios también se ha enfrentado en España con una crítica contundente⁴².

2. LAS OBJECIONES EN CONTRA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

2.1. La irracionalidad de la ponderación

Según un primer grupo de objeciones, la aplicación de los derechos fundamentales mediante el principio de proporcionalidad y la solución de colisiones entre derechos fundamentales mediante la ponderación es irracional. En adelante nos referiremos a esta objeción como la «irracionalidad de la ponderación». En este sentido, por ejemplo, JIMÉNEZ CAMPO considera que la ponderación «no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico»⁴³. Los argumentos más importantes en contra de la racionalidad de la ponderación se refieren, también en España⁴⁴, a la indeterminación conceptual, la incompa-

³⁵ Cfr. ATIENZA, 1997: *Derecho y Argumentación Jurídica*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; *id.*, 1997: «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, pp. 246 y ss.; *id.*, «Derechos fundamentales y argumentación judicial», Manuscrito.

³⁶ Cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel; *id.*, 2000: *Ilícitos Atípicos*, Madrid: Trotta.

³⁷ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, «Principios y derechos fundamentales», en BETEGÓN, LAPORTA, DE PÁRAMO y PRIETO SANCHÍS (eds.), 2004: 235 y ss.

³⁸ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, «Los límites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación», en LAPORTA (ed.), 2003: *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 183 y ss.

³⁹ Cfr. MEDINA GUERRERO, 1997: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw Hill; *id.*, 1998: «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de derecho público*, n.º 5, pp. 119 y ss.

⁴⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, 2003: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.

⁴¹ Cfr. BERNAL, 2005: 613 y ss.

⁴² En este texto no consideraré las objeciones generales en contra de la distinción entre reglas y principios —sobre este aspecto, *cf.* HERNÁNDEZ MARÍN, 2005: *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid: Marcial Pons, p. 239; RODRÍGUEZ-TOUBES, 1998: «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», *Derechos y Libertades*, 6, pp. 397 y ss.; *id.*, 2000: *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, Madrid—, ni en contra de la tesis de que esta diferencia es conceptual —sobre este aspecto *cf.* MORESO, «El encaje de las piezas del Derecho (primera parte)», *Isonomía*, n.º 14, pp. 136 y ss.; *id.*, «Conflictos entre principios constitucionales», en CARBONELL (ed.), 2003: 99 y ss.; PRIETO SANCHÍS, 1992: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; *id.*, 1998: *Ley, principios, derechos*, Madrid—, ni en contra de la relación entre reglas y principios en la teoría de los principios —sobre este aspecto, *cf.* ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996; *cf.* también la respuesta de ALEXY en: «Zur Struktur der Rechtsprinzipien», en SCHILCHER, B. *et. al.* (eds.), 2000: *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, pp. 31 y ss. (tiene traducción al castellano de BERNAL PULIDO, como «Sobre la estructura de los principios jurídicos» en: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).

⁴³ Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, 1999: *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta, p. 73. También: HABERMAS, J., 1998: *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducción de M. JIMÉNEZ REDONDO), Madrid: Trotta, pp. 327 y ss.

⁴⁴ Sobre la racionalidad de la ponderación, *cf.* BERNAL PULIDO, 2006: «La racionalidad de la ponderación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 77. También: DA SILVA, 2003: *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, pp. 89 y ss.

rabilidad e inconmensurabilidad de los principios, es decir, los objetos normativos que se ponderan, y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación.

2.1.1. *La indeterminación conceptual*

La primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder⁴⁵, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios⁴⁶. Desde este punto de vista, la ponderación es una estructura vacía⁴⁷, que se completa únicamente con apreciaciones subjetivas del juez, de carácter empírico y normativo⁴⁸. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera⁴⁹. Como consecuencia, la ponderación no puede ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.

2.1.2. *La incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los objetos que se ponderan*

La segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos principios que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables⁵⁰. De acuerdo con la crítica, la inconmensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos⁵¹, que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso. En el ámbito de los principios no existe una «unidad de medida»⁵², así como

⁴⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, «Derechos y pretextos. Elementos de la crítica del neoconstitucionalismo», Bogotá: publicación en Temis. Asimismo, LEISNER, 1997: *Der Abwägungsstaat*, Berlin: Duncker & Humblot, p. 171.

⁴⁶ STAMMLER, 1923: *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle: Buchhandlung des Weisshauses, 2.ª ed., p. 447. En tiempos más recientes: BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen», en: *id.*, 1991: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, pp. 184 y ss.; MAUS, 1989: «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts», *Rechtstheorie*, n.º 20, pp. 197 y ss.; GREENGWALT, «Objectivity en Legal Reasoning», en: *id.*, 1992: *Law and Objectivity*, Oxford-New York: Oxford University Press, p. 205.

⁴⁷ OSSENBÜHL, 1995: «Abwägung im Verfassungsrecht», *Deutsche Verwaltungsblatt*, p. 905.

⁴⁸ BETTERMAN, 1964: «Die allgemeine Gesetze als Schranken der Pressefreiheit», *Juristenzeitung*, pp. 601 y s.

⁴⁹ GARCÍA AMADO, 1996-1997: «¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios», *Archivo de Filosofía del Derecho*, t. XIII-XIV, p. 71.

⁵⁰ MORESO, «Alexy y la aritmética de la ponderación», *Manuscrito*. También: HIRSCHBERG, 1981: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Otto Schwartz & Co., pp. 72 y ss., 132 y ss., 153 y ss.; JANSEN, «Die Struktur rationaler Abwägungen», en: BROCKMÖLLER *et al.* (eds.), 1997: *Ethische und strukturelle Herausforderung des Rechts*, ARSP, Beiheft 66, pp. 152 y ss.; GÜNTHER, 1988: *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., pp. 275 y ss.; TRIBE, 1985: «Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency», *Harvard Law Review*, n.º 98, p. 595; HENKIN, 1978: «Infallibility under Law: Constitutional Balancing», *Columbia Law Review*, n.º 78, p. 1048; FRANTZ, 1963: «Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelssohn», *California Law Review*, n.º 51, p. 748.

⁵¹ Sobre el concepto de inconmensurabilidad, *cfr.*: RAZ, «Incommensurability and Agency», en: *id.*, 2001: *Engaging Reason*, Oxford: Oxford University Press, p. 46.

⁵² HABERMAS, «Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law Schools», en: *id.*, 1996: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M., p. 369.

tampoco una «moneda común que posibilite» fundamentar las relaciones de precedencia entre los principios que en cada caso entran en colisión⁵³.

2.1.3. *La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación*

Según la tercera objeción, la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Esta crítica mantiene que el resultado de cada ponderación es un individuo singular, cuyas características están determinadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia *ad hoc*⁵⁴, que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica.

2.1.4. *La relación entre las objeciones en contra de la ponderación*

Existe un nexo entre estas tres objeciones. La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debería a su indeterminación conceptual y el factor principal que determinaría esta indeterminación, sería la inexistencia de una medida común que posibilitara determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto.

2.2. La teoría de los principios, la democracia y el Estado de Derecho

La irracionalidad de la ponderación es un problema filosófico jurídico. Sin embargo, según los críticos, este problema proyecta sus efectos sobre un segundo problema de derecho constitucional. Se trata de la pretendida carencia de legitimidad del Tribunal Constitucional para ponderar. Si la ponderación es irracional, se argumenta, entonces el Alto Tribunal no tiene legitimidad constitucional para ponderar. Si, a pesar de ello, el Tribunal adopta decisiones mediante la ponderación, interviene entonces ilegítimamente en las competencias que la Constitución confiere a otros poderes del Estado⁵⁵.

2.2.1. *La vulneración del principio democrático*

Una vulneración semejante de las competencias de otros poderes públicos tendría lugar en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes e implicaría, a su vez,

⁵³ ALENIKOFF, 1987: «Constitutional Law in the Age of Balancing», *Yale Law Journal*, n.º 96, p. 973.

⁵⁴ MORESO, «Conflictos entre principios constitucionales», en CARBONELL (ed.), 2003: 99 y ss.; también: BETHGE, 1997: *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Munich: Franz Vahlen, p. 276; SCHNEIDER, 1979: *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten*, Baden-Baden: Nomos, p. 23. Algunos autores utilizan la expresión «particularismo» para referirse a la objeción de la jurisprudencia *ad hoc*. Cfr. MORESO, 2003; CELANO, 2002: «Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisión stabili», *Ragione Pratica*, n.º 18.

⁵⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, 2005: «Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares», *Estudios de derecho*, n.º 139, pp. 101 y ss. También: FRIED, 1963: «Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Courts Balancing Test», *Harvard Law Review*, n.º 76, pp. 759 y ss.; LERCHE 1961: *Übermaß y Verfassungsrecht*, Colonia: Carl Heymanns, et al., p. 130.

una vulneración del principio democrático. En España también se ha sostenido que la teoría de los principios conduce a un concepto de Constitución como «huevo jurídico originario»⁵⁶. Como consecuencia de los mandatos de optimización que los derechos fundamentales imponen, se ha argumentado, desaparecen los márgenes de acción del Legislador⁵⁷. Bajo la teoría de los principios, el Legislador no puede elegir entre las posibles formas de concretar la Constitución, porque tiene la obligación de satisfacer los derechos fundamentales en la mayor medida posible, es decir, en sus puntos óptimos⁵⁸. No obstante, el problema consiste en que no siempre es posible identificar objetivamente mediante la ponderación, cuales son los puntos óptimos en que los principios en colisión deben satisfacerse. Por esta razón, resulta imposible para el Tribunal Constitucional llevar a cabo ponderaciones objetivas. Como consecuencia, se aduce, la ponderación lleva al Tribunal Constitucional a ocupar el lugar de la Constitución. Sus variopintas apreciaciones subjetivas anulan las decisiones que el Legislador ha adoptado legítimamente por medio del proceso democrático. La ponderación se convierte entonces en un sofisma de distracción para que el Tribunal Constitucional establezca con un legitimidad artificiosa, no lo que la Constitución dice, sino lo que, según la mera ideología de los jueces constitucionales de turno, debería decir. En este sentido, la ponderación de derechos fundamentales llevaría al Tribunal Constitucional a intervenir indebidamente en el campo de la política⁵⁹.

2.2.2. La vulneración del principio del Estado de Derecho

Además de lo anterior, la crítica sostiene que la teoría de los principios lleva a que el Tribunal Constitucional vulnere las competencias de la jurisdicción ordinaria y, de este modo, el principio de división de poderes, que es uno de los subprincipios del Estado de Derecho. La vulneración se produce siempre que el Tribunal Constitucional controla la interpretación de las leyes o la valoración de pruebas que lleva a cabo la jurisdicción ordinaria, y la sustituye por una interpretación o valoración diferente, cuya corrección se fundamenta en la ponderación⁶⁰. También en este contexto se argumenta que la teoría de los principios conduce a un concepto de Constitución como «huevo jurídico originario»⁶¹. Como quiera que los derechos fundamentales proyectan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, el derecho ordinario se constitucionaliza. Esta constitucionalización hace que la interpretación de las reglas y los principios del derecho ordinario y la valoración de las pruebas por parte de la jurisdicción ordinaria, tenga que satisfacer las exigencias de los mandatos de optimización que los derechos fundamentales establecen. El Tribunal Constitucional puede controlar el

⁵⁶ FORSTHOFF, 1975: *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 242.

⁵⁷ Cfr. sobre esta objeción: BÖCKENFÖRDE, 1991: 197. Cfr. asimismo la réplica de ALEXY, 2002: «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales» (traducción al castellano de BERNAL PULIDO), *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, pp. 14 y ss.

⁵⁸ GARCÍA AMADO, «Derechos y pretextos. Elementos del crítica del neoconstitucionalismo», *op. cit.*

⁵⁹ Cfr. JIMÉNEZ REDONDO, 1988: «¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a derechos fundamentales?», *Doxa*, n.º 5, pp. 135 y ss.; asimismo: ALENIKOFF, 1987: 984 y ss.

⁶⁰ Cfr. GARCÍA AMADO, 2005.

⁶¹ FORSTHOFF, 1975.

cumplimiento de estos mandatos de optimización mediante el recurso de amparo. De nuevo aquí el argumento sostiene que el punto óptimo de satisfacción de los principios en colisión no puede conocerse de forma objetiva mediante la ponderación. Como consecuencia, el control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional no puede ser objetivo. En este sentido, la ponderación de derechos fundamentales lleva al Tribunal Constitucional a interferir indebidamente en el campo de la interpretación del derecho ordinario. Esta interferencia tiene notables repercusiones, sobre todo, por cuanto la jurisdicción ordinaria esta vinculada a la jurisprudencia constitucional⁶².

2.3. La teoría de los principios como un tipo de formalismo constitucional

De acuerdo con GARCÍA AMADO, la teoría de los principios es una versión del llamado neoconstitucionalismo, que representa un tipo de ingenuo formalismo constitucional⁶³. La idea de que los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización, implica desconocer la indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales y soslayar la discrecionalidad del juez constitucional⁶⁴. Mediante la ponderación se trata de encontrar el punto óptimo de satisfacción de los principios en colisión. La posibilidad de encontrar ese punto, aduce la crítica, supone entender a la Constitución como un sistema axiológico pleno y coherente, que subyace al texto constitucional y que es independiente de él⁶⁵. Este sistema es una Constitución «metafísica» o «material», que prescribe una única respuesta para cada caso posible. La Constitución material, a su vez, es el resultado de la institucionalización de una moral material en las disposiciones de derecho fundamental. Si esto es así, entonces lo que importa en definitiva es esa moral positivizada y no lo que establece el texto de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la positividad de la Constitución se vuelve superflua. Ya no interesa el significado de lo que prescribe el texto constitucional, sino lo que los principios morales positivizados, en cuanto sistema independiente, ordenen o prohíban. La Constitución material está caracterizada por tres propiedades: es plena (no tiene lagunas), coherente (está exenta de contradicciones normativas) y clara (está exenta de indeterminación). Por consiguiente, continúa la crítica, cuando el Tribunal Constitucional la aplica, carece de discrecionalidad. El Tribunal Constitucional no puede elegir entre posibles interpretaciones del texto indeterminado de los derechos fundamentales, sino solamente reconocer la única respuesta correcta⁶⁶. Por esta razón, las decisiones del Tribunal Constitucional tienen un carácter meramente formal. Ellas se limitan a efectuar una ponderación formal de premisas y llevan necesariamente al resultado que ya aparece predeterminado por la Constitución material.

⁶² Cfr. art. 164.1 CE, art. 40.2 LOTC y art. 5.1 LOPJ.

⁶³ Cfr. GARCÍA AMADO, 2005; *id.*, «Derechos y pretextos. Elementos del crítica del neoconstitucionalismo», *op. cit.*

⁶⁴ Sobre el concepto de «formalismo», como una visión que desconocer la indeterminación de las disposiciones jurídicas y rechaza la existencia de un margen de discrecionalidad del juez: Cfr. SHAUER, 1988: «Formalism», *The Yale Law Journal*, vol. 97, n.º 4, pp. 511 y ss.

⁶⁵ GARCÍA AMADO, 2004: «La interpretación constitucional», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 2, pp. 46 y ss.

⁶⁶ GARCÍA AMADO, «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice», *Berbiquí*, n.º 30, pp. 14 y ss.

En este sentido, la teoría de los principios es comparable con la jurisprudencia de conceptos. Para las dos teorías, el sistema jurídico no está compuesto por normas sino por principios, que no están dotados de una existencia empírica, física, psíquica o social, sino ideal⁶⁷. Se supone que el Tribunal Constitucional puede reconocer esta existencia ideal. De este modo, el método jurídico de la teoría de los principios conduce a cierto tipo de epistemismo. Se parte de la base de que el juez puede conocer plenamente el contenido de los principios.

GARCÍA AMADO sostiene que esta es una reconstrucción inadecuada del sistema jurídico. Este autor rechaza la posibilidad de que exista una constitución material como la descrita, que pueda proveer una única respuesta correcta para cada caso concreto. Además, sostiene que la ponderación supone una confianza ingenua en la racionalidad del Tribunal Constitucional, que iría aparejada a una extensión de sus competencias, a todas luces incompatible con la democracia. Uno de sus principales argumentos es que los principios morales no pueden tener un significado objetivo en una sociedad pluralista. Por esta razón, el juez no puede conocer objetivamente su contenido.

3. UNA DEFENSA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Aquí defenderé la tesis de que la teoría de los principios puede imponerse frente a todas estas objeciones y, por tanto, puede utilizarse como fundamento para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española. Para tal fin, en primer lugar, aduciré ciertos argumentos a favor de la racionalidad de la ponderación. En segundo lugar, responderé a las objeciones concernientes al formalismo constitucional en que supuestamente incurre la teoría de los principios y a la pretendida legitimación que esta teoría otorgaría al Tribunal Constitucional para intervenir indebidamente en los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria.

3.1. La racionalidad de la ponderación

3.1.1. *El rechazo de la pretensión de hiperracionalidad de la ponderación*

Para comenzar, es pertinente reconocer que la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación no puede ser plenamente racional, en el sentido de que constituya un algoritmo para la aplicación de los derechos fundamentales. Los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. La ponderación no puede garantizar este tipo de objetividad plena, porque semejante objetividad es una utopía que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo⁶⁸. De este modo, puede refutarse la objeción de que la ponderación es irracional, porque no es

⁶⁷ Cfr. asimismo: HERNÁNDEZ MARÍN, 2005: pp. 325 y ss.

⁶⁸ Cfr. sobre los problemas de objetividad que se presentan en los ámbitos normativos: SIECKMANN, 2002: «Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung. Das Problem der Begrenzung der Besteuerung», *Der Staat*, n.º 41, pp. 392 y ss.; BOROWSKI, 2000: «La restricción de los derechos fundamentales» (traducción al castellano de R. ARANGO), *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 59, p. 46.

plenamente objetiva. Por el contrario, debe decirse que la objeción se basa en una pretensión de objetividad, que resulta hiperracional y, por tanto, irracional. Una pretensión de este tipo desconoce que las exigencias de racionalidad sólo pueden satisfacerse siempre dentro de determinados límites⁶⁹. Una objetividad en un sentido pleno no es posible ni deseable. Ella sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinarían por el completo el contenido de los principios y prescribirían explícitamente lo que la Constitución ordena, prohíbe o permite para cada caso posible⁷⁰. La existencia un sistema jurídico de este talante es imposible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas. La indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. Ahora bien, la existencia de un sistema jurídico semejante tampoco sería deseable, porque eliminaría la discusión democrática. Si la ponderación fuese objetiva, la objeción del formalismo constitucional sería acertada. Las disposiciones de los derechos fundamentales predeterminarían el contenido de cada decisión del Legislador, la Administración y el Poder Judicial. Asimismo, el derecho se petrificaría. Sería siempre necesario reformar la Constitución para solucionar los nuevos problemas sociales. Por el contrario, la teoría de los principios reconoce que ningún criterio para la aplicación de los derechos fundamentales puede ofrecer una objetividad plena. La ponderación es racional, incluso por el hecho de que su estructura reconocer los límites de su propia racionalidad⁷¹.

3.1.2. Racionalidad teórica y práctica de la ponderación

Por otra parte, la ponderación es racional tanto desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico⁷². La ponderación es racional desde el punto de vista teórico, porque se propone como una estructura determinada, clara y libre de contradicción para la aplicación de los derechos fundamentales. Esta estructura resulta de la combinación de la ley de colisión, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación a favor del Legislador que ella establece. La ponderación es también racional desde el punto de vista práctico, porque su estructura argumentativa satisface las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico y, como consecuencia, permite fundamentar correctamente sus resultados normativos en el marco del sistema jurídico⁷³.

⁶⁹ Sobre el concepto de hiperracionalidad: Cfr. ELSTER, 1990: *Solomonic Judgments. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge, capítulo 1.

⁷⁰ Sobre las propiedades de un sistema ideal de esta índole, cfr. GÜNTHER, 1993: «Critical Remarks on Robert Alexy's "Special. Case Thesis"», *Ratio Juris*, n.º 6, pp. 151 y ss.

⁷¹ Cfr. BERNAL PULIDO, 2006.

⁷² Cfr. sobre la diferencia entre la racionalidad teórica y práctica: SEARLE, 2000: *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (traducción de L. M. VALDÉS Villanueva), Barcelona: Ediciones Nóbel, pp. 109 y ss. De un modo similar: HABERMAS, 2002: «Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos de habla», *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos* (traducción de P. FABRA y L. DIEZ, Trotta), Madrid, 1999, pp. 103 y ss.

⁷³ La ponderación hace posible construir fundamentaciones claras, consistentes, saturadas, lógicas y coherentes. Sobre estas exigencias de la racionalidad práctica, cfr. ALEXEY, 1989: *Teoría de la argumentación jurídica* (traducción de M. ATIENZA e I. ESPEJO), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 185 y ss.

Las objeciones relativas a la indeterminación conceptual, la incomparabilidad y la inconmensurabilidad de la ponderación pueden refutarse si se tiene en cuenta el papel que juegan la ley de la ponderación y la fórmula del peso. La ley de la ponderación —«Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»⁷⁴— determina con claridad conceptual la estructura de la ponderación. Esta estructura puede dividirse en los tres pasos que ALEXY diferencia en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*: «En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro»⁷⁵. La fórmula del peso⁷⁶ amplía la definición de la ponderación, para incluir en ella las premisas concernientes al peso abstracto de los principios y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Mediante la escala triádica, esta fórmula aclara también cómo pueden compararse los grados de intervención en y de satisfacción de los principios en colisión, así como su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas. Mediante el cociente, la fórmula del peso aclara cómo se determinan las relaciones de precedencia entre los principios en colisión y, mediante la carga de argumentación, cómo deben decidirse los casos de empate, es decir, a favor del Legislador⁷⁷.

Estos elementos excluyen la posibilidad de que la ponderación sea puramente subjetiva. Desde luego, la fórmula del peso no es un algoritmo. Esta fórmula no determina por sí misma el grado de intervención ni el grado de satisfacción de los principios en colisión, ni su peso abstracto, así como tampoco el grado de seguridad de las premisas que en cada caso deban tenerse en cuenta. Hay casos fáciles relativos a la determinación de estas magnitudes. Sin embargo, también hay casos difíciles en los que no es claro cuál sea la magnitud que deba atribuirse a estas variables. Si se mira desde la perspectiva institucional, debe decirse que el Tribunal Constitucional tiene un margen de discrecionalidad, o de forma más precisa, un margen de deliberación, para determinar,

⁷⁴ Cfr. ALEXY, 2001: 92 y ss.

⁷⁵ ALEXY, 2002: 32.

⁷⁶ ALEXY, «Die Gewichtsformel», en JICKELI, J. et al. (eds.), 2003: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, pp. 771 y ss.:

$$GP_i, jC = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. ALEXY sostiene que es posible atribuir un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve 2.^o, es decir, 1; medio 2¹, es decir, 2; y grave 2², es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2.^o, es decir, 1; plausible 2⁻¹, es decir 1/2; y no evidentemente falso 2⁻², es decir, 1/4. A mi modo de ver, esta atribución de valor puede ser sólo metafórica, así como sólo metafórica puede ser la función que cumple el signo de multiplicación que relaciona las variables. Cfr. sobre esta crítica: BERNAL PULIDO, 2006.

⁷⁷ ALEXY, 2002: 40.

en los casos difíciles, la magnitud que corresponde a estas variables en el marco de la escala triádica. Ahora bien, si se mira desde la perspectiva de la dimensión de corrección, debe concluirse que la fórmula del peso delimita este ámbito de deliberación del juez para la determinación de estas magnitudes en los casos difíciles y prescribe pragmáticamente de manera implícita, que esta determinación debe ser correcta. El juez eleva una pretensión de corrección en cuanto a la determinación de estas intensidades y debe ofrecer los mejores argumentos para justificar correctamente su elección. Quien observa la fórmula del peso desde la perspectiva institucional, debe afirmar que el juez elige las magnitudes en los casos difíciles. Quien la observa desde la perspectiva de la corrección, debe afirmar que el juez debe justificar tales magnitudes con los mejores argumentos. El deber de justificar correctamente la magnitud que se atribuye a cada variable tiene, sin embargo, un efecto positivo en la dimensión institucional: excluye la arbitrariedad judicial.

Es bien posible refinar la estructura de la fórmula del peso. La doble escala triádica⁷⁸ propuesta por ALEXY es una estrategia para ello. Otra posibilidad consiste en establecer un conjunto de reglas argumentativas para la determinación de las magnitudes correspondientes a cada una de las variables⁷⁹. La formulación de estas reglas presupone la distinción entre las premisas normativas y empíricas que son relevantes para la determinación de las mencionadas magnitudes. Con su formulación del tipo «tanto mayor... cuanto mayor», estas reglas establecen un sistema de cargas de argumentación que no eliminan pero sí delimitan un poco más el margen de deliberación del juez. De este modo, es claro para el juez qué es lo que tiene que fundamentar y para la opinión pública, qué es lo que tiene que controlar en la decisión judicial. También se hace explícito, cómo debe decidirse un caso, cuando a la carga de argumentación no se opone ningún argumento que tenga el peso suficiente para vencerla. No obstante, refinar la fórmula del peso genera un problema de complejidad. Cuanto más se refine la fórmula del peso, tanto más compleja será su aplicación. Con todo, éste no es un problema de la fórmula del peso como tal, sino una propiedad de su objeto, es decir, los principios de derecho fundamental. La aplicación de los derechos fundamentales implica la consideración de un número extenso de premisas normativas y fácticas, cuya importancia y singularidad varía en cada caso concreto. Esta propiedad, por tanto, afectará a todos los métodos alternativos para la aplicación de los derechos fundamentales.

Finalmente, es preciso enfatizar que la ponderación es un tipo racional de pensamiento, bien conocido y utilizado en diversas áreas de la reflexión humana, que no conduce a una jurisprudencia *ad hoc*. Incluso los escépticos de la ponderación llevan a cabo una ponderación cuando afirman que la ponderación solo satisface *levemente* las condiciones de racionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales y que, por tanto, debe preferirse otros métodos más racionales. Un juicio como éste implica hacer una ponderación entre los métodos para la aplicación de los derechos fundamentales. La única manera de eliminar la ponderación, consiste en reemplazar su nombre por uno distinto o camuflar su existencia en medio de otra estructura argumentativa. Asimismo,

⁷⁸ Cfr. ALEXY, 2004: «Discourse Theory and Fundamental Rights», en MENÉNDEZ, A., y ERIKSEN, E. (eds.), *Fundamental Rights through Discourse*, Arena Report 9, p. 51.

⁷⁹ Cfr. BERNAL PULIDO, 2005: 613 y ss., en donde se propone un sistema de 87 reglas argumentativas para la aplicación del principio de proporcionalidad; BERNAL PULIDO, 2006. Asimismo: CLERICO, 2000: *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden: Nomos, pp. 212 y ss.

los resultados de las ponderaciones entre derechos fundamentales no representan decisiones aisladas. La ley de la colisión —«Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»⁸⁰— es la base para la construcción de una red de normas adscritas de derecho fundamental, que se concretan mediante la ponderación, y que conforman el contenido de los derechos fundamentales. En España, por ejemplo, son bien conocidas las normas adscritas de derecho fundamental que el Tribunal Constitucional ha concretado para la solución de las colisiones entre las libertades de expresión y de información y el derecho al honor⁸¹. En cuanto contenido de precedentes jurisprudenciales, estas normas adscritas deben aplicarse en casos futuros que sean idénticos o análogos. En estos casos futuros, al Tribunal Constitucional le basta llevar a cabo una subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de las normas adscritas concretadas en sentencias anteriores. No necesita llevar a cabo una nueva ponderación, a menos que sea necesario modificar el sentido de los precedentes. Ahora bien, estas mismas consideraciones se aplican en relación con la atribución de las magnitudes correspondientes a las variables de la fórmula del peso. La red de precedentes otorga previsibilidad a los resultados de la ponderación e integra en una unidad normativa a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a las disposiciones de los derechos fundamentales. La rigidez de las disposiciones de los derechos fundamentales y la fuerza vinculante de los precedentes garantizan la estabilidad de los derechos fundamentales, al paso que la posibilidad de corregir los precedentes y de llevar a cabo nuevas ponderaciones atribuyen flexibilidad al sistema constitucional, para que este pueda adaptarse a las nuevas circunstancias. De esta manera los derechos fundamentales conforman un sistema de reglas y principios que se aplican mediante una interminable cadena de subsunciones y ponderaciones.

3.2. El respeto de los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental

La objeción del formalismo constitucional debe refutarse, sobre la base de que la teoría de los principios respeta los límites de los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental. Es innegable que los derechos fundamentales representan una institucionalización en el sistema jurídico de los valores de la teleología o de los principios que aparecen en la moral en forma de derechos humanos⁸². Esta tesis puede fundamentarse no sólo desde un punto de vista filosófico jurídico, sino también, histórico. Los conceptos de libertad, igualdad, participación política o mínimo existencial se propusieron y se configuraron primero en el ámbito de la filosofía política y moral, como elementos de lo bueno y como objeto de los derechos humanos, antes de que se institucionalizaran en la Constitución. Como consecuencia de esta prioridad histórica y conceptual, quien quiera indagar el contenido de una disposición de derecho funda-

⁸⁰ Cfr. ALEXY, 2001: 94.

⁸¹ Cfr. entre muchas otras la: STC 54/2004. Asimismo: SALVADOR CODERCH, 1995: *El derecho de la libertad*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 95 y ss.

⁸² ALEXY, 2000: «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático» (traducción al castellano de M. C. AÑAÑOS MEZA), *Derechos y libertades*, n.º 8, pp. 12 y ss.

mental mediante la interpretación, debe buscar en la moral crítica. Ahora bien, quien quiera rechazar la institucionalización de estos conceptos morales en los derechos fundamentales, debe rechazar también la positividad de estos derechos y con ello, un rasgo decisivo del Estado constitucional democrático: la protección del individuo frente al abuso del poder.

No obstante, la tesis de la institucionalización no implica la existencia de una constitución «metafísica», independiente del texto constitucional. La teoría de los principios reconoce la positividad de los derechos fundamentales. Los principios de derecho fundamental no tienen una existencia ideal. Su existencia es de derecho positivo. Ellos tienen validez como normas jurídicas, bajo las condiciones del sistema jurídico. Las disposiciones de derechos fundamentales son el elemento principal de los derechos fundamentales⁸³. Ellas definen el contenido de estos derechos. La institucionalización atribuye a los derechos fundamentales una existencia en el mundo jurídico, que es independiente y prevalece sobre a su fundamentación moral. Ahora bien, lo que ocurre es que el texto de las disposiciones de los derechos fundamentales es indeterminado y está dotado de un margen semántico en relación con el objeto de los principios. La interpretación de los derechos fundamentales consiste en establecer, dentro de ese margen semántico, qué es lo debido. A pesar de los problemas interpretativos que se originan a partir de los derechos fundamentales, sí resulta meridiano que este margen semántico tiene ciertos límites —los límites del significado posible del tenor literal de la Constitución—, a los que se suman los que derivan de los límites directamente constitucionales⁸⁴. Aunque un principio pueda tener un significado más comprensivo en la dimensión de la moral, su contenido jurídico se limita a lo que establezca la correspondiente disposición de derecho fundamental dentro de sus márgenes semánticos. La aplicación de un principio mediante la ponderación presupone que este principio, es decir, el mandato de optimización, se subsume dentro del supuesto de hecho de una disposición de derecho fundamental. Como consecuencia, los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental limitan las posibilidades semánticas de la optimización de los principios. Estas posibilidades semánticas se determinan aun más por medio de los precedentes que sientan las sentencias del Tribunal Constitucional. Con todo, las disposiciones de derecho fundamental ostentan una prioridad sobre los precedentes. La fuerza vinculante de los precedentes puede anularse mediante una reforma constitucional.

La teoría de los principios no defiende la tesis de que dentro de los márgenes semánticos de los derechos fundamentales existe una Constitución plena, coherente y determinada, ni que ella prescribe una respuesta correcta para cada caso. Una parte importante de la teoría de los principios es la dogmática de los márgenes de acción⁸⁵. Mediante los márgenes de acción estructural del Legislador, es decir, el margen de acción para la determinación de fines y el margen de acción para la elección de medios, la teoría de los principios garantiza el respeto del principio democrático. De esta ma-

⁸³ ALEXY, 2001: 63 y ss.

⁸⁴ ALEXY, 2001: 277 y ss.

⁸⁵ Sobre la teoría de los márgenes de acción: *Cfr.* ALEXY, 2002: 23 y ss.; ALEXY, 2002: «Verfassungsrecht und einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», *VVDStRL*, n.º 61, pp. 16 y ss.; DA SILVA, 2003: 113 y ss.

nera, se reconoce que la legislación no constituye una mera aplicación de los mandatos de optimización. Las disposiciones de derecho fundamentales no ordenan ni prohíben nada en relación con muchos casos posibles. Pues bien, en donde la Constitución nada prescribe, el Legislador tiene competencia para decidir.

Algo similar puede decirse de la relación entre los derechos fundamentales y la jurisdicción ordinaria. Las disposiciones de derechos fundamentales son en muchos casos indiferentes en relación con la interpretación del Derecho ordinario y la valoración de las pruebas por parte de la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción ordinaria dispone de un margen de acción para la interpretación de las disposiciones legislativas que sean acordes con la Constitución, en los casos en que no sea procedente llevar a cabo una interpretación conforme con la Constitución. Asimismo, la jurisdicción ordinaria dispone de un margen de acción para la valoración de las pruebas, siempre y cuando no se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva.

3.3. Los límites epistémicos de los principios

Ahora bien, para garantizar el respeto de los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria, y en consecuencia, dejar sin fundamento las objeciones que acusan a la teoría de los principios de desconocer estos márgenes, es necesario ampliar la definición de los principios en cuanto mandatos de optimización. Lo pertinente es incluir la dogmática de los márgenes de acción en la definición de los principios de derecho fundamental. Desde luego, la idea de optimización no puede significar la supresión de todo margen legislativo para la toma de decisiones políticas y de todo margen de la jurisdicción ordinaria para la interpretación del Derecho ordinario y la valoración de pruebas. Para evitar interpretaciones de esta naturaleza, debe ampliarse la definición de los principios de la siguiente manera: los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y —aquí viene la modificación— *epistémicas* existentes.

Las posibilidades epistémicas establecen límites adicionales a los mandatos de optimización. La teoría de los principios parte de la base de que no siempre es posible reconocer con certeza el punto en que se satisfacen de forma óptima los principios fundamentales en colisión. Las posibilidades del Tribunal Constitucional para reconocer la magnitud que corresponda a cada una de las variables de la fórmula del peso, son limitadas. Estos límites se proyectan en la seguridad de las premisas empíricas y normativas relevantes en la ponderación. Las premisas empíricas⁸⁶ son relevantes en la determinación del grado de intensidad de la intervención en un principio y del grado de satisfacción del otro. Esta intensidad depende de la eficacia, velocidad, probabilidad, alcance y duración de la intervención y de la correlativa satisfacción de uno y otro principio en colisión⁸⁷. Los límites epistémicos se originan, en primer lugar, a causa de la dificultad de determinar la magnitud que corresponda a cada una de estas variables re-

⁸⁶ Ellas también son relevantes en la aplicación de los subprincipios de idoneidad y de necesidad, del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Cfr. ALEXY, 2001: 111.

⁸⁷ BERNAL PULIDO, 2006.

lativas a las premisas empíricas, y en segundo lugar, a causa de la complejidad de hacer un análisis conjunto de todas estas variables. En todo caso, los límites epistémicos relativos a las premisas empíricas se incluyen en la tercera variable (S) de la fórmula del peso, concerniente a la seguridad de las premisas.

Las premisas normativas también juegan un importante papel en la catalogación del grado de intensidad de la intervención en un principio y del grado de satisfacción del principio contrario. El significado⁸⁸ que la posición de derecho fundamental afectada tiene para el titular de los principios en colisión y la importancia para el contenido de ese principio⁸⁹, se establecen por medio de premisas normativas. Estas premisas también juegan un papel decisivo en la determinación del peso abstracto de los principios. Los límites epistémicos aparecen de nuevo en estos dos ámbitos. Las disposiciones de derecho fundamental no determinan por sí mismas, cuál es el significado y cuál la importancia que revisten las posiciones de derecho fundamental en cada caso, ni cuál es el peso abstracto de los principios. Desde luego, existen casos fáciles en relación con estas variables. Sin embargo, no existe ninguna clasificación de los pesos abstractos de los principios en las categorías de la escala triádica, que el juez pueda reconocer. Lo único que puede decirse es que, en los casos difíciles, el juez debe decidir según la mejor materia de la Constitución. Sin embargo, el problema es que no siempre es claro, qué es lo que exige esta teoría en una sociedad pluralista. En todo caso, los límites epistémicos de las premisas normativas deben incluirse en la fórmula del peso. Una posibilidad consiste en integrarlos en la tercera variable (S), es decir, en la seguridad de las premisas. De esta manera, la seguridad no solo se referirá a la de las premisas empíricas, sino también a la de las premisas normativas. Esta tercera variable institucionaliza en la fórmula del peso la ley epistémica de la ponderación, según la cual: «cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan dicha intervención»⁹⁰. La tercera variable incluye también en la fórmula del peso la posibilidad de graduar la intensidad del control que el Tribunal Constitucional lleva a cabo. Una regla para ello es aquella, según la cual, cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto más intenso deberá ser el control que practique el Tribunal Constitucional⁹¹. Esta regla se sigue lógicamente de la ley epistémica de la ponderación, porque, el aumento en la intensidad del control que practica el Tribunal Constitucional significa este Tribunal debe ser más severo al exigir una mayor certeza de las premisas que fundamentan la intervención en el derecho fundamental. De esta manera, el control del Tribunal Constitucional no debe ser siempre de mínimos o de máximos, sino de intensidad variable, de acuerdo con la intensidad de la intervención en el derecho fundamental⁹². En este sentido es posible estructurar un control de constitucionalidad de varias intensidades, como aquel que lleva a cabo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para enjuiciar las intervenciones en el principio de igualdad, o el Tribunal Constitucional alemán, cuando en el famoso *Mitbestimmung*-

⁸⁸ Cfr. sobre el concepto de significado: RAWLS, 1996: *El liberalismo político* (traducción de A. DOMÉNECH), Barcelona: Grijalbo-Mondadori, p. 373.

⁸⁹ BERNAL PULIDO, 2006.

⁹⁰ ALEXY, 2002: 55.

⁹¹ BERNAL PULIDO, 2005: 800. Asimismo: SCHLINK, 1976: *Abwägung und Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, p. 50.

⁹² A esta variable puede sumarse otra: cuanto mayor sea la certeza de las premisas que deba utilizar el Tribunal Constitucional para llevar a cabo su control, tanto más intenso deberá ser dicho control.

*surteil*⁹³ estableció los conocidos tres tipos de control: un control de evidencia, un control de intensidad intermedia y un control sustancial intensivo.

Los límites epistémicos de los principios posibilitan la existencia de márgenes de acción epistémicos de tipo empírico y normativo para el Legislador⁹⁴ y para la jurisdicción ordinaria. De acuerdo con el principio democrático⁹⁵, está permitido al Legislador decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben. De manera análoga, según el principio del Estado de Derecho, la jurisdicción ordinaria puede decidir allí en donde no puede conocerse si los derechos fundamentales ordenan o prohíben algo en relación con la interpretación del Derecho ordinario o la valoración de las pruebas. La existencia de estos márgenes de acción excluye toda posibilidad de incurrir en un formalismo, como aquel que objeta GARCÍA AMADO. Justo todo lo contrario, la concepción de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante la ponderación, logra ligar de la mejor manera posible dos dimensiones que son relevantes en la aplicación de los derechos fundamentales: la dimensión institucional y la dimensión de la corrección. Desde el punto de vista institucional, debe reconocerse que en el ámbito de los significados implícitos en los derechos fundamentales, allí en donde no es claro si la Constitución ordena o prohíbe algo, el Tribunal Constitucional disfruta de un margen de deliberación. Por su parte, desde la perspectiva de la corrección, en estos casos el Tribunal Constitucional debe respetar los márgenes de acción del Legislador y de la Jurisdicción ordinaria. La única respuesta correcta es que en estos casos, los derechos fundamentales no ofrecen ninguna respuesta correcta.

⁹³ Cfr. BVerfGE 50, pp. 290 y ss.

⁹⁴ ALEXY, *Verfassungsrecht und einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, pp. 27 y ss.

⁹⁵ ALEXY, 2002: 49 y ss.



DERECHO A ALGO: LOS DERECHOS POSITIVOS COMO PARTICIPACIONES EN EL BIEN COMÚN

Lorenzo Peña

Centro de Ciencias Humanas y Sociales (CCHS). CSIC. Madrid

RESUMEN. Los derechos positivos o de bienestar pueden formalizarse mediante enunciados cuyo operador deóntico sea el de licitud y cuyo contenido sea una cuantificación existencial. Tales derechos implican la existencia de obligaciones ajenas de contenido positivo (de dar o hacer), en virtud de la regla de no-impedimento.

Ante las abigarradas listas de tales derechos y la variedad de fundamentaciones de los mismos, propongo basarlos en el principio de lícita participación en el bien común según las necesidades, correlativo al deber de contribuir a ese bien común según las capacidades. Tal esquema puede ser compatible con la propiedad privada según viene concebida en el ordenamiento jurídico-constitucional español, o sea sujeta a una función social. El reconocimiento de tales derechos entra en contradicción con varios enfoques, como el libertario y el maltusiano.

Palabras clave: derechos positivos, derechos de bienestar, derecho de propiedad privada

ABSTRACT. Positive or welfare rights can be formalized through sentences with the deontic operator of licitness whose content is an existential quantification. Such rights imply that other people are subject to obligations with a positive content (to give or to do), in virtue of the non-hindrance rule.

With a variegated set of catalogues of those rights and a variety of alternative groundings, I propose to base them on the principle of a licit participation in the common good according to everyone's needs, correlated with the duty to contribute to the common good according to one's capabilities. Such a scheme may be compatible with private ownership as conceived within the Spanish constitutional order, bound to its social function. Acknowledging such rights clash with several approaches, namely the libertarian and the malthusian ones.

Keywords: positive rights, welfare rights, private ownership right.

INTRODUCCIÓN

Característica del Estado del bienestar, la implementación de los derechos de bienestar viene actualmente zarandeada por duras críticas, desde una pluralidad de enfoques. Frente a tales impugnaciones, voy a proponer en este artículo un tratamiento de los derechos positivos como participaciones en el bien común. Este trabajo constituye, en buena medida, una reelaboración de la línea argumentativa de otro anterior, «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar»¹.

1. DERECHOS DE BIENESTAR Y LÓGICA JURÍDICA

A diferencia de otros tratamientos, el que voy a ofrecer aquí estriba en articular la postulación de los derechos mediante la lógica jurídica. ¿Qué lógica jurídica? Una que podemos llamar «lógica judicial»² y que —a diferencia de la lógica jurídica estándar³— no se basa en principios a priori, adaptados de la lógica modal, sino en leyes inducidas de la propia praxis del razonamiento jurídico. Voy a recapitular aquí las seis principales de tales leyes deónticas (o meta-normas):

— Ley de no-vulneración (o *interdictio probibendi*): en la medida en que sea lícita una acción u omisión, está prohibido a otros estorbarla o impedir la (contra la voluntad del agente u omitente).

— Ley de aplicación: si es preceptivo, en tanto en cuanto se cumpla un determinado supuesto de hecho, abstenerse de una conducta, entonces, dándose efectivamente ese supuesto de hecho, tal conducta estará prohibida⁴.

— Ley de co-licitud: *quicquid licet singillatim licet coniunctim*: dos conductas separadamente lícitas también lo son conjuntamente.

¹ Incluido en el volumen colectivo: *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, de Lorenzo PEÑA y Txetxu AUSÍN (con la colaboración de Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, José MARTÍNEZ DE PISÓN, Roque CARRIÓN, José Manuel DELGADO-OCANDO, Jesús PATIÑO y Caroline GUIBET LAFAYE), México/Madrid: Plaza y Valdés, 2006 (monografía de *Theoria cum praxi*), ISBN 10: 84-934395-5-X; ISBN 13: 978-84-934395-5-2.

² Alternativamente la he denominado «lógica jurídica romana»; perfilada en 1995, vino afianzada al reflexionar, en 1997-98, sobre las inferencias que parecen estar operativas en los razonamientos atribuidos a los jurisconsultos romanos. Sin embargo, sería totalmente erróneo creer que la lógica judicial se aplica más al Derecho romano mientras que la estándar valdría para los ordenamientos de corte germánico. Otra denominación válida para esta lógica es la de «lógica de las situaciones jurídicas».

³ A la que podemos denominar «lógica germánica o nórdica», ya que la han representado autores como G. Henrik VON WRIGHT, Georges KALINOWSKI, Nicholas RESCHER, Risto HILPINEN, Stig KANGER, a la mayoría de los cuales podemos —de algún modo— subsumir bajo ese apelativo.

⁴ Otra formulación alternativa (aunque inexacta): dado un deber condicional y cumplida la condición, ese deber pasa a ser incondicionado. Notemos que vale un principio simétrico para la licitud: si es lícito, en tanto en cuanto se dé un supuesto de hecho, efectuar tal conducta, entonces, dado ese supuesto de hecho, la conducta en cuestión es lícita; o sea: los derechos condicionales se convierten en incondicionados una vez cumplida la condición. Todo eso puede parecer obvio, pero es absolutamente incompatible con la lógica deóntica estándar, en la cual añadir cualquiera de esos dos principios llevaría a la conclusión de que todo lo que sucede está permitido. (La prueba se deja como ejercicio al lector; apunte: primero se prueba en una de esas lógicas que es obligatorio que A implique A —para cualquier «A»—; a partir de ahí, el principio de aplicación, en cualquiera de sus versiones, permite extraer la conclusión de marras).

- Ley de permisión: O bien una conducta está demostrablemente prohibida por el ordenamiento jurídico, o bien ha de presumirse jurídicamente lícita.
- Ley del efecto ilícito: lo que cause un efecto prohibido está también prohibido.
- Ley de equivalencia: si dos conductas son necesariamente equivalentes, la una será tan obligatoria como lo sea la otra⁵.

Manejando esa lógica judicial, nuestro trabajo se opone a la proliferación de múltiples situaciones jurídicas mutuamente irreducibles, como las que se han puesto de moda bajo la influencia tardía de Wesley N. HOHFELD⁶. Para éste, un derecho (en sentido propio) no sería meramente la licitud de algo o la no-obligación de la negación de ese algo, sino el correlativo de un deber ajeno. La mera licitud, o no-prohibición, sería, en cambio, un simple privilegio.

¿Tiene fundamento esa dicotomía? No lo parece, si admitimos que cualquier acción u omisión lícita es tal que los demás tienen prohibido obstaculizarla o imposibilitarla —como nos dice que lo hagamos la ley de no-vulneración.

Esa ley no está exenta de problemas, cuya solución lleva a introducir una noción normativa de impedimento, que delimite las interferencias lícitas de las ilícitas. La noción de impedimento jurídicamente pertinente se va perfilando en la conciencia jurídica, sobre la base, ciertamente, de nexos reales —de carácter ontológico, biológico y sociológico— pero cuya relevancia normativa pasa por el filtro de la *opinio iuris*⁷. Por otro lado, el ordenamiento jurídico, al autorizar expresamente una conducta, exonera —en esa medida— a quien la efectúe de la prohibición que pudiera recaer sobre la misma en virtud de la existencia de derechos ajenos más la ley de no-vulneración. Tal exoneración puede ser meramente parcial, colisionando con el desvalor jurídicamente reconocido de la conducta en cuestión; cualquier ordenamiento jurídico real está plagado de contradicciones. (Por eso lo estudiamos con una lógica gradualista paraconsistente).

Nuestro trabajo se basa en el gradualismo, y concretamente en la noción de grados de licitud; por ello, las acciones u omisiones impeditivas ajenas pueden caer más o menos bajo la prohibición según vengán a constituir, en mayor o en menor medida, estorbos que hagan violencia a la voluntad propia. El umbral de autorización de los estorbos puede variar según diversos parámetros (y, además, va evolucionando con el progreso de las ideas jurídicas).

Con tal economía de conceptos, podemos perfilar una teoría de los derechos positivos. Un derecho positivo es la licitud de una acción con contenido indeterminado, o sea con un contenido que podemos describir con un cuantificador existencial; o, lo que es lo mismo, con una locución que comporte el artículo indeterminado, «un/una», o el adjetivo indefinido «algún/alguna», en singular o en plural: ingerir un alimento; desem-

⁵ Una presentación un poco diferente de esta lógica judicial está en el art. de AUSÍN y PEÑA, 2001: «La deducción normativa», *Doxa*, vol. 23, pp. 465-81.

⁶ HOHFELD, 1919: *Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven: Yale University Press.

⁷ Igual sucede con otras nociones de suyo extra-jurídicas que interesan al Derecho: persona, acción, causalidad, voluntad, etc. Ninguna dilucidación puramente fáctica de tales nociones es jurídicamente satisfactoria, porque siempre su esclarecimiento para el Derecho involucra algunas notas de selección o caracterización normativa, aunque ello implique alguna circularidad, la cual no avala, sin embargo, que se hable en esos casos de ficción jurídica.

peñar un trabajo; vivir en una morada; desplazarnos en algún medio de transporte; beneficiarnos de un aprendizaje; adquirir unos conocimientos; disfrutar de un cuidado de nuestra salud; gozar de unas distracciones —o sea todas las necesidades esenciales de la vida humana. (Derechos al sustento, a la movilidad, al trabajo, al descanso, al albergue, al estudio, a la información, a la atención médica, a la diversión).

Un derecho positivo nuestro no es, en sí, una reclamación, una pretensión de que nos den o nos hagan tal o cual cosa. El derecho a poseer un hogar no es una reclamación de que se nos asigne un sitio habitable en el que podamos morar —aunque sí lo acarrea por la mencionada ley lógico-jurídica—. Un derecho positivo es, sencillamente, eso: la licitud de una situación fáctica susceptible de descripción indeterminada (en este caso la de morar en algún lugar habitable).

Cualquier situación fáctica de contenido indeterminado sería impedida por ciertas acciones u omisiones ajenas, aquellas que constituyeran estorbos que, contra nuestra voluntad, nos impidieran la realización de esa situación —dejando así insatisfechas esas necesidades. ¿Cuáles son esas conductas ajenas que ilícitamente frustrarían la satisfacción de nuestras necesidades?

Esas conductas impeditivas pueden ser no sólo pasivas (omisiones), sino también activas (acciones). Eso hay que señalarlo para disipar un equívoco. Y es que el respeto a los derechos que estamos considerando no implica sólo obligaciones ajenas de dar o hacer (que generan nuestras justas demandas de acciones y prestaciones ajenas), sino también obligaciones de no-hacer.

Quebrantaría el derecho al sustento privar a alguien de su comida; vulneraría el derecho a la vivienda despojar de su domicilio a un morador; viola el derecho al trabajo aquel empresario que despide a sus empleados sin motivo justo ni verdadera necesidad.

Pero, ciertamente, lo más característico de los derechos positivos es que —en virtud de la ley lógico-jurídica de no-vulneración— entrañan la existencia de algunas obligaciones ajenas de dar o de hacer. Ése es su rasgo típico.

2. DERECHOS CON CONTENIDO INDETERMINADO

Un derecho positivo, en sí mismo, no es una reclamación, sino la mera licitud de un contenido indeterminado, p. ej., el derecho a vivir en algún lugar habitable. Éste, de suyo, no es una pretensión de que nos entreguen un alojamiento. Aplicando, eso sí, la ley lógico-jurídica de no-vulneración, extraemos la conclusión de que están prohibidas las acciones u omisiones ajenas que nos impidan realizar ese contenido, o sea aquellas que, contra nuestra voluntad, nos fuercen a no vivir en ningún sitio habitable —para seguir refiriéndonos al derecho a la vivienda.

¿Es anómalo que un derecho haya de formularse con un contenido indeterminado o indefinido y que entrañe obligaciones positivas ajenas? No hay nada excepcional en eso. No es nueva la existencia de derechos o licitudes con contenido indeterminado. Se trata de derechos de resultado. En el ámbito del derecho privado se han dado siempre.

Un derecho de crédito es el de recibir un pago (sea en dinero o en especie, sea en bienes materiales o en servicios o prestaciones). El acreedor tiene un derecho de per-

cepción. La reclamación de que le pague tal deudor en particular es una consecuencia jurídica, que se deriva del derecho del acreedor y de otras circunstancias de hecho (más la ley lógico-jurídica de no vulneración). A veces está perfectamente determinado quién sea el obligado a pagar; otras veces no es así.

En el caso de responsabilidad solidaria entre varios avalistas, el acreedor puede reclamar el pago a uno u otro. Si no paga uno, se dirigirá contra otro y así sucesivamente. Lo obligatorio es que pague uno u otro de esos deudores. Si paga un tercero, se extingue la deuda. El contenido del derecho del acreedor consiste sólo en recibir el pago o la prestación. La obligación de pagar que incumbe a los deudores deja de existir en el momento en que paga un tercero o en que paga cualquiera de ellos.

Mientras no se produzca ese pago, la obligación de dar puede ser mayor en unos deudores que en otros. Unos pueden estar más exonerados de la carga por la concurrencia de otras circunstancias. Los terceros lo están, en todo caso, porque —como ya lo hemos dicho— el concepto de impedimento que manejamos tiene unas notas normativas, que justamente eximen a los que no están involucrados en el surgimiento de ese derecho de crédito (al paso que el deudor y los avalistas sí están involucrados): lo que ilícitamente impide al acreedor recuperar su crédito es la conducta omisiva del deudor y de los avalistas, no la conducta omisiva de cualquier otra persona —a pesar de que cualquiera que pague voluntariamente extingue, al hacerlo, la deuda en cuestión.

En un acto de última voluntad un rico testador, Andrés, puede disponer que su sirviente, Diego, tenga un piso en Denia para vivir en él. Deja en herencia a sus cuatro sobrinos varios de tales pisos. El testamento —junto con la ley lógico-jurídica de no-vulneración— obliga a cada uno de esos sobrinos: si uno de ellos otorga a Diego el derecho de habitación en un piso que le haya correspondido, quedan eximidos los demás. Si ninguno lo hace, sobre cada uno de los cuatro seguirá pesando la obligación de cumplir esa cláusula testamentaria, cediendo ese derecho de habitación. Quienes no heredan nada de Andrés no están sometidos a obligación alguna con respecto a Diego dimanante del testamento.

Para decidir cuánto viene obligado cada heredero, hay que atender a las circunstancias exonerantes y a las obligaciones concurrentes a que esté sometido cada uno de ellos.

3. LAS OBLIGACIONES AJENAS DE ACCIÓN Y PRESTACIÓN

Así pues, los derechos positivos no han aparecido por vez primera en las constituciones del siglo XX, sino que siempre existieron. La novedad es que ahora tendemos a reconocer la titularidad de algunos derechos positivos a todos los seres humanos y, más concretamente, a cada ser humano con relación a los demás, por lo cual todos los hombres estamos, mutua y fraternalmente, obligados —unos para con los otros— en esa solidaridad mutua. (Como primer paso ese nexo de solidaridad uniría a los ciudadanos de un Estado).

Mientras haya una necesidad insatisfecha de las amparadas por un derecho positivo fundamental, cada uno de nosotros está obligado a ayudar para satisfacerla. ¿Cómo y cuánto? Unos más, otros menos. La frustración del disfrute de los derechos positivos

acarrea una situación de antinomia jurídica generalizada. En una situación así, nadie puede jactarse de estar cumpliendo al ciento por ciento sus obligaciones, porque es imposible, ya que siempre podríamos hacer más. Pero, evidentemente, unos están violando más que otros sus respectivas obligaciones. Más lo están quienes más recursos y posibilidades tienen.

Los derechos fundamentales positivos son *erga omnes* al implicar (por la ley lógico-jurídica de no-vulneración) una obligación ajena de dar o hacer. Esa obligación no pesa sólo sobre el Estado. Éste siempre está obligado subsidiariamente a satisfacer tales necesidades, ya sea de modo perentorio, ya sea implementando una política adecuada que lleve a ese resultado.

Pero la administración pública no es la única obligada. Todos estamos obligados. Más lo están los que más pueden hacer al respecto. Especiales obligaciones derivadas pesan sobre: los caseros, promotores inmobiliarios y dueños de casas o pisos en que ellos mismos no habitan permanentemente; los empleadores con capacidad para contratar mano de obra; las compañías y asociaciones consagradas a la educación, la cultura, la información y la comunicación; los profesionales de la salud y las firmas y entidades que se dedican a actividades sanitarias, incluyendo las farmacéuticas; las empresas de transporte de pasajeros; en general todos los empresarios que producen o distribuyen mercancías o servicios que atienden a satisfacer alguna de las necesidades humanas de sustento, abrigo, conocimiento, salud, movilidad o distracción.

Esto nos lleva a reclamar —derivadamente de los derechos positivos fundamentales— el cumplimiento de los deberes positivos ajenos, las obligaciones de dar y de hacer.

4. EL ÉNFASIS EN LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE DAR Y DE HACER

Al recalcar los derechos positivos y sus consecuencias jurídicas, las obligaciones ajenas de dar y hacer, rompemos con aquella línea de crítica al sistema económico existente —y a sus estamentos privilegiados— que ponía por delante las reivindicaciones negativas. Llamaremos a esa crítica la «negativista». Frente a ella, la nuestra será la afirmativista⁸.

Lo que a los empleadores venían exigiéndoles los negativistas era: no contratar mano de obra en condiciones de explotación (sea eso lo que fuere); no ofrecer al público mercancías o servicios de calidad inferior a la deseable, o a precios excesivamente altos, o con vicios ocultos o efectos secundarios desagradables, o incluso —y a falta de esos otros reparos— mediante ofertas que inciten al comprador a consumir lo superfluo.

Los empresarios escaparían a esa línea de crítica no emprendiendo actividad alguna: no contratando mano de obra, ni ofreciendo mercancías ni servicios ni publicitando su negocio. El rico modélico sería el que amontona su dinero en el banco o, mejor, en una hucha.

⁸ Para no llamarla «positivista», lo cual daría lugar a una grave confusión terminológica.

En particular, las casas fabricantes de medicamentos dan un paso en el buen sentido —a tenor del enfoque negativista— cada vez que retiran de la venta un analgésico, un antiséptico, una vacuna, un somnífero, un antibiótico o cualquier otro remedio, aunque sea irremplazable, pero al cual quepa poner algún reparo. Cumplen también un deber al no exportar productos farmacéuticos inasequibles a países pobres (y así no exportándoselos a precios altos).

Esa crítica negativista tiene a sus espaldas una larga tradición (titubeante), pero hoy está afianzada por un abanico de tendencias ecologistas.

Desde nuestra posición afirmativista, lo más criticable es: no contratar mano de obra pudiendo hacerlo; no emprender actividades productivas cuando hay recursos para hacerlo obteniendo una ganancia (tal vez no la ganancia máxima u óptima); no incrementar la oferta que aprovecharía al público para mejorar la satisfacción de sus necesidades de movilidad, salud, distracción, cultura, información, etc.; en suma, dejar ociosos los caudales, las instalaciones, los recursos materiales y espirituales. Y, ya dentro de cada actividad empresarial en concreto, lo más criticable es lo que se deja de hacer, no lo que se hace mal. En el plano médico, la falta de atención. En el informativo, las políticas de censura, tabú y ninguero. En el laboral, la no-oferta de empleo. Y así sucesivamente.

No se me oculta que caracterizar una conducta como activa o como omisiva es cuestión, frecuentemente, de descripción; que una misma conducta puede ser lo uno y lo otro; y que, sobre todo, una decisión humana implica, generalmente, una opción, en la cual se decide hacer A en vez de B, lo cual comporta —en un solo y mismo acto de voluntad— la acción A y la omisión de B. Ese mutuo involucramiento de la acción y la omisión determina que, muy a menudo, lo reprochable sea esa combinación de dos conductas, la una activa y la otra omisiva. Así, p. ej., a los periódicos, al llenar de paja sus páginas —en lugar de presentar una obra de periodismo de investigación sobre temas de genuino interés público⁹—, podemos hacerles dos reproches —el uno por acción y el otro por omisión—, pero en el fondo lo que hay que achacarles es la opción misma¹⁰.

Siendo todo eso verdad, persiste el hecho de que, de todas las críticas que hay que dirigir a los responsables de que no se respeten debidamente los derechos de bienestar, la principal es la que se queja de sus omisiones.

Hay dos visiones del mundo antagónicamente enfrentadas; una, la que inspira la crítica negativista; la otra, la nuestra, la de afirmación. El enfoque negativista es pesimista, anti-vida, anti-ser, nihilista. Su lema es el schopenhaueriano de que, cuanto menos ser, menos vida, menos actividad, mejor. El nuestro es el leibniziano de que, cuan-

⁹ Además de pasar de puntillas sobre temas escabrosos y de sus sospechosos silencios, está algo más grave: quienes alimentan su conocimiento de la realidad social de nuestro tiempo mediante la lectura de los periódicos desconocen casi todo de la situación de la gran mayoría de la población del planeta Tierra; y lo poco que saben son acontecimientos anecdóticos o superficiales. (Cuando creen saber, se trata de burdos clichés, deformaciones o exageraciones pintorescas). En cambio se inundan páginas con zarandajas que se repiten hasta la náusea.

¹⁰ Excede los límites de este artículo sustentar en argumentos esa evaluación de los actuales medios de comunicación. Véase WEILL-RAYNAL, 2007: *Les nouveaux désinformateurs*, París: Armand Colin, y los libros que sobre ese asunto han escrito Noam CHOMSKY, Michel COLLON, Serge HALIMI, Denis ROBERT y Pierre BOURDIEU.

ta más vida, cuanta más realidad, cuanta más presencia humana, cuanto más intensa sea nuestra actividad colectiva, mejor.

No digo que no haya que criticar a los empresarios cuando imponen jornales bajos o condiciones laborales duras o elevan en demasía sus precios o venden mercancías defectuosas. Pero hay que criticarlos por lo mucho que no hacen, pudiendo hacerlo, más que por lo que sí hacen.

5. EL ESTATISMO

Nuestra articulación de los derechos positivos nos lleva así a la defensa del estatismo. Por «estatismo» entendemos la conjunción de dos rasgos.

El primer rasgo del estatismo que profesamos es que al Estado le incumbe, en primer lugar, establecer por ley esas obligaciones de los particulares con recursos (imponerles el deber jurídico de emplear tales recursos productivamente, de no dejar desabastecido al mercado, de contratar la mano de obra que pueden emplear sin sufrir pérdida económica). Las abstenciones empresariales ilícitas que el Estado tiene que definir y sancionar son, en unos casos, genéricas, y en otros específicas; concretamente, cada empresario y cada profesional ha contraído unas obligaciones de hacer en la esfera particular a la que se dedica profesionalmente. (No se va a reprochar a las firmas farmacéuticas no construir casas).

El segundo rasgo del estatismo que profesamos estriba en que al propio Estado le incumbe la tarea subsidiaria de emprender él mismo todas esas actividades cuando la iniciativa privada no las realiza suficientemente o no lo hace en las condiciones idóneas que sean social y económicamente exigibles, habida cuenta del avance técnico, de los recursos disponibles y de la conciencia colectiva (de la tabla de valores asumidos por la sociedad).

Más en particular, para que sea viable una sociedad en la que se cumpla con tales obligaciones positivas, tiene que asumir el Estado una gama amplia y creciente de servicios públicos, en todos los campos, mediante obras viales, tendidos y canalizaciones, redes de abastecimiento y suministro, establecimientos culturales, científicos, educativos, equipos de salvamento, vigilancia, ordenación del territorio, edificaciones, cauces de redistribución.

Nuestro estatismo nos distancia de otro enfoque de esta problemática, el que viene caracterizado hoy como la teoría de la responsabilidad social de las empresas (o, más en general, como la responsabilidad de la llamada «sociedad civil», que es una mera entelequia). En primer lugar, esa teoría tiende (de nuevo) a recalcar más los deberes negativos que los positivos, reclamando a los empresarios, sobre todo, que no contaminen y que no ofrezcan al consumidor productos inadecuados —superfluos o de mala calidad—. En segundo lugar, esa teoría ve la responsabilidad en cuestión como un deber de moral social más que como una obligación jurídica.

Nuestro enfoque se sitúa, en cambio, en el plano jurídico. Lo que preconizamos es el establecimiento de estrictas obligaciones legales (si bien, para ser plenamente eficaces, habrán de acabar dándose en el plano de la economía global). Son los poderes pú-

blicos quienes tienen que establecerlas; y son los poderes públicos quienes tienen que suplir la acción de la iniciativa privada cuando ésta no esté a la altura, acudiendo a las nacionalizaciones.

6. REFUTACIÓN DEL ARGUMENTO LIBERTARIO

Nuestra posición nos sitúa en las antípodas de las tesis libertarias, cuyo argumento vamos ahora a comentar. Los libertarios —siguiendo las huellas de VON MISES, HAYEK, NOZICK y FLEW— aducen que, mientras que los derechos negativos estriban esencialmente en una reclamación legítima de abstención ajena, los positivos implican una exigencia de que nos den; y que, una de dos: o bien (1) son los responsables de la Cosa Pública quienes tienen que darnos, o bien (2) la pretensión queda en la indeterminación.

Es excesiva —siguen alegando los libertarios— la opción (1), o sea la exigencia de que sea el Estado quien tenga que subvenir a nuestras reclamaciones (de comida, trabajo, albergue, transporte y así sucesivamente), a menos que se anule la propiedad privada; la carga tributaria sería abrumadora. (Y, según los libertarios, ya lo es, porque el Estado del bienestar ha asumido a medias esa aspiración difusa a subvenir, al menos subsidiariamente, a tales necesidades de la población).

Todavía peor sería la opción (2), porque entonces no se saldrá de la indeterminación en lo tocante a quién esté obligado a pagar: si hay individuos o familias sin techo, ¿a quién incumbirá el deber de cederles un sitio adecuado y habitable en un edificio? La dificultad de responder a esa pregunta muestra —siguen diciendo los críticos— que esos presuntos derechos no son tales, ni pueden serlo, porque no hay cómo implementarlos jurídicamente, no hay cómo abrir vías de reclamación judicial y procesal para asegurar su respeto. No hay manera de hacer de ellos genuinas pretensiones exigibles. No son, pues, verdaderos derechos.

A ese argumento respondo, a tenor de lo que ya llevamos dicho: la licitud, para cada ser humano, de comer, vivir en un hogar, trabajar, desplazarse y así sucesivamente acarrea la prohibición de que los demás usen su propiedad privada de manera que lo impida. Es una limitación de la propiedad, igual que hay muchas otras. En rigor constituye una servidumbre legal a cargo del propietario de contribuir a la satisfacción de las necesidades humanas básicas.

En el ordenamiento jurídico-constitucional español, esa obligación se enuncia como la función social de la propiedad. Un régimen jurídico en el cual se reconoce la propiedad privada pero sujeta a una función social es intermedio entre un régimen de propiedad privada pura y uno de propiedad colectiva o pública. En ordenamientos como el español sólo es lícita la propiedad privada cuando cumple una función social. ¿Cuál función social? Eso no puede determinarse de una vez por todas, sino que varía en función de una pluralidad de parámetros y evoluciona a tenor del cambio paulatino de la conciencia social.

Conque efectivamente admitimos la premisa menor del argumento neo-liberal: que los derechos fundamentales de tenor positivo acarrearán una seria limitación del derecho de propiedad privada, siendo incompatibles con un régimen de propiedad privada pura. Pero negamos la premisa mayor, porque el derecho a la propiedad privada no es un de-

recho fundamental; y, aunque lo fuera, estaría subordinado a los derechos positivos fundamentales.

Por otro lado, no hay nada exagerado ni extremoso en atribuir al Estado la función subsidiaria de suplir las carencias del sector privado (incluso nacionalizando las ramas de la producción donde la empresa privada no cumpla debidamente sus obligaciones constitucionales de función social), aunque eso choca con la idea libertaria de un estado mínimo. No hay ningún derecho fundamental a vivir en un régimen de Estado mínimo.

Por último —y para acabar de responder al argumento libertario— son verdaderas las dos opciones que nos brindan, la (1) y la (2). Subvenir a esas necesidades incumbe tanto al Estado (que obtendrá sus recursos por vía de tributos y de los beneficios del sector público) cuanto al sector privado.

¿Cabe determinar quiénes, dentro de ese sector privado, están obligados a satisfacer tales necesidades? Jurídicamente los derechos y los deberes de contenido indeterminado han sido reconocidos desde el derecho romano (y seguramente desde mucho antes); son perfectamente admisibles siempre que existan vías posibles de determinabilidad. Y en este caso las hay.

Cuando ve insatisfechas sus necesidades de comida, agua, albergue, trabajo, movilidad, información, aprendizaje y distracción, un individuo (para empezar, un habitante del territorio nacional) tiene una reclamación válida contra la sociedad a la que pertenece —al menos cuando ello no resulte imputable a su propia desidia—; ante esa reclamación habrán de responsabilizarse, escalonadamente:

(1) Las personas físicas y jurídicas que hayan guardado con el individuo en cuestión relaciones contractuales o extracontractuales generadoras de una obligación natural de ayuda en la medida en que les sea posible —sin grave detrimento propio— contribuir a la satisfacción de tales necesidades. Hay una obligación natural de solidaridad para con los parientes y allegados, los amigos, los vecinos, los compañeros y ex-compañeros, empleados y ex-empleados —al menos un deber de auxilio; y es que la omisión del deber de socorro no puede entenderse restrictivamente para casos de contigüidad geográfica entre la presencia del omitente y el acaecimiento de peligro¹¹.

(2) Quienes más recursos posean y más afines estén —en su respectiva línea de compromisos profesionales— a la satisfacción del tipo de necesidad en cuestión: los empleadores tienen responsabilidad si no emplean toda la mano de obra que les es posible sin incurrir en pérdidas; los empresarios relacionados con el negocio inmobiliario y los dueños de viviendas que no habitan, si no ponen de su parte para que sea posible albergar a toda la población; los proveedores habituales de bienes y servicios, si —por dejadez o afán de lucro excesivo— frustran las expectativas razonables de acceso a los mismos; y así sucesivamente.

(3) Todos en general, según su capacidad económica, para el pago de los tributos legalmente establecidos que permitan al Estado ayudar a subvenir a esas necesidades.

Si, recorrida toda esa escala, aún quedan responsabilidades por adjudicar, todos somos entonces responsables (un caso paradójico, una genuina antinomia deóntica, fruto de políticas vulneradoras de los derechos humanos).

¹¹ Notemos que tal obligación fue revestida de un rango constitucional en la Carta Magna gaditana de 1812 al disponer en su artículo 6.º que todos los españoles tienen la obligación de ser justos y benéficos.

7. ¿HAY ALGUNA VÍA JURISDICCIONAL PARA HACER RESPETAR LOS DERECHOS POSITIVOS?

El libertario objeta que esa asignación de responsabilidades —además de no ser fácil de implementar jurídicamente— carece hoy por hoy de reconocimiento legal, siendo a lo sumo, una consideración *de lege ferenda*; tal como están hoy las cosas —sigue diciendo— no habría vía jurisdiccional alguna para que esos presuntos derechos positivos alcancen una satisfacción por intervención del juez.

Respondo, en primer lugar, que la indeterminación de una vía jurisdiccional apropiada no implica la nulidad o la vacuidad del derecho. En las constituciones decimonónicas no se solían articular vías jurisdiccionales que garantizaran los derechos individuales de carácter negativo (los de no-violación del domicilio y la correspondencia, *habeas corpus*, reunión, etc.). Sin embargo, sería absurdo decir que en tales sistemas no existieron tales derechos, y que éstos únicamente han nacido cuando, por fin, se han establecido vías concretas de reclamación judicial. Y es que la existencia de derechos y deberes sustantivos es independiente de la efectiva implementación de vías procesales para su protección. Afirmar tal dependencia desencadenaría una regresión infinita.

En segundo lugar, respondo que ya hoy se abren varias vías jurisdiccionales, por insuficientes que sean. Voy a referirme al ordenamiento español.

(1) El reconocimiento constitucional de los derechos positivos siempre es un considerando exegéticamente válido para que el juez interprete las leyes vigentes en el sentido más favorable a su satisfacción y, a tenor de ello, aplique con discernimiento y humanidad la legislación en materias de divorcio (y pensión compensatoria), herencia, alimentos, contratación laboral, compraventa y alquiler de casas, transporte, consumo y situaciones de insolvencia, etc.

(2) Hay casos en los que la ley determina claramente quién está obligado a una acción o prestación que posibilite satisfacer la necesidad: obligaciones de alimentos a cargo de los padres; deberes de ayuda al cónyuge (y, por analogía, al compañero sentimental); socorro debido a los padres y a los hermanos; obligaciones contractuales (p. ej. las derivadas de la legislación laboral); deberes profesionales; compromisos asumidos por las administraciones públicas.

(3) Al amparo del art. 1887 del Código Civil¹² y del principio jurídico que proscribire el enriquecimiento injusto¹³ (un principio lamentablemente no positivizado en nuestro CC)¹⁴ —en conexión con la prohibición del abuso del derecho¹⁵— son, a ve-

¹² «Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados».

¹³ La prohibición del enriquecimiento injusto se remonta a un parecer de Sexto Pomponio (jurisconsulto del siglo II): «Nam hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem». O sea: «Es naturalmente injusto que alguien se haga más rico a expensas y en perjuicio de otro». Véase CONCHEIRO DEL RÍO, 2007: *El enriquecimiento injusto en el Derecho laboral*, Barcelona: Bosch.

¹⁴ A pesar de que el art. 10.9.III establece: «En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido». Es una disposición de Derecho internacional privado. Hay incongruencia jurídica en que el mismo Código que hace esa remisión se abstenga, sin embargo, de prever una acción especial por enriquecimiento injusto, la cual, en nuestro Derecho, es una creación jurisprudencial. Véase de MÉNDEZ TOMÁS y VILALTA NICUESA, 2000: *El enriquecimiento injusto*, Barcelona: Editorial Bosch.

¹⁵ Art. 7 CC: «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo». En relación con el concepto del abuso del de-

ces, admisibles otras reclamaciones para paliar algunas de las más graves necesidades, p. ej. de alimentos y vivienda.

(4) En ciertas circunstancias cabe invocar el deber de socorro, reconocido en el Código Penal¹⁶; y, si bien en lo penal las obligaciones no pueden interpretarse extensiva ni analógicamente, sí cabe extender ese deber extra-penalmente, mediante lecturas adaptativas del Código Civil. Así abstenerse deliberadamente de impedir una desgracia¹⁷ puede asimilarse —en algún grado— a la causación de la misma, entendiéndose extensivamente la noción de causa en el art. 1902 CC¹⁸.

Todo eso se queda cortísimo. Hay que preconizar que se amplíen esas vías y se abran otras¹⁹. Pero sería injusto y desmovilizador no reconocer esos logros.

8. EL BIEN COMÚN, FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS POSITIVOS

Los derechos positivos que hemos enumerado pueden verse de dos modos: o bien como títulos inherentes al ser humano, a la persona humana, independientemente de su inserción en la sociedad y tal vez dimanantes, tan sólo, de un constitutivo antropológico (o algo similar); o bien como facultades que se adquieren por la pertenencia a una sociedad, relaciones jurídicas que ligan a unos miembros de la sociedad con los demás.

Adoptando el primer enfoque, tendremos la ventaja de que nos bastará saber que un individuo es de nuestra especie para reconocerle ese título, esa reclamación, cualesquiera que sean las circunstancias, cualquiera que sea su actuación, previa o simultánea, cualesquiera que sean los avatares históricos y sociales.

En cambio, si los derechos positivos se adquieren como resultado de la inserción en una sociedad, ello abre la puerta a modulaciones y restricciones que pueden relativizar tales derechos.

recho, véase el ensayo final recogido en el volumen colectivo cit. *supra*, nota 1: «¿Cabe un abuso de los derechos positivos?», de Lorenzo PEÑA y Txetxu AUSÍN.

¹⁶ Art. 195.1: «El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses».

¹⁷ Una desgracia que ocurra en nuestro entorno o radio de acción o de comunicación intersubjetiva, aunque no se trate de un suceso en nuestra proximidad geográfica en el momento de producirse.

¹⁸ «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

¹⁹ También es menester elevar a rango constitucional la obligación de que existan vías de exigibilidad jurisdiccional de todos los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. A este respecto más audaz que la Constitución actual era la republicana de 1931, al permitir el acceso al Tribunal de Garantías Constitucionales para la protección de todos los derechos de rango constitucional: «Artículo 121°. Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: [...] b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades». Por el contrario, a tenor de la Constitución de 1978, art. 53.2, el recurso de amparo sólo está autorizado para los derechos negativos de la Sección I del capítulo II del Título I más la objeción de conciencia del art. 30. Sin embargo, hay un mandamiento constitucional (art. 53.3) al poder legislativo para dictar leyes que permitan y desarrollen los derechos positivos reconocidos en el capítulo III del Título I —asegurando su respeto y protección— y que faculten a los individuos para alegar tales derechos ante la jurisdicción ordinaria. En buena medida tal mandamiento sigue estando desobedecido 29 años después.

Nos decantamos por la segunda vía. Un derecho, una licitud, es una relación jurídica que sólo cobra sentido en una sociedad de seres dotados de entendimiento y voluntad y que, a fuer de tales, tienen que regirse por normas dictadas por una autoridad. En consecuencia, un imaginario Robinsón Crusoe no tendría ni derechos ni deberes.

Si la raíz de la existencia de derechos positivos es la pertenencia a una sociedad, ello nos hace plantearnos la cuestión de si, por consiguiente, esa lista de derechos se deduce de un derecho básico con relación a tal sociedad. Así es. Se trata del derecho a participar en el bien común según las necesidades.

No es un derecho incondicional, sino que está condicionado al cumplimiento de un deber: el de contribuir a ese bien común según las capacidades.

¿Significa eso que la sanción apropiada al incumplimiento del deber de contribuir correctamente al bien común sea que uno decaiga en sus derechos positivos y que, por lo tanto, ya no merezca comer, ni albergarse, ni nada de eso?

En un enfoque gradualista, como el nuestro, los cumplimientos e incumplimientos son graduales, y también han de serlo los reproches y las eventuales sanciones. Pero aun en el peor caso habrá un núcleo mínimo que ninguna sanción podrá rebasar, porque sería deletéreo para el vínculo social y, por ende, para el propio bien común. Eso introduce un elemento de compasión.

Frente a quienes hablan de igualdad de oportunidades y de reparto según el mérito (que podría definirse como el grado de contribución individual al bien común), nosotros abogamos por una igualdad de resultados —concretamente de la satisfacción de las necesidades— por dos razones: 1.^a) el concepto de mérito es espúreo, dado que cada uno de nosotros es el producto de las determinaciones naturales y, sobre todo, sociales; 2.^a) no existe criterio alguno objetivo y justificable para determinar cuánto merece cada uno, cuánto contribuye al bien común.

Además, si brindamos una igualdad de oportunidades (lo cual es quimérico), habrá que saber si sólo vamos a conceder una oportunidad, o también una segunda; si una segunda, ¿por qué no una tercera? Y así sucesivamente. (Tal vez el número mágico sea el de setenta veces siete). Cuantas más oportunidades otorguemos, más nos aproximamos a una praxis distributiva basada en otros criterios, como el de las necesidades y el de la compasión mutua, como vínculo social de solidaridad, cuya conculcación perjudicaría al bien común.

Tal posicionamiento nos lleva, desde luego, a rechazar muchos enfoques que, coincidiendo con el nuestro en abogar por algún género de igualitarismo social, se quedan a medio camino (la tesis de MARX «a cada cual según su trabajo» —válida para la etapa de transición—; tesis de RAWLS, SCANLON, COHEN, DWORKIN y otros). Pero también nos lleva a recusar —por el lado opuesto— la propuesta de VAN PARIJS (y la pléyade de sus seguidores) de una renta básica universal, un ingreso que correspondería a cada miembro de la sociedad (adulto), haga lo que haga, sin ninguna contrapartida, y que debería permitir a todos vivir, confortable y holgadamente, sin trabajar²⁰.

²⁰ VAN PARIJS, Ph., 2001: *What's Wrong With a Free Lunch?*, Boston: Beacon Press. En España esa propuesta ha sido desarrollada por autores de la orientación llamada «republicanista» como Daniel RAVENTÓS y Antoni DOMÈNECH.

Habiendo muchos argumentos en contra, el principal es que eso es injusto. La riqueza social se crea con el esfuerzo colectivo. En general es, ciertamente, imposible determinar cuánto contribuye a su creación el ingeniero que hace los planos de un barco, el dependiente que despacha pan en la tahona, el minero que extrae carbón, el operador telefónico, el maquinista del tren, el jurista que elabora las leyes que sirven para regular toda esa compleja interacción social. Mas una cosa sí es posible saber: la vagancia implica una no-contribución al bien común. No hay derecho a la vagancia o a la holganza. (Están exonerados del deber de contribuir al bien común quienes no pueden hacerlo, mas no quienes pueden pero no quieren)²¹.

9. CONCILIAR EL VALOR DE LA JUSTICIA CON EL DE LA EFICIENCIA

Hemos sentado un principio de distribución: hacer participar en el bien común según las necesidades de cada uno. Es un principio de justicia. Mas la justicia no es el único valor.

La acción individual y colectiva tiende a la realización de determinados valores. Sólo un milagro podría asegurar que no surgieran conflictos entre esos diferentes valores. Unos valores pueden subsumirse en otros, aunque tal subsunción a menudo es problemática y parcial. Las sociedades humanas —y las no humanas— aspiran a lograr varios bienes: persistencia, armonía, felicidad, prosperidad, conocimiento, belleza, amor, etc. En esa constelación está la justicia. Puede, sí, brindarse una noción de justicia que sólo reputo justo lo que a la postre acabe resultando de una ponderación de todos los demás valores. Pero tal vez obedece a una más acertada nomenclatura llamar «justicia» a uno de los varios valores en presencia, aquel que tiende a *dar a cada uno lo suyo*, a tratar similarmente los casos similares, repartiendo beneficios y cargas según unas reglas enraizadas en la naturaleza misma de las relaciones involucradas.

Lo justo es la igualdad de resultados: que cada uno colabore al bien común según sus capacidades y que se beneficie del bien común según sus necesidades. Esas reglas hunden sus raíces en la propia naturaleza de los individuos y de la sociedad, en la misión misma del cuerpo social que estriba en una unión para satisfacer las necesidades humanas.

Mas la justicia impone también unos límites a la propia justicia. Una justicia implacable deja de ser justicia. Es justo limitar la acción de la justicia en aras de otros valores que la propia justicia tiene que asimilar de algún modo: compasión, concordia, eficacia, adhesión social. Cada sociedad busca, trabajosamente, unos criterios (siempre imperfectos) de ponderación de esos valores para articular opciones correctas y no arbitrarias, que sean justificables habida cuenta de todo.

Si la naturaleza de la sociedad es promover el bien común para distribuirlo equitativamente según las necesidades de los individuos, está claro que, en la medida en que

²¹ Hay otra objeción dirimente contra la propuesta de renta básica universal de carácter incondicional. Por generalización de la ley lógico-jurídica de co-licitud, si es lícito a cada uno disfrutar (incondicionalmente) de tal prebenda o sinecure, es lícito que todos lo hagan. Si es lícito, entonces lo es un hecho que causaría la destrucción de la sociedad. Luego —por la ley lógico-jurídica del efecto ilícito— está permitido destruir la sociedad. Desde luego, este argumento sólo convecera a quienes hayan adoptado nuestra lógica juridicial.

esa distribución obstaculice la promoción del bien común, habrá de restringirse o atemperarse en cierto grado.

Los adversarios del igualitarismo subyacente a nuestra propuesta aducen que la propia naturaleza humana se rebela contra cualquier política equi-distributiva, que desincentiva el esfuerzo individual, el cual sólo puede ir a más en un ambiente de concurrencia y rivalidad, en el cual cada uno espere labrar el bienestar propio (y el de los suyos) gracias a sus afanes, a su talento, a sus fuerzas y a su éxito. La distribución igualitaria desincentivaría tales esfuerzos.

Desconozco qué prueba exista de la verdad de esa visión individualista. La observación empírica nos enseña, entre los seres humanos y demás animales sociales, muchas conductas, unas altruistas, otras egoístas, otras colaborativas. Éstas, si se quiere, obedecen al egoísmo plural, a la busca del bien para el «nosotros». Ya esa finalidad de que uno pretenda el bien de los suyos significa que se trasciende la pura individualidad.

¿Hay conductas que buscan el bien de una colectividad más amplia, allende la familia nuclear? ¡Claro que sí! Hay conductas que se explican por amor al clan, a la tribu, a la Patria, a la secta, a la clase social, al propio bando, a la humanidad.

También hay muchas conductas en las que uno sabe cabalmente que el resultado sólo se obtendrá del esfuerzo conjugado de muchos, al paso que cada aportación individual será de escasa eficacia causal; y, sin embargo, se realizan esos esfuerzos. Son, sin duda, complejos los mecanismos de la psicología social. Pero el hecho es que existen acciones masivas que sobrevienen en múltiples acciones individuales dispersas, ninguna de las cuales tiene sentido por separado. Que se produzcan esos fenómenos depende de la conciencia social; en unas cosas las campañas de concienciación tienen éxito; en otras se saldan con rotundos fracasos. En cualquier caso, no es verdad que siempre se actúe de manera egoísta y que los seres humanos en general rehúsen participar en el esfuerzo colectivo sin expectativa alguna de ventaja para ellos mismos individualmente desgajable.

¿Cuánto del individualismo aparentemente reinante se explica por el instinto (determinación genética), y cuánto por factores culturales? ¿Cuánto pueden alterarse esos patrones por un cambio de la conciencia pública? No lo sé. Por mucho que nuestros genes nos inclinen al individualismo (y posiblemente a otras pautas comportamentales que no solemos valorar bien, como la prevalencia masculina, la agresividad, tal vez incluso la crueldad), el filtro de nuestra aculturación social es capaz de contrarrestar tales inclinaciones, que pueden haber tenido su razón de ser en nuestra prehistoria biológica pero que se han convertido en frenos para nuestro mejor-vivir en común.

Sea así o no, nuestra teoría de la justicia distributiva no sufre nada, precisamente porque reconocemos que la justicia no es el único valor y que ha de regir nuestras decisiones colectivas tras un proceso de ponderación con otros valores. Y uno de ellos es el del bien común, o la prosperidad colectiva. Si demasiado aplicar el ideal de justicia perjudica a esa prosperidad, habrá de rebajarse o aminorarse la aplicación dejando un margen a otras consideraciones —aunque introduzcan o consagren patrones injustos— en aras de promover ese bien común.

Supongamos que, aplicando a rajatabla las pautas de distribución equitativa, surgen disfunciones, se abandonan profesiones que hacen falta, se desatienden ciertas ta-

reas, disminuye el esfuerzo, se incrementan el parasitismo y la gorronería, pululan los aprovechados. La hipótesis, bastante sombría, puede tener mayor o menor verosimilitud; en contra de la misma está el hecho de que no hemos reconocido el derecho a participar equitativamente en el bien común como un derecho incondicional, sino como contrapartida al deber de colaborar para ese bien común según las propias capacidades. Pero, ¡sea! ¿Qué hacer? Procederá restringir el ámbito o la medida de aplicación de ese criterio distributivo, introduciendo dosis de injusticia en tanto en cuanto sean susceptibles de frenar o contrarrestar las tendencias negativas que hemos imaginado y de suscitar conductas positivas. Introducir incentivos, sean de orden moral o material (porque no sólo de pan vive el hombre).

¿Cuántos? ¿Hasta qué punto? No creo que pueda responderse en abstracto. Lo importante es no perder la orientación, sino saber que las concesiones a una realidad que opone resistencias no han de hacernos abandonar el horizonte, que es la mayor realización posible del ideal de justicia.

Por otra parte, y pasando de la teoría a la praxis, nuestra recomendación no es la de experimentar una sociedad justa partiendo de cero, haciendo tabla rasa de lo existente, sino partir de lo que hay para evolucionar paulatinamente hacia un sistema más justo. (Más sobre esto *infra*, epígrafe 12).

10. EL DERECHO A PROSPERAR

Un rasgo esencial de la prosperidad a la que tienden, por su propia naturaleza, las sociedades de seres vivientes, humanos o no humanos, es vivir mejor —no sólo conservar lo que se haya conseguido ya. En realidad, para los individuos, los grupos y las especies vale, probablemente, el principio de que lo que no va a más tiende a ir a menos. Esa nota intrínseca del bien común es, pues, un elemento dinámico. Contribuir al bien común (según las propias capacidades) significa coadyuvar a que ese bien común no sólo se mantenga —en lugar de deteriorarse o incluso zozobrar—, sino también se incrementa.

Y es que la necesidad básica de participar en el bien común —según las necesidades del individuo— implica que nos hace falta un bien común que vaya a más. El ser humano, como cualquier ser viviente, necesita prosperar. El progreso —material y espiritual— es necesario para el individuo, para la colectividad y para la especie. (Y, por lo tanto, hay un derecho subjetivo a participar en la prosperidad colectiva, junto con un deber de contribuir a ella).

En eso radica que los derechos humanos, aun fundándose en la naturaleza humana (en el vínculo entre el individuo y la sociedad a tenor de la misión de ésta), tengan un contenido evolutivo, que varía histórico-socialmente. En su formulación actual los derechos positivos de bienestar sólo han podido alcanzar reconocimiento jurídico en sociedades modernas, al alcanzarse —o estarse cerca de alcanzar— un nivel de prosperidad que posibilite su satisfacción. (Véase *infra*, epígrafe 13).

Sería inviable el Estado del bienestar, serían insostenibles los derechos positivos fundamentales, sin la prosperidad, sin el crecimiento económico y el avance técnico

—sin lo que en la jerga marxista se llamó «el crecimiento de las fuerzas productivas»—. Que todos disfruten del derecho al sustento, a la salud, al albergue, a la cultura y a la distracción implica que también lo hagan las personas mayores —incluso cuando ya no pueden trabajar—, que lo hagan los minusválidos o incapacitados —aun cuando ya poco puedan contribuir al bien común—, que lo hagan los niños —cuando todavía están en la etapa de su crecimiento individual y de su aprendizaje de la vida. El sistema de pensiones de jubilación y de invalidez, de instalaciones y servicios sociales que requiere atender a esas necesidades sólo es sostenible si la sociedad va aumentando su nivel de riqueza.

Si la riqueza se estanca o declina, ningún sistema de pensiones podrá mantenerse (a menos que sea muy corta la duración de la vida pre- y post-activa). Un sistema de pensiones es un pacto inter-generacional. Quienes trabajan hoy tributan para que los viejos reciban una pensión, a sabiendas de que el progreso técnico y el crecimiento de la productividad laboral posibilitarán que, cuando a ellos les llegue la edad, quienes trabajen entonces puedan, sin agobio, sostenerlos con sus propios tributos.

La idea del crecimiento económico y del progreso técnico es hoy mucho menos popular que hace unos decenios²². Hay muchos agoreros. Unos niegan el progreso. Otros preconizan el decrecimiento económico, por motivos ambientalistas de corte neo-malthusiano. Otros vaticinan un estrellamiento —de nuevo por causas ecológicas, al haberse esfumado las previsiones conflagratorias, más o menos.

Evidentemente no es éste el lugar apropiado para debatir esos pronósticos o diagnósticos. Lo que sí sostendré es que —según lo voy a probar más abajo— tan oscuras profecías deberían llevar a quienes tienen fe en ellas a sostener abiertamente que no existen derechos positivos, que los seres humanos no tenemos derecho al sustento, al agua, a la movilidad, al trabajo, al albergue, al conocimiento, a la cultura, a la salud, a la felicidad, a la diversión. Es dar gato por liebre decir que uno apoya la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y, a la vez, adherirse al pesimismo de los agoreros.

11. COMPATIBILIDAD DE LOS DERECHOS POSITIVOS CON LA PROPIEDAD PRIVADA

Hay que recordar (véase el epígrafe 9) cómo la aplicación del principio de justicia distributiva según las necesidades de los individuos tiene que atemperarse, ponderándose con la realización de otros valores socialmente profesados, entre ellos el de la prosperidad colectiva: equidad y prosperidad se necesitan mutuamente pero también pueden entrar en contradicción.

Si ese conflicto es superable o no con el cambio de las mentalidades individuales y colectivas es un asunto que el filósofo del Derecho no puede pretender resolver. Lo que

²² La ofensiva ideológica del antiprogresismo está representada por una pléyade de autores, aureolados de los máximos honores académicos y mediáticos. Como botón de muestra véase TAGUIEFF, 2004: *Le sens du progrès: Une approche historique et philosophique*, París: Champs Flammarion.

sí nos planteamos aquí es este problema: en una sociedad en la cual cesara tal conflicto, ¿seguiría habiendo propiedad privada?

El reconocimiento constitucional de la función social de la propiedad ha amortiguado la acuidad de la disputa sobre la conveniencia de que exista o no propiedad privada.

Nadie duda que es menester alguna posesión privada de algunos bienes. Que tal posesión revista la modalidad de la propiedad es un asunto de mera conveniencia²³. Nuestro actual trabajo es neutral sobre si la existencia de propiedad privada ha de preferirse a la titularidad pública de todos los bienes.

Lo que permite nuestro ordenamiento jurídico es una propiedad privada sujeta a una función social, de la cual es ilícito abusar (p.ej. acaparativa o especulativamente), que ha de ser utilizada para el bien propio de su propietario pero asimismo —en la medida de su dimensión y naturaleza— para el de la sociedad; una propiedad en última instancia expropiable por razones de utilidad social.

Junto a ello, tenemos la propiedad pública, cuyo volumen se puede apreciar en el hecho de que aproximadamente la mitad del PIB corresponde a los ingresos y gastos del sector público. El reconocimiento de los derechos de bienestar y la incapacidad de satisfacerlos del sector privado conducen, inexorablemente —a pesar de la ideología mercantilista y privatista— a un ensanchamiento del sector público, aunque se produzca con altibajos. Ha sido limitado el éxito de las escuelas económicas en boga (monetarismo y corrientes afines) y de sus seguidores en los puestos de mando político al querer achicar el porcentaje del sector público en el PIB. Descuartizando y estrujando algunas parcelas del Estado del bienestar no han ido tan lejos como esperaban, ni mucho menos²⁴.

Notemos que, utilizando el concepto jurídico de la función social de la propiedad, cabe en teoría mantener propiedad privada y, sin embargo, conseguir que toda la renta disponible de la sociedad se reparta entre sus miembros según el criterio de las necesidades; en tal situación el derecho del propietario será puramente marginal o incluso denominativo (un mero título). Así, la propiedad de un terreno puede ir quedando sujeta a tributos y a servidumbres de uso público (o de uso privado ajeno por razón de interés colectivo), de tal modo que el dueño, a la postre, no pueda ejercer prácticamente ningún derecho propio de uso, disfrute o disposición. Sin llegar a tanto, de hecho ya hoy cualquier propietario tiene derechos bastante limitados en muchos casos²⁵.

²³ En el caso de ciertos bienes de consumo perecederos puede parecer ocioso distinguir entre propiedad y posesión: la comida que tenemos en el plato y que nos comemos deja de existir al ser ingerida; aunque no tuviéramos sobre ella un título de propiedad —sino un derecho de uso revocable—, hemos actuado como propietarios (hemos ejercido un *ius abutendi*, o sea un derecho a disponer de la cosa).

²⁴ Recomiendo leer el artículo de CALSAMIGLIA, 1995: «A vueltas con el Estado del bienestar: La mejor defensa es un buen ataque», en *Estado y economía: Elementos para un debate*, Madrid: ed. Salvador Barberá, Fundación BBV, pp. 311-330.

²⁵ Hoy ya no puede el dueño edificar y derribar casas u otras construcciones según le venga en gana y como a él le plazca, cavar hasta cualquier profundidad, extraer o contaminar el agua de sus pozos según su antojo, plantar o arrancar los cultivos que quiera a sus anchas, dejar el terreno yermo y baldío si le apetece, impedir el paso a cualquier extraño y para cualquier fin. En realidad nunca hubo una propiedad privada tan absoluta; pero en un ordenamiento jurídico como el español actual lo que queda es un pálido rastro de ese *ius utendi, fruendi et abutendi*.

Por otro lado, puede haber —aun sin propiedad privada— fuertes restricciones a la distribución según las necesidades. En un sistema de propiedad pública pura, se pueden establecer fuertes desigualdades retributivas que permitan a los perceptores de mayores remuneraciones adquirir la posesión (aunque no sea la propiedad) de bienes de consumo inaccesibles para los de rentas más bajas.

Nuestro ideal de un reparto de la renta global disponible según las necesidades de cada uno es compatible tanto con una sociedad sin propiedad privada cuanto con una en la que subsiste la propiedad privada pero prácticamente reducida a una titularidad nominal. En ambas hipótesis el sector público de la economía vendría a englobar el 100 % del PIB —en el primer caso directamente y en el segundo a través de un vericuetto fiscal; la remuneración se haría, en ambos casos, según el criterio de las necesidades puro y simple.

Se trata de un *desideratum*. Reconocemos otros valores, además del de la justicia, que pueden colisionar con la realización de tal perspectiva, y nos abstenemos de hacer previsiones sobre si algún día podrá llegarse a una total conciliación entre esos valores.

No es fácil de justificar la instauración de la propiedad privada²⁶. En particular, no es convincente el argumento de que, sin ella, los bienes se echan a perder o se despilfarran. Falla ese argumento por dos razones. La primera es que dista de ser de color de rosa el balance de la propiedad privada —en la medida en que existe—, al paso que hay diversos mecanismos normativos para responsabilizar a la gente en el uso de los bienes colectivos²⁷.

La segunda razón por la cual falla el argumento privatista es que hay modalidades posesorias privadas sin propiedad (adjudicaciones temporales, revisables, condicionales, con títulos jurídicos como el alquiler, el precario, el derecho de uso e incluso el usufructo).

Puede haber otros argumentos a favor de instaurar la propiedad privada en una sociedad en la que no exista, pero hasta ahora quien esto escribe no ha leído ninguno que le parezca convincente. Sin embargo, otra cosa es justificar el mantenimiento de la propiedad privada donde ya exista, lo cual se puede hacer sobre la base de un principio de conservación o continuación, como vamos a ver en el apartado siguiente.

12. GRADUALISMO. CAMBIOS PAULATINOS

Ya hemos dicho que el enfoque que proponemos es gradualista. Lo es en tres aspectos fundamentales: (1) la realización de los supuestos de hecho es susceptible de va-

²⁶ La justificación y la dilucidación de la propiedad privada vienen examinadas en una multitud de trabajos, de entre los cuales citaré sólo éstos: GRUNEBaum, 1987: *Private Ownership*, Routledge; BECKER, 1977: *Property Rights: Philosophical Foundations*, Routledge and K.P.; RYAN, 1984: *Property and Political Theory*, Blackwell; WALDRON, J., 1988: *The Right to Private Property*, Clarendon; SPRANKLING, 2000: *Understanding Property Law*, Nueva York: Lexis Publ.

²⁷ Que los bienes comunales en los pueblos hayan sido a veces maltratados o saqueados no es óbice para la estabilidad milenaria de ese modo de propiedad colectiva que —pese a tales tropiezos— se ha revelado de gran eficacia y utilidad social, al menos mientras se cumplían ciertas condiciones sobre la población local. Fue equivocada —y fruto de ceguera ideológica— su privatización en la España del siglo XIX, por obra de la desamortización liberal.

riación gradual; (2) también lo son las determinaciones jurídicas; (3) también lo es la vigencia de las normas.

Hay además un cuarto gradualismo al que obedece este tratamiento, a saber: la propuesta misma se formula como una recomendación tendencial o asintótica, hacia la cual habría que ir dando pasos en una aproximación paulatina. De ello nos vamos a ocupar ahora.

Un componente importante de nuestra propuesta gradualista es el de evitar las marchas forzadas y las ilusiones de mutación brusca y radical. El progreso social avanza paulatinamente, incluso en aquellas ocasiones en las que parece dar saltos, que son sólo aparentes (o, a lo sumo, superficiales o en aspectos limitados). Ninguna sociedad cambia de la noche a la mañana. Los cataclismos, excepcionales, suceden raras veces en la historia (si es que de veras suceden), determinados por invasiones o catástrofes naturales²⁸. En cualquier caso, no hay anti-cataclismos. La historia nunca vuelve a arrancar de cero prescindiendo súbitamente de las viejas costumbres e instituciones, ni siquiera cuando se producen metamorfosis o alteraciones que dan la impresión de poner de pronto todo al revés.

Los cambios presuntamente revolucionarios son, en realidad, pasos ulteriores de un largo y continuo proceso de lentas transformaciones, cuyo resultado manifiestan y para el cual inauguran una nueva etapa, en la que, por debajo de las apariencias, prosigue la modificación paulatina²⁹.

Llevemos razón o no en ese continuismo histórico, lo cierto es que nuestra propuesta de futuro no implica ningún salto, sino todo lo contrario: abogamos por partir siempre de lo existente, conservarlo adaptándolo y transformándolo, gradual y paulatinamente, con pasos prudentes y sosegados, hacia un ideal de justicia distributiva que haga participar a todos en el bien común según sus necesidades.

Un error de muchas teorías de la decisión pública de diverso signo (capitalistas o anticapitalistas) estriba en la obsesión por los extremos, en la busca de los máximos y los mínimos, en el rechazo de las soluciones sub-óptimas. El razonamiento subyacente a esa fijación optimalista consiste, sin duda, en un principio de la mejor opción, a saber: a la hora de escoger, cualquier opción que sea menos buena que otras es una opción injustificada. Conque no habría nunca una opción racional que no fuera la óptima. Para ser la óptima, tiene que conseguir al máximo un objetivo, o sea: hallar un punto de inflexión tal que menos que eso (el monto de realización del objetivo que se persiga) sería insuficiente pero más sería o imposible o contraproducente.

Ese principio está asediado por tres graves dificultades. La primera es que se da de bruces con las observaciones empíricas. Nunca actuamos así. Es rarísimo que persigamos maximizar nada³⁰. No decidimos ir al centro comercial Colcata porque sea el más

²⁸ Excavando los hechos históricos, tales precipitaciones suelen superponerse a una soterrada continuación en varios aspectos de la vida real de las masas. Justificar ese aserto nos alejaría de nuestro propósito actual.

²⁹ La tesis de un gradualismo evolutivo y continuista la defiende —con mayor hondura argumental y para un campo mucho más vasto— en mi ensayo «La filosofía del cumulativismo», en el volumen colectivo *Pluralidad de la filosofía analítica*, ed. por PÉREZ CHICO y Moisés BARROSO RAMOS, Madrid: Plaza y Valdés (col. *Theoria cum Praxi*), en prensa.

³⁰ Los maximalistas ajustan su teoría aduciendo que siempre buscamos la combinación de varias metas que nos resulte óptima, el punto de equilibrio mejor entre la parcial realización de las mismas. Es la teoría de

próximo a nuestro domicilio, ni porque en él los precios sean más bajos que en cualquier otro establecimiento comercial, ni porque tenga la mayor abundancia o variedad de mercancías, ni porque sea el más atractivo estéticamente, ni siquiera porque combine mejor de todas esas cualidades. Si es arbitrario optar por una opción que no sea la óptima, casi todas nuestras decisiones son arbitrarias.

La segunda dificultad es que en general los cálculos que habría que efectuar para saber si una opción es óptima exceden nuestras posibilidades prácticas, y puede que a menudo sean incluso irrealizables. Tan es así que ir en pos de lo óptimo a menudo resulta una pretensión irracional, porque nos hace demorar excesivamente la decisión para, al final, tomar una sólo marginalmente mejor que la que se nos había ocurrido inicialmente.

La tercera dificultad es que nada garantiza que las diversas cualidades que buscamos en las cosas sean conmensurables, o sea: que haya un solo modo racional de proyectar su multiplicidad en un orden lineal. Unas veces sí, otras no. Y a menudo la manera en que, de hecho, proyectamos un espacio multidimensional en una línea es sólo una opción entre otras muchas. Unos bienes son más duraderos; otros procuran un placer más intenso; otros empiezan a disfrutarse antes; otros causan una satisfacción más profunda (aunque sea menos intensa). Podemos ponderar esas diversas ventajas, pero podemos hacerlo de modos dispares. Si hubiera que esperar para haber hallado la combinación óptima, estaríamos siempre como el asno de Buridán.

Si, por consiguiente, ese principio de optimalidad nos conduce a tales paradojas, es que es erróneo. El error estriba en creer que la racionalidad de una decisión es la justificabilidad de una opción. Decidir no es forzosamente escoger. Veámos en el epígrafe 4 que, efectivamente, muchas decisiones son opciones, en las cuales escogemos hacer esto en vez de lo otro. Pero la mayoría de nuestras decisiones no son opciones. Y, cuando lo son, son elecciones entre un número limitado de alternativas que de hecho se ofrecen al decisor.

Un alumno que termina su bachillerato y decide iniciar sus estudios universitarios se decanta por la licenciatura en Derecho en la Universidad de la ciudad donde vive. ¿Por qué? La racionalidad de su decisión estriba en que tiene buenos motivos para llegar a esa conclusión. Podemos interrogar esos motivos. Un individuo más racional seguramente somete a escrutinio algunos de sus motivos y trata de justificarlos en motivos de nivel superior, o de revisarlos. Mas en cada caso, ese proceso tiene que tener un fin, por razones de urgencia. Nuestra racionalidad es parcial.

No se trata, para nuestro alumno, de barajar todas las alternativas posibles o imaginables, sino unas cuantas que se ofrecen contingentemente a su consideración y que han suscitado su interés. (Igual que nadie despliega un mapa mundi para elegir un punto de destino, ya sea para viajar ya sea para irse a vivir).

Lo que determina la racionalidad de una decisión es que se alcance por una regla de inferencia razonable a partir de una premisa razonable; que sea un buen medio para

las curvas de indiferencia desarrollada por los economistas. Lo malo para esa bonita teoría es que es totalmente inoperante por varias razones. Es una reconstrucción o racionalización artificial sin base psicológica. Sobre todo, nada garantiza que exista ese punto de inflexión único. Generalmente hay varias combinaciones que nos son indiscernibles a efectos prácticos en cuanto al monto de satisfacción que nos producirían.

llegar a un fin que uno persigue. Si hay contradicción entre los diversos fines que uno persigue (como siempre sucede), será arbitrario desatender a los fines prioritarios. Dentro de eso, caben muchas opciones razonables aunque ninguna sea la óptima.

Desdeñemos esa pretensión de escoger forzosamente lo mejor y contentémonos con decisiones que sean suficientemente buenas (o sea tales que hay adecuadas razones para tomar la decisión y no hay razones decisivas para no adoptarla). Entonces se disipa una parte de la fascinación de las soluciones radicales, de las innovaciones súbitas que vengan a instaurar una justicia perfecta.

Además, cualquier cambio ha de ser el cambio de la sociedad en que vivimos. A eso no hay alternativa. Uno puede creer que busca la destrucción de esa sociedad para edificar sobre sus escombros otra nueva y mejor. Es pura fantasía. La sociedad estriba en sus miembros agrupados. Los vínculos de agrupación pueden modificarse sólo modificando a los propios miembros. Y modificar a los miembros de la sociedad significa cambiar su mentalidad y sus hábitos. La sucesión de las generaciones puede ser uno de los elementos en esa modificación³¹. Pero todo eso lleva tiempo: años o siglos, tal vez milenios.

Igual que en cualquier otro orden, partimos siempre de algo, no de nada. Partimos de lo que hay. Se trata de tomar eso que hay y de mejorarlo, en la medida y del modo que se preste esa misma materia (lo cual vamos aprendiendo por experiencia, por ensayo y error). De ahí lo insoslayable de los cambios paulatinos, dosificados, graduados, adaptados, que nos permitan avanzar y mejorar sin destruir.

Volviendo a la propiedad privada que discutíamos en el apartado anterior, deducimos de los párrafos que preceden esta conclusión: partimos de una sociedad en la que existe propiedad privada (aunque ya sabemos que sujeta jurídicamente a una función social). Se trata de hacer evolucionar esa sociedad, paso a paso, hacia una en la que, manténgase o no la propiedad privada, ésta, de persistir, tendrá un lugar honorífico o marginal, porque no impedirá un reparto de la renta disponible global según las necesidades de cada individuo. Nuestra tarea no es la de diseñar en abstracto una propuesta doctrinal haciendo tabla rasa del material social y humano que nos presenta la realidad, sino elaborar planes adaptados a esa realidad para ir acercando al ideal de justicia, siempre en un sensato equilibrio entre ese ideal o valor y otros valores socialmente aceptados, como la prosperidad, la concordia y la preservación de la herencia cultural.

13. SI TENEMOS DERECHO A ALGO, ALGO NOS TIENEN QUE DAR

Nuestra lógica judicial conecta lo normativo con lo fáctico. Se distancia de las lógicas deónticas que nunca permiten deducir hechos de normas ni viceversa. Nuestro enfoque filosófico subyacente implica el rechazo del principio de HUME (y de MOORE) de que lo valorativo y lo fáctico son independientes entre sí.

³¹ Recordemos lo que, tan exageradamente (como es habitual en él), señalaba Thomas KUHN en *The Structure of Scientific Revolutions* (3.ª ed., Chicago: Chicago U. P., 1996, p. 151 —citando a Max PLANK—: «a new scientific truth does not triumph by convincing its opponents and making them see the light, but rather because its opponents die, and a new generation grows up that is familiar with it»).

Una de esas conexiones lógicas entre hechos y normas es la tesis de que, si tenemos derecho a algo (algo así o asá, de tal o cual índole), entonces hay algo que nos tienen que dar. Llamemos a esa tesis «el principio de las existencias». Lo que dice esa tesis es que nuestros derechos están limitados por las existencias —sean éstas existencias efectivas ya actualizadas, sean existencias prácticamente posibles.

La prueba del principio de las existencias no es directa. No se trata de aplicar una supuesta regla que, de la premisa «Es lícito que haya algo así o asá» extrae la conclusión «Hay algo que lícitamente es así o asá». Tal regla sería una pura falacia cuantificacional. En realidad, las lógicas deónticas estándar que se han acercado tímidamente a habérselas con cuantificadores han tendido a incurrir en esa falacia —lo que podríamos llamar «principio de Barcan deóntico».

Dada la analogía entre un cuantificador existencial y una disyunción, podemos comprender el error subyacente al principio de Barcan deóntico si reparamos en la razón por la cual es erróneo el principio deóntico (también propio de las lógicas estándar o escandinavas) de distribución de la disyunción: «Si es lícito A-o-B, entonces o bien es lícito A, o bien es lícito B». Eso equivale, por definición y contraposición, a esto otro: «Si es obligatorio A y lo es B, entonces es obligatorio A-y-B». Mas supongamos que A es obligatorio; y que, en virtud de otra norma, lo es B; pero que la conjunción A-y-B es absolutamente imposible, por haber una incompatibilidad total entre A y B. En ese caso el ordenamiento jurídico ya nos pone en un aprieto al someternos a dos obligaciones mutuamente contradictorias, pero de ahí no tiene que deducirse que nos condene a la obligación de realizar un absurdo, un imposible total.

Puede ser lícito A-o-B sin ser incondicionalmente lícito A ni ser incondicionalmente lícito B. Luego no vale la regla de distribución deóntica para la disyunción. Ni vale el principio de Barcan deóntico. Aunque Lucas tenga derecho a algo así o asá, puede que no exista nada en concreto así o asá a lo cual tenga derecho Lucas.

No, no es por ahí. Es por otro camino un poco más complicado. Si Lucas tiene derecho a una casa, entonces —por la ley de no-vulneración— está prohibido impedirle que tenga una. Se impide que tenga una en la medida en que no hay ninguna a la que se le conceda acceder. Luego eso estará prohibido. Si está prohibido que no haya ninguna casa a la que se conceda acceder a Lucas, es obligatorio que haya una casa a la que se le conceda acceder. Y aquí sí interviene una ley de permuta cuantificacional (muy diferente del principio de Barcan deóntico), a saber: «Si tiene que haber algo así o asá, hay algo que tiene que ser así o asá», que no es sino una generalización de la ley de colicitud (pues es equivalente a esto: «Si a todos es lícito ser así, es lícito que todos sean así»).

Ahora sí tenemos lo que buscábamos: hemos concluido que hay algo que debe ser una casa a la que se conceda a Lucas acceder. ¿Qué es ese algo? No es forzosamente una casa que exista ya. Es una casa que existe ya o que se puede edificar. Y esa edificabilidad tiene que ser una posibilidad concreta, una factibilidad práctica, no una mera posibilidad metafísica³².

³² Véase mi artículo «Grados de posibilidad metafísica», *Revista de filosofía*, vol. VI, n.º 9, Madrid: Editorial Complutense, 1993, pp. 15-57.

Generalizando el procedimiento deductivo, llegamos a esta conclusión: para que sea verdad que tenemos derechos de bienestar, tiene que darse la posibilidad concreta y práctica de que haya recursos para satisfacer esas necesidades. Si no, no hay tales derechos positivos de bienestar, sino, a lo sumo, meros *desiderata*.

Por eso decíamos que quien está comprometido a favor de la existencia de los derechos humanos hoy, incluidos los de bienestar, tiene que rechazar las tesis neo-maltusianas y antiprogresistas. Hay varias razones para descartar esas profecías apocalípticas (más divorciadas de la realidad que lo estaban las ensoñaciones de un mañana radiante). Pero una razón más es la verdad de los derechos humanos.

14. CONSIDERACIONES FINALES

Cualquier elenco de derechos humanos, negativos o positivos, tiene una validez limitada. En teoría basta invocar —para deducir los derechos positivos— el principio del bien común (en su doble vertiente de derecho de participación —según las necesidades— y deber de aportación —según las capacidades—). En la práctica, hay que concretar más, pues siempre será debatible —y frecuentemente inseguro— qué se siga de una premisa.

Los legisladores no rehuyen la redundancia, y llevan razón. No causa ningún mal dictar una norma que, por lógica jurídica, se sigue de otra norma también vigente (aunque pueda irritar el sentimiento estético de algunos doctrinarios); mientras que esa deducción lógico-jurídica rara vez será unánimemente aceptada.

Por eso las constituciones de los siglos XIX y XX han tendido, cada vez más, a recoger una lista detallada de derechos, que en nuestros días siempre abarca derechos positivos fundamentales de los que se enuncian en la Declaración Universal de 1948 y en los Pactos Internacionales de 1966.

Hay que señalar que tales listas varían. No se suele enumerar, p.ej., el derecho a la comida (ni menos aún al agua); tampoco el derecho al aire (salvo cuando hay una alusión al medio ambiente sano). Quizá se subsumen en el derecho a la vida (art. 15 de la Constitución española) —el cual, sin embargo, suele entenderse como un derecho negativo. Ni es corriente mencionar el derecho al atuendo³³.

En realidad cualquier lista será incompleta. Las enumeraciones se hacen con finalidades pragmáticas. El legislador se suele abstener de decir lo obvio.

Si adoptamos un tratamiento estrictamente positivista, no habrá más derechos que los explícitamente mencionados por el legislador; lo cual suscita una perplejidad con relación a esos derechos positivos silenciados: comida, agua, aire, ropa, limpieza —para no hablar ya del placer, la felicidad, el confort.

En cambio, desde una óptica principialista, hay que desentrañar los principios subyacentes, como —según nuestra propuesta— el principio del bien común (de aportación y de participación). Brindamos ese principio *de lege ferenda*, sin excluir, empero,

³³ Éste podría, tal vez, cobijarse bajo el derecho a la dignidad —art. 10 CE— o al libre desarrollo de la personalidad —*ibidem*—, o a la salud —art. 43.

una cierta proyección *de lege lata*, ya que las leyes —incluyendo las constituciones— han de interpretarse según la realidad social del tiempo en que han de aplicarse; con lo cual, si nuestra propuesta prospera, concitando la adhesión del público, cabría avanzar el principio del bien común como pauta exegética para la lectura de las constituciones vigentes —colmando así las lagunas que se constaten en lo referente a determinados derechos (p. ej., los recién mencionados).

Para terminar, notemos que nuestro estudio se refiere a los derechos de bienestar, o derechos positivos, como aquellos cuyo contenido es una cuantificación existencial y cuyas implicaciones jurídicas más típicas son deberes ajenos de dar o hacer. Aunque los que hemos considerado en este artículo son subsumibles bajo la rúbrica de «derechos económico-sociales y culturales», es preferible descartar esa catalogación³⁴.

El grupo de los derechos positivos o de bienestar se diferencia del de los derechos negativos o de libertad, que son aquellos en los que el contenido del derecho no se formula con una cuantificación existencial (sin que sea menester que se enuncie en una cuantificación universal). Los derechos de libertad son derechos en los que el individuo está facultado para la acción y para la inacción, para ejercitarlos y para no ejercerlos; típicamente implican obligaciones ajenas de abstención (aunque no exclusivamente —p.ej. requieren protección policial, judicial y penitenciaria)³⁵.

Clasificar los derechos de bienestar como derechos económico-sociales y culturales no sólo conduce a devaluarlos o relativizarlos indebidamente, sino que además responde a un criterio terminológico cuestionable. Hay derechos del ámbito económico-social (huelga, sindicación, negociación colectiva) que son negativos —y hoy día cada vez menos relevantes para la implementación de los derechos de bienestar—, mientras que el derecho a la protección es un derecho positivo (y, por lo tanto, de bienestar). Nuestro estudio nos lleva, pues, a proponer una clasificación de los derechos diversa de las que han inspirado a los legisladores.

³⁴ Esa dicotomía de las dos series de derechos está plasmada en la dualidad de los Pactos internacionales de 1966 y en el deslindamiento operado en la Constitución española entre, por una parte, los derechos de la Sección I del capítulo II y, por otra parte, los que se reconocen en la Sección II del mismo capítulo y en el capítulo III —si bien tal deslindamiento no coincide con la demarcación entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económico-sociales, por otro.

³⁵ Véase sobre esa dualidad el artículo de PEÑA y AUSÍN, 2002: «Libertad de vivir», *Isegoría*, n.º 27 Madrid, pp. 131-149.

ARTÍCULOS

LA ARGUMENTACIÓN SILOGÍSTICA: UNA DEFENSA MATIZADA *

Neil MacCormick

Universidad de Edimburgo

RESUMEN. Este trabajo defiende el papel central del silogismo como *estructura* del razonamiento jurídico, sin negar la relevancia del razonamiento informal, probabilístico o retórico. En la justificación hay que invocar los enunciados jurídicos universales relevantes (premisas mayores), y los hechos particulares relevantes a la luz de ellos (premisas menores) como ejemplificaciones de esos universales, siendo la pretensión o decisión la conclusión del silogismo. Por supuesto que pueden surgir problemas: de *interpretación* de la ley, de *prueba* de los hechos, de *calificación* de estos como casos particulares del supuesto de la norma (o de su *valoración* cuando esta incluye estándares valorativos), o de *relevancia* de la norma (si aplicamos jurisprudencia). Todo ello requiere dar razones a favor de una determinada lectura del silogismo, razones que van más allá de la lógica formal y acaban siendo las decisivas. Pero «el silogismo es lo que proporciona el marco dentro del cual esos otros argumentos cobran sentido como argumentos jurídicos».

Palabras clave: argumentación jurídica, silogismo, lógica, interpretación, prueba, calificación jurídica, norma jurídica.

ABSTRACT. This paper defends the central role of syllogism as the *structure* of legal reasoning, without denying the important part played by informal, probabilistic or rhetorical reasoning. To justify, one needs to cite universal legal sentences (major premises), and the particular facts which are relevant to them (minor premises), the claim or decision being the conclusion of the syllogism. To be sure, problems may arise: problems of *interpretation* of the statute; of *proof* of the facts; of *classification* of facts as instances of the universals deployed in the statute (as well as problems of *evaluation* of facts when the statute contains a value-expression); or problems of *relevancy* of the norm (when applying precedents). All that requires giving reasons for reading the syllogism in a certain way, a reasoning that falls beyond formal logic and ends up to be decisive. But syllogism «is what provide the framework in which the other arguments make sense as legal arguments».

Keywords: legal reasoning, syllogism, logic, interpretation, proof, legal classification, legal norm.

* Conferencia inaugural de la IVª edición del *Curso de Especialista Universitario en Argumentación Jurídica*, Universidad de Alicante, 21 de mayo de 2007.

INTRODUCCIÓN

Muchos autores se sienten incómodos, incluso hostiles, ante la idea de que la argumentación jurídica pueda ser deductiva. El problema es que el Derecho es normativo, y que el razonamiento sobre normas no puede ser estrictamente lógico. Yo no comparto esta idea, y en esta conferencia expondré algunas razones para discrepar de ella. Empezaré ofreciendo una fórmula esquemática simplificada para representar una norma o regla jurídica.

Lo que hacen las normas jurídicas es seleccionar algunos hechos —acciones o sucesos— posibles del mundo, y estipular que ciertas consecuencias normativas han de ligarse a ellos en Derecho. Los hechos seleccionados en una regla pueden verse pues como «hechos operativos», porque cuando suceden operan en el Derecho para justificar que en el caso dado se derive la consecuencia normativa dada. Así pues, en una representación esquemática, una regla es: «Siempre que sucedan los hechos operativos *OF*, la consecuencia normativa *NC* ha de seguirse en relación con esos hechos». De modo más simple aún, puede representarse como: «Siempre que *OF*, entonces *NC*».

Desde esta descripción, parece que la aplicación del Derecho ha de ser un proceso intelectualmente simple. Ante cualquier caso, todo lo que hay que hacer es establecer que la situación fáctica *OF* se ha producido, y que por tanto ha de seguirse *NC*. Esto no es más que el «silogismo hipotético» de los lógicos tradicionales.

«Si *OF*, entonces *NC*
OF
 luego *NC*».

En este trabajo desplegaré argumentos para sostener que razonar de esta forma (que será desarrollada de un modo algo más elaborado) es verdaderamente central para el razonamiento jurídico. Lo cual equivale a retomar una pregunta muy antigua y darle una respuesta muy pasada de moda, quizás insultantemente arcaica. La pregunta: «¿Es el razonamiento jurídico, en algún sentido interesante, silogístico?». La respuesta: «Sí»; al menos «sí, con reservas y matices».

John DEWEY, sin embargo, propuso en su día que los juristas deberían abandonar vetustos pero engañosos formalismos y dedicarse a lo que él llamó «una lógica de predicción de probabilidades, más que de deducción de certezas»¹. El artículo de DEWEY es uno de los grandes textos fundacionales del realismo jurídico norteamericano. Yo le sigo en cuanto a pensar que la certeza que podemos alcanzar en el Derecho es, como mucho, certeza limitada y derrotable. Tal vez era eso precisamente lo que él tenía en mente. Seguro que eso era al menos una parte, de lo que él tenía en mente. Sea como fuere, que la lógica y el formalismo no tenían cabida en el Derecho se convirtió en un tema dominante en la teoría del Derecho norteamericana a lo largo del siglo XX. DEWEY fue uno de los autores cuyas palabras se citaron a menudo para reforzar esa tesis; Oliver Wendell HOLMES, Jr. fue otro, y Karl LLEWELLYN un tercero. Con un trío de se-

¹ Véase DEWEY, 1924-25: «Logical Method and Law», *Cornell Law Quarterly* 10, 17, en p. 26.

mejantes genios, quizá se ponga muy cuesta arriba la tarea de proponer cualquier otra visión con la esperanza de ser escuchado.

Con todo, hay bases sólidas para una visión diferente, como la que aquí se defenderá. Lo que hay que entender es que el silogismo juega un papel fundamental como estructura en el pensamiento jurídico, aunque no todo ese pensamiento se agota en su estructura únicamente. La lógica formal y la deducción sí que importan en el Derecho. Ciertamente, reconocer esto no exige negar el papel extraordinariamente importante que en el Derecho desempeñan el razonamiento informal, el razonamiento probabilístico, la retórica, en todos sus sentidos y modos. Antes al contrario: lejos de requerir la negación de todo eso, apreciar el lugar central del silogismo jurídico es precisamente una condición para entenderlo en su contexto jurídico².

1. EL SILOGISMO JURÍDICO

Es evidente que en todos los sistemas jurídicos debe existir un principio muy general de Derecho procesal según el cual ningún alegante puede basarse en una ley escrita [*statute*] si no declara qué ley está invocando y cita sus partes relevantes. Para iniciar actuaciones sobre algún asunto jurídico, uno ha de identificar y citar las leyes en las que sustenta su postura. Este principio funciona en todos los sistemas que yo en algo conozco³, y en realidad tendría que existir en cualquier sistema imaginable que pueda concebirse como un verdadero sistema jurídico. Pongamos esto un poco más en su contexto. Las leyes promulgadas por los legislativos de todo el mundo tienen el rasgo de consistir en series ordenadas de enunciados normalmente denominadas «artículos», o «secciones», o «epígrafes», o algo por el estilo, a menudo con subapartados en su seno, y normalmente con algún sistema de numeración. Dicho de manera general: las leyes son secuencias de enunciados susceptibles de ser entendidas como normativas en su significado, que configuran algún tipo de estructura normativa cuando se leen como una agrupación de conjuntos de enunciados, sobre todo cuando se toman como un todo. Las leyes pretenden promulgarse para establecer nuevas normas de conducta y responsabilidad en el seno de lo que se concibe como un orden jurídico dinámico. El contenido del orden jurídico que las rodea queda modificado por la promulgación de la ley dentro del sistema.

Esto me permite enfocar un poco más de cerca el mencionado principio de que uno no puede basarse en una ley sin decir en qué ley se basa uno. Para decir cómo se basa uno en una ley, hay que especificar qué artículos (qué enunciado o enunciados del texto legal) se consideran relevantes y aplicables a la postura que uno está sosteniendo. Esto vale por igual para las acusaciones penales, los procesos contencioso-administrativos, o los pleitos civiles; el fiscal, o la autoridad administrativa, o el litigante privado deben decirle al tribunal qué fragmentos de la ley —cuáles de sus enunciados numerados— se supone que están en juego.

² Véase SOETEMAN, 1989: *Logic in Law*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, sobre la dependencia mutua entre elementos deductivos y no deductivos del razonamiento en el contexto jurídico.

³ Véase SUMMERS y TARUFFO, 1991: «Interpretation and Comparative Analysis», en MACCORMICK y SUMMERS (eds.), *Interpreting Statutes: a Comparative Study*, Aldershot: Dartmouth, pp. 461-510, esp. en pp. 490-91, sobre elementos invariablemente presentes en las decisiones judiciales a través de nueve sistemas jurídicos diferentes.

Permítaseme añadir una idea adicional: también tiene que haber algunas cuestiones de hecho relevantes. Lo que está en juego puede ser una acusación por la comisión de un delito previsto como tal en una ley penal. Puede tratarse de la solicitud de que un acto administrativo sea declarado válido, o nulo, bajo las disposiciones de una ley. O puede que alguien esté demandando que, a tenor de una determinada ley, esa parte tiene derecho a una determinada pretensión (p. e., a una indemnización por daños) frente a la otra parte. Sea como fuere, el proceso será incoherente, o una farsa, a menos que la parte que plantea una solicitud ante un tribunal presente algunas alegaciones de hecho susceptibles de ser enjuiciadas y admitidas. Por otra parte, es obvio que esas alegaciones de hecho tienen que ser relevantes a la luz de las disposiciones legales citadas por el fiscal o la autoridad administrativa o el litigante privado como fundamento de su petición en el proceso en cuestión.

Quizás nadie ponga esto en duda. Quizás estas observaciones no merezcan más que el reproche de estar insistiendo en lo que es obvio, ya que nadie va a discutir la afirmación trivial que se está haciendo. Tal vez sea así, o tal vez no; pero lo que de verdad merece atención aquí es la idea de qué es lo «relevante». ¿Cuál es el *test* para eso? ¿Cómo sabemos qué es lo relevante? ¿Cómo ha de plantearse unas alegaciones de hecho «relevantes» para ser enjuiciadas por un tribunal en relación con alguna o algunas disposiciones de una ley? La respuesta es obvia, y no particularmente sorprendente. Para descubrir qué es relevante hay que leer la ley.

Tomemos como ejemplo una versión imaginaria y ligeramente esquemática de una ley que podría pertenecer a algún Estado de la Unión Europea, a través de la cual ese Estado transpuso en su Derecho interno las disposiciones de la Directiva Europea sobre Responsabilidad por Productos. Supongamos que la ley nacional dice en su artículo *n*:

«1. Si un artículo es un producto, y si está en posesión de o siendo usado por un consumidor, y si el consumidor sufre algún daño causado por un defecto del producto, entonces el fabricante del producto quedará obligado a indemnizar al consumidor por el daño sufrido, y esa responsabilidad no estará condicionada a prueba alguna de culpa o negligencia por parte del fabricante». *Llamemos a esto «la regla de responsabilidad objetiva».*

Podemos imaginar unos apartados adicionales como estos:

«2. Si un consumidor dañado por un producto no es capaz de descubrir la identidad de su fabricante, o si el fabricante es insolvente, el consumidor tendrá derecho a exigir a quien hubiere suministrado el producto la misma indemnización que hubiera podido reclamar del fabricante». *Llamemos a esto «la regla de responsabilidad subsidiaria».*

«3. Si el daño a un consumidor causado por un producto es atribuible a un defecto intrínseco al diseño del producto, y si el fabricante puede demostrar que la posibilidad de tal daño era imposible de prever en el estado del conocimiento científico disponible para el fabricante en el momento en que el producto fue diseñado, el fabricante quedará exento de la responsabilidad de indemnizar al consumidor a la que se refiere el apartado 1 del presente artículo». *Llamemos a esto «la eximente del riesgo de innovación».*

«4. Si, al momento en que un consumidor sufre el daño al que se refiere el apartado tercero del presente artículo, el fabricante hubiere tenido conocimiento previo de la posibilidad de que el producto causara el daño, y no hubiere tomado todas las medidas razonables (sobre cuya adopción la carga de la prueba a él le corresponde) para advertir a todos los consumidores del riesgo en cuestión, dicho fabricante incurrirá en la responsabilidad a

la que se refiere el primer apartado del presente artículo, quedando inaplicable el apartado tercero». *Llamemos a esto «la excepción por omisión de aviso razonable».*

Seguramente resulta obvio que ninguna abogada competente podría, o pensaría que podría, reclamar una indemnización para una persona dañada, basándose en esta ley, a menos que estuviera dispuesta a hacer alegaciones que vinculen las circunstancias particulares de la persona dañada con las categorías correspondientes desplegadas en el texto de dicha ley. Estas categorías son las de persona, daño, consumidor, fabricante, producto, defecto, y causa. Para valerse de esta ley, lo que ha de alegarse es que una persona C, el demandante o reclamante, ha sufrido un daño; que C era un consumidor que poseía o utilizaba un determinado artículo P en calidad de consumidor; que la causa del daño fue un defecto en ese artículo; y que el artículo era un producto fabricado por el demandado F, que era, en el sentido de la ley, el fabricante del producto. No hará falta alegar que el fabricante fue negligente. Y si C no pudiese identificar al fabricante, o bien si este fuese insolvente, entonces, bajo la «regla de responsabilidad subsidiaria», habría que alegar que se da una u otra de estas circunstancias y que el demandado S había suministrado el producto a C.

Entre todas las variedades de Derecho procesal que existen, es difícil imaginar un sistema jurídico que no requiera de alguna manera que el demandante en algún momento plasme tales alegaciones de modo razonablemente conciso por escrito y se las traslade al demandado. A su vez, el demandado tiene que decidir si las admite, o si las rechaza y deja que el demandante intente probarlas en alguna forma de enjuiciamiento de cuestiones de hecho. O bien, por supuesto, en la situación que hemos imaginado, el demandado podría quizás invocar mi artículo *n* apartado 3, la «eximente del riesgo de innovación». Para ello, F tendría que alegar que el defecto, si lo hay, fue un defecto de diseño y que en el estado del conocimiento científico en el momento del diseño no habría sido posible conocer o haberse precavido contra el riesgo en cuestión. C, a su vez, puede simplemente negar esto y dejar que el demandado pruebe los hechos necesarios para poder acogerse a esta eximente, o bien podría invocar la «excepción de omisión de aviso razonable» del apartado 4. Ello requiere alegar que el defecto había sido descubierto a tiempo pero que no se había dado aviso de modo tal que llegara al conocimiento de C. Por último, F podría replicar que él había tomado todas las medidas razonables para comunicarse con todos los usuarios posibles del producto. Salvo que se alcanzara un acuerdo satisfactorio para ambas partes, el caso iría finalmente a juicio, y el resultado dependería de la cuestión de cuál de las partes pudiera probar, según el estándar de prueba pertinente, los hechos contenidos en sus alegaciones.

Antes he dicho que las posturas iniciales en un caso equivalen a un intento de construir un silogismo jurídico⁴. Es fácil ver por qué. Las leyes típicamente se expresan en términos de universales: «quien sea un consumidor», «quien siendo un consumidor sufra un daño», «siempre que el daño sea causado por un defecto en un producto», «el fabricante del producto que causa el daño quedará obligado sin que se pruebe su culpa a indemnizar al consumidor dañado». De la infinidad de particulares en el mundo,

⁴ Véase WALKER, 1951: «The Theory of Relevancy», *Juridical Review* 63, 1 en p. 3, discutido en MACCOR-MICK, 1994: *Legal Reasoning and Legal Theory*, ed. revisada, Oxford: Clarendon Press, pp. 71-2. Las observaciones de WALKER se dirigen en particular al sistema escocés de alegaciones en casos civiles, pero la idea se puede generalizar.

quien quiera aplicar una ley tiene que seleccionar un conjunto de particulares que ejemplifiquen los universales (consumidor, daño, causa, producto, fabricante) desplegados en la ley, y tiene que probar hechos y sucesos que demuestren los particulares alegados como ejemplos o casos concretos de los universales.

La forma lógica de esto puede representarse de diversas maneras. La premisa mayor es la ley. Es necesariamente universal en sus términos. Antes presenté esto de una forma muy tosca, como simplemente ligando un conjunto de hechos operativos en bloque con la consecuencia normativa que ha de seguirse de ellos (Si *OF*, entonces *NC*). Pero, para desarrollar mi argumento, es mejor dividir las partes de la regla en componentes más refinados que ayudarán a resaltar el carácter lógico de lo que está pasando. Así pues, podemos representar esquemáticamente la disposición legal de la siguiente manera: *para todo c, para todo f y para todo p, si c es un consumidor de productos y si p es un producto, y si f es el fabricante de p, y si c sufre un daño y si la causa del daño de c es un defecto en p, entonces f está obligado a indemnizar a c.*

Las alegaciones sobre hechos equivalen a un conjunto de premisas menores que necesariamente son particulares, porque es un demandante concreto quien busca una indemnización de un fabricante concreto. De modo que lo que ha de alegarse es que cada uno de los universales de la ley está ejemplificado [*instantiated*] en el caso particular. Connie es una consumidora, Connie ha sufrido un daño, el daño de Connie fue causado por un defecto en esta cosa, esta cosa es un producto, Paul es el fabricante de esta cosa. La pretensión fundada en estas alegaciones es la conclusión del silogismo: Paul está obligado a compensar a Connie por el daño que ella sufrió por esta causa. Si se abre un juicio, la cuestión clave es demostrar la corrección de esa misma pretensión, y persuadir así al tribunal para que conceda una indemnización por daños equivalente al valor pecuniario atribuido al daño y a sus nocivas consecuencias para Connie. Esto por lo que se refiere a la justificación de pretensiones, o a la justificación de decisiones judiciales sobre ellas, lo mismo da. Asumamos por alguna razón que una determinada ley debe ser obedecida en un cierto territorio. Entonces, mostrar que un determinado caso es de los que ejemplifican los hechos operativos estipulados en términos universales en la ley es mostrar que la consecuencia normativa ligada por la ley a esos hechos operativos debe también ejemplificarse convenientemente. Un fallo del tribunal a tal efecto está por tanto justificado según Derecho.

Presenté una versión anterior de esta conferencia como la *Dewey Lecture* de la Universidad de Minnesota en su edición del año 2000. Cuando viajaba a Minneapolis para pronunciar la conferencia, resultó que la noticia del día fue la sentencia del juez Thomas Penfield Jackson, del Tribunal Federal de Distrito de Washington, D.C., en el caso antimonopolio de Microsoft. Los fundamentos de Derecho declarados por el juez Jackson incluyeron lo siguiente⁵:

«Los Estados Unidos, diecinueve Estados individuales, y el Distrito de Columbia (“los demandantes”) plantean este litisconsorcio ejecutivo civil contra el demandado Microsoft Corporation (“Microsoft”) bajo la Ley Sherman Antitrust, 15 U.S.C., arts. 1 y 2. Los demandantes denuncian, en esencia, que Microsoft ha desplegado una campaña ilegal en defensa de su posición de monopolio en el mercado de sistemas operativos diseñados para funcio-

⁵ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) («Conclusions of Law»).

nar en ordenadores personales (“PCs”) compatibles con Intel. Concretamente, los demandantes alegan que Microsoft infringió el art. 2 de la Ley Sherman al embarcarse en una serie de actuaciones excluyentes, anticompetitivas y predatorias para mantener su poder monopolístico. También afirman que Microsoft intentó, aunque sin éxito hasta la fecha, monopolizar el mercado de buscadores de Internet, igualmente en violación del art. 2. Por último, sostienen que ciertas medidas tomadas por Microsoft como parte de su campaña para proteger su poder monopolístico, concretamente la de vincular su buscador a su sistema operativo y la de llegar a acuerdos comerciales en régimen de exclusiva, infringían el art. 1 de la Ley.

A la vista de la declaración de hechos probados («Resultandos») emitida por este tribunal el 5 de noviembre de 1999 y modificada el 21 de diciembre de 1999, así como de la propuesta de fundamentos de Derecho presentada por las partes, de los informes de los coadyuvantes [*amici curiae**], y de la argumentación de los letrados sobre ellos, este tribunal concluye que Microsoft mantuvo su poder monopolístico mediante prácticas restrictivas de la competencia, y que intentó monopolizar el mercado de buscadores de Internet, ambas cosas en violación del art. 2. Microsoft también infringió el art. 1 de la Ley Sherman al ligar antijurídicamente su buscador de Web a su sistema operativo».

Los términos de los arts. 1 y 2 de la Ley no se recogen explícitamente aquí, pero se alude a ellos inequívocamente. La argumentación es jurídicamente formalista en su presentación, aunque esté presentada de modo un tanto informal desde el punto de vista de un lógico. Su estructura básica es inconfundible, y es la que estoy describiendo aquí.

Para algunos la utilidad de este ejemplo puede resultar debilitada por el hecho de que la sentencia del juez Jackson fue rápidamente anulada en segunda instancia por el Tribunal Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia⁶, debido entre otras cosas a la conducta inadecuada del juez:

«Anulamos el fallo y la condena, porque el juez de primera instancia entabló contactos *ex parte* no permitidos al conceder entrevistas secretas a algunos medios de comunicación, y realizó numerosos comentarios ofensivos sobre los ejecutivos de Microsoft en declaraciones públicas fuera del Juzgado, dando lugar a una apariencia de parcialidad. Aunque no encontramos pruebas de tendenciosidad efectiva, consideramos que las acciones del juez de instancia contaminaron gravemente las actuaciones ante el Tribunal de Distrito y pusieron en entredicho la integridad del proceso judicial. Nos vemos por tanto obligados a anular el fallo, con efectos devolutivos para que la resolución condenatoria sea reconsiderada, y disponemos que el caso sea reasignado a otro juez en primera instancia».

Esto, sin embargo, lo único que muestra es que los jueces pueden cometer errores de más de un tipo, incluyendo el de no preservar la integridad de las actuaciones judiciales por parcialidad o prejuicio real o aparente⁷. También muestra que una estructu-

* En Derecho norteamericano un «*amicus curiae*» es una persona que, a petición propia o requerido por el tribunal, *sin constituirse en parte del proceso*, interviene en el mismo y aporta un «*brief*» o informe argumentando y pronunciándose sobre el caso, dado que dicha persona tiene un poderoso y legítimo interés en el asunto. En Derecho español son figuras próximas a esta las de la llamada (por la jurisprudencia y la doctrina) «intervención adhesiva simple» en el proceso civil, o la del «coadyuvante» en el contencioso-administrativo. He optado por traducir con esta última palabra por ser más sencilla y expresiva (N. del T.).

⁶ *United States of America v. Microsoft Corporation* US Court of Appeals, DC Circuit (Caso 00-5212, sentenciado el 28 de junio de 2001).

⁷ Puede compararse con el error de Lord HOFFMAN por no abstenerse en la apelación del «caso Pinochet», en el que estaba implicada una organización de la cual él era uno de sus patronos (*R. v Bow Street Magistrate ex p. Pinochet (No 2)* [2000] 1 ac 119).

ra formalmente correcta de una argumentación puede coexistir con la incorrección material en la dirección del caso, o de hecho con algún error argumentativo en el establecimiento de una o varias premisas. Sin embargo, el procedimiento de anulación por parte del Tribunal de Apelaciones presenta básicamente la misma forma, esta vez (es de esperar) sin incorrecciones materiales: si se estima que un juez ha dado apariencia de parcialidad, su sentencia debe ser anulada; este juez dio apariencia de parcialidad; por lo tanto, su sentencia debe ser anulada.

En cualquier caso, la relevancia y aplicabilidad del silogismo me parece muy clara, difícilmente discutible. Pero quizás sea un sinsentido escandaloso después de todo. ¿No debería a uno preocuparle que esto parezca una revuelta radical contra la lógica de probabilidades y no de certezas de DEWEY⁸, o sea, un regreso absurdo al formalismo y a la jurisprudencia mecánica? En el mejor de los casos, mi defensa del silogismo tal vez diga algo sobre el Derecho legislado, y puede tener sentido para algún género de sistema codificado de tipo continental. Pero es completamente ajena al espíritu del *common law*. Y de todos modos, ¿qué hay del hecho de que el Derecho es un concepto interpretativo y de que todo el razonamiento jurídico es interpretativo y está impregnado de valores hasta la médula?

Enseguida abordaremos estos problemas. Independientemente de lo que digamos sobre ellos, aquí ya se ha establecido una postura que permite decir un poco más sobre la idea de que el Derecho puede realmente marcar una diferencia. Por ejemplo, la actividad de los agentes profesionales del *lobby* ante las asambleas legislativas resulta que en realidad para algo se hace. No es sólo una cuestión de triunfos y desastres simbólicos, no sólo se trata de dar gato por liebre a clientes ingenuos que les han contratado o a parlamentarios vanidosos ante quienes actúan, aun cuando siempre existe la posibilidad de que también estas cosas estén en el ambiente. Lo que cambiamos cuando cambiamos el Derecho de un Estado, o de una Unión federal o confederal, son los fundamentos posibles de los argumentos jurídicos, y las pretensiones y decisiones jurídicas que esos argumentos pueden sustentar.

Nuestro imaginario Derecho de Responsabilidad por Productos hace posible que los consumidores interpongan demandas de responsabilidad contra los fabricantes y otros productores pese a la ausencia de toda alegación de culpa, y quizás en ausencia de toda posibilidad de lograr que una alegación de culpa se sostuviera. Si se añade el apartado de «riesgo de innovación», ello permite al fabricante en el caso de productos de nuevo diseño esgrimir una eximente que funcionará, en los casos que cubre, como una posible excepción a la estricta responsabilidad objetiva o sin culpa. Esto no nos dice con certeza o en absoluto cuál será el índice de demandas, o el número de situaciones en las que (si existe) la «eximente de riesgo de innovación» será utilizable o utilizada, ni con qué éxito. Pero la mera posibilidad jurídica de demandas y eximentes y cosas así es algo que afecta a cosas tales como los mercados de seguros o la asunción de riesgos por parte de las empresas de fabricación, etc. No debería sorprendernos nada la creencia manifiestamente extendida de que los cambios en las leyes pueden tener un impacto real en las relaciones económicas y sociales, y de que la dirección del cambio y de su impacto también puede preverse, aunque no sea con exactitud y certeza.

⁸ DEWEY, «Logical Method and Law», citado en nota 1.

2. ¿EL DERECHO COMO INTERPRETACIÓN?

Lo de la exactitud y certeza me devuelve a la cuestión del carácter interpretativo del Derecho⁹. Por supuesto que el Derecho no es una ciencia exacta, y por supuesto que la toma de decisiones jurídicas y el razonamiento jurídico justificativo carecen del carácter demostrativo que su reconstrucción en forma silogística parecería atribuirles. ¿Qué explicación puede darse de esto? La respuesta es clara en principio. Obsérvese esto: lo que hasta aquí se ha discutido es el proceso de alegación [*pleading*], el de erigir una pretensión que depende de que la ley sea aplicable a un caso particular. Pero hay que atender no sólo a la elaboración de la pretensión, sino también a la elaboración de la decisión acerca de la pretensión. ¿Qué tipo de justificación es posible para la decisión de aceptar y hacer ejecutar tal pretensión, o para la decisión de rechazarla? Hasta ahora hemos asumido el presupuesto de que todos los aspectos de la pretensión resultan ser indiscutidos y todos los extremos necesitados de prueba han sido efectivamente probados. Pero eso es lo que nunca puede asumirse de antemano.

Para cada concepto, para cada universal como «consumidor», «fabricante», «producto», «daño», o «causa», tenemos que aportar una ejemplificación particular en el caso que planteamos¹⁰. Pero cada uno de esos términos es susceptible de interpretación, y esto supone interpretación a la luz de una comprensión del propósito del Derecho, de su adecuación al Derecho que le rodea y de un sentido de justicia apropiado al campo jurídico en cuestión. Puede haber disputas sobre términos y conceptos en su uso general. Por ejemplo, el discurso jurídico abunda en teorías rivales de la causalidad. Puede que la respuesta en un determinado caso dependa de una tesis teórica general de este tipo, y el tribunal tendrá que decidir cuál es la teoría de la causalidad apropiada para interpretar el concepto «causa» tal y como es empleado en esta ley. Siempre es posible que una pretensión pueda ser problematizada como una cuestión general de interpretación de este tipo. Cuando lo es, no puede haber una buena decisión para el caso mientras las visiones rivales sobre la interpretación no hayan sido escuchadas y tomadas en consideración adecuadamente, y no se haya alcanzado y justificado una conclusión.

Si volvemos al caso *Microsoft* nos encontramos, poco después de los «fundamentos de Derecho» antes citados, con la siguiente elucidación sobre «poder monopolístico»:

«Siendo el elemento umbral de una infracción monopolística del art. 2 la “posesión de poder monopolístico en el mercado relevante”, el tribunal tiene que determinar primero las fronteras de la actividad comercial que pueda calificarse de “mercado relevante”.

En este caso, los demandantes sostuvieron que el mercado relevante era el de concesión en todo el mundo de licencias de sistemas operativos de PC compatibles con Intel. Si este campo de actividad comercial constituye o no un mercado “cuya monopolización puede ser

⁹ Por esta idea, la comunidad jurídica en general, y yo mismo en particular, estamos en deuda con la obra de DWORKIN, 1986: *Law's Empire*, Cambridge, MA: Harvard University Press, aunque la palabra «interpretativo» [*interpretative*] es preferible por razones etimológicas a la de «interpretivo» [*interpretive*] que usa DWORKIN.

¹⁰ Véase la crítica de WHITE, 1979: «Book Review», 78 *Michigan Law Review*, pp. 737-42, a mi anterior formulación del presente punto (*Legal Reasoning and Legal Theory*, cap. 2), en la que ella pone de manifiesto poderosamente el alcance de «ejemplificación de un universal» [*universal instantiation*].

ilegal”, depende de si incluye todos los productos “razonablemente intercambiables por los consumidores para el mismo propósito”. Véase *Rothery Storage and Van Co. v. Atlas Van Lines Inc.* (“Dado que la capacidad de los consumidores de recurrir a otros proveedores impide a una empresa subir los precios por encima del nivel competitivo, la definición de “mercado relevante” descansa en la determinación de los sustitutos disponibles”¹¹).

En su posterior análisis de los detalles del caso, el Juez Jackson declara su aceptación de esta glosa interpretativa sobre la ley en cuanto que proporciona una base sólida para su propia argumentación.

Una posibilidad estrechamente relacionada, similar pero no idéntica, se refiere al modo en que los particulares de un caso se despliegan. Hay un carácter narrativo inevitable en todo intento de captar, no digamos ya de probar, sucesos que ocurrieron en el pasado. Los casos jurídicos muy frecuentemente se refieren a sucesos que ocurrieron antes del litigio relativo a ellos, y de ahí que la tarea de alegar y probar un caso conlleva la construcción de narraciones, así como el uso de narraciones de testigos al reconstruir el caso. Independientemente de cómo quede la historia, de cuál sea su solidez en algunos puntos y su fragilidad en otros, lo cierto es que es bastante probable que al final los particulares sean vistos bajo una luz algo distinta de la de su presentación inicial. Y entonces surge la pregunta: «¿Pero eso realmente cuenta como un ejemplo o caso particular del concepto en cuestión, dado el sentido que atribuimos a este en la ley?».

Supongamos que una diputada del Parlamento Europeo compra un ordenador portátil para utilizarlo en su despacho del Parlamento, pero a veces se lo lleva a casa. Un día está escribiendo unas cartas familiares en ese ordenador en su casa, y de repente el ordenador se incendia, y le quema a ella y se destruyen un montón de datos que necesita urgentemente para su trabajo parlamentario. ¿Cuenta alguno de sus daños, y en su caso cuáles, como daños sufridos por ella en su calidad de consumidora?

En estos problemas de clasificación o calificación (en francés, «*qualification*»¹², «caracterización» en la terminología de las normas de conflicto) ponemos en marcha una doble interpretación. Por un lado, analizamos el sentido de la ley para ver si es esta la clase de situación que cae dentro del espíritu de la ley. Por el otro, estamos interpretando la situación como una situación social de un cierto tipo que puede que caiga o no dentro de lo que típicamente consideramos como protección al consumidor. Quizás el ejemplo más célebre de tal «problema de calificación» fue *Brown v Board of Education of Topeka*¹³, donde el tribunal Warren dictó su célebre sentencia sobre la cuestión de si la enseñanza segregada de los niños negros contaba como «igual trato» a efectos de la «igual protección de las leyes» garantizada por la Decimocuarta Enmienda de la Constitución norteamericana.

Tomando nuestro ejemplo de *Microsoft*, cabe destacar el siguiente elemento de la sentencia:

¹¹ Citado en nota 6.

¹² Véase TROPER, GRZÉGORCZYK y GARDIES, 1991: «Statutory Interpretation in France», en MACCORMICK y SUMMERS (eds.), 1991: *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot: Dartmouth, pp. 171-212, en pp. 198-9.

¹³ (1954) 347 US 483.

«Si el demandado con poder monopolístico contrarió conscientemente a sus clientes al hacer sus productos menos atractivos para ellos —o si incurrió en otros costes, tales como grandes desembolsos de capital de desarrollo y pérdida de oportunidades de derivar ingresos de ello—, sin perspectivas de otra compensación que no fuera la de la erección de barreras contra la competencia de empresas igualmente eficientes, el tribunal debe considerar la conducta del demandado como “predatoria”».

Esta parte de la sentencia, leída conjuntamente con los párrafos posteriores, es un caso paradigmático del tipo de argumento sobre el que estoy llamando la atención aquí. Apenas menos relevante es en realidad el resultando del Tribunal Federal de Apelaciones acerca de que las indiscreciones del juez Jackson «contaminaron gravemente las actuaciones ante el Tribunal de Distrito y pusieron en entredicho la integridad del proceso judicial».

Otra variación sobre este tipo de problema surge del uso de los llamados «estándares» en las disposiciones legales. Por ejemplo, la hipotética ley de Responsabilidad por Productos con la que estamos trabajando contiene la disposición que habíamos etiquetado como la «*excepción por omisión de aviso razonable*», que es una excepción a la «eximente del riesgo de innovación». Para invocar esta última, una empresa demandada tendrá que demostrar que puso toda la diligencia razonable para avisar a los usuarios del producto de un defecto de diseño en él, una vez que ese defecto hubiera llegado al conocimiento de la empresa. En cualquier caso concreto, una vez que las pruebas han llevado a mostrar qué medidas se tomaron para advertir a los consumidores, y cuándo fueron tomadas, y con qué efectos de cara a alertar a los consumidores del riesgo, queda todavía una pregunta: ¿Ese grado de diligencia cuenta como razonable? Esto no es tanto una calificación cuanto una evaluación, pero es de nuevo algo que está inmerso en el razonamiento interpretativo. Por un lado, hay que considerar el propósito de la ley en su conjunto para ver de qué clase de riesgos está la ley tratando, y en qué contexto pone en juego el deber de advertir. Por el otro, hay que considerar la idea general de razonabilidad en el Derecho y el tipo de diligencia comúnmente esperada en una situación como la de un fabricante. Podría perfectamente ser relevante el tipo de producto de que se trate, y lo fácil o difícil que sea contactar con compradores conocidos. Los coches, por ejemplo, no son lo mismo que los alimentos frescos, y estos a su vez son distintos de los fármacos, y los fármacos de los ordenadores, y así sucesivamente.

En todos los tipos de razonamiento interpretativo que estamos considerando, no se trata sólo de que tengamos que llegar a una conclusión interpretativa antes de poder aplicar la ley al caso en cuestión o de concluir que es inaplicable. Ocurre también que esas conclusiones mismas pueden justificarse mediante argumentos y sopesando y balanceando las razones a favor de cada una de las posibilidades interpretativas. Aquí entran en juego argumentos relativos a la consistencia interna del Derecho. También entran en juego argumentos relativos a la coherencia global de la ley a la luz de sus principios subyacentes y a la luz de otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico, especialmente los que son más relevantes para el sector del Derecho al que pertenece la ley. Pueden plantearse casos hipotéticos que sugieren la inaceptabilidad de una interpretación y la preferibilidad de sus rivales. Se examinan las implicaciones, para el sistema jurídico y para la vida social, de una u otra decisión interpretativa, y en algunos casos los argumentos abiertamente consecuencialistas pueden ser apropiados.

De modo que, a fin de cuentas, no es que sea el silogismo jurídico por sí solo lo que determina el resultado del caso. Algunos o todos los términos de la ley tendrán que ser interpretados, y los hechos del caso han de interpretarse y evaluarse para determinar si verdaderamente cuentan, si realmente encajan en la ley. Pueden y deben darse razones a favor de las interpretaciones preferidas que son decisivas en un caso. Dejo para otro lugar el examen de la gran cuestión: «¿Qué tipos de razones son apropiadas para esta tarea?». Baste concluir aquí que las razones a favor de una determinada lectura del silogismo son, cabe decir, las verdaderas razones del caso. Esas razones corresponden a una lógica de probabilidades, no de certezas, así que esa es al final la verdadera lógica del asunto.

¿Por qué insistir entonces en el silogismo? La respuesta debería ser obvia: el silogismo es lo que proporciona el marco dentro del cual los otros argumentos cobran sentido como argumentos jurídicos. Volvemos a la cuestión acerca de qué podría contar como aplicación de una ley. Volvemos al asunto de un procedimiento concebible para plantear una argumentación con vistas a la implementación de una ley. Eso tiene su propia lógica intrínseca, dentro de la cual es claro por qué las tesis y argumentos interpretativos tienen una relevancia real como argumentos jurídicos. Por otra parte, esto nos ayuda a recordar por qué es tan importante para un abogado ser meticuloso al examinar cada uno de los universales o conceptos contenidos en una ley, y al determinar su ordenación relevante y su mutua interacción o relaciones de prioridad y subordinación. Los casos se ganan o se pierden mediante un meticuloso cuidado —o su omisión— a la hora de detectar todos los conceptos que cuentan y de examinar rigurosamente, respecto de cada uno, qué particulares contarán como un caso concreto de ese concepto¹⁴. Por supuesto, esto no significa que sea necesario, ni siquiera lo mejor, exponer los argumentos jurídicos reales en forma rigurosamente silogística. Cómo presentar la argumentación es algo que corresponde a la retórica más que a la lógica; pero la retórica más eficaz probablemente sea la que descansa en una comprensión clara de la lógica implícita del proceso.

En resumen, si consideramos que el silogismo jurídico exhibe el marco de todo razonamiento jurídico que suponga la aplicación del Derecho, hay un número limitado de maneras en que pueden surgir problemas cuya resolución requiera razonamientos en principio no deductivos, o sea, retóricos o persuasivos. Volviendo, por razones de simplicidad, a la fórmula esquemática «Si *OF*, entonces *NC*», las cuatro maneras siguientes agotan las posibilidades de desafíos que pueden surgir en cualquier caso discutido:

1. No se ha probado (en la medida del estándar de prueba requerido) que haya existido ningún caso particular de «*OF*» tal y como había sido alegado en la acusación o en la demanda; teniendo en cuenta todos los medios de prueba relevantes y admisibles, incluida cualquier prueba de descargo propuesta por la defensa. (Podemos llamar a esto un «*problema de prueba*»).

2. Lo que se ha alegado, haya sido o no probado, no se caracteriza adecuadamente como un caso concreto de «*OF*» en el sentido ajustado a Derecho. (Podemos llamar a esto un «*problema de calificación*», o de «*caracterización*», o de «*clasificación*»). Cuan-

¹⁴ Véase ALEXY, 1989: *Theory of Legal Argumentation*, trad. inglesa de R. ADLER y N. MACCORMICK, Oxford: Clarendon Press, en pp. 222-30.

do «OF» es o incluye una expresión valorativa o «estándar», como por ejemplo el de «razonable», «justo», «equitativo», o similares, y la cuestión es si la conducta (etc.) impugnada fue realmente «razonable», «justa», «equitativa», o similar, es mejor considerar el problema relevante como un problema de «valoración».

3. El caso, tal y como ha sido planteado, depende de leer la regla admitida «si OF, entonces NC» según una determinada interpretación de «OF», o de «NC», o de ambos; pero esta es una mala interpretación, y hay en realidad una interpretación jurídicamente más aceptable según la cual la parte que se defiende debe ser absuelta de la acusación o demanda presentada contra ella. (Podemos llamar a esto un «problema de interpretación»).

4. El éxito de la demanda o acusación depende de leer los materiales jurídicos autoritativos como si generaran una regla «Si OF, entonces NC» tal, que las alegaciones de culpabilidad penal o de responsabilidad civil son relevantes dados los hechos alegados, o incluso los hechos probados; pero ninguna norma así puede leerse adecuadamente a partir de los materiales aducidos como una razonable concretización de ellos o determinación desde ellos. (Podemos llamar a esto un «problema de relevancia». Expuesto así, es un tipo de problema que surge principalmente en los sistemas de *common law*, o en partes no codificadas de otros sistemas jurídicos, como el Derecho administrativo francés, desarrollado a través de la jurisprudencia del *Conseil D'Etat*).

3. ¿EL COMMON LAW ES DIFERENTE?

Para finalizar, abordo la última objeción. Ésta se refiere al especial carácter del *common law*. Los silogismos, se dice, están muy bien para las leyes y códigos. Pero el *common law* es diferente. El *common law* versa sobre casos y analogías, sobre emparejar pautas a través de narrativas similares pero sutilmente diferentes. La idea de fondo es tratar de manera semejante los casos semejantes, y diferente los casos diferentes; la habilidad del abogado radica en desarrollar la semejanza relevante y esquivar la diferencia decisiva. Todo esto es cierto, aunque no hay que olvidar que en los sistemas de *common law* también hay leyes. Hoy en día, los diversos sectores del Derecho en su mayoría están estructurados mediante leyes, o destacan en ellos importantes leyes reformadoras; y esto ocurre en todas las ramas del Derecho, en los sistemas de *common law* tanto como en sistemas mixtos¹⁵ o en los puramente «de Derecho civil». Los escasos pasajes del caso *Microsoft* antes citados, sin ir más lejos, refuerzan este punto. De modo que será un poco anómalo que lo que cuente como un caso bien argumentado difiera radicalmente dependiendo de que esté o no en juego una ley. No obstante, si las cosas son así, son así, y entonces uno simplemente debe integrar la anomalía en el seno de su visión global.

Yo creo sin embargo que, como de costumbre, las diferencias se exageran. En la mayoría de los sistemas de *common law*, y también en los sistemas mixtos, buena parte de los elementos básicos del Derecho penal, así como el Derecho de obligaciones, el

¹⁵ Los sistemas mixtos son los que se derivan en parte del (originariamente romano) Derecho civil y en parte del *common law* angloamericano, p. e., el Derecho escocés, el de Sudáfrica, el Derecho de Luisiana o el de Ceilán. Véase ZIMMERMANN, REID y VISSER (eds.), 2005: *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford: Oxford University Press.

de contratos y el de daños civiles [*torts*], y otros sectores relacionados con ellos, todavía se basan en casos judiciales y en comentarios doctrinales más que en leyes. Lo extraño sería que en estos campos la gente pudiese confiar menos que en otros en el Derecho como un marco de reglas razonablemente predecibles para guiar sus vidas. Dado que el Derecho de obligaciones está en el centro mismo de la vida comercial y de negocios, el problema sería grave. Pero no parece que exista. De hecho, no existe.

La clave acerca de los sistemas de *common law* es que ellos tratan los precedentes judiciales como «fuentes del Derecho». Esto significa que las reglas generales de conducta y de responsabilidad se supone que están implícitas en los casos judiciales, envueltas en las argumentaciones redactadas por los jueces al motivar sus sentencias. Los libros de texto y los comentarios doctrinales se escriben sobre la base de que una afirmación sobre el Derecho puede estar suficientemente sustentada citando una sentencia que sea una «autoridad» sobre ese punto, aunque puede ser discutible si la proposición jurídica del comentarista capta con exactitud la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia citada. De todas formas, las proposiciones de la doctrina científica de una cierta sustancia y generalidad normalmente se construyen mediante la cita de y referencia a varias sentencias, quizás la de un caso paradigmático («*leading case*») y varios otros casos satélite que explican e interpretan más a fondo el caso paradigmático. Si esto es o no una manera fiable de leer precedentes judiciales es una cuestión que abordaré en otro momento.

Baste aquí con negar que la jurisprudencia de *common law* pueda concebirse como un ámbito jurídico carente de reglas. El problema no es ese. Lo que ocurre es más bien que las reglas se exponen mediante una interpretación de los casos, y de ahí que prácticamente cualquier formulación puede ser desafiada invocando una interpretación rival del mismo material. El mecanismo de la legislación proporciona a la comunidad de usuarios del Derecho un texto dotado de autoridad para guiar y estructurar la deliberación, conteniendo el texto mismo normas explícitas de conducta y de responsabilidad. Por el contrario, el *common law* como cuerpo de Derecho jurisprudencial no tiene tales normas explícitas formuladas en sus textos autoritativos, los repertorios de sentencias. Pero sí tiene normas implícitas; si no las tuviera, ni siquiera sería un tipo de Derecho.

Soy muy consciente de que, dirigiéndome a un auditorio de jueces y juristas de países hispanoparlantes, quizás sólo estoy diciéndoles cosas que a ustedes ya les parecen obvias. Pero es que hay un gran debate hoy en día acerca de si existe un radical abismo entre el pensamiento de *common law* y el de Derecho civil, especialmente en materia de los elementos básicos de la argumentación. Puede por tanto que a ustedes les agrade mi conclusión de que es mucho más lo que tenemos en común que lo que nos diferencia.

(Traducción de Juan Antonio Pérez Lledó)

EL CONCEPTO JURÍDICO DE LA REVOLUCIÓN

Ulises Schmill

Instituto Tecnológico Autónomo de México

RESUMEN. El objeto fundamental de este ensayo es presentar las herramientas conceptuales de carácter jurídico que permitan tener un concepto unitario tanto de los órdenes jurídicos avanzados en su centralización, como son los Estados modernos, como de un fenómeno históricamente muy reiterado y jurídicamente poco comprendido como son las revoluciones políticas. Tener un concepto unitario de los órdenes jurídicos avanzados y de las revoluciones significa tener la posibilidad de aplicar a los diversos fenómenos históricos mencionados un mismo conjunto de conceptos. Ello supone que disponemos de una teoría unitaria lo suficientemente poderosa para poder llevar a cabo la aplicación de la misma a los fenómenos históricos mencionados.

Palabras clave: teoría jurídica de las revoluciones políticas, orden revolucionario.

ABSTRACT. The aim of this paper is to present the conceptual legal tools which enable us to have a unitarian concept of both legal order with an advanced degree of centralisation, as is the case in modern states, and of the political revolutions, a historically very frequent and legally little understood phenomenon. Having a unitarian concept of advanced legal orders and of revolutions means being able to apply the same set of concepts to the afore mentioned historical phenomenon. This means that we have a unitarian theory powerful enough to be applied to the above historical phenomenon.

Keywords: legal theory of political revolutions, revolutionary order.

1. EXIGENCIAS PARA TODA TEORÍA JURÍDICA

Existe una exigencia específica válida para cualquier teoría general del Derecho que se elabore, consistente en que pueda ser capaz de utilizarse para explicar, no solamente los problemas que tradicionalmente constituyen su objeto de estudio, sino nuevos problemas que surjan en ella o, por lo menos, un tratamiento más sencillo, elegante o económico de esos problemas. Creo que es una decisión razonable preferir aquella teoría que resuelva de manera más sencilla y completa la problemática de la teoría jurídica. Puede ilustrarse este principio con dos ejemplos paradigmáticos: por razones puramente teóricas, es preferible la teoría del primado del orden jurídico internacional sobre el primado del orden jurídico nacional, porque aquella maneja con mayor facilidad los problemas relativos a la estructura del orden jurídico y, además, resuelve más problemas de los que puede dar cuenta el primado del orden nacional, en especial, la permanencia e identidad del Estado nacional que sufre una revolución triunfante. El otro ejemplo es el de la identidad del Derecho y del Estado, es decir, el tratamiento jurídico de los problemas relativos a la esencia y estructura del Estado, frente a problemas sociológicos o de teoría económica sobre las actividades estatales, las que presuponen el concepto jurídico del Estado.

2. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR EXPLICACIÓN?

Con base en este principio, podemos exigir que la teoría jurídica sea capaz de explicar al fenómeno de la revolución. Por explicación entiendo la posesión de aquellos conceptos necesarios para comprender el fenómeno revolucionario y poder identificar su existencia empíricamente. Ésta no es una tarea sencilla, pues se acostumbra pensar que la revolución, mientras dura la lucha revolucionaria, es un período en el que reina la anomía, contrariamente a la situación que prevalecía previamente en un Estado relativamente ordenado: se hace hincapié en los actos crueles de los revolucionarios, con el objeto de mostrar cuál es la naturaleza humana, como en Tucídides. Véase el siguiente ejemplo tomado de la *Historia de la Guerra del Peloponeso*:

Durante los siete días... los corcirenses se dedicaron a matar a los que consideraban enemigos personales suyos. Las acusaciones se dirigían contra los que intentaron derrocar el régimen democrático, pero también murieron algunos por causa de enemistades privadas y otros a manos de sus deudores. La muerte se mostró en mil formas diversas, y como sucede en circunstancias como ésta, no hubo exceso que dejara de suceder... y cosas peores aún. Los padres mataron a sus hijos, los suplicantes eran arrancados de los templos y matados en sus inmediaciones, e incluso algunos fueron rodeados de un muro en el templo de Dionisos, y murieron allí.

Tal fue la crueldad con que se desarrollaron las luchas civiles de Corcira y aún pareció mayor porque fue allí donde primero estallaron; pues más tarde toda Grecia, por así decirlo, fue desgarrada por las discordias que en todas partes había entre los jefes del partido popular, que querían llamar en su ayuda a los atenienses, y los aristócratas, que querían hacer lo propio con los lacedemonios... Muchos fueron los horrores que sufrieron las ciudades en las revoluciones, horrores que suceden y sucederán siempre mientras sea la misma la naturaleza humana, pero que son mayores o menores y de distinto carácter, según como sean las diversas circunstancias que se dan en cada ciudad... se hallaban pues en estado de revolu-

ción las ciudades y las que tardaban más en entrar en él, al tener conocimiento de las cosas que ya habían sucedido, llevaban aún más lejos este cambio de conducta, tanto en lo referente al refinamiento de los que se lanzaban al ataque como en lo relativo a lo inaudito de las venganzas (Tucídides. HGP: 3.81.4 to 3.82.4).

Hay un profundo y, además, bellísimo párrafo en Tucídides que relaciona a la revolución con el uso del lenguaje:

Cambiaron incluso, para justificarse, el ordinario valor de las palabras. La audacia irreflexiva fue considerada valiente adhesión al partido, la vacilación prudente, cobardía disfrazada, la moderación, una manera de disimular la falta de hombría, y la inteligencia para todas las cosas, pereza para todas. Por el contrario, la violencia insensata fue tomada como algo necesario a un hombre, y el tomar precauciones contra los planes del enemigo, un bonito pretexto para zafarse del peligro. Los exaltados eran siempre considerados leales, y los que les hacían objeciones, sospechosos. Si uno urdía con éxito alguna maquinación, era inteligente, y más hábil aún si la descubría; en cambio, el que tomaba precauciones para que no le hiciera falta apelar a estos procedimientos, era considerado como traidor al partido y temeroso de los enemigos. En una palabra, el que se adelantaba a un enemigo que quería causarle un mal, era alabado, e igualmente el que invitaba a comportarse así a otro que no tenía esa intención. Y hasta tal punto fue esto así, que los lazos de la sangre llegaron a tener menos fuerza que los del partido, ya que éste estaba más dispuesto a mostrar una audacia sin miramientos; pues estas asociaciones no buscaban un beneficio público, guiándose de las leyes en vigencia, sino, violándolas, el abuso del poder. Las promesas de fidelidad recíproca no las confirmaban tanto con los ritos tradicionales como con la complicidad en el crimen (Tucídides. HGP: 3.82.4-6).

En estos párrafos clásicos del más grande de los historiadores encontramos una multiplicidad de problemas teóricos que ameritan su esclarecimiento, como lo intentó HOBES en su *Leviatán*. Todos estos enunciados sobre la revolución de Corcira se encuentran plenos de supuestos que hay que traer a la luz y que representan diversos puntos de vista desde los cuales se puede comprender el fenómeno de las revoluciones (*cf.* PRICE, 2001). Esto no implica que las causas de una revolución o sus efectos puedan determinarse jurídicamente, pues esa es la tarea de otras disciplinas distintas de la jurisprudencia, como la sociología, la historia, la economía, la antropología, etc. Tampoco estamos intentando explicar, con una teoría jurídica de las revoluciones, las justificaciones asociadas con todo movimiento revolucionario y las que lo justifican o legitiman. Tampoco intentamos vincular estos elementos de la ideología de los movimientos revolucionarios (en el sentido no peyorativo de la palabra «ideología») con cualquier concepción de mundo o de la vida (*Weltanschauungen*) de carácter filosófico, metafísico o teológico.

Una explicación jurídica de las revoluciones sólo significa presentar los conceptos normativos necesarios para identificar y reconocer la existencia de una revolución y del o de los movimientos revolucionarios que la preceden. Esto permitirá adicionalmente la aplicación de la teoría aceptada o postulada del orden jurídico a los fenómenos revolucionarios.

Nosotros nos preguntamos por la forma jurídica de comprender estos fenómenos y la razón de ello se encuentra en que las revoluciones son fenómenos políticos dirigidos a la destrucción de un Estado, lo que significa que están dirigidas a la sustitución de un orden jurídico por otro, en la medida que entendemos que el Derecho es un orden que regula el ejercicio del poder coactivo.

3. ÁMBITO FENOMÉNICO DE LA TEORÍA JURÍDICA TRADICIONAL

Las explicaciones que se han construido para explicar jurídicamente las revoluciones se refieren generalmente a una revolución triunfante y poco o nada se dice en relación con el movimiento revolucionario, antes de su triunfo o fracaso. Un ejemplo de ello es la tesis de KELSEN sobre la revolución. KELSEN analiza el concepto de la revolución relacionándolo con el concepto de la norma fundante básica, pero sólo en el caso de que exista una revolución triunfante o fracasada. Considera lo que denomina *principio de legitimidad*, que expresa que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no se extinga de una manera determinada por el propio orden jurídico (KELSEN, 1979: 217). Este principio, afirma, se encuentra limitado en el caso de una revolución, la que es concebida, en consecuencia, como cualquier modificación no legítima de la Constitución, es decir, efectuada de manera no conforme con las disposiciones constitucionales, o su reemplazo por otra. No importa si este reemplazo o modificación se hace con el uso de la fuerza o sin el uso de ella. Lo que importa es que la modificación o extinción de la constitución no se realiza conforme a sus prescripciones (KELSEN, 1979: 218). Estas afirmaciones son verdaderas si se cumple con la siguiente condición: el nuevo orden establecido, que sustituye al anterior, debe ser eficaz. Esto significa que sólo bajo la condición de la eficacia del sentido subjetivo de los actos de mandato es posible correctamente proyectar en los hechos el modelo que se haya construido de las normas y el orden jurídico y considerar que los actos de mandato que se hayan realizado constituyen normas válidas. Aquí existe un acercamiento, muy peligroso para el pensamiento de KELSEN, entre el concepto de validez y el de la eficacia. El «verse obligado a...» de HART se transforma en «estar obligado a...» (HART, 1968: 103) cuando el sentido de los actos de emisión de un mandato son eficaces, lo que permite la proyección sobre ellos del modelo de norma y de orden jurídico que se haya elaborado. Dice KELSEN:

Desde el momento que la antigua constitución ha perdido su eficacia, y la nueva la ha adquirido[...], los actos que aparecen con el sentido subjetivo de producir y aplicar normas jurídicas, no son interpretados ya presuponiendo la antigua norma fundante básica, sino la nueva (KELSEN, 1979: 219).

Un orden que pierde su eficacia es un orden cuyas normas han sido desconocidas, es decir, a las que se les ha negado el reconocimiento (*cf. infra*, apartado X). Este desconocimiento equivale a la invalidez de las normas que se inejecutan.

4. NECESIDAD DE UNA TEORÍA JURÍDICA DE LAS REVOLUCIONES

Todo lo anterior nos fuerza a hacer la siguiente pregunta: ¿qué significa hacer una teoría jurídica de la revolución? ¿Por qué es necesaria una teoría jurídica de la revolución? El ejemplo de KELSEN nos ilustra sobre ello. Ha planteado el problema de la revolución y ha dado una respuesta de carácter normativo. La tesis es inobjetable. Lo que no ha planteado ni, por tanto, ha tomado posición es sobre el siguiente problema: ¿cuál es la dimensión jurídica del movimiento revolucionario, mientras dura, antes de

que se pueda considerar que ha triunfado o fracasado? Ya no nos preguntamos sobre el orden jurídico creado con la revolución triunfante o por el orden jurídico anterior, derogado por el nuevo, sino por el carácter jurídico de los actos integrantes del movimiento revolucionario, antes de que triunfe o fracase. Ciertamente, cuando un movimiento revolucionario ha triunfado el sentido subjetivo de los actos de mandato de los órganos del nuevo orden son interpretados conforme a una nueva Norma Fundante Básica, que determina cuáles son los órganos fundamentales, originarios, constituyentes, creadores del nuevo orden. Los órganos del orden anterior son considerados, dentro de la perspectiva del nuevo orden jurídico constituido teóricamente con la nueva Norma Fundante Básica, como delincuentes, sometidos al poder coactivo de los órganos del nuevo orden jurídico. La justificación de esta afirmación se encuentra en el hecho verificable de que los actos de mandato reales emitidos por los órganos del orden anterior ya no son interpretados con el punto de vista aportado por la nueva Norma Fundante Básica.

Surge en este lugar, entonces, el problema acuciante de cuál es el sentido y la cualidad de los actos integrantes del movimiento revolucionario. La primera reacción es negarles toda dimensión jurídica y verlos como actos de mera fuerza y violencia, si es que hay lucha armada, que es lo más frecuente, lo que no siempre es cierto, pues como tendremos oportunidad de demostrar, hay actos revolucionarios que no entrañan el uso de la violencia física, aunque sí dan origen a ella. Si se opta por esta primera alternativa la conciencia puede quedar en paz, pues con la teoría jurídica que poseemos podemos dar cuenta de fenómeno, negándole el carácter jurídico. La teoría queda incólume y nos podemos sentir satisfechos de poseer una teoría completa y satisfactoria, toda vez que el movimiento revolucionario no constituye un fenómeno histórico que deba ser explicado normativamente. No hay necesidad de revisarla ni inquirir sobre los presupuestos sobre los que descansa. Ellos pueden permanecer en el ámbito oscuro del silencio, en la esfera de lo no formulado. La segunda alternativa es reconocer el carácter jurídico de los actos integrantes del movimiento revolucionario, lo cual genera la necesidad de revisar los conceptos centrales de la Teoría General del Derecho para que puedan ser capaces de dar cuenta del carácter jurídico de los actos integrantes del movimiento revolucionario, mientras éste movimiento se desarrolla y extiende en el tiempo, sin haber llegado a la conclusión final de su triunfo o fracaso.

Una teoría jurídica de la revolución es necesaria por las siguientes razones:

1. La revolución es un fenómeno social esencialmente relacionado con el Estado, pues se dirige contra él con el propósito de destruirlo y sustituirlo por otro.
2. El criterio del acto estatal se encuentra en las normas jurídicas fundamentales. El acto estatal es acto jurídico de manera esencial. El criterio para determinar la cualidad de estatal de un cierto acto se encuentra en el contenido de las normas jurídicas que así lo establecen.
3. En consecuencia, la revolución debe tener una dimensión jurídica, pues con ella se deroga un orden jurídico y se instauro otro. Sólo jurídicamente pueden llevarse a cabo funciones jurídicas.
4. El ejemplo de Tucídides nos muestra que es posible hacer consideraciones de diversa índole sobre la revolución, pero la consideración primera y fundamental, en el sentido de estar presupuesta por las otras, es la jurídica.

5. ¿QUÉ SIGNIFICA ESTAR EN POSESIÓN DE UNA TEORÍA JURÍDICA?

Si se ha de hacer una teoría jurídica de la revolución hemos de ser capaces de con-
testar la cuestión de qué significa estar en posesión de una teoría jurídica de la revolu-
ción o de cualquier otro fenómeno social.

Poseer una teoría jurídica significa construir un modelo de las normas y del orden
normativo. La construcción de este modelo puede realizarse y, en general, se ha reali-
zado desde distintos puntos de vista. Algunas veces se ha deducido de premisas religio-
sas o morales, de la observación de ciertos hechos, de la naturaleza humana, de doctri-
nas teológicas, etc.

Considero que un camino fructífero para construir una teoría del Derecho y tener,
por tanto, un modelo del mismo, consiste en generalizar a la teoría del mandato, como
lo han hecho parcialmente los iusnaturalistas racionalistas como GROCIO, PUFENDORF,
TOMASIUS, la escuela analítica inglesa de BENTHAM y AUSTIN, así como el positivismo
de KELSEN y HART.

Se puede construir una teoría jurídica y obtener, con ello, el concepto del Derecho
como un orden coactivo y dinámico de normas, a partir del modelo del mandato, tal
como lo han hecho AUSTIN, KELSEN y HART. Este concepto del Derecho se obtiene si
se lleva a cabo sobre modelo del mandato un procedimiento consistente en introducir
en la semántica de los enunciados descriptivos del mandato todos los elementos que se
encuentran de hecho en la situación de su emisión, en el acto ilocucionario respectivo.
Se trata de introducir en la semántica de los enunciados jurídicos todas las implicatu-
ras al estilo de GRICE que se obtienen de la situación de emisión del mandato (*cf.* GRI-
CE, 1989). Por ejemplo, la amenaza que respalda al mandato, en un inicio concebida
como estando fuera del mandato, se introduce en la semántica del enunciado descrip-
tivo del mandato, de modo que no sea ajena o exterior a él, sino que sea, en dicho enun-
ciado descriptivo, uno de los contenidos dispuestos o prescritos por el mandato mis-
mo. Si se lleva a cabo el procedimiento señalado obtenemos el modelo de una norma
que contiene la prescripción de un acto de coacción para el caso de que se cumpla una
cierta condición. Si *p entonces debe ser Sanción x*, es el esquema de los enunciados des-
criptivos del mandato. El «deber ser» en la anterior expresión no tiene ni puede tener
otro significado que el de expresar que la relación entre el hecho *p* previsto en abstrac-
to en el contenido del mandato está unido, dentro del enunciado descriptivo del con-
tenido del mandato, con el contenido del mandato que faculta la imposición de la san-
ción *x*. Como contenidos de la semántica de los enunciados jurídicos, los hechos
relacionados en él no son hechos que puedan ser explicados causalmente. Con ello ad-
quiere sentido empírico la distinción y separación conceptual entre lo que ha sido lla-
mado el «ser» y el «deber ser» (*cf.* SCHMILL, 1987a, 1987b).

Como no existen mandatos en la naturaleza, entonces es necesario concebir al man-
dato como un acto ilocucionario que podemos simbolizar de la siguiente manera: $\langle a_i | n_i \rangle^1$,
donde « $\langle a_i |$ » está por el acto de emisión del mandato y « $| n_i \rangle$ » es el enunciado
descriptivo de la norma coactiva emitida por el acto $\langle a_i |$, que siempre es un acto hu-
mano. De manera análoga al procedimiento constructivo de la interiorización semánti-

¹ *Cfr. infra*2 para conocer el significado del símbolo.

ca de la amenaza concomitante al mandato en el enunciado descriptivo del contenido de las normas, si el acto de emisión de la norma se interioriza también en la semántica del enunciado descriptivo de la norma que establece dicho acto, se obtienen los enunciados descriptivos de las normas que otorgan poderes o competencias (facultades) a ciertas personas, que son los órganos del orden normativo en cuestión. Esta característica del Derecho de tener normas que establecen los actos de creación de otras normas, es lo que constituye al Derecho como un orden dinámico de normas, conforme a KELSEN y que son las normas secundarias en la teoría de HART.

Con lo anterior, obtenemos el esquema de un orden normativo, que tiene la siguiente forma simplificada:

$$\langle a_1 | n_1 \rangle - \langle a_2 | n_2 \rangle - \langle a_3 | n_3 \rangle \dots \langle a_r | n_r \rangle.$$

A esta serie de elementos normativos podemos denominarla «cadena normativa». Un conjunto de cadenas normativas cuando sus primeros eslabones son comunes a las diversas cadenas constituye un orden normativo que adopta la estructura de un árbol.

Si se posee una teoría sobre el Derecho, en la forma que hemos expuesto brevemente y, por tanto, se tiene un modelo del orden normativo, es posible proyectarlo sobre los hechos históricos y comprender los acontecimientos respectivos como funciones jurídicas. Es entonces posible transitar del «verse obligado a...» al «estar obligado a...» de HART, tesis que se encuentra originalmente en KELSEN:

Si se quita a la «norma» o al «deber ser» todo sentido, no tiene entonces sentido alguno afirmar: esto está jurídicamente permitido, aquello jurídicamente prohibido, esto me pertenece, aquello a ti, X está autorizado a, Y obligado a, etc. En una palabra, han perdido su significado los miles de enunciados en que se manifiesta diariamente la vida jurídica. Pues es algo muy distinto que yo diga: A está jurídicamente obligado a pagar 1.000 a B, de que diga: existe cierta *probabilidad* de que A pague 1.000 a B. Y es algo completamente distinto que yo diga: esta conducta es —en sentido legal— un delito, y ha de castigarse —conforme a la ley—, de que diga: quien ha hecho esto será con toda probabilidad castigado. El sentido inmanente con el que el legislador se dirige al órgano que aplica la ley, este órgano —en la sentencia judicial y en el acto administrativo— al súbdito, el súbdito a otro súbdito en el negocio jurídico, no es aprehendido con la enunciación acerca del probable curso de la conducta futura... No se le oculta (a la Teoría Pura del Derecho) que esa significación específicamente normativa de ciertos hechos designada como «derecho», es el resultado de una interpretación posible que se da ante un supuesto básico dado, pero no el resultado de una interpretación necesaria... (KELSEN, 1946: 63-65).

En caso de que no se tenga un modelo normativo del orden jurídico o se asuma la postura del anarquista, que en el fondo no es otra cosa que la ausencia del modelo normativo para interpretar los hechos históricos, entonces será imposible comprender jurídicamente los hechos que para el jurista son funciones normativas y estatales. La interpretación jurídica de ciertos hechos históricos es una posibilidad teórica que se presenta sólo en el caso de que se interpreten esos hechos con el esquema conceptual proporcionado por el modelo del Derecho que se haya construido. La teoría es el *a priori* necesario para toda comprensión de cualquier elemento que podamos considerar como un hecho. Los hechos siempre están constituidos a partir de modelos o teorías. No hay hechos en sí mismos, carentes de teoría.

Permítaseme introducir dos signos para indicar que se han llevado a cabo las dos operaciones conceptuales mencionadas más arriba, consistentes en la introducción en

la semántica del mandato tanto la amenaza coactiva como el acto de emisión del mandato. Estos símbolos son los siguientes:

$\langle a_i | n_i \rangle$. $\langle | n_i \rangle$ es el sentido del acto de emisión del mandato y $\langle \langle a_i | \rangle$ está por dicho acto ilocucionario. Colocamos a $\langle n_i \rangle$ entre los signos $| \dots \rangle$ para indicar que del acto de emisión del mandato sólo se toma como foco de atención el sentido o la semántica del mismo, después de haber interiorizado en su enunciado descriptivo, en su semántica, la amenaza inherente al mandato. Estos signos $\langle | \dots \rangle$ deben ser complementados por los correspondientes en el lado izquierdo de la barra, con el objeto de obtener el concepto completo de toda norma jurídica positiva, que sólo puede considerarse como existente si ha sido puesta o producida por un acto humano, cuyo sentido es: $\langle a_i | n_i \rangle$. La $\langle | n_i \rangle$ señala al concepto de la coactividad como contenido de la norma y $\langle \langle a_i | \rangle$ señala al concepto de la positividad o dinamicidad del Derecho, en tanto se ha introducido en la semántica de la norma el contenido que indica el acto creador de otras normas. En realidad, podemos considerar que los signos $\langle \langle \dots | \rangle$ y $\langle | \dots \rangle$ significan que hemos realizado las operaciones conceptuales en los enunciados descriptivos del mandato, consistentes en introducir dentro de su semántica tanto la coacción como el acto de emisión del mandato.

Para construir un modelo jurídico de la revolución es necesario dar un paso consistente en establecer cuáles son las características específicas de los órdenes jurídicos avanzados y evolucionados, con el objeto de hacer sobre dicho modelo diversas operaciones y transformaciones a efecto de encontrar las notas definitorias de otros modelos de órdenes normativos. Esto lo haremos a continuación con el modelo del orden coactivo y dinámico de normas.

6. DEFINICIONES FUNDAMENTALES

Partimos del principio de que el objeto de estudio de la ciencia del Derecho o jurisprudencia son las normas de un orden jurídico positivo. La función fundamental de la jurisprudencia es la descripción, lo más precisa posible, de la estructura y *modus operandi* de un orden jurídico. Esto implica de manera obvia el rechazo de cualquier teoría cuyo objeto sea el estudio de normas no positivas, es decir, normas no creadas históricamente por ciertos actos humanos específicos.

Estos supuestos permiten afirmar que las normas que pertenecen a un orden jurídico positivo son descritas en proposiciones que han incorporado en su semántica todos los elementos presentes en la situación pragmática de la emisión de un mandato, incluyendo especialmente el mal con que se amenaza al recipiente del mandato en caso de incumplimiento. De esta manera concebimos al Derecho como un orden coactivo de la conducta humana; en otras palabras, como un orden que prescribe el ejercicio de la coacción cuando la conducta ordenada es omitida por el destinatario. No es el objeto de este ensayo elaborar el procedimiento intelectual por el cual en los enunciados descriptivos de las normas jurídicas se interiorizan los elementos presentes en la situación de emisión del mandato coactivo (*cf.* SCHMILL, 1997). Lo que importa destacar es que las normas son el sentido de ciertos actos determinables empíricamente y que un orden jurídico positivo está constituido de una pluralidad de normas positivas con una estructura determinada, que más adelante se explicará.

A continuación presentaremos algunos conceptos fundamentales, que serán de gran utilidad en lo que sigue.

En primer lugar, un *acto normativo* es un acto cuyo significado es una norma, es decir, un acto cuya dimensión material o sustantiva de realización es una norma. El enunciado que las describe ha incorporado en su semántica, en la consecuencia del enunciado condicional respectivo, el mal con el que se amenaza al destinatario. La metáfora de la creación o producción de la norma puede usarse sin cometer el error de considerar a la norma como un producto distinto e independiente del acto. La norma es solamente el sentido o significado del acto ilocucionario de emisión del mandato: $a(n)$. Sin embargo, para la finalidad del análisis teórico, es posible abstraer el sentido normativo del acto normativo, considerando al primero como la norma misma y referirse a ella de manera independiente.

Un orden jurídico positivo contiene una pluralidad de normas relacionadas entre sí de varias maneras, lo que nos permite concebirlas como un orden con una estructura interna dada. La imagen intuitiva más clara es la de una estructura arborescente en la que cada rama contiene una secuencia ordenada de una pluralidad de actos normativos. Una secuencia de esta índole puede ser representada con la imagen de una *cadena normativa* construida con una secuencia de actos normativos algunos de los cuales —los actos precedentes o determinantes— condicionan la realización de los actos subsiguientes o determinados, en tanto que el contenido de aquéllos son los actos de creación y el contenido de los actos subsiguientes. Podemos representar una cadena normativa de la siguiente manera:

$$\langle a_1 | n_1 \rangle - \langle a_2 | n_2 \rangle - \langle a_3 | n_3 \rangle \dots \langle a_r | n_r \rangle.$$

El concepto de una cadena normativa posibilita un entendimiento mejor de lo que realmente es una norma precedente o determinante. Ésta es la norma que establece la facultad, cuyo contenido es la determinación de los actos o procedimientos y el contenido de otra u otras normas. Por ejemplo, $| n_1 \rangle$ con respecto a $\langle a_2 | n_2 \rangle$; en general, $| n_{r-1} \rangle$ con respecto a $\langle a_r | n_r \rangle$.

Consecuentemente, una norma *subsecuente o determinada* es la norma creada por ciertos actos o procedimientos cuyo contenido se encuentra determinado en las normas precedentes o determinantes; $\langle a_2 | n_2 \rangle$ con respecto a $| n_1 \rangle$; en general $\langle a_r | n_r \rangle$ con respecto a $| n_{r-1} \rangle$. Dada una cadena normativa, es posible determinar la longitud de la cadena normativa tomando en cuenta el número de elementos incluida en ella, es decir, los elementos que corresponden a las normas positivas en ella incluidas.

Si se acepta el esquema simple de una cadena normativa, entonces se pueden definir varios conceptos que son predicados que pueden hacerse de los actos normativos y las normas correspondientes, de la siguiente manera:

1. La *existencia* de una norma se establece siempre que sea posible determinar la relación entre el acto y la norma creada, entendida como la dimensión material o sustantiva de realización de dicho acto; en otras palabras, siempre que pueda mostrarse que la norma es el sentido o significado de tal acto. Bajo esta definición, sería necesario afirmar la inexistencia de las normas del derecho natural. Se sostiene que esas normas no son el sentido de actos humanos específicos, sino de actos realizados por seres sobrehumanos o derivados de situaciones naturales. Con relación a este concepto de la

existencia de una norma, si la relación es contemplada desde la perspectiva de la norma, se puede afirmar su *positividad* si es el sentido de un acto normativo. Esto lo podemos representar de la siguiente manera, tomando en cuenta el esquema de una cadena normativa. Como la existencia es una relación específica entre elementos de la cadena normativa, debemos seleccionar esos elementos en cada concepto y relacionarlos entre sí. Con la existencia tenemos: $[Ex = R_{ex}(a_i, n_i); ej. R_{ex}(a_1, n_1)]$. La positividad es la relación inversa de la existencia, por lo que es representada así: $[Pos = R_{pos}(n_i, a_i); ej. R_{pos}(n_1, a_1)]$.

2. Es conveniente concebir la *validez de una norma* como la relación entre la norma positiva condicionante y el acto que la aplica en la creación de otra norma $[Val = R_{val}(n_i, a_{i+1}); ej. R_{val}(n_1, a_2)]$. La relación inversa de la validez es el *reconocimiento de una norma*, dado que el acto normativo que la ejecuta necesariamente implica su reconocimiento. $[Rec = R_{rec}(a_{i+1}, n_i); ej. R_{rec}(a_2, n_1)]$ (cfr. KELSEN, 1996).

3. La *legitimidad de una norma* puede afirmarse si es posible determinar la relación entre la norma positiva condicionante y la norma creada o producida con el acto que la ejecuta $[Leg = R_{leg}(n_i, a_{i+1}, n_{i+1}); ej. R_{leg}(n_1, a_2, n_2)]$. Si esta relación es contemplada desde la perspectiva de la norma positiva condicionada estamos en presencia del concepto de *regularidad* $[Reg = R_{reg}(a_{i+1}, n_{i+1}, n_i); ej. R_{reg}(a_2, n_2, n_1)]$.

Consecuentemente, el orden jurídico se presenta como un árbol cuyas ramas están constituidas por cadenas de actos normativos; esto es, de actos de mandato, de actos cuyos sentidos son las normas y que, cada uno, determina los actos normativos subsecuentes. Un orden normativo se forma por la operación recurrente del concepto de la validez de una norma previamente existente. Si una norma existe porque es el sentido o significado de un acto normativo, entonces su validez puede ser afirmada siempre que pueda mostrarse que es el fundamento de un acto normativo subsecuente.

7. EL SIGNIFICADO DE LA DERROTABILIDAD

Intentaremos ahora exponer cuál es el sentido del orden jurídico, es decir, cuál es la situación en que se encuentra un sujeto cuando está frente a una cadena de actos normativos, cuyo contenido es exigirle una serie de conductas determinadas. Para explicitar este problema debemos incursionar previamente en un concepto que ha sido desarrollado a últimas fechas y que es el concepto de la «derrotabilidad» de los enunciados normativos.

Primeramente debemos decir que por medio del concepto de la derrotabilidad de un enunciado condicional puede llegarse a expresar el sentido general de un orden normativo y representar la manera como se construye en los hechos una cadena normativa. Esto permitirá construir el concepto normativo de revolución.

Para ello, es conveniente aceptar la tesis de ALCHOURRÓN y BULYGIN (cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974) sobre la estructura de los enunciados que describen el contenido de las normas jurídicas. De manera similar a KELSEN, consideran que el contenido de cualquier norma puede ser expresado por medio de un enunciado condicional (KELSEN diría por medio de un «juicio hipotético»), en cuyo antecedente existe el enunciado que describe un supuesto determinado, simple o complejo, y en el consecuente una

expresión que describe una cierta conducta modalizada deónticamente, es decir, como P (permitida), Ph (prohibida), O (obligatoria) y F (facultada). Puede denominarse *enunciado condicional normativo* al que tiene la forma condicional descrita, es decir, $\langle p \rightarrow X^*q \rangle$, en donde « X^* » está por los operadores deónticos mencionados. Estos enunciados describen el contenido de las normas correlacionando circunstancias específicas, generales o particulares, con soluciones normativas.

Debemos ahora exponer el concepto de la derrotabilidad de un enunciado condicional. Una caracterización muy clara de esta clase de enunciados la encontramos en VON WRIGHT, quien se expresa en los siguientes términos:

Si p por sí misma implica q , entonces la conjunción del antecedente (« p ») con cualquier proposición diferente de él también implica q . La operación de pasar de «si p entonces q » a «si $p \& r$ entonces q » es denominada la operación del refuerzo del antecedente.

Si p por sí misma no implica q , el condicional que dice que si p entonces q se denomina *derrotable*. Un condicional derrotable no permite (de manera irrestricta) la operación de refuerzo del antecedente (VON WRIGHT, 1966: 23).

El profesor Carlos ALCHOURRÓN investigó el problema lógico de los enunciados condicionales derrotables, es decir, de aquellos enunciados condicionales cuyo antecedente es una condición necesaria, pero no una condición suficiente, del consecuente del condicional. Dice:

En el lenguaje corriente las construcciones condicionales de la forma «Si A entonces B» son frecuentemente usadas de un modo tal que no se pretende con ellas afirmar que el antecedente A es una condición suficiente del consecuente B, sino sólo que el antecedente, sumado a un conjunto de presupuestos aceptados en el contexto de emisión del condicional, es condición suficiente del consecuente B. Este es el caso, por ejemplo, cuando se afirma, con relación a una cierta muestra de gas, que su volumen aumentará si se eleva la temperatura, suponiendo en el contexto que la presión se mantendrá constante. La afirmación condicional es derrotada cuando alguno de los presupuestos implícitos es falso. Un condicional derrotable también puede ser definido como un condicional sujeto a excepciones implícitas².

Si partimos del enunciado condicional normativo que describe una norma, la *expansión del antecedente* p consiste en la *adición, por medio de una conjunción, de los enunciados que describen los actos de creación y los contenidos establecidos en las normas precedentes en una cadena normativa determinada*. El enunciado condicional descriptivo de la norma, con la *expansión completa* del antecedente p , contiene los enunciados descriptivos de los actos de creación y de los contenidos determinados por las normas precedentes y tiene la siguiente forma: $\langle p \cdot (a_i \cdot z_j) \rightarrow X^*q \rangle$. Un enunciado que contiene la expansión de p con los actos del procedimiento establecidos en las normas precedentes se denomina *expansión adjetiva de p* ; los que contiene los contenidos que determinan las normas precedentes se denomina *expansión sustantiva de p* .

En realidad, los contenidos de las normas precedentes de una cadena normativa se encuentran, por así decirlo, *proyectados* en el antecedente del condicional normativo descriptivo del contenido de una norma subsecuente. Las normas precedentes contienen los criterios de regularidad e irregularidad, *i.e.*, los criterios que permiten la cons-

² ALCHOURRÓN, 2000. Cfr. igualmente NAVARRO, 2000. NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000. RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998.

trucción de los condicionales derrotables relativos a las normas subsecuentes. Los elementos adjetivos y sustantivos que pueden derrotar el enunciado descriptivo de una norma, no se presentan normalmente de manera explícita en los enunciados que describen una norma jurídica. La descripción de los contenidos de las normas precedentes permiten establecer los criterios de derrotabilidad de los enunciados descriptivos de las normas subsecuentes. Por lo tanto, las normas precedentes llevan a cabo dos funciones diferentes:

1. *Función reguladora*: la norma precedente establece los actos creadores de las normas subsecuentes, los cuales tienen especificadas sus dimensiones de realización, de entre las cuales es de especial importancia la dimensión material, pues ella contiene el sentido jurídico de los actos.

2. *Función de criterio de la regularidad*: las normas precedentes contienen los criterios con base en los cuales se pueden determinar de manera positiva las irregularidades en la realización de esos actos normativos constitutivos del proceso de creación de la o las normas subsiguientes.

Si se determina de manera positiva la existencia de una irregularidad adjetiva o sustantiva del acto de creación de una norma subsecuente, esto se expresa en el enunciado condicional normativo descriptor de la norma por medio de la adición de los enunciados que contiene la negación de una de las expansiones de p , *i.e.*, $\langle a \mid p \cdot (\sim a_i, v \sim z_i) \rightarrow X^*q \rangle$, lo cual produce la negación del elemento consecuente del condicional, *i.e.*, la negación de la solución normativa, lo que significa la negación de la modalización deóntica de la conducta descrita en el consecuente del condicional normativo: $\langle a \mid \sim X^*q \rangle$. Esto significa que la conducta descrita por q en el consecuente del enunciado condicional normativo, no se encuentra dentro del ámbito del operador deóntico, lo que sólo puede acontecer si ha existido un acto positivo que haya determinado la nulidad de la norma que establece esa conducta sujeta a un operador deóntico. Esta nulidad significa que hay un acto positivo de un órgano jurídico que ha determinado la fecha final de validez del ámbito temporal de la norma en cuestión, condicionada al establecimiento de alguna irregularidad adjetiva o sustantiva. Por lo tanto, todo enunciado descriptor de una norma por medio de un enunciado condicional canónico contiene una *cláusula implícita de derrotabilidad*. La «regularidad» de un acto o de una norma significa que el órgano encargado de aplicar una norma precedente ha establecido que se ha cumplido, en el acto de aplicación, con las expansiones de p .

8. EL SUPUESTO FUNDANTE BÁSICO

Nuestro concepto de «cadena normativa» se encuentra cargado de supuestos que deben esclarecerse. La afirmación de que una norma existe presupone, por lo menos, el concepto del acto de emisión del mandato y su dimensión material de realización, que es el sentido normativo del acto, es decir, presupone un modelo del acto normativo. Ello significa que se ha podido construir un modelo del acto ilocucionario del mandato, lo que no se hará en este lugar.

En la teoría de KELSEN, la norma fundante básica es un supuesto lógico-trascendental. Por lo tanto, como supuesto trascendental, no es ni puede ser una norma,

como pareciera que piensa KELSEN, por el nombre que le atribuye «norma fundante básica» (norma fundamental hipotética), pues sería, entonces, en tanto norma, objeto de explicación y no la hipótesis explicativa. Por ello, es mejor concebir este presupuesto como el *supuesto fundante básico*.

Esto significa que se está en posesión de un modelo de orden normativo, el cual se ha proyectado sobre ciertos actos efectivamente realizados, para entenderlos y exponer sus funciones con base en los conceptos normativos obtenidos del modelo teórico utilizado.

Afirmar la existencia de una norma desde el punto de vista de la teoría del Derecho no es otra cosa que la proyección, sobre ciertos actos específicos de la experiencia, del modelo de la norma positiva construido teóricamente. Comprender algo como una norma existente presupone que se da en los hechos la relación definida por el concepto de existencia de una norma.

Entender algo como una norma existente presupone una situación donde la relación definida por el concepto de norma existente tiene lugar de hecho. Afirmar la existencia de una norma desde el punto de vista de una teoría del Derecho no es otra cosa sino la proyección —a ciertos actos de la experiencia— del modelo de las normas positivas construido teóricamente. Sin embargo, el concepto de la «validez» presupone el condicionamiento de un cierto acto normativo y su sentido de acuerdo con una norma determinante o precedente. El concepto de «validez» permite la construcción del concepto de «orden normativo», así como de otros conceptos distintos que más tarde se discutirán.

9. EL SENTIDO DEL ORDEN NORMATIVO

La anatomía del hombre es la clave para entender la anatomía del simio, dijo en algún lugar Carlos MARX. Creo que tiene razón. Tomando este consejo en serio, es conveniente precisar las características de un orden jurídico desarrollado, plenamente evolucionado, moderno y complejo, para con ello poder entender mejor el *modus operandi* tanto de los órdenes normativos primitivos como de las destrucciones de los órdenes desarrollados y, con ello, la revolución.

En un orden estático de normas, en el sentido definido por KELSEN (*cf.* KELSEN, 1946: 94 y ss; 1979: 201 y ss; 1934: 325 y ss.) en el que las normas dependientes se *deducen* de la norma primera o fundamental, no se presenta el concepto de derrotabilidad, por el propio concepto constitutivo de esta clase de órdenes, pues están excluidas las contradicciones entre normas. Si una norma es deducida, la deducción garantiza su congruencia con la norma que le ha servido de premisa. La verdad o validez de las premisas se hereda a las conclusiones.

En cambio, en un orden positivo, en un orden dinámico en el sentido de KELSEN³, que establece procedimientos y órganos facultados para crear normas subsecuentes, las contradicciones hacen su aparición como posibilidad que no puede ser excluida, debido a que el órgano creador de la norma subsecuente debe dotarla de un contenido determinado siguiendo un procedimiento específico, los cuales pueden no concordar con

³ *Cfr.* nota anterior.

el contenido de la o las normas determinantes o precedentes. La contradicción entre las normas subsecuentes y las normas precedentes o determinantes son los elementos que derrotan al enunciado condicional normativo.

La tendencia hacia la unidad es el criterio fundamental para establecer el sentido del orden normativo, junto con el de poseer un conjunto de métodos o procedimientos para restablecerla, en caso de rompimiento de la misma. Esto puede exponerse, con base en el concepto de regularidad, de la siguiente manera: si un órgano jurídico (particular u oficial) se encuentra frente a una cadena normativa, el sentido del orden jurídico puede expresarse diciendo que debe obedecerse la norma individual que exige obediencia, si ha sido creada o emitida por el órgano competente y con el contenido autorizado por las normas precedentes; esa norma individual ha de ejecutarse porque tiene su fundamento en otra norma previa de la cadena normativa, por ejemplo, un reglamento y éste, además, fue emitido conforme a una ley expedida por el órgano legislativo; esta ley ha de ser ejecutada porque ha sido dictada por el Parlamento o el Congreso a través del proceso legislativo establecido en la Constitución y sin contravenir su contenido; la Constitución ha de ejecutarse porque ha sido emitida por el acto constituyente o por la costumbre. Este es el supuesto último de toda comprensión del material normativo.

Con los conceptos anteriores, podemos decir que el último y propio sentido del orden jurídico es determinar, a través de las normas generales precedentes en una cadena normativa, el procedimiento y los contenidos de los actos normativos individuales de los órganos jurídicos. *Cuando se utiliza un enunciado condicional normativo para describir el contenido de una norma individual que exige cumplimiento, debe observarse que el contenido de las normas generales precedentes se encuentran consignadas dentro de la expansión del antecedente del enunciado condicional.* Estos elementos de la expansión del antecedente del enunciado condicional, son los que pueden derrotar al condicional para el caso de que alguno o todos sean falsos, es decir, cuando signifique que no se han cumplido de manera regular. Estas afirmaciones están basadas en la experiencia ordinaria de los juristas de examinar cualquier norma en relación con las normas precedentes que determinan su forma de creación y su contenido.

La sola emisión de una norma por un órgano específico siguiendo un procedimiento determinado y con cierto contenido, no permite afirmar su regularidad. La regularidad de un acto normativo no es algo dado *a priori* que pueda determinarse desde el momento en que es emitida, sino que es la materia de una decisión específica de carácter positivo, ya sea por el órgano ejecutor de la norma, como lo pretenden KELSEN y HART, o por otro órgano encargado de revisar y decidir sobre su regularidad. Si un órgano determinado ejecuta una norma precedente, por la realización de este mismo acto está reconociendo a la norma que le sirve de fundamento y por ello puede predicarse la validez de la misma. Debemos relacionar estos fenómenos con nuestro concepto de *reconocimiento*, que es la relación existente entre el acto creador de una norma subsecuente y la norma determinante o precedente que le sirve de fundamento; es, como dijimos, el concepto inverso del concepto de validez. Una norma lleva a cabo su función específica, es válida por tanto, en el caso de que condicione de hecho la conducta, de manera que ésta se ajuste al sentido de la norma. Esto sólo es posible si el sujeto que aplica la norma la reconoce como tal, es decir, si decide que es una norma que exige cumplimiento y lleva a cabo la conducta que aquella especifica.

En consecuencia, en presencia de una multiplicidad de cadenas normativas de longitud máxima puede predicarse la existencia de un orden jurídico. El sentido del orden jurídico consiste en la determinación de los actos y de los contenidos de las normas subsecuentes por los contenidos de las normas precedentes. Estas constituyen los parámetros para medir fundamentalmente la *legitimidad* y la *regularidad* de las normas que integran un orden jurídico.

10. EL ORDEN JURÍDICO EVOLUCIONADO

Si aceptamos la formulación del orden jurídico moderno avanzado que han hecho KELSEN, de manera muy completa, y HART, de manera relativamente incompleta, podemos decir que en un orden jurídico evolucionado encontramos las siguientes características o notas observables:

1. Es un orden coactivo de la conducta humana. Muchos protestarán por esta formulación escueta, pero en realidad en ella se encuentran los elementos esenciales de una concepción del Derecho más o menos completa. En primer lugar debemos observar que los conceptos centrales de esta concepción están expresados con dos palabras: es un «orden», lo que significa que es un conjunto de normas y es «coactivo», lo que significa que ese conjunto de normas tiene las notas definitorias del concepto kelseniano del orden dinámico de normas. Para aquellos que gustan de la teoría de HART tendremos que decir que el Derecho comprende tanto normas primarias (coactivas) como secundarias, pues es claro que la coacción no se genera de manera causal, espontánea, por sí misma, sino que tiene que ser establecida por seres humanos en contra de otros seres humanos cumpliendo con las normas que los facultan para ello. Por lo tanto, tenemos el concepto de un orden coactivo y dinámico de normas.

2. En principio, los ámbitos de validez de un orden jurídico avanzado se encuentran claramente delimitados y establecidos, por el orden mismo en concordancia con las normas del Derecho Internacional a través del reconocimiento de la existencia de dicho orden jurídico por los órganos de la orden jurídico internacional.

3. Por lo tanto, puede considerarse que el orden jurídico avanzado tiene fijados sus ámbitos de validez de manera permanente y rígida. Es lo que puede llamarse la *rigidez de los ámbitos de validez del orden estatal*.

4. Las cadenas normativas constitutivas del orden jurídico avanzado tienen una longitud máxima.

Estos son los conceptos más importantes que podrán ser utilizados para comparar los con los que se utilizarán en la determinación de las características de los órdenes revolucionarios.

Un par de conceptos adicionales nos serán de gran utilidad. Si hacemos objeto de nuestras consideraciones a un orden jurídico positivo moderno y evolucionado, al que podemos denominar *orden primario evolucionado*, podemos comprobar que el mismo tiene la característica de que las cadenas normativas que lo componen tienen la *máxima longitud*, en virtud de que los elementos que las integran son más numerosos que en otros órdenes no tan evolucionados. Por ejemplo, una resolución administrativa de la Secretaría de Hacienda que determina que un cierto individuo debe pagar, por con-

cepto de impuesto sobre la renta, 100.000 pesos, puede ser expresada de la siguiente manera:

$$n_0 = \langle a_0 \text{ (acto jurídico)} \mid n_0 \text{ (resolución fiscal)} = p \text{ (ingreso gravable)} [\cdot n_1 \text{ (Const)} (a_1 v z_1) \cdot n_2 \text{ (ley ISR)} (a_2 v z_2) \cdot n_3 \text{ (Regl ISR)} (a_3 v z_3)] \rightarrow Oq \text{ (obligación de pago de 100.000)} \rangle$$

Puede apreciarse de manera inmediata que n_0 es la norma constitutiva de la resolución administrativa emitida por la Secretaría de Hacienda que la norma n_0 es la resolución administrativa dictada por la Secretaría de Hacienda, que es el objeto de las presentes consideraciones, y cuyo significado es que un determinado individuo ha obtenido ingresos gravables de cierta cuantía determinada y, consecuentemente, establece la obligación de pagar 100.000 pesos por concepto del impuesto sobre la renta, *i.e.*, $\mid p \rightarrow Oq$. El esquema muestra la expansión de p , con los requerimientos adjetivos y sustantivos de las normas precedentes determinantes: la Constitución, la ley, el reglamento respectivo, indicando cómo las normas precedentes en un orden jurídico están proyectadas en la expansión del antecedente en el condicional derrotable, es decir, $[\cdot n_1 \text{ (Const)} (a_1 v z_1) \cdot n_2 \text{ (ley ISR)} (a_2 v z_2) \cdot n_3 \text{ (Regl ISR)} (a_3 v z_3)]$. Debe notarse que el enunciado condicional con la expansión del antecedente posee lo que he denominado «longitud máxima».

Por tanto, un *orden normativo reducido* será aquel cuyas cadenas normativas no contienen el primero, o los primeros, elementos de las cadenas normativas de un orden evolucionado. El fenómeno de la *reducción de un orden normativo* podemos considerarlo como el proceso real, que la jurisprudencia tiene que comprobar, por el que existen empíricamente uno o varios órdenes normativos reducidos. La reducción de un orden normativo entraña la descentralización de alguno de sus ámbitos de validez, debido a la generación de diversos órdenes normativos independientes. La unidad del orden normativo se encuentra garantizada por la existencia del Derecho Internacional, con su *principio de efectividad*.

Con las bases anteriores, el sentido del orden jurídico puede expresarse diciendo que, en la formulación de cualquier norma con un enunciado condicional derrotable, la expansión de p , contiene elementos, tanto adjetivos como sustantivos, que son el contenido de normas positivas precedentes. Los elementos que constituyen la expansión de p pueden ser más o menos numerosos. De manera general, en un orden moderno evolucionado, estos elementos tienen una longitud igual a la longitud de la cadena normativa correspondiente, menos uno, para excluir la norma que se expresa en el condicional canónico. Las normas precedentes aparecen proyectadas como elementos que derrotan un enunciado condicional normativo.

11. CONCEPTO DE REVOLUCIÓN Y ORDEN REVOLUCIONARIO

Si se parte de un orden primario evolucionado, en el sentido definido anteriormente, como paradigma para comparar la existencia de cadenas normativas empíricas, entonces podemos observar que *si no es posible afirmar la derrotabilidad de los enunciados condicionales correspondientes a ciertas normas, por la no inclusión en la expansión de p , de los enunciados que describen los contenidos de las normas iniciales de un orden primario evolucionado, es debido a que se ha instaurado un orden revolucionario.*

Si $n_0 = |p \rightarrow Oq\rangle$ puede ser descrito totalmente con el esquema debido a la no existencia de la expansión del antecedente p con el contenido de las normas precedentes, el enunciado mencionado significa que no hay normas precedentes determinantes del acto de creación y del contenido de n_0 , en tanto no se encuentran contenidas en la expansión del antecedente. Esto sólo puede ocurrir en dos casos:

- a) Del acto constituyente de un orden jurídico avanzado (si prescindimos momentáneamente del Derecho Internacional).
- b) De un acto revolucionario.

Esto significa que las normas precedentes del orden primario contra el cual se dirigió el movimiento revolucionario, no están funcionando como tales normas, *i.e.*, no están realizando las funciones regulativa y de criterio de la regularidad, lo que a su vez significa que el órgano en principio aplicador de dichas normas precedentes del orden evolucionado, las ha ignorado. Es perfectamente posible que si, en el caso, existiera la expansión del antecedente, los elementos que en dicha expansión se encontrarían serían distintos de los que aparecerían en el orden evolucionado contra el cual se dirigió el movimiento revolucionario. Ello permitiría comprender al movimiento revolucionario como un orden normativo previo al establecimiento del orden revolucionario triunfante o, incluso, al fracasado.

En este caso, para el orden normativo en cuestión, han dejado de ser válidas las normas precedentes, en la medida en que no han determinado al acto normativo subsecuente y, por tanto, no han funcionado como normas. El sentido del orden normativo, que es determinar las condiciones de derrotabilidad de los enunciados condicionales que describen a las normas subsecuentes, ha sido rechazado y han aparecido uno o varios actos normativos que pueden adquirir validez en el caso de que existan actos normativos subsecuentes determinados por ellos. La longitud de la cadena normativa de un orden estable evolucionado se ha *reducido*, por la exclusión de los elementos correspondientes a las normas precedentes, lo que equivale a su desconocimiento. Éstas operan sobre las normas subsecuentes o determinadas como elementos que permiten su anulación, que es, como ya se ha mostrado, la verificación empírica de la verdad del enunciado condicional normativo que ha sido derrotado por la existencia de la negación de los elementos de la expansión de p . Por lo tanto, tenemos un corte en la cadena normativa primaria y evolucionada y la reducción en el número de los elementos de derrotabilidad de los enunciados condicionales que expresan el sentido del orden. Las nuevas normas, sin los elementos que las pueden anular, constituyen la instauración de un nuevo orden normativo, puesto que dichas normas tendrán que ser descritas con enunciados condicionales normativos inderrotables, instaurándose a partir de ellas *un nuevo orden jurídico reducido*. Esto puede acontecer en cualquier lugar de las diversas cadenas normativas posibles del orden primario evolucionado, generándose con ello una *pluralidad de órdenes normativos con contenidos diversos, en ocasiones contradictorios y con ámbitos de validez espacial y personal variables*. Por ello, la tesis que se sostiene es que, en una revolución, existen uno o varios órdenes normativos reducidos o revolucionarios en conflicto que se desarrollan y aplican, *i.e.*, que son válidos, hasta que uno de ellos logra imponerse y establecer una constitución que será válida en el futuro, momento en el cual termina la validez de los órdenes revolucionarios. Generalmente el acto revolucionario original no sólo desconoce a las normas precedentes del orden primario, sino que esta-

blece la norma fundamental positiva del orden revolucionario. La revolución francesa de 1789 tiene como acto fundacional revolucionario la decisión de la asamblea del tercer estado de sesionar en una sola asamblea con los representantes de los otros dos órdenes de la nobleza y el clero. Este acto revolucionario instauró a una autoridad suprema que generó una multiplicidad de normas pertenecientes al orden revolucionario. La revolución mexicana instauró la constitución del orden revolucionario con la proclamación del llamado Plan de Guadalupe hecha por Venustiano Carranza, plan que fue, incluso, el fundamento jurídico de la instalación del Congreso Constituyente de 1916-1917 que emitió la Constitución actualmente en vigor. Siempre se encuentra uno o varios órdenes normativos revolucionarios y su extinción a partir del momento en que uno de ellos se impone sobre los demás, estableciendo un árbol normativo con diversas cadenas normativas de longitud máxima, lo que significa que se instaura un orden jurídico que se individualiza y, por tanto, que es eficaz. Por tanto, toda revolución entraña el desconocimiento de ciertas normas y la existencia de otras que constituyen órdenes reducidos y parciales, que representan con los conceptos normativos la lucha revolucionaria, la que no es otra cosa que la ejecución de esos órdenes, su efectividad.

12. CONCLUSIONES

En consecuencia, en el caso de una revolución, con base en los conceptos apuntados, encontramos lo siguiente:

a) Un orden normativo primario evolucionado, contra el que se dirige el orden revolucionario y que constituye el parámetro para medir las conductas humanas que lo validan y reconocen o la invalidan y desconocen.

b) La característica central de este orden normativo primario es la existencia de una multiplicidad de cadenas normativas de longitud máxima, lo que significa, en la terminología tradicional, que es un conjunto de normas que en general es eficaz.

c) Una pluralidad de órdenes normativos, constituidos por cadenas normativas existentes reducidas, que poseen ámbitos de validez espacial y personal, de carácter variable, cuya ejecución es la lucha revolucionaria.

d) Estas cadenas normativas reducidas no permiten colocar en los enunciados condicionales normativos que las describen, los elementos correspondientes a las normas primeras de las cadenas normativas del orden primario evolucionado.

e) Nuestro modelo es compatible con el hecho, observable empíricamente, de que el contenido de los órdenes normativos reducidos se encuentra ideológicamente opuesto al contenido del orden primario evolucionado, en algunos aspectos fundamentales.

f) El conflicto que se da entre los órganos del orden primario evolucionado y los del orden u órdenes revolucionarios reducidos, es la expresión normativa de las contradicciones y oposiciones entre la pluralidad de ordenaciones válidas durante la lucha revolucionaria.

g) El orden primario evolucionado propende a conservar la longitud máxima de sus cadenas normativas y los órdenes normativos reducidos de la revolución a convertirse en un orden primario evolucionado.

h) Mientras coexisten los órdenes mencionados se da la guerra revolucionaria o el movimiento revolucionario.

i) Cuando un orden revolucionario ha sustituido al orden primario evolucionado y se ha instaurado en su lugar, la revolución ha triunfado; si esto no acontece, ha fracasado y los órganos creadores del orden normativo reducido del orden revolucionario son generalmente sancionados como delincuentes por los órganos del orden primario evolucionado.

j) Mientras dura la guerra revolucionaria existen y son válidos dos o más órdenes normativos, cuya característica central es que sus ámbitos de validez personal o espacial son variables, dependiendo del éxito en los encuentros bélicos de los órdenes en conflicto.

Estas conclusiones exponen sumariamente las tesis que se han fundamentado en este escrito. Expresadas en otras palabras, diríamos que en toda revolución existe un orden revolucionario durante la lucha o guerra revolucionaria, el cual debe concebirse como una *descentralización espacial o personal o ambas del orden estatal* reconocido internacionalmente. Esto permite explicar la institución internacional del *reconocimiento de beligerancia*, y considerarlo provisionalmente como una guerra internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C., 2000: «Sobre Derecho y Lógica», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, octubre.
- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., 1974: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires: Astrea.
- 1996: «Norma jurídica», en *Analisi e Diritto*, a cura P. COMANDUCCI y R. GUASTINI.
- BAYÓN, J. C., 2000: «Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, octubre.
- GRICE, P., 1989: «Logic and Conversation», en *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press.
- HART, H. L. A., 1968: *El Concepto del Derecho*, 2.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, trad. G. R. CARRIÓ.
- KELSEN, H., 1934: *Teoría General del Estado*, Labor, trad. L. LEGAZ LACAMBRA.
- 1946: *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*, Buenos Aires: Losada, trad. J. G. TEJERINA.
- 1949: *Teoría General del Derecho y del Estado*, México: Imprenta Universitaria, trad. E. GARCÍA MAYNEZ.
- 1979: *Teoría Pura del Derecho*, México: UNAM, trad. R. J. VERNENGO.
- 1996: «¿Qué es un Acto Jurídico?», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 4, abril.
- NAVARRO, P., 2000: «Sistemas Normativos, Derrotabilidad y Conocimiento del Derecho», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, octubre.
- 2000: «Derrotabilidad y Sistematización de Normas Jurídicas», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, octubre.
- PRICE, J. J., 2001: *Thucydides and Internal War*, Cambridge University Press.
- RODRÍGUEZ, J. L., y SUCAR, G., 1998: «Las Trampas de la Derrotabilidad. Niveles de Análisis de la Indeterminación del Derecho», en *Analisi e Diritto*.

- SCHMILL, U., 1987a: «Reconstrucción Pragmática del Concepto del Deber Ser (*Sollen*)», en *Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos*, UNAM.
- 1987b: «Introducción», a *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, de H. Kelsen, México: Porrúa.
- 1996: «La Derogación y la Anulación como Modalidades del Ámbito Temporal de Validez de las Normas Jurídicas», *Doxa*, 19.
- 1997: *Reconstrucción Pragmática de la Teoría del Derecho*, México: Themis.
- 2000: «The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts», en *Law and Philosophy*, 19.
- VON WRIGHT, H., 1966: «Conditionality», en *Six Essays in Philosophical Logic*, p. 23, *Acta Philosophica Fennica*, vol. 60 (Helsinki: Academic Bookstore).

LOS PROBLEMAS DE LAS TEORÍAS HOLISTAS DEL DERECHO

Juan Manuel Pérez Bermejo

Universidad de Salamanca

RESUMEN. Este ensayo sitúa y caracteriza las teorías holistas del Derecho, y trata de dar respuesta a las críticas más comúnmente dirigidas contra ellas. Las teorías holistas se presentan como teorías de la justificación según las cuales la conclusión de un razonamiento se justifica en virtud de su adecuación a la totalidad del sistema en el que aspire a integrarse. El ensayo defiende estas teorías como las únicas capaces de responder al problema lógico de la justificación, y observa que sus exigencias principales son también demandas habituales de la práctica jurídica. De entre los problemas a los que estas teorías deben hacer frente, el ensayo selecciona cuatro: *a)* La inclusión de antinomias y contradicciones frustra la capacidad del sistema para generar justificaciones. *b)* La idea de actuación unitaria supone que cada cambio en la composición del sistema implica un cambio de sistema. *c)* Los discursos jurídicos habituales no apelan al sistema en su conjunto, sino a un pequeño número de normas. *d)* La justificación holista tiene sentido únicamente si presumimos el sistema omnicompreensivo de todos nuestros conocimientos.

Palabras clave: holismo, razonamiento jurídico, sistema jurídico, coherencia, antinomia, subsistema jurídico, identidad del sistema, cambio de sistema, unidad del conocimiento.

ABSTRACT. This paper defines the holistic theories of law and tries to answer the most common objections raised against them. Holistic theories are outlined as justification-theories for which the conclusion of any reasoning is justified according to its adequacy to the whole system of reference. This paper defends holistic theories as the only ones able to overcome the logical problems of justification, and sustains that their main requirements are also common demands of legal practice. I have chosen to address four among the many criticisms raised against them: *a)* Legal systems normally include many antinomies and contradictions, so they cannot be source of justification. *b)* If legal systems act like a whole, any change of any rule represents a change of legal system. *c)* Normal legal reasonings do not appeal to the whole legal system, but to a small number of its rules. *d)* Logically, holism only works under a strong assumption of unity in our whole knowledge.

Keywords: holism, legal reasoning, legal system, coherence, antinomy, legal subsystem, system's identity, change of system, unity of knowledge.

1. LAS TEORÍAS HOLISTAS DEL DERECHO: UNA PRESENTACIÓN BREVE

El título de este ensayo puede despertar en el lector dos interrogantes severos acerca de su sentido y su objeto. El primero versa sobre la existencia misma de las teorías a las que alude, las teorías holistas del Derecho. Éstas no parecen contar en nuestra literatura con una personalidad reconocida y diferenciada del resto: un manual introductorio de teoría del lenguaje o del conocimiento suele dedicar un capítulo importante a las concepciones holistas del lenguaje o de la justificación; no ocurre así en los manuales de teoría jurídica, donde el holismo carece de papel protagonista, e incluso de papel secundario. Es posible, sin embargo, que el lector reconozca la existencia de algunas teorías del Derecho que, por atribución propia o de terceros, se suelen calificar de holistas. Pero, en ese caso, un segundo interrogante preguntará cuál es el mensaje o el significado concreto del holismo con el que estas teorías se reconocen. En efecto, no creo que exista en nuestra disciplina una convicción firme sobre las tesis básicas que incorpora el holismo, ni siquiera sobre los problemas concretos a los que trata de dar respuesta: en la teoría del lenguaje, sabemos que las teorías holistas responden al problema de por qué atribuimos a nuestras frases un determinado contenido o significado; en la teoría del conocimiento, sabemos que se enfrentan al problema de la justificación de creencias, es decir, resuelven cuándo una de nuestras creencias merece el rango de conocimiento «justificado» o «garantizado», y puede ingresar en nuestro sistema de creencias admitidas; en teoría del Derecho, sin embargo, parece más aventurado concretar a qué problema responden y en qué ámbito se aplican.

Pese a la importancia de estos interrogantes, creo que su respuesta puede formularse de una forma breve. Respondiendo al segundo de ellos, clasificaré las teorías holistas del Derecho como, principalmente, teorías de la justificación o del razonamiento jurídico, porque aspiran a distinguir las proposiciones que se siguen correctamente de un razonamiento jurídico de aquellas otras que podemos juzgar como incorrectas. En este contexto, las teorías holistas se definen por ofrecernos un test de justificación muy particular, y que coincide con el que manejan las teorías holistas de la justificación que hallamos en la teoría del conocimiento: la proposición que evaluemos (una creencia, una norma...) se justifica atendiendo al criterio de su adecuación al sistema total de proposiciones en el que aspire a integrarse. Para este grupo de teorías, la respuesta al problema de la justificación se halla siempre en el sistema. En rigor, la justificación es siempre una función del sistema en su conjunto, no de una proposición o un grupo de proposiciones, y si decimos que una creencia o una norma están justificadas es únicamente porque pertenecen a un sistema que suponemos justificado. Comprobamos así que, para las teorías holistas, la respuesta al problema de la justificación se halla en la teoría del sistema¹. Por último, el primer interrogante puede zanjarse provisionalmen-

¹ «El test [de justificación] que aplicamos es el del sistema» (BRADLEY, 1914: 202). BONJOUR remite el problema general de los patrones de justificación de la epistemología a la «estructura de un sistema» (BONJOUR, 1985: 16). «Operamos, en efecto, con la ecuación «justificado» = «sistemizado» (RESCHER, 1974: 705). Como veremos, la mayoría de los autores holistas identifican «justificación» y «coherencia» de todo el sistema. Por esa razón, la fórmula que he empleado es fiel a otras fórmulas holistas como: «Una creencia está justificada si pertenece a un conjunto coherente de creencias» (HAACK, 1993: 34). Ver también QUINE, 1963: 40-41; HARMAN, 1973: 160; BRINK, 1989: 103-104. En el ámbito de la teoría del lenguaje, la respuesta al problema del conteni-

te advirtiendo que, si la tesis básica del holismo es la que acabamos de formular, las teorías que la defienden no son en absoluto desconocidas en la teoría jurídica. Más aún, el punto de vista antes presentado sobre el problema de la justificación puede reconocerse incluso como arraigado en la mentalidad jurídica.

Puede que la respuesta a estos interrogantes sea fácil de formular; sin embargo, resulta difícil de explicar, y más todavía en un apunte breve. Ésa es la razón por la que, en este primer epígrafe, presentaré las tesis básicas del holismo recurriendo a fórmulas muy genéricas, y sin detenerme en muchos de los problemas envueltos en su discurso. En un primer paso, acudiré al dominio más común de estas teorías, que es el de la teoría del conocimiento, para extraer sus tesis fundamentales (1.1); en un segundo paso, valoraré si estas tesis pueden ser aplicadas correctamente al ámbito del sistema jurídico, o si exigen matizaciones que deban subrayarse (1.2). Posteriormente, en el epígrafe 2 expondré los problemas intrínsecos a cualquier concepción holista de la justificación o del sistema, y la extensión de éstos a las concepciones holistas del sistema jurídico. Finalmente, en el epígrafe 3 trataré de ofrecer alguna salida a estas dificultades.

1.1. *Teorías holistas de la justificación y del sistema. Una explicación desde la teoría del conocimiento.* Es frecuente establecer una identificación entre teorías holistas y teorías coherentistas, de modo que una teoría holista sería aquella que propone como fórmula de justificación la coherencia del sistema. De ser esto cierto, la explicación de las teorías holistas del sistema podría satisfacerse cómodamente remitiéndonos a la literatura disponible sobre el valor de la coherencia, y contraponiendo estas teorías a las llamadas «fundacionalistas». Sin embargo, la realidad es más compleja, y no admite una identificación simple: es cierto que la inmensa mayoría de las teorías coherentistas son holistas², pero no faltan holismos fundacionalistas o, al menos, no comprometidos con el coherentismo³. La explicación que nos aguarda no puede resolverse mediante la conocida distinción entre fundacionalismo y coherentismo⁴.

Una teoría holista de la justificación se opone a una teoría «relacional», y, especialmente, a una teoría «local». Llamo una teoría relacional y local a aquella que justifica de modo suficiente una proposición en virtud de la serie limitada de inferencias que puedan establecerse entre dicha proposición y un sub-conjunto de proposiciones del sistema de referencia (sea éste el de las proposiciones de la Física, la Geografía, la Política...). Por ejemplo, el elemento *e* queda justificado suficientemente dentro del sistema de referencia *S* en virtud de las inferencias lógicas que sostiene con el subconjunto de tres elementos de *S* {*a, b, c*}. La justificación es «relacional» porque la fuente de la justificación es una relación comparativa entre proposiciones o elementos del sistema, relación que se traduce en una serie de inferencias lógicas. La justificación es «local» porque se circunscribe a un sub-conjunto del sistema. Es posible que este sub-conjunto mantenga relaciones de cohesión con el resto de elementos del sistema; en ese caso, podrá presumirse que el elemento *e* sostendrá, aunque con menos fuerza, relaciones con

do proposicional de las creencias es, para los holistas, el sistema total de creencias del sujeto. DAVIDSON, 1984: 168, 200.

² La excepción más notable es la teoría coherentista de K. LEHRER. Para este autor, la coherencia o la justificación «no es un rasgo global del sistema», y «no depende de rasgos globales del sistema» (LEHRER, 1997: 31).

³ La idea es subrayada en PEACOCK, 1999: 233; MARMOR, 1991: 405.

⁴ Sobre esta distinción, ver, por ejemplo, SOSA, 1980; BRINK, 1989.

el resto de elementos del sistema. Pero también es posible que dicha cohesión sea muy limitada, y que la mayor parte de los elementos del sistema resulten irrelevantes desde el punto de vista del elemento e , en cuyo caso las únicas inferencias significativas son las establecidas entre el sub-conjunto y el nuevo elemento. En cualquier caso, el factor decisivo de justificación reside en la fuerza de estas inferencias, una fuerza que proviene de la relevancia local y el ajuste lógico entre el nuevo elemento y el área del sistema delimitada por el sub-conjunto. El análisis no precisa adoptar un punto de vista integral u omnicompreensivo que abarque todo el sistema S .

Para los partidarios del modelo holista, la justificación no es suficiente si se limita a comparar una proposición y una serie de proposiciones del sistema, por amplia que ésta sea. En apariencia, explicamos muchas veces nuestras justificaciones mencionando no más que una serie muy limitada de inferencias lógicas con una serie muy limitada de elementos, y contextualizamos la justificación de un elemento o proposición dentro de un área muy localizada de cada ciencia o conocimiento, allí donde la proposición justificada nos parece especialmente relevante. Sin embargo, esta explicación se conforma con la estructura superficial del razonamiento. La justificación no se explica adecuadamente si no incluimos, por ejemplo, las razones que explican la admisión de un tipo de inferencias lógicas y no de otras, o las razones que explican la especial relevancia lógica de la proposición dentro de un área del sistema, o las que explican la autonomía relativa de la que pueda disfrutar dicha área. Cualquiera de estos problemas incorpora razones subyacentes de gran calado que normalmente no se expresan, pero que intervienen activamente a lo largo de todo el proceso, y que han de buscarse recorriendo todo lo largo y ancho del sistema. La presuposición —algunos dirían el *a priori*⁵— de cualquier justificación es una presuposición del todo, del conjunto integral S . Sin el recurso a este punto de vista integral, el proceso de justificación resultaría incompleto o inconcluso. La idea capital de quienes sostienen una posición holista es que todo el sistema participa integral y unitariamente en cada empresa de justificación.

En la justificación holista, la fuente de justificación es el sistema completo, y ésta es otorgada por el sistema a cada proposición. Si el elemento e resulta justificado no es en virtud de la fuerza que exhiba en alguna de sus conexiones lógicas, sino porque el sistema S se supone justificado, y porque e pertenece al mismo. Es cierto que, en un primer momento, lo que comprobamos es que e mantiene una serie de conexiones estrechas con algunos elementos del sistema. En general, debe admitirse que la justificación del sistema se nutre de una serie de inferencias y de relaciones lógicas entre sus elementos. Sin embargo, no es un determinado tipo o cantidad de inferencias, ni tampoco unos determinados elementos del sistema quienes otorgan el título de justificación, y ello porque son el orden o la estructura del sistema quienes han validado o admitido previamente dichas relaciones lógicas y, con ello, quienes han permitido la incorporación de dichos elementos al sistema⁶. La justificación del sistema es condición de posibilidad para la justificación de cualquier proposición individual.

En el razonamiento holista, la justificación exige considerar cuatro pasos. Continuando con nuestro ejemplo, la proposición o el elemento e están justificados dentro del sistema S si:

⁵ SPOHN, 1999: 166.

⁶ Sin la justificación holista o sistémica no hay justificación relacional posible (OLSSON, 1999: 123).

a) En un primer momento, constatamos que *e* sostiene una red de conexiones lógicas con el resto de elementos del sistema *S*, y que esta vinculación es más importante en fuerza y en número que la que mantienen otros elementos rivales o alternativos al elemento *e*.

b) El elemento o la proposición *e* es una contribución positiva a la justificación del sistema *S*. El sistema *S* cobra un mayor sentido incorporando *e*, y sus posibilidades de justificación resultan reforzadas.

c) El sistema *S*, incluido *e*, es un sistema justificado.

d) El elemento *e* está justificado en virtud de su pertenencia a *S*⁷.

En suma, la justificación no es relacional porque no es función de una serie de comparaciones, sino que es una propiedad del sistema que éste transmite a sus elementos. Tampoco es una justificación local: si la justificación de un elemento depende de la justificación del sistema al que pertenece, es el todo el que actúa en cada proceso de justificación. El todo se despliega de forma redundante en cada justificación, y todos los elementos del sistema contribuyen a la justificación de todos sus miembros⁸. Lo que se reclama como justificación local esconde siempre una justificación global⁹.

1.2. *El holismo en la teoría del Derecho*. Creo que existen dos razones en favor de un enfoque holista del sistema jurídico.

La primera es una razón lógica, extraída de la teoría de la justificación, y que, aun siendo de carácter general, considero también válida para el razonamiento jurídico. El argumento más fuerte en favor del holismo es la imposibilidad de resolver de otro modo el problema lógico de la justificación¹⁰. Una teoría de la justificación de carácter relacional o local suele resolver el problema de la justificación de *A* en virtud de su relación lógica con otro elemento que podemos llamar *B*. Ante la pregunta por la justificación de *B*, la teoría aduce la relación de *B* con *C*, y la de *C* con *D*, y la de *D* con *E*, etc. Si el proceso se describe de este modo, la teoría tradicional está abocada a un conocido trilema: puede seguir estableciendo inferencias *ad infinitum*, con lo que no terminaría nunca de justificar nada; puede sancionar que hay un elemento final *Z* que ostenta la condición de dogma indemostrable, lo que supone renunciar a la empresa misma de justificar; puede retroceder y sentenciar que *Z* se justifica de nuevo en *Y*, y éste en *X*,

⁷ Es aproximadamente la secuencia formulada en BONJOUR, 1985: 92. Como he dicho, la mayoría de las versiones holistas son coherentistas. En estos casos, el enunciado *b*) resulta menos ambiguo: la fórmula «el sistema *S* cobra un mayor sentido incorporando *e*» quiere decir «el sistema *S* es más coherente incorporando *e*».

⁸ «Nuestras afirmaciones sobre el mundo externo se enfrentan al tribunal de la experiencia no individualmente, sino sólo como un todo incorporado» (QUINE, 1963: 40-41). «La ciencia física es un sistema que debe ser tomado como un todo... Si algo va mal, si alguna anomalía es sentida en el funcionamiento de todo el sistema, el físico tendrá que escrutar qué órgano necesita ser sustituido o modificado sin la posibilidad de aislar este órgano o de examinarlo por separado, sino considerando su efecto en todo el sistema» (DUHEM, 1906: 240-241).

⁹ BRINK, 1989: 123; BONJOUR, 1985: 152.

¹⁰ Existen otras razones. Una de las más repetidas es la necesidad de contar con el holismo para resolver paradojas como la de la lotería. Supongamos una lotería que otorga un solo premio y vende muchísimos números. Las posibilidades matemáticas de obtener el premio son astronómicamente remotas. Quien piense comprar el número 1, si es racional, se abstendrá de hacerlo, porque las posibilidades de que el número 1 salga premiado exceden el umbral de esperanza racional, y abonan el juicio «el número 1 no va a ser elegido». Lo mismo sucederá con quien piense comprar el 2, el 3, 4... El resultado es que, para la lógica, ningún número va a resultar elegido, lo que es falso. La paradoja se resuelve «si consideramos que la regla probabilística de aceptación es relevante no en cada hipótesis individual, sino en el sistema completo de lo que aceptamos» (HARMAN, 1973: 119; OLSSON, 2002: 251).

así hasta llegar de nuevo a *A*, que se remite a *Z*... con lo cual incurrimos en un círculo vicioso¹¹. Un razonamiento relacional y local no logra esquivar el trilema: suponer que *e* queda justificado por sus inferencias lógicas con *a*, *b*, y *c* interrumpe de nuevo el razonamiento en algún punto en el que no sabemos dar cuenta de las razones en favor de *a*, *b* o *c*¹². En el fondo, el problema de esta estrategia consiste en interpretar la justificación como una propiedad que se transfiere o que viaja de unas piezas a otras del sistema; desde esta comprensión, las justificaciones resisten lo que resista el eslabón más débil de la cadena¹³. En su lugar, para las teorías holistas la justificación debe ser remitida a la totalidad del sistema, y ganar el refuerzo de todos los elementos del sistema, los más débiles y los más fuertes. Y, si ponemos como requisito de cualquier justificación el sentido o el significado completo de todo nuestro sistema de conocimientos, resulta ya vano aducir alguno de los lados del trilema: ocurre, simplemente, que la justificación de *e* reúne todas las posibilidades de justificación, porque todo el sistema está comprometido en su defensa; y ocurre que, sin la justificación de *e*, la comprensión de todo el sistema está cuestionada.

Ahora bien, conviene advertir de una condición severa que ha de cumplirse para que el anterior argumento funcione: para que podamos concluir que el sistema está justificado, la totalidad del sistema ha de estar en orden, y ha de construirse de modo auto-suficiente desde el punto de vista de la justificación. La percepción de cualquier inconsistencia, laguna o anomalía en nuestro sistema afecta a toda justificación posible, y ha de suponer la revisión del todo. El contacto con el mundo y la resolución de nuevos problemas cuestionarán frecuentemente el orden y la consistencia del sistema. El sistema está, por ello, permanentemente abierto al exterior, y dispuesto a renovar y reforzar su composición interna y sus posibilidades de justificación.

La segunda razón en favor del holismo en Derecho es ya propiamente jurídica. Si nos preguntamos cuál de las teorías alternativas de la justificación reconstruye de mejor modo la práctica de razonar o de argumentar en Derecho, creo que la alternativa holista es la que da cuenta más precisamente de su sentido y de sus presupuestos básicos. De hecho, el criterio holista está hondamente arraigado en la práctica jurisdiccional. En ella es evidente que la equidad o el trato igual de los mismos casos constituye una exigencia básica. Esta exigencia implica que la solución impuesta por el juez a un caso no puede ser contradicha en otro lugar del orden jurídico respecto a un caso idéntico o dotado de similitudes relevantes con el anterior. Eso significa que una decisión justificada presupone un juicio de equilibrio o de consistencia relativo a todo el sistema jurídico. Por eso los jueces imponen deberes y obligaciones en nombre de su comunidad y de su Derecho entendido éste como un todo

¹¹ La formulación del «trilema de Münchhausen» se debe, como es sabido, a H. ALBERT, que lo aprovecha para su crítica al deductivismo. Véase ALBERT, 1968: capítulo 1, sección 2.

¹² A la pregunta de por qué interrumpimos la justificación en *a*, *b* o *c*, o por qué estos elementos resultan justificados, las teorías no holistas suelen apelar al carácter de justificación última de algunos de estos elementos; y, ante la pregunta de qué es lo que atribuye a alguno de estos elementos el título de justificación última, el razonamiento sólo podría aducir como argumento el carácter auto-justificado de los mismos, o bien señalar que poseen un especial estatuto lógico o epistémico que les exime del problema de la justificación. Tanto en uno como en otro argumento se incurre en el segundo de los lados del trilema, porque se interrumpe dogmáticamente la empresa de la justificación, haciéndola sospechosa de decisionismo. Ver POLLOCK, 1997: 103.

¹³ VIOLA, 1987: 389.

unitario, integral, solidario, y que habla normativamente «con una sola voz»¹⁴. Cada razonamiento jurídico se construye así desde el trasfondo del sistema completo, y ello aun cuando, en la sentencia, se mencionen tan sólo una o unas pocas reglas. Cuando un juez español resuelve un caso, no aplica una determinada regla, sino el «Derecho español» en su totalidad, o, lo que es lo mismo, el sistema jurídico en su conjunto.

Por estas razones, hoy son numerosas las teorías del Derecho que incorporan un enfoque holista de la justificación. Sin poder respaldarlo mediante un censo exhaustivo, creo que el balance tendría que hablar hoy de un relativo auge¹⁵. Sin duda, este auge está asociado al de las teorías holistas más representativas, es decir, las teorías coheren-tistas¹⁶. En cualquier caso, a los efectos del presente artículo, presumo que el método holista es correcto en la teoría de la justificación y del sistema jurídico; nada se afirma o se postula en torno a la corrección del método en otras ciencias sociales¹⁷.

Definidas las teorías holistas, y acordada su corrección en nuestro ámbito, sólo nos resta formular los rasgos de la justificación y del sistema jurídico desde la perspectiva holista. El orden jurídico se configura como un todo que actúa unitaria y solidariamente en cada una de sus aplicaciones. La justificación es siempre interpretada como una

¹⁴ DWORKIN, 1986: 166. El veredicto «en nombre del Derecho español le condeno a *x*, si bien admito que puede haber razones suficientes en el Derecho español por las que esta sentencia es jurídicamente errónea e injusta» resulta paradójico.

¹⁵ Dejando a un lado precedentes menos explícitos, el holismo sistémico halla su primer gran valedor para el Derecho en SAVIGNY. Su punto de vista de que el sistema compone una «totalidad orgánica» o una «unidad immanente» parece interpretar el holismo como una teoría ontológica sobre la realidad jurídica, y explicar la vinculación de las normas como una vinculación material o no reducible a inferencias lógicas (SAVIGNY, 1849: 32). Ello plantea diferencias notables con respecto al holismo contemporáneo, para el cual la integridad es meramente un principio de justificación, no un principio de constitución del sistema, y que suele tener una idea formal e inferencial de las relaciones entre normas. Las ideas de SAVIGNY sobre el sistema son, pese a todo, cambiantes y problemáticas. Ver, por ejemplo, HERNÁNDEZ GIL, 1979: 273 y ss. Dejando a salvo la tradición de la dogmática alemana del XIX, creo que en la teoría del Derecho de posguerra son pocos quienes, hasta la irrupción del pensamiento de DWORKIN, hacen expreso el holismo en teoría jurídica. Lo hallamos en un trabajo pionero de SARTORIUS que sigue las teorías de la investigación de A. SCHEFFLER. Ver SARTORIUS, 1968: 135. De modo más expreso y desarrollado, lo encontramos ya en HOFFMASTER, 1980. La idea ha sido popularizada con éxito por DWORKIN, y de ella da buena cuenta el emblema definidor de su teoría, Derecho como «integridad». «La interpretación jurídica es inherentemente holista», y ello es así «incluso cuando el aparente blanco de la interpretación es una sentencia singular» (DWORKIN, 1986: 80). Después, MACCORMICK lo ha defendido de forma contundente: «Si alguien rechazara enfocar el Derecho de forma holista como un sistema coherente, cada decisión, presumiblemente, tendría que ser considerada como tomada en sus propios méritos en relación con alguna interpretación atractiva de las normas relevantes para el caso concreto. De modo radical, el Derecho se aproximaría entonces a una inspiración poética relativa al caso» (MACCORMICK, 1993: 24). En las últimas dos décadas, los estudios sobre la integridad o la coherencia del sistema se han hecho habituales. No es extraño que algunos epistemólogos hayan propuesto el caso de la práctica judicial como paradigma de razonamiento holista. Ver HARMAN, 1989: 134-135.

¹⁶ No es necesario que mostremos el éxito del holismo coheren-tista exhibiendo una lista de autores. Basta con remitirnos a RAZ, para quien «la coherencia está de moda entre los juristas» (RAZ, 1994: 277), o a EDMUNSSON, para quien «hoy somos todos coheren-tistas» (EDMUNSSON, 1994: 1). Sin que sea ahora posible precisar qué añade la coherencia al holismo, sí es conveniente advertir que buena parte de los debates que se reconstruyen en este ensayo se han generado en la literatura coheren-tista.

¹⁷ Por eso no son de nuestra incumbencia definiciones del método holista pensadas para la sociología o la ciencia política, y que ponen el acento en el carácter supraindividual de las unidades de estudio (BUNGE, 1999: 363). Que, en estos dominios, el método derive en consecuencias políticas totalitarias tampoco es relevante en nuestro discurso. El sistema jurídico unifica normas, no individuos; y dicha unificación, en autores como DWORKIN, está vinculada a la mejor defensa de los derechos individuales.

propiedad del sistema jurídico. Las conclusiones de un razonamiento jurídico se justifican por su pertenencia al sistema jurídico.

Deberá admitirse en este esbozo que no sería adecuado remitirnos mecánicamente al esquema de justificación tomado de la epistemología, y pensado mayormente para esquemas de creencias y proposiciones fácticas. Creo, sin embargo, que esta cautela es compatible con la defensa de su utilidad para la teoría jurídica en forma de guía aproximada o de recurso analógico. Puede así sostenerse que, en el razonamiento jurídico, una conclusión *c1* está justificada si: *a)* Mantiene una serie de relaciones lógicas con otros elementos del sistema jurídico *S*, y estas relaciones son más estrechas en fuerza y número que las que mantienen sus rivales *c2*, *c3*... *b)* El sistema *S* cobra un mayor sentido incorporando *c1* que incorporando sus alternativas rivales. *c)* El sistema *S*, incluido *c1*, está justificado. *d)* Por consiguiente, *c1* está justificada por su pertenencia a *S*¹⁸.

Finalmente, una teoría holista de la justificación implica una cierta caracterización del sistema jurídico. En concreto, una teoría holista cree que el sistema jurídico es una totalidad auto-suficiente en materia de justificación. Para sus defensores, ésta es la única alternativa capaz de superar el trilema antes mencionado, que deja a las teorías no holistas atrapadas en el regreso al infinito, el círculo vicioso o la interrupción dogmática. Ahora bien, si el sistema jurídico es una totalidad auto-suficiente, entonces el sistema contiene una respuesta correcta y única para cualquier caso que se le presente. Las teorías holistas, sobre todo las teorías coherentistas de nuevo cuño, no dudan en suscribir esta tesis. Puede que, en un primer momento, el sistema jurídico no ofrezca una respuesta explícita al caso difícil dentro de su formulación inicial. Pero, ante ese problema, el jurista debe profundizar en las raíces últimas de la justificación del sistema, y tratar de identificar elementos que, tal vez, habían pasado inadvertidos; de ese modo, el jurista revisa el sistema, corrige antiguos errores, y, de ese modo, el sistema potencia sus posibilidades de justificación. El modelo holista de sistema es el de un sistema móvil y que tiende a la comprehensividad —es decir, la búsqueda de la auto-suficiencia o la compleción— a través de la complejidad —es decir, el reforzamiento progresivo de sus posibilidades de justificación. Este punto de vista es, precisamente, una de sus mayores fuentes de dificultad; mencionaremos ésta y otras en el siguiente epígrafe.

2. DIFICULTADES Y OBJECIONES

De entre las muchas críticas que la anterior descripción ha recibido, he seleccionado aquellas que parecen más relevantes en el ámbito jurídico. Algunas de ellas provienen más bien de la teoría del conocimiento, pero son también comprometedoras para una teoría holista del Derecho.

¹⁸ Omito considerar el problema de cuál es el tipo de holismo aplicable en Derecho. Por ejemplo, algunos autores distinguen entre un holismo «invariabilista» y otro «adicionista». El invariabilista comparte el punto de vista de G. E. MOORE, según el cual una vez que adjudicamos un valor a todo el conjunto resultará que el valor de cada miembro no es otro que el valor que expresa el todo. Si el sistema *S* se compone de $\{a, b, c\}$ y le adjudicamos el valor *V*, el valor de *a* será siempre *V* en cualquier contexto. Este punto de vista es rechazado por J. DANCY, que rechaza el invariabilismo e interpreta el holismo de un modo puramente «adicionista»: el valor de un conjunto no es más que la suma de los valores de sus miembros. Una discusión lúcida sobre estos puntos de vista se halla en BROWN, 2007.

2.1. La primera crítica niega la posibilidad de que el sistema jurídico pueda ser interpretado como un todo unitario. La razón es sencilla: el sistema jurídico puede albergar inconsistencias y antinomias numerosas y flagrantes, lo que puede ejemplificarse en la vigencia de normas inválidas o incluso de normas inconstitucionales dentro del sistema¹⁹. Una teoría holista presume que la justificación es una propiedad de todo el sistema; y, más aún, presume que un razonamiento holista integra la totalidad de los elementos del sistema y de sus relaciones de apoyo mutuo. Si esto es cierto, cualquier razonamiento jurídico interpretado de un modo holista es incorrecto, y ello porque este razonamiento presumirá incorporado dentro del mismo el inevitable número de inconsistencias, antinomias y leyes inválidas que están en vigor dentro del sistema; y, si uno o varios pasos del razonamiento son contradictorios, la conclusión será por fuerza incorrecta²⁰. Sin embargo, todos admitimos que, aun constatando la existencia de antinomias dentro del sistema, los juristas elaboran a diario razonamientos correctos. Y, si aprobamos estos razonamientos, es porque asumimos que éstos nunca o casi nunca involucran la totalidad del sistema. Lejos de ello, los juristas se conforman con justificaciones suficientes que provienen de las relaciones o de las inferencias lógicas que una conclusión mantiene con algunos elementos del sistema jurídico; gracias a ello el jurista ejerce un control sobre sus premisas, y tiene garantía de que éstas no incluyen contradicciones. Así las cosas, no tiene sentido proclamar que un razonamiento jurídico es correcto si sus conclusiones pueden integrarse dentro del sistema: la justificación no puede ser una operación que comprometa al sistema en su conjunto, sino el producto de una serie limitada de inferencias²¹.

2.2. Un segundo problema de las teorías holistas es el de hacer difícilmente compatible la identidad continuada en el tiempo del sistema jurídico y su carácter dinámico.

Para quienes lo señalan, este problema se sigue lógicamente de la descripción del sistema como una red de elementos que mantienen relaciones de apoyo mutuo. En las descripciones más habituales del modelo holista, como son las coherentistas, es frecuente declarar que todos los elementos del sistema contribuyen positivamente a la justificación de todos los demás, de modo que cada elemento resulta ser una pieza esencial dentro del engranaje de justificaciones del sistema. Este carácter implica que cada elemento resulta ser una condición necesaria para el sostenimiento de todos los demás. Si esta descripción es correcta, entonces será cierto afirmar que cualquier cambio en la conformación del sistema jurídico (una sola alta, una baja o una sustitución) representará una transformación de toda su estructura de justificaciones, y, con ello, alumbrará un sistema completamente nuevo²².

¹⁹ «Es realmente una ingenuidad —bastante difundida en la teoría del Derecho [y añade en nota: “donde es completamente común definir la validez como pertenencia al ordenamiento”]— pensar que sólo las normas válidas pertenecen al ordenamiento» (GUASTINI, 2004: 254). Por otra parte, aun cuando pudiera exhibirse un sistema jurídico supuestamente libre de antinomias, en este caso la crítica podría limitarse a recordar el segundo teorema de GÖDEL, según el cual «ningún sistema puede probar su propia consistencia».

²⁰ Para FOLEY, el holismo sólo tiene dos salidas, y las dos inaceptables: negar que sean posibles las antinomias por algún tipo de infalibilismo, o caer en el escepticismo. Y todo, en sus palabras, porque no puede apartarse del proverbio «una sola manzana pudre todo el cesto» (FOLEY, 1979: 257)

²¹ Esta crítica ha conducido a algunos coherentistas a apartar el holismo de sus teorías, porque «hay sistemas inconsistentes que justifican muchas creencias» (LEHRER, 1999: 253). Ver también TERSMAN, 1993: 36.

²² Existe una forma de interpretar este fenómeno que es trivialmente verdadera: si incorporamos una nueva creencia o nos desprendemos de otra, nuestro conjunto de creencias es distinto. Esta interpretación, sin embargo, no asume que estas altas o bajas comprometan inferencialmente el resto de creencias. La tesis que aho-

Aplicada esta tesis al sistema jurídico, la consecuencia es que cada acto de promulgación o cada acto de derogación, cada nueva sentencia o cada nuevo contrato extingue el sistema jurídico hasta entonces conocido, e instaura uno nuevo. Un sistema jurídico es, con ello, un elenco de reglas que podemos elaborar desde un punto de vista sincrónico. Ahora bien, la identidad de este sistema durará lo que tarde alguno de los operadores jurídicos en realizar un cambio en dicho elenco, por mínimo que éste sea. Desde el punto de vista diacrónico, el sistema será extraordinariamente inestable.

En la teoría del conocimiento, esta crítica ha sido formulada de este modo: las teorías holistas son inaceptables porque, de ser ciertas, llevarían asociada una «tesis de la inestabilidad» de los sistemas o «tesis del cambio total»²³, según la cual el cambio en un elemento de un sistema es un cambio de sistema. En este dominio, es fácil demostrar que la crítica resulta devastadora: decir que cada vez que cambio de opinión en una sola de mis creencias poseo un sistema de conocimientos o una visión del mundo distinta de la que tenía antes no tiene sentido²⁴. En la teoría del Derecho, sin embargo, la tesis del cambio total es acogida sin complejos por ALCHOURRÓN y BULYGIN, y por los seguidores de su modelo de sistema²⁵. A estos autores no les pasa inadvertido que, bajo tal inestabilidad, el concepto de sistema no se ajusta a nuestro uso ordinario: en general, no juzgamos que una simple modificación o reforma de las leyes positivas desencadena un cambio de todo el sistema jurídico. Por esta razón, estos autores distinguen entre el sistema jurídico, entendido como conjunto sincrónico de normas, y el «orden jurídico», que es «una secuencia dinámica de conjuntos (sincrónicos) de normas»²⁶: cualquier cambio de normas ocasiona un sistema nuevo, pero el orden jurídico permanece estable si el cambio se ha producido conforme a los criterios de cambio reconocidos por dicho orden. Mi presunción es, sin embargo, que los problemas denunciados por la teoría del conocimiento para los sistemas de creencias son igualmente aplicables a los sistemas de normas: parece contrario al sentido común que una sola sustitución dentro del sistema ocasione un cambio completo de sistema. Afectado por la tesis de la inestabilidad, la vida de un sistema jurídico es tan efímera que éste se convierte en un objeto de investigación irrelevante. Más importante aún, admitida la tesis del cambio total, el sistema se convierte en una realidad estática, cristalizada en torno a un conjunto inmodificable de preceptos. Pero, así descrito, el sistema resulta ser algo muy distinto a un sistema jurídico. Como sabemos, un sistema jurídico es un objeto construido ex profeso para experimentar el cambio y la movilidad; por esta razón, ligar la identidad del sistema a la perspectiva estática parece enfrentado con el elemento dinámico inseparable de cualquier sistema jurídico.

2.3. La dificultad más conocida de los modelos holistas proviene del empeño por comprender el sistema como una totalidad auto-justificada. Como sabemos, el modelo

ra manejamos es, sin embargo, que un solo cambio modifica la estructura de justificaciones sobre la que descansan todos los elementos del sistema, lo que compromete a todas las creencias sin excepción. De ese modo, una nueva creencia es una transformación del esquema de creencias que sostenía la composición del sistema, razón por la cual el sistema es distinto una vez operado el cambio. Véase WILLIAMS, 1991: 276.

²³ Tomo la fórmula de PAGIN, 2005: 13.

²⁴ FODOR y LEPORE, 1991: 11-22. También PUTNAM, 1986.

²⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 138; GUASTINI, 1996: 349-351; MORESO y NAVARRO, 1993. La distinción de ALCHOURRÓN y BULYGIN entre «sistema» y «orden jurídico» también es explícita en RAZ, aunque éste denomina a ambos conceptos «sistema momentáneo» y «sistema jurídico». RAZ, 1970: 34-35.

²⁶ GUASTINI, 2004: 268. Sobre la relación entre «orden jurídico» y los sistemas jurídicos consecutivos, me parece muy instructivo RODRÍGUEZ, 2002: 121 y ss.

holista rehuye los problemas tradicionales de la justificación atribuyendo esta propiedad a un todo con sentido. Una conclusión justificada procede de un razonamiento que integra la totalidad de los elementos del sistema y la totalidad de las relaciones que éstos mantienen entre sí.

Si éste es su mensaje básico, el holismo ha sido acusado en la teoría del conocimiento de describir erróneamente el proceso de justificación. Como prueba se aducen algunos casos de incorporación justificada de creencias en los cuales, con certeza, no presumimos la unidad o la totalidad del sistema de conocimientos. Como ilustra el ejemplo de DUMMETT, desde el holismo nunca podríamos explicar el proceso mediante el cual un niño aprende un idioma: el niño no puede aprobar un término o una relación sintáctica por su mayor o menor coherencia con el todo, y ello por la sencilla razón de que el bagaje idiomático con el que cuenta es un porcentaje mínimo de ese todo²⁷. Para muchos de estos críticos, si las teorías holistas no logran explicar estos casos es porque dependen de una presunción irrealista, como es la participación de todos los elementos del sistema en cada una de sus aplicaciones: por muy superiores que sean nuestros conocimientos a los del niño, nunca contamos con una representación de la totalidad del sistema de conocimientos, aunque sea el de una rama o disciplina concreta. En cualquier caso, nuestras justificaciones son parciales o locales, porque éstas no abarcan todo el sistema de referencia, ni siquiera una mayoría de éste; lejos de ello, las justificaciones se localizan dentro de un área del sistema relacionada con el problema concreto, y se limitan a reunir las premisas suficientes para respaldar la conclusión.

Esta acusación, tan tópica en la teoría del conocimiento, parece igualmente aplicable al Derecho. En la argumentación jurídica, los razonamientos más comunes invocan un número reducido de normas pertenecientes a un área muy localizada del sistema, y no parece creíble que, en realidad, lo que el jurista moviliza en cada caso es la totalidad del orden jurídico de su comunidad. El holismo afirmaría que un razonamiento sobre, por ejemplo, derecho urbanístico presume necesariamente todo nuestro saber acumulado sobre Derecho civil, laboral, constitucional, etc. Por el contrario, las sentencias judiciales, las querellas o las demandas habituales se limitan a invocar las normas relevantes para el caso, y alcanzan soluciones satisfactorias mediante un aparato argumentativo breve.

Sin duda, los juristas mencionan sus argumentos normativos de un modo lógicamente organizado, de modo que su tarea está presidida por una intención lógico-sistemática. Sin embargo, los juristas no reconstruyen sistemáticamente la totalidad de las normas de su comunidad, sino que se conforman con sistematizaciones parciales²⁸. Muchas veces, estas sistematizaciones parciales han sido reiteradas en el tiempo o consa-

²⁷ DUMMETT, 1991: 221.

²⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 122. RATTI observa que podemos denominar «sistema» un número muy escaso de normas relacionadas entre sí por el jurista. Con ello, lo que trata de subrayar es que las tareas de sistematización no reconstruyen todo «el ordenamiento jurídico» de una comunidad, sino, más simplemente, el número de normas suficiente para justificar una determinada conclusión jurídica. Como puede verse, mi ensayo no distingue entre sistema interno y externo, es decir, entre el orden immanente al Derecho y el orden construido por el jurista. RATTI sí distingue cuidadosamente entre ambos conceptos, y, por ello, entiende que los conjuntos normativos que son en general suficientes para justificar una conclusión jurídica pueden ser de dos clases: puede tratarse de un «sub-sistema», que es un conjunto diferenciable mediante la sistemática legislativa, o de un «micro-sistema», que es un conjunto diferenciable, pero siguiendo una técnica sistematizadora ajena a la legislativa. RATTI, capítulo 1, 14-16.

gradadas por la práctica, y han consolidado conjuntos o sub-sistemas de normas que responden a criterios de unidad distintos, y que están presididos por leyes propias. A veces, estos sub-sistemas son de relativa envergadura, porque coinciden con áreas o departamentos muy generales y claramente diferenciados entre sí²⁹. Sin embargo, a veces bastan sistematizaciones menores construidas en torno a una institución, una categoría o un concepto doctrinal.

Las teorías holistas del sistema no niegan que estas divisiones tradicionales cuentan a veces decisivamente en la justificación de una sentencia. Sin embargo, reiteran que el sistema jurídico se moviliza íntegramente en cada empresa de justificación, lo que incluye aquellos casos en los que creemos habernos servido del modo de razonar más distintivo de una determinada rama del sistema, y también aquéllos en los que pensamos haber movilizadado un área muy reducida o insignificante del sistema jurídico. El jurista parece así siempre responsable de una reinterpretación completa de todo el cuadro de reglas, principios y valores jurídicamente operativos de su comunidad. Ahora bien, apelando a un mínimo realismo, los críticos observan que el jurista no es casi nunca tan ambicioso; y, de perseguir dicha ambición, es muy dudoso que pudiese alcanzarla. Por esa razón, tanto el jurista como su comunidad quedan plenamente satisfechos con justificaciones muy locales

2.4. La última crítica es una derivación de la anterior, porque se limita a extraer radicalmente las consecuencias a las que nos conduce la presunción del todo. Debemos recordar de nuevo que la justificación holista está condicionada por la comprensión del sistema como una totalidad auto-suficiente. Ahora bien, para que esta totalidad resuelva los problemas con los que le interroga el contacto con el mundo es preciso entenderla como una totalidad móvil y flexible, capaz de integrar dentro del sistema elementos anteriormente inadvertidos o considerados como exteriores al mismo. La práctica enfrentará al sistema con problemas de su competencia para los cuales no dispondrá de una respuesta clara. En estos casos, la posibilidad de que el sistema aporte una justificación es que recupere su sentido completo, y, para ello, necesitará incorporar nuevos elementos o identificar otros hasta entonces no formulados, lo que supondrá una revisión o una reformulación del sistema hasta entonces conocido. En la imagen de la hermenéutica, la justificación no describe exactamente un círculo, sino una espiral que se proyecta hacia fuera en busca de una continua reconstrucción de sentido³⁰. En la imagen de la teoría coherentista del sistema, éste se caracteriza por su disposición al aprendizaje mediante un incremento progresivo de su complejidad³¹. En cualquier caso, esta proyección hacia fuera y esta continua reformulación de su contenido parece no tener límite: tanto la propia búsqueda de justificación como los intereses pragmáticos del sistema empujan a éste a una irradiación ilimitada que tiende a traspasar su tradicional marco de referencia. Dicho de otro modo, el reforzamiento del sistema no respeta las fronteras canónicas establecidas entre las distintas ramas del saber o del conocimiento, y mueve a cualquier sistema a incorporar elementos de otros sistemas diferentes.

²⁹ En un ejemplo común, podría contrastarse un derecho de daños teñido de valoraciones morales con un Derecho penal en el que rigen estrictamente los principios de legalidad y no retroactividad. BAUM LEVENBOOK, 1984: 367, 371.

³⁰ Ver, por ejemplo, OSBORNE, 1991.

³¹ La cualidad del aprendizaje y de la complejidad progresiva es subrayada en las teorías del sistema que adoptan el modelo en red. Ver, por ejemplo, BAR-YAR, 2003.

Por este motivo, muchos partidarios del modelo holista confiesan que la justificación no es una propiedad que pueda limitarse a un particular sistema de conocimientos, sino que sólo es imputable a lo que podríamos llamar el «sistema de sistemas», es decir, el sistema omnicomprendivo de todos nuestros saberes y creencias. La justificación holista presume así la tesis de la unidad del conocimiento. Si la base de la justificación reside en el apoyo mutuo de todas nuestras creencias, nuestro saber total sólo puede comprenderse como una red integrada, y no como una lista de ramas o de ciencias disgregadas. El sistema de referencia del que hemos hablado hasta ahora sería en realidad el único sistema posible, que es el sistema completo de nuestras creencias. Cualquier empresa de justificación supone la aplicación de todo el conocimiento humano entendido como unidad ordenada y sistematizada³². Sin aludir a corriente doctrinal alguna, denominaré esta derivación del holismo como «la tesis de la unidad del conocimiento».

Aunque parezca lo contrario, el problema antes descrito debería resultarnos familiar en la teoría del Derecho de los últimos años, en la cual la incorporación de la moral al Derecho preside una vez más la agenda de problemas. Para DWORKIN y sus seguidores, la respuesta a un problema jurídico puede venir determinada por la respuesta a un problema moral, respuesta que supone un enriquecimiento del sistema jurídico y una reformulación de sus elementos. Ahora bien, la respuesta al problema moral puede también depender de la respuesta a un problema epistémico, como puede ser el problema de la verdad de los valores, o incluso de un problema ontológico, como puede ser la realidad de los valores morales o la existencia dentro del sistema de una respuesta correcta para cada problema. Para DWORKIN, muchas veces resulta explícito que la investigación no puede constreñirse dentro de los límites de un discurso, y es preciso adentrarse dentro de otros discursos y disciplinas, y tratar de que todos ellos queden en orden cuando concluya nuestra investigación. Lo que este fenómeno revela es que la justificación, en Derecho o en cualquier discurso, persigue «la búsqueda de una armonía amplia... entre todas nuestras opiniones». Cuando DWORKIN prescribe el principio de integridad como principio supremo de justificación, además de pronunciarse por un modelo holista de sistema, prescribe un principio que debe aplicarse a toda la «estructura intelectual» del individuo, a la totalidad de sus conocimientos y saberes, lo que incluye, como mínimo, todos sus principios y reglas prácticas, sus valores estéticos y sus creencias sobre la realidad³³.

Este imperialismo sistémico supondría, además, agravar las dificultades 1, 2 y 3. Si, en palabras de QUINE, «cada unidad de significación empírica es la totalidad de la cien-

³² La tesis queda reflejada en el título del gran proyecto de NEURATH: *Encyclopedia of Unified Science* (1938-1970). Es clásica la visión de QUINE: toda la ciencia es un campo de fuerza (QUINE, 1951: 43). También es común en el coherentismo clásico (JOACHIM, 1969: 107) y en el moderno (SPOHN, 1950: 159; BONJOUR, 1985: 97; YOUNG, 1995). MOULINES habla incluso de un holismo super-quineano, un holismo que no toma como unidad el sistema de creencias, sino el de la cultura de un período histórico, lo que englobaría doctrinas metafísicas, credos religiosos y actitudes éticas. Los ejemplos de esta actitud son escasos, pero puede mencionarse a HEGEL o SPENGLER (MOULINES, 1986: 318).

³³ DWORKIN, 1996: 19. Sección «Epistemological Hierarchy». La idea está ya presente en 1991: «Queremos que todas nuestras convicciones formen un sistema, y no una mera colección; confiamos en que nuestras convicciones políticas estén nutridas, y no meramente toleradas, por nuestras creencias económicas, psicológicas y metafísicas» (DWORKIN, 1991: 198). La tesis ha hallado un defensor esforzado en M. MOORE, quien ha criticado «la tesis de la autonomía del discurso» como forma de relativismo profundo (MOORE, 1989: 953 y ss.) y de provincianismo (*parochialism*) ideológico (MOORE, 1992: 2432).

cia»³⁴, la implicación recíproca entre proposiciones acentuará los problemas antes formulados. En el marco de la dificultad 1, una teoría holista llevada hasta sus últimas consecuencias implicaría, por ejemplo, que una inconsistencia en nuestros conocimientos de historia del arte haría imposible justificar una tesis de física nuclear³⁵. Lo mismo sucede con la tesis de la inestabilidad radical: cualquier cambio en cualquier rama del conocimiento supondría el paso de un sistema total a otro, un cambio en nuestra visión del mundo y en nuestra concepción de la realidad³⁶. Los problemas involucrados en la dificultad 3 también se acrecientan, porque no parece realista suponer que nuestras justificaciones movilizan nuestro sistema completo de creencias. En primer lugar, la tesis parece poco verosímil, porque ningún individuo parece capaz de representarse el sistema completo de conocimientos y creencias. Pero, en segundo lugar, lo cierto es que nuestro conocimiento y nuestras tareas de justificación se desarrollan en contextos radicalmente diferenciados, y juzgamos erróneo trasplantar indebidamente las leyes de un contexto a otro. Las reglas y los criterios de valoración difieren en un experimento de psicología y en otro de zoología; más claramente, juzgamos sin sentido que alguien reniegue de la estética de un cuadro aduciendo que representa un unicornio, y que los unicornios no existen³⁷. Por eso ocurre muchas veces que, cuando creemos estar ensanchando nuestra perspectiva local, en realidad no nos estamos situando en el punto de vista del todo, sino en una perspectiva local distinta: por ejemplo, cuando ampliamos la perspectiva moral integrando la perspectiva económica, lo que ocurre muchas veces no es que nuestra perspectiva local (moral) se haga más rica y comprensiva, sino, más simplemente, que hemos cambiado de problema y de contexto, de modo que ya no hablamos de moral, sino de economía³⁸. La perspectiva local es auto-suficiente, y no necesita presumir la perspectiva global o la totalidad de nuestro saber.

Finalmente, la ambición de convertir todo nuestro saber en un sistema unitario y cohesionado podría, paradójicamente, debilitar la posición del conocimiento y de la ciencia ante los desafíos escépticos. En efecto, la pregunta por la justificación última de, por ejemplo, nuestro sistema jurídico podría, tal vez, hallar respuesta en la moral, y la pregunta por la justificación de la moral en alguna teoría de la verdad o de la objetividad; sin embargo, si todo nuestro saber se integra en un todo unitario, en ese caso estaremos en más dificultades para responder a quien nos interroge por el sentido del todo, y a quien nos advierta que podemos estar en un error total. Reducido el saber a un todo unitario, ya no podemos ofrecer ninguna prueba externa que garantice su corrección, y la pregunta del escéptico acerca del sentido de nuestro saber queda necesariamente sin respuesta³⁹.

3. UN CAMINO POSIBLE PARA LAS TEORÍAS HOLISTAS

En lo que sigue, presentaré un esquema de respuestas a las anteriores críticas respetando el orden con el que fueron mostradas.

³⁴ QUINE, 1951: 42.

³⁵ Tomo el ejemplo de BONJOUR, 2003: 45. Lo que los últimos escritos de BONJOUR tienen de retractación respecto a sus tesis de los 80 es imputable, en gran medida, a su actual rechazo del holismo radical y de la tesis de la unidad del conocimiento.

³⁶ HARMAN, 1973: 169; WILLIAMS, 1991: 275-276, 284.

³⁷ Tomo el ejemplo de STAVROPOULOS, 1996: 181.

³⁸ Ver, por ejemplo, WILLIAMS, 1991: 287-292.

³⁹ WILLIAMS, 1999: 192-195.

3.1. ¿Podemos atribuir al sistema la propiedad de la justificación aunque constatem habitualmente la vigencia de inconsistencias y de antinomias entre sus elementos?

Una primera salida a esta dificultad sería adherirse a las numerosas propuestas que, desde la lógica, nos permiten extraer consecuencias válidas desde premisas inconsistentes: desde sus postulados, la tesis clásica *ex falso quodlibet* resulta ajena a la práctica científica, y habría que definir un lenguaje lógico alternativo y compatible con esta realidad. La defensa del holismo no precisa, sin embargo, de un compromiso decidido con lógicas heterodoxas⁴⁰. Mi respuesta se limita a sugerir que una teoría del sistema ha de esforzarse por conciliar dos afirmaciones que son intuitivamente aceptables, pero de difícil conjunción: *a*) el hecho de que dos elementos del sistema sean inconsistentes no nos obliga a concluir que todos los demás son injustificados⁴¹; *b*) la consistencia del sistema es una condición inseparable de los procesos de justificación.

Simplificando el problema, creo que pueden señalarse dos razones por las cuales podría ser insensato negar la justificación de un determinado razonamiento por el hecho de que el sistema contiene inconsistencias.

La primera razón es que la consistencia lógica no es una condición exclusiva de justificación. Para que un sistema pueda justificar conclusiones y resolver los problemas de los que es competente no basta con afirmar que sus elementos no se contradicen; deben considerarse también otros valores. Ésta es una idea muy arraigada en las versiones holistas más representativas, las coherentistas, donde se subraya que la consistencia no es el único criterio de coherencia —y, por tanto, de justificación— que debe ser manejado, sino que existen otros que deben aplicarse simultáneamente al de consistencia, como pueden ser el grado de cohesión de los elementos del sistema, su unidad o su complejidad. Consideremos dos sistemas, *S1* y *S2*. *S1* es un sistema altamente complejo y sofisticado; está dotado de una alta movilidad que lo convierte en un modelo flexible, apto para el aprendizaje y, por tanto, para resolver problemas imprevistos; pese a su complejidad, sus miembros están altamente cohesionados, lo que se traduce en una ausencia completa de elementos triviales o irrelevantes; por último, el sistema adolece de un número escaso de inconsistencias. *S2* es un sistema simple y poco flexible, posee además un número importante de elementos aislados y poco relevantes, pero es impecable desde el punto de vista de la consistencia, y carece de contradicciones. Para los coherentistas, cualquier científico juzgaría más fructífero *S1* que *S2*, y cualquier jurista, del mismo modo, habría de juzgar más apto para la obtención de soluciones correctas un sistema como *S1*⁴². La segunda razón nos obliga a considerar cuál es el sentido de la consistencia en el sistema jurídico de acuerdo con el modelo holista. Consistencia significa la posibilidad de extraer una interpretación unitaria del sistema jurídico: exigir

⁴⁰ Me refiero, por ejemplo, a la lógica paraconsistente o a las lógicas de la relevancia. En el mismo sentido, ver THAGARD, 2004: 15.

⁴¹ «Alguien que cree que al menos una de sus creencias es falsa tiene un sistema de creencias inconsistente, pero seguramente es erróneo decretar que, entonces, ninguna de las creencias de su sistema está justificada» (GOLDMAN, 1989: 5).

⁴² Son muchos quienes subrayan la exigencia sobre los sistemas de algo más que consistencia. Ver, por ejemplo, HARMAN, 1973: 124; HARMAN, 1989: 15; RESCHER, 1973: 204. En Derecho, se ha observado con frecuencia la admisión de contradicciones en las sentencias, siempre y cuando éstas no sean decisivas. En el ejemplo italiano, sólo puede casarse una sentencia por contradictoria si es imposible entender la *ratio decidendi*, lo que ha llevado a COSTANZO a hablar de una lógica paraconsistente en la Corte italiana (COSTANZO, 1992: 26).

consistencia es exigir que el sistema nos hable con una sola voz, y que contenga una respuesta correcta para cada problema jurídico planteado. Si éste es el sentido fundamental de la consistencia, hemos de concluir que la condición se halla satisfecha cada vez que el sistema sea capaz de proporcionarnos una respuesta clara para el caso particular por el que le interrogamos, y ello aun cuando un recorrido más amplio por las razones que incluye el sistema detecte alguna antinomia. Creo que al jurista le resultará posible percibir con claridad cuál es la respuesta que patrocina el sistema si la inconsistencia o las antinomias engastadas dentro del mismo se ajustan a las condiciones que formularé en el siguiente párrafo.

En efecto, es cierto que muchas veces alcanzamos justificaciones suficientes en el contexto de un sistema que adolece de antinomias. Ahora bien, la presencia de antinomias dentro del sistema delata la incorporación de errores y de anomalías suficientes para anular muchas de sus posibles conclusiones. Como vimos antes, el sistema merece un margen de confianza si podemos acreditar cuál es la voz con la que habla; pero el sistema no merece esta confianza si abunda en contradicciones, y, con ello, si nos resulta difícil reconstruir su juicio con demasiada frecuencia. Es muy posible que la consistencia no sea el único valor involucrado en los procesos de justificación; sin embargo, tampoco es aceptable minimizar o incluso negar su concurso: el sistema debe atesorar el mayor grado posible de consistencia, y las antinomias deben ser contempladas como errores que pueden y deben ser corregidos⁴³. A las dos razones que pueden aducirse para hacer compatible la justificación y la presencia de algunas antinomias hemos de añadir una serie de condiciones necesarias para que sea posible lograr una justificación aceptable en un sistema que contiene antinomias: *a)* En general, las contradicciones o inconsistencias han de ser muy escasas en número, y las normas afectadas han de tener una irradiación relativamente reducida dentro del sistema. *b)* En cada caso particular, las normas inconsistentes han de participar en una medida muy escasa en la justificación de las conclusiones, y resultar ser, por tanto, de fuerza o de relevancia muy reducida. *c)* El sistema de referencia ha de ser lo suficientemente complejo como para disponer de recursos suficientes con los que resolver todas las antinomias detectadas.

Las condiciones *a)* y *b)* ilustran aquellas situaciones en las que resulta posible obtener claramente la respuesta patrocinada por el sistema en su conjunto al problema planteado a pesar de que el sistema contiene inconsistencias y antinomias. La tercera condición se traduce en una idea muy valiosa: la justificación en un sistema que contiene antinomias sólo es posible bajo la convicción de que un despliegue completo de las razones que contiene el sistema mostrará con claridad que éste se pronuncia por una

⁴³ Algunos teóricos de la coherencia, deseosos de poner de relieve que coherencia es algo más que mera consistencia lógica, no dudan en subrayar que la consistencia es incluso innecesaria para la coherencia (MACCOR-MICK, 1993: 266). Sin embargo, la consistencia es, conceptualmente, un ingrediente irrenunciable de la coherencia, y una exigencia insoslayable de cualquier sistema holista (BONJOUR, 1985: 95). Que, en la realidad, sea preferible un sistema muy complejo y levemente inconsistente a otro simple y consistente es una cuestión discutible y, desde luego, compatible con la afirmación de que el ideal es siempre que el sistema carezca por completo de inconsistencias. Como observa OLSSON, la consistencia es el criterio de coherencia que cuenta con mayor respaldo intuitivo, y el único sobre el que tienden a coincidir los teóricos de la coherencia (OLSSON, 1999: 281). «Los lógicos paraconsistentes toleran y a veces incluso elogian las inconsistencias, pero la mayoría prefiere resolverlas. Si HARRY nos dice x en un caso y SALLY nos dice $\neg x$ en el mismo caso, tendemos a pensar que uno de los dos está equivocado... En lugar de transigir con las inconsistencias, el fin de los agentes, que se esfuerzan por alcanzar un estado mental equilibrado, es evitar las inconsistencias y restaurar la consistencia» (ROTT, 2001: 85).

de las dos normas en disputa⁴⁴. Las antinomias y las normas inválidas son errores que afectan negativamente a la vida del sistema, y que han de poder ser subsanados por el sistema mismo. Media una diferencia cualitativa importante entre un sistema en el que se cometen algunos errores, pero que liga su justificación a la posibilidad de subsanarlos, y otro dentro del cual se juzgue como inevitable que los jueces, en última instancia, tengan que dirimir conflictos insolubles entre soluciones jurídicas incompatibles⁴⁵. En este segundo caso, creo que resulta imposible escapar a las implicaciones de la lógica ortodoxa, y sugerir que de un sistema de este tipo puede derivarse cualquier cosa. El primero, sin embargo, no es un modelo intolerablemente inconsistente aun cuando en él se constaten algunos errores. Estos errores podrán permanecer incrustados en el sistema durante un tiempo más o menos prolongado; ocurre, simplemente, que el proceso de detección de errores no es maquinal y automático, sino que está sujeto a la falibilidad del conocimiento humano. Sin embargo, el postulado holista de la unidad o de la integridad se respeta mientras se observen las condiciones anteriores, en especial la que estipula que todos los errores pueden y deben ser subsanados, porque el cuadro argumental completo del sistema se pronuncia claramente por una de las dos normas en disputa⁴⁶. Creo, finalmente, que los sistemas jurídicos de nuestro entorno pueden satisfacer estas exigencias; son sistemas complejos que combinan distintos tipos de normas, en particular reglas y principios; las reglas pueden contradecirse, pero el sistema cuenta con un acervo de principios y de valores ético-políticos dentro de los cuales puede hallarse una respuesta para cada problema, y que, por tanto, puede disolver objetivamente cualquier caso de antinomia⁴⁷.

3.2. La segunda crítica comprometía el holismo con la tesis del cambio radical, cuyo enunciado resumíamos en la imposibilidad de efectuar el más mínimo cambio entre los elementos del sistema sin modificar por ello la identidad del mismo. La crítica añade que la tesis del cambio radical es incompatible con nuestros sistemas jurídicos, sistemas dinámicos diseñados para experimentar cambios más o menos profundos sin alterar por ello su identidad.

⁴⁴ La complejidad de los sistemas como exigencia derivada de la necesidad de resolver sus conflictos es subrayada, por ejemplo, por DEMARCO para la ética (DEMARCO, 1994: 40) y por MARMOR en Derecho (MARMOR, 1991: 405). Complejidad es mayor posibilidad de escrutinio, como muestra que es mejor jurado el que más miembros tiene (OLSSON, 2002: 269-271). Ver también BONJOUR, 1969: 3.

⁴⁵ En la imagen de FOLEY, una norma inválida es, sin duda, la manzana podrida del cesto (ver nota 20). La idea que defiende es que la manzana podrida no arruina el cesto si sabemos que no hay más casos en número importante, que alguien tiene la misión de apartarla del cesto en el plazo más breve posible, y que éste cuenta con instrumentos para poder cumplir su tarea.

⁴⁶ Creo que el argumento aquí presentado coincide en lo esencial con el de J. AGUILÓ, para quien «el postulado de la unidad del Derecho, concretado ahora en la idea de unidad práctica, no excluye que puedan darse casos de indeterminación... Lo que sí exige el postulado de la unidad es que estos casos pueden y deben ser resueltos» (AGUILÓ, 2000: 151).

⁴⁷ «La unidad sistémica debe ser lo suficientemente vasta como para acoger el dominio de los hechos reales: debe exhibir una cierta compleción» (RESCHER, 1973: 44). El problema de las antinomias remite al problema de la compleción del sistema, y a la inclusión por éste de una respuesta correcta. He relacionado antinomias y holismo sistémico en su versión coherentista en PÉREZ BERMEJO, 2006: 206-213. Por último, el segundo teorema de GÖDEL («ningún sistema puede probar su propia consistencia») no priva de sentido estas respuestas. Sin que ahora sea posible comentario alguno, me limitaré a sumarme a quienes recuerdan que este teorema sólo es válido para un tipo de sistema formal determinado (dotado de lenguaje formal, axiomas y reglas de inferencia explícitas para demostrar teoremas), y no para otros ámbitos. Ver, por ejemplo, FRANZÉN, 2005: 7 y 50. Otras vías de elusión del teorema en, por ejemplo, HALBACH, 2003: 83 y ss.

Esta crítica no parece haber perturbado excesivamente a las teorías holistas. Éstas han concebido sus sistemas como sistemas no sólo cambiantes, sino proclives al cambio, lo que han subrayado adjudicando al sistema propiedades como la movilidad o la flexibilidad; y si el sistema es móvil, flexible o dinámico es porque está diseñado para modificar su composición interna sin alterar por ello su identidad⁴⁸. Si las teorías holistas se han despreocupado de la crítica del cambio radical es porque la han considerado inocua y fácil de desmontar.

Para responder a esta crítica es preciso distinguir entre cuestiones de justificación y cuestiones de identidad. Las teorías holistas proponen una tesis sobre la justificación de nuestros razonamientos o argumentaciones, pero no incorporan una tesis sobre la identidad de los sistemas. Es cierto que el test holista de justificación vincula ésta con un punto de vista integral relativo a un sistema, porque aprueba como correctas aquellas conclusiones que se adecuen en mayor medida al sistema en su conjunto. Sin embargo, esta tesis no incorpora un test sobre la identidad del sistema, y menos una tesis que vincule la identidad del sistema con una determinada composición, con una lista precisa de elementos y de relaciones entre los mismos. En realidad, el resultado de aplicar un test holista de justificación puede ser una corrección o una reforma de la composición pretérita del sistema. Cuando el holismo nos exige considerar el sistema en su conjunto o adoptar la perspectiva del todo, lo que sugiere es que, al finalizar el razonamiento o el análisis del problema, nuestras conclusiones deben permitirnos contemplar el sistema como una unidad consistente y cohesionada, y no que debemos tomar la composición pretérita del sistema como un dogma o un axioma inmodificable. Supongamos, por ejemplo, un razonamiento que se debate entre dos conclusiones, *c1* y *c2*. La conclusión *c1* es consistente con los elementos del sistema, no introduce contradicción alguna con ninguno de ellos, pero sus conexiones con dichos elementos son muy débiles y escasas. La conclusión *c2* mantiene relaciones fuertes y numerosas con muchos elementos del sistema, si bien es inconsistente con un solo elemento del sistema, *x*. Sería un error suponer que el punto de vista del todo o del sistema en su conjunto nos exige justificar *c1*; la unidad del sistema sale reforzada si insertamos *c2* y expulsamos *x*. La perspectiva holista coincide en juzgar esta maniobra como un reforzamiento de las posibilidades de justificación del sistema, y no como un cambio o mutación de sistemas.

Ahora bien, si la identidad no está ligada a la composición exacta del sistema en un momento dado, ¿de qué depende ésta? Es cierto que el sistema puede preservar su identidad a través de los cambios, cambios que pueden llegar a ser extensos y profundos. Sin embargo, esta flexibilidad debe encontrar un límite en algún punto neurálgico del sistema cuyo cambio o supresión implique ya una identidad nueva. Por desgracia, este ensayo no es el lugar idóneo para abordar estos interrogantes en toda su complejidad⁴⁹.

⁴⁸ DWORKIN, 1986: 69-70. Definir el sistema jurídico como un sistema móvil es idea de W. WILBURG. Presumo aquí que la corriente alemana de teoría jurídica y constitucional denominada «jurisprudencia valorativa» o «jurisprudencia de valoraciones» incorpora un planteamiento holista. Sin espacio para demostrarlo, me remito a LARENZ, 1960: 151.

⁴⁹ Me ocupo brevemente de este tema en PÉREZ BERMEJO, 2006: 247-253. De modo muy simple, y algo vago, sí puede insinuarse una respuesta especialmente adecuada para las teorías coherentistas. Estas teorías no contemplan el sistema como una estructura de inferencias dotada de una ordenación específica, sino como un todo material aglutinado a partir del sentido de una serie de valores. Esta idea supone que el sistema es compatible con cambios que pueden llegar a ser profundos, pero que no alteran su identidad mientras no se modifica su núcleo de valores básicos.

En su lugar, resultará más oportuno recapitular la respuesta al problema planteado. El holismo es una teoría sobre la justificación. Es cierto que su punto de vista condiciona la justificación de un elemento a su admisión por un sistema, y eso nos exige resolver el problema desde la perspectiva de la unidad o de la integridad del sistema en su conjunto. Sin embargo, esta respuesta no incluye un test relativo a la identidad y al cambio de los sistemas; tampoco vincula la identidad de los sistemas con una composición concreta de sus elementos, y permite revisiones más o menos profundas de sus contenidos y relaciones.

3.3. La tercera crítica expresaba escepticismo en torno a la necesidad de presumir que el todo actúe integralmente en cada empresa de justificación. Sostuvimos anteriormente que la presunción del todo era la única forma de solucionar lógicamente el problema clásico de la justificación. Sin embargo, la crítica no se siente impresionada por este argumento, y apela a la tozudez de los hechos: los razonamientos jurídicos que habitualmente juzgamos correctos no movilizan el sistema como un todo, sino segmentos que pueden llegar a ser muy reducidos.

Creo que la respuesta a este tipo de objeciones puede inspirarse en el debate sostenido por DWORKIN a propósito del problema de los casos difíciles. DWORKIN ha sido acusado no pocas veces de sobrevalorar los casos difíciles y de subestimar los casos fáciles. Para sus críticos, los casos fáciles son los más frecuentes y representativos de la práctica jurídica, y presentan la característica de obtener una justificación suficiente y completa mencionando una o unas pocas premisas tomadas del Derecho positivo. Ahora bien, creo que estos críticos pasan por alto la distinción entre la estructura superficial de la justificación y la estructura profunda; o, dicho de otro modo, entre la justificación mencionada y la realmente operativa⁵⁰. En los casos fáciles, el juez menciona una parte ínfima del sistema; sin embargo, el sistema como un todo es parte operativa de la justificación completa. De otro modo ni siquiera podríamos explicar por qué dicho caso es un caso fácil: el caso es fácil porque se presume que el resto de los elementos del sistema, especialmente los principios y valores más importantes, están en equilibrio en relación con el caso y, por el momento, no necesitan revisión. La justificación de los casos fáciles presupone, por tanto, una interpretación implícita de todo el sistema, aunque el carácter no problemático de la mayor parte del mismo haga innecesaria su mención⁵¹. Los casos difíciles, sin embargo, desvelan una superficie mucho más amplia del entramado del sistema: por eso son más instructivos e importantes para el conocimiento del mismo.

Por supuesto, el holismo no implica la consecuencia absurda de que, por ejemplo, el contenido material de todas las normas del Derecho urbanístico sea necesario para la inteligencia de un pequeño discurso de Derecho registral. Sí implica que cada razo-

⁵⁰ Que podemos distinguir entre una justificación mencionada y otra operativa está probado por el hecho de que, en algunos ordenamientos, la justificación mencionada es tan incompleta que apenas merece ser comprendida como una verdadera justificación. Éste es el caso del Derecho francés. Las sentencias judiciales en Francia «tienden a ser extremadamente breves y abstractas, abarcando en esencia no más que unas pocas líneas, o bien uno o dos párrafos» (SUMMERS y TARUFFO, 1991: 498). Sin embargo, ello no quiere decir que la labor de los jueces franceses no sea una labor de justificación o razonamiento, sino que la tarea de justificación permanece elidida en una extensa medida, y no se hace explícita en toda su complejidad. Ver la discusión al respecto en SUMMERS y TARUFFO, 1991: 498-500.

⁵¹ DWORKIN, 1986: 354.

namiento jurídico presupone un juicio de equilibrio sobre la totalidad del sistema jurídico, incluido el Derecho urbanístico. Este juicio de equilibrio significa esencialmente que, cuando el juez examina un caso y le proporciona una respuesta dentro de un determinado sector del sistema, en ningún otro lugar del sistema jurídico se atribuyen respuestas diferentes a casos idénticos o que guarden con éste similitudes relevantes. De haber tratamientos diferenciados en otras ramas del sistema, el juez, sin duda, habrá de extender su discurso y profundizar en el sistema hasta identificar claramente cuál es la voz con la que éste habla, porque está en juego el principio de tratar del mismo modo los casos iguales. Creo que puede aceptarse que ésta es una precaución exigible en cada razonamiento judicial. Esta presuposición de equilibrio o de consistencia en todos los sectores del sistema constituye, por tanto, una exigencia inherente a la práctica jurídica y fundada en los principios básicos de equidad y trato igual. La tesis de la presuposición de todo el sistema en cada razonamiento jurídico no es sólo una tesis lógica, sino también una tesis normativa; por esta causa, las objeciones basadas en argumentos empíricos, relativos a la mayor o menor frecuencia estadística de los casos difíciles, se desvían del núcleo de la discusión, que reside en las consecuencias necesarias derivadas de la equidad y el trato igual.

Por último, es verdad que el holismo supone un cuestionamiento de las fronteras canónicas entre departamentos o ramas del sistema jurídico. Pero, lejos de representar un punto débil, creo que ahí reside una de las virtudes de la teoría. En la práctica jurídica son frecuentes los casos explícitamente transversales, o que integran en las premisas mencionadas normas pertenecientes a una pluralidad de ramas o de departamentos del sistema jurídico; ello es bastante lógico desde que buena parte de los principios o de los valores del sistema informan la totalidad del sistema o muy amplios sectores del mismo. Pero los casos aparentemente fáciles, interpretados con rigor, son también casos transversales, casos en los que, una vez más, el juez realiza una interpretación subyacente sobre el estado de todo el sistema⁵². No debe dejar de observarse que la separación de funciones entre las distintas ramas del sistema jurídico es una convención útil, producto de una tradición que ha sentado importantes precedentes; y si la separación entre ramas o departamentos sienta cierto precedente en nuestras prácticas, entonces hay razones de equidad o de trato igual de los mismos casos para observar los principios propios y distintivos de cada departamento. Sin embargo, esta misma explicación de la importancia de los departamentos descansa en una interpretación del sistema como un todo: si apelamos a la equidad o al trato igual, apelamos entonces a valores y principios morales que están en la base de todo el ordenamiento, y no de un área o departamento. Del mismo modo, si en algún momento puede mostrarse que el conjunto de principios y valores subyacentes al sistema se obedece de mejor forma ignorando esta autonomía y desplazando los principios propios de cada rama, en ese caso el juez puede y debe franquear las fronteras propias de cada departamento.

En suma, el sistema jurídico es algo más que la suma de sus ramas o departamentos, así como de los micro-sistemas o sub-sistemas mencionados por los juristas para

⁵² En la terminología de BRINK o de BONJOUR, ceñirse a los criterios de cada rama o departamento invoca una interpretación «contextual». Pero, como ambos subrayan, la interpretación contextual presupone siempre una interpretación global. Por ejemplo, nuestro sistema de creencias visuales remite necesariamente a meta-creencias sobre el papel del conocimiento empírico, y a teorías que las respalden (BRINK, 1989: 123 y 124; BONJOUR, 1985: 266).

justificar sus conclusiones: es una unidad, y la justificación jurídica tiene por misión dar cuenta de esta unidad imputando sus conclusiones al sistema en su conjunto.

3.4. Si apelar a la unidad del sistema jurídico puede, tal vez, poseer alguna fuerza intuitiva para algunos juristas, extender dicha unidad al sistema completo de creencias o a la totalidad de nuestras ciencias y saberes merecerá, probablemente, un mayor escepticismo.

Hay que advertir que, como revela una mirada más atenta a las teorías holistas, la tesis de la unidad del conocimiento no es una tesis postulada de forma unánime por sus cultivadores. No son pocos quienes postulan la unidad o la integridad de su particular rama de conocimientos, pero no presumen una tesis semejante para todas las demás⁵³. Sin embargo, pese a no ser una tesis unánime, no debe dejar de subrayarse que es una tesis mayoritaria, y que las razones en su favor son de bastante peso a tenor de lo dicho en el epígrafe 2.

Creo que las alegaciones contra esta crítica deben empezar admitiendo, como cuestión meramente fáctica, la división del trabajo científico en una serie de prácticas autónomas dotadas de valoraciones y de fines propios. Como ya expresaba BRADLEY, «la vida en general y el conocimiento en particular dependen de la distinción y la división de regiones separadas. Aunque estas regiones divididas no sean independientes unas de otras, ni tampoco auto-suficientes, en gran medida hemos de proceder como si lo fueran»⁵⁴. La autonomía relativa de estas prácticas o dominios del saber queda refrendada en juicios o en actitudes que emitimos en el lenguaje ordinario. Así, por ejemplo, hallamos sentido a la frase: «no importa que X fuese nazi: fue un gran cineasta», de modo que una valoración muy negativa en el ámbito de la política o la moral no perjudica una valoración muy positiva en el dominio del arte. Por las mismas razones, entendemos que la frase «¿cómo puede ser bueno un cuadro en el que se representa un unicornio, cuando los unicornios no existen?» descansa en una confusión radical entre prácticas muy distintas y regidas por criterios de valoración independientes. Fiel a esta división del trabajo, el Derecho se reclamaría entonces como un dominio diferenciable de otros como la moral, el arte o las ciencias naturales. Su autonomía relativa se revela en su obediencia a fines y valoraciones propios. Significativamente, estas valoraciones no son coincidentes con las que presiden el dominio de la moral; incluso quienes sostienen la tesis de la unidad del razonamiento práctico no dejan de subrayar igualmente que el razonamiento jurídico es un razonamiento diferenciable del razonamiento moral, y distinguido por el importante papel que desempeña la autoridad, por su carácter «regimentado» o, en suma, por su carácter institucional⁵⁵. El mismo DWORKIN, al tiempo que acentúa el carácter imparable e ilimitado de la expansión holista, tampoco deja de reconocer la existencia dentro del sistema jurídico de fuerzas centrípetas que la limitan: en el marco de la práctica jurisdiccional, los valores de la equidad y del procedimiento debido abogan por una integridad «inclusiva» que nos llama a respetar las decisiones y las prácticas jurídicas del pasado, y que nos disuade de subvertirlas apelando a razones de justicia independientes⁵⁶.

⁵³ DUHEM, 1906: comienzo del capítulo VI; MOULINES, 1986: 319 y ss.

⁵⁴ BRADLEY, 1914: 266.

⁵⁵ Me remito aquí a ideas muy conocidas de NINO, ALEXY, ATIENZA o RUIZ MANERO.

⁵⁶ DWORKIN, 1986: 404-6.

Ahora bien, creo que las dos frases anteriores también expresan que la separación entre prácticas es relativa y limitada. Formularé en primer lugar la tesis que defiendo, y trataré de explicarla después volviendo sobre estos dos casos. Esta tesis puede exponerse a partir del anterior texto de Bradley. El texto señalaba que, en efecto, actuamos dentro de cada práctica o dominio científico «como si» éstos fuesen independientes unos de otros; sin embargo, también sabemos que no lo son del todo. ¿En qué medida el practicante de un dominio científico puede saber o puede presumir que su ámbito no es del todo independiente? ¿Qué presunción puede abrigar un jurista respecto a la totalidad del saber? Creo que, necesariamente, el jurista opera mediante una presunción relativa a todo el mapa del saber; con esta imagen me refiero a un conocimiento relativo a los distintos conceptos con los cuales elaboramos las fronteras entre disciplinas. Cuando menos, el jurista posee una idea operativa de la influencia que sobre su propia práctica ejercen las conclusiones extraídas en la moral o en las ciencias naturales. Así, por ejemplo, una tesis sobre la eutanasia ampliamente defendida por la moral o una tesis sobre el concepto de muerte clínica ampliamente aceptada por la neurología interrogan directamente su labor, y el jurista ha de concluir en qué medida el sistema jurídico está o no influido, condicionado, determinado o es del todo indiferente a lo que pueda ser aseverado en estos dominios. En suma, el jurista presupone una conceptualización de todas las ramas del saber suficiente para trazar las fronteras entre las distintas ramas del conocimiento en relación con el Derecho. Para elaborar esta idea, el jurista se sirve de una teoría o una concepción relativa a los límites de la práctica jurídica, la moral, las ciencias, y otros dominios que puedan entrar en colisión con el suyo, así hasta componer un mapa completo de las distintas ramas del saber⁵⁷. Esta teoría tratará de acomodar todos los fines y criterios de valoración propios de las distintas prácticas dentro de un esquema ordenado y coherente, de modo que todos ellos presenten un estado de equilibrio. Dado que es el jurista quien lleva a cabo esta tarea de conceptualización, y dado que la lleva a cabo en el contexto de su práctica específica, la teoría será una teoría interna al Derecho o propiamente jurídica. Su consecuencia, sin embargo, es de alcance global, porque consiste en un esquema de conceptos en el que estén acomodados todos los campos del saber. Por último, esta teoría o conceptualización global será revisable, porque la dificultad de ciertos casos nos interrogará en torno a la coherencia del esquema global defendido. Creo que la tesis, así presentada, es compatible con la percepción ordinaria de quienes practican las distintas ramas del saber, y que distinguen su práctica como una práctica autónoma y dotada de valoraciones propias; en el caso de la práctica jurídica, la idea es conciliable con la del jurista práctico y especializado, que puede percibir en su práctica una independencia de facto. Al mismo tiempo, la idea hace realista y verosímil la vieja fórmula holista según la cual el razonamiento propio de una determinada práctica, como la práctica jurídica, no puede comprenderse sin implicar un punto de vista sobre el saber en general⁵⁸.

⁵⁷ Lo que a continuación afirma MOULINES sobre los perfiles de una posible teoría es también aplicable a los perfiles de un dominio del saber, por ejemplo el Derecho: «El proceso de identificación de una teoría... también muestra rasgos holistas. Usted no puede determinar dónde se halla el ámbito de aplicación de la teoría tomando la teoría aisladamente: necesita considerar varios tipos de relaciones entre esta teoría y otras teorías». MOULINES, 1986: 327

⁵⁸ Creo que este punto de vista se adecua a las opiniones de V. VILLA, que apuesta por combinar la imagen unitaria de la ciencia y la autonomía metodológica parcial de cada una de las ciencias particulares. No creo que sea necesario apelar a una tradición filosófica post-positivista y wittgensteiniana para defenderla, como sí

Volviendo a las dos frases anteriores, creo que el juicio «el cineasta X era un artista excelente pese a su filiación nazi» incorpora algo más que una mera descripción de la práctica artística contemporánea, o la aplicación analítica de una definición de arte que podamos hallar en un diccionario: incorpora una teoría que sirve para conceptualizar las relaciones entre el arte y los otros dominios del saber (como la política), y para la cual el concepto de arte se halla despojado de compromisos morales, sociales y políticos. Pese a que estas conceptualizaciones obtienen frecuentemente un grado de consenso muy elevado, existen casos extremos que ponen en cuestión la teoría de la que proceden. De ese modo, la acusación de «dogmatismo del todo» con la que concluíamos el epígrafe 2 no tiene sentido: la teoría que sirve para vertebrar el todo es cuestionada de modo explícito en casos limítrofes que nos obligan a revisarla y a replantearnos su justificación. De hecho, la frase de nuestro ejemplo representa uno de estos casos difíciles, porque ha inducido con frecuencia a invocar teorías alternativas; se ha alegado así, por ejemplo, que el arte está ligado a funciones de liberación social, lo que podría justificar una conclusión como «el cine de X no es arte, sino demagogia». En cualquier caso, tanto este juicio como el anterior son juicios puramente internos a la práctica artística, y se justifican mediante teorías genuinamente estéticas: no son juicios políticos o morales, ni tampoco una mezcla confusa de arte y de política. Sin embargo, incorporan al mismo tiempo una conceptualización precisa entre los dominios del arte, de la política y de todos los demás. Es posible así compatibilizar una visión omnicomprensiva de las distintas ramas del saber y la percepción autónoma de cada práctica. Del mismo modo, el juicio «no aplicaré esta ley porque es extremadamente injusta» sería también un juicio genuinamente jurídico y justificado mediante argumentos internos al sistema; se podrá estar de acuerdo o no con la teoría o concepción de la práctica jurídica que subyace a dicho juicio, pero no discutir su carácter propiamente jurídico. Y, al mismo tiempo, el juicio presume una teoría sobre las relaciones entre Derecho, justicia y grados de injusticia, lo que remite a una teoría compleja de las relaciones entre Derecho y moral.

Por otro lado, en el caso del cuadro del unicornio, si juzgamos fuera de contexto la opinión de nuestro biólogo es también porque defendemos una concepción particular del arte en la que liberamos a éste de un compromiso necesario con la realidad empíricamente perceptible. El ejemplo nos sirve para salir al paso de un posible malentendido. Presumir que existen prácticas autónomas y dotadas de valoraciones propias, como hemos presumido nosotros, no implica una disolución contextualista de los conceptos de razón, objetividad y verdad en tantas versiones como prácticas distingamos. Al contrario, la tesis que propugnamos es que ha de existir un esquema coherente e in-

declara VILLA. Por otra parte, creo que la tesis aquí defendida se adecua a los anhelos de HARMAN de un holismo menos extremo que el representado por la integración de todo nuestro saber dentro de un sistema compacto, obediente a baremos unificados e invocado siempre en su totalidad. Podemos estar de acuerdo con HARMAN en que esta última tesis incorpora una idealización excesiva. Ver HARMAN, 1989: 112. El hecho de que la conceptualización de las distintas prácticas tenga lugar desde la perspectiva de la práctica jurídica nos libera de la presunción, realmente problemática, de que cada razonamiento jurídico supone la movilización de todo nuestro saber: no presumimos todo nuestro saber materialmente considerado, sino sólo una conceptualización de sus distintas ramas, una especie de mapa de situación relativo a sus límites y fronteras. De ese modo, el problema de cómo presumir el acceso cognitivo a la totalidad de nuestro conocimiento, que condujo a muchos teóricos holistas del conocimiento a proponer expedientes y recursos muy discutibles, queda desactivado en buena medida. Ver, por ejemplo, los problemas del expediente de BONJOUR, el recurso a la llamada «presunción doxástica», en BONJOUR, 1985: 103-106.

cluso de apoyo mutuo entre los distintos fines y valoraciones que presiden cada práctica autónoma⁵⁹. La réplica que le dirigimos al biólogo no incluye necesariamente juicios como «en arte hacemos real lo que en ciencia es irreal», «los conceptos de verdad y de objetividad en arte son completamente distintos a los de las ciencias», o «en arte los unicornios sí son reales»; nuestra postura se limita a defender una concepción del arte que permite calificar el cuadro debatido como una manifestación artística, y, probablemente, consideraría los anteriores juicios como exagerados e innecesarios. Del mismo modo, definir una conceptualización general de las distintas prácticas y su influencia en el Derecho a partir o desde la perspectiva de la práctica jurídica no implica una reconstrucción local y particular de las ideas de verdad, objetividad y realidad que se formule con absoluta independencia de las que rigen en las ciencias naturales; al contrario, los conceptos de verdad o de realidad que se introduzcan en la práctica jurídica habrán de conciliarse con los que están vigentes en otras prácticas, de modo que, si bien puede haber ocasiones en las que puedan divergir, no pueden aislarse de los mismos. Creo que esta idea se halla reflejada en el conocido expediente de la ficción jurídica. Nuestro Tribunal Constitucional define la ficción como un instrumento por el que, «contrariando la realidad», se introduce en el ámbito de aplicación de la norma un supuesto de hecho que, de otro modo, estaría excluido del mismo⁶⁰. Las razones por las cuales admitimos este tipo de afirmaciones son razones internas, necesidades de equidad o de justicia que se nos antojan especialmente importantes, y que nos llevan incluso a clasificar un caso dentro de un género al que no pertenece desde los tests epistémicos más frecuentes⁶¹. Ahora bien, aun en la hipótesis de que tolerásemos tanto el recurso como la definición del mismo que nos proporciona el Constitucional⁶², creo que resultará pacífico afirmar que la ficción no puede servir para proclamar sinsentidos o enunciados absurdos, o para negar hechos probados por las fuentes históricas, y ello aun cuando concurren argumentos de equidad y de justicia de cierto peso o importancia⁶³.

⁵⁹ Ésta es la única forma de evitar que ciertos ámbitos internamente coherentes, como la astrología y otros, se erijan en ámbitos auto-justificados merced a sus particulares baremos de verdad, objetividad y realidad. Ver THAGARD, 2004: sección «Isolation».

⁶⁰ STC 165/94 de 26 de mayo, fundamento jurídico 5. Creo que definición se asemeja a una de las definiciones doctrinales más conocidas: la de Lon FULLER. Como es sabido, este autor no duda en definir la ficción jurídica como enunciado falso (FULLER, 1930-31: 9), con las eximentes de que los jueces son plenamente conscientes de su falsedad y no abrigan la intención de engañar a nadie.

⁶¹ De hecho, si estas razones internas no se justifican, no será admisible incluir el caso en el supuesto de hecho al que no pertenece. No se puede, por ejemplo, invocar el instrumento de la ficción para violar la letra de leyes tan importantes como la Constitución. Para estos casos, el TC habla en el mismo párrafo de «imposibilidad jurídica». Sobre la inconveniencia de las ficciones en el Derecho constitucional, véase CALABRESI, 1985: 87-117.

⁶² No enfrentaremos esta interpretación con otras como la de GRAY, para quien una ficción es un mandato (GRAY, 1921: 32), o como la de HERNÁNDEZ MARÍN, para quien una ficción jurídica es un enunciado cualificador (1986: 141). El problema se complica aún más si distinguimos entre tipos de ficciones. Hay ficciones lógicas, en las cuales la afirmación falsa no es más que una herramienta lógica provisional que luego se desecha como mero andamiaje intelectual una vez demostrada la tesis defendida; hay ficciones narrativas y metafóricas, en las cuales la afirmación no sólo no se desecha, sino que se convierte en una especie de verdad jurídica... Definir el recurso de la ficción debería ser sensible a estas diferencias, lo que no siempre sucede. Ver *Notes*, 2002: 2228-2249.

⁶³ Como concluye CAMPBELL, alterar el ámbito de aplicación de la regla debe ser contrapesado con la pérdida de credibilidad que está implícita en cualquier alejamiento de nuestras concepciones normales sobre la realidad. Éste es, precisamente, el aspecto sobre el que BENTHAM concentró su famoso ataque a esta figura. CAMPBELL: 1983, 370. Ejemplo bien conocido de ficción que proclama un sinsentido es la decisión del juez británico

En suma, la suposición del sistema como totalidad incorpora una conceptualización de los límites del sistema jurídico, así como de los límites de otros sistemas de normas y de creencias, y ello porque todos estos sistemas son fuente permanente de casos difíciles que interrogan y ponen en cuestión las fronteras del sistema jurídico. El jurista necesita una teoría relativa al mapa completo del saber en relación con el sistema jurídico. Así interpretada, esta tesis puede neutralizar las críticas frecuentemente vertidas contra las visiones omnicomprendivas del saber: en primer lugar, esta tesis es compatible con la autonomía de la práctica jurídica; en segundo lugar, lo que esta tesis demanda del jurista no es más que una teoría jurídica, una concepción del Derecho y en relación con el Derecho que dé respuesta a interrogantes frecuentemente dirigidos a su práctica⁶⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J., 2000: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona: Ariel.
- ALBERT, H., 1968: *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen: Verlag Mohr.
- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*, New York: Reidel. Cito por la traducción al castellano de los autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1993.
- BAR-YAR, Y., 2003: *Dynamic of Complex Systems*, New York: Perseus Book Group.
- BAUM LEVENBOOK, B., 1984: «The Role of Coherence in Legal Reasoning», *Law and Philosophy*, 3.
- BONJOUR, L., 1969: «Knowledge, Justification and Truth», disertación presentada en Princeton University. En <http://www.ditext.com/bonjour/bonjour>. Última consulta: 30-VI-2007.
- 1985: *The Structure of Empirical Knowledge*, Cambridge: The Cambridge University Press.
- 2003: «In Search of Coherentism». En BONJOUR, L., y SOSA, E.: *Epistemic Justification*, Malden: Blackwell Publishing.
- BRADLEY, F. H., 1914: *Essays on Truth and Reality*, Oxford: The Clarendon Press.
- BRINK, D. O., 1989: *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, Cambridge: The Cambridge University Press.
- BROWN, C., 2007: «Two Kinds of Holism about Values», *The Philosophical Quarterly*, 57.
- BUNGE, M., 1999: *Buscar la filosofía en las ciencias sociales*, Madrid: Siglo XXI Editores.
- CALABRESI, G.: *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law: Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse (New York): The Syracuse University Press.
- CAMPBELL, K., 1983: «Fuller on Legal Fictions», *Law and Philosophy*, 2.
- COSTANZO, A., 1992: *Condizione di incoerenza*, Milano: Giuffrè.

que situó la isla de Menorca no en el Mediterráneo, sino en la parroquia de St. Mary Le Bow de Londres. Es muy cierto que esta aserción no podía ni quería engañar a nadie sobre la geografía de la isla; es dudoso, sin embargo, que ello redima por sí solo el razonamiento del juez (GRAY, 1921: 34). Ejemplo de manipulación histórica innecesaria es el voto particular del juez Marshall en *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, que recordaba la «larga tradición de trato especialmente sensible a los problemas raciales» del Derecho americano. *Notes*, 2002: 2239.

⁶⁴ Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación «Interpretación, argumentación y sistema jurídico» (Referencia SEJ2007-63792), beneficiado con una ayuda por la Dirección General de Investigación. Tampoco hubiera sido posible sin las observaciones y sugerencias del Prof. Miguel Ángel RODILLA, al que debo lo que pueda haber de bueno en este artículo.

- DAVIDSON, D., 1984: *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford: The Clarendon Press.
- DEMARCO, J. B., 1994: *A Coherence Theory in Ethics*, Amsterdam: Rodop.
- DUHEM, P., 1906: *La théorie physique; son objet; sa structure*. Cito por la versión inglesa «Physical Theory and Experiment», *New Readings in the Philosophy of Science*, New York: 1951.
- DWORKIN, R., 1986: *Law's Empire*, Cambridge: The Harvard University Press, 1986.
- 1991: *Foundations of Liberal Equality*, Salt Lake City: University of Utah Press. Cito por su edición en S. DARWALL y A. ARBOR (eds): *Equal Freedom: Selected Turner Lectures on Human Values*, The University of Michigan Press, 1995.
- 1996: «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy and Public Affairs*, 25. Cito por wwwserver.nyu.edu. Última consulta: 30-VI-2007.
- EDMUNDSON, W., 1994: «Comments on "The Coherence Theory in the Philosophy of Law"». En <http://law.gsu.edu/wedmundson/COHERENT.TLK.pdf>. Última consulta: 30-VI-2007.
- FODOR, J., y LEPORÉ, E., 1992: *Holism. A Shopper Guide*, Oxford: Basil Blackwell.
- FOLEY, R., 1979: «Justified Inconsistent Beliefs», *American Philosophical Quarterly*, 16.
- FRANZÉN, T., 2005: *Gödel's Theorem: An Incomplete Guide to Its Use and Abuse*. Massachusetts: AKPeters.
- FULLER, L., 1930-31: «Legal Fictions», *Illinois Law Review*, 25. Cito por la reedición de 1967 de Stanford, California: *Stanford University Press*.
- GOLDMAN, A., 1989: «Bonjour's Structure of Empirical Knowledge». En J. W. BENDER (ed.), *The Current State of Coherence Theory*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- GRAY, J. C., 1921: *The Nature and Sources of Law*, Gloucester: Peter Smith, reimpr. 1972.
- GUASTINI, R., 1996: *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli. Cito por la traducción al castellano de J. FERRER: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1999.
- 2004, «Proyecto para la voz "ordenamiento jurídico" de un diccionario», *Doxa*, 27.
- HAACK, S., 1993: *Evidence and Inquiry*, Oxford: Blackwell. Cito por la traducción de M. A. MARTÍNEZ, *Evidencia e investigación*, Madrid: Tecnos, 1997.
- HALBACH, V., 2003: «Can We Grasp Consistency?». En E. J. OLSSON (ed.), *The Epistemology of K. Lehrer*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishing.
- HARMAN, G., 1973: *Thought*, Princeton: The Princeton University Press.
- 1989: *Change in View*, Cambridge: MIT Press.
- HERNÁNDEZ GIL, A., 1979: «La noción de sistema en Savigny». En *Savigny y la ciencia del Derecho, I*, Revista de ciencias sociales. Valparaíso: Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1986: «Ficciones jurídicas», *Doxa*, 3.
- HOFFMASTER, B., 1980: «A Holistic Approach to Judicial Justification», *Erkenntnis*, 15.
- JOACHIM, H., 1977: *The Nature of Truth*, Westwood: Greenwood Press.
- LARENZ, K., 1960: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer: Cito por la traducción de M. RODRÍGUEZ MOLINERO: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ariel, 2001.
- LEHRER, K., 1997: *Self-trust. A Study of Reasons, Knowledge and Autonomy*, Oxford: The Clarendon Press.
- 1999: «Justification, Coherence and Knowledge», *Erkenntnis*, 50.
- MACCORMICK, N., 1984: «Coherence in Legal Justification». En A. PECZENIK, et al. (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht: Reidel Publishing.
- 1993: «Argumentation and Interpretation in Law», *Ratio Iuris*, 6.

- MARMOR, A., 1991: «Coherence, Holism, and Interpretation: The Epistemic Foundations of Dworkin's Legal Theory», *Law and Philosophy*, 10.
- MOORE, M., 1989: «The Interpretative Turn in Legal Theory; a Turn for the Worse?», *Stanford Law Review*, 41.
- 1992: «Moral Reality Revisited», *Michigan Law Review*, 90.
- MORESO, J. J., y NAVARRO, P. E., 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MOULINES, U., 1986: «The Ways of Holism», *Noûs*, 20.
- NOTES, 2002: «Lessons from Abroad: Mathematical, Poetic and Literary Fictions in the Law», *Harvard Law Review*, 115.
- OLSSON, E. J., 1999: «Cohering with», *Erkenntnis*, 50.
- 2002: «What is the Problem of Coherence and Truth?», *The Journal of Philosophy*, 99.
- OSBORNE, G., 1991: *The Hermeneutical Spiral*, Downers Grove: InterVarsity Press.
- PAGIN, P., 2005: «Meaning Holism». En E. LOPORE y B. SMITH (eds.), *Handbook of Philosophy of Language*, Oxford: The Oxford University Press.
- PEACOCKE, C., 1999: «Holism». En B. HALEY y C. WRIGHT (eds.) *A Companion to Philosophy of Language*, Malden: Blackwell.
- PÉREZ BERMEJO, J. M., 2006: *Coherencia y sistema jurídico*, Madrid: Marcial Pons.
- POLLOCK, J., 1997: «A Plethora of Epistemological Theories». En G. PAPPAS (ed.), *Justification and Knowledge*, Dordrecht: Reidel Publishing co.
- PUTNAM, H., 1986: «Meaning Holism». En L. E. HAHN y P. A. SCHILPP (eds.) *The Philosophy of W. V. Quine*, Chicago: Open Court, III.
- QUINE, W. V. O., 1963: *From a Logical Point of View*, New York: Harper & Row.
- RATTI, G. B., 2006: *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Milano: 2006, inédito.
- RAZ, J., 1970: *The Concept of a Legal System*. Oxford: The Clarendon Press.
- 1994: «The Relevance of Coherence», *Ethics in the Public Domain*, Oxford: The Clarendon Press.
- RESCHER, N., 1973: *The Coherence Theory of Truth*, Oxford: The Oxford University Press.
- 1974: «Foundationalism, Coherentism, and the Idea of Cognitive Systematization», *The Journal of Philosophy*, 71.
- RODRÍGUEZ, J. L., 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ROTT, H., 2001: *Change, Choice and Inference*, Oxford: The Clarendon Press.
- SARTORIUS, R., 1968: «The Justification of Judicial Decision», *Ethics*, 78.
- SAVIGNY, F. K. VON, 1849: *System des heutigen römischen Rechts, I*. Berlin: Veit und com. Cito por la traducción al castellano de W. GOLDSCHMIDT, «Los fundamentos de la ciencia jurídica», *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires: Losada, 1949.
- SOSA, E., 1980: «The Raft and the Pyramid: Coherence versus Foundations in the Theory of Knowledge», *Midwest Studies of Philosophy*, 5.
- SPOHN, W., 1999: «Two Coherence Principles», *Erkenntnis*, 50.
- STAVROPOULOS, N., 1996: *Objectivity in Law*, Oxford: The Clarendon Press.
- SUMMERS, R. S., y TARUFFO, M., 1991: «Interpretation and Comparative Analysis», en Robert S. SUMMERS y N. MACCORMICK eds., *Interpreting Statutes*, Aldershot: Dartmouth.
- TERSMAN, F., 1993: *Reflective Equilibrium*, Stockholm: Almqvist & Wiksell International.
- THAGARD, P., et al., 2004: «Knowledge and Coherence», <http://cogsci.uwaterloo.ca/Articles/Pages/epistemic.html>. Última consulta: 30-VI-2007.

- VILLA, V., 1984: «Legal Science between Natural and Human Sciences», *Legal Studies*, 4.
- VIOLA, F., 1987: *Autorità e ordine nel diritto*, Torino: Giappichelli.
- WILLIAMS, M., 1991: *Unnatural Doubt*, Oxford: Blackwell, 1991.
- 1999: *Groundless Belief. Second edition*, Princeton: The Princeton University Press.
- YOUNG, J. O., 1995: *Global Anti-realism*, Aldershot: Avebury.

REPRESENTANDO LA INFERENCIA DE HECHOS EN EL ÁMBITO JURÍDICO

Peter Tillers*

Cardozo School of Law, Yeshiva University

RESUMEN. El objeto del artículo es hacer un análisis de las complejidades que surgen cuando se intenta representar gráficamente las inferencias fácticas en el ámbito jurídico y proponer una serie de criterios que pueden servir de guía para cualquier intento de desarrollar un sistema adecuado de representación de inferencias. El prof. Tillers parte del análisis de las inferencias más simples, para sucesivamente mostrar al lector cómo es fácil llegar a situaciones en que la representación visual en el ámbito jurídico se hace muy compleja, de modo que sin un instrumento de representación adecuado se hace imposible de manejar. El prof. Tillers sostiene que para que las representaciones gráficas de las inferencias en el ámbito jurídico sean de utilidad, además de una notación adecuada, deben estar estructuradas del mismo modo que el cerebro organiza los pensamientos, a fin de que la representación gráfica fomente el análisis heurístico del material disponible.

Palabras clave: representación de inferencias prácticas.

ABSTRACT. The purpose of this paper is to analyse the complexities that arise when you try to picture the factual inferences in the legal field. In addition, it proposes a set of criteria that can serve as a guide for any attempt to develop an appropriate system to represent the inferences. Prof. Tillers starts from the analysis of simpler inferences to successively show the reader how it is easy to get to situations where the visual representation in legal matters grows very complex, so that to handle them without an adequate system of representation becomes impossible. Prof. Tillers finally argues that in order to make useful graphical representations of inferences in the legal field, as well as an appropriate notation, they should be structured in the same way that our mind organizes our thoughts, in order that the graphical representation improve heuristic analysis of the available material.

Keywords: representation of factual inferences.

* Me gustaría agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad de Seattle el futuro apoyo que me va a prestar, apoyo que posibilita que el presente trabajo salga a la luz. Una primera versión del mismo fue realizada como conferencia para la Facultad de Derecho de la Universidad de Sichuan el 6 de abril de 2004. Agradezco igualmente la hospitalidad y comentarios de mis anfitriones en dicha Universidad. Me gustaría agradecer también a la Facultad de Derecho Cardozo su apoyo en mi visita a China. Por último, me gustaría mostrar mi agradecimiento a David KAYE por sus comentarios a mi conferencia en China.

«El tiempo es la forma que tiene la naturaleza de impedir a la gente pensar en todo al mismo tiempo»

ANÓNIMO

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Imágenes frente a palabras

Un viejo refrán dice que una imagen vale más que mil palabras. No creo sin embargo que dicha afirmación pueda predicarse de todas las imágenes. De hecho, en lo que aquí nos ocupa, hace ya tiempo que se intenta utilizar imágenes (diagramas) que permitan describir la inferencia y la prueba en el ámbito jurídico con un éxito más bien escaso—alguno de dichos intentos ha sido de hecho un espectacular fracaso según veremos más adelante.

El presente trabajo plantea el papel que puede representar la visualización de los problemas de la evidencia¹ y de la inferencia desde un punto de vista diferente respecto del cual hasta ahora se había efectuado. Se parte aquí de la suposición de que, para que el uso de representaciones—gráficos, diagramas y cuadros— pueda facilitar la inferencia de hechos y, en definitiva, la actividad probatoria en el ámbito jurídico, las mismas deben ser expresadas de la misma forma que el cerebro obtiene y organiza su conocimiento de la realidad.

También se parte de la afirmación de que la inferencia tiene, en la práctica jurídica, cuatro características generales importantes: 1.º la complejidad y lo intrincado de las pruebas reunidas y ordenadas; 2.º la diversidad de los métodos para organizar la prueba; 3.º la influencia del tiempo y de los cambios en la inferencia, y; finalmente, 4.º el papel que la imaginación y la invención «heurística» tienen en la inferencia de hechos.

Este trabajo pretende demostrar que estas cuatro características sirven de apoyo a la idea de que los procedimientos informatizados de visualización de las cuestiones que plantea de la evidencia y la inferencia pueden ser más útiles y eficientes si: 1.º por un lado, mejoran la capacidad de los participantes en procesos jurídicos (reales o potenciales) de cambiar rápidamente entre la perspectiva global, o sintética, y granular, o analítica, en relación con la evidencia y con los diversos métodos de organizar la misma, y;

¹ *N. del T.*: La palabra «evidence» se puede traducir en el ámbito del Derecho procesal como «medio de prueba», «indicio» o más simplemente «prueba», ya que en la práctica se utilizan dichos términos de forma sinónima (aunque el último debería emplearse sólo para aquello que es objeto de prueba o el resultado de la práctica de la prueba). En la traducción, sin embargo, se empleará con carácter general el término «evidencia», que en español tiene un significado similar a «evidence» y se puede utilizar en cualquier contexto, lo mismo que en inglés, pues si bien no es una expresión habitual en el ámbito jurídico, lo cierto es que su campo semántico es más amplio que el de la expresión «medio de prueba», que sólo se emplea en el estrecho marco de los procesos judiciales (en el proceso penal se utiliza también el término «indicio»). Por su parte, la expresión «prueba» la reservo en general para la traducción de «proof» que vendría a ser «prueba efectiva», expresión esta última que sin embargo en español no se utiliza. No obstante, en ocasiones se utilizarán otros términos para traducir «evidence», tales como: hecho, indicio, medio de prueba e, incluso, pruebas, según el contexto, ya que como criterio general cuando se ha tenido que elegir entre ser coherente y ser claro se ha preferido en aras a la mejor comprensión del texto modificar los términos de la traducción (*traduttore traditore*).

2.º por otro lado, permite tener a la vista, tanto en los aspectos de fondo cuanto en los marginales, aquel conjunto de pruebas que no son el foco de la atención de ese participante mientras se halla concentrado en otro conjunto de evidencias. Hay razones para creer que es precisamente la, hasta la fecha, carencia de métodos de visualización que, de un lado, dispongan de varias capas de análisis y, de otro, que permitan examinar los problemas de la evidencia y de la inferencia de forma flexible, el motivo por el cual muchas de las fórmulas que se han propuesto para representar el proceso probatorio y los argumentos sobre el mismo, apenas tengan de interés para los potenciales usuarios y, consecuentemente, hayan devenido inútiles.

2. NORMAS, PRUEBA, Y EVIDENCIA

2.1. Las normas como imperativos condicionales² y autorizaciones condicionales, y la importancia de la prueba de los hechos

La mayoría de las normas son o imperativos condicionales o permisos condicionales. Del mismo modo, muchas normas contienen mandatos legales condicionales o autorizaciones condicionales. Las condiciones que encontramos en tales normas (condicionales), se refieren generalmente a posibles condiciones o situaciones de la realidad o a posibles sucesos de esa misma realidad. De las normas condicionales, por otra parte, procede la autoridad que permite aplicar la correspondiente consecuencia jurídica que, en cualquier caso, depende de que se constate la existencia o no de los supuestos de hecho que conforman los tipos concretos de acontecimientos de tal realidad. La existencia de imperativos y autorizaciones condicionales de carácter jurídico es una de las razones fundamentales de la importancia de la prueba de los hechos y de la proposición de prueba en los procedimientos judiciales, pues la función primaria —y quizá principal— de la proposición de prueba en tales procedimientos, es establecer una determinación vinculante en relación con la cuestión relativa a si existen los supuestos de hecho que conforman los tipos de sucesos o circunstancias que se han de constatar para la aplicación de la consecuencia jurídica (*v. gr.* la pena en los delitos, la validez de un negocio jurídico).

2.2. Relaciones entre la evidencia y la prueba de los hechos

Existe en la comunidad jurídica de los Estados Unidos —y probablemente en la mayor parte del mundo— un consenso relativo a que los procedimientos legales, especialmente en juicios en que se debaten cuestiones de hecho, deben resolverse por medio de pruebas mejor que por medio de ordalías, *v. gr.* se está en general de acuerdo, afirmándolo negativamente, que no hay ontología conocida que establezca que algo o alguien en el cielo pueda proporcionar respuestas fiables a las preguntas acerca de la certeza de los hechos.

² *N. del T.*: En español jurídico usualmente se utiliza la expresión «imperativo hipotético» siguiendo una tradición neokantiana, pero la expresión utilizada también es admisible (*vid.* FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, voz «Imperativo») y es más fiel al original.

3. LA INCERTIDUMBRE DE LA INFERENCIA Y EL LENGUAJE

3.1. La incertidumbre de la inferencia de hechos y de la prueba de hechos

El Derecho probatorio [*law of evidence*]³ americano descansa sobre el presupuesto de que la prueba nunca o raramente establece de forma concluyente que un suceso o sucesos se produjeron o no, y que la prueba raramente, si alguna vez lo hace realmente, establece que sea cierto que un suceso concreto haya tenido existencia real, ocurriéndose o no en la realidad.

3.2. El lenguaje y la notación para hablar acerca de la inferencia de hechos sobre los que no existe certidumbre

Hay varias maneras formalmente equivalentes de hablar sobre la inferencia de hechos sobre los que no existe certidumbre. Un tipo de discurso hace uso de la siguiente notación:

H = hipótesis sobre un hecho
 E = evidencia
 | = dado, asumiendo que

Visto de esta forma, la proposición de la prueba en los procedimientos legales hace posible para el que tiene que valorar la prueba —el «juzgador de hechos»— hacer un juicio sobre:

H|E

V. gr. la hipótesis del hecho *H* dada la evidencia *E*.

3.3. Nomenclatura y notación para el enlace entre las evidencias y las hipótesis: denotando y representando la inferencia

Pensamos que la relación entre una hipótesis sobre un hecho *H* y una evidencia *E* envuelve un posible *paso* de *E* a *H*. Hay muchas maneras de enfatizar la existencia de tal posible paso desde la evidencia hasta la hipótesis sobre un hecho. Una de las formas de hacerlo, es la clase de gráfico que se muestra como *Figura 1*:

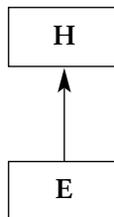
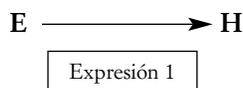


Figura 1

³ En buena parte del mundo, las normas que regulan el uso de los medios de prueba en los procedimientos judiciales se denominan «Derecho de pruebas» (*law of proof*) en lugar de «Derecho de las pruebas» (*law of evidence*). En este trabajo se utilizarán ambas locuciones en forma indiferente.

La conexión entre H y E puede ser también dibujada en la forma que se muestra en la *Expresión 1*:



En cualquier caso —cualquiera que sea la manera que elijamos para describir el enlace entre E y H — en el mundo de habla inglesa el paso que va desde E hasta H se denomina convencionalmente «inferencia»^{4,5}.

3.4. Inferencia, incertidumbre y teoría de la probabilidad

Es casi imposible hablar de la inferencia de hechos sin tener en cuenta la teoría de la probabilidad. Si creemos que la prueba de los hechos implica más la incertidumbre que la certidumbre de la inferencia, es normal pensar que la teoría de la probabilidad puede jugar un importante papel para la prueba de los hechos y para el dominio de la técnica de los procedimientos probatorios en los procesos legales. De hecho, la siguiente clase de expresiones en términos de probabilidad estándar puede ser correctamente interpretada como una reafirmación de los dos conceptos principales que este trabajo ha discutido hasta este momento:

$P(H|E)$

Expresión 2

En esta expresión (como antes)

H = hipótesis de hecho

E = evidencia

| = dado

El nuevo símbolo aquí es:

P = probabilidad

Las expresiones de la forma $P(H|E)$ expresan, valga la redundancia, *probabilidad condicionada*. Desde el punto de vista de la teoría de la probabilidad, un juicio acerca

⁴ La connotación ordinaria de la palabra alemana «*Folgerung*» difiere de la connotación ordinaria de la palabra inglesa «*inference*». «*Folgerung*» encaja mejor con la palabra inglesa «*deduction*». La palabra inglesa «*inference*» a menudo denota y connota una inferencia sobre la que no existe certidumbre.

⁵ *N. de T.*: El DRAE define inferencia como «acción de inferir», e inferir como «sacar una consecuencia o deducir algo de otra cosa», que en mi opinión es un significado muy similar al que la palabra «*inference*» tiene en habla inglesa, toda vez que se diferencia de la «deducción» (acción de deducir) en que ésta consiste en «sacar consecuencias de un principio, proposición o supuesto» (DRAE), lo que lleva a que también en español la inferencia denota una cierta incertidumbre (a diferencia de la deducción) y, consecuentemente, que la correspondencia entre la palabra inglesa y la española sea bastante precisa.

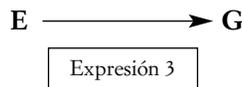
de la relación entre E y H es un juicio acerca de una probabilidad condicional. Esto significa que desde el punto de vista de la referida teoría una inferencia a partir de una evidencia es un juicio sobre la probabilidad de una hipótesis como H dada alguna otra proposición, suceso o evidencia como puede ser E . Por tanto, la probabilidad P de la hipótesis o proposición H dada E , expresa el grado de incertidumbre de la proposición H dada la proposición, premisa, suceso o evidencia E .

La teoría de la probabilidad —en particular en su rama bayesiana⁶— proporciona un poderoso instrumento para el estudio de la inferencia de hechos sobre los que no existe certidumbre y la prueba de hechos en asuntos judiciales y procedimientos. Este trabajo, en cualquier caso, no trata (al menos no directamente) de la relación existente entre la teoría de las probabilidades y la inferencia de hechos sobre los que no hay certidumbre o la prueba de hechos no concluyentes en el ámbito jurídico. La tarea de este trabajo es paralela a la de la teoría de la probabilidad.

4. REPRESENTANDO INFERENCIAS SIMPLES Y COMPLEJAS

4.1. Representando inferencias simples

En este apartado sugiero que hay razones para sospechar o creer que la representación gráfica y visual de la prueba de los hechos en los procedimientos judiciales puede ser útil para, al menos, algunos de los participantes en el proceso. La exposición efectuada hasta ahora, sin embargo, no parece que sugiera la imperiosa necesidad de la representación visual o gráfica de la inferencia de hechos. Expresiones tales como la Expresión 3:



Parecen perfectamente inteligibles. De hecho, con inferencias de esta simplicidad quizá pudiésemos incluso dispensar la utilización de la notación simbólica. Supongamos que E representa «el acusado escapó de la prisión» y G «la culpabilidad penal del acusado»⁷. ¿Ganamos algo diciendo o escribiendo $E \rightarrow G$? Parece que podemos en-

⁶ *N. de T.*: Para los no familiarizados con esta terminología, se entiende por probabilidad «bayesiana» aquella que tiene su base (o más bien su origen) en el trabajo del Rev. BAYES sobre el cálculo de la probabilidad de un suceso «An Essay towards solving a Problem in the Doctrine of Chances» (se pueden encontrar en el libro *Evidence, Proof, and Facts. A book of Sources*, de P. MURPHY, pp. 438 a 457), aunque también es habitual denominarla probabilidad pascaliana. Las alternativas, si mi información no es incorrecta, son, de un lado, la probabilidad inductiva o baconiana (*vid.* COHEN, 1977: *The probable and the provable*, Oxford, pp. 121 y ss., que en buena parte se encuentra traducido en el libro de AISA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, pp. 261 a 371), y, de otro, las funciones de credibilidad de SHAFER (1976: *A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton University Press). Una buena exposición de todo ello se encuentra en SCHUM, 2001: *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Northwestern University Press, un bayesiano bastante convincente.

⁷ *N. de T.*: Recuérdese que «culpabilidad» o «culpa» en inglés es «*guilt*» (G).

tender *perfectamente* las proposiciones del tipo que a continuación mostramos incluso si las mismas se expresan en lenguaje ordinario:

i) Dada la evidencia de que el acusado escapó de prisión, la culpabilidad penal del mismo es posible.

ii) Dada la evidencia de que el acusado escapó de prisión, de ello infero que el acusado es culpable.

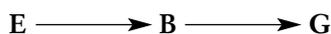
De hecho, a menudo el uso de la notación simbólica conlleva el riesgo de que se enmascaren las ambigüedades e incertidumbres que inmediatamente aparecen cuando se usa el lenguaje común (tal como el usado *ut supra*).

No obstante, sería prematuro concluir que las representaciones visuales y gráficas de los problemas de la inferencia de hechos son inútiles. Antes debemos considerar el hecho de que la inferencia, a menudo, es más compleja de lo que hasta ahora se ha expuesto.

4.2. Inferencias complejas

Las inferencias «simples» incluyen una única hipótesis (fáctica) tal como H y una única premisa (evidencia) tal como E . Las inferencias «complejas» por el contrario implican más de una inferencia.

Un ejemplo judicial habitual de inferencia compleja lo constituye la cuestión de la probabilidad de la posible culpa G de un acusado dada la evidencia E de que el acusado escapó de prisión. ¿Son las expresiones como la Expresión 3 suficientes para describir la cuestión o cuestiones que están en disputa cuando una evidencia tal que E es tomada en consideración? Muchos estudiosos del Derecho piensan que no, piensan que la Expresión 3 debe ser ampliada hasta alcanzar al menos dos inferencias como en la Expresión 4:



Expresión 4

E = fuga (*escape*)

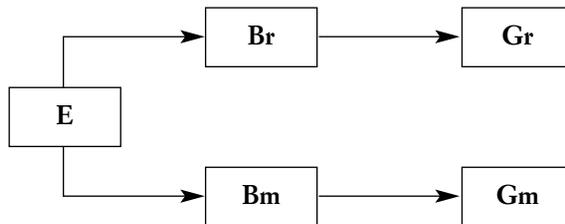
B = creencia (*belief*) del acusado en su culpabilidad

G = culpabilidad (*guilt*)

4.3. Inferencias más complejas. Ramificando la inferencia

La existencia de inferencias complejas —inferencias que contienen más de un único paso inferencial— crean la posibilidad de ramificar la inferencia. Nada en la lógica impone que la inferencia en una red de inferencias tenga que tener siempre la forma de una única cadena. Nada en la lógica impone tampoco que una premisa fáctica deba servir para sustentar una única inferencia. La ramificación de las inferencias es en consecuencia posible.

En ocasiones, por otra parte, ramificar enlaces (o ramificar series de enlaces) parece *obligado*. Por ejemplo, el problema que conlleva la fuga de *E* comienza con una cadena sencilla (*vid.* Expresión 1). La inferencia simple adopta siempre la forma de una cadena única. En ocasiones, sin embargo, el problema permanece en la forma de una simple cadena aun cuando el problema se vuelve más complejo (*vid.* Expresión 4). Pero supongamos que (i) el imputado, el fugado, va a ser juzgado por robo y es posible que, en el momento de la fuga, (ii) crea que es culpable de robo y (iii) crea que es igualmente culpable de *asesinato*. En esta situación es igualmente probable que la Expresión 4 no llegue a describir el problema de la evidencia y la inferencia muy bien. En este sentido, el gráfico de la Figura 2 es una representación del problema más adecuada —porque el gráfico de la Figura 2 tiene dos cadenas con origen en una única premisa fáctica *E*: a diferencia de la Expresión 4, el gráfico de la Figura 2 deja claro que la fuga *E* del imputado sirve de sustento a dos series alternativas de inferencias, una que se dirige hacia la inferencia de robo (*robbery*), y otra, hacia la inferencia de asesinato (*murder*).

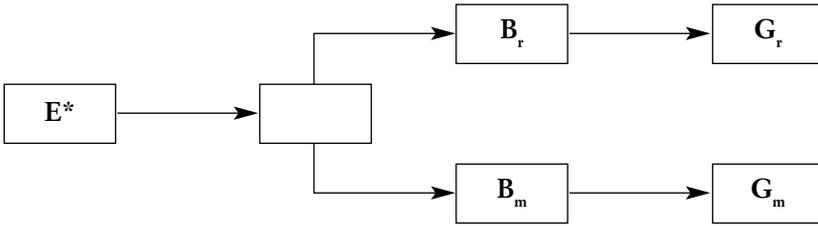


B_r = creencia (*belief*) del imputado en su culpabilidad por robo (*robbery*)
 G_r = culpabilidad (*guilt*) del imputado por robo (*robbery*)
 B_m = creencia (*belief*) del imputado en su culpabilidad por asesinato (*murder*)
 G_m = culpabilidad (*guilt*) del imputado por asesinato (*murder*)

Figura 2

4.4. Otra causa de la complejidad de la inferencia: La incertidumbre en la fuente

Junto a su capacidad de hacer brotar ramas, las cadenas de inferencias tienen la capacidad para hacerse más largas. Es más, en algunos casos *deben* crecer más si se quiere representar adecuadamente los problemas de la evidencia y la inferencia. Por ejemplo, la cadena de inferencias abierta en la Figura 2 debe crecer si no existe certeza sobre la premisa fáctica de la cadena —la proposición representada por el símbolo *E*—. La ampliación que muestra la Figura 3 es necesaria si existe incertidumbre sobre la premisa *E* y descansa en una declaración testifical (*testimonial report*) no concluyente, siempre que el resto de los pasos del complejo de inferencias permanezca igual.



E^* = declaración testifical del suceso E (escape)
 E = suceso E (escape)
 B_r = creencia (belief) del imputado en su culpabilidad por robo (robbery)
 G_r = culpabilidad (guilt) del imputado por robo (robbery)
 B_m = creencia (belief) del imputado en su culpabilidad por asesinato (murder)
 G_m = culpabilidad (guilt) del imputado por asesinato (murder)

Figura 3

4.5. Otra fuente de complejidad de la inferencia: La expansión de la cadena de inferencia por descomposición

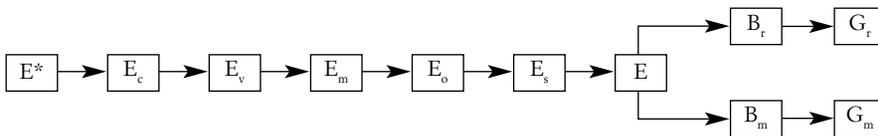
En la medida que voy usándola, la complejidad de la inferencia se encuentra determinada enteramente por el número de inferencias de una red de inferencias. Sin embargo, el número de inferencias de un problema depende en gran parte del punto de vista del observador. Como la percepción del observador se va refinando progresivamente —a medida que el observador de un problema disecciona el problema de la prueba en más partes—, el número de inferencias posibles en un complejo de inferencias puede multiplicarse. Por ejemplo, el observador puede concluir que un enlace en concreto de la cadena o red de inferencias en realidad debe contener varios enlaces en lugar de uno solo.

Consideremos la cadena de inferencias que ha evolucionado en la red que tenemos en la Figura 3. Esta red puede ser desgranada y, por tanto, ampliada. Supongamos que el observador de la declaración testimonial E^* cree (como el Derecho americano supone) que los juicios de credibilidad de un testigo no son juicios primarios o irreducibles, sino que son juicios compuestos basados en juicios parciales sobre varios atributos del sujeto del que proceden, que parecen constituir las declaraciones del tipo de E^* . Supongamos en concreto que el observador del problema cree que el juicio compuesto sobre la creencia, o credibilidad, de tal clase de declaraciones depende de juicios sobre los siguientes atributos del sujeto del que proceden:

- N , la capacidad del testigo de comunicar;
- V , la buena voluntad de una persona al afirmar lo que cree que es verdad;
- O , el grado de objetividad de un testigo y, por tanto, la capacidad de la persona de interpretar objetivamente las señales sensoriales que sus sentidos le transmiten;
- M , la capacidad de una persona de retener en la memoria (en el cerebro) el recuerdo original que dejaron las señales sensoriales que sus sentidos le enviaron; y, finalmente,

S, la capacidad de los órganos sensoriales del testigo para recibir correctamente las señales que el entorno envía a dichos órganos.

Si el observador, o el analista, cree que las inferencias y juicios sobre cada uno de estos atributos personales —«cualidades del testigo» («*testimonial qualities*»)— son necesarios para determinar la credibilidad de una declaración testifical, este analista —si quiere usar representaciones de la clase que aquí analizamos y si quiere que tales representaciones sean adecuadas al problema al que tiene que enfrentarse— *debe*, en el caso del problema de la evidencia de la fuga, ampliar el gráfico de la Figura 3 de tal manera que el mismo tenga enlaces adicionales, o inferencias, que encontramos en la red que muestra la Figura 4.



E^* = si la fuente (el testigo que declara) de E^* declara lo que él quiere decir

E_c = si la fuente afirma lo que él cree que es verdad

E_v = si la fuente ahora piensa lo que él originalmente pensó de datos que le proporcionaron los sentidos

E_m = si la interpretación de la fuente de señales sensoriales es imparcial

E_o = si los órganos sensoriales de la fuente recogen con precisión los estímulos que reciben sus sentidos

Figura 4

4.6. Otras formas de complejidad en la inferencia: Proposiciones subordinadas y evidencia subordinada

Una serie de inferencias de la clase de las que encontramos en la Figura 4 puede ser aún más compleja —y adquirir una estructura más compleja todavía— si añadimos proposiciones subordinadas. Una proposición subordinada es una proposición que puede ayudar a sostener una posible inferencia en la serie, cadena, red o malla de inferencias principales. Si un conjunto de posibles inferencias forma una escala y cada posible inferencia es un escalón de la misma, las proposiciones subordinadas son los asideros adyacentes a cada escalón que proporcionan el soporte necesario para el ascenso de un escalón al siguiente⁸.

Las proposiciones subordinadas pueden asociarse con cualquier paso de la cadena. Pueden también ser asociadas con juicios concretos sobre los atributos de una testifical —tales como veracidad, sensibilidad de los sentidos, etc.— que sean pertinentes

⁸ La metáfora de la escala no es perfecta. Por ejemplo, cuando se sube una escala de inferencias, uno no puede mejorar su situación en la escala saltando a escalones que uno todavía no ha alcanzado. En este sentido, subir una escala de inferencias es, probablemente, más parecido a subir la pared vertical de una montaña mediante el procedimiento de ir picando una serie de agujeros en la pared vertical para afianzar el pie a cada paso.

para un juicio de conjunto, o una inferencia, acerca de la credibilidad de un testigo. Consideremos una vez más el problema hipotético que envuelve la declaración E^* de la fuga E . En dicha situación uno podría correctamente desear tomar en consideración una proposición como D , «Una persona con degeneración grave de la mácula del ojo normalmente no puede percibir o procesar estímulos visuales que sean indicativos de las características del rostro de una persona a una distancia de 30 metros». Si esta proposición subordinada se añade al dibujo de la posible inferencia que tenemos, el argumento basado en la evidencia E^* puede ahora tener el aspecto de la Figura 5.

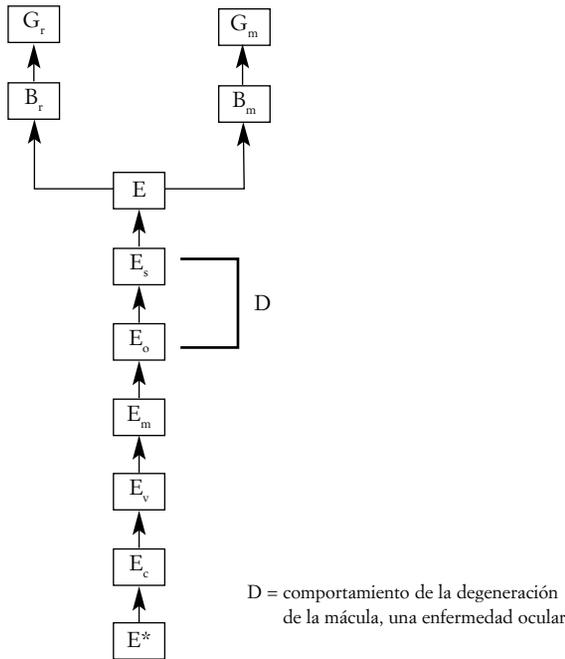


Figura 5

El complejo⁹ de inferencias que muestra la Figura 5 llega a ser más intrincado si la evidencia acerca de posibles proposiciones subordinadas como D son tenidas en consideración. Por ejemplo, la persona que hace juicios acerca de la capacidad del testigo para percibir con sus ojos, puede apoyarse en un manual sobre enfermedades y en unos

⁹ Deliberadamente uso la polisémica palabra «complejo» («complex») en lugar de la más concreta «red» («network»). En la teoría de los gráficos los nodos pertenecen a la misma red (*network*) sólo si se encuentran enlazados directa o indirectamente por flechas. En el esquema que yo uso, las proposiciones subordinadas (y la evidencia subordinada a la que se encuentra enlazada) no se encuentran enlazada a los nodos de la red de inferencias primaria; las proposiciones subordinadas y la evidencia subordinada que las soporta no se encuentran directamente enlazadas a la red de inferencias principal a la que rodean y sostienen (este criterio no carece de controversia, pero es común, especialmente entre analistas jurídicos de la estructura de la inferencia).

pocos artículos de periódico sobre la degeneración de la mácula del ojo o, finalmente, en conversaciones con gente experimentada que le expliquen el significado de sus conversaciones con los oftalmólogos. Un ejemplo de un diagrama que tome en consideración tales evidencias subordinadas aparece en la Figura 6.

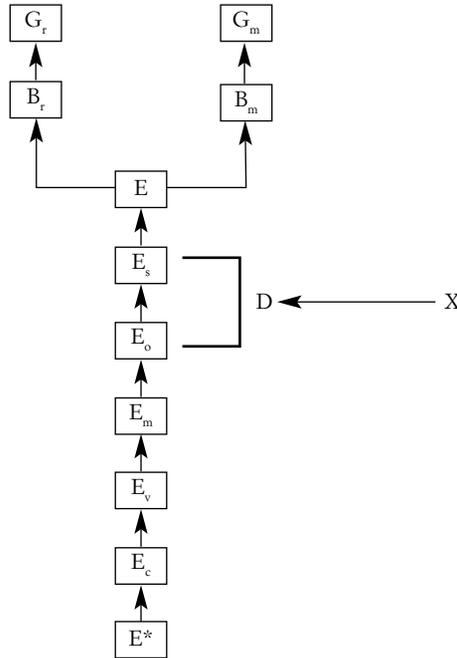


Figura 6

Sería tedioso, e innecesario, demostrar mediante ejemplos específicos que la elaboración de redes de inferencia subordinadas puede generar complejidad adicional de carácter sustantivo e intrincabilidad en los complejos de inferencia relacionados. Baste decir que las redes de inferencias subordinadas pueden incrementar la complejidad de las ya complejas inferencias en alguna o alguna de las siguientes formas:

- i) cada enlace de la cadena principal de inferencias puede asociarse con múltiples proposiciones subordinadas y no sólo con una¹⁰,
- ii) Cualquier proposición subordinada puede ser asociada a varios elementos de prueba —o incluso a un importante conjunto de evidencia subordinada— y no sólo a uno¹¹, y

¹⁰ Por ejemplo, en la cadena mostrada en la Figura 6, una proposición o proposiciones sobre otra enfermedad ocular o daño ocular puede ser pertinente para juzgar acerca de la sensibilidad de los sentidos del testigo que hace la declaración E^* .

¹¹ Por ejemplo, prácticamente existe la certeza de que, en el caso, una gran cantidad de evidencia científica puede servir como base para cualquier proposición subordinada acerca de las características de la degeneración de la mácula.

iii) El enlace entre las proposiciones subordinadas y las evidencias que sostienen dichas proposiciones puede ser indirecto más que directo, pues la senda entre la evidencia y las proposiciones subordinadas puede tener (y frecuentemente así sucede) la misma clase de estructura de escala o malla que la red de inferencias principales normalmente tiene.

4.7. Sopesando los costes y beneficios de la visualización de la inferencia compleja

Algunas de las concretas redes de inferencias y diagramas de inferencia que hemos analizado pueden parecer complejos, y, por supuesto, hay un cierto sentido en el que las clases de redes y diagramas de inferencias que hemos estado analizando son de hecho complejos: pueden contener numerosos nodos y, por tanto, numerosas proposiciones. Pero en otro sentido, los tipos de redes complejas y diagramas complejos que hemos estado analizando hasta ahora son relativamente *simples*.

La complejidad de las redes y diagramas que se han analizado es atribuible casi por entero al número de nodos —y, por tanto, de proposiciones— que tienen estas redes y diagramas. Una red o diagrama de inferencias que es complejo por este motivo puede, por supuesto, consumir una gran cantidad de tiempo y recursos del usuario o del diseñador del mismo. Pero cuando la complejidad se deriva principalmente del número de proposiciones en un complejo de inferencias, se puede sostener que no es *difícil*. Ello se debe a que cuando la complejidad se debe únicamente al número de posibles inferencias en una serie de inferencias hay una relativamente simple y eficaz estrategia para abordar el problema: la estrategia para abordar cadenas de inferencias simples con numerosos nodos es *dividir y conquistar*. Comenzando por el principio, consideremos cada inferencia posible en orden; hagamos un juicio acerca de cada posible inferencia; vayamos entonces a la siguiente inferencia de la serie de inferencias y repitamos el proceso¹². Afirmando, por el contrario, que la estrategia adecuada consiste en lo siguiente: i) trabajar en la escala de inferencias sobre un solo escalón cada vez; y, ii) cuando se tenga un nuevo punto de apoyo en la escala, se deja atrás la parte de la escala en la que se había estado con anterioridad.

La estrategia de dividir y conquistar —o estrategia de un paso cada vez— es relativamente sencilla y utilizándola es relativamente fácil mantener las exigencias de tal

¹² Mi sugerencia de una estrategia de dividir y conquistar no es una tentativa por mi parte de unirme a una discusión ya iniciada entre teóricos de la probabilidad, científicos informáticos y otros estudiosos sobre técnicas para mejorar el manejo de redes de inferencia complejas. Los motivos por los que las redes de inferencias se encuentran bajo discusión en estos círculos —fundamentalmente redes de Bayes— es facilitar el cálculo de probabilidades condicionales dependientes; el motivo de la discusión en estos círculos es diseñar estrategias que eviten la formación de redes de inferencias que generen demandas de cálculo que sean, bajo ciertos estándares, excesivas. Mi objetivo en el estudio de las redes de inferencia no es descubrir métodos de análisis o cálculo que puedan imitar o reemplazar las operaciones de inferencia originales del cerebro humano, como tampoco lo es, ni mucho menos, el desarrollo de procedimientos para la valoración automatizada de las incertidumbres inferenciales. Este trabajo, en su lugar, asume que el cerebro humano de alguna manera se las arregla para desarrollar complejos cálculos inferenciales y, por tanto, tiene por objeto sólo una cuestión: ¿Qué clase de representaciones visuales (si las hay) —o qué clase de instrumentos— pueden ayudar al cerebro humano (o al organismo humano) a desarrollar la compleja actividad inferencial un poco mejor de lo que lo hace actualmente?

proceder en mente. La estrategia de dividir y conquistar a la hora de construir una serie de inferencias tiene la ventaja adicional de permitir que los pasos terminados sean excluidos del pensamiento una vez que la inferencia ha sido considerada y valorada, sólo se precisa tener en consideración la línea base o línea principal, y una vez la siguiente posible inferencia de una serie ha sido determinada, nuevamente sólo debemos tener en mente la línea base o principal. Este rasgo de la estrategia de dividir y conquistar —o estrategia de subir la escala de inferencias escalón a escalón, dejando los escalones subidos previamente atrás y fuera del pensamiento— sugiere que las ventajas de visualizar los problemas de las inferencias complejas pueden no ser tantas como podíamos imaginar. Quizá los seres humanos puedan dirigirse —paso a paso— a través de «complejos» problemas de evidencia e inferencia sin el soporte de ayudas como gráficos, cuadros y diagramas. Y si estas ayudas se necesitan para trabajar a través de una larga serie de inferencias, quizá una lista escrita a mano de la serie de inferencias podría considerarse suficiente.

Un observador amistoso podría precipitarse en la defensa de los postulantes de la visualización y decir:

Esto es ridículo. La representación visual de los problemas de evidencia e inferencia no son una varita mágica, es evidente que no resolverá todos los problemas, y quizá podamos pasar sin ella. Pero los cuadros, diagramas y gráficos sin duda son útiles en algún grado. Realmente no hay debate. ¡Visualicemos!

Pero por mucho que me gustase seguir el consejo de tan amable observador, no puedo. La defensa de la visualización que hace mi hipotético observador se basa en la presunción de que la visualización no tiene costes. Esta presunción, sin embargo, carece de fundamento.

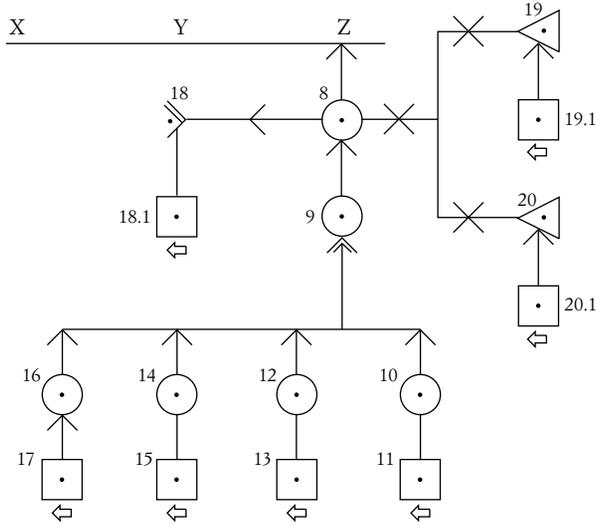
El uso de técnicas de visualización del pensamiento para describir la inferencia de hechos efectuada a la sombra de la ley conlleva un precio exacto —y dicho precio en el caso de algunas técnicas de visualización de los problemas de evidencia puede ser muy gravoso—. Por ejemplo, algunos de los métodos de visualización de problemas de inferencia propuestos hacen uso de una gramática «antinatural», entendiendo por tal la que no es *a priori* familiar a los usuarios potenciales y requiere una considerable inversión de tiempo para el dominio de dichos tipos de representaciones visuales¹³. Además, es posible, e incluso probable, que la utilización de algunas de las técnicas para construir los gráficos visuales de los problemas de evidencia e inferencia demande inversiones sustantivas de tiempo y recursos incluso después de que se haya alcanzado a dominar la gramática de un método concreto de representación visual.

La experiencia histórica sugiere que es juicioso ser cauto a la hora de inflar las demandas y expectativas sobre los beneficios que puede traer la visualización de los problemas de evidencia e inferencia. El esfuerzo realizado por el más eminente de los estudiosos americanos de la técnica de la visualización del pensamiento, John Henry WIGMORE, constituyó un espectacular fracaso. Él dibujó diagramas como el de la Figura 7.

¹³ Nadie debería asumir gratuitamente que el uso de visualización llegará a compensar en coste el lenguaje y discurso ordinarios (no visuales).

§ 33. Same: an Example Charted. We shall thus have charted the results of our reasoning upon the evidence affecting any single probandum. But this probandum will usually now in its turn (ante, § 8) become an evidentiary fact, towards another probandum in a catenate inference. The process of charting and valuation has then to be renewed for this new pronantum; and so on until all the evidence has been charted, and the ultimate probanda in issue under the pleadings have been reached.

The following portion of a chart will illustrate (taken from the case of *Com. v. Umilian, post*, § 38):



Z is one of the ultimate probanda under the pleadings, viz. that the accused killed the deceased. Circle 8 is one of the evidentiary facts, viz., a revengeful murderous emotion. The arrowhead on the line from 8 to Z signifies provisional force given to the inference.

Fuente: J. H. WIGMORE, *Principles of judicial proof* (1.ª ed., 1917). Vid. también J. H. WIGMORE, *The science of judicial proof as given by Logic, Psychology, and General experience and illustrated in judicial trials* (3.ª ed., 1937).

Figura 7

WIGMORE obligaba a sus estudiantes a hacer gráficos con los problemas de evidencia. WIGMORE también intentó que los abogados usasen sus métodos de análisis de la prueba mediante gráficos, pero no tuvo éxito en este ámbito. Tras la muerte de WIGMORE, por otra parte, ningún estudiante se tomó la molestia de usar el método de análisis mediante gráficos de WIGMORE. En resumen, el método de análisis de la evidencia y la inferencia mediante gráficos (*method of charting*) se hundió como una bola de plomo^{14,15}.

¹⁴ TWINING, 1985: *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford U. Press.

¹⁵ N. de T.: No quisiera que la referida crítica hiciese que los lectores de habla hispana se llevaran una impresión errónea acerca de WIGMORE, que sin duda es el autor más importante de habla inglesa junto a BENTHAM y quizá THAYER en la materia.

Es posible que el proyecto de grafiar la evidencia y los argumentos relativos a la evidencia estén condenados al fracaso. Es también posible, sin embargo, que haya una explicación diferente para el fracaso de WIGMORE: es posible que los gráficos de WIGMORE fracasaran porque eran confusos y estaban mal diseñados; es posible finalmente que los esfuerzos de WIGMORE se hundieran porque sus diagramas eran *malas representaciones*¹⁶. Quizá la cuestión importante no es *si* las imágenes, gráficos, cuadros y diagramas pueden ser útiles, sino *qué clase* de imágenes o diagramas lo son.

Pero si aceptamos esta hipótesis, nos enfrentamos a una cuestión *realmente difícil*¹⁷: ¿*Qué clases concretas* de imágenes, diagramas, gráficos y cuadros pueden probar su utilidad a los participantes en la actividad inferencial que se lleva a cabo en la trastienda de los procedimientos judiciales hipotéticos o reales?

Para comenzar¹⁸ a responder¹⁹ esta cuestión, es necesario examinar con más profundidad cuál es la forma en que los seres humanos organizan su conocimiento del mundo.

5. REPRESENTANDO INFERENCIAS COMPLEJAS «DIFÍCILES»

5.1. Patrones de inferencia no-Markov²⁰

Los argumentos hasta ahora expuestos en este trabajo rechazaban en gran parte el argumento de que la existencia de inferencia compleja por sí sola justifique el uso de

¹⁶ Se han hecho serios e impresionantes esfuerzos para remover parte de la confusión de los diagramas de Wigmore y para hacerlos más acertados y eficientes. En especial ANDERSON y TWINING, *Analysis of Evidence: How to do things with facts based on Wigmore's Science of Judicial Proof* (Little, Brown & Co., 1991, republished by Northwestern U. Press, 1998) —N. de T.: hay una segunda edición de este trabajo de 2005, publicada por Cambridge U. Press, en la que también participa David A. SCHUM, reconocido especialista en probabilidad y prueba legal—. Cfr. SCHUM, 1996: *A Probabilistic Analysis of the Sacco and Vanzetti Evidence*, Wiley & Sons. Estos esfuerzos, que continúan, han tenido sin embargo un éxito limitado: el método de grafiar la evidencia Wigmoreano aún no ha sido ampliamente adoptado por los estudiosos del Derecho, los abogados en ejercicio o los jueces. No obstante lo cual, hay signos del creciente interés de los profesionales del Derecho en las estrategias de grafiar Wigmoreanas y neo-Wigmoreanas. Vid. v. gr. PALMER, 2003: *Proof and the preparation of Trials* (Thomson Lawbook Co.).

¹⁷ Es importante no perder de vista que es difícil construir diagramas, guías, gráficos y símbolos de cualquier clase que sean útiles. Prueba de ello es que el mundo está lleno de señales visuales mal diseñadas. Para más información, ver, TUFTE, 1997: *Visual Explanations*; TUFTE, 1990: *Envisioning Information*; KAUFMANN, 1999: *Visualitation. Using Vision to Think* (que incluye una discusión acerca de un «documento lente» que permite a los usuarios ver los documentos «simultáneamente en general y en detalle»).

¹⁸ Este trabajo no intenta discutir todas o incluso muchas de las cosas que son importantes para un diseño acertado de gráficos o guías. El autor no se encuentra cualificado para ello. El trabajo en su lugar examina sólo dos o tres rasgos que parecen ser necesarias para hacer que la técnica de visualización del pensamiento de la prueba de hechos funcione bien. Estos rasgos concretos son también importantes a causa de su implicación en la cuestión general de cómo los seres humanos comprenden y organizan su comprensión del mundo en el que viven y actúan.

¹⁹ Aunque no puede haber una respuesta universal a esta pregunta. Los problemas de evidencia e inferencia envuelven una amplia variedad de tareas y problemas y, en correspondencia, una amplia y diversa clase de representaciones visuales pueden intentar ser beneficiosas, al menos lo suficiente para sobrepasar los costes de usarlas.

²⁰ N. del T.: Una cadena de Markov, que recibe su nombre del matemático ruso Andrei Andreyevich MARKOV (1856-†1922, *Calculo de probabilidad*, San Petersburgo: Academia de Ciencias, 1.ª ed., 1900, 2.ª ed., 1908), es una serie de sucesos, en los cuales la probabilidad de que ocurra un suceso depende del suceso inmediato anterior. En efecto, las cadenas de este tipo tienen memoria, «recuerdan» el último suceso y esto condiciona las posibilidades de los sucesos futuros. Esta dependencia del suceso anterior distingue a las cadenas de Markov de las series de sucesos independientes, como tirar una moneda al aire o un dado.

apoyo visual en la investigación forense de los hechos y su prueba. El argumento fue rechazado algo presuntuosamente —en gran parte con base en que algunas formas de inferencia compleja son relativamente «simples»—. El rechazo fue presuntuoso porque incluso si hay un procedimiento sencillo para abordar largas cadenas de posibles inferencias, es casi seguro que es útil alguna clase de gráfico o lista tabulada para estar al tanto del progreso dirigido a una larga serie de inferencias. Es sin embargo necesario revisar la cuestión de la importancia de visualización de alguna clase en tales contextos. La razón es que en el mundo real las posibles inferencias que han de ser valoradas casi nunca toman la forma de una serie lineal de inferencias. Consideremos el diagrama contenido en la Figura 8.

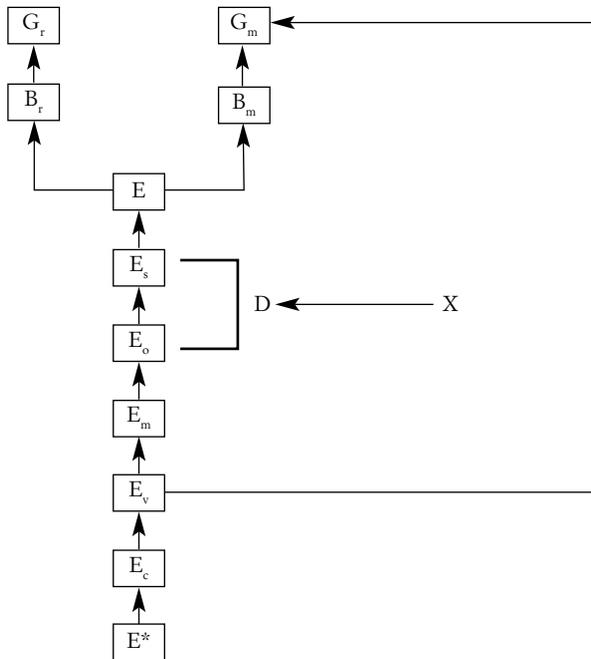


Figura 8

El diagrama de la Figura 8 ilustra el simple hecho de que un enlace en una parte baja de una escala de inferencias puede tener un vástago —es decir, que un escalón, o nodo, en la serie de inferencias enlazadas pueda encontrarse anudado por una flecha que se extienda, no sólo al siguiente escalón de la escala de inferencias, sino a algún escalón superior—. La Figura 8 describe una situación en la que una persona que valora la evidencia cree que la inclinación de un testigo a decir la verdad puede estar influida —o afectada— por alguna proposición ulterior de la cadena de inferencias. Por ejemplo, Walter es interrogado sobre si su hijo Albert escapó o no de prisión. Walter puede encontrarse menos inclinado a declarar la verdad E* sobre la fuga de Albert E que

de la fuga de otra persona si Walter cree que la información que pueda aportar sobre la fuga de Albert *E* incrementaría de forma relevante las posibilidades de que su hijo Albert fuese declarado culpable de asesinato. El arco lateral generado saltando a un escalón superior de la cadena expresa la proposición de que la veracidad de la declaración de Walter puede verse afectada por el último hecho en disputa del caso.

En la clase de situación representada en la Figura 8 —una situación en la que hay una posibilidad de que puedan existir enlaces directos entre las partes bajas y altas de la cadena o escala de inferencias—, una persona que valore la evidencia de la fuga *E** no debe cortar con la fase anterior de la escala de inferencias antes de haber valorado las posibles conexiones entre la parte baja y la parte alta de la escala de inferencias que está tratando de construir y escalar. En esta situación la clase de estrategia dividir y conquistar que he descrito no es válida. El procedimiento apropiado aquí, por tanto, no puede consistir en abordar cada inferencia de la serie de inferencias en el orden en que las mismas aparecen en la cadena o escala. La existencia de enlaces laterales que salten los nodos equivale a una confirmación de que algunos de los escalones de la escala de inferencias deben ser considerados «en forma independiente a su orden».

Situaciones de la clase representada por la Figura 8 son la norma más que la excepción. Por ejemplo, un conjunto de atributos testimoniales —la memoria, la veracidad, la capacidad sensorial, etc. de los testigos— puede verse afectada por la clase de suceso o situación cuya existencia o no se declara; la gente es más capaz de percibir, recordar, etc., ciertos tipos de sucesos que otros.

La teoría de los gráficos enseña que la complejidad de una red y la dificultad de desarrollar las tareas en una red de posibles inferencias se encuentran no solo en función del número de nodos de la red²¹. La complejidad de una red de inferencias y la dificultad de la tarea que describe se encuentra igualmente en función del patrón de enlaces entre los nodos en la red. La existencia de enlaces «laterales» de la clase de los que encontramos en la Figura 8 incrementa en gran medida la complejidad de la red de inferencias²².

Los gráficos del tipo de la Figura 8 son redes no-Markov. Las redes Markov limitan los tipos de dependencias que pueden ocurrir entre probabilidades condicionales en las redes de inferencia, y así limitan las demandas de cálculo que la red de inferencia probabilística puede generar. A este trabajo sin embargo no le concierne la cuestión de las demandas de cálculo generadas por la utilización de redes de inferencias con patrones no-Markov; pues lo que a este trabajo concierne ahora no es intentar desarrollar procedimientos que minimicen la dificultad de cálculo dependiente de

²¹ La complejidad de una red de inferencias se encuentra igualmente en función del número de enlaces, o flechas, de la red. Una red es un tipo de gráfico. El volumen del problema de cálculo descrito por un gráfico es $g(n) = 2^n$ donde n es el número de ingredientes (nodos y flechas) de tal gráfico. Vid. SCHUM, D., 1994: *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, § 4.5, at, 181-182.

²² El número de enlaces puede incrementarse exponencialmente si se permiten los enlaces laterales. Por ejemplo, consideremos un «gráfico completo» — K_n —, un gráfico en el que cada nodo se encuentra conectado con cada uno de los otros nodos. Si n representa el «número de nodos», el número de flechas —y, por tanto, el número de dependencias entre las probabilidades condicionales en una red de Bayes (un tipo especial de gráfico— es igual a $n(n-1)/2$. Vid. Eric Weisstein's World of Mathematics, <http://mathworld.wolfram.com/CompleteGraph.html>.

probabilidades condicionales. Pero el hecho de que las redes no-Markov incrementen en gran medida la dificultad de cálculo de las probabilidades condicionadas en las redes de inferencias es sugestivo: induce a sospechar que la clase de patrón de posibles inferencias analizado en la Figura 8 incrementa en gran medida tanto la complejidad cuanto la magnitud de la tarea de valorar las posibles inferencias y que, con base en ello, la visualización de al menos algunas clases de problemas de evidencia e inferencia pueden ayudar sustancialmente a la gente que debe ordenar tan complejo y difícil trabajo.

No obstante, mientras que la complejidad y dificultad de los patrones de inferencia tales como los descritos en la Figura 8 pueden por sí solos justificar la sospecha de que algunos métodos de visualización de problemas de evidencia e inferencia en asuntos legales pueden ser útiles, prefiero no utilizar el argumento de que el beneficio de la visualización depende completamente de la indubitada existencia de la clase de «compleja inferencia» que encontramos en la Figura 8, pues hay argumentos incluso mejores para sostener la afirmación de que la representación visual de problemas de evidencia e inferencia puede ser beneficiosa. Además, dichas consideraciones adicionales sugieren igualmente cómo pueden ser visualizados los problemas del tipo de la Figura 8 de modo que sea útil²³.

6. REPRESENTANDO ACTIVIDAD INFERENCIAL DIVERSA, DINÁMICA Y CÍCLICA

6.1. Principios generales

Para los actuales propósitos tres características del proceso de valoración que utilizan las personas son particularmente importantes:

- i) La actividad inferencial de las personas es *dinámica*; ocurre dentro del tiempo y también al margen del mismo.
- ii) La actividad inferencial de las personas es *cíclica*; los engaños del tiempo y la imaginación humana requieren con frecuencia que el terreno inferencial anteriormente atravesado sea revisado.
- iii) La inferencia que hacen las personas implica *diversas* estrategias para organizar la evidencia, y ningún algoritmo o regla conocidos especifica cómo interactúan recíprocamente las referidas estrategias.

Estas características de la inferencia que efectúan las personas sugieren que las ventajas de representaciones visuales son sustanciales y, quizás más importante, sugiere que ciertos tipos específicos de visualización es probable que sean particularmente beneficiosos.

²³ Los argumentos empleados en este trabajo sugieren que el método de representación que encontramos en la Figura 8 es normalmente insuficiente para los complejos problemas del mundo real, cuya solución no puede ser completamente automatizada. De hecho, la teoría de los gráficos muestra que la estructura de gráficos como los que se recogen en la Figura 8 hace imposible, en muchas instancias, *calcular* la solución incluso si las proposiciones de los gráficos y los enlaces entre ellos pueden ser expresadas matemáticamente (como las probabilidades condicionales y los ratios de probabilidad).

6.2. Multiplicidad de métodos de organizar la evidencia: «Plan de Organización»²⁴

La investigación para ser eficaz —y, también, yo creo, la valoración eficaz de hipótesis sobre hechos en general— implica un conjunto de métodos de organizar o de ordenar la evidencia²⁵. El cuadro 9 es una representación de algunos importantes métodos de organización de la prueba (a este conjunto de estrategias de organización de la evidencia le he otorgado el mote de Plan Marshal).

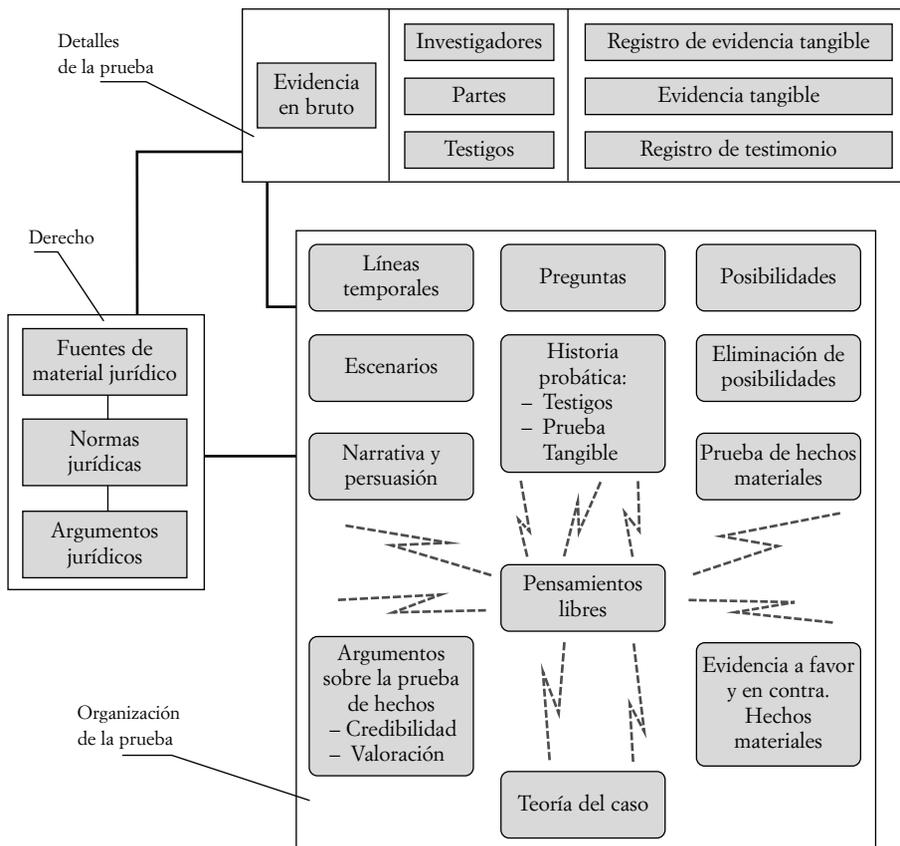


Figura 9

²⁴ N. de T.: Se trata de un juego de palabras que se pierde en español «Marshaling Evidence» (organizar la evidencia) y «Marshal Plan» (Plan de Organización y también el conocido «Plan Marshal»).

²⁵ TILLERS y SCHUM, 1991: *A theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931. See «pre-print» en <http://tillers.net/fpaper.html>. Véase también SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, §§ 9.4-9.4.2 (Wiley & Sons, 1994, republished by Northwestern U. Press, 2001); SCHUM, 1999: *Marshaling Thoughts and Evidence During Fact Investigation*, 40 S. Tex. L. Rev. 401.

6.3. Ilustración de las interacciones entre las distintas estrategias de organización de la evidencia: líneas temporales y escenarios

El espacio no nos permite aquí la discusión de los detalles de todos los variados métodos de organizar y de recopilar la evidencia representada por los iconos de la Figura 9. Analizaré sólo algunos de esos métodos de organizar la evidencia y comenzaré con una breve discusión acerca de las líneas temporales y los escenarios, así como las relaciones entre ellas. Hablaré más adelante del método de organización que yo denomino «teoría del caso».

6.4. Definición de las líneas temporales y de los escenarios

Una *línea temporal* es un orden cronológico posible de una serie de acontecimientos posibles. Los acontecimientos posibles son aquéllos sugeridos por la evidencia. Un *escenario*, por el contrario, es una hipótesis sobre las conexiones o las influencias posibles entre los acontecimientos posibles en un cierto lapso temporal; un escenario, por tanto, es una hipótesis sobre la influencia de acontecimientos anteriores en acontecimientos subsiguientes. Además, aunque que un escenario puede incluir los acontecimientos que tienen cierto soporte fáctico, puede también contener acontecimientos posibles para los cuales no hay otro soporte que la imaginación de las personas y los otros acontecimientos del escenario: en otras palabras, en los escenarios se permiten los acontecimientos puramente conjeturales.

6.5. Relación entre el número de detalles probatorios y el número de las líneas temporales

Cantidades pequeñas de evidencia pueden generar una cantidad grande de secuencias cronológicas distintas de sucesos posibles. Escojamos un ejemplo sencillo. Supongamos que tenemos únicamente los informes de los cuatro hechos siguientes:

XX afirmó: «Nunca ha existido un hombre tan detestable como YY».

XX golpeó la cabeza de YY.

YY golpeó la cabeza de XX.

El cráneo de YY se rompe.

¿Cuántas hipótesis o posibilidades reales pueden sugerir o apoyar estos cuatro hechos?

Asumamos que los informes de estos cuatro hechos son perfectamente creíbles y dignos de crédito. Así, nuestras reflexiones sobre estos cuatro hechos, se refieren solamente a su orden cronológico.

Incluso si asumimos esta premisa para simplificar, es bastante obvio que los informes de los cuatro acontecimientos pueden apoyar o sugerir una variedad de hipótesis o posibilidades fácticas.

Por ejemplo, los informes de los cuatro acontecimientos sugieren la siguiente secuencia posible de los posibles acontecimientos (Secuencia n.º 1):

YY golpea a XX en la cabeza.
 XX golpea la cabeza de YY.
 La cabeza de YY se rompe.
 XX afirmó: «Nunca ha existido un hombre tan detestable como YY».

La siguiente secuencia posible de acontecimientos posibles (Secuencia n.º 2) también es apoyada por los informes de los cuatro acontecimientos descritos arriba:

XX afirmó: «Nunca ha existido un hombre tan detestable como YY».
 XX golpeó la cabeza de YY.
 YY golpeó la cabeza de XX.
 El cráneo de YY se rompe.

La secuencia n.º 3 también es apoyada o sugerida por los informes anteriormente descritos de los cuatro acontecimientos:

YY golpeó la cabeza de XX.
 El cráneo de YY se rompe.
 XX golpeó la cabeza de YY.
 XX afirmó: «Nunca ha existido un hombre tan detestable como YY».

Resulta innecesario catalogar cada secuencia posible de los cuatro acontecimientos. Es suficiente observar que la Secuencia n.º 1, la Secuencia n.º 2, y la Secuencia n.º 3 no son hipótesis sobre hechos idénticos; son diferentes.

Este punto puede ser generalizado: si n = el número de acontecimientos, el número de secuencias temporales posibles de esos acontecimientos es $n!$ ²⁶. Esto significa que con apenas cinco (5) acontecimientos sobre los que se informe, el número de las secuencias posibles del acontecimiento es 120. Si hay apenas diez (10) acontecimientos sobre los que se informe, el número de las secuencias cronológicas posibles del acontecimiento se eleva a 3.628.800.

El número de posibles líneas temporales aumenta dramáticamente si los acontecimientos tienen una duración en el tiempo y pueden solaparse. El número de posibles líneas temporales otra vez aumenta dramáticamente si se piensa que las diferencias en que la *cantidad* de tiempo entre los acontecimientos produce distintas líneas temporales²⁷.

6.6. Interacciones entre escenarios y líneas temporales

Aunque los escenarios y las líneas temporales difieran (en la forma mencionada), las líneas temporales en cualquier caso *están* en relación con escenarios. Por ejemplo, aunque las líneas temporales no son ellas mismas escenarios, sí tienen la capacidad de *sugerir* escenarios: los sucesos colocados en la línea temporal son escalones sobre los

²⁶ N. de T.: Para los juristas: $n!$ no es un error tipográfico, significa «ene factorial», y, en el lenguaje de la rama matemática denominada «combinatoria», es el número de ordenaciones diferentes de «n» elementos. Esto es, responde a preguntas como ¿Cuántas ordenaciones pueden hacerse de un mazo de 52 cartas? Así, el número de combinaciones de cinco elementos (5!) es de $5 \times 4 \times 3 \times 2 = 120$, etc.

²⁷ La cantidad de tiempo entre sucesos puede ser muy significativa. Por ejemplo, si hay informes sobre dos sucesos «XX grita: “Odio a YY” y “XX disparó a YY”». Una cosa es la hipótesis de que el suceso «XX gritó: “Odio a YY”» ocurrió 60 segundos antes de que «XX disparó a YY», y otra muy distinta es la hipótesis de que el suceso «XX gritó “Odio a YY”» tuviera lugar 60 años antes de que «XX disparó a YY».

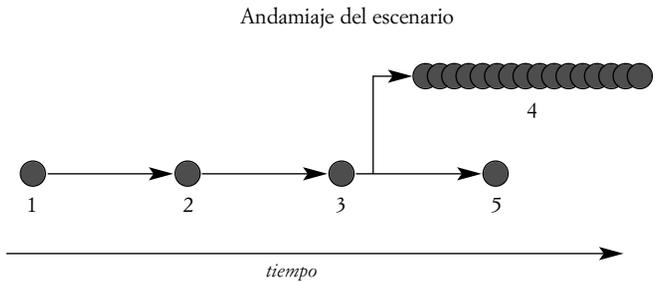
que los escenarios —hipótesis causales que incluyen sucesos puramente conjeturales— a menudo se sostienen.

Los siguientes símbolos pueden ser usados para construir eventos cronológicos, o líneas temporales:

Gramática para líneas temporales

- = Sucesos para los que hay evidencia
- = Llapso de tiempo; paso del tiempo

Esta notación se puede utilizar para construir líneas temporales tales como la que se muestra en la Figura 10.



- 1 = Pedro Demandante (PD) entra en la tienda
- 2 = Alguien dispara a Pedro Demandante
- 3 = PD recobra la consciencia y es llevado al hospital
- 4 = Quique El Sucio (QS) desaparece y no reaparece
- 5 = PD se somete a tratamiento médico y cirugía

Figura 10

La notación mostrada arriba puede ser utilizada también para construir escenarios:

Gramática para escenarios

- = Sucesos para los que hay evidencia
- = Relleno de huecos; sucesos hipotéticos; sucesos para los que carecemos de otra evidencia distinta que el escenario
- = Llapso de tiempo; paso del tiempo

La línea temporal en la Figura 10 puede provocar o sugerir la formación del escenario de la Figura 11.

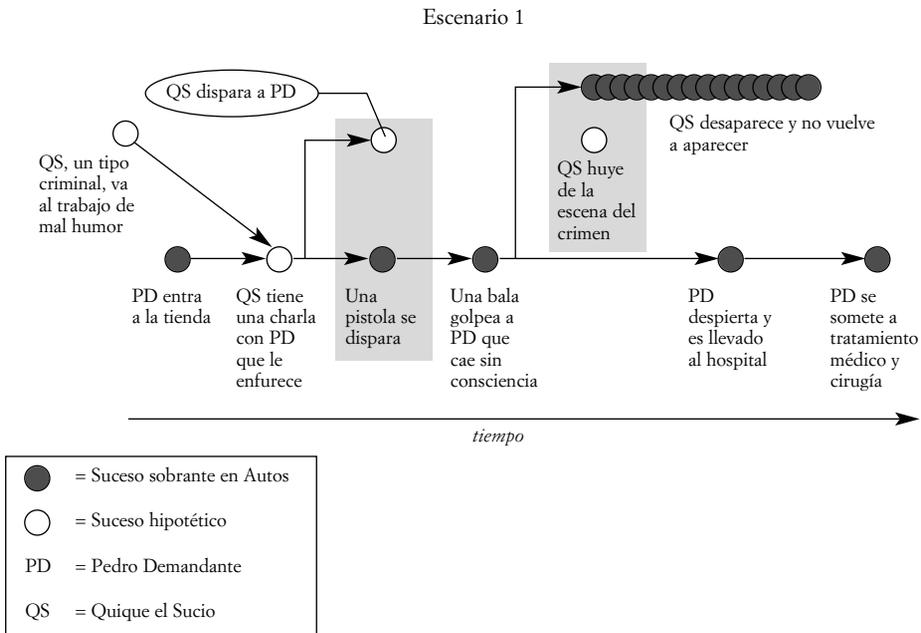


Figura 11

Las hipótesis causales pueden cubrir los huecos de sucesos en las líneas temporales porque aunque los sucesos en las líneas temporales sean solamente sucesos «posibles», en las líneas temporales los sucesos posibles siempre tienen *algún* soporte fáctico. Esto es importante para el análisis de escenarios en procesos judiciales porque cuando las partes tienen en mente la posibilidad de un proceso judicial, intentan reconstruir escenarios que tengan posibilidades plausibles de ser considerados ciertos. En estos supuestos, el soporte evidencial proporciona razones para pensar que un concreto escenario puede ser verdad, más allá de lo que la imaginación desbordada pueda sugerir.

6.7. Contracción y expansión de las posibilidades fácticas por medio de escenarios

Los escenarios pueden reducir el número de posibles secuencias de sucesos en juego. Hay al menos dos formas en que esto puede ocurrir: La primera, porque algunas secuencias de sucesos posibles no ocurren en los escenarios porque puede entenderse razonablemente que el suceso anterior de una secuencia temporal tendrá influencia sobre el suceso siguiente, aunque el nexo causal entre los dos sucesos no necesariamente existe si el orden es invertido. Por ejemplo, es razonable pensar que la caída de una roca

del cielo puede causar un agujero en el suelo, pero no es admisible pensar que la aparición de un agujero en el suelo pueda causar la caída de una roca del cielo. La segunda, porque algunos sucesos posibles de las líneas temporales se convierten en posibilidades carentes de interés en los escenarios, ya sea porque ciertos sucesos de las líneas temporales carecen de soporte probatorio suficiente, ya sea porque dichos sucesos no son sugeridos suficientemente por los sucesos ya admitidos del referido escenario.

Pero los escenarios también tienen una característica que les permite la expansión de las posibilidades fácticas, y además es un tipo de expansión que no puede ocurrir en las líneas temporales. En los escenarios, son admisibles los sucesos puramente hipotéticos —esto es, sucesos sin soporte evidencial directo—. Si se permite a la imaginación vagar libremente, un gran número de escenarios y sucesos hipotéticos pueden ser construidos alrededor de los hechos a disposición del tribunal, los sucesos que tienen círculos negros denotan sucesos que tienen soporte evidencial. Por ejemplo, la Figura 12 muestra un segundo escenario colgado sobre el andamaje de la línea temporal de la Figura 10.

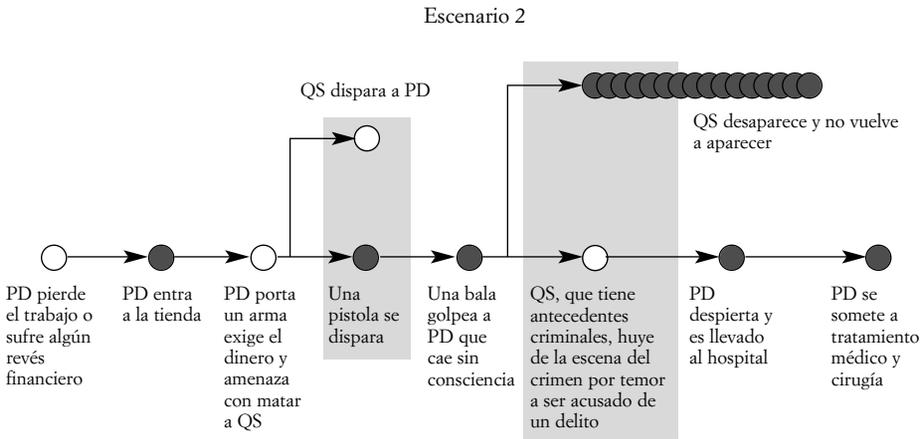


Figura 12

Muchos otros escenarios son posibles.

6.8. Lecciones generales de los ejemplos de interacción entre líneas temporales y escenarios

La clase de interacción que he expuesto entre escenarios y líneas temporales ocurre, con carácter general, entre otras formas de organización de la evidencia. Estas interacciones tienen tres importantes características:

1.^a Cada uno de los métodos de organización de la prueba implicados en tales interacciones tienen capacidad de generar —y con solo un poco de esfuerzo y detenimiento, cada estrategia puede normalmente generarlas— estructuras de gran densidad e intrincación.

2.^a Las interacciones entre las estructuras generadas por las variadas estrategias de organización de la evidencia no se encuentran reguladas por ninguna regla o algoritmo discernible.

3.^a Las interacciones entre las variadas formas de organizar la evidencia son cíclicas más que acíclicas:

Por ejemplo, una línea temporal puede sugerir un escenario, que a su vez puede sugerir la posibilidad de alguna nueva evidencia, que una vez disponible, puede traer como resultado un conjunto de líneas temporales, que pueden nuevamente sugerir otros escenarios, y así sucesivamente.

6.9. Obstáculos a la visualización explícita de problemas de evidencia e inferencia

La complejidad de los caracteres enunciados en el apartado precedente genera una variedad de obstáculos ante cualquier intento de hacer explícito el proceso de interacción y valoración de los hechos, o de hacer que el proceso de inferencia de los hechos sea inteligible para el pensamiento consciente. Un obstáculo es el problema de la coordinación o armonización de las múltiples estrategias de organización de la evidencia que los seres humanos usan o deberían usar para hacer conjeturas sobre cuestiones de hecho bien fundamentadas en los procedimientos judiciales. Aunque no existe ninguna regla que me haya sido posible encontrar para describir la manera en la que las variadas estrategias de organización se relacionan, estas estrategias de organización sin duda se influyen mutuamente. Por ejemplo, si encontramos inconsistencias entre las variadas estructuras y complejos generados por los múltiples métodos de organización de la evidencia mostrados en la Figura 9, ello puede llevar a que todo el conjunto se derrumbe. Puede llevarnos a la conclusión de que, o bien la evidencia e información disponibles no ofrecen soporte suficiente para algunas hipótesis de hecho, o bien que una persona pertrechada sólo con las conclusiones y juicios extraídos por medio de varias estrategias de organización aún no está en disposición de tener suficiente base para hacer un juicio correcto acerca de algún problema de evidencia e inferencia.

6.10. Una representación general de armonización de los resultados de las diversas estrategias de organización de la evidencia

El diagrama que contiene la Figura 13 ilustra la clase de coordinación o armonización que el investigador, el abogado en juicio o el juzgador de los hechos debería intentar conseguir —¿Y quizá debe conseguir?— para resolver satisfactoriamente el problema de la evidencia y la inferencia en procedimientos legales.

La Figura 13 representa la clase de posición que las partes, *v. gr.* los abogados, pueden aspirar a alcanzar cuando participan en el proceso probatorio de hechos en cuestiones legales.

Adviértase que la Figura 13 es una *representación*²⁸.

²⁸ Aunque, dada mi exposición de las relaciones entre distintas estrategias de organización de la evidencia —relaciones que pueden ser justamente caracterizadas como «evocativas»— el diagrama de la Figura 13 no es,

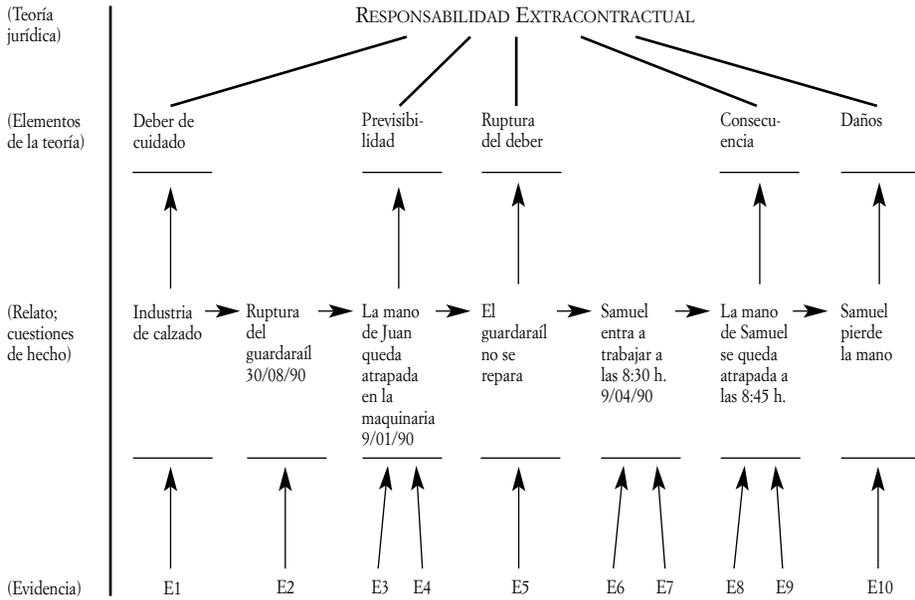


Figura 13

La pregunta es si tal representación —o cualquier representación o diagrama similar— es de alguna utilidad a las partes, como los abogados en juicio, para conseguir sus objetivos. Esta es la cuestión fundamental que intenta responder este trabajo.

6.11. Los potenciales beneficios de representaciones generales de los problemas de evidencia e inferencia

Hay razones para pensar que esta clase de representaciones generales puede ser útil a aquéllos que toman parte de una investigación forense y que pretenden probar algo.

En primer lugar, es útil tener una guía que dé cuenta de una conjetura razonable acerca del camino que uno debería o podría tomar en el intento de investigar o probar un caso en algún foro jurídico. Se necesita *algún* plan de ataque —si uno no está ya ocupado en una actividad relacionada con una prueba sin fin—. El mero hecho de que uno pueda tener que modificar o incluso abandonar un plan de ataque tentador no demuestra que no se necesite uno. Es necesario hacer algunas apuestas relacionadas con la actividad probatoria si queremos tener éxito.

En segundo lugar, la clase de representación que hay en la Figura 13 es útil porque proporciona un modo coherente y significativo de poner las partes o problemas de un

estrictamente hablando, una red. En términos de teoría de los gráficos, la Figura 13 no es una red auténtica, pues las flechas entre los nodos de la Figura 13 no representan relaciones lógicas, sino que representan, hablando en términos generales, relaciones psicológicas posibles.

caso juntos. Los estudios efectuados por psicólogos y otros muestran o sugieren de forma insistente que la capacidad de la gente para recordar y retener información, generalmente y, de forma muy perceptible, aumenta si se organiza la información de modo que sea significativa para ellos de acuerdo con algún patrón que puedan discernir y mantener en su mente²⁹.

En tercer lugar, el diagrama de la Figura 13 es útil incluso si deja fuera una gran cantidad de detalles. De hecho el diagrama es útil *precisamente porque* deja fuera del mismo una gran cantidad de detalles.

La capacidad de las personas para dotar de sentido las cosas depende de la simplificación. Los detalles, cuando son excesivos, confunden. La confusión impide el pensamiento. La exclusión de detalles innecesarios facilita una perspectiva global, una perspectiva sintética, la capacidad de ver las relaciones entre las partes principales de un problema complejo. Esta clase de perspectiva sintética o global es esencial para el funcionamiento efectivo de cualquier actividad compleja que implique la utilización simultánea de varios procesos. Intentar resolver un problema de evidencia e inferencia complejo es un poco como intentar tirar de un carro con un burro y un caballo; has de saber cómo trabaja el burro y como trabaja el caballo, pero también has de saber cómo trabajan ambos juntos. ¡Y pobre de ti como tengas que usar una hiena y un leopardo juntos!

6.12. Un requisito básico para el uso de guías y representaciones generales en la inferencia: las representaciones deben permitir al usuario ver la representación general mientras se conservan importantes detalles en mente

El pensamiento sintético es esencial, pero no es la única forma importante de pensamiento para la valoración de la evidencia. La comprobación de los aspectos de detalle de la evidencia, los problemas de la evidencia y los argumentos acerca de la evidencia son igualmente importantes; son *esenciales*. La importancia incuestionable de los detalles presenta dos enigmas: El primero, las personas son incapaces de mantener todo lo que saben o creen en la cabeza al mismo tiempo. ¿Cómo se las arreglan para organizar la inferencia entonces? El segundo, si ambas perspectivas, la granular y la global son importantes, pero las personas carecen de la capacidad de mantener todo en la cabeza al mismo tiempo. ¿Es posible hacer representaciones que permitan a las personas ver la representación general y las partes menores simultáneamente?

Este trabajo no se dirige a resolver el primer enigma. En su lugar, este trabajo parte de la base de que las personas de alguna manera se las arreglan para hacer uso de grandes cantidades de detalles que con toda probabilidad no pueden mantener en la mente en su integridad durante todo el tiempo. La intuición de la que las personas ha-

²⁹ Vid. v. gr. DAVIS y FOLLETE, 2001: *Foibles of Witness Memory for Traumatic/High profile Events*, 66, J. Air & Com., 141-1443 («se ha demostrado de forma consistente que un procesamiento más profundo que produce una mejor memoria»). Cfr. CADWELL, y PERRIN, 2001: Richard Gabriel & Sharon R. Gross, 76 *Notre Dame L. Rev.*, 423-493 («la información proporcionada por estudios empíricos muestra la «pasmosa» capacidad de las personas para recordar imágenes»).

cen gala para conseguir este resultado es fundamental —porque esta intuición cuenta con la importante y plausible hipótesis de que el cerebro de los seres humanos es capaz de actualizar pensamientos y creencias que no se encuentran en su integridad en la mente—. Así, por ejemplo, quizá las personas puedan tener un sensación o sentimiento para las relaciones entre conjuntos y partes, en parte porque los cerebros humanos tienen la capacidad de actualizar pensamientos que una vez fueron explícitos —que una vez fueron el foco de nuestros pensamientos— pero que ahora son tácitos, y descansan en la periferia de la mente y del pensamiento explícito.

La tesis de este trabajo parte de la premisa (¡Justificada!) de que el cerebro o nuestras cabezas hacen uso de los pensamientos, juicios, creencias, recuerdos, inferencias, suposiciones, etc., sin tener toda la materia en su totalidad en mente. A pesar de la dificultad de hacerlo, las personas de alguna manera se las arreglan para organizar partes grandes y pequeñas de problemas simultáneamente. Es, por tanto, justo conjeturar que la habilidad de las personas para desarrollar esta difícil tarea es en parte atribuible a su capacidad de *pensar acerca de cosas incluso cuando no se encuentran de forma explícita o directa atendidas por alguno de los pensamientos que ellos tienen acerca de tales cosas*.

Esta premisa (la hipótesis en cursiva) es el fundamento básico para mi tesis acerca de los beneficios de ciertas clases de representaciones visuales de problemas de evidencia e inferencia. Mi principal argumento es que hay necesidad de apoyos visuales que mejoren la capacidad de las personas para hacer uso de los pensamientos pertinentes que tienen en la trastienda de sus cerebros.

6.13. Dos clases diferentes de proceso cognitivo «tácito»

Hay algunos procesos mentales que (en la actualidad) no pueden ser controlados (excepto en su periferia) por la atención consciente. La percepción visual es un ejemplo. Aunque generalmente controlamos donde movemos nuestros ojos, no podemos imponer al cerebro un cambio en el modo en que procesa los estímulos visuales que le envía el sentido de la vista. Pero no todos los procesos mentales tácitos se encuentran tan profundamente guardados.

Algunos procesos mentales sólo son «tácitos» en el sentido de que las personas no están atendiéndolos, esto es, no son objeto de su atención primordial. Algunos de los ejemplos de las operaciones de organización que hemos analizado en este trabajo son ejemplos de pensar que es sólo comparativamente tácito, pensar y pensamiento que no se encuentran completamente *bajo el*, o inaccesibles al, pensamiento explícito. Por ejemplo, algunas de las cosas que las personas mantienen en la recámara de sus cabezas son pensamientos que una vez fueron explícitos, que una vez centraron comparativamente la atención directa y que llegaron a ser relativamente tácitos sólo porque la atención primordial del actor se desplazó a otros asuntos.

Las personas no pueden prestar atención directa o intensa a todo al mismo tiempo, cuando una persona dirige su atención a cierta cuestión, la consecuencia es que reduce la atención que presta a otras. Pero cuando la atención se encuentra enfocada en alguna materia, muchos pensamientos sobre otras materias respecto de los que la mente se encuentra relativamente distraída continúan siendo importantes y muchos de ta-

les pensamientos continúan trabajando y agitándose en la trastienda de la mente. La tesis central de este trabajo es que *la gente tiene pensamientos medio-en-mente*, y que tales *pensamientos medio-en-mente*, los pensamientos que se encuentran en la trastienda del cerebro, *son importantes para el razonamiento humano sobre hipótesis de hecho*.

6.14. Aplicando y comprobando la hipótesis de la importancia de los pensamientos situados en la periferia de la atención de las personas

Espero poder comprobar la hipótesis de la importancia de los pensamientos medio-sumergidos a través del desarrollo de algún programa que ayude a la gente a hacer uso de los pensamientos medio-en-mente, y sus pensamientos semi-tácitos y semi-explícitos. Espero crear un programa que ayude a la gente a mantener en mente y llamar y hacer un mejor uso de o mejorar el funcionamiento o trabajo de los pensamientos que tienen medio-en-mente. Específicamente, espero desarrollar un programa que haga cosas tales como las siguientes: i) representar con claridad las líneas generales de un problema de evidencia e inferencia mientras representa más débilmente y menos evidentemente pero todavía visibles los detalles de la estructura general; ii) permitir a los usuarios del programa cambiar rápidamente de una forma de organizar la evidencia mientras se describe más débilmente (en el monitor) el método que inmediatamente antes captaba la atención del usuario; iii) permitir al usuario del programa cambiar a alguna parte de alguna parte de una estructura de la organización de la evidencia mientras la estructura circundante permanece menos evidente pero todavía visible y, quizá, también las líneas principales de otras estructuras de organización de la evidencia (colaboraré con un programador y espero que hagamos uso de herramientas tales como contraste y color y representación en múltiples dimensiones).

6.15. La importancia del juicio subjetivo en el desarrollo de representaciones detalladas

El argumento que se presenta en este trabajo sugiere que en algunos o muchos episodios del razonamiento humano la estrategia de dividir y conquistar problemas de evidencia e inferencia —esto es, la táctica de trabajar sobre una escala de inferencias un escalón cada vez, por ejemplo— es, por varias razones, difícil de practicar; y lo es porque, *v. gr.* el pensamiento humano cuando funciona adecuadamente utiliza múltiples métodos de organización de la evidencia cuyas interacciones no son gobernadas por ninguna regla o algoritmo discernible, lo que es tanto como decir que si la exposición general aquí efectuada, en relación con la forma en que las personas usan las variadas estrategias de organización y análisis, es correcta, es francamente difícil partir un gran problema en piezas más pequeñas, valorar una de estas piezas, dejar el problema o cuestión analizada atrás, avanzar hasta la siguiente pieza del rompecabezas, y repetir este proceder hasta que el trabajo de valoración se encuentre completamente terminado (una dificultad que presenta esta estrategia aparentemente sensata es que a menudo es necesario volver atrás y revisar las piezas previamente analizadas del gran rompecabezas inferencial y los complejos cuyas interacciones deben ser revisados pueden interac-

tuar entre sí en una gran variedad de formas. Otra dificultad es la existencia de enlaces generados por saltos en las redes de inferencias).

Todo el debate sobre el carácter intrincado de los problemas de evidencia y el carácter intrincado del razonamiento y pensamiento acerca de problemas de evidencia no demuestra —y no está diseñado para hacerlo— que las personas son generalmente incapaces de razonar sobre cuestiones fácticas en asuntos legales. Pero lo que aquí se ha expuesto sobre la complejidad y espontaneidad de las operaciones mentales sugiere que la gente que se encuentra ocupada en la actividad inferencial puede perder la pista de sus propios pensamientos.

Desgraciadamente, las mismas consideraciones sugieren que es extraordinariamente difícil y consumiría una gran cantidad de tiempo desarrollar representaciones que capten todas las dimensiones y todos los aspectos de la tarea que la mente debe asumir cuando se ocupa de la actividad inferencial. Esta obvia conclusión sugiere otra igualmente obvia —pero también importante— conclusión: los diagramas que representan el pensamiento humano sobre la evidencia pueden ser valiosos, pero no se debe olvidar que esos diagramas son normalmente apoyos y que si tales apoyos son usados y la manera en que son usados depende de su utilidad en y por el cerebro del usuario de tales representaciones o imágenes visuales. Luego, cualquier sistema que pretenda sostener la actividad y proceso inferencial de las personas debe tener en cuenta que representaciones detalladas de la evidencia y el razonamiento acerca de la evidencia debería construirse sólo en la consideración de que el desarrollo de representaciones detalladas es útil en y para el cerebro del observador de un problema de evidencia e inferencia complejo y difícil.

6.16. Relaciones entre juicio subjetivo y rigor científico

El programa que tengo en mente debería tener propiedades y tendencias de tipo Gestalt³⁰. Pero no hay nada anticientífico acerca de la clase de programa que desearía desarrollar. Es completamente posible y probable que el análisis de algunos sectores de un problema de prueba de hechos pueda ser automatizado. Además, por ejemplo, existen todas las razones del mundo para creer que partes de algunos problemas hacen surgir cuestiones que pueden ser abordadas con los métodos de la ciencia dura, tales como genética, física y demás (Mi futuro colaborador se encuentra desarrollando métodos de extracción de datos que quizá puedan detectar en algunas instancias fraudes financieros).

³⁰ N. de T.: La Psicología de la *gestalt* es una corriente de pensamiento dentro de la psicología moderna, surgida en Alemania a principios del siglo XX. El término *Gestalt* proviene del alemán y no tiene una traducción única, aunque se lo entiende generalmente como forma. Sin embargo, también podría traducirse como figura, configuración e, incluso, estructura o creación. La escuela de la *Gestalt* parte de que la mente configura, a través de ciertas leyes, los elementos que llegan a ella a través de los canales sensoriales (percepción) o de la memoria (pensamiento, inteligencia y resolución de problemas). En nuestra experiencia del medio ambiente, esta configuración tiene un carácter primario sobre los elementos que la conforman, y la suma de estos últimos por sí solos no podría llevarnos, por tanto, a la comprensión del funcionamiento mental. Este planteamiento se ilustra con el axioma el todo es más que la suma de las partes, con el cual se ha identificado con mayor frecuencia a esta escuela psicológica (Wikipedia).

7. CONCLUSIONES

Hace ya tiempo que este trabajo brillaba bajo el foco de mi mente, había una amplia base para creer que algunas clases de imágenes y representaciones visuales podían mejorar la calidad de la inferencia fáctica en asuntos legales. En sus vidas normales, las personas en ocasiones recurren a gráficos, diagramas, cuadros, ideogramas y otras representaciones visuales cuando intentan resolver las cuestiones a varias clases de problemas —por ejemplo, cuando consideran cuestiones tales como «¿cuál es la forma más rápida de ir a East Harlem?» o un complejo de cuestiones relacionadas tales como «¿debería abandonar la enseñanza y desarrollar programas?», «¿soy demasiado viejo para eso?», «¿qué diría mi esposa?» «¿Cómo pagaré mis facturas?», «¿qué pasa si enfermo?». No hay una buena razón para pensar que la utilidad de todas las representaciones visuales se desvanezca cuando la posibilidad o realidad de un proceso judicial proyecte su sombra sobre el juicio y acción humanas.

La pregunta más interesante e importante es qué *clase* de guías, gráficos, representaciones y cuadros pueden conseguir mejorar la calidad de la inferencia humana.

Esta interesante e importante cuestión no admite una respuesta *universal*. La inferencia humana —sea en asuntos jurídicos o no— implica una enorme variedad de operaciones cognitivas —tales como los métodos de pensamiento que encontramos, por ejemplo, en astrofísica, previsión meteorológica, psiquiatría y deontología profesional—, y cuando la gente cubre diferentes campos del conocimiento, a menudo encuentra útil, y algunas veces es esencial, usar representaciones visuales que sean especialmente útiles —o quizá incluso necesarias— para razonar en ciertos campos del conocimiento humano (*v. gr.* el análisis espectral) o para razonar acerca de alguna clase concreta de fenómenos naturales (*v. gr.* la rotación de Júpiter).

La tesis de este trabajo presupone que a pesar de la existencia e innegable importancia de técnicas especializadas para afrontar y resolver ciertas clases de problemas, es útil hablar acerca de la estructura general del pensamiento humano en relación con cuestiones y problemas de hecho. La tesis que este trabajo asume es que la metaestructura³¹ cognitiva implica técnicas de inferencia especializadas y es tanto más útil cuanto más importante intentar afinar el trabajo de esa metaestructura. Sólo el tiempo y la experimentación nos dirá si la hipótesis de la existencia de tal metaestructura general es un hecho o una ficción. Después de todo, es posible que las decisiones humanas acerca del cuándo y el cómo usar técnicas inferenciales especializadas sean cuestiones determinadas sólo por juicios personales e intuiciones irreducibles y de imposible análisis.

(Traducción de Igor Yáñez Velasco)

³¹ Esta metaestructura lo es sólo en un sentido amplio —porque incluso si tal metaestructura para pensamiento inferencial existe, las técnicas de inferencia especializadas no pueden deducirse o extraerse de ella—. Esta metaestructura es, en el mejor de los casos, una *estrategia* general para el despliegue de diversos métodos especializados de dibujar inferencias.

RESPONSABILIDAD, DOLO EVENTUAL Y DOBLE EFECTO *

María Laura Manrique

CONICET, Argentina

RESUMEN. En el Derecho penal contemporáneo, debido a la creciente importancia de la doctrina del dolo eventual, la distinción entre resultados intentados y consecuencias previstas no es tomada como normativamente relevante. De acuerdo a esta doctrina, ambos efectos de nuestras acciones son equivalentes al momento de atribuir responsabilidad penal. Por el contrario, en filosofía moral se utiliza esta distinción por medio de la doctrina del doble efecto que entiende que nuestra responsabilidad es mayor cuando provocamos un daño de manera directa que cuando el daño es producto de nuestra intención oblicua. Nuevas aproximaciones a la doctrina del doble efecto conectan esta estrategia con el liberalismo moral y político. Si el Derecho penal necesita estar justificado por principios liberales —como las constituciones y los códigos penales parecen exigir—, la doctrina del doble efecto genera un importante desafío a nuestras concepciones de responsabilidad penal. Más específicamente, este trabajo sostiene que la doctrina del doble efecto provee de una mejor solución al problema de la distinción entre resultados intentados y consecuencias previstas que la doctrina del dolo eventual.

Palabras clave: responsabilidad penal, doctrina del *doble efecto*, doctrina del *dolo eventual*.

ABSTRACT. In contemporary Criminal Law, the distinction between intended results and merely foreseen consequences is no longer seen as normatively relevant due to the increasing importance of the *dolus eventualis* doctrine (Criminal Knowledge). According to this doctrine, both effects of our actions are equivalent in order to attribute criminal responsibility. On the contrary, moral philosophers usually deal with this distinction by means of the double effect doctrine and they often claim that our responsibility is greater when we directly provoke harm than in cases of oblique intention. New approaches to the double effect doctrine connect this strategy to moral and political liberalism. So, if Criminal Law needs to be justified in liberal principles —as our Constitutions and Penal Codes seems to require—, then the double effect doctrine constitutes an important challenge to our conceptions of criminal responsibility. In particular, this paper claims that the doctrine of double effect actually provides a better solution to the problem of intended results and foreseen consequences than the *dolus eventualis* doctrine.

Keywords: criminal responsibility, doctrine of *double effect*, *dolus eventualis* doctrine.

* Este artículo recoge alguna de las ideas centrales de mi trabajo *Intención, dolo eventual y doble efecto*, presentado en la Universidad Pompeu Fabra en julio del 2006 a los efectos de obtener el certificado de estudios avanzados (DEA). Agradezco los comentarios y correcciones de José Juan MORESO, Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Jorge MALEM, Íñigo ORTIZ DE URBINA, Ricardo CARACCILO y Pablo NAVARRO.

I. INTRODUCCIÓN

Un fenómeno de creciente importancia social es el reproche por circunstancias que el agente no *intentaba* lograr, pero que *conocía* que probablemente se producirían como consecuencia de su acción. En la dogmática penal, esta estrategia de solución se engloba bajo el rótulo de *dolo eventual*. Hay numerosas concepciones del dolo eventual, pero todas coinciden en que el agente no quiere o desea directamente la consecuencia que se produce —de lo contrario, habría dolo directo— pero asume como posible o probable la producción del mismo¹. En general, se asume que esta clase de dolo merece el tipo más grave de reproche². Por ejemplo, es frecuente imponer a los «conductores suicidas», que ocasionan un accidente con resultado mortal, una pena similar a los autores de un homicidio con intención directa, *i.e.* dolo directo³.

Por el contrario, en el ámbito de la filosofía moral se han elaborado categorías conceptuales para explicar la diferencia entre lo que se quiere hacer y la previsión de las consecuencias. Más específicamente, el núcleo de la doctrina conocida como «doble efecto» subraya la distinción entre las consecuencias previstas y la intención de producir un determinado resultado. Esta doctrina justifica conductas que tienen consecuencias previstas disvaliosas siempre que ellas no sean el objeto de intención del agente⁴. El argumento del doble efecto es estructuralmente similar a la imputación de dolo eventual, pero tiene consecuencias normativas diferentes. Mientras que en el caso del dolo eventual, la previsión de la consecuencia disvaliosa lleva a sostener la responsabilidad del agente, en el doble efecto es el hecho de que ellas han sido *solamente* previstas la razón para descartar o disminuir el reproche.

El objetivo principal de este trabajo es comparar las soluciones ofrecidas por las doctrinas del dolo eventual y del doble efecto para el problema de la diferencia entre resultados intentados y consecuencias previstas. En la sección II revisaré brevemente

¹ Mi propósito no es hacer un desarrollo exegético de las diferentes concepciones sino mostrar algunos problemas conceptuales del dolo eventual, independientemente de las concepciones que se defiendan. Por ejemplo, existen pocas dudas de que el terrorista que dispara reiteradamente desde corta distancia a un profesor universitario en su despacho tiene intención de cometer homicidio. Cualquier concepción del dolo tiene que ser compatible con la atribución de dolo en ese caso. Cuando las propuestas doctrinarias o jurisprudenciales no reconstruyen los mismos casos paradigmáticos, ellos ya no pueden ser considerados concepciones del *mismo* concepto sino lisa y llanamente diferentes conceptos (aun cuando sigan empleando la misma palabra). Acerca de la distinción entre concepto y concepciones véase: DWORKIN, 1989: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, pp. 212 y ss.; HART, 1964: *El concepto de Derecho*, 199.

² Una excepción a esta línea de análisis es BUSTOS RAMÍREZ, 1994: «Política Criminal y Dolo Eventual», *Revista Jurídica de Catalunya; Manual de Derecho Penal - Parte General*, tomo I.

³ Esto es lo que ocurrió en primera instancia en el caso «Cabello» aunque luego la sala III de la Cámara Nacional de Casación penal revocó la sentencia y condenó a Sebastián Cabello por un delito de homicidio culposo. También Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI • 23/12/2003 • Ranno, Carlos A. • Sup. Penal 2004 (octubre), 75, Cámara en lo Criminal Nro. 1 de Trelew • 06/03/2002 • Wenner, Francisco A. • *La Ley*, 2002-B, 547 - DJ 2002-1, 916; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV • 27/09/1999 • Cañete, Sergio. • *La Ley*, 1999-F, 377 - DJ 2000-1, 669

⁴ Conceptos como objeto de intención, resultados, consecuencias, se utilizan bajo la reconstrucción de la acción de VON WRIGHT. Véase VON WRIGHT, 1979: *Norma y acción —Una investigación lógica—*, Madrid: Tecnos, 1979. VON WRIGHT, 1979: *Explicación y Comprensión*, Madrid: Alianza Universidad; VON WRIGHT: «On the logic of norm and action», en *Practical Reason*, New York, Cornell University Press.; GONZÁLEZ LAGIER, 1995: *Acción y norma en G. H von Wright*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

los rasgos paradigmáticos del dolo eventual, a la luz de las tesis defendidas por ROXIN y JAKOBS. En la sección III presentaré de manera general a la doctrina del doble efecto. En la sección IV, analizaré las dos objeciones básicas que se han dirigido contra esta doctrina (*i.e.*, por una parte, la imposibilidad de distinguir entre resultados intentados y consecuencias previstas y, por otra parte, la irrelevancia moral de esa distinción) y, en la sección V, argumentaré a favor de una respuesta razonable a esas críticas.

La conclusión de este ensayo es que, si la doctrina del doble efecto es aceptable, entonces hay buenas razones para atribuir diferente responsabilidad en casos de dolo directo y dolo eventual. Si por el contrario, la doctrina del doble efecto es rechazada, ya sea por la imposibilidad de realizar la distinción entre resultado y consecuencias o por la irrelevancia de la distinción, el dolo eventual se solaparía con la imprudencia con representación del resultado (*i.e.* culpa consciente).

II. SOBRE EL CONCEPTO DE DOLO EVENTUAL

En el lenguaje ordinario, la ausencia de intención constituye una *excusa*, es decir tiene por función disminuir el reproche. Por supuesto, existen razones para reprochar jurídica y moralmente a un sujeto por las consecuencias disvaliosas de su conducta, con independencia de que ellas sean intencionales⁵. En ello radica, precisamente, la responsabilidad por imprudencia, pero el reproche es siempre disminuido con relación a las formas directamente intencionales. Sin embargo, las doctrinas del dolo eventual van más allá del reproche por imprudencia, y pretenden dar al dolo eventual la misma respuesta que se atribuye al dolo directo. En este sentido, DÍAZ PITA señala:

El punto de partida, en el que existe unanimidad doctrinal, es el hecho de que las conductas realizadas con dolo eventual merecen la misma pena que las conductas directamente dolosas⁶.

Un desafío particularmente complejo para las doctrinas del dolo eventual surge de los problemas generados por la imprudencia con representación del resultado. Por ejemplo, al analizar la responsabilidad de los propietarios de una embarcación de turismo que salen a navegar por un lago en condiciones meteorológicas inadecuadas, la Cámara en lo Criminal 2.^a (Córdoba-Argentina) sostuvo:

... el cúmulo de reproches que puedan merecer los imputados (no haber efectuado la inspección, anomalía consistente en falta de estanqueidad de la cubierta de proa, las condiciones meteorológicas adversas, la impericia de los mismos, etc.), por más graves que sean, no permiten sostener como probable que reúnan las características que doctrinaria y jurisprudencialmente se consideran necesarias para la configuración del dolo eventual. Por el contrario, ello parece indicar que en todo caso hubo de parte de los encartados un obrar negligente, imprudente y de falta de pericia en la labor desarrollada, puesto que estaban obligados a observar los deberes del debido cuidado y prevención para con las personas que

⁵ Muchos autores sostienen que el dolo no se identifica completamente con la intención. Al respecto, véase, MIR PUIG, 1998: *Derecho Penal—Parte General—*, Barcelona, p. 241; JESCHECK, 1993: *Tratado de Derecho Penal*, Granada: Comares, p. 267; ROXIN, 1997: *Derecho Penal—Parte General—*, Madrid: Civitas, p. 417; SANCINETTI, 1996: *Subjetivismo e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, p. 66; LOURENZO COELLO, 1999: *Dolo y Conocimiento*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 204.

⁶ DÍAZ PITA, 1994: *El dolo eventual*, Valencia: Tirant Monografías, p. 42.

transportaban y hacerlo a su vez con la debida eficiencia, lo que requiere adecuado aprendizaje y capacitación; y aunque tales aspectos lleguen a ser valorados en alto grado de reprochabilidad, no trascienden a nuestro entender la esfera de la culpa. Podrá estimarse que los imputados tuvieron, por las características antes señaladas, la representación de la producción de un resultado como el acaecido en el caso que nos ocupa, lo que sería constitutivo de la llamada culpa consciente o con representación, esto es su máxima expresión⁷.

En casos de culpa consciente, al igual que ocurre en el dolo eventual, el agente comprende que su acción puede dar lugar a consecuencias perjudiciales. Por esta razón, WELZEL señala: «delimitar el dolo eventual de la culpa (consciente) es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal»⁸.

En dogmática penal contemporánea hay innumerables intentos de establecer un criterio de demarcación entre dolo eventual y culpa consciente, que, al mismo tiempo, no implique concebir al reproche por las consecuencias probables como una alternativa a la responsabilidad por dolo, es decir una suerte de responsabilidad penal objetiva⁹. En otras palabras, el desafío es mostrar que el dolo eventual es una forma genuina de dolo y, al mismo tiempo, proporcionar un criterio para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente.

Dos concepciones han sido predominantes y se distinguen fundamentalmente por el papel que le atribuyen a los aspectos volitivos en la calificación dolosa. Por razones de simplicidad, denominaré a esas doctrinas como concepción cognitiva y concepción volitiva del dolo. Mi propósito no es ofrecer aquí un análisis exhaustivo de estas posiciones, sino únicamente reflejar sus características principales. De todos modos, cuando sea preciso fijar una referencia específica a estas propuestas, tendré en cuenta a las teorías de Günther JAKOBS y Claus ROXIN. Mientras que JAKOBS parece prescindir del elemento volitivo, definiendo el dolo eventual en función del conocimiento del agente de las circunstancias específicas en que se realiza el delito, ROXIN enfatiza que la intención dolosa del autor se manifiesta en la realización de un determinado plan delictivo. Los desarrollos de la dogmática y la jurisprudencia en lengua castellana han reflejado, con mayor o menor originalidad, esas posiciones elaboradas por los dos maestros alemanes y sus discípulos. Por esta razón, en esta sección recordaré de manera breve sus principales ideas.

a) La concepción cognitiva del dolo

Un rasgo característico de esta doctrina es que fusiona el elemento volitivo de la acción en sus componentes epistémicos, y ello parece descartar que la voluntad tenga un papel relevante¹⁰. Una defensa paradigmática de este enfoque se encuentra en la obra de JAKOBS. Según DÍAZ PITA, desde sus primeros trabajos JAKOBS,

⁷ Cámara en lo Criminal 2.^a (Córdoba-Argentina). En auto interlocutorio 4/03/2004.

⁸ WELZEL, 1993: *Derecho penal alemán*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 85.

⁹ NINO, 1980: *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires: Astrea, p. 132.

¹⁰ JAKOBS, 1997: *Derecho Penal —Parte General—. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, p. 316.

... se inclina por el rechazo de un elemento volitivo como integrante de la definición de dolo, propugnando la suficiencia del elemento cognitivo o intelectual del mismo. Este elemento cognitivo no consiste exclusivamente en la percepción intelectual del riesgo sino en un juicio que el sujeto realiza sobre la peligrosidad de la situación con la ayuda de las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico¹¹.

La distinción entre consecuencias primarias y secundarias es una de las claves que proporciona JAKOBS para su análisis del dolo en general y del dolo eventual en particular. El primer tipo de consecuencia es el objeto de intención; aquello que nos permite identificar la razón principal por la que el agente desarrolla un cierto comportamiento. Por el contrario, las consecuencias secundarias de la conducta son eventos que pueden ser previstos por el sujeto, pero que no constituyen su razón para la acción, es decir su realización no es «el motivo del actuar»¹². En este enfoque no existen mayores razones para distinguir entre distintas modalidades dolosas ya que no hay diferencia entre (i) el conocimiento del resultado y (ii) el conocimiento de las consecuencias que éste genera¹³. Para JAKOBS, el dolo eventual se caracteriza a partir de los siguientes rasgos:

i) *Deber de evitar el resultado*. La atribución de responsabilidad presupone un cierto dominio por parte del agente de los eventos que produce. La facilidad o dificultad para evitar el resultado está directamente relacionada con la exactitud con que el sujeto aprecia la situación. Es decir, si conoce la conexión entre la acción y las consecuencias, su responsabilidad de evitar el resultado es mayor que cuando esas consecuencias le son desconocidas¹⁴.

ii) *Tipo de conocimiento. El juicio válido*. Para JAKOBS, es fundamental el conocimiento de que no es improbable la realización del tipo¹⁵. En otras palabras, es importante que el agente sepa que su acción probablemente ocasionará un daño. Pero este juicio válido es algo más que el pensar en la posibilidad de que el resultado se produzca, y debe incluir la probabilidad del daño en la configuración que éste tiene de la situación¹⁶. Dice:

*Concurrirá, pues, dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción*¹⁷. (En cursiva en el original)

Por consiguiente, un conocimiento genérico sobre las relaciones causales todavía es compatible con la culpa consciente. Por ejemplo, aunque todos sabemos que el manejo de armas puede ocasionar daños a terceros, ello no constituye un fundamento suficiente para atribuir dolo eventual. El agente tiene que haber reflexionado específicamente acerca de las consecuencias cuando decide ejecutar la acción¹⁸.

¹¹ DÍAZ PITA, 1994: 237.

¹² JAKOBS, 1997a: p. 315.

¹³ Según JAKOBS: «Dentro del dolo no existe ninguna graduación, en el sentido de que al ocasionar una consecuencia principal corresponda una culpabilidad mas grave *ceteris paribus* que al ocasionar una consecuencia secundaria...». JAKOBS, 1997a: 316.

¹⁴ JAKOBS, 1997a: 326.

¹⁵ JAKOBS, 1997a: 327.

¹⁶ DÍAZ PITA, 1994: 243.

¹⁷ JAKOBS, 1997a: 327.

¹⁸ Sin embargo, este enfoque parece contradecir la afirmación que JAKOBS realiza refiriéndose al dolo en general y la intensidad del conocimiento cuando dice: «En el ámbito restante del conocimiento actual está fuera de discusión que no es necesario haber reflexionado sobre las consecuencias». JAKOBS, 1997a: 317.

iii) *Los límites de la probabilidad*. JAKOBS intenta establecer cuál es el grado de probabilidad que, como mínimo, debe representarse el sujeto al momento de realizar su *juicio válido*. Este límite se determina por la relevancia del riesgo percibido por el agente al realizar la acción. A su vez, el criterio para determinar la relevancia del riesgo estriba en dos factores: En primer lugar, la importancia que el ordenamiento jurídico atribuye al bien afectado y, en segundo lugar, la valoración que el ordenamiento jurídico hace del riesgo creado por el sujeto¹⁹. JAKOBS realiza una restricción a estos criterios dado que existe una cantidad importante de riesgos no permitidos por el Derecho que abarcan situaciones en las que el peligro se encuentra en la repetición masiva de esos fenómenos e.g. tráfico de automóviles, y no se perciben como individualmente dañinas. Esto es el llamado *riesgo habitual*. De todos modos, esta habitualidad al riesgo puede eliminar la imputación de la conducta a título de dolo sólo cuando se presenta como referida al propio sujeto y a conductas que son ineludibles en la práctica²⁰.

JAKOBS muestra que el dolo eventual es una forma genuina de dolo, aunque para ello tiene que revisar la noción intuitiva de dolo que vinculaba este aspecto de la conducta a los elementos volitivos de la acción de un cierto agente. Sin embargo, todavía queda abierta la cuestión del límite que distingue al dolo de la imprudencia²¹. Si hay una distinción cualitativa entre dolo e imprudencia, entonces, la culpa consciente no puede definirse mediante las propiedades que caracterizan al dolo. En otras palabras: si la propiedad definitoria del dolo es el «conocimiento de la acción junto con sus consecuencias»²², se sigue que en la culpa consciente el agente no posee ese conocimiento. La respuesta de JAKOBS es que la decisión de lo que cuenta como dolo o imprudencia debe adoptarse atendiendo al «fin de la separación» entre ambos fenómenos²³. Una de estas razones es que los hechos imprudentes representan un desafío menor a la norma jurídica que los hechos dolosos en virtud de que la imprudencia revela la incompetencia del agente para llevar adelante sus propios asuntos.

Con independencia de los méritos y defectos específicos de la propuesta de JAKOBS es conveniente resumir el aspecto central de la concepción cognitiva del dolo: la exclusiva relevancia de los aspectos epistémicos. Pero, ¿es plausible sostener que el dolo ha de ser definido como conocer la realización de un tipo penal?²⁴ Entre otros prestigiosos autores, Ramon RAGUÉS responde de manera afirmativa:

... hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento²⁵.

¹⁹ JAKOBS, 1997a: 333.

²⁰ JAKOBS, 1997a: 335.

²¹ JAKOBS, 1997B: «El principio de culpabilidad», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas UAM ediciones, p. 387.

²² JAKOBS, 1997a: 316

²³ JAKOBS, 1997a: 325.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, 1996: «Sobre los movimientos «impulsivos» y el concepto jurídico-penal de acción (1)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 19; SILVA SÁNCHEZ, 1992: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, p. 401. RAGUÉS, 2002: «Consideraciones sobre la prueba del dolo», *La Ley*, n.º 5633, tomo 7, p. 1891

²⁵ RAGUÉS, 1891. Para una exposición extendida de sus ideas véase: RAGUÉS, 2002: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.

Esta respuesta afirmativa parece una exageración ya que, tomada literalmente, permite separar al dolo de la acción. Supongamos que dos médicos A y B conocen que una cierta dosis de una determinada sustancia es suficiente para producir la muerte por envenenamiento, pero que A utiliza su conocimiento para salvar la vida de un individuo que B ha intentado envenenar. En tanto que conocimiento de la conexión entre muerte y envenenamiento no hay diferencias relevantes en el equipamiento epistémico de A y B. La diferencia radica, más bien, en lo que ambos han intentado hacer. Sin acciones por parte del sujeto, su conocimiento de la realización del tipo es irrelevante para atribuir intencionalidad y, a su vez, las acciones requieren un componente volitivo que genere o inicie la conducta²⁶.

Es probable que la insistencia en la exclusividad de los aspectos epistémicos del dolo sea consecuencia no tanto de la irrelevancia de la voluntad sino del hecho de que esa voluntad ya se encuentra presupuesta en el análisis. Así, la pregunta por si un cierto delito ha sido realizado de manera dolosa o imprudente presupone que la conducta del agente fue intencional. Al haberse presupuesto la naturaleza intencional del comportamiento, es tentador pensar que lo único que resta para determinar si hubo dolo es aquello que el agente conocía acerca del contexto de su conducta. Pero, el conocimiento no marca diferencias específicas en ausencia de una acción. Un agente que no actúa en un momento T puede conocer exactamente lo mismo que cuando decide ejecutar una acción en T1. En este sentido, el conocimiento *no* es dolo. Al menos, no tiene mayor sentido señalar, en ausencia de una conducta específica, que tenemos dolo de ejecutar todos aquellos eventos que conocemos que se encuentran típicamente reprochados. Más aún, el conocimiento es completamente inerte para producir una acción en ausencia de otras intenciones específicas. Un agente que sabe que matar a otro constituye homicidio puede abstenerse de esa acción precisamente porque no quiere infringir la norma, mientras que a otro agente que conoce exactamente lo mismo, esa información le puede dejar indiferente. Sin elementos volitivos no hay acción alguna y, por consiguiente, carece de relevancia la discusión sobre el dolo²⁷.

b) La concepción volitiva del dolo

Los elementos volitivos no pueden estar ausentes en la reconstrucción del dolo, a menos que esta reconstrucción pretenda explicar de manera novedosa el modo en que actúan los agentes²⁸. Por ello, frente a los enfoques cognitivos del dolo, ROXIN advierte que «los empeños en suprimir totalmente el elemento volitivo-emocional están condenados al fracaso»²⁹. Recordemos que una concepción adecuada del dolo debe dar cuenta de dos cosas. La primera es de la diferencia entre los delitos dolosos y los imprudentes. En segundo lugar, una concepción del dolo eventual debe mostrar de qué forma las conductas que imputamos a título de dolo eventual son genuinamente dolo-

²⁶ VON WRIGHT, 1979: 49.

²⁷ ROSS, 1970.; *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, p. 290.

²⁸ El modelo paradigmático de acción humana se remonta a los trabajos de HUME en los que se insiste sobre la naturaleza compleja de la motivación en términos de un complejo epistémico-volitivo. SMITH: *The humean theory of motivation, Mind*, Oxford University Press, vol. 96, n.º 381, January 1987, pp. 36-61.

²⁹ ROXIN, 1997: 446.

sas, i.e., cuál es la razón que justifica la imputación como intencional de los comportamientos que caen bajo esta forma de dolo. Con relación a este último punto, ROXIN sostiene que la razón que justifica el tratamiento unitario de las tres formas de dolo es la *realización del plan*. Es decir, un resultado se considera producido con dolo cuando se corresponde con el plan que el autor tenía³⁰. Y dice:

Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, *se ha decidido* conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo³¹. (cursivas añadidas)

Una vez establecida que la distinción entre dolo e imprudencia se realiza en función de si el agente actuó o no conforme a su plan, ROXIN afirma que hay dolo eventual cuando: (i) el sujeto *cuenta seriamente* con la posibilidad de la realización del tipo, (ii) actúa para alcanzar el fin perseguido, (iii) *se resigna* (aunque sienta remordimiento) o *se conforma con* la eventual realización del delito³².

La *decisión por la posible lesión* de bienes jurídicos es lo que diferencia al dolo eventual de la imprudencia consciente y justifica un reproche más severo. Sin embargo, para ROXIN este concepto de *decisión por la posible lesión o el tomarse en serio* el riesgo, no debe valorarse de acuerdo a parámetros puramente psicológicos sino normativos. De esta manera, quien es indiferente frente a la producción de un resultado típico ya ha tomado una decisión contra la lesión del bien jurídico³³. *Tomarse en serio* la posibilidad de resultado dañoso, significa que el sujeto debe adoptar una posición respecto del resultado típico y decidir si asume el riesgo de su producción en base a un objetivo más importante para él, o si por el contrario renuncia a la acción planteada.

Se dará, por tanto, dolo eventual, cuando el sujeto, a pesar de la posibilidad de que el resultado lesivo se produzca, toma en serio dicho riesgo, en el sentido de que lo asume, y sigue actuando para conseguir su objetivo³⁴.

En síntesis, las líneas básicas a partir de las cuales ha de delimitarse el dolo eventual de la imprudencia consciente son dos. En primer lugar, la interpretación del dolo como la realización del plan del sujeto y en segundo lugar, la verificación de que el sujeto se decidió en contra del bien jurídico protegido frente a un determinado tipo penal³⁵. Por ejemplo, un criterio es la adopción por parte del agente de alguna medida para evitar el resultado. Así, si el sujeto no realiza ninguna actividad dirigida a evitar el resultado y es consciente de que éste resultado posiblemente se materializará, su acción es dolosa³⁶.

Por la relevancia que tiene para ROXIN el concepto de *decisión por la lesión del bien jurídico* es importante detenerse un momento sobre este concepto. En lenguaje ordinario quien toma una decisión, actúa intencionalmente. Incluso podría afirmarse que quien decide un curso de acción normalmente también *delibera* acerca de su acción. De este

³⁰ ROXIN, 1997: 416

³¹ ROXIN, 1997: 425

³² ROXIN, 1997: 427

³³ ROXI, 1997: 429.

³⁴ DÍAZ PITA, M., 1994: 189.

³⁵ DÍAZ PITA, 1994: 187.

³⁶ DÍAZ PITA, 1994: 188.

modo, el concepto de decisión parece suficiente para explicar la acción (*i.e.* lo que pone en movimiento al agente). Sin embargo, en los casos paradigmáticos de dolo eventual, la decisión no se toma sobre las consecuencias que se imputan sino sobre otra acción distinta que ocasiona esa consecuencia dañosa. Esto sugiere que ROXIN usa el término «decisión» (y otros conceptos semejantes que se refieren a los aspectos volitivos de la acción) en un sentido distinto al del uso común del lenguaje. En el lenguaje ordinario, la decisión y la indecisión se refieren a estados mentales específicos del agente, que desempeñan un papel fundamental en el razonamiento práctico que guía la acción. En este sentido, cuando un agente decide ejecutar una acción clausura el balance de razones relevantes para su plan de conducta y, si dispone de medios necesarios, se embarca en este curso de conducta. A la luz de lo que el agente cree y de las decisiones que ha adoptado, su acción se torna inevitable. Por el contrario, en la reconstrucción de ROXIN (y de otros autores que siguen esa línea de análisis), la decisión del agente se presupone a la luz de criterios objetivos. Estos parámetros pueden coincidir o no con aquello que el agente de hecho quiere hacer y ha decidido ejecutar. La función principal de esos criterios objetivos es proyectar una apariencia de intencionalidad a los casos que se reprochan a título de dolo eventual. Por esa razón, en esta línea de análisis normalmente se concluye que el concepto de decisión *debe* valorarse conforme a parámetros normativos. Estos criterios normativos son útiles para dar cuenta de situaciones normales y proporciona una suerte de reglas de la experiencia para atribuir a los sujetos determinado estado mental. Pero, más allá de su utilidad genérica, ellos no describen un fenómeno volitivo ni se conectan de manera necesaria con la acción específica de ningún individuo. Por consiguiente, la propuesta de ROXIN, al igual que otras versiones de la concepción volitiva³⁷, reintroduce, bajo una terminología diferente, el problema del desafío al modo en que damos cuenta de la acción humana.

c) Un balance provisorio

Las doctrinas del dolo eventual se basan en dos ideas claves. Por una parte, que no se puede reprochar al dolo y la imprudencia de igual manera y, por otra parte, que el dolo eventual y el dolo directo merecen el mismo reproche. Por ello, una teoría del dolo eventual tiene que explicar dos cosas: (i) la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente, y (ii) la naturaleza genuinamente dolosa del dolo eventual.

i) *Dolo eventual y culpa consciente*

En general, las concepciones epistémicas y volitivas del dolo trazan la distinción entre dolo eventual y culpa consciente subrayando el peligro que el propio agente enfrenta con su acción (autopuesta en peligro). Así, para ROXIN, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de ocasionar el resultado y no se la toma en serio. En este caso, el agente confía en que no se producirá el resultado típico³⁸. Por ejemplo, un automovilista que sigue conduciendo a pesar de que siente fatiga y advierte que el sueño lo va dominan-

³⁷ Para una crítica general del dolo y su relación con el consentimiento de los agentes, véase por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, 1990: «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Tecnos.

³⁸ ROXIN, 1997: 427

do. En estas condiciones y a consecuencia de su somnolencia invade el sentido contrario de circulación e impacta contra otro automóvil provocando un accidente mortal³⁹.

De manera similar, para JAKOBS, la mayor gravedad de la sanción de los delitos dolosos frente a los delitos imprudentes radica en que, en los hechos imprudentes, el autor también se pone en riesgo a sí mismo.

En la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado... está gravada con una *poena naturalis*, y este riesgo de auto-daño disminuye la importancia del autor imprudente frente al doloso⁴⁰.

Esta manera de trazar la distinción entre dolo y culpa ha ejercido una considerable influencia en la jurisprudencia. Consideremos, por ejemplo, el caso de unos amigos que van en automóvil en una autopista a 140 kmts. por hora aproximadamente. En un cierto momento, se produce una discusión y una de las mujeres, Yolanda, que está en los asientos traseros grita: «ahora vais a morir todos». Se incorpora y gira el volante logrando que el conductor pierda el control del vehículo y se estrelle. Con estos datos, el fiscal solicita la condena de esa mujer por tentativa de homicidio. Sin embargo, el tribunal, Audiencia Provincial de Barcelona, al resolver el recurso de apelación 105/2005 del 10 de noviembre del 2005, señaló que

... no consta acreditado que el volantazo efectuado por Yolanda estuviera presidido por el dolo de matar, ni siquiera por dolo eventual, sino por la culpa consciente... Si bien es cierto que profirió la frase «ahora vais a morir todos» realmente no se infiere que se planteará tal resultado, ni siquiera como posible, pues en esta frase no evaluó el hecho de que ella misma pudiese haber perecido en la maniobra.

Esta distinción entre dolo y culpa parece atractiva en aquellas situaciones en las que el agente *también* se enfrenta al riesgo del resultado típico. Sin embargo, esta manera de distinguir entre ambos fenómenos todavía deja indeterminado un aspecto importante de nuestra reconstrucción ya que no nos dice de qué manera hay que entender a la relación entre dolo, culpa y auto-puesta en peligro. Podría señalarse que esta participación del agente en el riesgo es un *síntoma* que normalmente acompaña a la culpa consciente. Sin embargo, esta conexión entre imprudencia y pena natural no puede servir como *criterio* concluyente para distinguir entre hechos dolosos y culposos⁴¹. Supongamos que un terrorista suicida detona una bomba provocando la muerte de varias personas y, por circunstancias fortuitas, sobrevive. Si se aceptase que la auto-puesta en peligro es el *criterio* para atribuir responsabilidad a título de imprudencia, entonces, el reproche a este terrorista sería por homicidio imprudente⁴².

ii) *La naturaleza genuinamente dolosa del dolo eventual*

La concepción cognitiva, para mostrar que el dolo eventual es genuinamente «dolo», se aparta del uso común de este término y excluye la relevancia de los aspectos voliti-

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Español. Recurso de Casación núm. 2799/1999.

⁴⁰ JAKOBS, 1997a: 313.

⁴¹ Acerca de la distinción entre síntoma y criterio, véase, VON WRIGHT, 1963: *The Varieties of Goodness*, Londres: Routledge & Kegan Paul, p. 37

⁴² Aunque JAKOBS menciona la auto-puesta en peligro como un factor relevante, también advierte que ese criterio no resulta concluyente.

vos. A su vez, la concepción volitiva se aparta del uso común de términos como «intención», «decisión», «voluntad», etc., y limita arbitrariamente la referencia psicológica que los acompaña en el lenguaje ordinario. En ambos casos, estas doctrinas pierden la conexión entre conducta e intención que caracteriza a la explicación de la acción. En este sentido, y con independencia de la diferencia entre dolo y culpa, la concepción cognitiva y volitiva del dolo conllevan un desafío a nuestra teoría clásica de la acción, que desde HUME hasta ahora, ha sido analizada como un complejo epistémico-volitivo. En la medida en que nuestros conceptos de responsabilidad se conectan con la noción de *agente* (i.e. de un individuo que *hace cosas*), el desafío a la concepción humeana de la acción abre el camino para ampliar los horizontes de la responsabilidad objetiva. En este sentido, al señalar la diferencia entre la obligación moral y jurídica, HART señala que,

... el sistema jurídico puede imponer, para ciertos tipos de transgresiones, una «responsabilidad objetiva» y hacer que la responsabilidad sea completamente independiente de la *mens rea*, excepto quizás en lo relativo a la exigencia mínima de que el acusado posea control muscular⁴³.

III. UNA ESTRATEGIA DE SOLUCIÓN: LA DOCTRINA DEL DOBLE EFECTO

Hay una diferencia fundamental entre hacer algo intencionalmente y dar lugar a algo como consecuencia previsible de nuestras acciones. De manera intuitiva podemos capturar esa diferencia mediante una comparación entre las siguientes situaciones:

a) Una pareja de sordos decide tener un hijo. El médico les advierte del carácter hereditario de su sordera y subraya que esa discapacidad será probablemente transmitida al hijo.

b) Una pareja de sordos no pueden tener hijos y deciden intentar lograr un embarazo mediante una inseminación artificial. Conociendo los rasgos hereditarios de ciertos tipos de sordera, solicitan al médico que supervisa el tratamiento que la inseminación sea con espermatozoides de una persona sorda a los efectos de incrementar al máximo las probabilidades de que el hijo nazca con la misma discapacidad que sus padres⁴⁴.

En el primer caso es posible que tengamos dudas acerca de si es moralmente admisible que una pareja complete el deseo de tener un hijo cuando conocen que probablemente heredará su discapacidad. Estas dudas pueden ser más o menos acuciantes, pero no nos parece insensata una respuesta a favor de los padres. Aun cuando las consecuencias previsibles de sus acciones sean dañinas para un tercero, todavía podrían darse argumentos a favor de su decisión. Sin embargo, en el segundo caso, las intuiciones morales parecen inclinar la balanza en contra de la decisión de la pareja. Tal vez un juicio moral esclarecido muestre que las dos situaciones son idénticas, pero en el segundo ejemplo hay un dato intuitivo que nos inclina hacia el reproche. Una explicación de nuestras diferentes actitudes ante estos dos ejemplos radica precisamente en la naturaleza *intencional* de las acciones ejecutadas por ambas parejas. Así, aunque en ambos ca-

⁴³ HART, 1964: 221.

⁴⁴ Un análisis completo de estos ejemplos tiene que incluir al hecho de que muchas personas sordas no se consideran discapacitadas sino más bien se ven como miembros de una clase especial.

Los resultados serán idénticos parece (más) reprochable provocar directamente un daño que dar lugar al mismo daño sin haberlo intentado directamente⁴⁵.

La doctrina del doble efecto pretende identificar y dar razones a favor de ese principio moral. Su objetivo central es explotar la diferencia entre provocar intencionalmente un daño y dar lugar a un daño mediante la ocurrencia prevista, pero no querida, por el agente. Actualmente esta teoría es defendida por autores como Thomas NAGEL que dice:

Creo que el principio tradicional del doble efecto, a pesar de sus problemas de aplicación, nos provee de una guía aproximada acerca de la extensión y caracterización de los límites deontológicos, e incluso luego de los volúmenes que han sido escritos sobre este tema en los últimos años, este sigue siendo el punto correcto de convergencia para los esfuerzos de capturar nuestras intuiciones⁴⁶.

En general, el primer requisito que se exige a las acciones que se pretenden evaluar mediante la aplicación de la doctrina del doble efecto es que el acto en sí mismo sea bueno o, al menos, indiferente moralmente. A primera vista, este requisito de bondad o indiferencia podría parecer incompatible con los requisitos que definen al dolo eventual ya que es tentador pensar que en estos casos las acciones quedan teñidas por la ilegitimidad del resultado disvalioso. Sin embargo, como señala SOLER, «los casos más típicos de dolo eventual... son precisamente aquellos en los que la acción del autor se movía no ya dentro de la esfera ilícita, sino en la posibilidad de delinquir o de no delinquir»⁴⁷. Y, a manera de ejemplo, este autor añade:

Supongamos el caso de un corredor de automóviles que apuesta diez mil pesos en una carrera no oficial. Ya cerca de la meta, con una pequeña ventaja sobre su competidor, se encuentra con el obstáculo de una persona, y se halla ante la disyuntiva de perder la carrera y el dinero, si frena su máquina, o la probabilidad de herir al transeúnte. Si no frena no puede afirmarse que las lesiones causadas hayan sido *intencionalmente* producidas, pues la intención se dirigía a ganar la apuesta —evento lícito— pero, para lograrlo, fue necesario asentir en afrontar un *riesgo* de delinquir⁴⁸.

Otras condiciones relevantes para la aplicación de la doctrina del doble efecto son los siguientes rasgos:

- El acto intentado genera consecuencias disvaliosas (efecto colateral).
- El agente prevé que el acto intentando dará lugar a un efecto secundario perjudicial.
- El agente no intenta o pretende el efecto colateral dañino ni como fin ni como medio para la realización de su fin⁴⁹.

⁴⁵ WOODWARD, 2001: *The Doctrine of Double Effect - Philosophers Debate a Controversial Moral Principle*, Indiana: Notre Dame Press, p. 2.

⁴⁶ NAGEL, 1980: «The Limits of Objectivity», en MURRIN (ed), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 1, Cambridge: Cambridge University Press, p. 129.

⁴⁷ SOLER, 1956: *Derecho Penal Argentino*, tomo II, Buenos Aires: Tipográfica Argentina, p. 133.

⁴⁸ SOLER, 1956: 133.

⁴⁹ Un requisito que no es común a todos los autores, pero que aparece con cierta frecuencia es: e) El buen efecto debe ser lo suficientemente bueno como para compensar el mal efecto. De igual manera, hay autores que señalan la conveniencia de introducir diferentes tipos de «side-effects» en el análisis y, a partir de allí, reconstruir DDE en términos de triple efecto. Al respecto, véase, KAMM: «Nonconsequentialism», en LAFOLLETTE, ed., 2000: *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, Oxford: Blackwell, pp. 211-213.

En la filosofía moral contemporánea, el interés por la doctrina (en adelante, DDE) fue reavivado por una serie de trabajos de Philippa FOOT⁵⁰, y su importancia se muestra en el amplio arco de temas a las que actualmente se aplica, e.g. terrorismo, bioética, etc.⁵¹. El atractivo principal de la doctrina es que insiste en la posibilidad y relevancia de la distinción entre los resultados que el agente intenta conseguir (*intención directa*) y las consecuencias previstas de esa acción (*intención oblicua*). De esta manera, DDE permite dar cuenta de situaciones excepcionales sin poner en crisis el carácter absoluto de las reglas morales⁵², por ejemplo, casos de agresión ilegítima y defensa necesaria que resultan en la muerte del agresor⁵³. La naturaleza disvaliosa de las consecuencias previstas no es suficiente para calificar a esa acción como pretendida y su status moral dependerá de aquello que el agente intentó hacer.

A pesar de su atractivo para explicar ciertas intuiciones morales, DDE es criticada por dos motivos principales⁵⁴. Por una parte, se afirma que la distinción entre resultado intentado y consecuencia prevista carece de sentido por razones conceptuales y, por otra parte, también se sostiene que aun cuando esa distinción fuese conceptualmente viable, ella es moralmente irrelevante. Estas críticas se pueden presentar esquemáticamente de la siguiente manera.

a) La tesis de la imposibilidad

Dado que las acciones pueden ser descritas mediante una serie potencialmente infinita de predicados⁵⁵, parece imposible encontrar algo así como la «verdadera» des-

⁵⁰ FOOT, 1994: «El problema del aborto y la doctrina del doble efecto», en *Las virtudes y los vicios*, Universidad Nacional Autónoma de México. En un trabajo anterior FOOT defendió la doctrina del doble efecto pero posteriormente se retractó. Al respecto, véase: FOOT, 1985: «Morality, Action, and Outcome», en *Morality and Objectivity: A Tribute to J. L. Mackie*, London and Boston, Routledge and Kegan Paul. Reimpreso en WOODWARD, 2009: *The Doctrine of Double Effect - Philosophers Debate a Controversial Moral Principle*, Notre Dame Press. En resumen, el enfoque de Philippa FOOT rescata un ámbito genuino, aunque residual, para DDE. Su trabajo muestra que la discusión sobre las intenciones y las consecuencias ha resultado en gran medida viciada por la confusión con las distinciones entre hacer y omitir, deberes negativos y positivos; e intención directa y oblicua. El atractivo genuino de DDE sólo puede apreciarse cuando se disminuye el marco en el cual es útil distinguir entre la intención de realizar algo y el conocimiento de las consecuencias dañinas de su acción. Al respecto, véase, FOOT, 1994: 46.

⁵¹ Acerca del empleo de DDE, véase por ejemplo: ANSCOMBE, «War and Murder», en WOODWARD, 1994: 247-260; WALZER, «Double Effect», en WOODWARD, 2001: 261-269; MARTÍN, «Suicide and Self-Sacrifice», en WOODWARD, 2001: 270-288; DUNDON: «Nuclear Power, Challengin Non-Utilitarian Ethics», en WOODWARD, 2001: 289-297.

⁵² FARRELL MARTÍN, 1980: *Descripción de acciones y teoría del doble efecto*, Derecho, Moral y Política, Buenos Aires, Editorial Belgrano, p. 86.

⁵³ Tomas DE AQUINO, *Suma de Teología*, Parte II-II, Cuestión 64, artículo 7; BECKER (ed.), 1992: *Double Effect*, Encyclopedia of ETHICS, vol. I, A-K, New York & London, Garland Publishing Inc., p. 268.

⁵⁴ Otras críticas surgen porque esta teoría asume que la corrección o incorrección de una conducta no tiene que ver sólo con el comportamiento externo (resultado y consecuencias) sino que además mantiene la idea de *intención* como parte esencial del concepto de acción. Para quienes desconfían de la posibilidad o utilidad de incluir estos estados mentales en el análisis de los problemas de responsabilidad, DDE no constituye una manera plausible de abordar esos problemas. Así, el conductismo y el consecuencialismo son enfoques que pueden suscribir este tipo de críticas. No abordaré aquí una defensa de la intencionalidad de las conductas y su valor para dar cuenta de la atribución de responsabilidad. BOYLE JOSEPH, M. Jr., *Toward Understanding the Principle of Double Effect*, op. cit., p. 13.

⁵⁵ VON WRIGHT: *On the Logic of Norms and Actions*, op. cit., p. 113.

cripción de un cierto fenómeno. En el caso de las acciones humanas, este refinamiento se plasma en la «contracción» o la «expansión» de las posibles descripciones de una acción⁵⁶. Por consiguiente, es imposible trazar una distinción conceptualmente precisa entre resultados intentados y consecuencias previstas en el nivel de la descripción de las acciones. El límite a este proceso son las acciones *básicas*, *i.e.* aquellas que no son realizadas mediante otra acción. Sin embargo, para la dogmática penal estas acciones carecen de mayor interés y sólo sirven para distinguir entre aquello que el agente hace y lo que le sucede o padece. Es decir, cuando la cadena de eventos no ha sido generada, en última instancia, por una acción del agente, no tiene sentido atribuirle responsabilidad⁵⁷.

b) La tesis de la irrelevancia

Otra importante crítica a DDE es la que niega la relevancia práctica de la diferencia entre aquello que se intenta hacer y las consecuencias previstas⁵⁸. Esto equivale a sostener que no habría razones para atribuir distinta significación moral a una secuencia de eventos por el mero hecho de que reflejen intenciones o previsiones del agente⁵⁹. El atractivo de esta línea de crítica es que no desafía la reconstrucción clásica de la acción y tampoco precisa negar diferencias conceptuales entre aquello que el agente intenta hacer y las consecuencias que ha previsto. La intención del agente está conceptualmente vinculada a la identificación de la acción, y el resultado de esa acción puede analizarse como el *input* de una relación causal que da lugar a diferentes consecuencias. Sin embargo, la crítica a DDE subraya que esa distinción conceptual no sirve, sin un argumento adicional, para avalar una diferencia moral⁶⁰.

En la siguiente sección señalaré qué tipo de argumentos podrían ser útiles para defender a DDE frente a estas líneas de crítica. En particular, mis conclusiones se apoyarán en la reconstrucción de DDE ofrecida por Warren QUINN, uno de los autores más influyentes en la filosofía moral contemporánea⁶¹. La idea central de QUINN es original

⁵⁶ Donald DAVIDSON proporciona el siguiente ejemplo de descripción de la acción para mostrar el «efecto acordeón»: «Digamos que un hombre mueve su dedo intencionalmente, presionando así el interruptor, y causando que se prenda la luz, que el cuarto se ilumine y que un merodeador se alerte. Este enunciado tiene las siguientes implicaciones formales: el hombre presionó el interruptor, prendió la luz, iluminó el cuarto y alertó al merodeador. Algunas de estas cosas las hizo intencionalmente, algunas otras no; fuera del movimiento del dedo, la intención no es pertinente para las inferencias, e incluso en este caso sólo se la requiere en el sentido de que el movimiento debe ser intencional bajo alguna descripción». DAVIDSON, D., 1995: *Ensayos sobre acciones y sucesos*, Barcelona: Editorial Crítica, UNAM, p. 75. En el mismo sentido ANSCOMBE, G. E. M., 1991: *Intención*, Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, p. 96.

⁵⁷ DANTO ARTHUR, 1976: «Las acciones básicas», en *La filosofía de la acción*, México-Madrid-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económico, p. 67.

⁵⁸ HART, 1973: «Intention and Punishment», en *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press, pp. 113 y ss. En el mismo sentido SPECTOR, 1992: *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford: Clarendon, 1992.

⁵⁹ BOYLE JOSEPH, JR.: *Toward Understanding the Principle of Double Effect*, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁰ Puede encontrarse en la discusión sobre DDE distintas versiones de estas dos líneas de crítica. No es posible abordar aquí todos los enfoques que ofrecen diversos autores. Para un desarrollo extendido de la discusión contemporánea véase los trabajos incluidos en WOODWARD, 2001.

⁶¹ Sus diversos trabajos sobre acciones, intenciones y consecuencias se consideran una importante defensa de los enfoques deontológicos en filosofía moral y una de las versiones más plausibles y mejor articuladas de

y se aparta de las defensas tradicionales de DDE. Su objetivo no es tanto mostrar que los segundos efectos de nuestras elecciones pueden ser justificados sino más bien que la *estructura* de la intención marca una diferencia en la justificación de la acción⁶². A diferencia de la mayoría de expositores de esta doctrina, él afirma que la función de la doctrina del doble efecto es elevar barreras morales. No se debe esperar que alguien que apoya la doctrina del doble efecto sea más tolerante con quienes actúan con intención oblicua, sino que será menos tolerante frente a quienes actúan con intención directa⁶³.

IV. ACCIONES ESTRATÉGICAS Y AUTONOMÍA INDIVIDUAL

El argumento central de QUINN puede dividirse en dos partes. La primera parte está dedicada a aclarar la formulación de la doctrina para dar cuenta de los casos que intuitivamente queremos reconstruir e intenta encontrar una formulación que escape a la crítica según la cual bajo determinada interpretación cualquier resultado puede ser descrito como un caso de intención oblicua. La segunda parte apunta a mostrar cuál es la razón que justifica nuestra intuición y otorga plausibilidad a DDE.

QUINN analiza DDE a la luz de una serie de ejemplos. Su propuesta es la siguiente:

1a. *Estrategic-Bomber*. Un bombardero quiere arrojar una bomba sobre una fábrica militar, esta acción le ayudará a ganar la guerra, pero sabe que como consecuencia de la explosión morirán personas

1b. *Terror-Bomber*. Un bombardero que, para amedrentar al enemigo y ganar la guerra, mata deliberadamente al mismo número de personas que EB

2a. *Distribución de recursos*. Un médico ante escasez de medicamentos elige selectivamente a los pacientes que tienen mas probabilidades de curarse sabiendo que quien no recibe la medicina morirá.

2b. *Conejillo de India*. Ante la misma escasez de recursos, un médico decide dejar de impartir medicamentos a un grupo de individuos para así poder estudiar el desarrollo de determinada enfermedad mortal.

3a. *Craneotomía*.

3b. *Histerectomía*⁶⁴.

La plausibilidad de DDE depende de su respuesta al criterio para distinguir entre resultados y consecuencias. Con relación a este tema, la crítica señala que, dado que varias cosas pueden ser intentadas bajo la misma conducta, la fuerza de la doctrina depende de cómo se describe la acción. En particular, si DDE identifica aquello que un

DDE. En particular, cabe destacar a: QUINN, 1993: *Morality and Action*, Cambridge, Cambridge University Press y «Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Double Effect», WOODWARD, 2001: 23 y ss. Véase también FISCHER MARTÍN, RAVIZZA, y COPP., «Quinn on Double Effect: The Problem of “Closeness”», en *Ethics*, 103, July 1993, pp. 707-725.

⁶² QUINN, 2001: 23 y ss. También en *Philosophy and Public Affairs*, Princeton University Press, 1989, vol. 18, n.º 4, pp. 334-351.

⁶³ QUINN, 2001: 33.

⁶⁴ QUINN deja fuera del análisis los casos de administración de la droga para aliviar el dolor del paciente cuya consecuencia es la muerte del mismo, y el de administrar una droga para matarlo y así acabar con el dolor, porque aquí hay un dato que no se presenta en el resto de casos que es el del consentimiento de la otra persona. QUINN, 2001: 24-25.

agente intenta hacer con resultados o consecuencias que surgen inmediata e invariablemente luego de lo que el agente hace (criterio de proximidad), se torna imposible distinguir entre algunos casos intuitivamente relevantes tales como la histerectomía y la craneotomía⁶⁵. Sólo una vez que se ha respondido a este desafío tiene sentido analizar la relevancia moral de las distinciones entre resultados intentados y consecuencias previstas.

Sin embargo, antes que debatir directamente acerca de un criterio de proximidad para conectar resultados y consecuencias, QUINN propone una aproximación diferente y señala que un concepto filosóficamente más estricto (o laxo) de intención puede cambiar nuestra percepción de la solución de los casos a los que se aplica paradigmáticamente la doctrina. Por ello, para mostrar que DDE es sólida debe dar cuenta de las respuestas bajo cualquier concepto de intención que tengamos, incluso aquellos que revisan el concepto ordinario de intención⁶⁶. Una vez que se admite este compromiso, la defensa de DDE precisa mostrar que las acciones del *Terror-Bomber* y el médico de la *Craneotomía* son intencionales en tanto acciones de matar y que el comportamiento del médico en el caso del *Conejillo de Indias* es intencional en tanto que conductas que dejan morir⁶⁷. De igual manera, DDE tiene que rechazar como conductas intencionales de matar y dejar morir a las acciones del *Strategic-Bomber* y el médico de la *Histerectomía* al igual que el médico de la *Distribución de Recursos*, respectivamente.

La clave para establecer una intención o daño ocasionado de forma *directa* es analizar si la intención o daño que se ocasiona a las víctimas surge porque el agente las involucra de forma deliberada en las consecuencias perjudiciales. Las víctimas son tratadas como objetos y se las involucra en ese plan precisamente porque ellas son una pieza necesaria para los fines del agente. Por el contrario, el daño o la intención será *oblicua* cuando el agente no haya involucrado de forma voluntaria a la víctima y lo que tiene intención de hacer no contribuye a dañarla. Es decir, las víctimas no forman parte del plan que el agente despliega ni existe una intención específica de provocarles daño⁶⁸.

Así, por ejemplo, puede distinguirse el caso del *Terror-Bomber* del *Strategic-Bomber*. En el primer caso el piloto intenta que las personas se vean envueltas en su acción de arrojar la bomba, y una de las razones por las que la realiza es porque estas personas están involucradas en el daño *e.g.* la muerte de éstas amedrentará al rival⁶⁹. Por el contrario, en el caso del *Strategic-Bomber*, el piloto intenta realizar una explosión pero no para afectar a los civiles. Quizá, él no podrá decir que la muerte de los civiles fue a todas luces no-intencional, pero sí puede negar que el implicarlos en la explosión ayude en algo a su propósito.

Esta forma de distinguir los casos de intención oblicua y directa resuelve los dos problemas antes señalados. Por una parte, este criterio no hace referencia ni depende de la proximidad o conexión causal y, por otra parte, puede ser utilizado bajo cualquier interpretación del concepto de intención que se posea. Además, esta propuesta lleva a

⁶⁵ Este criterio de proximidad (closeness) es el introducido por HART en el trabajo mencionado en la sección anterior.

⁶⁶ QUINN, 2001: 29.

⁶⁷ QUINN, 2001: 27.

⁶⁸ QUINN, 2001: 31.

⁶⁹ QUINN, 2001: 29.

distinguir entre aquellos casos en los que la víctima es una ventaja o un obstáculo para el plan del autor. Así, en los casos del *Terror-Bomber* y el médico del *Conejillo de Indias*, la víctima es vista como una ventaja ya que sólo al emplearlas como un medio pueden sus planes tener éxito.

Esta distinción entre ventajas y obstáculos en la realización del plan da una clave para disipar las dudas y dificultades en los casos de la *Histerectomía* y la *Craneotomía*. Recordemos que muchos autores que participan en la discusión consideran que: o bien esos casos no ilustran la distinción que DDE pretende capturar (e.g. HART) o bien que la distinción entre ellos es indefendible. Por el contrario, el análisis de QUINN sirve para mostrar en qué sentido la craneotomía se parece a los casos de acciones directas y en qué sentido la histerectomía se parece a los de acciones indirectas (oblicuas). Aunque intuitivamente la craneotomía merece un reproche por su disposición a usar al feto como medio para salvar la vida de la madre, el médico no cuenta con el feto como una ventaja para lograr su plan sino más bien como un obstáculo que debe ser removido⁷⁰. Esta diferencia sugiere también una diferencia en la atribución de responsabilidad en casos en los que la acción directa no involucre a la víctima como parte de un beneficio para el agente.

Se considera que una acción que es realizada con intención directa produce un daño directo de dos maneras diferentes. En primer lugar, cuando la víctima sirve de alguna forma (como ventaja u oportunidad) a las metas o los fines que se propuso el agente, y, en segundo lugar, cuando la víctima se considera como un obstáculo que debe removerse⁷¹. En ambas situaciones se actúa del mismo modo en que lo haríamos si la víctima no existiera. Por el contrario, las acciones realizadas con una intención oblicua o que generan un daño indirecto son aquellas situaciones donde la víctima no tiene ninguna utilidad para el agente, su lesión o muerte son indiferentes para el logro de los planes que se ha propuesto. Por ejemplo, si los enfermos a los que no se distribuyó la droga, en el caso de la *Distribución de Recursos*, consiguen medicamentos por otros medios no les causa ningún «perjuicio» a los médicos. Pero, si lo mismo sucede en el caso del *Conejillo de Indias*, la víctima ocasiona un «daño» a la investigación médica.

Por ello, la conclusión de QUINN es:

El efecto de la doctrina es más bien *elevantar* las barreras morales antes que disminuirlas. Por lo que no debemos esperar que un defensor de DDE sea más tolerante frente una acción indirectamente dañina que aquellos que rechazan la doctrina pero comparten el resto de su posición moral. Lo que debemos esperar es que sea *menos* tolerante con la acción que genera daño de manera directa. Este punto es importante. Los críticos circunstanciales de la doctrina algunas veces parecen suponer que sus defensores deben estar preparados para permitir homicidios o lesiones simplemente sobre la base de que la acción es indirecta. Nada puede estar más lejos de la verdad. La doctrina de ninguna manera disminuye la fuerza vinculante de cualquier derecho o deber moral independiente⁷².

Una vez identificada cuál es la distinción relevante que pretende capturar DDE, es preciso analizar qué razón moral justifica esa distinción. Esta razón tiene que mostrar porqué hay un plus de gravedad en aquellas acciones que ocasionan un daño con una

⁷⁰ QUINN, 2001: 31

⁷¹ QUINN, 2001: 31

⁷² QUINN, 2001: 33

intención directa por sobre las que ocasionan el mismo perjuicio a través de una acción indirecta. El compromiso con la autonomía moral de los individuos puede ayudarnos a comprender esa diferencia. Lo que parece darle mayor gravedad a la acción directa es el modo en que las víctimas entran en el pensamiento estratégico del agente. En este caso, el agente tiene algo en mente para sus víctimas, las envuelve bajo alguna circunstancia que le resulta provechosa⁷³. Por el contrario, un agente que actúa indirectamente puede tener la certeza de que su acción ocasionará muertes, pero esto no sucede porque el agente las haya envuelto o no en sus propósitos. Por supuesto, quien realiza una acción con intención indirecta también trata a sus víctimas como seres cuyo daño o muerte es inferior al propósito que tenía el agente. Pero, en el caso de acción directa hay un dato adicional y éste es que la víctima cumple algún papel en los planes del agente. Ésta es la razón por la que parecen más graves los casos abarcados por la intención directa que de indirecta⁷⁴.

El ideal moral de autonomía se manifiesta paradigmáticamente en el modo en que los individuos diseñan y desarrollan planes de vida. Tomarse en serio este ideal representa otorgarle un papel especial al consentimiento que prestan los agentes en situaciones de interacción. En este sentido, QUINN señala que,

DDE descansa sobre la fuerte presunción moral de que quienes pueden ser involucrados de manera útil en la promoción de un objetivo al costo de perder algo protegido por sus derechos morales independientes (tales como sus vidas, integridad corporal, o su libertad) deben, *prima facie*, servir a esos objetivos sólo de manera voluntaria⁷⁵.

En los casos de acciones directas, las víctimas juegan un papel en la meta del agente, con independencia de su consentimiento. Y este dato es lo que le da una mayor fuerza moral negativa a estas acciones. No se trata sólo de causar un daño o de no impedirlo, sino además se trata de usar a otras personas de manera estratégicamente útil más allá de su consentimiento o planes de vida⁷⁶.

Al comienzo de este trabajo señalaba que el reproche a título de dolo eventual representa un fenómeno de creciente relevancia teórica y social. A título de ejemplo, mencionaba el caso de los «conductores suicidas», señalando que la doctrina y jurisprudencia, de manera más o menos uniforme, atribuye frente a estas conductas responsabilidad similar a los casos en que existe dolo directo. Por ejemplo, un conductor de automóvil corre una carrera en la madrugada por una importante avenida. Con el objetivo de ganar el desafío comete distintas infracciones de tráfico y atropella a una madre y su hija provocándoles la muerte⁷⁷. Por medio de la aplicación de DDE, en particular siguiendo los desarrollos de Warren QUINN, puede observarse un esquema de solución diferente al ofrecido en la dogmática penal contemporánea. Conforme a los criterios elaborados en DDE, el primer paso de nuestro análisis es identificar la razón de la acción del agente. Ella permite detectar tanto el objeto de intención de su

⁷³ QUINN, 2001: 35

⁷⁴ QUINN, 2001: 36

⁷⁵ QUINN, 2001: 36

⁷⁶ QUINN, 2001: 36

⁷⁷ Esta situación reproduce los datos esenciales del caso «Sebastián Cabello», quien fue en primera instancia condenado por homicidio a título de dolo eventual. Luego, el tribunal de alzada sólo encontró elementos para reprochar por un delito imprudente. Tribuna Oral número 30, Buenos Aires, 21/11/2003, autos Cabello, Sebastián s/doble homicidio doloso en concurso ideal con lesiones leves dolosas.

conducta —posibilitando así su explicación en términos teleológicos— como también identificar de manera genérica el plan diseñado y la estrategia desplegada por el agente. En este ejemplo, la razón que explica el actuar del conductor es vencer a su contrincante. Su objetivo es ganar la carrera antes que el daño a terceros. El segundo paso es analizar el papel de las víctimas en el plan del agente. En este caso el conductor no interviene en la esfera de organización de las víctimas de manera estratégica, ni pretendía beneficiarse con su muerte ni son un obstáculo que debe removerse. El conductor no ha involucrado de forma voluntaria a la víctima. Es decir, las víctimas no forman parte del plan que el agente despliega ni existe una intención específica de provocarles daño. Así, si las víctimas hubieran sobrevivido o, más aún, si hubiesen resultado ilesas no le causaría ningún «perjuicio» a los planes que tenía el conductor de ganar su carrera. Por ello, sea cual sea el reproche que pueda corresponderle por su conducta, no hay razón para atribuirle la misma responsabilidad que si directamente hubiese intentado eliminar sus víctimas.

V. CONCLUSIONES

La discusión sobre DDE es de directa relevancia para comprender la atribución de responsabilidad a título de dolo eventual. No es sólo que la estructura de los problemas sea idéntica sino también que una amplia gama de herramientas conceptuales desplegadas en el análisis guardan una estrecha semejanza. Por ejemplo, la naturaleza de la intención oblicua, la relevancia del plan del agente, la capacidad de controlar y decidir cursos de acontecimientos, son temas de interés compartido por el dolo eventual y el doble efecto. Más aún, el explícito rechazo que DDE propone para las doctrinas consecuencialistas le otorga un permanente atractivo en un programa moral que atribuya derechos inalienables a los individuos.

Si esta doctrina moral captura de manera apropiada nuestras intuiciones sobre la justificación de la atribución de responsabilidad, entonces quienes defienden el dolo eventual tienen un duro escollo que superar⁷⁸. Pero, por otro lado, si se demostrase que la distinción entre consecuencias previstas e intenciones es imposible de realizar, entonces hay que abandonar la búsqueda de la diferencia entre imprudencia consciente y dolo eventual. En pocas palabras, si se llega a la conclusión de que no existe límite alguno entre resultados intentados y consecuencias previstas, los casos que caen bajo el concepto de culpa consciente quedarán cubiertos por el concepto de dolo eventual. La opción de agravar o disminuir el reproche sólo se basará en consideraciones de política criminal ajenas a la estructura conceptual del doble efecto y el dolo eventual. De este modo, el reproche a título de dolo eventual inicia una pendiente resbaladiza hacia la atribución de responsabilidad objetiva. El entrecruzamiento de doctrinas y la proliferación de criterios que pretenden distinguir entre culpa consciente y dolo eventual es un síntoma de la incapacidad de la idea de dolo eventual para justificar claramente por qué razón se reprocha de manera similar en casos de intención directa y oblicua.

⁷⁸ Esta afirmación debe entenderse bajo la cláusula *ceteris paribus* ya que el reproche a título de dolo eventual podría aun justificarse sobre la base de otro tipo de exigencias, e.g. mayor eficiencia en la persecución penal, revaloración de la responsabilidad objetiva, etc.

Una aplicación de DDE a diversas situaciones de dolo eventual no significa automáticamente reducir el ámbito de responsabilidad de los agentes. Por el contrario, como he señalado anteriormente, esta doctrina moral puede caracterizarse por representar una exigencia de responsabilidad más gravosa para los casos de resultados disvaliosos directamente intentados. En este sentido —y sólo en este sentido—, el dolo eventual podría ser considerado como el fenómeno básico y el dolo directo como una forma agravada de cometer el delito. Pero, inmediatamente se sigue la consecuencia de que ambas formas de dolo no merecen el mismo grado de reproche.

La doctrina del doble efecto aporta dos elementos esenciales para la correcta solución de los problemas del dolo eventual: la noción de razón para la acción y la noción de intervención estratégica en la esfera de organización de otro agente. Esta combinación de ideas permite comprender en qué sentido la autonomía moral de los individuos se encuentra amenazada en los casos de dolo eventual. De manera similar nos sirve para interpretar por qué es plausible reprochar de manera atenuada a quien no utiliza a su prójimo de manera estratégica para conseguir realizar sus planes. En este criterio la diferencia crucial no se encuentra en el conocimiento del agente, ni en la previsión de las consecuencias, ni en la aceptación del resultado, ni en la decisión de llevar adelante un curso de acción. Aunque todos estos elementos pueden formar parte —y de hecho, así ocurre— de una correcta descripción de lo que hace el agente, ninguno de ellos es decisivo para justificar un tratamiento idéntico de los resultados intentando y las consecuencias previstas.

En virtud de las semejanzas en los problemas y estrategias de análisis entre el dolo eventual y el doble efecto resulta extremadamente implausible creer que las soluciones propuestas por DDE serán completamente originales en su aplicación al dolo eventual. En particular, las versiones de DDE usadas en este trabajo (*i.e.* las desarrolladas por FOOT, QUINN) guardan muchos puntos de contacto con las teorías del plan del autor (ROXIN). Sin embargo, sus diferencias contextuales también ilustran compromisos diferentes. En particular, a diferencia de las concepciones tradicionales del dolo eventual que se refieren al plan del autor, DDE permite un enfoque más natural de estos propósitos y estrategias del agente por las siguientes razones: En primer lugar, no necesita un criterio de proximidad para dar cuenta de los resultados intencionalmente provocados. En segundo lugar, DDE no compromete con dar cuenta de la intencionalidad a través del dolo directo. En tercer lugar, DDE no exige un enfoque normativo de los estados mentales del agente.

EX FACTO IUS ORITUR*: PROCESOS DE ESCÁNDALO Y EL DERECHO MUNDIAL EMERGENTE

Andreas Fischer-Lescano**

Universidad Johann Wolfgang Goethe

RESUMEN. Con referencia al proceso transitorio de la Argentina, el artículo explora la génesis de un sistema transnacional del Derecho. Ese sistema no es formado exclusivamente por el Derecho internacional público. Especialmente en el marco de los derechos humanos la sociedad civil globalizada es la fuerza central, participando en la creación de normas transnacionales. Las Madres de la Plaza de Mayo han iniciado un proceso de *escandalización* global, que ha resultado en la instauración de un nuevo régimen determinando que la desaparición es una violación de los derechos humanos universales.

Palabras clave: sistema transnacional de Derecho, derechos humanos, globalización.

ABSTRACT. Under reference to the transitional process in Argentina the article explores the emergence of a transnational system of law. This legal system does not only consist of «international public law». Especially in the field of human rights it is the global civil society which is the driving force behind processes of transnational legal norms creation. The Argentinean Madres de la Plaza de Mayo initialized a global scandalization process which resulted in the instauration of a new regime under which disappearance is a violation of universal human rights.

Keywords: transnational system of law, human rights, globalization.

* ULPIANUS, *Digesta*, 44, 7, 25.

** Agradezco a Cristina HOSS, Michael KLODE, Tania LESCANO y a Paola Andrea LOMBARDI su colaboración.

1. EX FACTO

La última dictadura argentina es considerada como una de las más crueles de América Latina. Se habla de aproximadamente 30.000 desaparecidos (CONADEP, 1984; Amnesty International, 1987). El denominado «Proceso de Reorganización Nacional» no es el único régimen que usó esa técnica, pero la Junta Militar argentina constituye un ejemplo único dada su crueldad, brutalidad y nefastas consecuencias.

La primera reacción en la opinión pública argentina fue el silencio; un «silencio social» (SONDERÉGUER, 1985: 8) que intentaron utilizar las autoridades militares encargadas de la «reestructuración». Pero el movimiento de derechos humanos se hizo paso a través de ese silencio y se erigió como abogado de una sociedad que no tenía otros caminos institucionales para brindar su oposición (SCHOLZ, 1990: 131).

1.1. Lo Público en Argentina

La protesta comenzó en la Plaza de Mayo, una plaza también utilizada en su momento por los propagandistas militares. Allí se juntaron las madres de los desaparecidos, con sus pañuelos blancos, para reclamar silenciosamente los crímenes cometidos contra sus hijos e hijas desaparecidos (HAUCK/HUHLE, 1996: 119). «[N]osotras golpeábamos, todas, las mismas puertas», así describió Hebe de Bonafini el comienzo poco espectacular de la protesta el 30 de abril de 1977 (BRUSCHTEIN, 1997). En sus propias palabras: «Todos ustedes saben que ahí nos conocimos; algunas en el Ministerio del Interior, algunas en la Policía, algunas en la calle, algunas en la desesperación de ir a la cárcel a ver si estaban ahí. Y a la Iglesia. Y un día, estando en la iglesia, en la iglesia de los asesinos, en la iglesia Stella Maris, que es la iglesia de la Marina, donde íbamos a ver a Gracelli, Azucena (Villafior de Vincenti) dijo que ya basta, que no se podía más estar ahí, que ya no conseguíamos nada, que por qué no íbamos a la Plaza y hacíamos una carta para pedir audiencia, y que nos dijeran qué había pasado con nuestros hijos. Y así fuimos por primera vez un sábado. Nos dimos cuenta que no nos veía nadie, que no tenía ningún sentido. Era un 30 de abril. Decidimos volver a la otra semana un viernes. Y a la otra semana decidimos ir el jueves» (BONAFINI, 1988).

«Lo Público», que a los militares argentinos había preocupado tanto y que (a diferencia de Pinochet, que juntó 7.000 víctimas en el Estadio Nacional de Santiago) querían evitar absolutamente (MATTAROLLO, 1985: 10), comenzó a formarse y a nombrar ilegal lo que los militares denominaron «restauración del orden estatal» y «lucha legítima contra la subversión»¹.

¹ Así, el Obispo Bonamín afirmó el 5 de diciembre de 1977 en una conferencia de la Universidad Nacional del Litoral, Paraná, Provincia de Entre Ríos: «El mundo está dividido por dos filosofías incompatibles, perfiladas por dos fronteras ideológicas: el materialismo ateo y el humanismo cristiano. Las Fuerzas Armadas, en representación de la civilización occidental y cristiana deben utilizar todos los medios para combatir el enemigo» (Auto del Juzgado de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional española del 11 de mayo de 1998, http://www.nuncamas.org/juicios/espania/espania_110598.htm).

Pero las Madres no encontraron apoyo en lo público argentino. El «silencio social» que mantuvo oculto el asunto de los desaparecidos, dejó como saldo un público miedoso, que guardó silencio o difamó a las Madres como madres de los terroristas que ensuciaban la reputación de Argentina en el exterior y las cuales eran —a causa de sus propias protestas— víctimas de una persecución y de la pregunta con que se las insultaba: «¿Ustedes no son argentinas?» (CALVEIRO, 1998: 150; GUZMÁN BOUVARD, 1994: 156).

Las Madres no fueron el único grupo nacional que se dedicó al problema de los desaparecidos. También se formaron grupos tales como los «familiares» y las «abuelas» más algunas organizaciones religiosas, humanitarias y políticas; en especial debemos mencionar algunas organizaciones nacionales eclesiásticas, y otras formadas en cooperación con organizaciones internacionales, por ejemplo FEDEFAM, CLAMOR en Sao Paulo y el vicariato de solidaridad en Chile, así como también la «Liga»², APDH³, MEDH, SERPAJ⁴, CELS⁵ y MJDH⁶. Pero en las organizaciones creadas por los damnificados —especialmente las Madres— la protesta alcanzó su expresión más auténtica. La resistencia incansable de madres y amas de casa, y su presencia regular en la Plaza de Mayo fueron algo inesperado para los militares. No habían tenido en cuenta ese tipo de reacción (SCHOLZ, 1990: 128).

Así, las Fuerzas Armadas, a tan sólo ocho meses del inicio de la protesta de las Madres en la Plaza de Mayo, hicieron el primer intento por destruir esa expresión de protesta con las mismas medidas que habían ya usado efectivamente en la lucha contra la subversión: la desaparición de 12 mujeres —entre ellas Azucena Villaflor— y de dos monjas francesas, fue planificada y llevada a cabo por el Teniente de Marina Alfredo Astiz, después de que las Madres, algunas semanas antes, publicaran una solicitud en un diario con una lista de nombres de personas desaparecidas, ganando por primera vez la atención pública nacional acerca de un problema que hasta ese preciso momento no había sido abordado por ningún medio masivo de comunicación.

1.2. Lo Público Transnacional

Pero los militares no consiguieron escapar del asunto en silencio. Al contrario: el movimiento de protesta —internamente aún muy frágil y contando solamente con pocos militantes— se internacionalizó. Primero, las Madres ganaron la atención de la prensa internacional por estar presentes en cada visita de políticos extranjeros. Así las visitas de Terence Todman y Cyrus Vance fueron las primeras oportunidades en las que representantes de la prensa internacional se preguntaron quiénes eran esas mujeres (BONAFINI, 1988). Y aún cuando la Junta durante el Mundial de Fútbol de 1978 consiguió evitar una presencia mediática de las Madres mediante una supresión masiva, nuevos secuestros e intimidaciones⁷, el año del Mundial fue el año de la «mundialización» decisiva de la protesta.

² Liga Argentina por los Derechos Humanos (ver: VEIGA, 1985: 23).

³ Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (VEIGA, 1985: 111).

⁴ Servicio Paz y Justicia en América Latina.

⁵ Centro de Estudios Legales y Sociales.

⁶ Movimiento Judío por los Derechos Humanos.

⁷ «Y viene la época del Mundial, en 1978. Ese horror que para nosotras era el Mundial y que a mucha gente los ponía contentos. Se provocaban más secuestros. Se acentuaba la represión. Se acentuaba en la Plaza. Nos

El primer grupo de soporte en el exterior fue fundado por Liesbeth Den Uyl, la esposa del Primer Ministro de los Países Bajos (HAUCK/HUHLE, 1996: 111). También el Grupo SOLMA⁸ en Francia comenzó con manifestaciones frente a la Embajada de Argentina en París. Las Madres viajaron a los Estados Unidos y a Europa solicitando colaboración a numerosas organizaciones no gubernamentales —entre ellas: Amnistía Internacional (AI, 1979; 1982; 1987), America's Watch/Human Rights Watch (AW, 1991), Comisión Internacional de Juristas (International Commission of Jurists, 1975), Consejo de la Iglesia Mundial, Sociedad Internacional para los Derechos Humanos, PAX ROMANA, Pax Christ Internacional, Asociación Internacional contra la Tortura, Asociación de Juristas Democráticos (Association Internationale des Juristes Démocrates, 1976), Liga Internacional para la Defensa de los Derechos y la Liberación de los Pueblos, Penal Law Association y el grupo de Derechos de la Minoridad.

Hebe de Bonafini visitó en 1979 al Presidente italiano Sandro Pertini y al Papa. Continuaron los viajes a Suecia⁹, Canadá y Australia y el poder de la atención pública internacional empezó a proteger a las Madres de las amenazas de muerte (HAUCK/HUHLE, 1996: 111; SICILIANO, 1992: 21).

También en Alemania hubo protestas. El 26 de marzo de 1976, pocos días después del golpe de Estado en Argentina, «desapareció» Klaus Zieschank, estudiante de la Universidad Técnica de Munich¹⁰. Fue entonces que se formó la «Iniciativa para la Libertad de Klaus Zieschank» —una asociación fundada por miembros de Amnistía Internacional y estudiantes de la Universidad Técnica de Munich, que pronto fue apoyada por abogados, funcionarios de la Iglesia y algunos políticos— y que organizó una «huelga de hambre» en Bonn (CUYA, 2000). Similar repercusión logró el caso de Elisabeth Käsemann (WERZ, 1996: 303) y la campaña «Fútbol y Tortura», que promovió un boicót al Mundial de Fútbol en Argentina (Al caso Zieschank: THUN, 1985: 89).

Es digno de destacar que en el año 1980 se le concedió el Premio Nobel de la Paz a Adolfo Pérez Esquivel, fundador de la organización SERPAJ («Servicio paz y justicia»)¹¹. Esto es de especial relevancia en el contexto del proceso de globalización de la protesta, de una acción global de damnificados, actores espontáneos y organizados, gubernamentales y no gubernamentales puesta en lo público por los medios de comunicación. Así, en la ceremonia de entrega de premios, el comité del Premio Nobel noruego citó a Jorge Luis Borges, quien exigió que uno no debe guardar silencio sobre las personas que desaparecieron y quien constató, que «la represión misma es una forma de terrorismo» (The Norwegian Nobel Committee, 1989).

llevaban presas a cada rato. Nos golpeaban. Ponían perros en la Plaza. Nosotras llevábamos un diario enroscado para cuando nos echaban los perros. Nos tiraban gases. Habíamos aprendido a llevar bicarbonato y una botellita de agua. Para poder resistir en la Plaza. Todo esto lo aprendimos ahí, en esa Plaza. Mujeres grandes, que nunca habíamos salido de la cocina, habíamos aprendido lo que habían hecho tantos jóvenes antes. Luchar por ese pedacito de Plaza, luchar por ese pedacito de cielo que significaba nada más y nada menos que esto que tenemos hoy. Y el Mundial también fue muy terrible para nosotras. Fue muy terrible porque en el Mundial se tapó, o se quiso tatar, todo lo que estaba pasando» (BONAFINI, 1988).

⁸ «Solidarité avec les Mères de la Place de Mai d'Argentine», ver <http://web.tiscali.it/WIN/051b.html>.

⁹ En referencia a la protesta sueca: GONE, 1996.

¹⁰ En total hubo alrededor de 500 víctimas no-argentinas o con doble nacionalidad.

¹¹ Las Madres acompañaron a Esquivel (HAUCK/HUHLE, 1996: 116).

2. IUS

¿Cómo hay que evaluar esa acción de la conciencia mundial? ¿Se genera el «derecho mundial sin Estado» (TEUBNER, 1996: 257; 1997) por producción no política? ¿Es *ética* solamente un título errado para esos procesos de escándalo de la sociedad, porque se trata «no solamente de problemas de conciencia o de un reconocimiento moral, sino también de una forma de Derecho, por la cual se buscan posibilidades de sanción» (LUHMANN, 1999: 250), de una forma post-moderna y neo-espontánea de «derecho vivo» a modo de Eugen EHRLICH, para quien el motor de la evolución del derecho está situado «no en el poder legislativo, no en el poder judicial, pero en la sociedad misma» (EHRLICH, 1913: 390)? —Ésa es la tesis esgrimida por Niklas LUHMANN: que el mecanismo central para la instauración del Derecho mundial es exactamente ése, el de la *colère publique*, concepción de Emile DURKHEIM (DURKHEIM, 1930: 118; LUHMANN, 1993: 30)—. Según las palabras de LUHMANN: «Por supuesto que también es una paradoja decir que los derechos son validados por su violación y el escándalo correspondiente (la *colère publique* de Durkheim). Pero tal vez es esa exactamente la paradoja actual en las turbulentas relaciones mundiales y en presencia de la pérdida de relevancia de los órdenes clásicos-estatales» (LUHMANN, 1995: 581; 1995: 243).

Hoy, la instauración del Derecho mundial se lleva a cabo en primera línea por ese mecanismo, y para LUHMANN ésta es la prueba de que «el orden del Derecho mundial se parece más a las formas de orden de las sociedades tribales, lo cual significa que el Derecho mundial debe prescindir de fuerzas de sanción organizadas y de la definición auténtica de violaciones del Derecho según reglas conocidas» (LUHMANN, 1995: 234; 1993; 1998: 99; 1999: 250; TEUBNER, 1996: 255).

3. ORITUR

Es necesario corregir la descripción de LUHMANN en el sentido de que a pesar de la soberanía de los estados, en el Derecho internacional público han evolucionado reglas generales en el área de los derechos humanos fundamentales (FISCHER-LESCANO, 2000a: 27). De esa manera, los *global remedies* —los así llamados «tribunales descentrales y centrales»¹²— sentenciaron, o se encuentran aún investigando casos como los de Milosevic, Pinochet o los ex-militares de la Argentina, Carlos Guillermo Suárez Mason, Santiago Omar Riveros, Alfredo Astíz, Juan Bautista Sasiain y Pedro Alberto Durán Sáenz. La forma de descripción de LUHMANN es, sin embargo, importante para la reformulación jurídica de los mecanismos de instauración del Derecho mundial y para una democratización fundamental de ese derecho hoy aún hegemónico (BRUNKHORST,

¹² Estos tribunales tienen una jurisdicción que en épocas de soberanía absoluta estaba solamente asignada a los tribunales locales nacionales (local remedies). Para una explicación de los *global remedies rules*: FISCHER-LESCANO, 2002b: 217; compárese también: George SCELLES, quien describió que los tribunales nacionales operan en una forma de *dédoublement fonctionnel*, para poder acentuar en ciertos casos el carácter internacional de esos tribunales: «Il en est de même des agents. Le juge national, lorsqu'il rend un jugement dans une affaire entre nationaux et étrangers ou entre étrangers, cesse d'être un juge national pour devenir un juge international. C'est une constatation à laquelle on ne prend pas toujours garde, mais dont l'observation démontre la réalité, car ce qui caractérise une opération juridique, ce n'est pas le caractère de l'agent qui l'accomplit mais sa nature intrinsèque» (SCELLE, 1932: 56; compárese: CASSESE, 1990: 210).

2002), porque el proceso de escandalización en el paradigma argentino —vinculado en gran parte a las Madres de Plaza de Mayo y a las llamadas organizaciones no gubernamentales en Argentina, los Estados Unidos y Europa que las apoyan— es algo más que solamente una forma de presión política.

3.1. Convenciones

Así, por un lado, se le debe atribuir a la protesta en gran medida que la práctica de desaparición de personas no se encuentre prohibida solamente por ser un delito general de «crimen de lesa humanidad», sino que se haya especificado como una «prohibición de la práctica de desaparición» en el Derecho penal internacional: El movimiento de la protesta se dirigió continuamente a las instituciones del sistema político. «Miles de casos han sido presentados ante la ONU y la Organización de los Estados Americanos por grupos como la Asociación Federal de Latinoamérica de parientes de desaparecidos (FEDFAM) y otros» (MCINTYRE/GASTON, 2001: 3). Todos ellos condenaron la práctica de la desaparición forzada de personas¹³. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos afirmó en 1983 que la práctica de la desaparición forzada de personas en las Américas [...] constituye un crimen contra la humanidad¹⁴. La misma evaluación se encuentra en una resolución de la Asamblea Interparlamentaria del Consejo de Europa (Europarat) y en varias declaraciones y resoluciones de la Asamblea General de la ONU o de organizaciones dependientes de la ONU, tales como del ECOSOC¹⁵. En 1996, la Comisión de Derecho Internacional Público ha introducido la práctica de la desaparición forzada como crimen en el Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind y adjuntó como explicación: «La desaparición forzada no fue incluida como crimen contra la humanidad en instrumentos previos. Aunque este tipo de conducta criminal es un fenómeno relativamente reciente, el presente código propone su inclusión como crimen contra la humanidad dada su extrema crueldad y gravedad» (UN, 1996: nota al pie 135). También en el Estatuto de Roma, el estatuto de la Corte Penal Permanente¹⁶, la técnica de la desaparición es un crimen de lesa humanidad [art. 7, párrafo I (i)]. Además vale nombrar las declaraciones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y del Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances¹⁷ creado por la Comisión de Derechos Humanos. Asimismo, la propuesta de la Convención Internacional sobre la Protección de todas las Personas ante la Desaparición Forzada (International Convention on the Protection of all Persons from Enforced

¹³ Ver el reporte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 14 de diciembre de 1979, <http://www.nuncamas.org/document/internac/cidh79/index.htm>. Ver también, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19 y la declaración de la OAS a la desaparición: AG/Res.443 (IX-0/79) del 31/10/1979; AG/Res.510 (X-0/80) del 27/11/1980; AG/Res.618 (XII-0/82) del 20/11/1982; AG/Res.666 (XIII-0/83) del 18/11/1983; AG/Res.742 (XIV-0/84) del 17/11/1984; AG/Res.890 (XVII-0/87) del 14/11/1987.

¹⁴ AG/RES. 666 (XIII-0/83), del 18 de noviembre de 1983.

¹⁵ Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearances, GV-Res. 47/133 of 18 de diciembre de 1992 (GA/47/49, S. 207ff.); ver también: Resolution 33/173, del 20 de diciembre de 1978 y la resolución de la ECOSOC, del 10 de mayo de 1979 (Res. 1979/38) y de la Subcommission for the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities [Resolution 5B (XXXII), del 5 de septiembre de 1979].

¹⁶ UN Doc. A/CONF. 193/9 (1998).

¹⁷ ECOSOC-Resolution 20 (XXXVI), del 29 de febrero de 1980.

Disappearance) dice en su preámbulo: «Considerando que la desaparición forzada de personas ataca los más profundos valores de cualquier sociedad comprometida con el respeto por el imperio de la ley, los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que la práctica sistemática o extensa de tales actos constituye un crimen contra la humanidad»¹⁸.

3.2. Procesos Mundiales

Para nuestra observación jurídica el hecho de que la protesta se dedicara a interponer denuncias por los hechos ante fiscalías en los Estados Unidos y Europa es más importante que la ya descrita presión política. Sobre todo la «Coalición contra la Impunidad»¹⁹ interpuso numerosas denuncias, por las que los ex-militares argentinos se ven hoy confrontados con procesos ante los *global remedies*. (FISCHER-LESCANO, 2005; PARENTI, 2002; MCINTYRE/GASTON, 2001). Hubo varias causas penales sentenciadas en Europa²⁰ y sobre todo cabe destacar dos juicios civiles: El proceso ante una Corte Regional norteamericana en California, en la causa *Forti vs. Suárez Mason*²¹ y —en un caso de desaparición en Honduras— la sentencia del 29 de julio 1988 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velázquez Rodríguez*²². En la decisión de este último caso la Corte condenó la desaparición de Ángel Manfredo Velázquez Rodríguez y obligó al Estado de Honduras a pagar una indemnización a los familiares de la víctima. La decisión de la Corte Regional norteamericana en el caso *Forti vs. Suárez Mason* fue basada en el *Alien Tort Statute*. En relación al derecho global de ser protegido contra la desaparición forzada, la Corte declara que en la comunidad internacional hay un consenso sobre la definición de la desaparición, que tiene dos elementos centrales: *a)* secuestro por el estado y *b)* rechazo de ese hecho por el Estado. «Desaparición», concluye la Corte, «es una violación de los derechos humanos, que son reconocidos universalmente»²³.

3.3. Lex Humana

Por un lado, el proceso de escandalización representó una presión política-jurídica y fue en sí *conditio sine qua non* para la condena de crímenes y criminales. Pero por otro lado, el proceso de escandalización también es, en un ámbito más directo, la manifestación de una nueva forma de expectativa normativa de expectativas normativas a nivel mundial: la protesta ha hecho valer una nueva norma de Derecho mundial al formular que «desaparición es injuria mundial». Este es un ejemplo de «derecho vivo»

¹⁸ Draft International Convention on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, <http://www.disappearances.org/undocs/undoc18.html>.

¹⁹ <http://menschenrechte.org/coalicion.htm>.

²⁰ La jurisdicción de esos *global remedies* se basa regularmente en los principios de jurisdicción personal (pasiva o activa) y jurisdicción universal (OEHLER, 1983: 155; BROWNLIE, 1998: 303). Con referencia a los tribunales internacionales: BUERGENTHAL, 2001: 267; SHELTON, 2000: 147.

²¹ 1988, 694 F. Supp. 707, en STEINER/ALSTON, 2000: 1062.

²² I.L.M. 28 (1989), 294 y ss.

²³ Fragmentos de la decisión pueden encontrarse en STEINER/ALSTON, 2000: 1062.

en la Bucovina global (TEUBNER, 1996: 255), y esa *lex humana*²⁴ del *ius gentium* post-moderno se ve expresada en primera línea por actores de la sociedad civil en cooperación con los medios de comunicación y podría ser reformulada en el Derecho internacional público como «derecho consuetudinario de la sociedad mundial» (¡y no: derecho internacional consuetudinario!). LUHMANN describe esa pluralidad genérica de normas diciendo que «Por otro lado, los “derechos humanos” se manifiestan como una especie de programa de recuperación de moda como nunca antes [...] Pero tal forma de expectación normativa de expectativas normativas se encuentra en gran parte muy por fuera del mundo de las formas jurídicas establecidas y apunta también contra el Derecho. Legal o ilegal —humanidad es lo que vale—. Si se pudieran verificar estas interpretaciones y suposiciones en investigaciones empíricas, se demostraría que el Derecho practicado en el sistema jurídico difiere nuevamente del “derecho vivo”» (LUHMANN, 1995: 556).

Que el Derecho practicado en el sistema del Derecho internacional público regularmente aún ignore la *lex humana* no significa que los procesos de escándalo no sean también aquí, de todos modos, fenómenos jurídicos; es decisivo que se trata de operaciones que son capaces de transportar el símbolo de validez jurídica, el uso del código comunicativo legal/ilegal, asociado a un consenso *atribuible* a la sociedad civil a favor de un lado u otro de esta distinción (FISCHER-LESCANO, 2003; 2005). Para el Derecho internacional es importante reformular esa *lex humana*, porque en caso contrario, decide obviando el medio ambiente social y pierde toda su atención por los individuos²⁵, o corre también el peligro de ser víctima de la propia experiencia empírica de que hay que contar inevitablemente con revoluciones u otros cambios parciales de las estructuras de Derecho y política como posibles accidentes de la vida constitucional (TOMUSCHAT, 1972: 100).

La perspectiva de que el Derecho internacional aún centrado en el Estado pueda evolucionar como Derecho mundial de la sociedad civil mundial, adaptándose estructuralmente a los cambios de las condiciones básicas de la sociedad mundial, no es una utopía. En ese sentido, la Magistrado especial belga Van den Wyngaert hizo referencia a los mecanismos de instauración del Derecho mundial por la sociedad civil con su opinión disidente en el caso «orden de detención», causa en la cual debía juzgar la Corte Internacional de Justicia de La Haya en febrero del 2002. La reformulación de esos mecanismos puede ser demasiado estrecha si se la restringe solamente a organizaciones no gubernamentales, pero su exposición es bienvenida como un primer paso para una reformulación de adecuada complejidad de los mecanismos de incorporación del Derecho de la sociedad mundial en el Derecho internacional. En las palabras de la Magistrado: «Organizaciones jurídicas como Amnistía Internacional, Abogados sin fronteras, Human Rights Watch, Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH)

²⁴ En este caso, *lex humana* hace referencia (relacionada a concepciones de la *lex mercatoria* y la *lex informatica* y en contraposición con la trilogía escolástica de *lex aeterna* —*lex naturalis*— *lex humana*) a la instauración no estatal del derecho positivo, es decir, a los mecanismos de generación de normas de la sociedad mundial en contraposición con los mecanismos de generación de normas por el sistema político de la sociedad, en otras palabras, los de la «comunidad internacional».

²⁵ «En ese caso, el sistema de derecho necesitaría de escándalos efectivos en la prensa y de una “Amnistía Internacional” gigante para poder salvar al Estado del Derecho, por el cual ningún individuo siente ya interés propio» (LUHMANN, 1995: 489).

y la Comisión Internacional de Profesionales del Derecho han tomado posiciones claras en el tema de la responsabilidad internacional. Esto debe ser visto como la opinión de la sociedad civil, una opinión que hoy no puede ser completamente descontada en la formación del Derecho internacional consuetudinario [...] La Corte comete un error al desconocer este desarrollo y no pone en discusión las fuentes relevantes»²⁶.

3.4. La Vigencia de la Ley en Argentina

En la Argentina de hoy, cuando caminamos por nuestras calles, sabemos que nos cruzamos con asesinos y torturadores de la peor calaña, que se mueven entre nosotros con toda libertad (SÁBATO, 1996).

Si se entiende legitimidad como una disposición generalizada de aceptar decisiones indefinidas en contenido y de adaptarse en su aprendizaje (LUHMANN, 1969: 28), se reconoce el problema resultante de la exclusión e inclusión asimétrica que se les ha presentado a las élites en la Argentina posdictatorial bajo la impresión de la descrita *colère publique mondiale* y de las decisiones de los *global remedies* —sobre todo independientemente del proceso de transición histórica— («*Vergangenheitsbewältigung*») al que se le da preferencia básica: en el clima social argentino se institucionalizó un no-reconocimiento de la impunidad de los militares²⁷, desapareció la legitimación de las decisiones de impunidad²⁸. Esa desaparición es un fenómeno que se da cuando «el concierne busca sobrevivir en la protesta contra esa decisión, se resiste, revive siempre su derecho violado, se rasca la costra de sus heridas y busca organizar ayuda y aceptación contra esa decisión; en breve: no aprende sino que se queda en sus viejas y desilusiona-

²⁶ Opinión discrepante de la jueza van den Wyngaert, Corte Internacional de Justicia del 14 de febrero 2002, caso concerniente al «Arrest Warrant» del 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo *vs.* Bélgica), pp. 27 y ss.

²⁷ En la época de la Junta Militar no había en principio, fuera del procedimiento *habeas corpus* generalmente sin éxito, ningún otro tipo de proceso jurídico que se ocupara de las víctimas de los desaparecidos y del grado de responsabilidad de aquellos que decidieron sobre su destino. Sin embargo, Argentina comenzó positivamente un proceso interno de transición organizado estatalmente durante los primeros años posteriores a la dictadura con la formación de la CONADEP, cuyo trabajo culminó con el informe «*Nunca más*». A pesar de que el 21 de septiembre de 1983, los militares aún hicieron el intento de otorgarse una auto amnistía, en la cual declararon caducos todos los delitos cometidos hasta el 17 de junio de 1982 en razón de la lucha contra la subversión, existieron también paralelamente a la CONADEP otros intentos procesales regulados nacionalmente contra los militares, dado que se declararon nulas las leyes de auto amnistía de la junta y el gobierno democrático de Alfonsín determinó por posibilitar la persecución penal contra los primeros nueve comandantes activos de Ejército, Aviación y Marina de la dictadura. En un gran proceso, en el que fueron interrogados 900 testigos y en el cual el actual jefe de la fiscalía de la Corte Criminal Internacional, Luis Moreno Ocampo, que en aquel entonces actuara como representante de la fiscalía argentina, se condenó de hecho a cinco de estos nueve comandantes por asesinato, privación de la libertad, tortura, forzamiento y robo a prisiones de largos años, en parte a cadena perpetua. Estos procesos, sin embargo, aún en los casos donde los tribunales argentinos se ocupaban de los desaparecidos, acababan hasta 1995 regularmente en la impunidad de los autores; el gobierno de Alfonsín (razones para esta decisión: ALFONSÍN, 1993: 15) determinó nuevas leyes de amnistía ya en los primeros tiempos de su período legislativo, luego de haber caído bajo fuerte presión por parte de los militares: la *Ley de Punto Final* (del 29 de diciembre de 1986, Legislación Argentina, año 1986-B, p. 1100) y la *Ley de Obediencia Debida* (publicado el 9 de junio de 1987, *Boletín Oficial*, Buenos Aires). Atribuciones de culpas individuales no se llevaban a cabo por lo regular. Si hubo condenas, como en el caso de los cinco comandantes, generalmente solían ser indultados (AMBOS, 1997: 75; SANCINETTI, 1988).

²⁸ Sobre los problemas de legitimación en la fase de transición en Argentina en general: HALDENWANG, 1996: 177.

das expectativas» (LUHMANN, 1969: 33). Mientras que esto se limite a casos específicos y singulares —como en la fase hasta 1995, en la cual las protestas no fueron apoyadas por la sociedad argentina—, todo aquél que quiera resistirse a esas disposiciones obligatorias no puede contar con el apoyo de otros: «La propia resistencia se le atribuye a él mismo y no al fracaso de las instituciones. Así se la entiende como obstinación, manía de criticar, falta de razonamiento o por lo menos como una posición fuera de lo común, prácticamente irracional. Bajo ese tipo de interpretación, el caso en cuestión no puede expandirse, sino que permanece adherido a él» (LUHMANN, 1969: 123). *Las Madres Locas* (BOUSQUET, 1983: 170).

Pero las protestas se expandieron. El *demos* argentino no se contentó con la modificación del código argentino de legalidad a través del de exclusión (VEIRAS, 2000). El apoyo simbólico insuficiente de las desilusionadas expectativas no llevó a los ciudadanos a aceptar los nuevos hechos reales como normas, sino a buscar nuevos foros de confirmación de sus expectativas en contra de esos hechos; foros que se encontraron a través de la inclusión en el sistema de los derechos humanos universales y de los *global remedies*. Así se creó primeramente un clima social global, luego local, que no estaba dispuesto a aceptar las decisiones con las cuales se quería acabar con las investigaciones de la desaparición de personas (RISSE/ROPP, 1999: 234) Las leyes de amnistía del gobierno del presidente Alfonsín, su justificación por los jueces de la Corte Suprema de la Nación²⁹ y su confirmación por los decretos de los presidentes Menem³⁰ y De la Rúa³¹ fueron presionadas. Y con la liberación de Oliveira de prisión preventiva italiana en septiembre del 2000 y su fuga desde Italia al refugio de la impunidad, se intensificaron las demandas de anulación de las leyes de amnistía: «dichos procesos han tenido una especial repercusión en los países latinoamericanos. Que los crímenes cometidos en esta región comenzaran a ser investigados y discutidos a nivel mundial, que se dictaran condenas (*in absentia*) y órdenes de captura contra los responsables, que jueces de distintos países solicitaran de modo incesante la extradición de personas acusadas de crímenes gravísimos, todo ello, ha contribuido a mantener vigente la expectativa de que los hechos finalmente sean juzgados. La existencia de juicios en otros países contrasta con la política de impunidad que hasta el momento prevalece en nuestro país y provoca que Argentina sea vista como un lugar de refugio de personas acusadas por crímenes contra la humanidad. En este sentido, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial ha tenido un claro efecto estigmatizador de la política del Estado argentino en la materia» (PARENTI, 2002).

El cambio de clima social ya había llevado a una ola de nuevos procesos en Argentina desde 1995. La presión pública se afianzó adicionalmente a través de las expresiones de algunos militares referentes a los hechos durante la dictadura. El presidente Menem intentaba proteger a los militares y se adhirió a las afirmaciones de que el régimen

²⁹ La Corte decidió el 22 de junio de 1987: «En consecuencia de la deliberación que antecede el Tribunal resuelve: 1) se rechazan los planteos de inconstitucionalidad de la ley 23.521 efectuados por los representantes de los particulares damnificados; 2) se declara que la ley 23.521 comprende a los imputados Etchecolatz, Bergés y Cozzani, a quienes se absuelve disponiendo su inmediata libertad, a cuyo fin se oficiará al señor Ministro de Defensa» (<http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/corte.html>).

³⁰ Decretos n.ºs 1002, 1003, 1004, 1005 del 7.10.1989 y 2741, 2742, 2743, 2744, 2745, 2746, del 30 de diciembre de 1990.

³¹ Decreto n.º 1581, de diciembre del 2001.

militar sólo se había querido defender de *la vigencia de la ley* (VERBITSKY, 1995: 14). Pero luego de las expresiones del antiguo capitán de marina Adolfo Scilingo en una entrevista con el periodista Horacio VERBITSKY³², publicado en su libro *El Vuelo*, las dudas expuestas públicamente sobre la legalidad de la política de impunidad no pararon más (AMBOS, 1996: 77; CELS, 1995: 128). En esa entrevista, Scilingo prestó declaraciones acerca de cómo se adormeció a entre 1.500 y 2.000 presos en los campos de concentración de la ESMA y se los arrojó vivos desde aviones en el océano atlántico. (VERBITSKY, 1995: 17).

La ONG argentina Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) se decidió entonces a interponer nuevas demandas que exigieran un *derecho por la verdad* y con las cuales se quería aclarar al destino de los desaparecidos. Pero aún esos *juicios por la verdad* irían a fracasar en su comienzo frente a los tribunales argentinos. De esta manera los rechazos de los tribunales inferiores se extendieron a través de los años y de diferentes instancias, y el 13 de agosto de 1998, la Corte Suprema de Justicia de la Nación acabó por determinar, a lo largo de catorce renglones para los cuales necesitó tres años, que no existía una base jurídica para estos *juicios por la verdad*, pues las leyes de amnistía igualmente estaban en contra de una persecución de los autores de los crímenes (BRETT, 2001: 4). Pero los damnificados tampoco se contentaron con esto, sino que buscaron el camino hacia los *global remedies*. En noviembre de 1998, Carmen Aguiar Lapacó interpuso una demanda en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual fue aprobada por esta comisión en mayo de 1999, y la que llegó el 15 de noviembre de 1999 a su liquidación por igualación de proceso, en la cual Argentina se obligaba a aceptar y garantizar el derecho por la verdad³³. Innumerables procesos como éste fueron (y aún se encuentran) perpetuados en épocas posteriores en Argentina (KOOY/CURIA, 2000): en La Plata se realizaron entrevistas semanales de testigos, en las cuales se consiguió aclarar el destino de más de 2000 desaparecidos. Otros procesos en Buenos Aires, Bahía Blanca y Córdoba también llamaron la atención³⁴. Y las organizaciones no gubernamentales cuentan con otro éxito: la instalación de la Comisión Nacional de Identidad (CONADI), que fue conformada por las Abuelas y sus abogados, fiscales argentinos y el encargado de los derechos humanos del gobierno de Menem. De los 240 casos de hijos desaparecidos, las Abuelas pudieron resolver los paraderos de 71 niños con el apoyo de expertos forenses y del Banco Nacional de Genes. Éstos habían nacido en parte en los campos de concentración de Campo de Mayo, El Pozo Banfield y Automotores Orletti y pasaron a formar parte de familias que, en algunos casos, los adoptaron de buena fe y, en otros, habían sido adoptados por criminales militares. Y gracias a que los actos criminales con respecto a los secuestros de hijos de desapareci-

³² Scilingo repitió estas expresiones el 7 de octubre de 1997 como testigo frente al juez español Garzón. A causa de su participación en los «vuelos de la muerte» Garzón le ordenó prisión preventiva. Así se encontró detenido en primera medida en Carabanchel, Madrid. Entre enero de 1998 y el 31 de julio del 2001 quedó libre bajo caución, entretanto Garzón determinó nuevamente prisión preventiva (BRETT, 2001: 8). Un resumen sobre las decisiones en el caso Scilingo y los otros procesos en España se encuentra bajo: <http://www.nuncamas.org/juicios/juicios.htm>; instructivamente: FEITLOWITZ, 1998: 193.

³³ Comp. BRETT, 2001: 4. Esto era de prever, pues en un fallo anterior [Manuel Stalin Bolaños v. Ecuador, Caso 10.580, Informe n.º 10/95, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 79 (1996)] la comisión determinó las obligaciones de estados con respecto a ese tipo de hechos en relación a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez del 29 de julio de 1988.

³⁴ Condenas por estos crímenes no hubo (GUTIÉRREZ, 2001; BRETT, 2001: 4).

dos no se encontraban incluidos en las leyes de amnistía, se pudo llegar a condenas y detenciones³⁵.

3.5. Manifiesto Autopoiético

Ese monismo jurídico comunicativo en el pluralismo jurídico genérico de la sociedad mundial (acerca de ese concepto: FISCHER-LESCANO/TEUBNER, 2004; TEUBNER, 2003: 1; FISCHER-LESCANO, 2003; GÜNTHER/RANDERIA, 2001: 96) tuvo otra expresión aún más significativa en el sistema jurídico local argentino³⁶: el 6 de marzo de 2001 el juez federal Gabriel Cavallo declaró nulas las leyes de amnistía argentinas: «Por otra parte, como se verá, la República Argentina se ha integrado, desde sus albores, a la comunidad internacional, ha contribuido a la formación del Derecho penal internacional y ha reconocido la existencia de un orden supranacional que contiene normas imperativas para el conjunto de las naciones (*ius cogens*). [...] Por todo lo expuesto, resuelvo: I. Declarar inválido [...]»³⁷.

Se trata de una decisión confirmada tanto por la Corte Suprema³⁸ como por varios procesos paralelos³⁹, los que a su vez han llevado a numerosos nuevos procesos en la República Argentina. En la literatura jurídica (PARENTI, 2003) esto es conocido como el *manifiesto autopoiético* (TEUBNER, 1996: 255; 1989; FISCHER-LESCANO, 2005) del Derecho⁴⁰, el cual aún debe bregar por su propia autonomía frente a la política en un *plébiscite de*

³⁵ Por lo menos temporalmente bajo prisión o prisión domiciliaria: Jorge Rafael Videla, junio de 1998; Emilio Eduardo Massera, noviembre de 1998; Jorge Antonio Acosta, diciembre de 1998; Antonio Vañek, diciembre de 1998; Héctor Antonio Febres, diciembre de 1998; Oscar Rubén Franco, diciembre de 1998; José Suppich diciembre de 1998; Reynaldo Benito Bignone, enero de 1999; Cristino Nicolaides, enero de 1999; Policarpo Vázquez, marzo de 1999; Carlos Guillermo Suárez Mason, diciembre de 1999; Juan Bautista Sasiain, marzo de 2000; Santiago Omar Riveros, agosto de 2000; Miguel Osvaldo Etchecholat, abril del 2001; Jorge Antonio Bergés, abril del 2001 (AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2001).

³⁶ Sobre la colaboración informal de los jueces en el Derecho mundial: SLAUGHTER, 1997: 186; sobre el Derecho argentino con respecto a las leyes de amnistía: MATTAROLLO, 2001: 135.

³⁷ Fallo dictado in re «Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años», causa n.º 8686/2000 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4 de la Capital Federal, Secretaría n.º 7. Publicada en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, Año II, 2001, n.º 3, 129 y ss. (/252); vea también la confirmación por la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, Fallo dictado por la Sala II, el 9 de noviembre de 2001 in re «Incidente de apelación de Simón, Julio» (reg. 19.193). La Cámara Federal afirmó la contradicción de las leyes 23.492 y 23.521 con los tratados internacionales (ver también: PARENTI, 2003).

³⁸ Corte Suprema, 14 de junio de 2005, una causa en la que intervienen el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y las Abuelas de Plaza de Mayo.

³⁹ Causa n.º 18.062, Espinoza Bravo, Pedro Octavio s/procesamiento, Jdo. Fed. n.º 1, Sec. n.º 2., Registro n.º 19.338; ver el sumario sobre los fallos en Argentina: <http://www.nuncamas.org/juicios/juicios.htm>.

⁴⁰ En este contexto también es importante agregar que desde julio del 2003 el sistema político argentino se ha reapropiado del problema de la amnistía. Como primera medida, el presidente argentino Néstor Kirchner derogó el decreto 1581 firmado en diciembre del 2001 por Fernando de la Rúa, que impedía la extradición de argentinos acusados de violaciones a los derechos humanos. La decisión se aceleró tras el pedido del juez español Baltasar Garzón de extraditar a 46 ex represores argentinos. Pocos días después de esta derogación, por lo menos 43 de ellos se encontraban ya a disposición de la justicia. Entre los militares e integrantes de las fuerzas de seguridad reclamados por el juez español, se hallan integrantes emblemáticos de la última dictadura militar como Jorge Rafael Videla, Emilio Massera, Antonio Domingo Bussi, Guillermo Suárez Mason o el ex capitán Alfredo Astiz (BLETA, 2003). En los siguientes días, el gobierno argentino ratificó la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad (adoptada y abierta a la firma, ratifica-

tous les jours: «La politización, por ejemplo, es interminable, incluso si nunca puede ni debe ser total. Para que esto no sea una perogrullada o una trivialidad, es necesario reconocer la siguiente consecuencia: cada avance de la politización obliga a reconsiderar, es decir, a reinterpretar los fundamentos mismos del derecho tal y como habían sido calculados o delimitados previamente. Esto fue cierto en la Declaración de los Derechos del Hombre, en la abolición de la esclavitud, en todas las luchas emancipatorias que están y deberán estar en curso, en todo el mundo, para los hombres y para las mujeres. Nada me parece menos periclitado que el ideal emancipatorio clásico» (DERRIDA, 1992: 28).

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSÍN, 1993: «“Never Again” in Argentina», en *Journal of Democracy*, 4, pp. 15 y ss.
- AMBOS, 1996: «Ich fühle mich als Mörder», Die Bekenntnisse des (ehem.) Korvettenkapitäns Francisco Scilongo, en NOLTE (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, Frankfurt a. M., pp. 77 y ss.
- 1997: *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur «impunidad» in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Freiburg.
- AI, 1979: *The «disappeared» of Argentina*, London.
- 1982: *The State of Siege and Political Imprisonment in Argentina*, London.
- 1987: *Argentina: The military juntas and human rights*, London.
- 2001: *Report: AI-index: IOR 53/004/2001*, London.
- ASSOCIATION INTERNATIONALE DES JURISTES DÉMOCRATES, 1976: *La Repression en Argentine*, Brüssel.
- AW, 1991: *Truth and partial justice in Argentina, an update*, New York.
- BLETA, 2003: *Kirchner derogó el decreto que impedía extradiciones*, El Clarín, 26 de julio de 2003.
- BONAFINI, 1988: «Historia de las Madres de Plaza de Mayo. Conferencia pronunciada el 6 de julio de 1988 por Hebe de Bonafini, presidenta de la Asociación Madres de Plaza de Mayo», <http://www.Madres.org/aleman/historia/contenido/historia.htm>.
- BOUSQUET, 1983: *Las locas de la plaza de Mayo*, Buenos Aires.
- BRETT, 2001: en HRW, «Argentina: Reluctant Partner», *Reports*, 2001, vol. 13, Issue 5 (B).
- BROWNLIE, 1998: *Principles of Public International Law*, 5.^a ed., Oxford.
- BRUNKHORST, 2002: *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Francfort a. M.
- BRUSCHTEIN, 1997: *El día que ellas empezaron*, en p. 12, del 29 de abril de 1997.
- BUERGENTHAL, 2001: «Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?», in: *Leiden Journal of International Law*, 14, pp. 267 y ss.

ción y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 [XXIII], del 26 de noviembre de 1968), que ya había sido aprobada por Argentina a través de la Ley 24.584 en 1995 en el Congreso Nacional, lo cual llegó a su punto máximo con la decisión de la Cámara de Diputados convocada por los presidentes de las diferentes fracciones parlamentarias, que declaró «insanablemente nulas» ambas leyes de amnistía (EICHELBAUM, 2003). A causa de la preexistente nulidad de las leyes de amnistía —por haber significado una violación de las obligaciones internacionales de la República Argentina (MATTAROLLO, 2001: 96; PARENTI, 2003; KOKOTT, 1987: 506)—, es que las recientes decisiones, como la de la Cámara de Diputados, eran, desde el punto de vista político, de gran importancia, pero solamente de valor declarativo. Consecuentemente, la Corte Suprema ha determinado confirmar definitivamente la nulidad de las leyes de amnistía, invocando una violación del Derecho internacional público.

- CALVEIRO, 1998: *Poder y Desaparición*, Buenos Aires.
- CASSESE, 1990: «Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dédoulement fonctionnel), in International Law», en *EJIL*, 1, pp. 210 y ss.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, 1995: *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina*, Buenos Aires.
- CONADEP, 1984: *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires.
- CUYA, 2000: *Die Überwindung der Vergangenheit in Argentinien: Bemühungen gegen die Straflosigkeit nach 23 Jahren*, <http://www.menschenrechte.org/NMRZ/artikel3.htm>, Nürnberg.
- DERRIDA, 1992: «Force of Law. The "Mystical Foundation of Authority"», en DRUCILLA CORNELL, M., y ROSENFELD, D. C. (eds.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York, pp. 3 y ss; versión española: *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*, traducción de BABERÁ, A., y PEÑALVER GÓMEZ, P., Madrid 1997.
- DURKHEIM, 1930: *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, 3.^a ed., Francfort a. M., 1999.
- EHRlich, 1913: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 3.^a ed., Berlin, 1967.
- EICHELBAUM, 2003: «Diputados aprobó la nulidad de la Obediencia Debida y el Punto Final», *El Clarín*, 13 de agosto de 2003.
- FEITLOWITZ, 1998: *A Lexicon of Terror. Argentina and the Legacies of Torture*, Oxford.
- FISCHER-LESCANO, 2002a: «Globalización de los derechos humanos», en *Pasajes de Pensamiento Contemporáneo*, 10, Valencia, pp. 27 y ss.
- 2002b: «Globalverfassung: Los desaparecidos und das Paradox der Menschenrechte», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2/23, pp. 217 y ss.
- 2003: «Die Emergenz der Globalverfassung», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 3/63, pp. 717 y ss.
- 2005: *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist.
- FISCHER-LESCANO/TEUBNER, 2004: «Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», en *Michigan Journal of International Law*, 25: 4, pp. 999 y ss.
- GONE, 1996: *Dagmar Killer unmasked?*, First Page 14 de abril de 1996.
- GÜNTHER/RANDERIA, 2001: «Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozess der Globalisierung, Werner Reimers Stiftung, Schriftenreihe: Suchprozesse für innovative», *Fragestellungen in der Wissenschaft*, 4, Bad Homburg.
- GUTIÉRREZ, 2001: *Menéndez se negó a declarar y la jueza lo dejó detenido*, p. 12, 29 de abril de 2001.
- GUZMAN BOUVARD, 1994: *Revolutionizing Motherhood*, Wilmington.
- HALDENWANG, 1996: «Der Anpassungsprozeß und das Problem der Legitimierung», en NOLTE (ed.), *Argentinien: Politik, Wirtschaft, Kultur und Außenbeziehungen*, Frankfurt a. M., 177 y ss.
- HAUCK/HUHLE, 1996: «20 Jahre Madres de Plaza de Mayo», en NOLTE (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, Francfort a. M., pp. 108 y ss.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 1975: *The Application in Latin America of International Declarations and Conventions relating to Asylum*, Genf.
- KOKOTT, 1987: «Völkerrechtliche Beurteilung des argentinischen Gesetzes Nr. 23.521 über die Gehorsamspflicht (obediencia debida)», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, pp. 506 y ss.
- KOOY/CURIA, 2000: «Brinzoni: los juicios por la verdad no lograron nada», *El Clarín*, 26 de julio de 2000.

- LUHMANN, 1969: *Legitimation durch Verfahren*, 4.^a ed., Francfort a. M., 1997.
- 1993: «Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?», *Heidelberger Universitätsreden*, 4, Heidelberg.
- 1995: «Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung», in LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, 6, Die Soziologie und der Mensch, Opladen, pp. 229 y ss.
- 1995: *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort a. M.
- 1998: «Meinungsfreiheit, öffentliche Meinung, Demokratie», en LAMPE, E.-J. (ed.), *Meinungsfreiheit als Menschenrecht, Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat*, 9, Baden-Baden, pp. 99 y ss.
- 1999: «Ethik in internationalen Beziehungen», en *Soziale Welt*, 50, pp. 250 y ss.
- MATTAROLLO, 1985: «Noche y niebla», *El Periodista*, 3/5-9/5/1985, 10.
- 2001: «La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad», en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Buenos Aires: Ad-hoc, pp. 93 y ss.
- MCINTYRE/DE GASTON, 2001: *Enforced Disappearance of Persons: Its Inclusion as a Crime against Humanity in the ICC*, [www.law2.byu.edu/lwb/papers/disappear1 INAL.PDF](http://www.law2.byu.edu/lwb/papers/disappear1%20INAL.PDF).
- OEHLE, 1983: *Internationales Strafrecht. Geltungsbereich des Strafrechts, Internationales Rechtshilferecht, Recht der Gemeinschaften, Völkerstrafrecht*, 2.^a ed., Köln.
- PARENTI, 2002: *Nuevas perspectivas en el tratamiento penal de las violaciones de DDHH en Argentina entre 1976 y 1983*, publ.: http://www.lainsignia.org/2002/mayo/der_012.htm.
- RISSE/ROPP, 1999: «International human rights norms and domestic change: conclusions», in RISSE/ROPP/SIKKINK (Hrg.), *International Norms and Domestic Change*, Cambridge, pp. 234 y ss.
- SÁBATO, 1996: cit. de GARCIA, Garzón, Argentina y la Comunidad Internacional, *El País*, del 30 de noviembre de 1996.
- SANCINETTI, 1988: *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires.
- SCELLE, 1932: *Précis de droit des gens*, vol. I, *Principes et systématique*, Paris.
- SCHOLZ, 1990: *Politische Kultur, soziale Bewegungen und Gewalt. Die gesellschaftlichen Bedingungen des Erfolges der Menschenrechtsbewegung in Argentinien*, Berlin.
- SHELTON, 2000: *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford.
- SICILIANO, 1992: «Qui, gente di Plaza de Mayo», en *Società civile*, pp. 6, 21.
- SLAUGHTER, 1997: «The Real New World Order», *Foreign Affairs*, pp. 76, 183 y ss.
- SONDERÉGUER, 1985: «Aparición con Vida. El movimiento de derechos humanos en Argentina», en JELIN (ed.), *Los nuevos movimientos sociales*, Buenos Aires, pp. 1 y ss.
- STEINER/ALSTON, 2000: *Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 2.^a ed., Oxford.
- TEUBNER, 1989: *Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main*, 2.^a ed., 1996.
- 1996: «Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus», en *Rechtshistorisches Journal*, 15, 255 y ss.
- 1997: *Global Law Without A State*, Dartmouth.
- 2003: «Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, pp. 1 y ss.
- THE NORWEGIAN NOBEL COMMITTEE, 1989: *The Nobel Peace Prize 1980*, <http://www.nobel.se/peace/laureates/1980/press.html>.
- THUN, 1985: *Menschenrechte und Außenpolitik. Bundesrepublik Deutschland-Argentinien 1976-1983*, Bremen.
- TOMUSCHAT, 1972: *Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg.

- UN, 1996: *International Law Commission Report, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, <http://www.un.org/law/ilc/texts/dccomfra.htm>.
- VEIGA, 1985: *Las organizaciones de derechos humanos*, Buenos Aires.
- VEIRAS, 2000: «Cinismo soberano», en p. 12 vom 20 de septiembre de 2000.
- VERBITSKY, 1995: *El Vuelo*, Buenos Aires.
- WERZ, 1996: «Die deutsch-argentinischen Beziehungen», en NOLTE/WERZ (ed.), *Argentinien. Politik, Wirtschaft, Kultur und Außenbeziehungen*, Francfort a. M., pp. 297 y ss.

¿HACERNOS LOS SUECOS? LA PROSTITUCIÓN Y LOS LÍMITES DEL ESTADO*

Pablo de Lora

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. El ejercicio de la prostitución en España es una actividad de dudosa calificación jurídica. Si bien no constituye un delito, la prostitución no se encuentra legalmente amparada pues se estima que el contrato mediante el cual se intercambia sexo por dinero es nulo por ser la causa contraria a la moral. Ello provoca que la relación entre la prostituta y los intermediarios de su actividad (comportamiento éste que sí es delictivo) no pueda quedar amparada por el Derecho laboral. Dicho marco jurídico es, con matices, el del reglamentarismo, uno de los modelos normativos que, junto con el prohibicionismo y el abolicionismo, han disciplinado históricamente la actividad de las prostitutas. El prohibicionismo y el abolicionismo son las manifestaciones de un Estado perfeccionista que no se toma en serio el valor de la autonomía personal de aquellas mujeres que, consciente y competentemente, desean recibir una contraprestación por sus servicios sexuales, de la misma manera que otros muchos individuos venden su fuerza de trabajo empleándose en oficios que también pueden estimarse penosos o indignos. En este trabajo se defiende, frente a los anteriores modelos, una forma de «reglamentarismo reforzado» que propugna, en esencia, la laboralización de la prostitución —con los matices propios del ejercicio de una actividad que es en todo caso «especial»— en aras a la mejor protección de los intereses de las mujeres prostitutas.

Palabras clave: reglamentación de la prostitución, abolición de la prostitución.

ABSTRACT. Although not a crime, prostitution in Spain is not a legally protected activity. According to the Spanish Civil Law, the contractual relation between the prostitute and the client is null and void because of its immorality. Therefore, it is also inconceivable as a job under our current Labour law. This legal framework is known as «reglamentarismo» as opposed to «abolicionismo» and «prohibicionismo», both of which are the proper outcome of a perfectionist State which does not take women's personal autonomy seriously. In this paper I defend that not all prostitution is «forced prostitution» and that we should not foreclose the possibility of there being women who freely sell their sexual services. In such cases I defend a «new» form of «reglamentarismo», which, in essence, advocates for the widening of the extent and scope of the Spanish worker's legal rights to cover the prostitute's activity in order to better protect his or her interests.

Keywords: regulation of prostitution, abolition of prostitution.

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación SEJ 2005-08885/JUR1. Quisiera agradecer a Águeda QUIROGA, Elena BELTRÁN, Aurelio DESDENTADO, Eva DESDENTADO, Ana DE LA PUEBLA y Liborio HIERRO los valiosos comentarios que me formularon tras la lectura de una versión inicial de este texto.

*Se dice que la esclavitud ha desaparecido de la civilización europea, y es un error. Existe todavía; sólo que no pesa ya sino sobre la mujer, y se llama prostitución*¹.

1. INTRODUCCIÓN

Celebraba Amelia VALCÁRCCEL en las páginas de *El País* que la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer del Congreso y del Senado haya concluido que la prostitución no es un modo de vida deseable y aceptable². La verdad es, sin embargo, que el Parlamento ha perdido una oportunidad de oro para lograr una mejor protección de las mujeres que se dedican a la prostitución, incluso si hubiese acertado en su juicio sobre la incorrección moral de intercambiar sexo por dinero³. Ambas cosas —regular mediante un elenco de permisos, obligaciones y prohibiciones una actividad que, en el fondo, se repudia— no son incompatibles, aunque en una lectura apresurada lo parezcan.

La prostitución en España no constituye un comportamiento delictivo. Sí son delitos, en cambio, las conductas consistentes en forzar a alguien a prostituirse, o en lucrarse de la prostitución ajena⁴. Que la prostituta no sea una delincuente no quiere decir, empero, que su actividad esté bendecida por el ordenamiento jurídico. Ocurre más bien lo contrario si nos atenemos a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales encargados de interpretar y aplicar el Derecho.

En general, tanto ahora como antaño, la prostitución ha sido considerada una *actividad inmoral* o *ilícita*, lo cual ha permitido, por poner dos, entre otros ejemplos posibles, que un casero pueda resolver el contrato de arrendamiento en aplicación de las entonces vigentes leyes de arrendamientos urbanos y de propiedad horizontal⁵ o que la prostitución de la hija o nieta pudiera ser justa causa de desheredación⁶. Pero en lo que a mí más me interesa, el ejercicio de la prostitución no resulta amparado por el Derecho laboral. La razón se halla, como han señalado repetidamente los tribunales invocando el artículo 1.275 del Código Civil, en que estamos ante un contrato con objeto

¹ HUGO, V., *Los miserables* (Primera parte, Libro V, Capítulo VIII).

² «¿La prostitución es un modo de vida deseable?», *El País*, 21 de mayo de 2007, p. 15.

³ Como definición de la prostitución, ésta es una formulación que tiene que sortear la objeción de que también el matrimonio, en algunos supuestos, es un modo de trocar sexo por dinero como defendieron Friedrich ENGELS y Simone DE BEAUVOIR. Lo que diferencia a la mujer de clase burguesa casada por el rito católico o protestante de la cortesana, señala ENGELS, es que la primera «... no alquila su cuerpo a ratos, como una asalariada, sino que lo vende de una vez para siempre, como una esclava» (1982, p. 90); véase en la misma línea, aunque desde presupuestos bien distintos, EDLUND, L., y KORN, E., 2002, p. 183.

⁴ Véase el artículo 188.1 del Código Penal. La prostitución forzada existe, de acuerdo con este artículo, cuando hay violencia, intimidación, engaño o aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad o necesidad ajena. Por otro lado, el proxenetismo fue reintroducido como delito en el año 2003 después de haber sido despenalizado en 1995 (véase, *infra* nota 35).

⁵ A ese respecto véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993/3724, FJ 1.º) o de la Audiencia Provincial de la Coruña de 13 de octubre de 1993 (AC 1993/2166, FJ 3.º). En la más reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 19 de octubre de 2000 se considera el ejercicio de la prostitución como una actividad «ilícita» (JUR 2001/44291, FJ 4.º).

⁶ Así lo establecía el artículo 853.3 del Código Civil hasta la reforma operada por Ley 11/1990 de 15 de octubre.

y/o causa *ilícita* (por opuesta a la moral)⁷. Esta falta de cobertura legal tiene consecuencias indeseables para las prostitutas: desde las más inmediatas, como no poder reclamar judicialmente el pago por un servicio prestado (de ahí la figura del «chulo») ⁸, o disfrutar de las condiciones laborales mínimas de las que goza cualquier otro trabajador (vacaciones, jornada, etc.), hasta la imposibilidad de ser beneficiaria de cualquiera de las prestaciones asistenciales que el Estado vincula a la existencia de una relación laboral. Por poner un botón de muestra extraído de la jurisprudencia, una mujer que fallece en accidente de tráfico cuando regresaba a su domicilio desde el club en el que se prostituía, en la furgoneta que el dueño ponía a disposición de las mujeres, no es víctima de un accidente laboral y por tanto sus dos hijos no reciben la indemnización que en otro caso sí les correspondería de acuerdo con el artículo 115.2 del Real Decreto 1/1994 de 20 de junio de Seguridad Social⁹.

A veces, sin embargo, y tal vez como forma de salvar algunos muebles, los jueces han accedido a considerar que el dueño de un local de alterne puede ser condenado por el delito consistente en imponer a las mujeres que allí alternan condiciones laborales que perjudiquen sus derechos legales o los derivados del Convenio colectivo, aunque, formalmente, *ni aquél sea empleador, ni las mujeres que en su local ejercen la prostitución sean sus empleadas*¹⁰. La razón es que: «De lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección»¹¹.

Y ya que hablamos de alterne, es pertinente destacar que esta actividad sí recibe una cierta sanción jurisdiccional, a pesar de, por un lado, su posible encuadramiento en el género de las actividades inmorales (no parece que incitar al consumo de alcohol

⁷ Entre las más contundentes expresiones de tal doctrina, la del Juzgado de lo Social de Vigo de 7 de mayo de 2004 (AS 2004/1276): «La prostitución es una violación continua y reiterada de la dignidad de la mujer; es un ataque frontal contra su arcano más íntimo, esto es, su capacidad de decidir en plena libertad sobre su indemnidad e intimidad sexual. Desde otra perspectiva, la prostitución igualmente es una manifestación y proyección concreta de la violencia de género, porque estrangula desde el comienzo la posibilidad de desarrollar con dignidad la personalidad de la mujer... Con estos dos axiomas ya podemos inferir que el ejercicio de la prostitución no puede ser objeto lícito de un contrato de trabajo, porque su objeto, el fin explotado para el beneficio patronal, es la negación de la libertad sexual como expresión de destrucción de la capacidad de decidir por sí misma una persona cuándo, con quién y de qué forma permite y quiere donarse con y en otra para lograr enriquecer su propia personalidad» (FJ 2.º). En el mismo sentido véase el voto particular que formulan tres magistrados a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de diciembre de 2003 (AS 2003/3638).

⁸ Normalmente, cuando un contrato es nulo las partes se restituyen lo que se hayan transmitido en virtud del acuerdo. Sin embargo, cuando la nulidad deriva de que la causa o el objeto del contrato son ilícitos, las partes carecen de reclamación entre sí.

⁹ Véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 9 de enero de 1992 (AS 1992/201, FJ 3.º). El colmo de la insensibilidad o desprotección es la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 de mayo de 1962 que declara igualmente nulo el contrato de trabajo que mantenían las limpiadoras de un *meuble* con los regentes del mismo pues se entiende que la ilicitud de la causa se proyecta también a esa relación laboral. En los propios términos del magistrado: «... conocidas por aquellas —las limpiadoras— las actividades desarrolladas en éste —el establecimiento— su colaboración consciente proyecta la ilicitud de la causa sobre la relación entre las partes litigantes ya que no es posible desconocer la existencia entre el móvil del contrato y su finalidad inhumana, a la que, con plenitud de conocimientos, coadyuvaban las accionantes...» (la cita procede del artículo de Diego DE LA VILLA DE LA SERNA, 2004, p. 5). El efecto para las limpiadoras es que no se reconocen los salarios por el trabajo prestado.

¹⁰ La razón es sencillamente, que el contrato laboral no «existe» por ser nulo radicalmente dadas las causas ya comentadas (ser el objeto o la causa ilícitos).

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1991 (RJ 1991/2704, FJ 6.º). La doctrina de esta sentencia ha sido recientemente reiterada por el propio Tribunal Supremo en su Auto 1922/2005 de 5 de octubre (JUR 2005/235566, FJ 2.º).

mediante la simulación de una suerte de flirteo sea precisamente una instancia del despliegue de la virtud), y de que, de otra parte, es *vox populi* que las empleadas en estos locales no se limitan a la incitación o al cortejo sino que finalmente venden «servicios sexuales» haciendo uso de las habitaciones que en ese mismo club se ponen a su disposición para ser alquiladas por horas¹². Sea como fuere, el alterne, se ha dicho recientemente por parte de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, sí puede configurarse como una relación laboral por cuenta ajena¹³. Bien es cierto que otra sala del Tribunal Supremo ha considerado que la regencia de un local de alterne no es representativa de la *buena conducta cívica* que la legislación civil exige para obtener la nacionalidad española de acuerdo con el artículo 22.4. del Código Civil¹⁴.

Todo lo anterior es, en todo caso, una muestra suficientemente elocuente de lo pantanoso del terreno que pisamos cuando tratamos de saber qué calificación jurídica recibe la prostitución en España. No es difícil sospechar que esa relativa incertidumbre es el producto del fariseísmo social imperante sobre una actividad abrumadora tanto en lo que se refiere a sus cifras de negocio cuanto en lo que hace al número de personas que se sitúan en el lado de la oferta y la demanda¹⁵. A pesar de lo que ambos datos muestran, socialmente la prostitución sigue sin ser «admisible». El sistema jurídico, por tanto, no puede presentarla como una ocupación o servicio más, aunque tampoco su criminalización resulta ser el precipitado jurídico inmediato de nuestra (des)consideración moral sobre la misma¹⁶.

¹² En esta misma línea de denuncia de la contradicción se pronuncia REY *et al.*, 2004, pp. 198-199 comentando aquellas sentencias de la jurisdicción social en las que se distingue, en relación a la misma persona, entre períodos de jornada laboral dedicados al alterne (que sí pueden recibir la consideración de actividad laboral) de aquellos otros en los que la dedicación es a la prostitución (que no pueden recibir aquella consideración). Para REY estamos ante un caso de «esquizofrenia jurídica» ya que se debería entender que toda la relación está viciada.

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2003 (AS 2003/3692, FJ 6.º), luego confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8063, FJ 5.º). En este asunto se dilucidaba la posible inscripción de la Asociación de Empresarios de locales de alterne «Mesalina» en el Registro de Asociaciones Empresariales dependiente del Ministerio de Trabajo en virtud de lo dispuesto en la Ley 19/1977 de 1 de abril. En otra constelación de asuntos relativos a la aplicación de la ley de extranjería, se insiste en la misma idea: el alterne no constituye un «medio ilícito de vida» que justifique la expulsión del país del extranjero según lo que preveía el artículo 26.1.f) de la entonces vigente Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España; véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1995 (RJ 1995/5948, FJ 3.º), de 12 de noviembre de 1999 (RJ 1999/10004, FJ 3.º) y de 7 de abril de 2003 (RJ 2003/3420, FJ 3.º).

¹⁴ STS de 12 de noviembre de 2002 (RJ 2003/955, FJ 4.º). Esta decisión contó con la disidencia de dos magistrados que consideraban en su voto particular que: «... descalificar la conducta de una ciudadana, que cumple sus deberes familiares, sociales, fiscales y laborales, porque sea titular de un local, en el que mujeres alternan con clientes y donde el propio Tribunal de instancia reconoce que no se desarrollan actividades ilícitas, no se ajusta a la realidad social y jurídica de nuestro tiempo, como lo evidencia la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de noviembre de 2001 o la promulgación por la Generalidad de Cataluña del Decreto 217/2002, de 1 de agosto» (FJ 6.º). Sobre dicha sentencia se hablará más adelante.

¹⁵ Las magnitudes bailan al son de las fuentes que uno consulte. Por poner sólo un par de ellas sobre el tapete, de acuerdo con GUERENA, la prostitución mueve en España en torno a 18.000 millones de euros anuales y, según FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *et al.*, 12.000 millones de euros anuales (véase 2007, p. 9). Según los datos del Informe de la Comisión Mixta, el 6% de la población española es consumidora habitual de prostitución (p. 22).

¹⁶ Como de «hipócrita huida del problema» califica también QUINTERO OLIVARES el actual tratamiento jurídico-penal de la prostitución en España; véase 2006, p. 184.

2. PROHIBICIONISMO, REGLAMENTARISMO Y ABOLICIONISMO

En un intento de sembrar un poco de orden, los estudiosos han identificado tres grandes modelos normativos que han disciplinado y disciplinan la prostitución: prohibicionismo, reglamentarismo, y abolicionismo¹⁷. En el primer caso, los comportamientos de las dos partes (cliente y prostituta) son penalmente castigados (como ocurre en todos los Estados de los Estados Unidos salvo Nevada) o bien sólo el del cliente, como sucede en Suecia desde 1999¹⁸, o bien sólo el de la prostituta como es el caso de Egipto¹⁹.

El reglamentarismo se caracteriza por concebir la prostitución como un mal menor tal y como rotundamente se expresaba el célebre médico Federico Rubio y Galí, uno de sus valedores de antaño: «Sólo un espíritu hipócrita puede dejar de confesar que la casa de lenocinio mengua los vicios solitarios, la prostitución clandestina, la seducción doméstica y la asquerosa inversión sexual. Parece, pues, que bien puede perdonarse el bollo por el coscorrón»²⁰. El reglamentarismo habría sido la moneda corriente en España desde la Edad Media y hasta que Felipe IV promulga las Pragmáticas de 1623 y 1661 (en lo que Jean Louis GUEREÑA considera la «Edad de Oro» del reglamentarismo)²¹ y desde 1845 —momento en el que el Gobernador de Zaragoza establece las primeras disposiciones para la «policía médica de las mujeres públicas»— hasta 1956 (salvada la excepción del período 1935-1941)²². En esa «Edad de Plata» que conforman la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del XX, la reglamentación de la actividad tiene como misión central la de la prevención de las enfermedades de transmisión sexual. Como a finales del XIX señalaba con crudeza Romualdo Fernández Frago, pediatra sevillano y padre de la micología española: «Ya que la prostitución es a la sociedad como las alcantarillas y letrinas a una gran ciudad, esforcémonos en evitar en lo posible la infección moral y física con una buena reglamentación, de igual modo que procuramos resguardar nuestros organismos de los gases mefíticos construyendo buenos sistemas de alcantarillado»²³.

La reglamentación ha llevado aparejada el estigma social y jurídico de la prostituta. Repare el lector en que, a juicio de Fernández FRAGOSO, de lo que se trata es de evitar la infección física y «moral». A ese fin se encaminan una batería de castigos o previsiones reglamentarias tan dispares, pero en todo caso tan gravosos, como compartir censo con otras poblaciones marginales (verbigracia, los vagabundos, dementes, ciegos, idiotas o sordomudos)²⁴, o, ya en pleno reglamentarismo franquista, no poder estar ins-

¹⁷ Ésta es una tripartición de la que ya se hacía eco Luis JIMÉNEZ DE ASÚA en 1928 (p. 26).

¹⁸ Es la conocida como *Sexköpslag* o «ley de compra de sexo», que establece un castigo de multa o prisión de hasta 6 meses a quien requiera cualquier forma de servicio sexual a cambio del pago en dinero o especie, independientemente del lugar donde se realice. Se castiga igualmente la tentativa y las distintas formas de autoría y participación penal. La ley cuenta, según distintos estudios, con un porcentaje de apoyo por parte de la población que oscila entre el 50 y el 70% (HEIM y MONFORT, 2005, p. 784). Una muy exhaustiva presentación de sus antecedentes es la de HEIM y MONFORT, 2005, pp. 776-784.

¹⁹ LOUSADA AROCHENA, J. F., 2005.

²⁰ GUEREÑA, *op. cit.*, p. 188. El *topos* clásico del argumento es el tratado *De Ordine* (II,IV, 2) de Agustín DE HIPONA donde se afirma: «Cerrad los prostíbulos y la lujuria lo invadirá todo».

²¹ *Ibid.*, p. 13.

²² Otros autores, sin embargo, consideran que el reglamentarismo, propiamente entendido, aparece en Francia en 1802, extendiéndose por toda Europa por mor de las guerras napoleónicas; véase así, HEIM, D., y MONFORT, N., 2005: 772.

²³ *La prostitución en las grandes ciudades (Estudios de higiene social)*, Madrid: Librería de la Fe, 1887, p. 11 (citado por GUEREÑA, 2003: 24).

²⁴ Tal era el caso del censo de Jerez de la Frontera de mediados del XIX (GUEREÑA, 2003: 163).

critas las prostitutas en las listas electorales del tercio familiar²⁵. Que la prostituta era considerada un peligro público del que precaverse lo demuestra el hecho de que en el Reglamento para la vigilancia y servicio sanitario de las prostitutas promulgado por el gobernador civil de Barcelona Romualdo Méndez de San Julián en 1867 se disponían medidas para proteger al hombre casado, viudo, con hijos o hijo de familia, de la tentación de enamorarse de una prostituta prohibiendo sacarla del padrón especial para que vivieran amancebados²⁶. Y es que en esos Registros de «mujeres públicas» que fueron característicos del reglamentarismo, era muy fácil entrar pero muy complicado salir. Tan sencillo era lo primero que, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento madrileño de 1847, la inscripción podía ser practicada de oficio por el comisario, incluso contra la voluntad de su interesada: bastaba con que aquél considerara «notoria» dicha dedicación. A partir de ese momento la prostituta se convertía en una mujer pública en sentido literal: perdía sus señas de identidad propias pasando a tener un nombre de «profesional» y era despojada de todo derecho a la intimidad. En otros momentos, la mujer que se prostituía, y sólo ella, podía ser acusada de contagio sifilítico²⁷. A todo ello añábase que esa inscripción tampoco era «gratis». Lejos de ser una forma de «asistencia sanitaria» para la mujer prostituta, su censo era lo que permitía la exacción correspondiente con la que mantener los servicios públicos de vigilancia e higiene. Tal jugosa fuente de financiación explica la disputa que durante algunos períodos mantuvieron los municipios con los gobiernos civiles por hacerse con la gestión de ese negociado. El Estado reglamentarista era también el Estado «proxeneta»²⁸.

El abolicionismo tiene unas coordenadas históricas más precisas: el manifiesto de Josephine Butler de 1870²⁹ en contra de las *Contagious Disease Acts* y que fue el germen de la creación en 1875 de la *Federación británica, continental y general contra la prostitución reglamentada por los Estados*³⁰. La plasmación normativa del abolicionismo tiene un primer hito con el Convenio internacional relativo a la represión de la Trata de Blancas de París (4 de mayo de 1910), que propugna en su artículo 1 el castigo para todo aquel que reclute, induzca o desencamine a alguien para satisfacer pasiones ajenas *aun con su consentimiento*³¹. *Con el mismo espíritu se fraguó posteriormente el gran instrumento jurídico abolicionista: el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena* (también designado como Tratado de Lake Success) adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949, y cuya entrada en vigor se produjo el 25 de julio de 1951³². Así, en su artículo 1 se establece el compromiso de las partes de «castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, *aun con el con-*

²⁵ *Ibid.*, p. 422.

²⁶ *Id.*, p. 182. En general, a la prostituta se le prohíbe vivir en compañía de hombre (aunque sea el padre, marido o hijo, *id.*, p. 126).

²⁷ GUERENA, 2003: 124-125.

²⁸ *Ibid.*, pp. 127, 209.

²⁹ «An Appeal to My Countrymen».

³⁰ La sección española de la Federación abolicionista se crea en 1882. Los primeros veinticinco inscritos fueron todo hombres y entre ellos se encuentran institucionistas célebres como Giner de los Ríos o Gumersindo de Azcárate, así como a Emilio Castelar, Pi y Margall; GUERENA, 2003: 358. También JIMÉNEZ DE ASÚA se declaró públicamente un entusiasta abolicionista (véase *Libertad de amar...*, *op. cit.*, p. 27).

³¹ Su ratificación por parte de España provoca la modificación del Código Penal de 1870 y ejerce una gran influencia en el de 1928; véase en ese sentido GUERENA, 2003: 241.

³² La adhesión de España se produjo en 1962.

sentimiento de tal persona; 2) explotare la prostitución de otra persona, *aun con el consentimiento de tal persona*». En España, y en cumplimiento de esa obligación, el Código Penal fue reformado en 1963 para castigar las conductas «participativas» (el denominado «rufianismo» y «proxenetismo locativo») en la prostitución ajena, si bien, el abolicionismo ya había hecho su aparición en escena con las Pragmáticas de Felipe IV a las que antes se ha aludido, y en los períodos que van de 1935 a 1941³³ y a partir de 1956 con la promulgación del Decreto de 3 de marzo en el que se ordena el cierre de las mancebías³⁴. Con posterioridad, merece ser destacado el Convenio n.º 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos hecho en Varsovia en 2005 y la Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2006 en la que se insta a los Estados miembros a que «... luchan contra la idea de que la prostitución es equiparable a la realización de un trabajo»³⁵.

3. ¿EN QUÉ CONSISTE EL ABOLICIONISMO?

No resulta fácil definir el abolicionismo, salvo como *pars destruens* del reglamentarismo: el Estado no debe dar pábulo, mediante la regulación, a una actividad básicamente degradante e indigna; antes bien, debe dirigir sus esfuerzos en pos de su desaparición. Mientras tanto, a la prostituta no se le puede añadir la carga de la sanción penal o administrativa por su dedicación (que es lo característico del prohibicionismo) con lo que su oficio es a fin de cuentas «tolerado». Esta es la situación que, con matices, vivimos en España desde 1956, junto con países tales como Bélgica, Reino Unido, Francia e Italia³⁶.

Tiene razón Amelia VALCÁRCCEL, y los abolicionistas, cuando señalan que del hecho de que la prostitución exista no se sigue que tenga que seguir existiendo. Las razones de índole pragmática aconsejan que el Estado «ordene» una actividad cuando la misma es tolerable. También ha existido la esclavitud y no por ello la humanidad ha cedido en su empeño por desterrarla, nos repiten machaconamente los voceros del abolicionismo. ¿Es esto último lo que pretendemos en España o en tantos otros países donde las prostitutas siguen desamparadas por el ordenamiento aunque no castigadas? Si la

³³ Años durante los que cabe entender que estuvo en vigor el Decreto 1935 promulgado por el ministro de Trabajo Federico Salmón Amorío y en cuyo artículo 1 se declaraba que el ejercicio de la prostitución no se reconoce como medio lícito de vida.

³⁴ LOUSADA AROCHENA ha destacado que España nunca cumplió fielmente las obligaciones que derivaban del Tratado de Lake Success pues técnicamente hablando las prostitutas no pasaron a considerarse criminales, aunque sí caían bajo la cobertura de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, pudiéndoseles imponer medidas de seguridad (véase LOUSADA AROCHENA, 2005). En realidad, del mencionado Tratado no se derivaba la necesaria consideración de la prostituta como delincuente (aunque sí de los terceros). La referencia clásica de la (encendida) defensa del Decreto de 1956 es la monografía de JIMÉNEZ ASEÑO, magistrado del Tribunal Supremo y que fue miembro del Patronato de Protección de la mujer, *Abolicionismo y prostitución*, Madrid: Reus, 1963.

³⁵ Punto 3.i de la Resolución (Referencia INI/2004/2220, disponible en <http://www.europarl.europa.eu>). El Informe de la Comisión Mixta hace suya esta recomendación (véase p. 23).

³⁶ FERNÁNDEZ *et al.*, 2007: 12 y QUINTERO OLIVARES, 2007: 190. Cabe señalar que, con la despenalización del proxenetismo que se produjo con la reforma del Código Penal de 1995, España también se alejó del cumplimiento del Tratado de Lake Success, aunque dicha reforma (corregida posteriormente en el año 2003) encontró el aplauso de destacados penalistas (véase por todos, MAQUEDA ABREU, M.ª L., «Feminismo y prostitución», *El País*, 1 de abril de 2006, p. 15).

respuesta fuera afirmativa, esto es, si la analogía prostitución-esclavitud fuera certera, haríamos de la prostitución no ya una actividad «desregulada», como parece recomendar el abolicionismo, sino una conducta prohibida bajo la amenaza de la sanción penal para quien la fomenta o consume como ocurre en Suecia (y bajo el presupuesto de que la prostituta es sólo una víctima y nunca sujeto activo de delito alguno). De hecho, como antes señalaba, esto es lo que se hace en España y en otros muchos países ante las formas «no consentidas» de explotación sexual. En estos supuestos nadie discute que estamos no solo ante un modo de vida no deseable, sino ante un haz de conductas por parte del explotador que merecen la intervención punitiva del Estado. Pero lo cierto es que ni los propios miembros de la Comisión Mixta del Congreso y del Senado se creen que toda prostitución sea una forma de esclavitud, de explotación intolerable y denigrante, atentatoria contra los derechos más básicos, etc. Lo digo por lo siguiente.

En la p. 4 del *Diario de la Marina*, en su edición de 3 de febrero de 1846, se publicaba el siguiente anuncio: «Una negra se vende, recién parida, con abundante leche, excelente lavandera y planchadora con principios de cocina, jóven, sana y sin tachas, y muy humilde: darán razón en la calle O'Reilly, n.º 16, el portero». Este periódico se publicaba en la Cuba española cuando España aún no había abolido la esclavitud³⁷. Imagino que sería imposible insertar este anuncio en los actuales medios de comunicación españoles. Éstos, sin embargo, publican todos los días un buen número de páginas en los que, de manera más o menos eufemística, con mayor o menor crudeza, se anuncian burdeles o mujeres —y hombres— que ofrecen sus servicios sexuales a cambio de un precio³⁸. Frente a este fenómeno (un negocio publicitario formidable) la Comisión Mixta recomienda al gobierno: «Solicitar a los medios de comunicación que *en el marco de sus códigos deontológicos se planteen* la renuncia a la publicidad relacionada con el comercio sexual para impedir el negocio de las organizaciones mafiosas dedicadas al comercio sexual»³⁹. ¿Se imagina el lector lo que diríamos de un Parlamento que se mostrara así de timorato frente a quienes ganan dinero publicando anuncios de individuos que se venden —ahora sí, literalmente— como esclavos o de quienes mercadean con ellos?

El espacio, por tanto, de la prostitución voluntaria no parece ser un espacio vacío. Ni por razones conceptuales, ni por las implicaciones normativas que acabamos de indicar. A veces, empero, pareciera que sí lo es, que no cabe hablar de mujeres que libremente —todo lo libremente que otras y otros muchos han decidido dedicarse profesionalmente a lo que se dedican— ejercen la prostitución: «La afirmación de que la prostitución no es más que un ejemplo de contrato entre individuos iguales en el mercado —señala Carole PATEMAN— es otra ilustración de la presentación de la sumisión como libertad»⁴⁰. Es más, negar que sea concebible que la mujer que se prostituye pueda hacerlo voluntariamente es la estrategia frecuente empleada por quienes propugnan bien el prohibicionismo, bien el mantenimiento del actual *status quo* normativo (de rai-

³⁷ Lo hizo, paulatinamente, a partir de 1870. En 1880 fue completamente abolida en la península y en los territorios de ultramar. El anuncio lo he obtenido del estudio de GÓMEZ MARTÍNEZ, J. L.: <http://www.ensayistas.org/antologia/XIXE/castelar/esclavitud/anuncios.htm>.

³⁸ En la edición de *El País* que hojeo cuando escribo estas líneas (5 de julio de 2007), son 3 las páginas de «Relax». Según datos del propio Informe (p. 23), dicho periódico publica 702 anuncios de este tipo en un día laborable, ingresando por ello en torno a los cinco millones de euros anuales.

³⁹ Véase la p. 25 del Informe.

⁴⁰ 1983: 564.

gambre abolicionista) como hace VALCÁRCEL. Así, en la p. 20 del Informe de la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer del Congreso y del Senado se puede leer que «... a los efectos de la intervención del Estado nada aporta la distinción entre prostitución libre o forzada que olvida que el ejercicio de la prostitución atenta contra la dignidad de las personas que la ejercen»⁴¹. Parafraseando a Amelia VALCÁRCEL, cabe señalar que a nadie de las que bendicen y aplauden este Informe o, alternativamente, censuran el intento del gobierno catalán de regularizar la prostitución en Cataluña o la solución adoptada en los Países Bajos y Alemania (véase *infra*), le gusta hablar de *ese* tipo de prostitución⁴². Bajo fórmulas tales como «no estamos ante el *auténtico* problema que hay que resolver» se elude esa misma cruda realidad a la que VALCÁRCEL apela en su artículo⁴³: la existencia de mujeres que perfectamente informadas y capaces quieren seguir ejerciendo su oficio bajo mejores condiciones⁴⁴.

4. ¿PERO QUÉ HAY DE MALO EN PROSTITUIRSE?

En un comunicado de prensa difundido el 18 de mayo de 2006, el sindicato UGT denunciaba que quienes defienden la reglamentación «parecen ignorar que el 95% de la prostitución no es voluntaria y que el 90% de la misma la ejercen mujeres inmigrantes, en muchos casos en situación irregular. Además, la voluntariedad de la prostitución... no puede analizarse aislada de las condiciones de vida, culturales, sociales, económicas y de asunción de roles de género que afectan a estas mujeres»⁴⁵. Si nadie discute que se debe perseguir penalmente a quien obliga a otro individuo a alienar su libertad sexual a cambio de un precio, ¿cuál es el error, mal, daño o perjuicio que se comete cuando un legislador decide que las prostitutas voluntarias —aunque sólo constituyan el 5%— sean consideradas trabajadoras por cuenta ajena o propia y así gocen de la tui-ción que brinda la legislación laboral⁴⁶? Del repaso de la literatura relevante sobre la cuestión, son tres los daños genéricos a los que se apela.

⁴¹ «Informe de la Ponencia sobre la prostitución en nuestro país» (aprobada en sesión de la ponencia de 13 de marzo de 2007), *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 13 de abril de 2007, pp. 2-45, p. 20.

⁴² VALCÁRCEL comienza su artículo señalando: «A nadie le gusta hablar de la prostitución, ni tampoco que se haga visible en nuestras vidas».

⁴³ El «mundo real», indica VALCÁRCEL, de la vulnerabilidad, pobreza y marginación que constituiría el nutriente decisivo de la prostitución.

⁴⁴ Y en esto, la verdad es que las abolicionistas se encuentran por encima de sus diferencias ideológicas o sensibilidades políticas. Así, Ana Botella, exconcejala del Área de Gobierno de Empleo y Servicios a la Ciudadanía del Ayuntamiento de Madrid, afirma también que «... en una abrumadora mayoría de los casos, las personas que ejercen la prostitución no lo hacen voluntariamente», y que «Lejos de poder equipararse a una profesión libremente elegida, la prostitución va unida a la trata de mujeres y menores y a la explotación sexual», en *Actas del Congreso Internacional Derechos humanos y prostitución (Madrid, 22 y 23 de noviembre de 2006)*, editadas por el Área de Gobierno de Empleo y Servicios a la Ciudadanía y la Dirección de Igualdad de Oportunidades del Ayuntamiento de Madrid, 2007, p. 9.

⁴⁵ El comunicado es emitido por la Comisión Ejecutiva Confederal. Está disponible en <http://www.ugt.es/comunicados/2006/mayo/mayo2006.htm>. El Informe de la Comisión Mixta ha hecho suyo este diagnóstico y muchas de las tesis sostenidas por este sindicato con respecto a la laboralización de la prostitución (véase las pp. 21 y ss.).

⁴⁶ La cifra del 5% de prostitución voluntaria frente al 95% de prostitución forzada se vierte en el comunicado de UGT, así como en otros textos y manifiestos de las asociaciones contrarias al reglamentarismo, sin aportarse el estudio o fuente que avale el dato. Dando por buena esa cifra, hablamos de un colectivo de 20.000 mujeres a quienes el Derecho laboral podría amparar.

En primer lugar se alega que cuando el Estado regula la actividad de las prostitutas como una actividad laboral protegida, se da sobre la misma un pernicioso marchamo de «normalidad». En segundo término se alude a los contraproducentes efectos que tendría la laboralización, que, lejos de atajar los males ínsitos o derivados de la prostitución, contribuiría a aumentarlos. En último término, la laboralización se revelaría imposible en la medida en que conlleva el compromiso con un conjunto de medidas (permisos y obligaciones) con los que, en debida reflexión, no podemos transigir. Todos estos males son, de manera directa o tangencial, destacados en el Informe y por VALCÁRCEL en su artículo. Los analizaré en ese orden.

Los abolicionistas acostumbran a denunciar el pernicioso efecto «pedagógico» que tendría sobre los ciudadanos una intervención legislativa regularizadora de la prostitución. «La ley —aduce VALCÁRCEL— educa a la ciudadanía». Desde esta perspectiva, por tanto, la laboralización estaría mandando a los individuos una señal equivocada: la prostitución es una actividad aceptable⁴⁷. Ese mensaje, remacha VALCÁRCEL, es incompatible con los ideales de ciudadanía e igualdad⁴⁸.

Esta primera consideración tiene mucho calado pues afecta, en definitiva, al modelo de Estado que estimamos mejor. El que parece favorecer VALCÁRCEL es un Estado perfeccionista, un Estado que pretende imbuir virtud a los ciudadanos tratando de que desarrollen planes de vida que (desde algún punto de vista) se consideran valiosos. Un Estado así es el que castiga el adulterio, la interrupción del embarazo, la pornografía, y otras tantas conductas «indeseables», en decir, un Estado que no se conforma, como sí hace el Estado liberal, con relegar los ideales al ámbito de la vida privada de los individuos⁴⁹. Tal vez, como señala VALCÁRCEL, enfrentados con la decisión de si reglamentar o no la prostitución, el abolicionismo como respuesta del Estado perfeccionista es más compatible con los valores de la ciudadanía y la igualdad⁵⁰. El precio se paga, sin embargo, con la moneda de la libertad personal, pues, insisto, existen mujeres y hombres que ven en la compraventa de servicios sexuales una forma de vida aceptable, de la misma forma (sorprendente para mí y para tantos otros) que hay quienes están dispuestos a asear ancianos en residencias u hospitales; o limpiar los baños de una facultad con miles de estudiantes; o vigilar el buen funcionamiento del sistema de alcantarillado de las ciudades, o ser carne de cañón por la defensa de sus compatriotas.

Y es que, en última instancia, está por ver todavía que el acuerdo de dos adultos para practicar sexo a cambio de una remuneración sea una actividad intrínsecamente

⁴⁷ Véase la p. 21 del Informe. En esa misma línea se pronunciaba ya Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, cuando, describiendo al modelo reglamentarista, afirmaba: «Desde el plano moral, todavía es más lamentable este sistema, ya que conduce indefectiblemente a la trata de blancas, y a pervertir el sentido ético de los jóvenes, haciéndolos pensar que lo que el Estado organiza y reconoce debe ser una necesidad pública»; *Libertad de amar...*, p. 27.

⁴⁸ No es ocioso constatar que para otras pensadoras, sin embargo, es la actual indefensión jurídica que sufren las prostitutas en los Estados en los que impera el abolicionismo o prohibicionismo lo que atenta a la igualdad de esas mujeres y a su capacidad de autogobierno; véase NUSSBAUM, 1999: 286-287.

⁴⁹ Es un Estado que, al decir del filósofo José Antonio MARINA, puede tener un «gran proyecto ético», en este caso el de la igualdad de las mujeres, que justificaría no dar pábulo a la prostitución mediante su laboralización; véase 2006, p. 58. Muchas mujeres, sin embargo, y como él mismo cita en referencia al colectivo de prostitutas Hetaira, consideran que su igualdad es vulnerada cuando no se les reconoce sus derechos como «trabajadoras del sexo».

⁵⁰ En un sentido parecido se manifiesta MARINA, 2006: «... la prostitución, como fenómeno social, es un gran obstáculo para la implantación de los derechos de la mujer», véase p. 51.

inmoral, como VALCÁRCEL, y otros muchos, presuponen. Hay individuos que, por razones variadas (pensemos en discapacidades objetivas como las razones más evidentes, aunque no las únicas), no pueden realísticamente tener vida sexual alguna⁵¹. ¿Es entonces la masturbación una opción preferible frente al pago de servicios sexuales? ¿Qué resulta más impersonal, frío o empobrecido? —como nos pregunta ERICSSON⁵²—. Si la censura moral a la prostitución tiene su anclaje en la idea de que se trata de una actividad, la del sexo, que debiera ser realizada altruísticamente, lo mismo cabría decir de otras tantas necesidades humanas para cuya satisfacción no disponemos de un generoso benefactor sino de un mercado⁵³. Tampoco la sexualidad, como actividad que otorga uno de sus sentidos básicos a la condición humana, pierde nobleza por el hecho de que se regule o laboralice la prostitución. Como gráficamente ha señalado Nussbaum la gente se sigue enamorando en Holanda, como también les pasaba en la antigua Grecia⁵⁴; por cierto, también las prostitutas, que, como cualquier otro trabajador o trabajadora, saben discernir entre los usos mercantiles y no mercantiles de su fuerza de trabajo, «... de igual manera que la empleada de hogar puede cocinar para su propia familia y limpiar su propia casa»⁵⁵. En definitiva, y como ha indicado ANDERSON, habida cuenta de que en nuestras sociedades plurales hay un profundo desacuerdo sobre el valor moral del sexo desinteresado, «... un argumento a favor de la conclusión de que la sociedad debe adoptar una postura de condena o prohibición... debe ir más allá de la apelación de uno de esos ideales controvertidos frente a otros»⁵⁶.

Amelia VALCÁRCEL nos propone, aunque de manera sutil, una suerte de test para evaluar la pertinencia de regular la prostitución que supone algo así como calibrar hasta qué punto juzgamos deseable la prostitución como plan de vida para nosotros mismos⁵⁷. En un Estado liberal, como decía al iniciar este artículo, hay una demarcación posible entre el pecado y el delito. Sólo aquellos comportamientos que atentan gravemente contra los intereses básicos de la ciudadanía (conductas que normalmente ciframos como atentatorias a los derechos humanos) resultan castigadas, aunque pueda seguirse sosteniendo —desde el punto de vista ético— que abortar es *siempre* una decisión grave, no trivial (e incluso equivocada moralmente), o que *nunca* resulta recomendable engañar a nuestra pareja, y que ambos comportamientos no los consideramos deseables ni para nosotros mismos ni para nadie, y que, puestos a elegir, preferiríamos que nuestra hija fuera médico antes que celadora, limpiadora, actriz porno o prostituta. Esos

⁵¹ Se debe insistir en que las razones para comprar servicios sexuales a una prostituta no son únicamente la imposibilidad de satisfacer los deseos sexuales de manera espontánea y desinteresada. En una reciente encuesta llevada a cabo en Dinamarca se ha constatado que la mayoría de los clientes son hombres casados o que viven en pareja. Sólo el 8% de los encuestados respondió que acudir a los servicios de las prostitutas era la única manera de obtener sexo; véase LAUTRUP, C., 2006: pp. 74, 81. Lo mismo cabe decir del cliente británico, de acuerdo con los datos que proporciona KINNELL: el 65% de ellos están casados o emparejados.

⁵² ERICSSON, L. O., 1980: p. 340. Con ello ni Ericsson, ni yo mismo, estamos queriendo excusar o justificar la prostitución sólo en los supuestos en los que el individuo esté objetivamente impedido para la satisfacer desinteresadamente su necesidad sexual. Alguien que no esté en ese caso puede preferir, también por variadas razones, pagar los servicios de una prostituta.

⁵³ *Ibid.*, pp. 341-342 y Hilary KINNELL.

⁵⁴ 1999: 290.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 291.

⁵⁶ ARNESON, 1992: 153. En la misma línea, NUSSBAUM, 1999: 286.

⁵⁷ «... muchas personas que no la contemplan en el horizonte de lo deseable para ellas mismas —dice VALCÁRCEL— no tienen reparos en manifestar que la prostitución pueda ser un modo de vida para “algunas” mujeres».

juicios sobre el aborto, el adulterio, la prostitución o la pornografía pueden ser compartidos, pero no así, en cambio, el ulterior y decisivo paso consistente en afirmar que *sólo por esa razón* debe el Estado castigar. Esto último era precisamente lo que distinguía la posición de Herbert HART de la de Lord DEVLIN en el célebre debate que ambos mantuvieron a propósito de la despenalización de la homosexualidad en el Reino Unido.

Sí, sí, ya se que ni VALCÁRCCEL ni la Comisión Mixta quieren encarcelar a la prostituta y/o al cliente. Pero entonces, ¿qué quieren con respecto a las mujeres que voluntariamente se prostituyen? Si es que, como parece, se asume la idea de que también las prostitutas voluntarias son víctimas, la Comisión Mixta propugna la creación de un Sistema de Atención Social para ellas⁵⁸. El contenido de tal «sistema» permanece ignoto para el lector del Informe una vez llega a su final, aunque el uso de mayúsculas augura que deberá ser algo muy trascendental, una institución que justificará seguramente una jugosa dotación presupuestaria y de personal a cargo del erario público.

En otras épocas, el perfeccionismo moral que se esconde tras esta medida se cifró en la propuesta de fundar un asilo donde las jóvenes encontrarán «instrucción, trabajo y moralidad», pues la causa de la prostitución, según su promotora, la protofeminista María Teresa VERDEJO DURÁN, era el abandono de la educación moral y el «instinto del lujo»⁵⁹. Más tarde, en plena vorágine abolicionista, se fundó el Patronato de Protección de la Mujer que funcionó entre 1931 y 1935 con la pretensión, igualmente, de «reeducar» a las mujeres dedicadas a la prostitución. Para los comunistas, en cambio, la prostitución se vinculaba íntimamente con el capitalismo, con lo que su erradicación habría de esperar a la implantación de la sociedad comunista como había ocurrido en la URSS donde la prostitución se había prohibido. Mientras tanto, la organización anarquista «Mujeres libres» (el equivalente a la sección femenina de la CNT-FAI) instaba a la creación de unos asilos («Liberatorios de Prostitución») donde la mujer podía recibir ayuda y formación para «liberarse». Los liberatorios serían hogares colectivos en los cuales poner en práctica una «... reeducación de la mercenaria, su examen psicológico y psicotécnico, a fin de investigar las motivaciones espirituales que le indujeron a su profesión y las causas de su fracaso social»⁶⁰. Los anarquistas consideraban que la prostituta representa el estadio final de un proceso de desadaptación social, amorosa y biológica, todo lo cual no era sin embargo incompatible, a ojos del anarquismo, con propugnar el amor libre y la libertad sexual de las mujeres tal y como hacía la Ministra de Sanidad Federica Montseny⁶¹.

Este empeño perfeccionista que concibe a las prostitutas como descarriadas o menores de edad permaneció invariable bajo el franquismo (el Patronato se convirtió en Junta Nacional cuya presidencia de honor ostentó la mujer del dictador), aunque a la justificación basada en el abandono del vicio se sumó la educación de acuerdo con la religión católica⁶². Entonces, el apóstol del abolicionismo (JIMÉNEZ ASEÑO) se vana-

⁵⁸ Véanse las pp. 21, 23 del Informe.

⁵⁹ Véase GUERENA, 2003: 341-342. VERDEJO fundó la revista *La Mujer* (1852) una de las primeras publicaciones «feministas» en nuestro país.

⁶⁰ La cita la tomo de GUERENA, 2003: 408.

⁶¹ *Ibid.*, p. 409.

⁶² *Id.*, p. 423. Un manifiesto elocuente de ese fermento de moral católica que nutre el abolicionismo de la época franquista es el libro de JIMÉNEZ ASEÑO (véase *supra* nota 33), en el que se leen consideraciones como

gloriaba de la política de regeneración que había puesto en práctica el Patronato. Aunque la cita es larga, no me resisto a transcribir íntegramente el contenido de su descripción: «Recientemente, se ha establecido en “Villa Teresita”, en Granada, conforme a las más recientes recomendaciones de la política internacional abolicionista... un régimen de acogimiento a puerta abierta, donde van llegando jóvenes que cansadas de la mala vida buscan allí su regeneración. Esta Institución, juntamente con la de “Villa Teresita”, de Pamplona y de Valencia, y el resto de las instituciones acogedoras que ya poseía el Patronato para la protección y readaptación de la joven caída, constituyen los hitos de una política regeneradora del vicio y de la mujer explotada, que en España es hoy una realidad y augurio de un futuro lleno de esperanzas redentoras de la explotación humana...»⁶³.

Con similar tono voluntarista y moralista, aunque con una jerga menos inflada que la que fue característica de la II República y del franquismo, la Comisión Mixta propone que se ofrezcan Planes (en mayúsculas también, por supuesto) que posibiliten alternativas de vida a las prostitutas (previa asistencia psicológica que les permita «recuperar su dignidad y autoestima») ⁶⁴ impulsando itinerarios de inserción laboral que posibiliten su abandono de la prostitución, y que se realicen campañas de sensibilización para cambiar «... la percepción social del uso de las mujeres como mercancía sexual y obtener una repulsa social generalizada hacia el comercio sexual como una vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres en situación de prostitución...», todo ello con el objetivo de reducir la demanda. En el ínterin se insta a que se facilite a las prostitutas una «renta de inserción activa»⁶⁵, y, alcanzando así el *summum* de la contradicción pragmática, se declara en el Informe la necesidad de «... conocer en profundidad la situación de la prostitución en nuestro país mediante investigaciones cuantitativas y cualitativas, teniendo en cuenta que es un fenómeno dinámico»⁶⁶.

las siguientes: «... reconocida la necesidad biológica de la efusión amorosa bisexual, ésta sólo puede verificarse lícitamente en la unión matrimonial. El hombre y la mujer únicamente pueden conocerse, sin pecado, después del matrimonio y sólo dentro del matrimonio» (pp. 26-27). En referencia a las causas de la prostitución, JIMÉNEZ ASEÑO considera decisivas para la «caída» el hecho de la orfandad o la falta de «formación hogareña» (pp. 150-151). Sobre el amor libre, considera que no hay tal porque, «... equipado al amor sincero y auténtico amor, existió siempre que un hombre y una mujer se encontraron en la vida y juntos y enamorados llegaron hasta la muerte. Es tan viejo como la humanidad y morirá con ella. Todo matrimonio le presupone y a él van dirigidas todas sus prevenciones y a ello alude el simbolismo de sus galas y ritos. El sacramento es la santificación del amor puro, el amor libre, que conduce a la pareja hasta el altar» (p. 181). Los ejemplos podrían multiplicarse.

⁶³ 1963: p. 220. Para esa tarea, insiste JIMÉNEZ ASEÑO, contamos con «El ejemplo luminoso del Evangelio, en que Cristo transforma y redime a la Samaritana y la pecadora pública impenitente María Magdalena... No es preciso ser superhombres para entregarse, con fe, a la tarea... Basta con ser hombres o mujeres enamorados de un ideal de redención humana, para aceptar la empresa con fervor apostólico, a imitación del Gran Maestro» (*ibid.*, p. 294).

⁶⁴ Véase la p. 26 del Informe.

⁶⁵ Actualmente asciende a 432 euros al mes con un máximo de 11 meses. El ministro de Trabajo, Jesús Caldera, proponía ya en febrero de 2006 esta medida (véase *El País*, de 11 de febrero de 2006). Algunas prostitutas de Madrid acogían con escepticismo la propuesta, tal y como se narra en el reportaje «La calle desde la calle» firmado por Ana ALFAGEME, en la edición de *El País*, de 11 de febrero de 2006, p. 29. La mayoría de las entrevistadas declaraban ganar por encima de 700 euros al mes. «Mejor nos volvemos a Rumanía», concluía una de las prostitutas preguntada sobre la iniciativa del ministro Caldera.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 24. Esta declaración sorprende si tenemos en cuenta que el objeto de la Ponencia creada en el seno de la Comisión era «... el estudio de la situación actual de la prostitución en España y la concreción de orientaciones y propuestas transversales que se deban desarrollar en todos los ámbitos». Se trataba, así, de dar

5. EL «REGLAMENTARISMO REFORZADO»

Vayamos con la segunda de las «razones» del abolicionismo: lo contraproducente del reglamentarismo.

En Holanda y en Alemania la prostitución está reglamentada como una actividad lícita. Ambos países abanderan la opción que algunos autores denominan «reglamentarismo reforzado» o «neo-reglamentismo»⁶⁷, un modelo que habría sido amparado nada más y nada menos que por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia ya célebre del año 2001⁶⁸. En 1993 las Comunidades Europeas, por un lado, y Polonia y Checoslovaquia por otro, suscribieron un Acuerdo de Asociación en cuyos artículos 44, 45, 58 y 59 se dispone que desde el momento de la entrada en vigor de dicho Acuerdo, los Estados miembros permitirán que los nacionales polacos y checoslovacos establezcan sociedades y ejerzan actividades económicas por cuenta propia en su territorio. ¿Comprendían dichas actividades también el ejercicio de la prostitución tal y como alegaban las señoras Szepietowska, Padevetova, Zacalova, Hrubcínova y Überlackerova, prostitutas de escarparte que trabajaban en Ámsterdam, frente a las autoridades holandesas? La respuesta del Tribunal fue afirmativa⁶⁹. No cabe apelar, abundaba el Tribunal, a una razón de «orden público» para mantener una excepción a la regla general de no discriminación entre nacionales de los Estados Miembros y nacionales polacos o checoslovacos⁷⁰.

En Holanda la prostitución era una actividad legalmente amparada desde la reforma del Código Penal producida el 1 de octubre de 2000 mediante la cual se abolió la prohibición de la explotación del trabajo sexual voluntario⁷¹. Holanda se convirtió entonces en el país pionero en la legalización de la prostitución voluntaria, pues, a la despenalización sumó la consideración de los prostíbulos como un negocio sometido al régimen general de licencias municipales, y del trabajo de las prostitutas como una actividad laboral que otorga a aquéllas derechos tales como pensión de invalidez, acceso a las

cumplimiento al mandato del Pleno del Congreso de los Diputados que mediante moción aprobada el 14 de febrero de 2006 instaba a «... iniciar en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer, un proceso de estudio, debate y comparencias, con el objetivo de elevar un dictamen informativo, dentro del presente período de sesiones, que permita concluir con un diagnóstico sobre la situación actual de la prostitución en nuestro país, concretando orientaciones y propuestas transversales que se deban desarrollar en todos los ámbitos».

⁶⁷ Véase FERNÁNDEZ *et al.*, 2007: 9-12 y HEIM y MONFORT, 2005: 773. Junto a Holanda y Alemania, también en Australia (*Brothel Health Regulation Act*, de 1990) y Nueva Zelanda (*Prostitution Reform Act*, de 2001), se ha optado por esta vía. Un resumen de esta última en REY *et al.*, 2004: 34-36.

⁶⁸ La sentencia es de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99.

⁶⁹ Considerando 49.

⁷⁰ Afirma literalmente el Tribunal en el Considerando 60: «Aunque el Derecho comunitario no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios al orden público, no cabe considerar que un comportamiento es lo suficientemente grave como para justificar la imposición de restricciones a la entrada o a la estancia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de otro Estado miembro si, cuando el mismo comportamiento proviene de sus propios nacionales, el primer Estado no adopta medidas represivas u otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir este comportamiento». De manera sorprendente, el gobierno holandés había alegado que no cabe considerar la prostitución como una actividad económica por cuenta propia puesto que nunca es posible determinar fehacientemente que el ejercicio de la actividad no se practica con subordinación al proxeneta (considerando 54). Este razonamiento, por lo que parece, no se aplica cuando de nacionales holandesas hablamos.

⁷¹ Sobre los antecedentes históricos y avatares de esa reforma, véase HEIM y MONFORT, 2005: 789.

pensiones, salario mínimo, derecho a sindicarse, y a negarse a la realización de un determinado servicio, etc.⁷². En Alemania se ha ido un paso más allá pues la prostitución puede constituir, desde la reforma del año 2002, una relación laboral por cuenta ajena. La reforma se ha llevado a cabo mediante una exigua ley con la que se despenaliza la gestión de los burdeles que cumplan ciertas exigencias; se incorpora a las prostitutas al régimen general de la seguridad social al considerarse su dedicación un trabajo, y no una actividad inmoral ni contraria a las buenas costumbres o al orden público, con lo que civilmente el contrato entre la prostituta y el cliente es un contrato ejecutable aunque sólo unilateralmente (por parte de la prostituta)⁷³.

¿Han sido contraproducentes las experiencias alemana u holandesa? ¿Se ha probado más eficaz el «experimento» sueco? Abundan los estudios y valoraciones sobre todas ellas, aunque, en relación con esta última, resulta reveladora la opinión de Anders OJELUND, Embajador para la Cooperación Internacional contra el tráfico de seres humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores de Suecia: «¿Ha tenido la ley sueca contra la compra de servicios sexuales algún efecto preventivo? —se pregunta—. ¿La criminalización de los compradores de servicios sexuales ha reducido la prostitución en Suecia, o sólo la ha desterrado de las calles. *Es difícil saberlo*. Pero al menos tenemos cierta prueba de que ha desalentado a los traficantes a utilizar Suecia como un mercado con fines sexuales. Ya no es tan rentable como lo podría ser. Esto es lo que nos dice la policía, pero *es difícil proporcionar una prueba en números*»⁷⁴.

Otros estudios, en cambio, son más rotundos en la afirmación de que el efecto de la ley sueca sobre la prostitución callejera ha sido fulminante, lo cual, sin embargo, «... no significa que la prostitución en Suecia haya sido abolida, sino más bien que el escenario de la calle se ha trasladado al interior de algún hotel, restaurante, club nocturno o alguna casa particular»⁷⁵.

En Holanda, distintos informes avalan que la legalización ha hecho menos atractivo el negocio para el crimen organizado, aunque también se reconoce que queda un largo trecho por recorrer en la mejora de las condiciones bajo las cuales desarrollan su actividad las prostitutas (la prestación por desempleo sigue sin ser efectivamente garantizada). Ello es debido a la persistencia del estigma social que, a pesar de todo, sigue llevando aparejada la prostitución en Holanda⁷⁶.

⁷² Así se introdujo en la ley de 28 de octubre de 1999. Con el límite de la prohibición absoluta, cada gobierno local es responsable de su propia política en materia de prostitución (en Rotterdam, por ejemplo, la prostitución callejera y de escarapate está prohibida; véase HEIM y MONFORT, 2005: 803).

⁷³ La referencia a la ley es: *Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz —ProstG—)* of 20 Dec. 2001, *Bundesgesetzblatt (BGBl.)*, I, 2001, p. 3983. Un buen comentario sobre la misma es el de LASKOWSKI, S. R., 2002. Con esta medida de la unilateralidad a favor de la prostituta de la ejecución del contrato, se está queriendo evitar, como en otros ámbitos, la obligación de prestar un servicio, en este caso, personalísimo. También se evita que, como ocurre en otras prestaciones personales, el incumplidor pueda verse obligado a indemnizar con un equivalente dinerario. En definitiva, la prostituta será únicamente la que podrá reclamar el dinero por el servicio prestado, pero no así el cliente solicitar un servicio acordado o una indemnización equivalente por la no prestación del mismo.

⁷⁴ 2006: 63 (cursivas mías).

⁷⁵ HEIM y MONFORT, 2005: 785. Las autoras se refieren a un estudio llevado a cabo por el Maxim Institut en 2003. Hasta abril de 2003 ningún cliente había sido condenado a pena de prisión (*ibid.*, p. 786).

⁷⁶ HEIM y MONFORT, 2005, pp. 805-806. REY *et al.*, destacan sin embargo que la prostitución ilegal de mujeres de los países del Este no ha disminuido; véase *Prostitución y Derecho*, *op. cit.*, p. 33.

Por último, se ha de tener en cuenta que, de acuerdo con una investigación llevada a cabo por el canal 4 británico, cuando la demanda de los servicios de las prostitutas se reduce por la presión policial sobre los clientes, el 65% de las mujeres declaraban trabajar más horas, y el 40% «muchas más horas», a pesar de lo cual el 66% de las mismas afirmaba ganar menos. Además, sus propias medidas de seguridad se relajaban, y, así, el 53% de ellas empleaba menos tiempo en examinar al cliente antes de acceder a su coche. El 24% admitían el haber consentido a realizar «servicios» a los que en otro caso se habrían negado (principalmente, no utilizar preservativo)⁷⁷. El estudio viene así a confirmar una intuición dictada por el sentido común: la criminalización tiene el efecto cierto de añadir riesgo y penosidad al ejercicio de la prostitución. Está por demostrar con mayor rigor, sin embargo, que con la laboralización aumente la prostitución no consentida, único efecto contraproducente que debería hacer repensar las opciones tomadas en Alemania y Holanda, pues el otro efecto (el que no se destierre con ello una forma poco edificante de ganarse el pan) no puede, en un Estado liberal, ser utilizado como razón para el sacrificio de la libertad individual o para la discriminación, frente a otros trabajadores, de las mujeres que se prostituyen voluntariamente⁷⁸.

6. ¿O TODO O NADA?

El diario *La Voz de Galicia* se hacía eco, en su edición de 3 de febrero de 2005, de que una joven alemana de 25 años, informática en paro, había recibido de los servicios sociales una oferta para trabajar en un burdel⁷⁹. La cuestión se hace más chocante, si cabe, cuando tenemos en cuenta que la legislación alemana imponía severos recortes en sus derechos de prestación a aquellos parados que rechazaran las ofertas de empleo que les fueran presentadas⁸⁰.

Este hecho sorprendente epitomiza muy bien la tercera de las razones apuntadas contra la laboralización de la prostitución: incluso si admitiéramos, por razones pragmáticas o consecuencialistas, la pertinencia de dar mayor seguridad y mejores condiciones laborales a las prostitutas, no se puede regular la prostitución como un trabajo por las consecuencias indigeribles que dicho paso acarrea. Que tales consecuencias no son fácilmente admisibles es un hecho que deriva de que, en última instancia, no consideramos que la prostitución pueda ser concebida cabalmente como un trabajo más⁸¹. Es más, si efectivamente quedamos persuadidos de que las prostitutas, como se acostumbra a decir, cumplen una «función social», ¿por qué no incluir sus servicios entre las prestaciones del Estado de bienestar? —se pregunta en esa línea José Antonio MARINA⁸².

⁷⁷ La encuesta, sobre una muestra de 118 prostitutas, es citado por KINNELL (véase <http://www.nswp.org/pdf/KINNELL-FEMINISTS.PDF>).

⁷⁸ En esa línea también se ha manifestado NUSSBAUM, 1999: 295.

⁷⁹ La noticia explica que la demandante de empleo había incluido una previa experiencia como «camarera» en el momento de recabar la ayuda de los servicios sociales, y tal dato había animado a un empresario alemán a proponerle trabajar en su establecimiento ofreciendo sus servicios sexuales.

⁸⁰ Ciertamente, en su momento, el legislador alemán había considerado la posibilidad de excluir de dicha regla a las propuestas de «empleos inmorales», pero finalmente no lo hizo. La razón esgrimida fue la dificultad de distinguir entre los muy distintos tipos de establecimientos donde se comercia con servicios sexuales.

⁸¹ El argumento fue expuesto con brillantez hace ya tiempo por Margaret RADIN; véase 1987, pp. 1922, 1924-1925.

⁸² Así, MARINA, 2006: p. 50.

Una relación tiene carácter laboral cuando la actividad que se realiza reúne las notas de la voluntariedad (en otro caso hablamos de «trabajos forzados», cumplimiento de castigos, o esclavitud); remuneración (no «trabaja» quien altruistamente hace cosas para los demás); ajenidad (es el otro quien se hace con los frutos de nuestro trabajo, asumiendo a cambio el riesgo empresarial) y dependencia (quien trabaja, se halla, durante el tiempo de trabajo, bajo el poder de dirección y organización de ese otro, el empleador). Esta última se presenta como la característica de la relación laboral que suscita más recelos a la hora de apostar por la consideración de que la prostitución debe ser un trabajo: «Parece difícil cohonestar un espacio para la libertad sexual cuando ésta debe estar dirigida y organizada por la dirección de una pretendida empresa dedicada al comercio sexual, porque esta libertad está por encima de toda organización empresarial»⁸³. Con mayor crudeza se pronuncia la juez María Antonia Lozano Álvarez: «¿Señalaremos cuántos coitos pueden hacer —las prostitutas— en una jornada de ocho horas, si han de dejarse atar o insultar? ¿Les regularemos el período de descanso cuando menstrúan?»⁸⁴.

Frente a ello cabe señalar que toda relación laboral implica, por definición, cesión en la libertad personal. Los «viajes de trabajo» que millones de empleados tienen que realizar son restricciones a la libertad de movimientos. Obviamente no parece lo mismo la obligación de desplazarse de un punto a otro que la de prestar un servicio sexual, aunque en ambos casos están comprometidos derechos fundamentales. Pero pensemos en la producción de películas pornográficas: los actores porno aceptan representar un papel que les exige un buen número de compromisos con el ejercicio de su sexualidad de acuerdo con las pautas que impone un director. Pues bien, de la misma manera que ese actor o actriz debe poder disponer de todos los detalles sobre el trabajo que se espera que haga en la película (en especial sobre quiénes serán sus *partenaires*), la prostituta que trabaja por cuenta ajena ha de poder rechazar la prestación de un servicio a un determinado cliente. Las legislaciones que se han inclinado por la laboralización así lo contemplan⁸⁵.

La idea es por tanto la de tamizar o adecuar ese haz de rasgos, prestaciones, obligaciones y derechos que acompaña a la relación laboral típica o genérica. En Holanda, por ejemplo, las prostitutas tienen derecho a todas las prestaciones de la seguridad social excepción hecha del desempleo, probablemente porque se considera que la probabilidad de fraude es muy alta⁸⁶ (lo mismo cabría decir de la categorización de las enfermedades de transmisión sexual como enfermedades profesionales de las prostitutas)⁸⁷.

⁸³ REY *et al.*, 2004: 179-180. En una línea similar se pronuncia el juez de lo Social de Granollers en sentencia de 22 de noviembre de 2002 (AS 1276): «... nadie puede organizar ni dirigir la actividad sexual de ninguna mujer, porque atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad humana» el comercio sexual no puede ser objeto lícito de contrato de trabajo ya que la capacidad de decidir y la libertad sexual están por encima de la dirección y la organización empresarial» (citado por REY *et al.*, 2004: 196).

⁸⁴ En *Actas del Congreso Internacional Derechos Humanos y Prostitución (Madrid, 22 y 23 de noviembre de 2006)*, *op. cit.*, pp. 148-156, p. 155.

⁸⁵ Véase FERNÁNDEZ, R. *et al.*, 2007: pp. 22-23. No resulta obvio, por tanto, que como indican REY *et al.*, «... ante estas prestaciones de naturaleza sexual la nota de dependencia no sólo sufre una relajación, matización o adaptación sino que, a nuestro juicio, llega a desaparecer perdiendo su significado de subordinación» (REY *et al.*, 2004: 181). Me remito de nuevo al contraejemplo de las películas o espectáculos pornográficos.

⁸⁶ Esto mismo se aduce cuando de extender la prestación por desempleo a trabajadores autónomos y empleadas de hogar se habla.

⁸⁷ ¿Cómo tener claro que el contagio del SIDA se produjo mientras «se trabajaba»?

De la misma forma, tampoco parece recomendable extender a la prostitución, considerada como actividad laboral, la posibilidad de trabajar a los mayores de dieciséis años; o incluir entre las modalidades de contrato en el ámbito de la prostitución, el contrato en prácticas y para la formación; o extender la jornada laboral general cuando estamos ante una actividad que ciertamente exige menos horas y más pausas; o equiparar la edad de jubilación; o permitir el llamado «despido objetivo» por ineptitud (la falta de habilidades o carencia de facultades) o por falta de adecuación del trabajador a las «modificaciones técnicas» de su puesto de trabajo, si con ello el empleador puede sortear su obligación de respetar que la prostituta no acepte la relación sexual con determinados clientes o ciertos servicios. Parece, por último, que quien emplea a prostitutas debe asumir la prevención de riesgos típicos en esta actividad, y, así, estar obligado, como establecen los artículos 12.2. y 12.3 del Decreto Catalán 217/2002, a poner preservativos a disposición de sus empleadas y empleados y a exigirles su uso, e igualmente a que dispongan de revisiones médicas periódicas⁸⁸.

Alguno pensaría que, una vez hechos tantos retoques al cuadro, del original (la ecuación prostitución=trabajo) no queda nada. En el fondo, que el intercambio de sexo por dinero pueda finalmente ser llamado trabajo como todos los demás, es lo de menos. Se puede aceptar que la prostitución no encaja ni debe encajar en el lecho de Proculo de las actividades laborales «normales», pero lo importante es que, hechas las tamizaciones necesarias, las prostitutas tengan mejores condiciones en el ejercicio de su actividad y más derechos y garantías. No serían, por cierto, las únicas «trabajadoras especiales» o «pseudotrabajadoras». Se sumarían a quienes, también por sus muchas especificidades, engrosan la panoplia de relaciones laborales especiales que recoge el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores: mineros, profesionales taurinos, trabajadores del mar, deportistas, artistas, etc. ¿Por qué no?

7. CONCLUSIONES

A lo largo de las anteriores páginas he tratado de argumentar a favor de la llamada «regulación» de la prostitución, es decir, de que la voluntaria prestación de servicios sexuales a cambio de un precio pueda considerarse como una relación laboral.

Para ello he analizado las razones que se aducen en contra de dicha opción «reglamentarista», un elenco de argumentos que se presentan agrupados bajo el estandarte del llamado «abolicionismo». He insistido, en primer lugar, y frente a lo que algunas abolicionistas esgrimen, que la actividad para la que se reclama «licitud», licitud que deriva de la categorización de la prostitución como «trabajo», es la prostitución voluntaria y que es sobre ésta sobre la que se centra el debate genuino acerca de qué hacer desde el punto de vista normativo e institucional con un fenómeno social inquietante y desasosegante desde tiempos remotos. Frente a lo que algunas abolicionistas esgrimen,

⁸⁸ Este elenco de «especificidades» o adecuaciones que habría de sufrir la prostitución como actividad laboral está tomado del exhaustivo e iluminador análisis de FERNÁNDEZ, R. *et al.*, 2007: pp. 24-26, 29, 32-33, 42-43, 48. Sin duda la cuestión más sensible, a día de hoy, es la posibilidad de que, considerada la prostitución como una relación laboral, se pueda conceder un permiso de trabajo para el ejercicio de la prostitución a mujeres extranjeras (*ibid.*, p. 31).

existe la prostitución voluntaria; la prostitución no equivale «por definición» a esclavitud. En todo caso, puestos a considerar la prostitución como algo esencialmente denigrante o indigno para los seres humanos (equiparable a la compraventa de órganos, por ejemplo) la actitud coherente por parte del Estado no es la «desregulación» (que implica que la prostitución no es delito pero no se ampara jurídicamente a quien la ejerce), sino la prohibición bajo la amenaza de la sanción penal. Esa es la respuesta, con todo, de un Estado perfeccionista que trata de que los ciudadanos desarrollen sólo aquellos planes de vida que se estiman deseables o virtuosos, lo cual conlleva una restricción insostenible del ideal de la libertad individual.

Junto a todo lo anterior, los abolicionistas aducen que la laboralización incrementa los males propios o derivados de la prostitución —un argumento de naturaleza empírica— y que, de ser considerada la prostitución como un trabajo, tendríamos que admitir también ciertas consecuencias de dicha equiparación que se nos presentan como indeseables. La respuesta a ambos argumentos se deja sintetizar fácilmente: en cuanto a lo primero, la evidencia no es concluyente (e incluso si lo fuera, está por demostrar que la prostitución voluntaria es una dedicación innoble si tenemos en cuenta otros muchos oficios humanos que, igualmente denigrantes, no pensamos que haya que procurar desterrar); en cuanto a lo segundo, las relaciones laborales son matizables en función de las circunstancias del empleo, es decir, nada impide que excepcionemos algunos de los derechos, obligaciones y garantías institucionales ligados al trabajo por cuenta ajena, si es que, como creo que es digno pretender, queremos que las prostitutas tengan una vida mejor, aunque pensemos en el fondo que hay mejores empleos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNESON, R. J., 1992: «Commodification and Commercial Surrogacy», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n.º 2, spring, pp. 132-164.
- DE LA VILLA SERNA, D., 2004: «Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres. Comentario a la doctrina judicial sobre el “alterne”», *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Iustel*, n.º 6, 2004, pp. 1-12.
- EDLUND, L., y KORN, E., 2002: «A Theory of Prostitution», *The Journal of Political Economy*, vol. 110, n.º 1, pp. 181-214.
- ENGELS, F., 1884 (1982): *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid: Fundamentos.
- ERICSSON, L. O., 1980: «Charges Against Prostitution: An Attempt at Philosophical Assessment», *Ethics*, vol. 90, n.º 3, abril, pp. 335-366.
- FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H., y QUIRÓS HIDALGO, J. G., 2007: «Sobre la posible regularización laboral de la prostitución: reflexiones para un debate», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 289, abril, pp. 3-50.
- GUEREÑA, J.-L., 2003: *La prostitución en la España contemporánea*, Madrid: Marcial Pons.
- HEIM, D., y MONFORT, N., 2005: «Vigilar y castigar: las nuevas propuestas de políticas públicas para la prostitución en Europa. Análisis de los modelos de Suecia y los Países Bajos», *Nueva Doctrina Penal*, n.º 2, pp. 771-812.

- JIMÉNEZ ASENJO, E., 1963: *Abolicionismo y prostitución*, Madrid: Reus.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., 1928: *Libertad de amar y derecho a morir*, Madrid: Historia Nueva.
- KINNELL, H.: «Why Should Feminists Should Rethink on Sex Workers' Rights», en <http://www.nswp.org/pdf/KINNELL-FEMINISTS.PDF>.
- LASKOWSKI, S. R., 2002: «The New German Prostitution Act- An Important Step To A More Rational View of Prostitution as an Ordinary Profession in Accordance With European Community Law», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18, n.º 4, pp. 479-491.
- LAUTRUP, C., 2006: «No es sólo una experiencia cuerpo a cuerpo», en *Actas del Congreso Internacional Derechos Humanos y Prostitución (Madrid, 22 y 23 de noviembre de 2006)*, Área de Gobierno de Empleo y Servicios a la Ciudadanía y la Dirección de Igualdad de Oportunidades del Ayuntamiento de Madrid, pp. 68-87.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., 2005: *Prostitución y trabajo: la legislación española*, ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Explotación Sexual y Tráfico de Mujeres celebrado en Madrid los días 26, 27 y 28 de octubre de 2005.
- MARINA, J. A., 2006: «Lucha por la dignidad», en *Actas del Congreso Internacional Derechos Humanos y Prostitución (Madrid, 22 y 23 de noviembre de 2006)*, Área de Gobierno de Empleo y Servicios a la Ciudadanía y la Dirección de Igualdad de Oportunidades del Ayuntamiento de Madrid, pp. 40-59.
- NUSSBAUM, M. C., 1999: «"Whether from Reason or Prejudice": Taking Money for Bodily Services», en *Sex and Social Justice*, New York: Oxford University Press, pp. 276-298.
- OLJELUND, A., 2006: «La explotación sexual. Una visión sueca», en *Actas del Congreso Internacional Derechos Humanos y Prostitución (Madrid, 22 y 23 de noviembre de 2006)*, Área de Gobierno de Empleo y Servicios a la Ciudadanía y la Dirección de Igualdad de Oportunidades del Ayuntamiento de Madrid, pp. 60-67.
- PATEMAN, C., 1983: «Defending Prostitution: Charges Against Ericsson», *Ethics*, vol. 93, issue 3, april, pp. 561-565.
- QUINTERO OLIVARES, G., 2006: «Las normas penales españolas: cuestiones generales», en *Trata de personas y explotación sexual*, GARCÍA ARÁN, M. (coord.), Granada: Comares, pp. 157-195.
- RADIN, M. J., 1987: «Market-inalienability», *Harvard Law Review*, vol. 100, n.º 8, june, pp. 1849-1937.
- REY, F. et. al., 2004: *Prostitución y Derecho*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

EL DESAFÍO DEL CATÓLICO LIBERAL*

Hugo Omar Seleme**

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

RESUMEN. El presente trabajo tiene tres objetivos. El primero, es mostrar cuál es el fundamento del deber moral liberal de no ofrecer ciertas verdades —que personas razonables pueden no aceptar dadas sus diferentes convicciones religiosas— como única justificación del ejercicio del poder político. La hipótesis que defenderé es que tal fundamento debe buscarse en el hecho de que habitamos junto con nuestros conciudadanos un mismo esquema institucional coercitivo. El segundo objetivo, consiste en mostrar la aparente escisión que la satisfacción de tal deber produce en los católicos y la amenaza que esto implica para un sistema liberal en donde son mayoría. Tal amenaza consiste en que los católicos racionalicen sus convicciones religiosas con el objeto de hacerlas aparecer como aptas para justificar el ejercicio del poder político. Finalmente, el tercer objetivo, es mostrar un modo de interpretar al Liberalismo y al Catolicismo que permite apreciar que la aparente escisión que enfrenta un católico liberal no es tal. De este modo permite conjurar la amenaza que enfrentan nuestros sistemas liberales.

Palabras clave: catolicismo liberal, liberalismo, catolicismo.

ABSTRACT. The present work has three objectives. The first is to show which the basis of the liberal moral duty not to offer certain truths —which reasonable people might not accept given their different religious convictions— as the only justification for exercising political power is. The hypothesis I shall defend is that this basis should be sought in the fact that we share with our fellow citizens one and the same coercive institutional framework. The second objective is to show the apparent scission the satisfaction of this duty produces in Catholics and the threat this implies to a liberal system in which they are a majority. The threat referred to is that Catholics rationalize their religious convictions with the aim of making them appear more apt to justify the exercise of political power. Finally, the third objective is to show a manner of interpreting Liberalism and Catholicism which enables one to appreciate that the apparent scission faced by a Catholic liberal is in fact not one at all. This makes it possible to ward off the threat facing our liberal systems.

Keywords: liberal catholicism, liberalism, catholicism.

* El presente trabajo es una versión expandida de una ponencia presentada en una sesión plenaria del III Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional desarrollado entre el 21 y el 24 de agosto del 2007 en Santiago de Chile. Agradezco a los participantes del mismo quienes con sus observaciones sin duda han ayudado a mejorar el presente trabajo. En especial debo gratitud a Pablo RUIZ-TAGLE y a Fernando ATRIA por sus comentarios y sugerencias.

** Investigador del CONICET. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

1. INTRODUCCIÓN

En lo que sigue pretendo, en primer lugar, llamar la atención sobre una amenaza que enfrentan los sistemas liberales en Latinoamérica y España. En segundo lugar, pretendo mostrar un modo de evitarla. El problema se encuentra vinculado con las exigencias que el Liberalismo impone sobre aquellos que creen en una religión. Me refiero específicamente a la exigencia de no apoyar decisiones estatales que se encuentren justificadas en algún tipo de verdad sobre las que otros ciudadanos, racionales y razonables, puedan discrepar.

La idea es que no todo lo que es verdad es apto para justificar decisiones estatales. No todas las razones a favor de una decisión estatal pueden ser ofrecidas como justificación. Sólo pueden cumplir esta función aquellas razones que pueden ser reconocidas por otros ciudadanos. Si las razones que un ciudadano posee pueden no ser reconocidas por otro ciudadano, sin que ello evidencie una falla en sus facultades mentales o un deseo de favorecerse a sí mismo, tales razones no son aptas para justificar decisiones estatales.

La exigencia de no ofrecer una consideración que efectivamente es verdadera como justificación de una decisión estatal aparece a primera vista como contraituitiva. ¿Qué otra cosa distinta a la verdad puede justificar una decisión de este tipo? Dicho de otro modo, si algo es verdad ¿Qué razones pueden existir para no ofrecer dicha consideración como justificación de las decisiones estatales?

Esta exigencia de no justificar las decisiones públicas en base a ciertas verdades aparece como plausible si uno tiene en vista la actividad de un órgano jurisdiccional. La función de este órgano consiste en aplicar el Derecho de modo que aunque el juez tenga verdaderas razones para fallar contrario a lo prescripto en la norma jurídica, no puede fundar sus decisiones en ellas.

Cuando se trata de la actividad legislativa, sin embargo, la situación comienza a tornarse menos plausible. ¿Por qué razón un legislador en el debate parlamentario no debería ofrecer como única justificación ciertas consideraciones a pesar de ser efectivamente verdaderas? ¿Tiene algún sentido el deber moral que prescribe no esgrimir ciertas consideraciones verdaderas como única justificación de las decisiones parlamentarias?

Finalmente cuando uno visualiza la actividad de los ciudadanos en su función de electores, el grado de implausibilidad se torna mayúsculo. La exigencia prescripta por el Liberalismo mandaría aquí a no votar en base a ciertas consideraciones con independencia de que estas sean verdaderas. A pesar de que algo fuese verdad, el ciudadano en ciertas circunstancias, tendría el deber moral de no fundar su voto o su opinión política en estas consideraciones. ¿En qué puede encontrar sustento el deber moral de no fundar el voto en ciertas verdades? ¿No es valiosa la posibilidad de votar porque permite que todas las opiniones de los ciudadanos sean escuchadas? Si esto es así ¿qué sentido tiene un deber moral que prescribe autocensurar algunas de ellas?

Dada la aparente implausibilidad de la exigencia liberal de no ofrecer ciertas verdades como justificación de las decisiones políticas, comenzaré por exponer las razones que considero la justifican.

2. EL DEBER MORAL DE ABSTINENCIA

El deber moral de abstinencia¹, como denominaré a la exigencia de no ofrecer ciertas verdades como única justificación del ejercicio del poder político, descansa en dos premisas. La primera, es de índole normativa. Sostiene que el ejercicio del poder estatal debe justificarse en base a razones aceptables por todos los ciudadanos, en tanto racionales y razonables. La segunda, es empírica. Afirma que el hecho de que algo sea verdad no excluye la posibilidad de que ciudadanos racionales y razonables sostengan su falsedad. Ciudadanos racionales y razonables pueden fallar en apreciar la verdad de una consideración.

Para comprender por qué el Liberalismo² exige de los ciudadanos que no ofrezcan ciertas verdades como única justificación del ejercicio del poder estatal deben responderse, en consecuencia, dos preguntas. En primer lugar, ¿Por qué es legítimo ejercitar el poder estatal en base a razones públicamente aceptables? Y segundo, ¿Por qué el desacuerdo entre ciudadanos razonables y racionales es posible? En lo que sigue mostraré cómo las respuestas a estas dos preguntas permiten justificar el «deber moral de abstinencia».

2.1. La premisa normativa: coacción, aceptabilidad pública. La comunidad política como comunidad de autores

Comencemos por la respuesta a la primera pregunta. La razón por la que el Liberalismo exige que las decisiones estatales sean públicamente justificables reside en el carácter coercitivo del esquema institucional que tales decisiones configuran. El esquema institucional configurado por las decisiones estatales, se aplica a los ciudadanos con independencia de sus opiniones y deseos. El poder estatal configura el diseño institucional que se nos aplica coercitivamente. Las instituciones sociales y económicas configuradas por el poder estatal determinan nuestras expectativas vitales, nuestros deberes y derechos, nuestra posición social, más allá de nuestras opiniones y deseos. El hecho que se nos apliquen coercitivamente instituciones creadas por el ejercicio del poder estatal, engendra la exigencia moral de autogobierno o legitimidad.

La razón por la que esto es así es la siguiente. El hecho de la coerción amenaza el carácter de sujetos de razones que los ciudadanos poseen. La relevancia moral de la coerción reside en la imposición a un sujeto de una decisión *ajena*. El sujeto deja de ser

¹ El «deber de abstinencia» sería una de las exigencias de lo que RAWLS denomina «deber de civildad». Este deber impone la exigencia de «...to be able to explain to one another on those fundamental questions how the principles and policies they advocate and vote for can be supported by the political values of public reason. This duty also involves a willingness to listen to others and a fairness in deciding when accommodations to their views should reasonably be made» (RAWLS, 1993: 217).

² El Liberalismo al que me referiré a lo largo del texto es un tipo de liberalismo circunscrito a lo político. Es decir, un Liberalismo neutral en relación con las concepciones del bien.

Muchos han sido los que han cuestionado la supuesta neutralidad liberal y no es el objetivo del presente trabajo abordar sus objeciones, ni esgrimir las razones por las que considero existe una variante de liberalismo neutral. De tal tarea me he ocupado en otra parte (SELEME, 2004). Aquí simplemente pretendo establecer cuál es el sustento de la exigencia de neutralidad y mostrar que interpretar al Liberalismo de ese modo es parte de la solución al problema que enfrentan nuestras sociedades.

el *autor* de su propia vida, deja de dirigir su vida en base a sus propias razones. Por esto, la exigencia moral que engendra la existencia de un esquema coercitivo es la de tratar a sus ciudadanos como *autores*. Exigir que un esquema coercitivo trate a sus ciudadanos como *autores* equivale a exigir *autogobierno* o *legitimidad*. Es decir, la existencia de un esquema coercitivo genera exigencias de legitimidad política, autoría o autogobierno.

De lo que se trata entonces es de determinar cuándo un esquema institucional trata a sus ciudadanos como *autores*.

Mi idea es que si el esquema institucional permite satisfacer los intereses que los ciudadanos tienen en tanto *autores*, entonces los trata como tales. Pienso que estos intereses vinculados a su calidad de *autores* pueden ser agrupados, siguiendo a BEITZ, en tres categorías: el interés en el reconocimiento, en el modo de tratamiento³ y en la responsabilidad deliberativa. El primero de ellos se refiere a los efectos que tiene sobre la identidad pública el lugar que el procedimiento político de toma de decisión colectiva asigna a los individuos. Cuando una persona es excluida enteramente del acceso a cualquier rol público o cuando los roles en los procedimientos decisorios reflejan la creencia social en la inferioridad de un grupo, el interés en el reconocimiento que todos los ciudadanos tienen como *autores* de las decisiones políticas no es satisfecho⁴.

El segundo de estos intereses, el referido al modo de tratamiento, no se encuentra vinculado directamente al rol que los ciudadanos tienen como *autores* de las decisiones políticas sino al que tienen como *sujetos* destinatarios de tales decisiones⁵. Sin embargo, existe un vínculo indirecto con los intereses que poseen en tanto *autores*. Esto porque, en tanto *autores* les interesa no recibir cualquier trato en tanto *sujetos*. La razón es que ciertas medidas adoptadas en relación con los ciudadanos en tanto *sujetos* les impedirían ocupar su rol de *autores*. Tal sería el caso de un sistema político que no les permitiera a sus ciudadanos obtener los medios de subsistencia, o no garantizase algún grado de libertad religiosa y de pensamiento, así como la libertad de la ocupación forzosa y la esclavitud, o no les reconociese algún derecho de propiedad. A cualquier ciudadano —en tanto *sujeto* de las decisiones políticas— deben reconocérsele tales derechos. La razón de ello es que de otro modo se vería impedido de cumplir su rol de *autor*. Sin estos derechos la idea misma de sistema político —como sistema de cooperación social de cuyas decisiones son «autores» los ciudadanos— carece de sentido⁶.

³ BEITZ lo denomina «interés en el tratamiento equitativo».

⁴ Un procedimiento decisorio que no satisface el interés en el reconocimiento «...establish or reinforce the perception that some people's interests deserve less respect or concern than those of others simple in virtue of their membership in one rather than another social or ascriptive group...» (BEITZ, 1990: 110).

⁵ Esta dualidad de roles en los ciudadanos —en tanto *autores* y *sujetos* de las decisiones políticas— había sido advertida ya por HOBBS. No obstante, a pesar de haber advertido la dualidad de roles, la posición hobbesiana, a diferencia de la que presento en el texto pone el énfasis en el rol que los ciudadanos tienen como «sujetos» o súbditos y no como «autores» de las decisiones colectivas. El único acto de «autoría» o de participación de los ciudadanos en HOBBS es el de autorizar la formación de un gobierno donde su ulterior participación no tiene cabida (HOBBS, 1651).

⁶ Aunque no puedo detenerme en ello aquí en la concepción que estoy presentando los derechos humanos exigibles en el dominio internacional son aquellos que el individuo debe tener para ser tratado como *autor* por el esquema institucional. Sin estos derechos garantizados —sin los intereses de autoría satisfechos— el esquema institucional es mero ejercicio de la coacción desnuda. Existe sólo un esquema de coacción centralizado pero no existe comunidad política entendida como «comunidad de autores».

Finalmente, en tanto *autores* los ciudadanos tienen un interés en la responsabilidad deliberativa. Tienen interés en que la resolución de los asuntos políticos se haga en base a una deliberación pública suficientemente informada, donde sus opiniones o razones sean consideradas y evaluadas responsablemente (BEITZ, 1990: 113-117).

Este tercer interés que los ciudadanos poseen en tanto *autores* posee especial relevancia para comprender el «deber de abstinencia» de modo que me detendré en él.

Un sujeto posee diversos tipos de razones relevantes a nivel político. Un conjunto de razones se refieren a cuál es el contenido que las decisiones colectivas particulares deberían tener. Así por ejemplo, si se debe decidir colectivamente sobre la penalización del aborto algunos tendrán razones a favor y otros en contra de tal medida. La satisfacción del interés en la responsabilidad deliberativa exige que el procedimiento no impida que las opiniones de todos sean consideradas. Un segundo conjunto de razones no se refiere al mejor contenido de las decisiones colectivas sino a cuál es el modo correcto de tomar tales decisiones. Los individuos poseen, o pueden poseer, opiniones acerca de cómo los procedimientos de toma de decisión colectiva deberían estar organizados para ser correctos. El objeto de estas razones no es el contenido de las decisiones colectivas —si el aborto debe o no ser penalizado— sino los criterios que sirven para evaluar el procedimiento decisorio —si la decisión debe tomarse por votación o no, por mayoría simple o calificada, etc.

Ahora bien, dado que los ciudadanos poseen razones de los dos tipos señalados existen dos modos en que el interés deliberativo puede ser vulnerado: por utilizar procedimientos de toma de decisión colectiva que impidan la consideración de algunas opiniones referidas al contenido de la decisión colectiva, o por utilizar procedimientos de toma de decisión colectiva que —aunque permitan que las opiniones de todos sean escuchadas— estén fundados en consideraciones que no puedan ser vistas como razones por los individuos en cuestión.

Dicho de otro modo, existen dos niveles en que el esquema institucional puede satisfacer el interés deliberativo y tratar a los ciudadanos como *autores*. Uno se refiere a los procedimientos de toma de decisiones colectivas que emplea el esquema institucional estatal. Otro, más profundo, se refiere a los criterios para diseñar y evaluar dichos procedimientos. Los procedimientos de toma de decisión colectiva tratan a los ciudadanos como *autores* cuando son sensibles a sus opiniones sobre el contenido que deben tener las decisiones, *i.e.* si el aborto debe o no ser penalizado. Si las reglas institucionales impiden que algunas opiniones sobre la marcha de los asuntos públicos sean escuchadas, entonces el interés en la responsabilidad deliberativa no está siendo satisfecho y por tanto el esquema institucional no trata a dichos ciudadanos como *autores*. Si el procedimiento de toma de decisiones colectivas permite que todas las opiniones cuenten, es sensible a las razones que los ciudadanos tienen en relación con el contenido de las decisiones colectivas, y en este respecto los trata como *autores*.

Aunque esto es debatible, considero que este es el modo en que RAWLS justifica los derechos humanos. Señala RAWLS: «... *What have come to be called human rights are recognized as necessary conditions of any system of social cooperation. When they are regularly violated, we have command by force, a slave system, and no cooperation of any kind*» (RAWLS, 1999: 68).

El segundo nivel en que un esquema institucional puede satisfacer el interés en la responsabilidad deliberativa no se refiere —como el anterior— a las razones que los ciudadanos tienen para adoptar una particular decisión colectiva, *i.e.* referida a la penalización del aborto, sino a las razones que tienen para adoptar un determinado procedimiento de toma de decisiones colectivas. En este segundo nivel —a diferencia del anterior— el interés deliberativo no puede ser satisfecho por la inexistencia de un procedimiento de toma de decisiones colectivas que no contenga impedimentos para que las razones de todos los ciudadanos cuenten y que tenga por objeto elegir cuál será el procedimiento de toma de decisiones colectivas a seguir. El interés deliberativo a este segundo nivel no puede ser satisfecho por la existencia de un procedimiento colectivo de toma de decisiones —que sea sensible a las razones que los ciudadanos tienen a favor de un procedimiento de toma de decisión en lugar de otro— mediante el cual se vaya a decidir cuál es el procedimiento colectivo de toma de decisiones adecuado. A la hora de determinar el contenido de una decisión colectiva el ciudadano es tratado como *autor* por el esquema institucional si no existen impedimentos para que participe en el procedimiento de toma de decisiones. A la hora de determinar el procedimiento de decisión colectiva el ciudadano igualmente es tratado como *autor* si no existen impedimentos para su participación. Sin embargo, la participación de la que se trata aquí no puede consistir en tomar parte en un procedimiento de decisión colectiva puesto que de lo que se trata es justamente de establecer cuál es este procedimiento. La única participación que puede darse aquí es a nivel de razones. Un ciudadano ha participado en la adopción de un procedimiento de toma de decisiones colectivas, si las consideraciones que los justifican son aquellas que él efectivamente juzga como razones. En consecuencia, un ciudadano es tratado como *autor* en este segundo nivel si no se encuentra impedido de participar, esto es si las consideraciones que fundan el procedimiento de toma de decisiones colectivas *pueden* ser consideradas por él como razones, aunque este efectivamente no sea el caso⁷.

Cuando los procedimientos para tomar decisiones colectivas están fundados en consideraciones justificatorias no pueden ser vistas como razones por algunos de los ciu-

⁷ No puedo detenerme en este asunto aquí porque me desviaría del objetivo del presente artículo, sin embargo unas pocas consideraciones pueden aclarar la idea. Considero que una consideración puede ser considerada por mí como una razón cuando es posible vincularla a las creencias, compromisos, proyectos, valores, etc., que actualmente poseo. Sólo en este caso, puedo afirmar que algo es una razón. La idea es semejante —aunque no idéntica— a la defendida por Bernard WILLIAMS (1981), por lo menos en una de sus interpretaciones. WILLIAMS sostiene que afirmar que un individuo *tiene* una razón implica afirmar que existe una «*sound deliberative route*» entre el conjunto motivacional S del individuo y la realización de determinado comportamiento. Análogamente en el texto sostengo que para que alguien pueda percibir a determinada consideración como una razón tiene que poderla vincular mediante un proceso de deliberación correcta con algún componente subjetivo —que no necesariamente debe tener carácter motivacional— (creencias, valores, deseos, disposiciones de evaluación, etc.) que actualmente posee. Lo señalado en el texto es compatible con admitir que los individuos pueden modificar sus razones a través de lo que SCANLON denomina la «modificación reflexiva». Sostener que algo es visto como una razón por un individuo cuando puede ser vinculada a algún elemento subjetivo del mismo, no equivale a adoptar una posición quietista en relación con las razones. Las consideraciones que reconocemos como razones pueden cambiar, pero sólo haciendo pie en algún componente subjetivo. El procedimiento a través del cual «...*one decides what reasons one has, depend on the reactions that the person doing the deciding has or would have to the distinctions, examples, and analogies in question...*» (SCANLON, 1998: 368). Un individuo se encuentra impedido de juzgar a una consideración como una razón cuando no es posible vincularla por deliberación con ningún componente subjetivo.

dadanos, sus razones en este segundo nivel no están siendo consideradas, su interés en la responsabilidad deliberativa no es satisfecho por el esquema institucional el cual, en consecuencia, no los trata como *autores*⁸.

Recapitulando, un esquema institucional satisface el interés deliberativo de sus ciudadanos, y los trata como *autores*, sólo si el procedimiento de toma de decisiones colectivas se encuentra fundado en consideraciones que pueden ser vistas como razones por éstos.

¿De qué depende que esta exigencia pueda ser satisfecha? ¿Qué es lo que posibilita que un conjunto de individuos pueda juzgar *en común* a una determinada consideración como una razón? Pienso que la respuesta debe buscarse en el hecho de que comparten una misma cultura política pública. Comparten una práctica argumentativa referida a la toma de decisiones colectivas y al diseño institucional, la cual descansa en ideas implícitamente aceptadas por todos los participantes. Un procedimiento de toma de decisiones colectivas que se encuentra justificado a partir de estas ideas, es uno que puede ser visto como fundado en razones por cualquier ciudadano en tanto miembro de una misma cultura política, participante de una práctica argumentativa. Como es obvio esto no equivale a señalar que el carácter de razón de una consideración le viene dado por una cultura, sino simplemente que el juicio sobre qué cuenta como una razón es relativo a un determinado ambiente cultural. Mientras más densa sea la cultura común, más posibilidades existirán de juzgar conjuntamente a determinadas consideraciones como razones. El modo de satisfacer la exigencia de participación política y la exigencia de tratar a los ciudadanos como *autores* de las decisiones colectivas dependerá de las características culturales que posea la sociedad en cuestión.

Una de las ideas centrales en la cultura política de sociedades liberales, es la de ciudadanía libre e igual. Cada ciudadano individualmente es considerado como una fuente de reclamaciones legítima. Cada uno individualmente, con independencia del grupo social, religioso o racial de pertenencia, es considerado con derecho a esgrimir sus razones sobre el contenido que deben tener las decisiones colectivas. El procedimiento de toma de decisiones democrático, con su idea de «un ciudadano un voto» se encuentra justificado en estas consideraciones, las cuales pueden ser vistas como razones por todos los ciudadanos en tanto miembros de una cultura política liberal⁹.

⁸ Como no podía ser de otro modo tal situación impide, de igual manera, que el interés en el reconocimiento que todo ciudadano posee en tanto *autor* se encuentre satisfecho. Este interés encuentra su última justificación en el interés en ser reconocido por el sistema político al que pertenezco como un sujeto de razones. De esto se sigue que, al igual que el interés en la responsabilidad deliberativa, puede verse insatisfecho porque el esquema institucional no sea sensible a las razones que en los dos niveles que he distinguido poseen los ciudadanos. Sus razones referidas al contenido de las decisiones colectivas particulares y sus razones referidas al modo en que debería configurarse tal procedimiento decisorio. Si un ciudadano se encuentra impedido de juzgar como razones a las consideraciones que justifican el procedimiento de toma de decisiones colectivas, aunque éste sea sensible a sus razones referidas al contenido de tales decisiones, no esta siendo reconocido como un sujeto de razones, su interés en el reconocimiento no está siendo satisfecho y, por tanto, no está siendo tratado como *autor* por el sistema institucional.

⁹ Por las consideraciones señaladas en el texto pienso, en oposición a la opinión mayoritaria, que la democracia no es una forma de gobierno legítima sin más. No es el caso que un procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas garantice que los ciudadanos están siendo tratados como *autores*. Si la cultura política no contiene la idea de ciudadanía libre e igual, los ciudadanos que la habitan se encuentran impedidos de ver como razones a las consideraciones que justifican el procedimiento democrático.

Para sintetizar lo señalado hasta aquí. La existencia de un esquema institucional que se aplica coercitivamente a los ciudadanos que en él habitan, determinando sus expectativas vitales con independencia de sus deseos y preferencias, engendra la exigencia moral de legitimidad, auto-gobierno o *autoría*. Dicha exigencia es satisfecha cuando el esquema institucional trata a los ciudadanos *sujetos* de la coerción como *autores*. Tal extremo es alcanzado cuando el esquema institucional satisface los intereses que como *autores* poseen los ciudadanos, el interés en el reconocimiento, el interés en el trato y el interés en la responsabilidad deliberativa. Finalmente, el esquema institucional satisface el interés en la responsabilidad deliberativa si el procedimiento de toma de decisiones colectivas satisface dos requisitos: *a)* no establezca impedimentos normativos para que cuenten las razones que los ciudadanos consideran que existen en relación con una decisión colectiva, y *b)* se encuentre fundado en consideraciones que pueden ser vistas como razones por todos.

Si el esquema institucional satisface las dos condiciones precedentes —y por ende el interés en la responsabilidad deliberativa está satisfecho— si la configuración y acceso a los roles públicos no refleja la creencia social respecto a la inferioridad de algún grupo —y el interés en el reconocimiento está satisfecho— y si los ciudadanos poseen los derechos y recursos mínimos enunciados —el interés en el trato está satisfecho— entonces dicho esquema institucional trata a los ciudadanos como *autores*. A partir del momento que estas exigencias son satisfechas comienza a existir la comunidad política como una «comunidad de autores», esto es, como un *nosotros* a quien el poder político pertenece. A partir de este momento aparece el poder político colectivo, como un poder compartido, como un poder *nuestro*.

Las decisiones coercitivas adoptadas por una comunidad política, en tanto «comunidad de autores», se encuentran moralmente justificadas toda vez que son decisiones *nuestras* no son decisiones *ajenas*. Como se recordará, era el carácter *ajeno* de las decisiones coercitivas lo que poseía relevancia moral y engendraba las exigencias de legitimidad, auto-gobierno y *autoría*. En consecuencia, las decisiones coercitivas adoptadas en el seno de un esquema institucional que satisface los tres intereses vinculados a la *autoría* son legítimas, lo que equivale a señalar simplemente que los ciudadanos carecen del derecho a no ser coaccionados. En términos hohfeldianos la legitimidad política, o el derecho a mandar que posee la «comunidad de autores» involucra un *derecho-*

Por esta razón la tarea de ayudar a que otros pueblos construyan instituciones legítimas, que los traten como *autores*, no puede consistir en *exportarles* sistemas democráticos. De lo que se trata, en cambio, es de ver cuáles son las mejores instituciones que pueden ser justificadas a partir de su cultura política.

En una cultura política de índole comunitarista —estoy pensando en las sociedades islámicas— la idea de ciudadanía libre e igual se encuentra ausente. Si se instala allí un sistema democrático, efectivamente no existirán impedimentos normativos para que cuente la opinión de todos en relación con el contenido de las decisiones colectivas. Los ciudadanos estarán siendo tratados como *autores* en tanto no existen impedimentos para que cuenten sus razones referidas a qué decisiones colectivas adoptar. Sin embargo, sus razones referidas al modo en que tales decisiones deben adoptarse, esto es al procedimiento de toma de decisiones colectivas, no habrán sido consideradas. Esto porque, dada la cultura política de esta sociedad, es imposible que los ciudadanos que la habitan consideren al sistema democrático —con su idea de «un hombre un voto» y su estipulación de que los representados son los individuos— como fundado en razones. Aunque el sistema de toma de decisiones no contiene impedimentos para que las opiniones de los ciudadanos referidas al contenido de las decisiones políticas sean consideradas, contiene un impedimento más profundo referido a sus opiniones y razones vinculadas a los procedimientos mismos de toma de decisiones colectivas.

libertad que se corresponde con la ausencia del *derecho-exigencia* por parte de los ciudadanos a no ser coaccionados¹⁰.

Con todos estos elementos a mano, es ahora posible vislumbrar la razón por la que quienes propugnan ciertas decisiones estatales deben mostrar que son públicamente justificables. Como hemos señalado un esquema institucional trata a sus ciudadanos como *autores* si el procedimiento de toma de decisiones colectivas permite que cuenten todas las opiniones sobre el contenido de las decisiones a adoptar. El procedimiento decisorio debe permitir que aun aquellas opiniones que se encuentran fundadas en consideraciones que otros ciudadanos no pueden ver como razones puedan ser esgrimidas. De otro modo, si contuviese impedimentos normativos para que algunas opiniones cuenten, no trataría al ciudadano impedido de hacer valer sus opiniones como un sujeto de razones, esto es, como un *autor*. Esto no significa, sin embargo, que el ciudadano que —para apoyar o rechazar una decisión estatal— esgrime consideraciones que no pueden ser vistas como razones por sus ciudadanos actúe correctamente. El ciudadano que como miembro del parlamento o como elector funda su decisión de este modo no trata a sus conciudadanos como sujetos de razones, esto es, como *autores*. Quien actúa de este modo realiza un acto moralmente incorrecto, en el seno de un esquema institucional correcto.

De modo que la existencia de un esquema coercitivo genera exigencias morales respecto del diseño del esquema institucional y respecto de la conducta que los individuos deben adoptar en su seno. Las primeras son exigencias de legitimidad política —cuyo objeto son las instituciones— las segundas son de moralidad personal —cuyo objeto son las conductas de los ciudadanos—. Los ciudadanos tienen el deber moral personal de justificar las posiciones que adopten en relación con las decisiones colectivas coercitivas, en base a consideraciones que sean aceptables por todos sus conciudadanos. En este caso, como en el referido a la adopción del procedimiento decisorio, lo que posibilita esta aceptabilidad pública es que los argumentos brindados para favorecer una decisión colectiva se encuentren fundados en las ideas presentes en la cultura política pública de la sociedad en cuestión. Dado que nuestras sociedades son liberales, e incluyen la idea de ciudadanía libre e igual, de lo que se trata es de brindar como justificación consideraciones que sean aceptables para ciudadanos libres e iguales, o lo que es lo mismo, racionales y razonables. Esta es la razón por la que los ciudadanos deben justificar sus decisiones referidas a los asuntos colectivos en razones que sean públicamente aceptables para individuos racionales y razonables.

¹⁰ Defiendo una concepción no-correlativista de la legitimidad política. Una que concibe que el derecho a mandar no se corresponde con el deber general de obedecer por parte de la ciudadanía. Creo que este era el entendimiento que HOBBS tenía de la legitimidad. HOBBS entendía el derecho a mandar como una *libertad*.

No obstante la concepción de la legitimidad presentada en el texto difiere de la suya en que la legitimidad entendida a partir de la noción de «comunidad de autores» involucra la *potestad* de que las decisiones coercitivas adoptadas en el seno de un esquema institucional que trata a sus ciudadanos como *autores* les sean imputables a estos como *propias*. WALDRON ha llamado la atención sobre este componente de la legitimidad y del *derecho a mandar*. Haciendo referencia al mismo señala: «...Se trata de una demanda a favor de cierto tipo de reconocimiento y, como dije, de respeto, ya que *esto*, por el momento, es todo lo que la comunidad ha llegado a acordar...» (WALDRON, 2005: 121).

2.2. La premisa fáctica: la experiencia vital divergente como causa de desacuerdos. La experiencia religiosa

¿Qué puede decirse de nuestra segunda pregunta? ¿Por qué razón el desacuerdo razonable es inevitable? O dicho de otro modo ¿Por qué el hecho de ser racionales y razonables no garantiza que acordemos plenamente sobre el fundamento de las decisiones políticas?

De lo que se trata es de encontrar causas, diferentes a la irracionalidad o malicia de los ciudadanos, que expliquen algunos de sus desacuerdos. Una de estas causas es que las evaluaciones que realizamos, tanto de consideraciones empíricas como normativas, se encuentran modeladas a partir de las diferentes experiencias que hemos enfrentado a lo largo de nuestra vida. El desacuerdo razonable es posible porque nuestros juicios sobre qué razones justifican una determinada decisión política son el producto de evaluaciones realizadas a partir de nuestra experiencia vital, la cual es diferente de un ciudadano a otro.

Dentro de las experiencias vitales que configuran el modo en que evaluamos y sopesamos las evidencias empíricas y las consideraciones normativas, ocupan un lugar relevante las experiencias religiosas. El hecho de que los ciudadanos posean cosmovisiones religiosas diferentes, entre otras cosas, hace que no obstante ser racionales y razonables, discrepen a la hora de juzgar si una decisión política se encuentra o no justificada en razones.

Consideraciones que pueden ser juzgadas como razones por algunos individuos, a partir de su propia cosmovisión religiosa, pueden no ser juzgadas del mismo modo con individuos que poseen cosmovisiones diferentes. Mientras más cercana es la consideración al núcleo dogmático de la cosmovisión religiosa, menos posibilidades existirán para quienes no aceptan dicho dogma de juzgarla como una razón. El núcleo dogmático de una cosmovisión religiosa son las convicciones más firmes que el creyente posee, a las cuales las demás se acomodan en la eventualidad de un posible conflicto. Un católico, por ejemplo, ubicará en este lugar su convicción de que Jesús es el Hijo de Dios y que murió y resucitó al tercer día. Ésta es una de sus creencias más incontestables, a la que las restantes deben ajustarse. Aquí también se ubican sus creencias en la inmortalidad del alma y la resurrección de los muertos, en la creación del mundo, en la virginidad de María y el perdón de los pecados.

El núcleo dogmático no es aceptado por el creyente en base a razones. Dicho en otros términos, la razón no conduce a la Fe. ¿Qué razones podrían brindarse para que estuviese racionalmente justificado aceptar que Dios se ha hecho hombre? ¿Qué pruebas podrían brindarse? El problema reside en que para que una prueba funcione la verdad de la conclusión no debe ser tan improbable como para que ponga en cuestión el carácter verdadero de las premisas. Si la conclusión es altamente improbable, o altamente contraituitiva, cualquier argumento utilizado para justificarla termina convirtiéndose en una *reductio ad-absurdum* de las premisas que intentaban justificarla. Así, por ejemplo, si pretendo justificar la divinidad de Jesús en su capacidad para hacer milagros —supongamos que construyo un argumento señalando que sólo Dios puede tener tal facultad— dado lo improbable que es la conclusión de que Jesús sea Dios y hombre a la vez, creador y criatura, esto es una razón para cuestionar la verdad de la premisa que la implica, esto es, su capacidad para realizar milagros.

Para el creyente este núcleo dogmático se encuentra compuesto por consideraciones que actúan como razones de primera importancia, pero las mismas no se encuentran a su vez fundadas en razones. Así, por ejemplo, el hecho de que Jesús sea Dios es para el creyente una razón para adorarlo todos los domingos en la eucaristía, pero no existe ninguna razón que justifique considerarlo Dios. Ésta es una cuestión de Fe no de razón. Es decir, una persona que no comparta con el católico su núcleo dogmático no verá ninguna razón para adorar a Cristo en la eucaristía. Individuos que han tenido distintas experiencias religiosas y aceptan diferentes núcleos dogmáticos, discreparán a la hora de juzgar si una acción se encuentra o no justificada en razones.

La conclusión anterior también se aplica cuando la acción que se trata de justificar es una acción estatal. Mientras más cercana sea al núcleo dogmático la consideración que se ofrece como justificación de una decisión política menos probable será que alguien que no acepta dicho núcleo pueda verla como una razón. Así, por ejemplo, si para justificar una norma que penalice el no adorar a Cristo en la eucaristía esgrimo mi convicción de que Jesús es el Hijo de Dios, tal consideración no podrá ser vista como una razón por aquellos que no aceptan mi mismo núcleo dogmático.

Si reunimos esta conclusión con la obtenida en el punto anterior tenemos lo siguiente. La existencia de un esquema coercitivo estatal genera la exigencia, en cada individuo que forma parte del mismo, de justificar las posiciones que adopten en relación con las decisiones estatales en base a consideraciones que sean aceptables por todos sus ciudadanos. Esto, unido al hecho de que los ciudadanos elaboren sus juicios a partir de experiencias vitales divergentes, funda la exigencia liberal de no ofrecer ciertas verdades como única justificación de las decisiones estatales. Si una verdad no puede ser apreciada por otros ciudadanos racionales y razonables, dada su experiencia vital —una de cuyas partes centrales es la experiencia religiosa—, entonces no es apta para justificar decisiones estatales. A la hora de justificar decisiones estatales los ciudadanos tienen el deber moral de abstenerse de ofrecer consideraciones que, no obstante ser verdaderas, no pueden ser vistas como razones por otros dada su particular cosmovisión.

Modificando ligeramente el ejemplo antes brindado. Aun si es verdad que Jesús es el Hijo de Dios, y aun si esto justifica que deba ser adorado, no está justificado adoptar decisiones estatales que tiendan a lograr que todos lo adoren. Así, quien apoya una norma que establece la enseñanza en las escuelas del catecismo católico —donde consta el dogma de la divinidad de Jesús— con el objeto de que todos acepten y adoren al verdadero Dios, vulnera un deber moral. Vulnera el deber moral de abstinencia que surge a partir de la existencia de un esquema coercitivo. Esto porque la decisión estatal de invertir fondos públicos para costear la enseñanza del catecismo católico se encuentra fundada en consideraciones que, aunque sean verdaderas, no pueden ser vistas como razones por quién no comparte el núcleo dogmático del católico.

3. EL DEBER MORAL DE ABSTINENCIA Y LA ESCISIÓN DEL CREYENTE LIBERAL

El deber moral de abstinencia parece ubicar al creyente que acepta el liberalismo, en una posición paradójica. Para comprender la dificultad puede ser útil recordar un

caso real. A mediados de los años ochenta, Mario CUOMO, por entonces alcalde de Nueva York se opuso a la prohibición del aborto. Lo sorprendente del caso fue que adoptó esta decisión política aun siendo un devoto católico y con la convicción de que el aborto era una práctica moralmente condenable. CUOMO sostenía que no era correcto que las decisiones que adoptaba en su rol de gobernador estuviesen fundadas en sus convicciones religiosas. Proceder de otro modo, afirmaba, sería justificar las decisiones colectivas en fundamentos que muchos de sus conciudadanos razonablemente podrían rechazar¹¹.

El ejemplo es útil porque muestra en donde reside el carácter aparentemente paradójico de la situación. Como católico CUOMO creía que el feto era una persona humana, que él tenía la obligación de adoptar medidas para preservar su vida y, que el aborto era una práctica condenable. Como alcalde, sin embargo, se negaba a adoptar una medida tendente a preservar la vida del feto, con lo que parecía incumplir la obligación que en tanto católico reconocía.

La situación era peor aún porque el hecho de que CUOMO, como alcalde, se opusiese a la prohibición de abortar, parecía presuponer que, como alcalde, no creía que el feto fuese una persona humana. Pero esta era exactamente la creencia que, en tanto católico, afirmaba. Las características paradójicas de la situación, entonces, eran dos. En primer lugar, como alcalde liberal tenía obligaciones que le impedían cumplir con las obligaciones que, como creyente, reconocía. En segundo lugar, como creyente afirmaba ciertas verdades de las que renegaba en tanto alcalde.

La decisión adoptada por CUOMO presuponía la aceptación de las dos premisas, la normativa y la empírica, a las que me he referido previamente. CUOMO tenía tanto una forma de entender la política como una manera de entender su religión. Como liberal sostenía que las decisiones estatales debían estar justificadas en razones públicamente aceptables. Como católico pensaba que no todas sus convicciones podían ser demostradas por la razón y, por tanto, no todas eran públicamente aceptables. Sin embargo, la aceptación conjunta del Catolicismo y del Liberalismo, parecía conducirlo a una posición esquizofrénica. En el ámbito privado, actuaba como católico, creía que el feto era una persona y que debía hacer todo lo posible por preservar su vida. En el ámbito público, actuaba como liberal, se oponía a prohibir el aborto, no hacía todo lo posible por preservar la vida del feto, de lo que parecía seguirse que no lo consideraba una persona humana. CUOMO parecía tener una doble personalidad escindida entre el ámbito privado y el público.

Muchos creyentes se perciben a sí mismos escindidos de este modo, lo que entraña un riesgo para los sistemas liberales. El riesgo reside en que los creyentes, para evitar verse fracturados, intenten ingresar todas sus convicciones a la hora de justificar decisiones estatales. En el caso tomado como ejemplo, el riesgo residiría en que utilicen su convicción de que el feto es persona humana para justificar la decisión política de prohibir el aborto.

Puesto que se trata de un creyente liberal, el modo de hacer tal cosa no consistirá en dejar de lado la exigencia moral engendrada por la existencia de un esquema coer-

¹¹ Mario CUOMO explicó su posición en relación con el aborto en su Conferencia Notre Dame de 1984 (CUOMO, 1993: 23-51).

citivo. Es decir, el creyente seguirá suscribiendo la premisa normativa que afirma que la coacción debe justificarse en consideraciones que sean aceptables por todos los ciudadanos, en tanto racionales y razonables.

Pienso, por el contrario, que la peligrosa alternativa que se ofrece al creyente liberal es la de intentar fundar las convicciones que tiene, en tanto creyente, con argumentos racionales. Racionalizadas de este modo, las convicciones podrían ser ofrecidas como justificación de decisiones políticas, puesto que a sus ojos serían aceptables por todos los ciudadanos si es que son racionales. Al inclinarse por esta alternativa, el creyente niega la posibilidad de que ciudadanos razonables y racionales puedan discrepar sobre sus convicciones. Es decir, esta alternativa pone en cuestión la premisa empírica del argumento que conduce al deber moral de abstinencia.

La estrategia permite soldar la fractura que el creyente liberal percibe en su persona. Si pueden obtenerse argumentos racionales, que muestren la verdad de sus convicciones religiosas, por ejemplo, que el feto es una persona humana, entonces tal convicción puede ser ofrecida para justificar decisiones estatales. Si estos argumentos racionales existen en relación con el status del feto, entonces situaciones de escisión como aquella en que se encontraba CUOMO pueden ser evitadas. En tanto alcalde, podría haber apoyado la prohibición de abortar fundándose en la convicción que cómo católico tenía respecto de que el feto era una persona humana. De este modo, en primer lugar, habría hecho algo que se encontraba a su alcance para protegerlo. En segundo lugar, como Alcalde y como católico habría podido afirmar que el feto era una persona. Lo que afirmaba como católico también podría haberlo afirmado como alcalde.

4. LA RACIONALIZACIÓN DE LAS CONVICCIONES RELIGIOSAS COMO UNA AMENAZA PARA LOS SISTEMAS LIBERALES

Pienso que la estrategia racionalizadora es incorrecta. No aprecia el modo en que las convicciones religiosas inciden sobre las facultades de juicio de los individuos. Este modo de resolver la supuesta escisión entre la personalidad pública del creyente liberal y su personalidad privada presupone otra escisión. Lo que ahora queda escindido es el individuo en tanto sujeto de creencias y el individuo en tanto sujeto capaz de razonar. La idea que subyace al intento de racionalizar las creencias religiosas es que nuestras facultades de juicio no se ven influidas por las creencias que profesamos. La razón es ejercitada en el vacío sin que la particular cosmovisión que poseen los ciudadanos configure el modo en que, tanto las consideraciones empíricas como las normativas son sopesadas. Esta visión escindida del ser humano permite concluir que todas las consideraciones que son juzgadas por un creyente como razones, pueden ser juzgadas también como razones por cualquier otra persona.

El modo en que funcionan nuestras facultades de juicio, sin embargo, parece ser distinto. No somos seres escindidos en un yo creyente y uno racional, sino que juzgamos, sopesamos evidencia, evaluamos, en el marco de nuestras creencias religiosas. Por esta razón, es equivocada la estrategia tendente a encontrar razones públicamente aceptables, que funden las convicciones que el creyente posee. Si el ejercicio de las facultades de juicio se encuentra enmarcado en las convicciones religiosas, otro ciudadano con

las mismas facultades pero con distintas convicciones podría no juzgar del mismo modo. Mientras más cercano a su núcleo dogmático sea el tópico a evaluar, menos públicamente aceptable será el juicio evaluativo realizado por el creyente. Volviendo al ejemplo del aborto, si la afirmación de que el feto es una persona es percibida por éste como formando parte de este núcleo de verdades incuestionables, entonces el modo en que sopesa la evidencia empírica —por ejemplo, los datos obtenidos de la medicina sobre el desarrollo del feto— y el modo en que evalúa consideraciones normativas, puede no ser aceptable por aquellos que no comparten dicho núcleo dogmático.

Lo señalado hasta aquí sirve para mostrar que el intento del creyente de racionalizar sus convicciones religiosas, para de este modo justificar decisiones políticas, es incorrecto. No obstante, esto todavía no muestra que este problema sea una amenaza para nuestros sistemas liberales. Para esto es necesario además que se trate de un error que amenaza con extenderse.

Dos condiciones adicionales, en mi opinión, hacen probable que esto suceda. La primera, es que entre los ciudadanos exista una mayoría religiosa. La segunda, es que la religión mayoritaria posea una tradición de reflexión racional.

Que la religión haya albergado una tradición de reflexión racional puede hacer que los creyentes perciban su intento racionalizador como factible. El creyente percibe que lo que se propone hacer ya ha sido hecho por otros antes, lo que facilita su tarea. Que dicha religión sea mayoritaria, hace poco probable que los creyentes tengan contacto con quienes no lo son. Esto, les impide advertir que las razones ofrecidas por la reflexión racional llevada adelante en el seno de su tradición religiosa, pueden no ser vistas como razones por aquellos que no pertenecen a ella.

Estas dos condiciones unidas a la percepción paradójica que el creyente tiene de su situación en el seno del Liberalismo, generan un ambiente poco favorable al mantenimiento de un sistema liberal. Si el creyente percibe que el no recurrir a sus convicciones religiosas verdaderas a la hora de justificar decisiones políticas es una posición esquizofrénica, que escinde su persona, tendrá un fuerte *incentivo* para racionalizar sus convicciones y de este modo soldar la escisión. Si la religión que profesa posee una tradición de reflexión racional, entonces la tarea de racionalizar sus convicciones será vista por él como *natural* y relativamente *fácil*. Si la religión es además mayoritaria, será *poco probable* que advierta que las razones que ha obtenido de la reflexión racional llevada adelante en el seno de su religión no son aceptables por quienes no la profesan. El primero de estos ingredientes, genera el incentivo para racionalizar las convicciones religiosas. El segundo, hace que esto sea relativamente sencillo. El tercero, hace que el error que esto implica no sea fácilmente apreciado.

Pienso que la situación en la que se encuentran nuestros países peligrosamente satisface las tres condiciones antes mencionadas, lo que pone en riesgo la empresa de construir y mantener en ellos sistemas políticos liberales. Por lo que respecta a la tercera condición, la misma se encuentra satisfecha toda vez que el Catolicismo es en ellos una creencia religiosa mayoritaria. La segunda condición, de igual modo está presente ya que el Catolicismo alberga en su seno una de las más elaboradas tradiciones de reflexión racional. De hecho el problema de cómo vincular razón y fe fue planteado en su seno, por la Patrística y la Escolástica medieval. Finalmente, la primera condición también se encuentra satisfecha. Un número creciente de fieles se sienten compelidos a jus-

tificar sus opciones políticas en base a sus convicciones religiosas¹². Es decir, en nuestros países los católicos liberales se encuentran en una situación que, por un lado, genera los incentivos y las facilidades para transgredir su deber moral de abstinencia y, por el otro, evita que adviertan su error.

5. EL FIN DE LA AMENAZA: REPARAR LA FRACTURA EN LA PERSONALIDAD DEL CATÓLICO LIBERAL. UNA RECONFIGURACIÓN DEL LIBERALISMO Y DEL CATOLICISMO

Para enfrentar esta amenaza propongo llevar adelante una reflexión interna tanto en el seno del Liberalismo como en el seno del Catolicismo. Una reflexión de este tipo eliminaría dos de las tres condiciones antes mencionadas. En primer lugar, ayudaría a percibir que el espíritu de la reflexión racional llevada adelante en el seno del Catolicismo es completamente opuesto al del creyente que busca racionalizar su fe. En segundo lugar, eliminaría la percepción paradójica que algunos católicos liberales tienen de su situación. Es decir, la reflexión interna permitiría eliminar los incentivos que tiene un católico para racionalizar sus convicciones e introducirlas en el ámbito público. Adicionalmente, le mostraría que el intento de racionalizar sus convicciones no tiene sustento en su tradición religiosa.

Dado que soy Católico y Liberal, en lo que sigue diré unas pocas palabras desde los dos puntos de vista. En relación con la primera tarea, en el seno del Catolicismo puede afirmarse que lo que motivó la reflexión racional sobre las convicciones religiosas no fue el intento de racionalizarlas¹³. Una de las maneras en que el Catolicismo ha entendido la relación razón-fe ha consistido en ver a la fe como el presupuesto del que parte la razón. Esta posición adjudica a la actividad racional que parte de los presupuestos de fe dos funciones. La primera consiste en buscar, a partir de los contenidos que se aceptan como cuestión de fe, otros contenidos. Este era el sentido del lema agustiniano «creo para entender»¹⁴. Aquel que cree ejercita su razón en una posición de privilegio que le permite alcanzar contenidos que de otro modo no habrían estado fácilmente disponibles. La razón, en consecuencia, no busca demostrar las convicciones religiosas. La razón, por el contrario, es ejercitada en el marco de las creencias religiosas y es potenciada por éstas¹⁵. La segunda función que se le adjudica a la razón es la

¹² Esta situación ha sido promovida por la jerarquía de la Iglesia Católica. La Iglesia ha comenzado a exigir que los católicos justifiquen en base a sus convicciones religiosas la adopción de decisiones estatales. Un ejemplo de esto es la declaración de excomunión a todos aquellos que promuevan o no se opongan a la despenalización del aborto.

¹³ Éste era el modo en que entendía la relación entre razón y fe Filón el Judío (25 a.C. 50 d.C.) En su opinión, la razón demostraba aquello que se creía por fe. El problema de tal posición es que terminaba eliminando la fe. Este modo de entender la relación entre fe y razón fue también el defendido por HEGEL, quien consideraba a la religión como un estadio previo al alcanzado por la razón.

¹⁴ SAN AGUSTÍN realiza esta afirmación en *Sermón 18, 1*. En *De Magistro, XI, párrafo 37* funda su afirmación en el texto de Isaías 7.9 al que interpreta diciendo: «si no creyereis no entenderéis» (*Nisi credideritis, non intelligetis*).

¹⁵ Tal potenciación de la razón se da en AGUSTÍN a partir del dogma católico de la creación del mundo *ex nihilo*. Partiendo de este dogma la razón puede descubrir la distinción entre seres contingentes y necesarios. Aunque la verdad de esta distinción es accesible a la razón, el acceso a la misma es facilitado si se parte de la fe. La fe potencia la razón.

de entender aquello que se cree por fe. La tarea de la razón aquí es la de entender los contenidos de fe. Aquí la tarea de la razón es la de reflexionar sobre la fe con el objeto de entender, y no de probar, sus afirmaciones. Este era el modo en que San Anselmo entendía la función de la razón y el sentido de su lema «*fides quarens intellectum*».

Es decir, el modo de entender la reflexión racional en el seno del Catolicismo es completamente opuesto al intento de racionalizar las convicciones religiosas. Siendo esto así, no puede encontrarse en esta tradición sustento alguno para el intento del católico liberal que busca razones públicamente aceptables que justifiquen sus convicciones de fe. Si la fe potencia la razón, si sólo el que cree puede entender, entonces las razones que el católico ve como sustento de sus propias convicciones pueden no ser aceptables para el que no cree. Mientras más cercana a su núcleo dogmático sea una verdad, menos posibilidades existirán que alguien que no tiene su razón potenciada por su fe pueda percibirla.

Junto a la ya explicada, una manera alternativa de entender la relación razón-fe en el seno del Catolicismo sostiene que la función de la razón es probar aquellas verdades que son «preámbulo de la fe». Así, por ejemplo, señala Santo Tomás en relación con el dogma de la existencia de Dios «...todas las cosas, que podemos conocer acerca de él con las luces de la razón, como lo dice el Apóstol *Rom. 1*, no son artículos de fe, sino preámbulos para ellos, porque la fe presupone las luces naturales, como la gracia presupone la naturaleza y la perfección lo presupone...» (S. Th. I, q. 2 a. 2 ad 1)¹⁶. Uno podría pensar que el intento del creyente que busca racionalizar sus convicciones puede encontrar sustento en esta línea de pensamiento presente en la tradición católica. Si la función de la razón es la de ofrecer pruebas de ciertas porciones de los contenidos que se aceptan por fe, entonces las consideraciones así probadas son aceptables por todos los ciudadanos en tanto racionales y, por ende, son aptas para justificar decisiones estatales.

Pienso que esta conclusión es equivocada porque pierde de vista el particular tipo de racionalidad que tenían en mente los escolásticos medievales. El tipo de racionalidad que la escolástica tenía en mente al plantear el problema de la relación que la razón tenía con la fe era la racionalidad filosófica. En el párrafo antes citado, cuando SANTO TOMÁS habla de «las luces de la razón» está haciendo referencia a las luces provenientes de la reflexión filosófica. El problema de cómo se relaciona la razón y la fe en la tradición católica ha sido el de qué lugar ocupa la reflexión filosófica, las luces de la razón a las que se refiere son aquellas provenientes de la reflexión filosófica. Lo que preocupaba a la escolástica era compatibilizar la reflexión filosófica helénica con las verdades religiosas. Así, cuando SANTO TOMÁS sostiene que en relación con Dios existen verdades que pueden ser accesibles a la razón natural está pensando en las verdades sobre Dios —como el hecho de su existencia— a las que, entre otros, accedieron ARISTÓTELES y PLATÓN. Prueba de esto es que una de las vías tomistas utiliza el argumento aristotélico del «motor inmóvil»¹⁷ y otra el argumento platónico de los «grados de perfección»¹⁸.

¹⁶ «...quod Deum esse, et alia huiusmodi quae per rationem naturalem nota possunt esse de Deo, ut dicitur Rom. I non sunt articuli fidei, sed praecambula ad articulos, sic enim fides praesupponit cognitionem naturalem, sicut gratia naturam, et ut perfectio perfectibile...».

¹⁷ Se trata de la primera vía. S. Th. I, q. 2 a. 3 co.

¹⁸ Se trata de la cuarta vía. S. Th. I, q. 2 a. 3 co.

Como los ciudadanos discrepan en su cosmovisión filosófica —del mismo modo que lo hacen en sus cosmovisiones religiosas— de esto se sigue que aun una consideración que en la tradición católica fuese considerada como accesible a la razón natural, podría no ser aceptable por todos los ciudadanos en tanto poseen una pluralidad de visiones filosóficas y, por tanto, no sería apta para justificar la toma de decisiones estatales.

Para sintetizar entonces lo señalado respecto de la tradición católica de reflexión racional. Sea que se entienda con SAN AGUSTÍN que la función de la razón es partir de los presupuestos de fe en busca de nuevos contenidos, sea que con SAN ANSELMO se piense que la función de la razón es la de reflexionar sobre los contenidos de fe, o sea que con SANTO TOMÁS se sostenga que existen verdades accesibles a la luz natural de la razón, nada de esto da sustento al intento del creyente de racionalizar sus convicciones religiosas de modo de hacerlas valer a la hora de justificar decisiones estatales.

Por lo que respecta a la segunda tarea, aquella referida a eliminar la percepción paradójica que el católico liberal tiene de su posición, pueden ayudar dos tipos de consideraciones. Unas se refieren al Catolicismo, otras al Liberalismo. Comencemos por las referidas al Catolicismo. El Catolicismo, sin dudas, incluye un código moral que califica conductas. Sin embargo, este código no contiene una norma que prescriba a los católicos ejercitar la coacción estatal para garantizar que lo moralmente correcto sea realizado y lo moralmente incorrecto no. Por supuesto, el considerar que una conducta es moralmente correcta implica el deber de promover su realización pero de esto no se sigue que tal promoción pueda ser hecha por todos los medios, coacción incluida. Así, existen muchas conductas que verdaderamente un católico considera correctas —por ejemplo, honrar a Dios no blasfemando— y sin embargo no por eso concluye que tal cosa debe ser exigida coactivamente. Es decir, no existe en el Catolicismo ninguna pauta moral que mande coaccionar a los otros a comportarse del modo moralmente correcto. Para un católico, afirmar que algo es moralmente correcto o incorrecto no lo compromete con tener que afirmar que su realización debe ser exigida o prohibida coercitivamente por la acción del Estado. Afirmar que algo es moralmente correcto no lo obliga a tener que esgrimir esta consideración cuando se está discutiendo acerca de decisiones estatales tendentes a configurar la estructura institucional que de modo coactivo se aplica a todos sus conciudadanos.

Trasladado al caso del aborto, que un católico afirme la incorrección moral del aborto no lo compromete con afirmar la corrección moral del ejercicio de la coerción estatal para prohibirlo. No es el objeto propio del Catolicismo la valoración moral del ejercicio de la coerción. Abortar y coaccionar son dos conductas distintas por lo que de afirmar la incorrección de una no se sigue nada respecto de la otra.

El ejercicio de la coerción, en cambio, sí es el objeto propio del Liberalismo. La situación es exactamente la inversa a la del Catolicismo. No es su preocupación establecer si conductas tales como el abortar o el blasfemar, son moralmente correctas o incorrectas¹⁹. Su preocupación consiste en determinar cuándo es moralmente correcto el diseño

¹⁹ Que el objeto propio del Derecho, del cual se ocupa el Liberalismo, es sólo la justificación de la coacción no está claro para la Iglesia Católica. Tal vez esto explica su férrea oposición a la despenalización del aborto. Señala en la declaración sobre el aborto de 1974 de la Congregación para la Doctrina de la Fe: «La ley humana puede renunciar al castigo, pero no puede declarar honesto lo que sea contrario al Derecho natural, pues una tal oposición basta para que una ley no sea ya ley» (*Declaración sobre el aborto*, 21).

de un esquema institucional que se aplica coercitivamente, esto es con independencia de si lo desean o no, a los ciudadanos. Como hemos visto el Liberalismo señala que la coacción está justificada cuando se ejercita en base a razones que todos pueden aceptar.

Estas consideraciones hechas desde el seno del Catolicismo y el Liberalismo permiten eliminar la percepción paradójica que algunos creyentes tienen de su situación. En primer lugar, que el católico liberal no utilice sus convicciones verdaderas para justificar la coerción estatal no implica que reniegue de su verdad. Sólo implica que considera que otros ciudadanos pueden poseer un sistema de creencias que no les permite ver esta verdad. El católico liberal no está partido en dos. En el ámbito público y en el privado sus convicciones son las mismas. Si no debe esgrimir algunas consideraciones a la hora de justificar decisiones estatales no es porque deba juzgarlas aquí falsas sino porque es posible que otros no aprecien su verdad y en este sentido no es correcto justificar las decisiones estatales coercitivas en base a ellas.

Así, en relación con el feto sus convicciones son que es una persona humana y que abortar es moralmente incorrecto. Si el católico liberal se opone a la prohibición del aborto, no es porque en el ámbito público considere que no es verdad que el feto es persona o que es moralmente incorrecto abortar²⁰. Se opone, porque considera que no todos sus conciudadanos pueden apreciar esta verdad. Se opone porque considera moralmente correcto ejercitar la coerción en base a consideraciones públicamente aceptables²¹. Puede sostener, sin contradicción, que es moralmente incorrecto abortar, porque el feto es una persona humana y que es moralmente incorrecto prohibir abortar, porque las razones que justifican tal medida no son aceptables públicamente.

Esto permite apreciar por qué un católico liberal que se niega a justificar la toma de decisiones estatales coercitivas en base a sus convicciones religiosas no por esto incumple ninguna obligación que tenga como católico. Volvamos para ejemplificarlo al caso del aborto. Sin duda una de sus obligaciones como católico es la de evitar que los otros aborten. Para hacerlo, debe utilizar todos los medios disponibles. No obstante, no se trata aquí de utilizar cualquier medio, sino sólo los moralmente correctos.

Si el principio liberal sobre el modo moralmente correcto de justificar el ejercicio de la coerción es adecuado, el católico liberal que se niega a justificar la coacción en base a sus convicciones verdaderas que no son públicamente aceptables, no incumple

²⁰ Por el contrario, esta parece ser la conclusión que se extrae. Se señala en la Declaración sobre el Aborto de 1974, refiriéndose a la renuncia del legislador a prohibir y castigar el aborto: «...esta renuncia hasta parece incluir, por lo menos, que el legislador no considera ya el aborto como un crimen contra la vida humana, toda vez que en su legislación el homicidio sigue siendo siempre gravemente castigado...» (*Declaración sobre el aborto*, 20).

²¹ Lo que justifica oponerse a la prohibición coactiva de abortar no es el pluralismo ético ni la protección de la libertad de expresión. Como he señalado lo que justifica oponerse, si es que algo lo hace, es la norma moral que señala cuando es correcto coaccionar. Esto parece no ser advertido en la Declaración. Allí se señala: «...En muchos países los poderes públicos que se resisten a una liberalización de las leyes sobre el aborto son objeto de fuertes presiones para inducirlos a ello. Esto, se dice, no violaría la conciencia de nadie, mientras impediría a todos imponer la propia a los demás. El pluralismo ético es reivindicado como la consecuencia normal del pluralismo ideológico. Pero es muy diverso el uno del otro, ya que la acción toca los intereses ajenos más rápidamente que la simple opinión; aparte de que no se puede invocar jamás la libertad de opinión para atentar contra los derechos de los demás, muy especialmente contra el derecho a la vida...» (*Declaración sobre el Aborto*, 2) (ver http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_sp.html).

su deber como católico. Tiene el deber moral de evitar que otros aborten, pero utilizar la coacción estatal para hacerlo es moralmente incorrecto. Un católico, entonces, tiene el deber de oponerse al aborto y promover su no realización por medios que no impliquen la utilización del aparato estatal, esto es, que no impliquen coerción²².

Si el Liberalismo es interpretado como una respuesta al problema de la coacción estatal, que no toma partido sobre la calificación moral de las conductas; si se admite que la coacción no es el problema central del Catolicismo, entonces la situación del católico liberal deja de percibirse como paradójica, no hay motivos para que se vea a sí mismo escindido.

Pienso que si el católico liberal percibe que tal escisión no existe y si percibe que el espíritu que ha movido a la reflexión racional en el seno del Catolicismo no ha sido el de racionalizar las convicciones religiosas, la amenaza que existe sobre nuestros sistemas liberales habrá desaparecido.

6. CONCLUSIÓN

Adoptar decisiones que configuran un esquema institucional que determina las perspectivas de vida de nuestros conciudadanos con independencia de si estos lo desean impone una fuerte exigencia moral. Tales decisiones deben ser justificadas en base a consideraciones que en conjunto podamos ver como razones.

El cumplimiento de este deber moral exige por parte de los católicos revisar los argumentos que pretendemos ofrecer para que se adopten determinadas decisiones estatales con sumo cuidado. Si el argumento descansa en alguna de las convicciones que son centrales al núcleo dogmático de nuestra fe —tales como la inmortalidad del alma, la divinidad de Jesús, la virginidad de María, etc.— entonces tenemos el deber moral de índole personal de no esgrimirlo. Lo mismo sucede si el argumento descansa en consideraciones filosóficas tales como una particular concepción de la naturaleza humana, o del sentido de la existencia, o de la constitución del mundo, etc. Consideraciones metafísica y religiosas, por igual, deben ser excluidas de las justificaciones ofrecidas para las decisiones estatales.

²² La posición defendida en el texto es compatible con lo señalado por RAWLS en relación con la posición testimonial que puede adoptar un creyente respecto de una decisión política que considera equivocada (RAWLS, 1997: 594-595, n. 57). El «testimonio» del que habla RAWLS no constituye ni un caso de desobediencia civil ni un caso de objeción de conciencia. Lo primero, porque mientras la desobediencia civil se da en una sociedad que aunque justa no lo es perfectamente, el «testimonio» sólo tiene lugar en sociedades perfectamente justas. Además, porque el objeto de la desobediencia civil es apelar al sentido de justicia que poseen los conciudadanos ofreciendo para la desobediencia razones públicamente aceptables. Tampoco es un caso de objeción de conciencia porque el objeto del mismo no es exceptuarse del deber individual de obediencia. Lo único que se pretende realizar, por el contrario, es una acción política tendente a dejar constancia de que aunque la decisión adoptada es legítima —se trata de un sistema perfectamente legítimo— es equivocada. Es decir, el creyente da testimonio de que la decisión es errada, pero no busca alterarla con su acción —como en la desobediencia civil— ni desobedecerla —como en la objeción de conciencia—. La razón de esto radica en que la decisión es considerada legítima.

El «testimonio», en consecuencia, no es un caso de razonamiento público que tenga por objeto alterar el diseño institucional coercitivo —como sí lo es la desobediencia civil— no representa ninguna excepción al «deber de abstinencia» que el Católico posee. Éste se refiere a las razones que pueden ser ofrecidas como justificación de decisiones coercitivas, no a las meras declaraciones.

Tal actitud no implica duda sobre las propias convicciones, ni ubicarlas en un pie de igualdad con las ajenas. Sólo implica respeto por aquellos sobre los cuales nuestras decisiones tendrán profundos efectos. Implica reconocerlos y tratarlos como sujetos de razones.

Finalmente, tal actitud tampoco implica renunciar a la vocación evangelizadora que todo católico posee. Sólo implica renunciar a la tentación de utilizar la coacción para hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

- BEITZ, C., 1990: *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press.
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, 1974: *Declaración sobre el Aborto*, http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_sp.html.
- CUOMO, M., 1993: *More Than Words: The Speeches of Mario Cuomo*, New York: St. Martins.
- HOOBES, 1651: *Leviathan*, New York: Touchstone, 1997.
- RAWLS, J., 1993: *Political Liberalism (expanded edition)*, New York: Columbia University Press, 2005.
- 1997: «The Idea of Public Reason Revisited», *University of Chicago Law Review*, 64: 765-807. Citado por la versión presente en *Collected Papers*, FREEMAN, S. (ed.), 1999: Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, pp. 573-615.
- 1999: *The Law of Peoples*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- SAN AGUSTÍN, 389: *De Magistro*, Madrid: BAC, 1976.
- *Sermones*, Pío DE LUIS (ed.), Madrid: BAC, 2005.
- SANTO TOMÁS, 1485: *Suma Teológica*, edición bilingüe, Madrid: B.A.C., 1947-1960.
- SCANLON, T., 1998: *What We Owe to Each Other*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- SELEME, H. O., 2004: *Neutralidad y Justicia. En torno al Liberalismo Político de John Rawls*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- WALDRON, J., 2005: *Derecho y Desacuerdos* MARTÍ, J. L., y QUIROGA, A. (trads.), Barcelona: Marcial Pons.
- WILLIAMS, B., 1981: «Internal and External Reasons», en *Moral Luck*, Cambridge: Cambridge: University Press.

CONTRA LA «SANTA (CHARLA-)FAMILIA»

Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del wishful thinking académico

Enrique P. Haba

Universidad de Costa Rica

RESUMEN. Las «verdades» de que se trata en aproximaciones como las promovidas por Rawls, Habermas y los autores «constructivistas» en general, consisten básicamente en unos razonamientos tautológicos; si se pretende tomarlas por verdades empíricas, son falsas o al menos constituyen una tremenda exageración. Esos razonamientos se edifican a partir de ciertas definiciones estipulativas del término «racionalidad», que ahí son persuasivamente introducidas como axiomas sin más para la Razón práctica. Todo ello suministra una ideología, ajustada al paladar de ciertos sectores del mundo académico, mediante la cual se deja fuera de foco cómo funcionan *efectivamente* el pensamiento y la conducta de la gente en general. Asimismo ella disimula, en especial, la mentalidad dominante en las conductas políticas reales y los resortes propios del razonamiento jurídico profesional en la práctica. El presente estudio pone sobre el tapete las falacias básicas más generales de tales aproximaciones, a través de los siguientes ítems: I. Generalidades. II. Rasgos fundamentales de la orientación esencialista (sus principales tesis carecen de sustentación empírica). III. Racionalidad discursiva «universal» (¿tautologías o narcisismo profesoral?). IV. Eventuales «correspondencias» de orden lógico (¿qué «lógica»? : «explicación», «justificación», «fundamentaciones»). V. Eventuales «correspondencias» de orden empírico (¿qué efectividad «práctica»?). VI. Síntesis y conclusión.

Palabras clave: Rawls, Habermas, constructivismo.

ABSTRACT. The peculiar kind of «truths» focused on by Rawls, Habermas and some other authors —a new Holy Family in Social Philosophy— arise from various theoretical *constructions* of (and for) Scholar-Dreammakers. This study aims to clear up which are the basic fallacies in such approaches. Their «truths» consist essentially of some tautological reasoning: a mere *logical* entailment, analytic arguments; if taken as *empirical* statements, their assertions are false or, at least, an enormous exaggeration. That reasoning is built on certain stipulative definitions of «rationality» and straightway they are persuasively introduced as absolute axioms for the field of Practical Reason. This provides an ideology that fits the taste of certain sectors of the academic world, which overlooks how people's normal thoughts and their ways of acting do in fact work. Such an ideology disguises, particularly, not only the mentality prevailing in actual political behavior, but also the very *practice* of legal reasoning.—Issues: I. General Aspects. II. Fundamental Features of Essentialism (their main theses lack empirical backing). III. «Universal» Discursive Rationality (tautologies or professorial narcissism?). IV. Eventual «correspondences» on the Logical Level (*what* «Logic»? : «explanation», «justification», «foundations»). V. Eventual «correspondences» on the Empirical Level (which «practical» effectiveness?). VI. Summary/Conclusion.

Keywords: Rawls, Habermas, constructivism.

Lo único que tiene que hacer respecto de ellos un espíritu pensante es entregarse a ellos por completo y bucear en lo más hondo de su esencia para sacar a relucir y dar a conocer toda la riqueza de contenido que un concepto encierra. Lo que produzca por esa vía es verdad y tiene, como toda verdad, derecho a la validez absoluta.

—En vuestro cielo, podrá ser. Pero en la tierra...

—¡Déjame en paz con tu tierra!

JHERING¹

Hace algunos años, la prestigiosa revista alemana *Rechtstheorie* consagró un número especial al tema: «Sistema de los derechos, Estado democrático de Derecho y teoría del discurso jurídico, según Jürgen HABERMAS». Ese volumen lo encabeza un extenso estudio mío que trata no solamente acerca de dicho autor, sino también sobre otros escritores renombrados (RAWLS, DWORKIN, ALEXY), quienes junto con aquel componen la plantilla nuclear de eso que ahí llamé la *heilige (Rede-)Familie* [Santa (charla-)Familia] de nuestros días². La idea básica de todos ellos es que las cuestiones prácticas serán resueltas por unos locutores «racionales», justamente porque estos ostentan la condición —muy común según dichos autores— de ser ni más ni menos que *tales*. Esta presuposición nutre al tipo general de aproximaciones —«constructivismo»— del cual el modelo propuesto por RAWLS constituye el ejemplo extremo entre los aquí examinados. A decir verdad, no es este mismo autor quien pone el acento en que semejantes soluciones se lograrían porque esos locutores se empeñarán en *comunicarse* entre sí pergeñando unas charlas específicas, los discursos en cuestión, de nítida sujeción a determinadas pautas «racionales» o «razonables». Pero aquella idea básica recibe en el modelo de rawlsiano su versión más paradigmática, al punto tal que los vicios claves de esta se hacen presentes también, bajo unas u otras formas, aun en las versiones orientadas a obtener como resultado principal la producción específicamente de unos *discursos* públicos.

Ofrezco aquí la traducción de la primera mitad de aquel trabajo³, parte donde analicé los aspectos más generales de dicha corriente. Por seguir en pie el auge académico de la tendencia ahí criticada, me parece que esos desarrollos, no publicados antes en

¹ JHERING: *Bromas y veras en la Jurisprudencia* (trad. T. A. BANZHAF) [or. al. 1860-1884], Buenos Aires: 323.

² *System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie nach Jürgen Habermas, Habermas-Sonderheft (Rechtstheorie, vol. 27-1996, Cuaderno 3)*, Berlín: Duncker & Humblot, publ. 1998. Allí pp. 277-327: HABA: «Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie-Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der "Heiligen (Rede-)Familie"». Desde otro ángulo, en idioma español tuve oportunidad de referirme a esa corriente en un estudio cuyos contenidos no reiteraré aquí (se complementan con los del presente artículo): «Variantes del pensamiento escapista en una moderna "Santa Familia": sobre RAWLS, HABERMAS, etcétera (acerca de la concepción "misionera" para las ciencias sociales)», *Sistema*, 137 (marzo 1997), pp. 109-125 [los desarrollos presentados en ese estudio han pasado a formar parte de mi libro: *Entre tecnócratas y «wishful thinkers»*. La concepción Misionera en las ciencias sociales, que publicará la editorial Comares, Granada].

³ *Op. cit.* [n. 2 *in limine*]: Intr. y §§ I-III. En cuanto a los §§ IV a VI de la publicación en alemán, puede verse respectivamente mis estudios aparecidos en: *Doxa*, 24 [*infra*: n. 7], *Sistema*, 137 [*supra*: n. 2 *in fine*] (esp. 116 y ss.) y *Doxa*, 21 [*infra*: n. 6].—Abrev. de nota: n (en todas las referencias donde se encuentra esta abreviatura).

español, mantienen plena vigencia (tanto más cuanto que, hasta donde tengo conocimiento, ninguno de los numerosos partidarios de aquélla ha aclarado los puntos de objeción específicos que voy a retomar). Ordenaré mi examen de la manera siguiente: I. Generalidades. II. Rasgos fundamentales de la orientación esencialista (sus principales tesis carecen de sustentación empírica). III. Racionalidad discursiva «universal» (¿tautologías o narcisismo profesoral?). IV. Eventuales «correspondencias» de orden lógico (¿qué «lógica»?): «explicación», «justificación», «fundamentaciones»). V. Eventuales «correspondencias» de orden empírico (¿qué efectividad «práctica»?). VI. Síntesis y conclusión⁴.

1. GENERALIDADES

Años atrás figuraban principalmente la tópica y la hermenéutica, también la teoría sistémica de LUHMANN, como palabras de orden para las elucidaciones publicadas en alemán sobre Teoría del Derecho y Filosofía Social. Esas orientaciones fueron objeto de críticas muy pertinentes, fundamentales, mas cabe reconocer que, así y todo, las visiones presentadas por aquellas tendencias contenían importantes elementos de acierto parcial sobre las realidades encaradas. A muchos les resultó chocante sobre todo el «irracionalismo» que veían en las dos primeras, se temía que con ello pudiera ponerse en peligro el edificio racional-sistemático a que está sometido (aparentemente) el pensamiento jurídico.

No voy a retomar esa discusión⁵, pero tal vez valga la pena acordarse de ella para no perder de vista que mucho es cuestión de modas en los debates de esas disciplinas. Hoy el torrente académico allí va antes bien en una dirección contraria, tanto más engañadora que aquellas otras tendencias. Si acaso topicistas y hermeneutistas puedan significar algún «peligro» para la «racionalidad» del Derecho, es porque sus puntualizaciones no dejan de contener un buen núcleo de verdad. Por cierto, semejante peligro no es de temer como eventual consecuencia de las aproximaciones a que me referiré aquí. Éstas se encuentran dirigidas, en apariencia, ni más ni menos que a promover la «racionalidad» de los discursos jurídicos y los discursos políticos, a la cual sueñan con ver armada de unos celestiales modelos de procedimiento propios (según dicen) de la Razón Práctica.

⁴ Esta versión sigue en general al texto publicado en alemán, pero divide en dos tanto el § II como el § III de dicho texto, añade el apartado final y agrega algunas referencias complementarias en las notas subpaginales.

⁵ Cfr. HABA: «Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?» (¿Racionalidad de las autoridades o autoridad de la racionalidad?), *Rechtstheorie*, vol. 8 (1977), pp. 145-163 [sobre tópica]; «Hermeneutik contra Rechtswissenschaft» (Hermenéutica contra ciencia jurídica), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LXIV (1978), pp. 163-187; «Racionalidad y método para el Derecho: ¿es eso posible?», *Doxa*, 8 (1990), pp. 241-270, Apéndice 4 (258-264) [sobre la «hermenéutica filosófica» de Gadamer].—Si bien hoy advierto que mi crítica se basaba en una creencia demasiado racionalista sobre las posibilidades del razonamiento jurídico, no quita que haya acertado a dar, me parece, con los puntos claves sobre los cuales tanto topicistas como hermeneutistas prefieren no hablar (como tampoco, hasta donde tengo conocimiento, ningún partidario de esas corrientes respondió a mis objeciones). No he llegado a detenerme en analizar la sistemomanía de LUHMANN; mas debo reconocer que, a pesar de los frondosos ejercicios de *Wortmusik* con que dicho autor despliega sus minuciosidades de categorización holística (cuasihegeliana), en medio de esa jerga oceánica no dejan de asomar ciertas observaciones muy agudas, que también en exámenes realistas sobre fenómenos sociales concretos pueden hallar —eso sí, convenientemente desjerigonizadas— un sitio adecuado.

Sí, ahora la moda en Teoría del Derecho y en la Filosofía Social se dirige preferentemente a responder la pregunta sobre cómo pueda conseguirse llevar a cabo unos discursos «racionales», «razonables», para propiciar soluciones prácticas en concordancia con estos mismos. Se presupone que existe una «Razón práctica», en cuyo campo entra también, con ciertas especialidades, el Derecho. Los autores más connotados internacionalmente de esa orientación son RAWLS y HABERMAS. En su referencia al pensamiento jurídico, tal dirección es llevada adelante en la forma intelectualmente más fina por ALEXY⁶. En ese último campo suele mencionarse también (injustificadamente) a un autor como DWORKIN; solo que, tanto en información como en agudeza los planteamientos de él se quedan muy atrás de exámenes presentados desde tiempo antes por escritores bastante conocidos de esa disciplina (cuyos exámenes le son, al parecer, totalmente desconocidos)⁷.

Aquí me limitaré a analizar unos presupuestos generales básicos de ese género peculiar de ensoñaciones. Da toda la impresión de que RAWLS, HABERMAS y otros ceden al *naturalismo* lingüístico cuando se plantean preguntas como: «¿Qué es “justicia”?» o «¿Qué es “racional”?». Ese vicio del pensamiento, tan corriente, consiste en suponer que cada palabra o conjunto de palabras —p. ej., A—, no puede tener más que *un solo* significado —digamos B— que sería el *único* verdaderamente correcto para esa formulación; así como un perro es siempre un perro y un gato es siempre un gato, en el mundo de la naturaleza⁸. Pareciera que, en los estudios al respecto promovidos por dicha corriente, es cuestión de hallar el único sentido «verdadero» o «auténtico» de esos términos⁹. Empero, aunque los desarrollos de esos autores no contradicen tal sospecha (salvo que se me haya escapado enterarme en dónde lo aclaren), daré por supuesto que su posición *no* descansa en esa candidez típica¹⁰.

Voy a suponer que ante un reproche de naturalismo lingüístico, tal vez ellos constatarían así: «Es posible que “racional” reciba también otros significados que *ese* en especial al que nos referimos nosotros. Poco importa, pues el *quid* de nuestras elucidaciones, *eso* que nosotros designamos mediante dicha palabra, justamente ahí reside lo decisivo. Que a esto mismo se le llame así o de cualquier otra manera, o que tal denominación se llegue a utilizar aun para otros aspectos, en nada cambia la cosa. Es esta en sí misma, llámesele como se le llame, lo que importa dilucidar; asunto que, en sí mismo

⁶ ALEXY, 1989: *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. ATIENZA e I. ESPEJO), Madrid.—Crítica: HABA, 1998: «Teorización constructivista como “forma de vida” (sobre “formas y reglas” del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)», *Doxa*, 21, vol. I, pp. 147-170.

⁷ Cfr. HABA, 2001: «Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho: El bluff Dworkin (retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto-Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)», *Doxa*, 24, pp. 165-201.

⁸ *Naturalismo lingüístico*.—Se trata de la cándida presuposición, tan común, de que «... necesariamente existe una conexión *natural* [i.e.: originalmente dada, indefectible, “verdadera”] entre un signo lingüístico y su significado» (KOCH, y RÜBMAN, 1982: *Juristische Begründungslehre*, Munich, 159).

⁹ Para tener presente una abundante, pero no agotadora, lista de los variados sentidos que recibe el término «racionalidad», cfr. HABA, 1988: «Rationalité», *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*, París-Bruselas, pp. 337-340 (presentación tremendamente apretada, por desdicha). En cuanto a la multivocidad de la palabra «justicia», es fundamental no pasar por alto el insustituible estudio de C. PERELMAN sobre las funciones lingüísticas reales de este comodín retórico: *De la justicia* (trad. R. GUERRA; ed. or. fr. 1945), Universidad Nacional Autónoma de México/Centro de Estudios Filosóficos, 1964.

¹⁰ Al fin de cuentas, viene a tratarse de lo que señala el célebre *dictum* de GOETHE: «Las palabras habilitan primorosas discusiones...». (Mit Worten läßt sich trefflich streiten/Mit Worten ein System bereiten/An Worte läßt sich trefflich glauben/Von einem Wort läßt sich kein Jota rauben —*Fausto*, en el gabinete de estudio—).

(no por el nombre que reciba o no reciba), resulta de primordial importancia para resolver cuestiones fundamentales de las relaciones humanas».—Aceptemos, pues, interpretar así la posición de esos autores. Después de todo, de tal manera no resulta debilitada; al contrario; significa presentarla de la manera más fuerte posible.

He aquí mi contratesis: sea cual fuere la denominación que se prefiera usar para lo que dichos autores llaman «racional» o «discurso razonable», la verdad es que *eso* mismo NO desempeña, en la práctica, ni remotamente el papel que ellos le asignan. Por cuanto respecta a las conductas sociales en general, y también para determinar las soluciones jurídicas en el fondo, modelos como el de RAWLS o el de HABERMAS son inocuos. Y lo que es más: por disimular las prácticas sociales efectivas, de hecho resultan esencialmente engañosos. Tal orden de teorizaciones no está en condiciones de producir, por lo general, otros efectos reales que la gloria de provocar unos intercambios discursivos en ciertos círculos académicos.

Vaya de antemano una aclaración, por las dudas¹¹. Cuando uno llama a la realidad frente a imaginерías como esas de que me ocupo aquí, se ha replicado (si por acaso alguien contesta) que renunciar a ellas implica quedarse simplemente en el culto al *fait accompli*. Se dice que es caer en el «reduccionismo» positivista (¡mala palabra!), por el cual la inteligencia queda encogida al papel de fijarse *nada más* en lo que ya es, convalidando así esa misma realidad. Valdría tanto como resignarse a ella, sea cual fuere. Sería renunciar a considerar el papel de los *ideales*, a enjuiciar *críticamente* tal realidad.—Pues bien, tales observaciones no contienen ni un ápice de verdad.

Ha sido precisado en infinidad de ocasiones: una cosa significa señalar que no constituye lo mismo un ideal («debe») que la propia realidad («es») a la cual ese ideal se refiere; muy distinto es propugnar que el primero no sea tomado en consideración para juzgar valorativamente y tal vez tratar de modificar la segunda. Lo uno, es *no confundir* ideal con realidad; lo otro, muy diferente, sería creer (¡qué disparate!) que el pensamiento humano puede funcionar sin dejarse guiar por ideales, sean cuales sean. Por lo demás, hay «ideales» e «ideales»... No todos ellos obedecen a iguales características de pensamiento, ni guardan las mismas relaciones, sea de impulso o de freno, con unos u otros aspectos de la vida real. No es cuestión de impugnar todo ideal, como tampoco de encomiarlos *in genere*, sino de apreciar para qué sirve realmente —¡*pragmática* lingüística!— cada uno de ellos.

Mis objeciones a la «Santa (charla-)Familia» no se refieren, pues, al mero hecho de que ella proponga ideales. Se trata de la función real —ilusionismos, escapismo— que estos ideales específicos —¡no otros ideales!— cumplen como *trabas* para el conocimiento. Porque: *a*) esos autores presentan sus propios ideales («posición original», «situación ideal de habla», etc.) como si estos formaran parte simplemente del pensamiento social *mismo* en general; *b*) tal indistinción entre «debe» y «es», *disimula* cómo los sujetos sociales piensan y actúan realmente; *c*) esta disimulación específica aparta la atención de las dificultades *vivientes* en las relaciones entre los seres humanos comunes (estos son muy poco «racionales», de hecho); *d*) como consecuencia, aparta tam-

¹¹ En el estudio original [*supra*: n. 2] no se me ocurrió que puede ser oportuno efectuar tal precisión. La incorporo ahora, sobre todo en atención a que la objeción que paso a considerar me fue formulada reiteradamente en una sesión del Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante (noviembre de 2004), que se tuvo la deferencia de dedicar a discutir conmigo sobre estos temas.

bién de buscar soluciones *reales* que permitan mejorar en algo —en función de ideales, claro está, pero unos que sean relativamente factibles en la práctica— dichas dificultades.

Así y todo, ni siquiera niego que aun esos ideales profesoraes puedan, y hasta me gustaría que lo consiguieran, desempeñar algún papel en la vida académica (de hecho, este es muchísimo menor de lo que se proclama). A lo que me enfrento, es a las teorizaciones que sustentan al escapismo, por cuanto desvían la atención hacia unas imaginéerías conducentes a hacer pensar que tales ideas tengan o puedan llegar a tener semejante papel también en la política y en el ejercicio habitual de la profesión jurídica. Las relaciones humanas no suelen moverse por el arte de hurgar en unas razones ideales. Dichas relaciones responden a encontrados oleajes de intereses, pasiones e ideologías¹². El pecado original de todas las Santas Familias es pasar por encima de esta elemental comprobación de la vida cotidiana.

2. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA ORIENTACIÓN ESENCIALISTA (SUS PRINCIPALES TESIS CARECEN DE SUSTENTACIÓN EMPÍRICA)

Ateniéndome a la máxima de Hegel, «Todo lo que es, es racional», confío en vencer cualquier obstáculo. A quien no concuerde conmigo, le negaré la facultad de comprender lo racional. Lo nuestro es racional; lo de ellos, si contradice lo nuestro, no lo es. Lo que ellos llaman razón, no es la razón verdadera. Y si mis oponentes llegaran a invocar un «ser» que no es el nuestro, los rebatiré diciendo que ese no es el verdadero «ser». El verdadero «ser» es solamente aquello que concuerda con la razón.

JHERING¹³

Los estudios constructivistas presuponen, al parecer, que la «Razón práctica» debe y puede conjugar tres extremos a la vez: *a)* toma de conocimiento con respecto a unos modos de conducta específicamente racionales, que ya *están ahí* en comportamientos normales, *b)* capacidad para producir la *factibilidad* práctica de todo aquello que bajo tal óptica se presente como lo correcto, *c)* fundamentar suficientemente lo que *debe* ser en tales materias. Se examina cómo funciona el pensamiento racional —según tal o cual autor— y se entiende que con eso el asunto ya está solucionado, esto es: conocer cómo la gente —los juristas o los ciudadanos en general— piensan y actúan *efectivamente*; o bien, se da por descontado que todos, o al menos una cantidad decisiva, procederán así en cuanto les sean enseñados exactamente *esos* esquemas de pensamiento. Significa que las personas poseerían una tendencia propia, que bien podemos llamar natural (si preferimos no recurrir al imponente término: «trascendental»), a que tanto la comunicación como la convivencia se ajusten a maneras *racionales*. Bastaría, al menos en principio, con hacerles percibir cómo es eso, lo racional, para que espontáneamente lo capten y acepten como tal. Si esto les es bien aclarado, la mayoría estarían dispuestos por su

¹² «Así, pues, los argumentos lógicos serían impotentes contra los intereses afectivos, y por eso el luchar con razones —las cuales, según FALSTAFF, son tan comunes como las frambuesas» es tan estéril en el mundo de los intereses» (FREUD, 1984: *El malestar en la cultura y otros ensayos*, Madrid, 110).

¹³ *Op. cit.* [ref. n. 1]: 340.

propia voluntad a ponerlo en práctica, harían justamente *eso*. (La similitud de fondo con la teoría platónica de las ideas salta a la vista, mas aquí no se trata de abordar un examen del asunto desde el punto de vista de la Historia de las Ideas).

No es cosa chica lo que tales posiciones dan por pre-admitido. Sus puntos claves son, si es permitido formularlo sin mayores pedanterías, las presuposiciones siguientes:

— Habría cierto «algo» (lo señalo con una palabra tan neutral para identificarlo de la manera menos prejuiciada posible), ya sean determinadas intuiciones primarias o determinadas condiciones básicas del comportamiento humano, que constituyen una categoría decisiva del pensamiento y de la conducta en los seres humanos.

— Se entiende que también el pensamiento jurídico aplica en forma habitual esto mismo; lo que los juristas *quieren*, y suelen (supuestamente) lograr, es sobre todo actuar exactamente así.

— Tales formas de pensamiento son las que mienta la palabra «racional»; por eso, tratar de averiguar el sentido de este término apunta a reconocer *aquello*, ni más ni menos, que constituye lo más propio de las actividades correspondientes, caso del Derecho.

— De ahí, que cuando mediante un cuidadoso examen lingüístico se alcanza a conocer lo que el término «racional» quiere decir, entonces también se sabe cómo *puede* y cómo *debe* llevarse a cabo el pensamiento jurídico profesional (asimismo el pensamiento político, el razonamiento ético, etc.).

En síntesis, los estudios sobre el pensamiento *racional* estarían en condiciones, según esa gran corriente, de alcanzar dos resultados importantísimos. *a)* Llamarían la atención sobre algo que *de hecho* es así: ello formaría parte de la estructura básica del propio entendimiento humano, de modo tal que jugaría papel decisivo en cada persona o al menos en la mayoría, pues estas mismas no desean sino actuar y pensar justamente *así* (sin perjuicio de que a veces pueden equivocarse acerca de cómo lograrlo en la práctica). *b)* Sobre esa misma base es dable construir unos esquemas de pensamiento más detallados en tal sentido, aún más perfectamente «racionales», y he ahí lo que se proponen ofrecer dichos estudios especializados; sus autores confían en que entonces buen número de los destinatarios deseados (jueces, políticos, etc.) se encuentren dispuestos a seguir precisamente *estas* directrices como *práctica* normal en sus actividades correspondientes.

Ahora bien, si tales opiniones constituyen algo más que unas manifestaciones de *wishful thinking*, entonces necesitan estar sujetas a la posibilidad de comprobaciones en los *hechos*. Ambas tesis [*a)* y *b)*] son, si bien se mira, enunciados empíricos del tipo legaliforme —completamente generales, nomotéticos, para un sector de conductas¹⁴— o al menos de orden probabilístico. La pregunta es: ¿hay *pruebas* de su verificación en la práctica, de una manera aproximadamente general, con respecto a los principales sectores del comportamiento humano o particularmente en la actividad jurídica?

HABERMAS cree poder suministrar tal prueba con base en unas investigaciones de L. KOHLBERG¹⁵. Para el punto clave examinado aquí, realizaciones prácticas, puedo li-

¹⁴ Véase *infra*: a la altura de la n. 44.

¹⁵ Cfr. HABERMAS, 1985: *Conciencia moral y acción comunicativa* (trad. R. GARCÍA COTARELO), Barcelona, cap. IV.

mitarme a considerar lo que KOHLBERG señala como estadio final (etapa 6) del desarrollo moral en cada individuo. Tal forma se corresponde con el tipo de personas con que Habermas sueña para la «situación ideal de habla», o sea, lo que según este autor vale como criterio distintivo básico del pensamiento racional. Si nos fijamos en cómo es ese estadio final en sí mismo, su contenido no ofrece mayor novedad. Se trata más o menos de lo mismo sobre lo cual distintos autores habían puesto el acento ya, desde hace mucho tiempo, ahora recogido por KOHLBERG en formulaciones como las siguientes:

«Esta etapa supone que habrá guía por parte de unos principios éticos universales que toda la humanidad debiera seguir»¹⁶. En definitiva, son «*the features of a "moral point of view" suggesting truly moral reasoning involves features such as impartiality, universability, reversibility and prescriptivity*»¹⁷.

Solo que, para nuestro tema no basta con saber que semejantes ideas circulan, como tales, sino sobre todo considerar las siguientes cuestiones decisivas. 1) ¿Qué «peso» tiene dicho punto de vista en las conductas *efectivas* de la gente? Al respecto no cabe una respuesta global, a no ser que apriorísticamente —esto es, con independencia de verificación empírica— se presuponga que *tiene* que haberla. 2) Una «universalización», «reversibilidad» y demás pueden efectuarse, en las mentes reales, con base en muy diferentes ideas fundamentales; cada sistema moral, entre los históricamente dados, dispone de sus propias (particulares) exigencias «universales», distintas y hasta contrarias a las de otras morales que se autoconsideran no menos «universales». Algunos invocan principios «universales» para el aborto, otros invocan principios «universales» diferentes para sustentar su legitimidad; las exigencias propias de la «dignidad» de la persona humana en relación con unos tipos específicos de comportamientos pueden ser «universalizadas» así o así; etcétera. Al fin de cuentas, lo de la «universalidad» no es mucho más que un amurallamiento por emocionalización, no menos retórica que cándida, adoptado por cada grupo de opinión para engalanar lo que, según ese mismo grupo, deba tenerse por fuera de toda discusión al ordenar ciertas cuestiones sociales singularmente sensibles a su juicio.

Lo que KOHLBERG, HABERMAS y *tutti quanti* necesitan demostrar, pues, no es sencillamente que aquel punto de vista *existe*, o acaso nada más poner de manifiesto que es reconocido como tal en la literatura especializada. Las comprobaciones decisivas requieren averiguar mucho más: *a)* ver si eso proporciona respuestas bastante *unívocas* sobre las cuestiones verdaderamente litigiosas en la práctica social misma, de modo que sea *así* como se llegue a unos acuerdos *prácticos* efectivos para estas mismas cuestiones, justamente entre personas que hasta ese momento discrepaban de modo *radical* sobre qué conductas son las admisibles al respecto; *b)* verificar si esto último es la actitud *dominante*, o si es más bien excepcional, en la propia práctica de esas materias. Me gustaría conocer los ejemplos concretos, de la vida corriente, donde hayan sido cumplidos estos dos extremos.

Aunque HABERMAS en sus obras no rehuye presentar numerosas observaciones de detalle, hace danzar de aquí para allá y de allá para aquí toda suerte de minucias conceptuales, se desvela por dar vueltas en torno a las maneras de hablar de mil y un

¹⁶ Cit. por HABERMAS, 1985 [ref. n. 15]: 147. Véase también *infra*: a la altura de la n. 20.

¹⁷ Cit. por HABERMAS, *ibid.* 141 (cursiva añadida, E.P.H.).

autores (entre los que no le resultan incómodos), en vano buscaremos ahí el análisis de casos reales que permitan comprobar sus tesis empíricamente. También KOHLBERG soluciona el asunto de manera bien confortable: cuando en la práctica no se dan los «features» señalados, entonces no se trata *verdaderamente* («truly») de la cosa... Por tanto, no habría razón para tomar tales prácticas en consideración, como si acaso pudieran suministrar una contraprueba o al menos suscitar cierta dificultad, fuesen capaces de provocar alguna duda sobre la «universalidad» de los principios por él indicados.

En fin, píntesela de una manera u otras¹⁸, lo que aquí vamos a preguntarnos es qué consecuencias prácticas tenga tal idea «absoluta»¹⁹ *en la realidad*. Esta pregunta no es difícil de contestar. No hace falta ser un experto de determinada rama científica ni algún autor profusamente citado, para enterarse sobre ciertos aspectos de la vida cotidiana: comportamientos de nuestros vecinos, de nuestros amigos, de nuestros compañeros de trabajo, de nuestros familiares cercanos, en fin las de uno mismo; incluso, ciertas conductas que vemos por televisión, etc. De ahí, que a nuestro alcance esté saber también, con conocimiento de causa, si esas gentes se comportan parecidamente a lo supuesto en unos modelos de «racionalidad» del tipo descrito por los autores señalados, o en otros de orientación similar. Al lector le bastará con echar una ojeada a su propio mundo circundante cotidiano. Sin necesidad de venir a preguntarle a KOHLBERG, o a quien sea, uno mismo sabe bastante bien, en la experiencia cotidiana, cómo piensan y qué hacen esas gentes. No necesita, por cierto, haberse pasado la vida en poco más que revisar bibliotecas, ni frecuentar los congresos de filosofía, para percatarse de algo tan trivial (... tal vez sí para conseguir olvidarse de ello). Cuando uno lee que las personas *comunes* vendrían a plantearse la pregunta de si lo que ellas mismas piensan y lo que desean esté acaso en concordancia con lo que «*as a rational person, one has seen [como] the validity of principles and has become committed to them*» (KOHLBERG)²⁰, no queda más que tragarse el asombro de ver cómo no es imposible que con base en semejantes candideces se pueda venir a levantar unos grandes postulados, que luego contingentes de académicos sabrán recoger como piedra filosofal para producir toda suerte de disquisiciones complementarias.

RAWLS, HABERMAS y muchos otros autores dan por supuesto, sin más, que los humanos son unos seres esencialmente *racionales*, esto es, capaces de ser convencidos por *tales* vías y de guiarse consecuentemente en función de estas mismas en sus actuaciones reales:

¹⁸ Por ejemplo, ALEXY se contenta con una versión algo menos ilimitada: «La teoría del discurso es, en este sentido, una teoría no definida de manera concluyente»; «El valor práctico de la teoría del discurso se muestra en todo su alcance solo si se contrae a una teoría básica de las instituciones puestas en discusión del Estado constitucional democrático; por tanto, si se sitúa en el marco de una teoría del estado y del Derecho» (*op. cit.* [ref. n. 6]: 300 y 304, cursiva añadida).

¹⁹ Tampoco ALEXY, a pesar de lo señalado en la nota anterior, no renuncia a suscribir la atribución de «absoluto», pues se apresura a aclarar: «El que no se pueda justificar la tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada cuestión práctica no significa que el concepto de corrección (*Richtigkeit*) no tenga un carácter absoluto desde punto de vista alguno. Sí posee un carácter absoluto en cuanto idea regulativa» (*op. cit.*: 302 —trad. corr., E.P.H.—). Véase al respecto *infra*: n. 27.

²⁰ Si bien no he podido localizar la transcripción textual de ese pasaje en la versión española de *Conciencia moral...*, la indicación al respecto, tomada de dicha obra en alemán, se encuentra en la p. 283 de mi estudio de *Rechtstheorie* [ref. n. 2].

«... se supone que cada hombre [*¡toda persona!*] tiene la *capacidad* necesaria para *comprender* y actuar [*¡!*] conforme a cualesquiera que sean los principios adoptados... que aceptarían en tanto que seres iguales, en tanto que personas *racionales* preocupadas por promover sus intereses...» (RAWLS)²¹.

«La teoría del discurso presupone que los participantes en el discurso (por tanto, seres humanos tal y como de hecho existen) están en principio en condiciones de tener ideas o de tener imaginación, y de distinguir las buenas de las malas razones, en favor de enunciados sustantivos. Parte, pues, de una capacidad de juicio y de imaginación de los participantes que en principio existe de una manera suficiente» (ALEXY)²².

Sin embargo, tanto la evidencia empírica ofrecida por múltiples experiencias personales de cada quien, como asimismo los más elementales conocimientos de las disciplinas científicas en el campo de la psicología (la individual y la social), no hacen sino aportar pruebas, no menos abundantes que rotundas, en contra de tal presunción. Si algo está muy comprobado, empíricamente, es que los seres humanos NO son criaturas substancialmente racionales en sus maneras de producir la convivencia *social*; pero pueden llegar a serlo para ciertos sectores del pensamiento donde sus pasiones no entren a presionar directamente, como el conocimiento matemático y en las ciencias de la naturaleza, o en actividades meramente negociales. Unos autores pueden pergeñar *idealmente* ciertas situaciones de habla o cualesquiera intenciones discursivas, todo lo precioso que cada uno de ellos tenga a gusto desear, mas no por eso deja de seguir siendo cierto que, *en los hechos*, no menos en la actualidad que hace trescientos años:

«... tantas veces como esté la razón en contra de un hombre, otras tantas estará el hombre contra la razón» (HOBBS)²³.

Si no apartamos la vista de esta experiencia crucial, perenne, resulta no poco extraño venir a descubrir que los ciudadanos de carne y hueso vayan a preocuparse por hilar unas finezas de pensamiento tan sutiles como esas que nuestros racioesencialistas les presumen entusiasmados de asumir. ¡Vaya a saber en qué regiones del mundo! La enorme limitación de mis conocimientos no ha permitido que me entere dónde existen o existieron sitios poblados por gente que acostumbre a proceder así, *en la práctica*, cuando se trata de resolver sobre sus propios intereses en contraposición con los de otros o acerca de cuanto ponga en jaque sus dogmas de fe más hondos (ideologías y demás).

Empero, no voy a dar por resuelto el punto —la viabilidad o no de tales recetas de «racionalidad»— procediendo a la HABERMAS, también por mi parte: conformarse con echar mano a algún expediente apriorístico de terminologías imponentes («trascedental», «pragmática universal», etc.), cuestión de inmunizar la cuestión contra el

²¹ RAWLS, J., 1979: *Teoría de la Justicia* (trad. M. D. GONZÁLEZ), México, 37 (énfasis añadidos aquí).

²² *Op. cit.* [ref. n. 6]: 294.

²³ HOBBS, 1979: *Elementos de Derecho Natural y Político* (trad. D. NEGRO PAVÓN), Madrid: Epístola Dedicatoria *in limine*. En efecto, la gente piensa y actúa «... setting themselves against reason, as oft as reason is again them: Which is the cause, that the doctrine of Right and Wrong, is perpetually disputed, both by the Pen and the Sword: Whereas the doctrine of Lines, and Figures, is not so; because men care not, in that subject what be truth as a thing that crosses no mans ambition, profit or lust. For I doubt not, but if is had been a thing contrary to any mans right of dominion, *That the three angles of a Triangle, should be equal to two Angles of a Square*; that doctrine should have been, if not disputed, yet by the burning of all books of Geometry, suppressed, as far as he whom it concerned was able» (HOBBS, *Leviathan*, Primera Parte, cap. XI *in fine*).

riesgo de exámenes científico-empíricos sobre cómo los comportamientos humanos funcionan en la práctica. Para saber esto último por cuanto respecta al Derecho, sería indispensable efectuar investigaciones *de campo* como las siguientes, para empezar: 1) Examinar qué papel está en condiciones de cumplir la «posición original», o hasta más exactamente una tabla como la de ALEXY²⁴, en sentencias jurídicas *concretas* que hayan sido bastante discutidas. ¿Acaso en estas mismas se arribaría *necesariamente* a un resultado distinto —¿cuál, cómo y por qué?— si, por ejemplo, con todo cuidado se aplicara allí dicha tabla? O bien, ¿no será que tanto aplicándola como no aplicándola es dable intelectualmente arribar a ese mismo resultado, como también a otros? 2) ¿Qué porcentaje de las sentencias producidas en Alemania en determinado período (podemos limitarnos a cierta rama) arrojaron resultados *distintos* —¿en qué y por qué?— en virtud de seguir dicho modelo justamente²⁵? Habría que comprobar si ahí, cuando se dio razón a una parte y se dictó la medida específica tal, ello se debió *necesariamente* a haber seguido dicho modelo; o sea, que a falta de él se hubiera tenido en cambio que darle razón, no menos necesariamente, a la contraparte B y dictar la medida cuál.

Ambas preguntas someten la cuestión al conocimiento empírico, pero corresponden respectivamente a planos distintos. 1) La primera, no indaga sino acerca de una posibilidad *intelectual*. Pide que un modelo lógico (p. ej., el de ALEXY) sea aplicado a ciertas condiciones iniciales empíricas (hechos señalados y normas positivas invocadas para el caso jurídico en consideración); se examina si con esas bases empíricas cabe sacar unas consecuencias *necesarias* de razonamiento para decidir jurídicamente en un sentido determinado (¡ningún otro!) el caso considerado. Eso podría elucidarse hasta sin examinar la efectividad o no efectividad que tal modelo haya tenido ahí de hecho, al fin de cuentas es un experimento mental aunque subordinado a dichas condiciones iniciales empíricas. 2) En cambio, la segunda pregunta exige considerar justamente lo de la efectividad: cuáles son las consecuencias que el modelo propuesto tiene —o no tiene!— en la *realidad* social misma.

Hasta en el caso de que, hipotéticamente, fuera dable responder de modo afirmativo a la primera pregunta —si bien no se conoce ninguna verdadera demostración en tal sentido—, en modo alguno quedaría con ello resuelta la segunda cuestión, cuál sea la *práctica* (si es que existe) de dicho modelo. Esto último, ni más ni menos, es lo más importante de todo. A no ser que primordialmente nuestro interés esté volcado a muy otra cosa: complacernos mediante unos reconfortamientos que sólo podemos obtener del *wishful thinking*, o simplemente procuremos insertarnos en el arrobamiento que algunos sectores de la academia sienten de sumergirse en ciertos juegos discursivos cuyos alcances son nada más de orden lógico-esteticista.

* * *

²⁴ *Op. cit.* [ref. n. 6]: 287.

²⁵ Considérese la siguiente comprobación: «... en la colección oficial de sentencias del Tribunal Superior Federal Alemán, desde 1950 hasta 1997... unas obras metodológicas, que gozan de un altísimo prestigio en el mundo académico, como son los trabajos de ALEXY, de HABERMAS... tampoco han sido mencionados... ¿No es quizá esta situación muy representativa del exiguo papel que desempeñan los “constructivismos” de la Metodología Jurídica en la práctica forense?» (SALAS, 2005: *Kritik des strafprozessualen Denkens*, Munich, 81, n. 256 —trad. por el A.—).

Aclaro, por las dudas: no niego que los seres humanos se orientan también por principios, en muchos asuntos. Sólo que esto no tiene gran cosa que ver con ninguna clase de procedimientos mentales de universalización, ni en general con expedientes intelectuales por el estilo. Cuando tales principios se toman en serio, no simplemente como unos recitados de la boca para afuera, casi siempre ellos consisten en unas costumbres de pensamiento provenientes de la educación recibida, que consiguieron ser profundamente cimentadas como dogmas en el superyó. Las personas en general, una vez acostumbres a pensar mediante tales convicciones, sean cuales fueren, las «ven» como verdades que en sí mismas son de validez incondicionada: universales», dicho en lenguaje técnico. Nada importa, para los convencidos de ellas, si sean o no reconocidas también como tales en otros medios o en otros círculos del mismo medio. Así es y así ha sido en todas las civilizaciones, con respecto a los principios que allí se consideren especialmente valiosos.

No ignoro el hecho de que cada persona puede creer en unas supuestas universalías y que, en su momento, invoque estas o aquellas de las así postuladas. Lo que niego, es otra cosa: que haya algún *procedimiento* racional universal al respecto, ni para establecer ni para averiguar semejantes principios, ni tampoco para hallar *intersubjetivamente* la decisión que elija entre principios antagónicos (de aquellos en que efectivamente creen unas u otras personas) o entre interpretaciones contradictorias de un principio cuya letra es pacíficamente aceptada. Dado que muchos de esos principios consisten básicamente en fórmulas vacías de la retórica política común, las reclaman tanto tirios como troyanos como etiqueta para sus respectivas soluciones normativas. No sé de un ejemplo más paradigmático que, justamente, eso que KOHLBERG/HABERMAS señalan como *La etapa de los principios éticos universales*:

«Los principios son los principios universales de la *justicia*: la *igualdad* de derechos humanos y el respeto por la *dignidad* de los seres humanos en cuanto individuos»²⁶.

Desde luego, ¿quién osaría impugnar semejantes «principios universales», visto que en el discurso público eso se perora comúnmente? Con la mayor facilidad del mundo se obtiene un acuerdo verbal («universalidad») para la *letra* de esas invocaciones, u otras por el estilo²⁷, justamente porque, en los hechos, eso no compromete a nada o a casi

²⁶ HABERMAS, 1985 [ref. n. 15]: 147. Mediante cursivas he resaltado las fórmulas vacías claves, esto es, esos membretes que en la práctica se entienden y aplican de antinómicas maneras, infinitamente variadas. En cuanto a las etiquetas «justicia» e «igualdad», véase el insustituible estudio de PERELMAN, *op. cit.* [ref. n. 9]. Sobre la multiplicidad de interpretaciones contradictorias acerca de los *derechos humanos*, puede verse HABA, E. P., 1986: *Tratado básico de derechos humanos*, 2 vols., San José (Costa Rica): Juricentro, cap. III y *passim*; o, más brevemente, «Définitions, interprétations et pratique des droits de l'homme, De la "grammaire" aux "formes de vie" dans la rhétorique des droits de l'homme», *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. VI, n.º 16, 1993, pp. 3-44.

²⁷ Así también, p. ej., la *Richtigkeit* invocada por ALEXY [*supra*: n. 19]. En la práctica, ese término no significa otra cosa que la verbalización de un sentimiento, el de aprobación hacia unas u otras preferencias valorativas —; *cualesquiera* sean!— según las ideologías aceptadas o los intereses personales de los respectivos locutores. La «*Richtigkeit*» (correcto) según unos, es «*Unrichtigkeit*» (incorrecto) para otros, así como la «*Richtigkeit*» de los segundos no es sino «*Unrichtigkeit*» para los primeros. Todos ellos proclaman que debe imperar la palabrita «*Richtigkeit*», claro está, pues a la hora de la verdad no tendrán inconveniente en valerse a *piacere* de tal comodín para cubrir con este término-bandera las preferencias propias y negárselo a las que se le opongan. [Sobre la categoría «término-bandera» puede verse HABA: «Retórica de "la" Libertad contra las libertades», *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 75 (mayo-agosto 1993), pp. 113-158, Universidad de Costa Rica: esp. § IV].

nada con respecto a la realidad misma. Será en la práctica donde se verá después, según cuáles sean los intereses o las ideologías que consigan dominar, qué aplicaciones reales reciben las fórmulas en cuestión, *de hecho*. Los individuos que tengan el poder de aplicar esos principios son quienes decidirán, entre sus múltiples interpretaciones posibles, lo que tales fórmulas van a significar *en la práctica*²⁸.

No faltan quienes se toman muy en serio minuciosas elucidaciones sobre cuál sea el contenido *auténtico* de tales universalías, tanto más cuanto que con ello logran desempeñar exitosamente su puesto de profesores. Ni siquiera quiero decir que no considere recomendable, hasta yo mismo, que en el comercio de ideas académico se consiguiese que fueran seguidas unas reglas procedimentales como esas que señalan HABERMAS, ALEXY y otros. (Aclaración: digo, simplemente, que en ese medio existe alguna mayor *posibilidad* de proceder así. En la práctica, la inmensa mayoría de los autores de Teoría del Derecho no acepta discutir sino con gente de tendencias suficientemente afines, solo con quienes estén de acuerdo en no poner sobre la mesa de debate los dogmas epistemológicos fundamentales de aquellas mismas)²⁹. De todos modos, sean cuales fueren las posibilidades efectivas de que ocasionalmente para algunas controversias académicas se llegue a aplicar de veras algo parecido a la «situación ideal de habla», es mera fantasía creer en la posibilidad de hacer extender tales maneras de proceder a otras circunstancias, las más corrientes: oposiciones vitales entre las personas por intereses económicos o por pasiones, discusiones políticas en general, enfrentamientos ideológicos o de creencias religiosas, etcétera.

Lo que pongo sobre el tapete, pues, no es qué pueda resultarle preferible a pocos o a muchos académicos, tal vez hasta a mí mismo. Si RAWLS, HABERMAS y en general sus seguidores aceptaran reconocer que se trata, al fin de cuentas, de una cuestión de gustos o ciertas costumbres de pensamiento convencionalmente aprendidas, podría discutirse acaso sobre la conveniencia o no de cada una de ellas, en relación con tales o cuales fines prácticos de la gente y según tipos y circunstancias. Mas esos autores subrayan ni más ni menos que lo contrario. Ellos sustentan básicamente unas aproximaciones *esencialistas* con respecto al pensamiento humano³⁰. Entonces la esencia-racionalidad

²⁸ Sobre la dinámica general de las «fórmulas vacías» (*Leerbrformeln*), puede verse HABA, 2004: *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico*, San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica [ed. revisada y ampliada 2007], sec. G.IV (con abundantes ejemplos); o bien, más brevemente, *id.*, 2006: *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid: Dykinson, sec. C.I.4.

²⁹ Por ejemplo, tanto HABERMAS como sus abundantes seguidores siguen prefiriendo hacer simplemente como si no existieran objeciones tan fundamentales como aquellas puestas sobre el tapete en la buena paliza que, hasta por partida doble, a su mentor le propinó ALBERT, 1973: en *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Barcelona, 181-219 y 251-286. ¡Y ni soñar con que acepten habérselas ni con observaciones más recientes del mismo autor, en su *Kritik der reinen Hermeneutik*, Tübinga, 1994: esp. cap. VIII, § III. Las ilevantables puntualizaciones de ALBERT en cuanto a las confusiones básicas y en general sobre las gruesas indistinciones con que Habermas ha logrado seducir a tanto académico poco advertido sobre trampas de lenguaje, permanecen completamente desconocidas para la generalidad de quienes acogen y repiten esos *divertimientos* profesoriales. Y véase también *infra*: n. 41.—Claro está, si se hace *mutis por el foro* hasta con respecto a las observaciones de fondo presentadas por un autor de primera línea como ALBERT, menos que menos causará extrañeza que ninguno (hasta donde estoy enterado) de los numerosos partidarios de esas corrientes haya considerado prudente encararse con los análisis *puntuales* (¡ay!, nada condescendientes) desarrollados por mí mismo, no sólo en *Rechtstheorie* [ref. n. 2] sino hasta en España en sitios de buena difusión [*supra*: n. 3].

³⁰ Eso ha sido señalado también por ALBERT, específicamente a propósito de HABERMAS, cuyo tipo de pensamiento califica como un «esencialismo normativo»: cf. *Kritik...* [ref. n. 29], cap. VIII.III.3.

se entiende de modo algo distinto que en la doctrina tomista, pero siempre sigue adjudicándosele una presencia como de tipo divino y también una efectividad de similar carácter en el pensamiento humano. En efecto, así como lo divino se entiende que está siempre ahí en el alma humana, sea o no que esta misma consiga apercibirse de ello, análogamente habría —según esos autores— una «racionalidad» que es consubstancial a la mente de los propios ciudadanos, dispuesta a salir a flote en cuanto a estos se les brinde una oportunidad para pensar y proceder de tal manera justamente.

Pues bien, contra *tal* modo de ver las relaciones humanas van dirigidas mis observaciones. No me estoy ocupando de si pueda estimarse bonito, deseable o «mejor»³¹ —en fin, *valioso* desde determinado punto de vista— aplicar cierto conjunto de reglas del discurso, que bien pueden calificarse de racionales. Lo que impugno, es la creencia de que semejantes buenos deseos poseen o puedan llegar a conquistar un papel *realmente* decisivo para construir la vida social efectiva o para entenderla. Cuando es bajo el ángulo de semejantes discursos celestiales como se procede a encarar el estudio de las maneras de comunicación colectivas, queda fuera de foco el fijarse en cómo las gentes piensan *efectivamente* y por qué se comportan de las maneras como lo hacen de veras. Se pierde así el sentido para, y el gusto por, escudriñar en forma realista los hechos sociales. De ahí, que esas direcciones de pensamiento obren más bien como factores de *inhibición* mental para fijarse en las posibilidades efectivas; su mirada no va dirigida a proponer medidas de mejora que puedan resultar de veras *prácticas*, con vistas a solucionar problemas concretos de las relaciones entre gente de carne y hueso. La mirada al «cielo» («posición original», «situación de habla ideal» u otros modelos de teorización por el estilo) aparta nuestra atención de cuanto pasa en la tierra. Con ello queda embotado también el sentido hasta para poder, a veces, conseguir desenvolvemos tal vez un poquito más lúcidamente *aquí*³². Esto es: no para organizar las relaciones entre unos individuos ideales, sino entre las gentes comunes.

3. RACIONALIDAD DISCURSIVA «UNIVERSAL» (¿TAUTOLOGÍAS O NARCISISMO PROFESORAL?)

... es como el sombrero del mago, siempre saldrá de ahí lo que previamente haya puesto adentro quien determine las reglas del juego y establezca los requisitos.

RÜTHERS³³

Paso a examinar el argumento-estrella invocado para postular como *universales* los rasgos básicos atribuidos a la llamada «Razón práctica». En la versión APEL-HABERMAS de la capacidad de imaginación constructivista, tales vuelos de la fantasía intelectual to-

³¹ Lo que someto a discusión, pues, no es una afirmación como acaso la siguiente: «No hay a la vista, en mi opinión, un *mejor* procedimiento de fundamentación de normas que el del discurso» (ALEXY, 1989 [ref. n. 6]: 304, cursiva añadida).

³² «Solo así es dable percatarse de la fundamental relación existente entre la labor jurídica y la efectiva realización de unas determinaciones valorativas preestablecidas en el Estado y la sociedad. Así las tentaciones ideológicas de las actividades jurídicas se vuelven reconocibles y controlables» (B. RÜTHERS, 1987: *Wir denken die Begriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip*, Zurich, 32, aquí trad. E.P.H.).

³³ RÜTHERS, 1991: *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit. Defizite eines Begriffs*, Zurich, 13 (aquí trad. E.P.H.).

man la palabra de modo especialmente neto. Recogiendo y prolongando la preferencia que la filosofía alemana siempre ha tenido por echar al ruedo grandes palabras, gustosamente dicho argumento se viste con etiquetas como «trascendental» o «universal». En lo sustancial, son aspectos conocidos desde mucho tiempo atrás, también en la literatura correspondiente producida en el área de habla inglesa³⁴. En Alemania vino ello a recibir una formulación singularmente pedante por parte de K.-O. APEL («pragmática trascendental»); de manera similar fue recogida también por HABERMAS, a título de comprensión metodológica fundamental, con leves variantes terminológicas («pragmática universal») y unas clasificaciones adicionales:

Se trata de «lo que *necesariamente* hemos de presuponer ya *siempre* en nosotros mismos y en los demás como condiciones normativas de la posibilidad de entendimiento y en lo que en este sentido necesariamente hemos aceptado ya siempre» (APEL)³⁵. [H]ay que representar la validez de *U* (el postulado de la universalidad) en su carácter general, *por encima* de la perspectiva de una [*i.e.*, de cualquier] cultura determinada...» (HABERMAS)³⁶.

La idea básica es, en resumidas cuentas, muy sencilla. Formulada de modo llano, se trata de lo siguiente: «racional» significa que determinadas condiciones básicas —imparcialidad, conocimientos sobre el asunto tratado, posibilidades de comunicación parejas para los participantes en la discusión, etc.— son presupuestas en las discusiones, implícitamente. Pero en autores como RAWLS y HABERMAS, nos encontramos con un «pequeño» paso adicional. Ellos saltan a dar como cierto también lo siguiente, nada menos: como las personas en general *son* —axioma fuera de discusión, para esos autores— «racionales», y asimismo quieren serlo (¿habrá quien no opine así de sí mismo?), se sigue que todas o al menos la gran mayoría están dispuestas *de hecho* a pensar en forma «racional» (en el sentido apuntado); y por añadidura, que también sabrán cómo actuar de tal manera justamente, en la realidad práctica misma. Aunque ellas no procedan así siempre, el comportamiento «racional» es tan común —presuponen esos autores— que dicho punto de vista tiene o va a tener influencia *decisiva* para resolver cuáles sean las formas dominantes en la vida social. Los estudios de tipo «constructivo» (o «reconstructivo») están ahí para llamar la atención sobre esas estructuras de pensamiento básicas, que supuestamente son parte indefectible —«trascendental», «universal» o como mejor quiera presentarlo cada autor— de la comunicación humana. Las «reconstrucciones» exhibirían en forma explícita estas estructuras. La «posición original» (RAWLS) y la «situación ideal de habla» (HABERMAS) son presentadas a título de revelaciones de esa índole, ni más ni menos:

«Voy a desarrollar la tesis de que *todo* agente que actúe comunicativamente *tiene que* entablar en la ejecución de cualquier acto de habla pretensiones *universales* de validez y suponer que tales pretensiones pueden desempeñarse. Eso constituye toda una «necesidad»,

³⁴ Para conocer cómo las preguntas y respuestas decisivas de esta materia han sido elucidadas en dicha área, *cfr.* HOSPERS, 1964: *La conducta humana* (trad. J. CERÓN), Madrid, esp. cap. 11 y comienzo del § 28. Por cierto, ahí los problemas se presentan mucho mejor planteados, sin quedar diluidos entre tanta pedantería y sin la multitud de desarrollos diversionistas en que acostumbran complacerse autores como APEL y HABERMAS; sobre todo, las cuestiones se examinan a la luz de una verdadera discusión a fondo, multilateral, propiamente *antidogmática*, concentrada sobre los puntos esenciales.

³⁵ Cit. en HABERMAS, 1989: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (Intr. y trad.: M. JIMÉNEZ REDONDO), Madrid, 300 (cursivas añadidas aquí).

³⁶ HABERMAS, 1985 [ref. n. 15]: 137 (cursivas añadidas aquí).

pues se trata ni más ni menos que de «la *coerción* trascendental a que como hablantes nos vemos *sometidos* en cuanto ejecutamos, entendemos o respondemos un acto de habla; en la ejecución de ese acto o tras la ejecución de él, podemos tornarnos conscientes de que involuntariamente hemos hecho determinadas presuposiciones...» (HABERMAS)³⁷.

«... se comprobará que la idea de la imparcialidad está *enraizada* en las estructuras de la misma argumentación...».— «... la validez de *U* en su carácter general, por encima de la perspectiva de una cultura determinada, se apoya en la prueba pragmático-trascendental de presupuestos *generales* y *necesarios* de argumentación. A estos argumentos... en “nuestro” [es decir, el de *toda* persona] tipo de argumentaciones *no existe* alternativa reconocible alguna».—«He propuesto el nombre de “pragmática universal” para el programa de investigación que tiene por objeto reconstruir la base *universal* de validez del habla» (HABERMAS)³⁸.

Así y todo, hasta el propio Habermas llega a reconocer que corresponde suministrar unas pruebas de «plausibilidad» para corroborar tales hipótesis de trabajo:

«En esta medida, también la ética discursiva, como otras ciencias reconstructivas, descanza en definitiva en reconstrucciones hipotéticas para las que hemos de buscar *confirmaciones* plausibles...»³⁹.

¡He ahí, justamente, lo que ni él mismo ni sus seguidores han conseguido aportar! No se conocen verdaderas «confirmaciones», inducidas de la realidad social empírica como ella misma es, para las pretensiones de *universalidad* postuladas con respecto a construcciones (o reconstrucciones)⁴⁰ como esas de APEL/HABERMAS.

Tal índole de postulaciones son simplemente tautológicas; o bien, en caso de pretender que se las tome por verdades empíricas, constituyen una tremenda exageración. Si nos fijamos desprejuiciadamente en el significado que el término «racional» tiene para estos autores, y lo cotejamos con las prácticas sociales efectivas, no es difícil advertir que dichas postulaciones provienen esencialmente de un narcisismo profesoral. Es la característica miopía promovida por el egocentrismo de quienes no pueden aceptar, y tal vez ni siquiera concebir, la existencia de otras especies de pensamientos que los manejados en sus propios círculos académicos de contertulios. Lo que así se «construye» no son otra cosa que unos titanes de papelería. Con esos duendes de las librerías tienen poco que ver los hábitos de pensamiento cultivados *efectivamente* por la gente (aparte de lo requerido en y por unas lecciones magistrales, etc.), sin excluir a los propios académicos⁴¹. Al fin de cuentas, estas magias terminológicas tienen su princi-

³⁷ HABERMAS, 1989 [ref. n. 35]: 300 (cursivas añadidas).

³⁸ Citas tomadas respectivamente de: HABERMAS, 1985 [ref. n. 15], 97 (cursiva añadida) y 137; HABERMAS, 1989 [ref. n. 35], 302.

³⁹ HABERMAN, 1985 [ref. n. 15]: 137.

⁴⁰ Para los efectos de la discusión planteada aquí, no hace mayor diferencia que hablemos de «construcción» o de «re-construcción». Poco importa que se trate de las unas o de las otras (aun aceptando tal diferencia conceptual), pues al fin de cuentas ambas modalidades concuerdan —en las formas como proceden los autores de esas corrientes— en lo principal: su radical ajenidad con respecto a las maneras como de hecho piensa la gente en general.

⁴¹ También en eso no constituye una excepción, por cierto, el propio HABERMAS: «El último libro que yo traduje de HABERMAS fue “Facticidad y Validez”. HABERMAS sometió la introducción que yo escribí al libro a un *minucioso proceso de censura ideológica*, una vez que yo hube entregado todo el trabajo de traducción, no antes. Habermasianamente hablando, no era yo tan hereje después de todo, pues en definitiva sólo desaparecieron unas treinta líneas de vagas referencias críticas en las casi cincuenta páginas que tenía mi introducción. E incluso cinco de esas treinta líneas eran palabras literales del propio HABERMAS, que yo no entrecomillé, expresando dudas sobre su propio procedimiento argumentativo. También hube de borrarlas. A mí aquello me

pal razón de ser en el significado emotivo de la palabra «racional»⁴², por mor del cual a cada posición le importa vestir con dicho término las propias preferencias, y llegado el caso negárselo a otras.

* * *

Digamos que el término «racional» (tR) remite exactamente, y solamente, a cierto *quid* bien determinado, cuyo significado preciso es equis (sX). Las formulaciones al respecto por parte de RAWLS y HABERMAS corresponden como forma general al esquema:

$$tR \leftrightarrow sX.$$

[Esa equivalencia (\leftrightarrow) no necesita ser tomada aquí rigurosamente en su sentido lógico más estricto. Con ella solo trato de destacar, gruesamente, que hay *una* implicación *necesaria* entre R y X. Esta implicación puede ser entendida también así: $tR \rightarrow sX$; o sea, que si bien X se hace valer como una parte inevitable del campo de significados de R, no necesariamente X agota la totalidad de ellos].

Ahora bien, sea lo que fuere cuanto X signifique en especial para unos u otros autores de esa corriente, pues también hay diferencias entre ellos, no está claro qué quiera ahí decir exactamente la equivalencia (\leftrightarrow) postulada. Leyendo las exposiciones de esos autores, caben distintas posibilidades de interpretación al respecto.

Posibilidad I: tautología (petitio principii).—Se da por sentado, a priori, que tR implica constructivísticamente sX; por ende, en toda pretensión de alcanzar R estaría de modo absolutamente necesario, vale decir, siempre y en todas partes, presupuesto X; por ende, X sería una condición propiamente *universal* de R. Con otras palabras: como yo mismo estoy convencido de que el pensamiento *racional* conlleva necesariamente determinadas características, las subrayadas por mí mismo y por un sector de colegas, este punto de vista lo entiendo no sólo como *mi* posición, y la de esos colegas, sino que eso lo veo como pura y simplemente *el* («trascendental, «universal») sentido de «Razón» para toda la humanidad. Claro está, no es cuestión de tomar en cuenta la opinión de cualquiera, sino nada más la de quienes piensan *racionalmente* ellos mismos, para decidir qué sea en cada caso específico racional o no racional.—¿Qué es «racional»? : aquello que las personas racionales tienen por racional. ¿Quiénes son esas personas?: sólo quienes piensen y actúen de acuerdo con el modelo X. Bueno, ¿pero qué significa X?: *eso* mismo, ni más ni menos, que mis colegas racionales —¡no quienes estén en desa-

soliviantó; quizá porque *el* secretismo del proceso y algunos de los ingredientes de él *hubiera hecho enrojecer incluso a algún gobernador civil franquista*. Apenas unos meses después, también después de entregar yo el trabajo de traducción, volvió a plantearse la misma situación en relación con el libro «Aclaraciones a la ética del discurso» (testimonio de M. JIMÉNEZ REDONDO, con cursivas añadidas aquí) [*Debate Habermas-Ratzinger*, www.avizora.com/publicaciones/filosofia/textos/JimenezRedondo-0071_discusion_bases_morales_estado_liberal.htm: allí «O. Introducción» *in limine*]. Véase también *supra*: n. 29.

⁴² Subrayé tal conclusión como resultado de mi análisis sobre los múltiples significados de dicho término [*op. cit.* en la n. 9 *in limine*]. En el mismo sentido, señala ALBERT: «A mi juicio, constituye un auténtico obstáculo en la discusión sobre racionalidad, el hecho de que la palabra “racional” sea a menudo —aunque no siempre— entendida ante todo como un término valorativo, de tal manera que algunos teóricos tratan de investir en su concepto de racionalidad todo aquello que consideran bueno, mientras otros se cuidan de llamar “racional” acaso a las conductas de delinquentes, porque estas no armonizan con nuestras exigencias morales» [ALBERT, 1994 (ref. n. 29): 255, trad. E.P.H.].

cuerdo!— y yo hemos acordado reservar en exclusividad como contenido de significación para el calificativo «racional».

La «construcción» responde, pues, al siguiente decurso: se empieza por presuponer tácitamente una definición estipulativa (X) de Razón; y de ahí se infiere, axiomáticamente, que «racional» no puede ser otra cosa, siempre y en todas partes («trascendental» o «universal»), que aquello que responde a *la* Razón (def. X). Semejantes razonamientos son irrefutables, desde luego. Por su circularidad, tan patente (salvo para unos constructivistas), consiguen la hazaña de demostrar que cuando digo «R es X», ahí X no significa «no-X». La *petitio principii* consiste en dejar prohibido, simplemente *a priori*, que en las elucidaciones acerca de R, este término pueda significar nada más ni nada menos que exactamente X.

Ahora bien, la pregunta verdaderamente crucial es: ¿por qué R *tiene* que significar X, y *sólo* X? Los constructivistas no acostumbran plantearse tal pregunta, se contentan con presuponer que $tR \leftrightarrow sX$ es evidente sin más, simplemente obvio. En el mejor de los casos, agregan que eso (sX) está radicado en el sentido lingüístico común; de lo contrario, dicen, nadie sabría qué se quiera decir al usar tR.—Tal afirmación es, si nos fijamos bien, un enunciado de tipo *empírico* (aunque se prefiera cubrirlo con invocaciones a lo «trascendental» y demás). Señala cierto *uso* lingüístico, que esos autores ven como completamente unívoco y del todo general (si es que tal afirmación no emana de una concepción naturalista sobre el lenguaje)⁴³. Sólo que, ¿es verdaderamente así como los empleos de dicho término se comportan en la realidad lingüística misma? Si se estuviera dispuesto a considerar esta pregunta en serio, la *petitio principii* se disuelve, mas con ello queda de lado también la irrefutabilidad que es propia de la posibilidad (I) que estamos examinando. En ese caso ya no puede bastar con *decir* que $tR \leftrightarrow sX$, y sin más *sentar* esto mismo como un principio inimpugnable. Es cuestión de comprobarlo *empíricamente*, o sea, admitir instancias de eventual *falsación* al respecto. Requiere no conformarse con verdades tautológicas, sino pasar a indagar sobre cuestiones empíricas.

Posibilidad II: descomunal exageración (hipóstasis de cierto uso lingüístico académico).—Si la relación $tR \leftrightarrow sX$ se entiende que tiene asiento en las mentes y en las conductas de las personas *en general*, ¿cómo proceder para *acreditar* la plausibilidad de tal afirmación? Entonces ya no es admisible darla por *pre-supuesta* en forma axiomática, la manera como proceden APEL-HABERMAS. Si uno no se satisface con simplemente *postular* esto o aquello, apoyándose en el decreto lingüístico de dogmatizar la cuestión mediante el apriorismo de clausurarla de antemano mediante unos sellos de inmunización esencialista como «trascendental» o «universal», ¿de qué maneras es dable someter a prueba si esa relación existe o no existe, en la práctica, ya sea de manera absolutamente general o a veces sí y otras no? Cuando digo *prueba*, no entiendo referirme a nada más «fuerte» que lo requerido en general para los conocimientos propios de las ciencias sociales *empíricas* (Sociología empírica, Psicología empírica, Lingüística empírica y otras); esto es, por cuanto allí para aceptar esos conocimientos como tales se exige que estén acreditados mediante *procedimientos intersubjetivos (métodos) de control*⁴⁴.

⁴³ Véase *supra*: a la altura de la n. 8 y esa misma nota.

⁴⁴ Véase también *infra*: a la altura de la n. 59.

Como prueba no basta con remitirse al *sentimiento* de comprensión que a uno mismo le provoca su propia intuición lingüística, en comunión con las de aquellos colegas de profesión filosófica que creen también eso mismo. Ni siquiera alcanzaría la comprobación de que en la *literatura* científica se da predominantemente —o aun, si acaso, hasta en un 100%, por unanimidad— lo de aceptar como única posibilidad que $tR \leftrightarrow sX$. Hasta en este último caso, que ya suena más bien como un capítulo de APEL/HABERMAS-en-el-País-de-las-Maravillas⁴⁵, aun entonces estaríamos bastante lejos de contar con la prueba requerida, pues la supuesta «racionalidad» de que nos hablan esos autores no la entienden como propia únicamente de cierta grey académica. Según ellos, caracterizaría a los ciudadanos *en general*. Lo que se necesitaría comprobar sobre todo, por tanto, es si también la gente *común* piensa aproximadamente *así*.

De esto último —¡lo decisivo!— hacen abstracción APEL y HABERMAS, cuando frente a la crítica realista sobre la supuesta trascendencia/universalidad del punto de vista sostenido por ellos, ofrecen por toda réplica un argumento como el siguiente: «Fíjese, si hasta usted mismo [el crítico] no puede evitar sostener exactamente esos mismos presupuestos X (imparcialidad, etc.) para su propio discurso, ¿no es verdad?».—Demos por admitido, *gratia probandi*, que en efecto sea así. Supongamos que todo filósofo (¿a quién más va a quitarle el sueño debatir sobre unas trascendentalerías?), o hasta todo teórico de las ciencias sociales, entienda acoplarse a *exactamente* eso que APEL o HABERMAS piensan como condición *sine qua non* de la actividad discursiva. Aun aceptando tal hipótesis, para nada queda probado que asimismo los *no*-filósofos en general, incluidos hasta los propios científicos en sus pensamientos y conductas externos a sus especialidades científicas mismas, se dediquen a cultivar dichas maneras de pensar. Ni más ni menos que *esto* último, no simplemente cómo piensen (si acaso) los filósofos o los científicos sociales, necesita ser probado para acreditar que tales maneras son de veras *universales*, no simplemente unas reglas admitidas —¡aun haciendo a un lado la pregunta sobre hasta qué punto sean allí practicadas!⁴⁶— en ciertos círculos intelectuales⁴⁷.

No sé dónde y cuándo los teóricos constructivistas hayan requerido jamás que se efectúen unas investigaciones empíricas en tal sentido, para probar su tesis del ciudadano-racional. Esto es: averiguar cómo esas supuestas estructuras «universales» del pensamiento se comportan en los hechos cuando son efectuadas las conductas comunicativas *no* científicas; esas que constituyen, justamente, la inmensa mayoría en las interacciones sociales. Tanto los más connotados autores de dicha corriente como sus seguidores consideran innecesario, al parecer, respaldar sus tesis en procedimientos de

⁴⁵ Que ese término no tiene significado unívoco en la filosofía ni en la literatura de las ciencias sociales, se demuestra con abundancia de ejemplos en mi examen sobre «Rationalité» [ref. n. 9]. Quiere decir que la afirmación $tR \leftrightarrow sX$ es falsa en el plano *empírico*, hasta si la restringimos simplemente al área académica (o sea, aun sin contar los variados sentidos de esa palabra en lenguajes no técnicos).

⁴⁶ Si bien en público se subraya siempre la importancia de la discusión científica más abierta, en la práctica se procede antes bien al revés: la abrumadora mayoría de los académicos se encierran en su propio círculo doctrinario, rehuyen el debate con críticos «incómodos», esto es, unos que objetan *a fondo* los axiomas del círculo en cuestión [*supra*: ns. 29 y 41].

⁴⁷ Es completamente irrelevante considerar, por ejemplo, si acaso aun la argumentación que aquí vengo a plantear yo mismo esté o no esté dirigida implícitamente a alguna «situación de habla ideal». El asunto de la supuesta «universalidad» no se resuelve sabiendo cómo pueda proceder mi propio pensamiento, ni el de ningún grupo de intelectuales, sino viendo cómo funcionan, en la práctica misma, las maneras de discurrir cultivadas por la gente *en general*.

comprobación general llevados a cabo con respecto a las experiencias discursivas cotidianas. No las formas de pensar que sigue la gente en general para juzgar sobre relaciones sociales y al actuar en ellas, sino unos repertorios de autores consignados en las bibliotecas, son el campo de *tests* que se autofijan nuestros teorizadores sobre la ciudadanía «racional». Se mantienen encerrados, a rajatablas, *abí*. Escudriñando en esos estantes, hallan de sobra en qué entretenerse —inclusive buenos cúmulos de materia para hacerla todo lo «trascendental» o «universal» que sea de desear— sin necesidad de abrir las ventanas para ver qué pasa en la calle.

En síntesis.—El contenido X preferido por cada autor constituye, seguramente, *uno* de los significados que mienta la palabra R, y se aplica así en ciertos tipos de situaciones; incluso, es probable que alguno de esos usos sea el predominante en el plano académico. Mas constituye una exageración tremenda, resultado de cierto cándido narcisismo intelectualista, hipostasiar dicha comprobación hasta el extremo de imaginarse que sX funciona también de manera igual, o muy parecidamente, en los pensamientos y las conductas de la gente *en general*.

III. *Varias otras posibilidades*.—Sea o no que se crea topar con unos universales, caben también muchas otras maneras de establecer acentos posibles para las maneras de entender sX. Queden señaladas, apenas aforísticamente, algunas de esas variadas posibilidades alternativas sobreentendidas para concluir imputándole unos u otros significados al término «racionalidad»: naturalismo lingüístico⁴⁸, juicio positivo de valor incorporado a X, recomendación de conducta (aconsejar el cumplimiento de X, sea para alcanzar veracidad o alguna utilidad), «definición persuasiva» (STEVENSON), definición preferida personalmente, definición dominante en un medio académico, etcétera. Bajo tR \leftrightarrow sX hallamos a menudo unas u otras de esas variantes combinadas entre sí o también con las posibilidades I y II. Por no distinguir entre esas cuestiones cuando se habla de «racionalidad», se producen toda suerte de enredos teóricos, pues solo a partir de tales distinciones es posible detectar lo que el autor quiere decir *propiamente*. De lo contrario, no aparece en claro *cómo* pueda ser fundamentada la afirmación de que «racional» es esto o aquello, *qué* discusión es admisible al respecto. O bien, lo que cierto autor afirme se tiene por tan absolutamente evidente, que no necesitaría de fundamentación alguna (basta con calificarlo de «universal», «trascendental» o mediante otros esencialismos). Los autores constructivistas, tan entusiastas por presentar infinidad de distinciones ideales, no se ocupan de efectuar diferenciaciones como aquellas. Y si uno pertenece a la barra académica ocupada en reverenciar cuanto estos tengan a bien postular, ¿para qué venir a «remover el pastel» aceptando considerar preguntas incómodas, elucidar distinciones que no son tomadas en cuenta por ellos mismos?

* * *

En conclusión.—La racionalidad «universal» no es mucho más que la visión ombliguista del tipo de profesores que se autolimitan a desmenuzar, y a debatir nada más que sobre, *ciertas* producciones literarias de la materia, tomándolas como suficientes en sí por sí. Al no interesarse por recabar pruebas *empíricas* al respecto, esos académicos

⁴⁸ *Supra*: n. 43.

empiezan y terminan por confundir *su* (propia) mentalidad profesoral con *la* estructura del pensamiento humano sin más. La candidez de tales posiciones aparece de manifiesto no solamente mediante dicha hipótesis de «universalidad». Se revela asimismo en una presuposición fundamental compartida aun por aquellos constructivistas que tienen la prudencia de no llegar hasta a sentirse voceros de las bases de pensamiento para absolutamente toda la humanidad. Tal presuposición básica general, sea o no hipostasiada al extremo de postularla como «universal», consiste en imaginarse que determinados requisitos que son aceptables (al menos de la boca para afuera) como orientación básica para el pensamiento académico, SE CORRESPONDEN asimismo con las maneras de pensar habituales de *la gente en general*. Estas fantasías intelectualistas —la supuesta «correspondencia»— alcanzan su ejemplo más paradigmático, entre las teorizaciones muy difundidas actualmente en círculos profesoriales, en la fórmula inventada por RAWLS para resolver las cuestiones de «justicia».

4. EVENTUALES «CORRESPONDENCIAS» DE ORDEN LÓGICO (¿QUÉ «LÓGICA»? «EXPLICACIÓN», «JUSTIFICACIÓN», «FUNDAMENTACIONES»)

...deja que me regocije con un festín como el que las personas de espíritu ocioso suelen ofrecerse cuando pasean a solas. Esa clase de personas descuida averiguar por qué medios lograría su deseo, para aborrazarse el esfuerzo de pensar en si será posible o no; lo dan por obtenido y a continuación disponen lo demás a su agrado...

PLATÓN⁴⁹

RAWLS no cae en una exageración tan formidable como pretender alguna «universalidad» a lo APEL/HABERMAS para su propia fórmula, reconoce que ella no responde sino al tipo de cultura vigente en las democracias occidentales. Sin embargo, lo cierto es que dicha fórmula es todavía muchísimo más ajena a las características de la mente humana, hasta en los círculos académicos, que la «situación ideal de habla» que HABERMAS destila de lo señalado por otros autores⁵⁰. Contra este reparo, se ha replicado que no es cuestión de calibrar la propuesta de RAWLS como una descripción *empírica* de conductas realmente dadas en general, sino a título de propuesta *contra-fáctica* para juzgarlas valorativamente. Sería cuestión sobre todo (por no decir únicamente) de fijar la atención en unos planos de lo IDEAL. Entonces poco importa, para juzgar sobre la validez de ese punto de vista *en sí mismo*, cómo lo así propuesto se dé o no se dé en las prácticas sociales efectivas⁵¹.

⁴⁹ *La República* (trad. A. CAMARERO), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963: 296 (énfasis medianamente negra añadido aquí).

⁵⁰ *Supra*: n. 34.

⁵¹ Vale decir: «... ¡Déjame en paz con tu tierra!» [*supra*: n. 1].—En la ocasión indicada más atrás [n. 11], al señalar yo que los partidarios de esas teorizaciones nunca han respondido a críticas como las formuladas por mí mismo [*supra*: n. 3], un colega tuvo la perspicacia de replicar que el motivo de eso no es —como pienso yo— que ellos rehuyan enfrentar las objeciones «incómodas»: si no las abordan —dijo— es porque tales objeciones son *irrelevantes* (textual) para lo elucidado en sus propios estudios. ¡El colega dio plenamente en el clavo! Sí, entonces *poco importa* (son mis palabras arriba) cualquier consideración sobre qué hagan o dejen de hacer las gentes de carne y hueso, pues aquellos autores se ocupan de *otra* cosa. Tan «irrelevante» es, para modelos de pensamiento como esos pergeñados por los constructivistas, considerar si tales modelos funcionan o no funcio-

Sólo si propuestas como la de RAWLS hubieran de entenderse manifiestamente a título de unas sugerencias de carácter *nada más* que contrafáctico, sólo entonces no sería verdad afirmar que ellas *esconden* la realidad clave de los razonamientos prácticos efectivos que se ocupan de tales cuestiones. Sostener un ideal no es lo mismo, desde luego, que enunciar una realidad, ni siquiera la de que se hagan de veras presentes tales discursos en la práctica. Mas semejante interpretación de las tesis rawlsianas pasa por alto lo que él mismo dice al respecto:

«...las condiciones incorporadas en la descripción de la posición original son aquellas que *de hecho* aceptamos, O, si no lo hacemos, entonces quizá podamos ser persuadidos a hacerlo mediante la *reflexión* filosófica» (39)³².

En efecto, nuestro autor pretende, para sus reglas de «racionalidad» («posición original», «velo de la ignorancia», «equilibrio reflexivo»), que los principios así obtenidos «CORRESPONDEN a las convicciones que TENEMOS [nosotros, las personas *en general*, acerca] de la justicia o las amplían de un modo aceptable [para personas corrientes]» (37). Afirma que precisamente *eso* constituye «una teoría de *nuestros* sentimientos morales» y que «estos sentimientos *afectan* [vale decir, tendrían influencias *reales* sobre], en alguna medida [,] a nuestros pensamientos y acciones» (146).

RAWLS cree poder atar dos moscas por el rabo. *a)* Por un lado, señala «que la posición original es una situación puramente hipotética. No es necesario que algo parecido a tal posición haya existido nunca» (145). Constituye un «curso *hipotético* de reflexión» (39), responde al tipo de exámenes que técnicamente entran dentro de la clase de lo que se denomina efectuar un EXPERIMENTO MENTAL. *b)* Sin embargo, por otro lado, él subraya también que con semejante orden de reflexiones se lograría, al parecer, ni más ni menos que una manera mejor de «dar cuenta de *nuestros* puntos [de vista] morales [*i.e.*, los que movilizan *efectivamente* nuestra conducta] y [que esto mismo] ayuda a EXPLICAR el hecho [o sea, cómo eso pasa en la realidad *misma*] de que tengamos un sentido de la justicia» (146); ello explicaría, igualmente, que tal sentido posea la condición de «racional» o «razonable» (34 ss. y *passim*).

Con los añadidos entre corchetes [,], destinados sobre todo a llamar la atención hacia el hecho de que RAWLS entiende referirse a unos sentimientos que se dan *efectivamente* en la práctica social, me parece que no traiciono el pensamiento de dicho autor; salvo si se estuviera dispuesto a reconocer que tales experimentos mentales no tienen nada o sólo muy poco que ver, ni aun implícitamente, con las maneras cómo esas cuestiones prácticas se encaran por los ciudadanos comunes. No es esto último lo que él mismo sostiene, sino todo lo contrario: su idea central es que esos ciudadanos mismos son, o se puede hacer que lleguen a ser, ni más ni menos que unos seres esencialmente «racionales».

Pues bien, en cuanto a dichas dos tesis fundamentales [*a)* y *b)*] me propongo elucidar la pregunta clave, esa que RAWLS y en general los constructivistas rehúyen tema-

nan así en la vida práctica, como para el análisis de una partida de ajedrez lo sería preguntarse qué reyes hayan o no hayan sido destronados en los países de donde provienen los participantes en el torneo o a qué velocidad corren los caballos en el hipódromo más cercano.

³² En esta y las demás citas de RAWLS, las páginas (números entre paréntesis) corresponden a la edición: *Teoría de la Justicia* (trad. M. D. GONZÁLEZ), México, 1979. Los énfasis (cursivas o versalitas) puestos en esas transcripciones son agregados por mí [E.P.H.], salvo advertencia en contrario.

tizar: qué *efectividad* práctica tenga tal modelo de pensamiento. ¿Qué quiere decir que estos experimentos mentales «CORRESPONDEN» a una realidad social, a formas de conciencia —«*sentimientos* morales», «*sentido* de justicia»— que la gente cultive *de hecho*? Del modo como es presentada por RAWLS, la «correspondencia» en cuestión resulta confusa, puede tener significados muy distintos. Hay, básicamente, dos respuestas posibles. Primera: esa sería una correspondencia de orden *puramente* lógico-formal. O bien, segunda posibilidad, tendría que tratarse de una condición *empírica*, posiblemente de carácter psicológico. ¿O será que, hipótesis complementaria, ello consiste en ambos extremos a la vez? En este apartado analizaré la primera de estas posibles interpretaciones; las otras serán examinadas en el siguiente.

* * *

La lógica admite, como hoy se sabe, ser delineada de distintas maneras. Para aquilatar la pretensión de RAWLS, tomemos una noción de «lógica» que sea la más cómoda —también para él— con vistas a que tal pretensión pueda sostenerse en forma relativamente plausible. Conformémonos con una exigencia lógica débil. Digamos que ahí el término «corresponder» quiere decir, simplemente, que en general no se presenta una auténtica *contradicción* entre lo que dice la teoría de RAWLS y opiniones corrientes acerca de lo que sea moral o justo. Aceptemos, incluso, que esta teoría pueda consistir en exponer aun esas mismas opiniones pero en otra forma: se trataría de una especie de *traducción*, al menos en parte, o cierta paráfrasis de aquéllas; así ambos niveles tendrían por lo menos *algo*, sea mucho o poco, en común.

Ahora bien, hasta dando por cierto todo eso, en modo alguno se desprende necesariamente: *a)* que hay quienes necesiten o les interese usar tal «traducción», fuera de RAWLS y Cía.; *b)* que justamente ella *explique* más que otras posibles traducciones al respecto, teorías diferentes; *c)* muchísimo menos aún, que semejantes «explicaciones» sean pedidas en la práctica, *d)* tampoco, que sean indispensables ni siquiera en el plano teorético.

En cuanto a los puntos *a)* y *c)*, habría que suministrar pruebas *empíricas* —psicológicas y otras: necesidades, interés de las personas— de que ello es así efectivamente. No estoy enterado de que RAWLS o alguno de sus seguidores haya jamás procurado presentar tales pruebas, para demostrar que también a quienes no son unos teorizadores constructivistas les importe, así sea subconscientemente, guiar su conducta de *esa* manera.

Los puntos *b)* y *d)* resultan más complicados: ahí topamos con la idea de «explicación», sobre cuyo alcance hay mucha discrepancia en la epistemología del pensamiento científico. RAWLS piensa que «las concepciones de la justicia se pueden explicar y justificar de *esa* manera» (34), es decir, mediante unos experimentos mentales como los que él propone. Ahora bien, tal pretensión es confusa (por decir lo menos). Tratemos de desenredar ese ovillo:

Antes que nada: cuando RAWLS dice «*explicar y justificar*», ¿entiende referirse a dos tareas intelectuales *distintas*, aunque pueden estar relacionadas? ¿O bien, es que simplemente usa ambas palabras como sinónimos? En este último caso es recomendable, para evitar malentendidos, identificar eso mediante una sola palabra nada más. Consi-

derando lo que en sustancia plantea RAWLS, mucho más transparente es que el término no sea «explicar». Lo adecuado, para tales asuntos, es catalogarlos como unas posibilidades de *fundamentación*(es). Desde luego, todas esas expresiones —«explicar», «fundamentar» y demás— son no menos convencionales unas que otras. Esto no quita que respectivamente sugieran, por lo común, ciertos significados cuyos radios de sentido conllevan diferencias que pueden ser de importancia decisiva para determinar el fondo mismo de lo que está en discusión.

RAWLS pasa por encima de la elemental distinción, no poco conocida en epistemología, entre *causas* y *justificaciones*⁵³; en todo caso, no saca las inevitables consecuencias de esa diferencia fundamental. Aquellas primeras son los factores efectivos que «mueven» *realmente* a los procesos de la naturaleza o a conductas humanas: mundo EMPÍRICO. En cambio, las segundas son unas invocaciones DISCURSIVAS, como razones o racionalizaciones, argumentos en general: mundo de las ideas. Es posible, mas no necesario, que tales o cuales de estas últimas lleguen a obrar también como causas, esto es, cuando las gentes se *dejan* impulsar desde su propio cerebro por semejantes motivos. Que lo hagan así o no lo hagan, no puede saberse con sólo examinar esas razones *en sí mismas*, sino únicamente mediante comprobaciones al respecto en el mundo social efectivo. La radical falacia básica en que incurren las aproximaciones racionalistas al pensamiento humano, es que parten del presupuesto, al menos implícitamente, de que las «razones» que pregona el académico en cuestión, funcionan asimismo como causas determinantes en la propia cabeza de los actores sociales. Así queda diluida, disimulada, la incómoda diferencia entre hechos (factores reales, probabilidades reales) y discursos justificativos (argumentaciones).

El planteamiento de RAWLS es un ejemplo paradigmático en cuanto a esa confusión. Se vale de unos juegos de sugestión consistentes en desplazamientos de sentido persuasivos con la palabra «explicación». Usa esta palabra de modo tal que ella viene a significar, a la vez, razones-causas del comportamiento social. De tal manera, dando *a priori* por obvia la identidad de ambos extremos, o de todas maneras encarándolos como si por lo general conformaran simplemente dos caras de la misma moneda en unidad indisoluble, a RAWLS le basta —entienden él y sus seguidores— con examinar ciertas posibilidades de *argumentación*. Se conforma con elucidar aquellas razones que le parecen las más convincentes a él mismo, sin necesidad de preocuparse por conocimiento alguno sobre psicología social; no toma en cuenta ni los datos cotidianos más elementales de este plano. Presupone que, una vez puesta sobre el tapete su fórmula con respecto a tales especies de razones, no hay necesidad de «demostrar» nada más, para dar por descontado que ella misma es o será de *eficacia* social decisiva con vistas a resolver cuestiones claves de las relaciones interindividuales. Tampoco abriga dudas, al parecer, en cuanto a que en general cualquiera que conozca esta fórmula va a interpretarla y aplicarla de la misma manera como lo haría el propio RAWLS (¡acaso!), cuando se aborden asuntos prácticos sobre cuestiones *puntuales* de la organización social.

⁵³ Sobre la fundamental diferencia entre «explicación» *causal* y «explicación» del *significado*, como también entre *razón* y *causa*, *cf.* WAISMANN, 1970: *Los principios de la filosofía lingüística* (ed. preparada por R. HARRÉ, trad. J. A. ROBLES), Universidad Nacional Autónoma de México, esp. caps. VI.4-5 y VII.7. Véase también SALAS: «La explicación científica en las ciencias sociales. Consideraciones intempestivas contra el dualismo metodológico», revista *Reflexiones*, vol. 84, n.º 2: pp. 51-60, Facultad de Ciencias sociales de la Universidad de Costa Rica.

En fin, ¿qué alcance tiene el expediente de recurrir, para unos juegos académicos como los de nuestro autor, al término «explicación»? La trascendencia persuasiva de ese truco lingüístico es que, haciéndolo creíble, la «explicación» dada se consigue vincularla —aparentemente— con la pretensión de ofrecer nada menos que unas pruebas de carácter *científico*. Resulta propicio para despertar la impresión de que ahí estamos ante respuestas que se inscriben *propiamente* en el orden de lo que es «ciencia».

Resulta muy dudoso qué pueda tener que ver, en el fondo, el experimento mental de RAWLS con los aspectos que habitualmente se reconocen a título de «explicación científica», tanto en las ciencias de la naturaleza como en las de lo social. Lo apropiado es usar, para indicar aquello, en cambio, una palabra como «justificación». Ésta sirve bien para señalar —aunque también podría pensarse en algunas otras acepciones de tal término— de qué se trata en *ese* experimento: que ello significa apenas un modo de *fundamentación*, otro más. Sea como sea, lo que RAWLS llama «explicación» nada tiene que ver con paradigmas como los de las ciencias empíricas.

La «explicación» de que habla RAWLS pertenece a un orden de las *razones*, mientras que las explicaciones científicas señalan primordialmente órdenes de *causas* y *hechos* comprobados. La ciencia saca a relucir factores causales, con base en regularidades fácticas —leyes nomológicas o probabilísticas/estadísticas— puestas en relación con condiciones marginales igualmente fácticas; o bien, ahí se señalan determinadas relaciones entre tales leyes generales fácticas, comprobables empíricamente; y todo ello mediante, si es posible, presentaciones en lenguaje matemático. Una palabra como «fundamentación», en cambio, aparece asociada más bien con la filosofía, así también con formas de pensar como las argumentaciones jurídicas y los juicios morales.

Luce atrayente dar con la «explicación», resulta mucho más persuasivo que ofrecer una «fundamentación». ¡Presentar una fórmula que permita «explicar» suena bien, en la época cientificista! Máxime es así para un autor a quien le importa sobremanera hacer ver que el modelo suyo propio permite proporcionar respuestas *sistemáticas* (25) en materia de «justicia», a las cuales se llegaría combinando dicha fórmula con técnicas que pertenecen precisamente al pensamiento científico, en especial con unas empleadas para cálculos en Economía.

Las fundamentaciones, por su parte, aparecen cuando se suscitan o se piensa que podrían ser planteadas ciertas dudas con respecto a una afirmación. Sólo entonces surge la pregunta sobre *si* o *por qué* dicha afirmación es sostenible. Tales preguntas no se formulan acerca de todo, ni constituyen lo más habitual. La circunstancia de buscar unas fundamentaciones, y sobre todo *qué* es lo que mediante ellas se quiera llegar a saber, depende de nuestros intereses de conocimiento y de nuestras convicciones. «Fundamentar» implica, siempre, optar entre una serie —prácticamente infinita— de distintas posibilidades conceptuales, susceptibles de ser adoptadas como criterios de apoyo argumentativo. Cuando se externalan afirmaciones sobre lo «justo», no se pedirá (salvo en Congresos de Filosofía) alguna «fundamentación» de este calificativo si no es para respaldar afirmaciones que, en campos como la política o el Derecho, no se contemplan como del todo evidentes en el medio social respectivo; y siempre que dichas afirmaciones no se tomen como derivadas de elecciones que por su propia naturaleza no pueden sino ser arbitrarias o en todo caso voluntaristas (decisionismo político).

En la vida corriente, encontrar quienes se planteen tales interrogantes constituye una rarísima excepción. La gente, por lo general, no se hace mayores problemas con eso. Las personas se contentan con creer en lo que creen... ¡y ya está! Con esto les alcanza y sobra. Si alguien —¿quién si no un profesor de filosofía o de teoría política esotérica o de ética formalista?— viniera para hacerles notar que de esa manera se presentan ciertas dificultades de orden intelectual, que el pensamiento de uno con respecto a tal o cual punto no es «coherente» (39 y *passim*), y «dificultades» por el estilo... ¡los interlocutores cotidianos se alzarían de hombros! Se contentarían simplemente con dejar que nuestro rawlsiano siga entretenido en sus propias cavilaciones.

No es difícil percibir, para quien no esté pre-juiciado por alguna estirpe del pensamiento constructivista o parecidas, que semejantes «explicaciones» suelen resultar ociosas⁵⁴. (A no ser que, en su calidad de profesor, uno se considere obligado, para hablar con los colegas, a participar en unos *hobbies* profesionales de traducir, lo que sea, al gusto de ciertas jergas académicas, cuestión de honrar debidamente la moda). Sí, ¿por qué ha de resultar más convincente ponerse a divagar con la «posición original», en vez sencillamente de atenerse a cierta *directa* intuición moral —producto de un aprendizaje social— en cuanto a que, por ejemplo, es «justo» o no es «justo» que un burócrata o un profesor ganen más que un recolector de basura? No niego que *algunos* interrogantes de ese tipo sea posible contestarlos también desde una «posición original». El *preferir* hacerlo así constituye una opción no menos contingente, y no menos decisionista, que responder a ellos con cualesquiera otras bases... ¡o sin preocuparse por hallarlas! Reservar la calificación de «racional» o «razonable» para esta preferencia no es sino una predilección semántica, entre las muchas posibles. Tal preferencia desvía la perspectiva sobre los problemas reales hacia el cómodo expediente de que, por someterlos a esta definición persuasiva de dichos términos, el examen se aparte —se inmunice— de las consideraciones *empírico*-realistas al respecto.

Al fin de cuentas, eso de recurrir a una «posición *original*» como «explicación» con pretensiones de *última ratio*, no constituye sino otro más entre los tantos expedientes de imaginiería que en la historia del pensamiento se han producido como resultado del legado cartesiano, la obsesión por hallar la cuadratura del círculo consistente en unos fundamentos *últimos* de evidencia *incuestionable*⁵⁵.

Por cierto no es imposible, si bien en la vida real ocurre muy raramente (abstracción hecha de unos debates académicos), encontrarse con casos por resolver en los cuales cada quien no se sienta del todo seguro con respecto a sus propias intuiciones so-

⁵⁴ En otro sitio he explicado por qué son no menos artificiosas que inocuas las elucidaciones por el estilo acerca, por ejemplo, de una cuestión como el *fundamento* de los llamados «derechos humanos»: *cf.* HABA, 2004: «El asunto del “fundamento” para los derechos humanos: ¡pseudoproblema! (o bien, cuestión de unas elucidaciones cuasiteológicas)», *Doxa*, 27: pp. 429-435.—He examinado la retórica de los «derechos humanos» en varios estudios: *cf.* la Bibliografía en «De qué viven los que hablan de derechos humanos? (Tres tipos de discursos-DH: “de”, “para”, “con”):», *Doxa*, 26, 2003, pp. 869-885 (884 y ss.); recientemente, «El lenguaje de los derechos humanos como un “mal menor” (Anotaciones complementarias sobre la “practicidad”, extra-científica, de los discursos con que se reclaman esos derechos)», para el *Libro de Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid: Dykinson, probablemente será publicado en 2007.

⁵⁵ Se trata, en definitiva, de las inevitables paradojas derivadas de «el trilema de Münchhausen»: *cf.* ALBERT, 1973: *Tratado sobre la razón crítica* (trad. R. GUTIÉRREZ GIRARDOT), Buenos Aires, cap. I; y véase además WAISMANN, 1970 [ref. n. 53], cap. VII.9. Sobre el carácter optativo que tienen los fundamentos básicos, se puede *cf.* también HABA, 2006 [ref. n. 28]: sec. B.I.2.

bre qué sea ahí lo «justo». Aun en tales situaciones, bien excepcionales, las personas —no serán muchas— que conozcan los principales elementos fácticos e ideológico-valorativos de lo que ahí está en juego pueden reflexionar con claridad al respecto, y decidirse razonadamente por una respuesta⁵⁶, *sin* necesidad alguna de ponerse a efectuar experimentos escolásticos a la RAWLS. Preferir esto último no es sino una cuestión de gustos. Sólo que, como se sabe (o debiera saberse): *De gustibus non est disputandum...* Por más que ese *gustibus* se vista de seda, siempre en *gustibus* se queda.

* * *

Como estamos examinando la posibilidad de unas «correspondencias» *lógicas*, algún rawlsiano podría contestar más o menos así, me parece: «Usted o quienquiera pueden, desde luego, preferir otras maneras de resolver tales asuntos, no encararlas con base en “el velo de la ignorancia” o el “equilibrio reflexivo” en general; podrá remitirse, por ejemplo, simplemente a cierta intuición valorativa directa en la que usted cree, si esto le satisface más. Pero si se propone decidir al respecto *coherentemente*, o sea, teniendo en cuenta asimismo otras intuiciones suyas que también se relacionan, de alguna manera, con ese asunto, entonces la “explicación” adecuada es dicho modelo de pensamiento, no cualquier intuición aceptada por el motivo que sea». Mi contrincante dirá, acaso: «Hay, naturalmente, quienes en esos asuntos prefieren argumentar en forma distinta de esa que propone RAWLS. Esto significa sólo que entonces no se adopta *el* modo *verdaderamente* “racional”, o en todo caso no la mejor entre todas las posibilidades “racionales” para resolver tales cuestiones. Cada quien es libre de elegir entre formarse una opinión “racional” o antes bien alguna de cualquier otra clase. No por ello dejará de ser cierto que, después de todo, subsiste siempre la capital distinción entre lo “racional” y lo no-“racional”, o entre procedimientos de comprobación más y menos integralmente “racionales”. RAWLS se limita a señalarle a usted *cuál* de esos dos caminos constituye aquello primero. No significa que dicho autor piense que las personas no poseen también la libertad de que, en su caso, puedan *no* seguir tal camino».—Paso a responder:

a) Ante todo, es a la luz de ejemplos concretos como habría que demostrar que mis intuiciones *tienen* que ser menos «coherentes» si no me interesa pensar en ninguna «posición original», o al menos resulte probable —en los *hechos*— que sea así. (Suponiendo también, desde luego, que no haya lugar a dudas sobre qué es y qué no es «coherente», en la práctica).

b) Además, habría que estar en condiciones de comprobar que recorriendo el camino rawlsiano se llega *efectivamente* a respuestas más intersubjetivas, ante un caso dado, que cuando uno no se preocupa para nada de manejar dicha neoescolástica. Más todavía: sería menester demostrar que no es cierto que aun recurriendo a esta, no quepa basar igualmente en ella misma tanto una como otra de las posiciones encontradas, en las controversias *reales*. En este último caso, decir que quien defiende la solución X basándola en semejantes experimentos mentales es *más* «racional» que quien sostiene igual conclusión pero por consideraciones de otro tipo, o que la mejor «explicación» es la formulada de aquella manera y no otras, carece de toda importancia fáctica.

⁵⁶ Véase, p. ej., el modelo de «cuatro pasos» que presento en HABA, 2006 [ref. n. 28]: sec. C.III.4.

c) El recurrir *así* a tales calificaciones significa, por añadidura, amurallarse tras una definición persuasiva al gusto propio, sea esa u otras, de palabras tan elásticas como «explicación» o «racionalidad». La trampa reside en dar por descontado que el prestigio de la palabra «racionalidad» no cabe imputárselo sino a cuanto uno mismo (y sus colegas en orientación doctrinaria) prefiera hacerle decir a ese término, eligiendo entre sus variadas posibilidades de significados. Toda la «gracia» del asunto consiste ahí en disimular que se trata de esto último: una elección *propia*, no menos contingente que tomar cualquier otro de esos significados, si es que uno quiere usar dicha palabra.

d) O bien, si ese término se entiende de manera estricta, racionalidad formal weberiana, como el propio RAWLS propone al comienzo de su libro [def., p. 31: «...el sentido estrictamente tradicional de la teoría económica, según la cual se emplean los medios más efectivos para fines dados»]: no existe la más mínima prueba de que, en los hechos, el ponerse a especular sobre posibles coherencias o incoherencias entre nuestras intuiciones de «justicia» tenga alguna consecuencia *efectiva*, como «medio» para alcanzar los fines reales perseguidos por las personas de carne y hueso en sus comportamientos dirigidos a estos fines mismos.

En suma: el hecho de que yo me decida o no a buscar una «explicación» para mis concepciones acerca de la «justicia», y sobre todo lo de determinar *qué* tipo de «explicaciones» haya de ser ese, es asunto de *decisión*, no cuestión de verdad-o-falsedad. Tal decisión no se halla sometida a ningún tipo de forzosidad, ni empírica ni lógica; menos que menos, cuando se trata de elegir entre distintas orientaciones ideológicas para fundamentar unas soluciones prácticas, por parte de quienes les interese ocuparse de tales fundamentaciones. El experimento mental rawlsiano resulta ser simplemente UNA MÁS entre las múltiples posibilidades de «correspondencias» en el plano del pensamiento, según las preferencias de quienes sean tomadas en consideración o no, para tales efectos. Y esto último, el «no», es lo que empíricamente se da, siempre o casi siempre.

Mas concedamos, *gratia probandi*, que pueda detectarse —ya sea siempre, con frecuencia o a veces— que existe cierta relación («correspondencia») *lógica*, de alguna especie, entre los experimentos mentales de RAWLS y unas concepciones corrientes en materia de «justicia». Tampoco preguntemos si estas mismas se podría o no, y cómo, fundamentarlas también de otras maneras. Pues bien, aun así nada queda probado sobre si tales experimentos puedan, además, estar en condiciones de provocar también efectos de hecho, tener consecuencias en la práctica. A examinar tal pregunta en especial, saber si las tienen verdaderamente, me dirijo a continuación.

5. EVENTUALES «CORRESPONDENCIAS» DE ORDEN EMPÍRICO (¿QUÉ EFECTIVIDAD «PRÁCTICA»?)

El máximo respeto a la científicidad consiste en aprehender las cosas que son como lo que son, no como quisiéramos que fueran...

CASTILLA DEL PINO⁵⁷

⁵⁷ CASTILLA DEL PINO, 1984: *Estudios de psico(pato)logía sexual*, Madrid, 9.

Nuestro autor se toma en serio lo de las aplicaciones *prácticas* que deben y realmente puedan tener, piensa él, unos experimentos mentales como los propuestos en su libro. Confía en que la generalidad de los ciudadanos sabrían pensar así, como él mismo, y que segura o muy probablemente ellos seguirían en la práctica lo que emerja como conclusión intelectual de reflexiones elaboradas de tal manera. En efecto, RAWLS subraya «el carácter público que es condición de los principios de justicia», pues «los ciudadanos [todos o casi todos] *conocerán*» tales principios (34); «... se supone que cada hombre [¡toda persona!] tiene la capacidad necesaria para *comprender* y ACTUAR [¡!] conforme a cualesquiera que sean los principios adoptados» *así* (37). Esta «capacidad», que constituye el motor de la *racionalidad* en cuestión, consiste, recordémoslo, en la facultad mental de entender y guiarse por «estos principios [que] ofrecen una solución que podemos [¡todos o la mayoría de nosotros!] aceptar *reflexivamente*» (37); o sea, esas pautas a que, según todos «sabemos[,] ... se ajustan nuestros [de los ciudadanos en general] juicios reflexivos y [con respecto a las cuales] *conocemos* las *premisas* de su derivación» (38). Qué quepa ahí entender por «reflexivo», queda por demás patente mediante el abundante ejemplo de los juegos de inferencias que conforman el libro en cuestión, lo cual resulta mucho más ilustrativo que cualquier definición nominal.

De todo ello podemos sacar algunas conclusiones fundamentales. Si bien las extraigo de las divagaciones de RAWLS, se encuentran también, básicamente, en aproximaciones racionalistas de toda laya⁵⁸. He aquí esos presupuestos aprioristas, los asumidos —de antemano— por tales autores en general:

a) Se da por descontado que los ciudadanos son, en general, unos seres «racionales» o «razonables».

b) Estos se complacerán en efectuar, o al menos están dispuestos a aceptar como valederos, unos experimentos mentales como los de RAWLS [u otras construcciones de neta racionalidad], o en todo caso suelen preocuparse por alcanzar un verdadero «equilibrio reflexivo», para resolver los problemas prácticos en discusión. Eso hace que, también en la práctica, ellos van a guiarse efectivamente por lo que resulte de tales ejercicios intelectuales, ya sea de manera automático-intuitiva o al menos si se les ofrece la oportunidad de aprenderlos.

c) De ahí, que estas fórmulas sean apropiadas para que las entienda y acepte la gente en general, cuando menos en forma subconsciente, y asimismo resultan efectivas en la realidad. El legislador, el gremio de los juristas profesionales o por lo menos los jueces, como también los políticos y los ciudadanos en general —el conjunto de todos ellos podemos llamarlo: los «protagonistas» de tales razonamientos— están dispuestos a aplicar esas fórmulas para sus decisiones reales, cuando estas dependan de una discusión sobre problemas de «justicia» (o en otras cuestiones jurídicas para las cuales las fórmulas en cuestión sean pertinentes), en cuanto alguien les explique bien dichas fórmulas.

d) Las ideas intuitivas de justicia [u otras pautas valorativo-prácticas] provienen, por tanto, del hecho de que las personas, en forma implícita o al menos de modo inconsciente, toman en cuenta algo así como la «posición original» [u otras «estructuras» semióticas de «racionalidad»].

⁵⁸ Agregaré entre corchetes [] unas acotaciones que van algo más allá de lo sostenido por el propio RAWLS, pues ellas valen para la totalidad de ese tipo de aproximaciones.

Cada una de esas cuatro tesis constituye, por lo menos en parte, un enunciado de orden general sobre ciertas relaciones de orden *empírico*. Por ende, han de ser comprobables en la realidad social *misma*. Pasemos a examinarlas desde este punto de vista, siguiendo el mismo orden en que acabo de exponerlas. [Al decir «enunciado *general*» empírico, valga la aclaración de que eso se entiende aquí en sentido muy amplio, o sea, sin distinguir entre distintos tipos de ellos: enunciados legaliformes completamente generales («universales»), enunciados probabilísticos, enunciados estadísticos y otros. La observación fundamental que efectúo es aplicable, *mutatis mutandis*, en relación con todos ellos⁵⁹].

a) Si «racional» quiere decir aquí lo que antes fue indicado bajo la etiqueta «reflexivo», es de lo más iluso presuponer que los protagonistas en general posean tal «capacidad». Más que más, lo es confiar en que ellos estén dispuestos a poner semejante capacidad en práctica, llegado el momento, ante situaciones conflictivas reales. No constituye sino un ultraquimérico tejido de gabinete profesoral, el imaginarse que la gente vaya a someter verdaderamente a tal «capacidad» sus diferencias de criterio y sus conductas en cuanto a cuáles sean las soluciones concretas «justas», cuando estén en juego sus intereses personales o las ideologías en que ellos creen. Si alguien pretendiera apoyar esta suposición en datos más creíbles que unas postulaciones aprioristas, debería empezar por tratar de *contrastarla* con las conductas reales corrientes, ver si los protagonistas cumplen con ella misma en el mundo empírico. Sería bueno seleccionar algunas muestras en los sectores sociales de referencia, sea de ciudadanos en general o, por ejemplo, entre políticos o los de juristas en su labor profesional; desde luego, no podría tratarse de círculos tan restringidos como los filósofos sociales o unas sectas de semiólogos. Procediendo a efectuar un trabajo de campo propiamente dicho, libro de RAWLS en mano, correspondería averiguar, antes que nada, a quiénes puedan interesarles de veras unas sorites como esas. Si en la muestra consiguen aparecer algunas personas así (no descartemos los milagros), entonces sería necesario proporcionarles a estas mismas: primero, las necesarias lecciones para que sepan cómo poner eso en práctica; segundo, una vez suficientemente instruidas al respecto, correspondería controlar si esas personas lograron de hecho ponerse más de acuerdo que antes sobre las respuestas específicas a los principales problemas sobre los cuales antes no lograban concordar. Efectuadas todas esas indagaciones, habría que hacer constar los *porcentajes* de individuos en quienes, dentro del gupo examinado, se haya podido verificar, de tal manera, que efectivamente poseen y ejercen tales «capacidades» (...supuesto que la cifra de ellos supere el 0%).

b)/c) El libro de RAWLS es conocido desde hace varias décadas, en círculos académicos de muchos países. Habiendo transcurrido tanto tiempo ya, no creo que sea de mala fe preguntar cómo sus ideas han repercutido en la práctica, ¡no simplemente en cierta literatura! ¿Qué hay ahora de ello en la conducta de los políticos o en la actividad judicial? ¿Qué ha cambiado, de los comportamientos políticos o de la práctica jurídica, en la realidad de estas actividades, en virtud de la difusión alcanzada por ese libro? Supongamos que la muestra examinada se focalizó en el gremio de los juristas y entonces haya podido dar con algunos protagonistas «capaces», lo cual acaso consiga

⁵⁹ Véase también la aclaración efectuada sobre el concepto de «prueba» empírica: *supra*, a la altura de la n. 44.

resultar un poco menos improbable ahí que en otros sectores. Aun en tal caso, sería necesario comprobar, además, que aquellos utilizan *efectivamente* esta «capacidad» para llegar a sus conclusiones: las de los alegatos y las de las sentencias, por ejemplo. Más aún, hay que comprobar si es exactamente por esto mismo, precisamente por emplear tal modelo de razonamiento y no otros, que las conclusiones a que llegan ahí los protagonistas «capaces» son *distintas* de aquellas a que arriban otros juristas puestos ante la misma clase de situaciones; salvo que consiga probarse, lo que es casi inimaginable, que todos o casi todos los juristas usen ese modelo y aceptan así conclusiones similares en los casos debatidos. Sería importante conocer también en qué *porcentaje* de las sentencias examinadas en esta muestra se dan tales diferencias⁶⁰.

d) Nos encontraríamos ante algo así como unos efectos de *causalidad* producidos por esa «clave» para determinar qué es justo. Significaría que, de alguna manera, en la cabeza de los protagonistas se hace presente «el velo de la ignorancia», lo cual entonces, sea por los mecanismos psicológicos que fuere, en la conciencia de ellos produce las concepciones corrientes de la justicia.—No pretendo afirmar que ello sea del todo imposible. Aun dando por aceptada como hipótesis general de psicología científica la existencia del inconsciente, hasta ahora la ciencia no ha podido detectar todo, y ni siquiera la mayor parte de, cuanto pueda haber ahí «adentro». Cuando los psicólogos opinan que esto o aquello está verdaderamente «ahí», entonces por lo menos presentan algunos indicios de probabilidad al respecto, para lo cual ofrecen ciertas pruebas empíricas. Ahora bien: qué pruebas de esta clase posea RAWLS para sostener d), si es que las tiene, permanece en el más recóndito de los misterios. En su libro no aparecen por ningún lado. También para tal cuestión serían necesarios, desde luego, estudios de campo sobre muestras de grupos sociales. Mas las únicas «pruebas» de que RAWLS se ocupa, son unas u otras opiniones *doctrinarias* de ciertos autores.

* * *

Claro que pedir pruebas como las señaladas (a-d), sólo tiene sentido en cuanto no se esté dispuesto a reconocer que los puntos de vista de RAWLS constituyen substancialmente una estrategia del *wishful thinking*; o que, en el mejor de los casos, se trata sólo de unos juicios de valor. Esto último, sobre todo, es lo que sus partidarios *NO* quieren confesar. La «posición original» es una estrategia de disimulación para hacer pasar como si fueran de un carácter meramente *objetivo* las interpretaciones con que cada quien prefiera llenar esa fórmula vacía en sus aplicaciones concretas. Quienes se la toman en serio piensan, o al menos no vacilan en hacer pensar, que mediante semejantes experimentos mentales se puedan lograr efectos importantes *empíricamente*. Empero, ¿esta-

⁶⁰ El Profesor M. ATIENZA me ha hecho notar [en la ocasión antes referida: n. 11] que en EE.UU. se produjeron importantes cambios en la jurisprudencia, con respecto a ciertas cuestiones, promovidos por fallos de tribunales cuya fundamentación se inspiró a título expreso en RAWLS. No pongo en duda la afirmación de ATIENZA, pero con eso no queda demostrado, ni mucho menos, que ahí la referencia a RAWLS haya tenido efectos más de fondo que el proporcionar un encubrimiento retórico —legitimándolo mediante la nombradía de un autor bien conocido— para lo que hubiera podido decidirse con igual conclusión valiéndose de argumentos tradicionales; más aún, faltaría ver si no se hubiera podido llegar incluso a un fallo en dirección contraria basándose igualmente en la «fórmula» (vacía o semivacía) propuesta por dicho autor. Nada de eso puede conocerse *a priori*, sino únicamente sometiendo los fallos en cuestión a análisis específicos.—Me encantaría que el propio ATIENZA aceptara analizar conmigo cualquiera de los fallos a que él se refiere.

rían dispuestos a procurarse pruebas empíricas —examen de muestras u otros datos fácticos relevantes— para apoyar dichas tesis (*a-d*)?

Sería estupendo si los rawlsianos, y los teóricos racionalistas en general, se dignaran a responder por lo menos a dos preguntas claves. 1) ¿Cuál es, en las divagaciones de RAWLS (o las de HABERMAS y colegas afines), la *extensión* propiamente dicha, los sujetos reales, del término personas «racionales» o «razonables»? 2) ¿Qué efectos *empíricamente* comprobables —p. ej.: preceptos legales, decisiones administrativas, sentencias judiciales— ha tenido hasta el presente, en un país dado, dicha propuesta metodológica? Por lo demás, ni siquiera bastaría con verificar si acaso lo de RAWLS haya sido *mencionado* en algunas fundamentaciones [*supra*: nota 60]. Al respecto sería indispensable analizar en qué medida tales giros literarios fueron realmente *decisivos* para resolver la cuestión planteada, esto es, si ahí no se trató simplemente de una manera de «vestir» decisiones análogas a otras que antes se «vestían» con terminologías discursivas algo diferentes.

Mientras preguntas tan sencillas como estas dos no sean evacuadas, las tesis centrales de RAWLS se presentan desprovistas de sustento social empírico. Por eso es que, en la práctica, dichas tesis carecen de toda potencialidad como ideas- *fuerza* para decidir los comportamientos sociales (*i.e.*, los no reservados simplemente al desempeño de unos discursos académicos). Y así cae por sí sola, igualmente, la última de las hipótesis señaladas más atrás: la posibilidad de que entre los experimentos mentales rawlsianos y las intuiciones comunes de justicia exista una «correspondencia» que sea, al mismo tiempo, de carácter lógico y *también* empírico.

6. SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN

...dominaban en ella ciertos libros muy abstractos, llenos de definiciones formulistas —algo así como una especie de escolástica trasvasada de siglo...

VAZ FERREIRA⁶¹

Si alguien pretende afirmar que lo de RAWLS o lo de HABERMAS da cuenta, de alguna manera, de una realidad, ya sea de ciertas constantes sociales o de unos hábitos psicológicos o de determinadas estructuras lógicas a que el pensamiento en materia social se halle inevitablemente sometido, entonces habría que averiguar cuestiones como las siguientes, por lo menos:

a) Ante todo, y por encima de todo, comprobar qué importancia *real* tenga la consideración de semejantes exquisiteces intelectualistas. Corresponde examinar cómo y para qué funciona eso, si es que funciona, en la mente *real* de los locutores normales de los discursos sociales *reales* donde se juega con dicho término.

b) Además valdría la pena conocer si, inclusive reduciendo la discusión al nivel de unas costumbres cultivadas en ciertos sectores académicos para teorizaciones sobre lo social, hay alguna razón ineludible (yo no conozco ninguna) por la cual se llegue a mejores conocimientos prácticos —empezando por aclarar, desde luego, en qué con-

⁶¹ VAZ FERREIRA, 1963: *Algunas conferencias sobre temas científicos, artísticos y sociales*, 1.ª Serie, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. XI [ed. or. 1956], 243.

siste ese «mejor»— cuando uno acepta embarcarse en dichos ejercicios de socioescolástica para resolver cuestiones sociales; y también sería necesario averiguar qué perjuicios *fácticos* pueda acarrear, en cambio, preferir no perder el tiempo en estos.

c) Aun suponiendo (¡casi nada!) que los políticos y los jueces se desvelaran por hacerle caso a alguien como RAWLS, aceptando todos seguir entonces paso a paso el «método» propuesto por él, siempre queda por ver, todavía, si esto les proporcione un instrumento intelectual lo bastante *intersubjetivo* como para resolver unívocamente, o al menos con discrepancias sensiblemente menores que previamente, las cuestiones decisivas sobre las cuales ni antes ni ahora suelen aquellos ponerse de acuerdo.

Recapitulo brevemente, por su orden, mi respuesta para esos tres interrogantes capitales. a) No conozco ninguna investigación empírica que pruebe tal repercusión en los hechos. Por lo demás, basta con no cerrar los ojos a la experiencia cotidiana, para darse cuenta de que nada hay más ajeno al pensamiento y conductas de los actores efectivos, que el transmutarse en unos locutores «racionales» como esos con que sueña RAWLS. b)-c) No hay modo de comprobar si una respuesta afirmativa a estos dos puntos tiene asidero en la realidad, si no es presentando casos en los que ella pueda acreditarse en *tal* plano. No estoy enterado de que existan esos casos en la vida real, o acaso existan pero sólo como rara excepción. Por lo demás, ninguno de los ejemplos que ofrece el propio RAWLS acredita que los haya⁶².

Los esquemas racionalistas que han llegado a ser propuestos como «técnica» para la teoría de lo social, cualesquiera sean, al fin de cuentas son todos, bajo una u otra carátula de fórmulas, criaturas de la misma incurable (en ellos) candidez básica: esa vertebral amalgama entre *esprit de géométrie* y *wishful thinking*. Dígase o no que estamos ahí ante unos «experimentos mentales», y tanto da si esos modelos de análisis se inspiran en el de RAWLS mismo o recurren a fórmulas con otros ingredientes, las puntualizaciones aquí efectuadas acerca de dicho autor son básicamente aplicables, *mutatis mutandis*, a todas esas tendencias, no importa en qué se distingan unas de otras. Su «pecado original» consiste siempre, bajo una u otra carátula de fórmulas, en dos disimulaciones fundamentales: 1) substanciales faltas de claridad sobre la naturaleza misma de la *correspondencia* que supuestamente poseen unas u otras «construcciones» profesoriales con los discursos reales, tanto en el plano de la lógica como en el de la facticidad social; 2) junto con la insuficiencia, o hasta la carencia total, de contrastaciones empíricas para comprobar el *funcionamiento* social —si es que lo tienen— de tales «construcciones».

* * *

⁶² Los que podrían ser —supuestamente— ejemplos al respecto en el libro de RAWLS, están basados en tanta pedantería que no puedo extenderme hasta el extremo de analizar, con el cúmulo de precisiones necesarias para tales efectos, ninguno de aquellos (viene a la medida, también aquí, la observación de VAZ FERREIRA: *supra*, n. 61). Por lo demás, aunque dispusiera del espacio para proceder a tal análisis, no serviría de mucho llevarlo a cabo: siempre podría decirse que escogí un ejemplo a mi gusto, y que un solo ejemplo, o hasta dos o tres o algunos más, no pueden demostrar que aquel «método» no sería (acaso) útil *en general*. Por ende, no me queda otro recurso que el siguiente para poder acaso llevar a cabo en otro momento tal discusión, si es que se me brinda una oportunidad para ello: desafío a cualquier partidario de la escolástica rawlsiana a elegir *él mismo* algún ejemplo (real) sobre el cual centrar la discusión, para no irnos por las ramas; estoy convencido de que podré sacar a luz, ahí mismo, las falacias del caso. ¡A la prueba me someto!—Véase también *supra*: n. 60.

En conclusión.—Lo que RAWLS, HABERMAS y otros nos ofrecen, a título de conocimiento en «profundidad» sobre el papel de la Razón práctica, no es más que un singular crucigrama —«posición original», «velo de la ignorancia», «equilibrio reflexivo», justicia como «equidad», «situación ideal de habla», etc.— perteneciente a cierta categoría bien especial, no sólo por lo aburrida, como manera de hacer teoría social: el expediente de pergeñar tales o cuales ensamblajes de fórmulas vacías (*Leerformeln*) o semivacías dirigidos a «construir» discursos para locutores idílicos.

En las ensoñaciones de autores como RAWLS o HABERMAS, y en general cuando se ofrecen modelos para la organización político-social asentados básicamente en la fe de poder encaminar las organizaciones colectivas a la medida de unos ciudadanos racionales, nos reencontramos con algo así como una nueva *Santa Familia*. Sí, esas son maneras de «entender» la problemática social que no difieren mucho, en cuanto a la candidez de fondo que las sustenta, de aquello que MARX y ENGELS supieron detectar hace un siglo y medio. No menos que entonces, también ahora se trata ni más ni menos que de unas «ilusiones de la filosofía especulativa». En efecto:

«El enemigo más peligroso del humanismo real... es el espiritualismo o idealismo *especulativo*, que suplanta al hombre *individual y real* por la “Autoconciencia” o el “Espíritu”...» [o por la «posición original», la «situación ideal de habla» y semejantes]⁶³.

Se trata, hoy como ayer, de un «estilo» *general* (llamémoslo así) para proceder a teorizar que se hace presente bajo colores y trenzados de variopinta artesanía imaginativa. Al fin de cuentas, todo depende de cuál sea la fórmula básica —la respectiva «posición original», ofrecida bajo unas u otras etiquetas— que el ingenio dogmático del demiurgo en cuestión inserte *a priori* a título de mentalidad intrínseca en esos ciudadanos cumplidamente racionadores, delineados por él mismo. Entonces ya nada obstará a que estos tengan, una vez que les sea proporcionado como libro de cabecera aquella investigación todoiluminante, la conciencia y voluntad de consagrarse a ejecutar alguna de las novelas racionalistas con que un mundillo académico sueña conseguir poner a tales ciudadanos en órbita. Después de todo:

*Si la racionalidad no se puede lograr en la vida, entonces... ¡tanto peor para la vida! Dejemos que el Ideal Lógico rompa toda relación con aquella misma*⁶⁴.

⁶³ MARX/ENGELS, 1958: *La Sagrada Familia* (trad. W. ROCES), México, 73.—El acierto de este diagnóstico en nada queda menguado por el hecho de que sus autores no hayan sabido ver, en cambio, que no menos fantástica es asimismo la utopía en que creyeron ellos mismos.

⁶⁴ He alterado levemente esa cita al traducirla: «If certainty is not obtainable in life, then so much the worse for life. Let the Logical Ideal break off all relations with it» [SCHILLER, cit. en FRANK, J., 1970: *Law and the Modern Mind*, Gloucester-Mass. (ed. or. 1930): 73].

EL GARANTISMO PENAL DE UN ILUSTRADO ITALIANO: MARIO PAGANO Y LA LECCIÓN DE BECCARIA

Dario Ippolito

RESUMEN. La teoría normativa del Derecho penal desarrollada por Francesco Mario Pagano debe situarse dentro de la tradición penal ilustrada que le precede, esto es, en la reflexión de Montesquieu y Beccaria. A partir de la influencia de estos autores, Pagano elabora las líneas generales de un proceso penal moderno cimentado en las garantías fundamentales del inculpa-do. La crítica que Pagano dirige contra el procedimiento inquisitorio, entonces vigente, no se articula sólo en el nivel del *déficit* de garantías del imputado —sobre el que se centraba la principal crítica de los defensores del modelo acusatorio—, además, el autor desafía a los apologetas de la *inquisitio* en su propio terreno: el de la interpelación represiva. Más allá de la denuncia que Pagano realiza en contra del método procesal del Reino de Nápoles, su reflexión desemboca en una teoría procesalista de carácter garantista. Los principios sobre los cuales tal teoría se articula son: el principio de legalidad del proceso, el principio de la imparcialidad del juez, el principio de la paridad de poderes entre acusación y defensa, el principio de contradicción, y el principio de la oralidad y de la publicidad de todo el procedimiento. De esta forma, Pagano intenta dar forma a un coherente sistema de garantías en el cual encontraban expresión y orden las razones políticas y las principales instancias de la Ilustración penal.

Palabras clave: garantías fundamentales del inculpa-do, proceso inquisitorio, proceso acusatorio, Ilustración penal.

ABSTRACT. Pagano's normative theory of criminal law shall be understood as part of the criminal enlightened tradition that comprehends Montesquieu's and Beccaria's thought. From the influence of this authors Pagano develops what, in his opinion, is the general framework for a modern criminal process based on the fundamental guaranties of the accused. The criticism that Pagano addresses to the inquisitorial process is not only based on the lack of guaranties —the main critic from the supporters of the accusatorial model— but also it challenges the defenders of the inquisitorial model in their own ground: the repressive interpellation. Still, Pagano's thesis goes far beyond his claim against the procedural system in the Reign of Naples, since he provides a more complex procedural garantist theory. The principles underlying Pagano's theory are: the principle of due process of law, the principle of impartiality, the principle of equal concern and respect of parties alike, the principle of *contradictio* and the principle of orality and publicity of the process. In such a way, Pagano intends to provide the basis for a coherent system of guaranties through which the political thought of the criminal enlightenment finds expression.

Keywords: fundamental guaranties of the accused, inquisitorial process, accusatorial process, criminal enlightenment.

INTRODUCCIÓN

Un año antes de subir al patíbulo de la *Piazza del Mercato* de Nápoles, condenado a muerte por su participación en el gobierno de la República napolitana de 1799, Francesco Mario PAGANO se encontraba desterrado en Milán, capital de la joven República cisalpina, al ser perseguido por la monarquía borbónica como opositor político. Allí, el 18 de diciembre de 1798, tras una orden de expulsión emitida por la autoridad policial, dirigió una vibrante protesta por escrito a los miembros del *Consiglio dei Juntori*, que no dudaron en sumarse unitariamente a su defensa¹:

¡Ciudadanos Legisladores! Me veo forzado a solicitarles el derecho de asilo y protección que su Constitución me concede y que, sin embargo, me ha sido negado. Veinte años de cátedra en Derecho público en Nápoles, durante los cuales he procurado instilar la teoría y los sentimientos de libertad en la mente y en el corazón de los jóvenes; los *Ensayos políticos*, publicados hace dieciséis años, en los que desarrollé los principios de la democracia y de los derechos del hombre; el *Proceso Penal*, que fue traducido al francés y presentado ante la Asamblea Constituyente recibiendo mención honorífica en el proceso verbal en agosto de 1789 [...]; veintinueve meses de cárcel padecidos en Nápoles durante los que se me arrebató la preciada libertad; el cargo de magistrado y el sacrificio de una considerable fortuna al dedicarme a esta gran causa; la huida, con apuros lograda, nada más pisar suelo libre; el cordial acogimiento que me ofreció la República romana; la invitación por parte del Ministro del Interior para ocupar la cátedra de Derecho público, que acepté renunciando a los correspondientes honorarios; la fuga de aquella República con las conocidas calamidades. Todos estos parecíanme títulos suficientes como para que no se me hubiera impedido disfrutar del derecho de asilo que había solicitado en este suelo².

Presentándose a sí mismo con estas palabras, PAGANO encuadraba toda su actividad intelectual desde los años ochenta en el marco de un fuerte compromiso político en pro de la libertad. También su obra como jurista formaba parte de esta lucha civil: no por casualidad, junto a los *Ensayos políticos*, testimonio de sus ideales republicanos, él recordaba —en el discurso apologético recién citado— su *Consideraciones sobre el proceso penal*³ y sus lecciones universitarias de Derecho penal, por entonces inéditas pero que circulaban en forma de manuscrito y que fueron publicadas póstumamente en dos monografías, tituladas respectivamente *Principios del Código Penal* y *Lógica de los probables*⁴.

¹ Para la biografía de PAGANO véase SOLARI, 1963: «Della vita e delle opere di Francesco Mario Pagano», en *id.*, *Studi su F. M. Pagano*, ed. de L. FIRPO, Turín: Giappichelli, y VENTURI, 1962: «Francesco Mario Pagano. Nota introductiva», en *Illuministi italiani*, t. V, *Riformatori napoletani*, Milán-Nápoles: Ricciardi, 1997, vol. II, t. II, pp. 783-833.

² Cfr. FIORELLI, 1917: «Mario Pagano esule a Milano», en *Archivio Storico Lombardo*, XLIV, 15-16: pp. 1-2.

³ PAGANO, 1787: *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli: Raimondi. La edición por la que se cita en el presente trabajo es la edición milanesa de TOSI y NOBILE, de 1801 [en adelante, *CSP*].

⁴ PAGANO, 1803: *Principi del codice penale*, Milán: Agnello Nobile [en adelante, *PCP* (1)]. El número entre paréntesis sirve para distinguir esta edición de la edición napolitana, basada en un manuscrito distinto, publicada en Sangiacomo en el año 1806 (cfr. SOLARI, G., 1936: *Le opere di Mario Pagano: ricerche bibliografiche*, Turín: R. Accademia delle Scienze, pp. 46-54). Para la edición napolitana se empleará aquí la sigla *PCP* (2), que se refiere al texto contenido en el volumen PAGANO, 2000: *Giustizia criminale e libertà civile*, Roma: Editori Riuniti, pp. 45-119. II. PAGANO, 1806: *Logica de' probabili applicata a' giudizi criminali*, Milano: Agnello Nobile [en adelante, *LP* (1)]. El número entre paréntesis sirve para distinguir esta edición de la edición napolita-

Estas tres obras constituyen conjuntamente el punto de referencia principal para el estudio del pensamiento penal de PAGANO. En las *Considerazioni*, elabora una reconstrucción del sistema procesal vigente, criticándolo a la luz de los principios de garantía fundamentales expresados en la cultura ilustrada. La *Lógica* completa la doctrina procesalista paganiana en lo tocante a la disciplina y teoría de la prueba. Los *Principios*, por su parte, tratan problemas relativos al Derecho penal sustantivo⁵.

Mientras que las *Considerazioni* es una obra concebida como instrumento de lucha política —en la cual las ideas de PAGANO se colocan en abierta polémica con la realidad del ordenamiento—, los *Principios* y la *Lógica* conforman un manual universitario destinado a los estudiantes de Derecho penal, donde la actitud crítica en relación con el Derecho positivo es, por fuerza de las circunstancias, mucho más sutil. Lo cual no significa que, en el fondo, sea menos radical: son más bien los tonos y la estrategia que la crítica debe seguir para adaptarse a un contexto diferente. Para darle fuerza a sus tesis, constantemente críticas con la praxis jurídica, PAGANO recurre continuamente a la fuerza autoritativa del Derecho romano, del cual toma únicamente aquellos principios que están en sintonía con las instancias iuspolíticas de la Ilustración, colocándolos a modo de bisagras en la reconstrucción racional del ordenamiento. Así pues, desde la cátedra universitaria PAGANO no dicta lecciones de dogmática jurídica, sino que profesa una teoría normativa del Derecho penal.

Al análisis de la dimensión procesal de esta teoría y a su ubicación en su contexto cultural están dedicadas las páginas que siguen.

PAGANO Y LA CENTRALIDAD POLÍTICA DEL PROBLEMA PENAL

«En este siglo, la antorcha de la filosofía comenzó a iluminar las tinieblas del foro. El autor de *Del espíritu de las leyes*, a saber, el célebre Presidente de MONTESQUIEU, fue el primero en dirigir la mirada filosófica sobre la jurisprudencia penal. El célebre Marqués DE BECCARIA en su libro *De los delitos y de las penas*, muy conocido en Europa, sometió *ex proposito* a examen muchas doctrinas ciegamente seguidas en el foro. Una multitud de escritores siguieron los pasos de estos valientes hombres»⁶.

Con estas palabras PAGANO introducía a los estudiantes del ateneo napolitano su curso de «Instituciones penales». Las palabras resultaban inequívocas: el curso se iniciaba en la senda de ruptura con la cultura jurídica tradicional y con la penalística forense.

Más que la referencia crítica a la «doctrina ciegamente seguida en el foro», era la referencia a MONTESQUIEU y a BECCARIA —nombres estandarte de la Ilustración pe-

na, basada en un manuscrito distinto, publicada en Sangiacomo en el año 1806 con el título *Logica de' probabili per servire di teoria alle pruove nei Giudizi criminali*. Para esta versión se empleará aquí la sigla LP (2), que se refiere al texto contenido en el volumen PAGANO, 2000: *Giustizia criminale e libertà civile*, Roma: Editori Riuniti, pp. 121-199. Tanto la edición milanesa como la edición napolitana de la *Logica* se basan en manuscritos más completos que el publicado con el título *Teoria delle prove* como apéndice a la primera edición de los *Principi del codice penale* (Milán: Nobile, 1803: pp. 92-176) (cfr. SOLARI, G.: *Le opere di Mario Pagano*, cit., pp. 46-54).

⁵ Sobre el pensamiento penal de PAGANO véase también el importante trabajo de PALOMBI, E., 1979: *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*, Napoli: Giannini.

⁶ PCP (1), «Introducción», p. 9.

nal⁷— lo que ponía de manifiesto la dirección innovadora adoptada por PAGANO. Y la mención a esa «multitud de escritores» que les siguieron, aunque no hacía justicia a quienes destacaron entre esa multitud (sorprende la omisión de un merecido reconocimiento a FILANGIERI), colocaba oportunamente la reflexión paganiana en el contexto de ese fermento de ideas y de proyectos que en la segunda mitad del siglo XVIII había sometido a análisis el modelo penal dominante en los Estados de la Europa continental⁸.

Desde que BECCARIA, en 1794, había relanzado las tesis garantistas y humanitarias de MONTESQUIEU y otras de semejante inspiración, agrupándolas en un breve opúsculo que rápidamente recorrió todos los países de Europa, la cuestión penal se había convertido en un tema central del debate público⁹. Los frutos prácticos de este movimiento ya eran visibles en los países gobernados por los soberanos más receptivos a las propuestas reformadoras. Pero estos eran casos excepcionales¹⁰. En otros lugares se seguía sembrando: allí donde los tiempos de la cosecha casi coincidirían con la estación revolucionaria. Y es que, efectivamente, los principios y argumentos que en el ambiente ilustrado alimentaban el debate sobre las penas eran auténticas semillas de revolución.

El carácter político del Derecho penal fue asumido y representado en toda su plenitud, y la crítica escarbó hasta las raíces de la estructura tradicional del poder. Sustrái-do el hombre al orden preestablecido, desigual y autoritario de las jerarquías de *status*; descubierto el individuo como artífice racional del mundo político; declarados inalienables sus derechos naturales y elevados esos derechos a norma de reconocimiento del poder legítimo... de esta forma, el pensamiento ilustrado sometía a examen el problema de la legislación penal como piedra de toque para caracterizar al poder político¹¹.

A quien, al pensar en la política, asumía el punto de vista del sujeto portador de derechos intangibles, sobre todo la vida y la libertad, la justicia penal se le revelaba como un factor crítico y crucial. ¿Podía justificarse un poder que conculcara tales derechos? ¿Quién podría ejercerlo? ¿Contra quién y dentro de qué límites podría entenderse legítima su acción?¹². En ningún otro momento de la vida social el poder se manifestaba en formas más peligrosas para el individuo que en el acto de la represión penal; ese era el terreno en el que la presencia de la autoridad política se mostraba más invasiva. Y sin embargo la ley penal era necesaria. ¿Cómo podía haber libertad y seguridad del sujeto, seguridad de la libertad, sin una norma imperativa provista de sanción?

⁷ La literatura sobre el pensamiento penal de MONTESQUIEU y de BECCARIA es vastísima. Véase, sobre todo, DERATHÉ, 1966: «Le droit de punir chez Montesquieu, Beccaria et Voltaire», en *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria*, Turín: Accademia delle Scienze, pp. 85-100; CATTANEO, 1974: *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, Ferrara: De Salvia, pp. 107-128; TARELLO, G., 1997: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione* (1976), Bologna: Il Mulino, pp. 415-478.

⁸ Véase la rica antología de documentos editados por VENTURI en BECCARIA, 1764: *Dei delitti e delle pene*, ed. de VENTURI, 1964; Turín: Einaudi, 2003, pp. 165-650; así como la importante «Introducción» del mismo VENTURI (*ibid.*, pp. VI-XXXVI). Para citar la obra de BECCARIA se hará referencia a esta edición.

⁹ Cfr. VENTURI, 1970: *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Turín: Einaudi, 1978, pp. 119-143.

¹⁰ Para un amplio panorama sobre las políticas penales de la segunda mitad del siglo XVIII véase *La «Leopoldina». Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del Settecento europeo*, ed. de L. BERLINGUER, Siena: Università degli Studi di Siena, 1986.

¹¹ Cfr. COSTA, 1999: *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 1. *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari: Laterza, pp. 433-440.

¹² En el conjunto de estas preguntas TARELLO hace consistir «el “problema penal” en el siglo XVIII»: cfr. TARELLO, 1976: 383.

El Derecho penal se configuraba así, a la luz de esos interrogantes y de esa conciencia, como el eje principal del orden civil y el instrumento indispensable, aunque delicadísimo, para la construcción de las barreras de protección de la libertad del individuo¹³.

La toma de conciencia sobre la importancia «constitucional» de la legislación penal es ya clara en MONTESQUIEU: habla por sí mismo el título del duodécimo libro de su obra principal, «De las leyes que determinan la libertad política en su relación con el ciudadano», en donde las leyes en cuestión son precisamente las «leyes penales»¹⁴. Dado que la libertad consiste en la seguridad de los propios derechos, y que por lo demás no puede prescindir nunca de la confianza subjetiva en esta seguridad, «de la bondad de las leyes penales depende principalmente la libertad del ciudadano»¹⁵. De esta manera, la «bondad» del Derecho penal venía a condicionar, en gran medida, la bondad del gobierno.

Desde tales premisas ha de entenderse que se desenvuelven las conversaciones entre BECCARIA, los hermanos Verri y Luigi LAMBERTENGHI, a través de las cuales se articula el célebre «librito»¹⁶ del Marqués¹⁷. De ahí el homenaje al «inmortal Presidente de Montesquieu»¹⁸ situado al comienzo de la obra: un explícito reconocimiento al mérito del pionero, que había señalado el camino correcto con «huellas luminosas»¹⁹. La meta consistía en la definición del Derecho penal justo, o sea, el que respondiera a la doble exigencia de orden social y de libertad individual: la libertad no existe sin orden, pero el orden es ilegítimo si no asegura la libertad»²⁰.

La legislación penal vigente había fracasado en ambos frentes: no producía seguridad, porque no evitaba los delitos; y no garantizaba la libertad, porque pisoteaba los derechos. Emblemático, desde este punto de vista, era el empleo de la tortura como instrumento de investigación judicial: ¿Cuántos culpables evitaban la pena resistiendo a los tormentos? ¿Y cuántos inocentes, cediendo y confesando en falso, padecían el castigo por delitos nunca cometidos²¹? El sistema penal debía ser reformado en todos sus aspectos; tipos delictivos, clases de penas y el modelo procesal necesitaban de una reformulación integral sobre el dictado de los principios de una política destinada a fundarse en los derechos del individuo²².

Cuando escribía BECCARIA, todavía «poquísimos habían examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos penales»²³. Veinte años después, cuando PAGANO debutaba en la cátedra de Derecho penal, a pesar de que aque-

¹³ Cfr. CATTANEO, 1974: pp. I-IX, y COSTA, 1999: pp. 433-440.

¹⁴ SECONDAT DE MONTESQUIEU, C.-L. de, 1748: *Lo Spirito delle leggi*, ed. de R. DERATHÉ, 1996: Milán: Rizzoli, lib. XII, cap. II, p. 342.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ MANZONI, 1842: *Storia della Colonna Infame*, Milán: BUR, 1961: p. 56.

¹⁷ Véase el testimonio de P. VERRI en CASATI, 1879: *Lettere e scritti inediti di Pietro e Alessandro Verri*, Milán: Galli, vol. I, p. 183.

¹⁸ BECCARIA, 1774: 10.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. *ibidem*, I, p. 11.

²¹ Cfr. *ibidem*, XVI, p. 38.

²² COSTA, 1999: 434-440.

²³ BECCARIA, 1774: «Introducción», p. 10.

llos «pocos» se habían convertido en una «multitud», todavía permanecían «las profundas heridas que enfermaban y minaban el universal sistema penal europeo»²⁴. Por eso, la lucha contra la iniquidad, la irracionalidad y la inhumanidad del ordenamiento vigente debía continuar. Y PAGANO recogía el testimonio de los «Filósofos Filántropos»²⁵ con manifiesto orgullo y firme conciencia: «me atrevo por tanto a atravesar las tinieblas del foro con la antorcha de la filosofía; intrépidamente [...] me atrevo a criticar las opiniones reinantes, consagradas por la pluma de los juristas y adoptadas a veces por la venerable autoridad de las leyes; y me atrevo asimismo a proponer la reforma»²⁶.

Así, PAGANO lanzaba su desafío contra todos «aquellos que, usando la memoria por razón, y la autoridad por evidencia en las decisiones de *Afflitto* y de *Riccio*, busca[ba]n los principios de la razón pública»²⁷. Esos principios no se hallaban en la tradición sino que se extraían de otro lado y eran hechos valer en la realidad. Debían convertirse en Derecho positivo y sustituir a la legislación existente y a las prácticas enraizadas en la administración de justicia. La empresa era enorme; se trataba de «derribar un coloso que el prejuicio y la opinión [habían] erigido durante muchos siglos»²⁸. Era inevitable la colisión contra los «intereses privados de muchos»²⁹; previsible la resistencia de los «esclavos del hábito y del ejemplo»³⁰. Las relaciones de fuerza no eran favorables, ciertamente; pero lo que estaba en juego era demasiado importante como para renunciar al combate. En efecto: se trataba de la afirmación de un orden iuspolítico orientado a la salvaguarda de los derechos del individuo.

Para PAGANO, todavía más que para MONTESQUIEU, el problema penal es el problema constitucional por excelencia. La legislación penal es el principal indicador de la calidad de un gobierno, en cuanto que a través de ella se lee inmediatamente la estructura del poder y la esfera del individuo. Su conformación incide directamente sobre la libertad civil, ya sea protegiéndola o, por el contrario, aniquilándola³¹.

Sólo la ley, efectivamente, permite el paso de la condición de conflicto entre los individuos al orden político. En ausencia de la ley, el hombre es libre de hacer uso de sus propias facultades naturales, pero tal libertad —como había enseñado (lockeanamente) BECCARIA—, «se vuelve inútil ante la incertidumbre de conservarla»³². Si nuestras acciones son reguladas exclusivamente a partir de nuestros propios impulsos y apetitos, cada hombre representa una constante amenaza para sus semejantes: la libertad sin ley posee el impulso egoísta de la opresión. De ahí la necesidad de la ley positiva, fiel copia de la ley natural, que interviene para limitar la libertad de cada uno y hacerla compatible con la libertad de todos. Tal es la libertad civil, que consiste en el ejercicio de nuestros derechos, en definitiva, en el uso de nuestras facultades físicas y morales regido por el principio del *alterum non laedere*³³.

²⁴ Carta de PAGANO *Al Regio Consigliere Signor Cavaliere D. Luigi Medici de' Principi d'Ottiano*, en CSP, p. IV.

²⁵ PCP (2), «Al lettore», p. 5.

²⁶ CSP, «Al Regio Consigliere», p. IV.

²⁷ *Ibidem*, p. III.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Cfr. ibidem*, «Introducción», pp. 1-3.

³² BECCARIA, 1774: I, p. 11.

³³ *Cfr. CSP*, cap. I, pp. 5-10.

La ley, por tanto, es garantía de la libertad. Y la garantía de la ley es la pena, el arma que la prohibición normativa amenaza con utilizar frente a los transgresores. He ahí por qué la legislación penal es la tabla que soporta la libertad civil³⁴. Una tabla frágil, sin embargo; que puede fácilmente quebrarse poniendo con ello en riesgo aquello que debería sostener.

PAGANO señala los dos puntos de fractura trágicamente revelados por la observación de la realidad. El primero es la ineficacia de la ley. Allí donde la prohibición no es respetada y la sanción no castiga al trasgresor, se menoscaba la seguridad de nuestros derechos: «Donde los delitos quedan impunes, ahí reina siempre la indómita licencia; ahí [...] el ciudadano puede ser impunemente privado de sus derechos; ahí no se goza de libertad, no se conoce la seguridad, no se disfruta de la tranquilidad»³⁵. El segundo punto se refiere al arbitrio represivo de la justicia penal. El poder, que debería actuar como custodio de los derechos de los individuos, defendiéndolos de las ofensas de otros, puede desviarse de esa finalidad asumiendo formas y modalidades de acción dañinas contra la libertad: «si para indagar y castigar los delitos se sueltan en exceso las manos del juez, donde él mucho se atreva e ilimitadamente actúe; si la ley suministra el medio a través del cual o el ciego celo o la maldad cubierta por el manto de lo justo pueda atentar contra los derechos del ciudadano [...], la libertad y la inocencia, las dos grandes deidades que las leyes deben respetar sobre todas las cosas, nunca estarán aseguradas»³⁶. La denuncia de PAGANO se dirige contra el sistema penal vigente, afectado de esos dos nocivos liberticidas que, al sumarse el uno al otro, multiplican sus devastadores efectos.

FILANGIERI había considerado en los mismos términos la cuestión de la justicia penal en la introducción al libro tercero de su monumental obra³⁷: «en la legislación penal —había escrito— el temor [...] del malvado debe ser combinado con la seguridad del inocente»³⁸. Sin embargo un abismo separaba el deber ser de la realidad: «nosotros podemos afirmar con certeza que no hay delito, por manifiesto que sea, que no pueda, bajo el auspicio de este complicado y erróneo método de inquisición, quedar impune; y no hay inocencia, por conocida que sea, que tenga asegurada su tranquilidad y su paz»³⁹.

A los ojos de ambos autores la obra de reflexión y de renovación del ordenamiento penal debía comenzar por la reforma del proceso: un agujero negro en el que desaparecían todos los derechos subjetivos. Una «mezcla monstruosa —denunciaba FILANGIERI, influido por el célebre *incipit* del *De los delitos*— de los principios de la jurisprudencia romana con los principios, en parte abolidos y en parte existentes, de la legislación de los bárbaros, del sistema feudal, y de las leyes canónicas; máximas, algunas de ellas, contrarias a la libertad del hombre y que destruían los derechos más pre-

³⁴ Cfr. *ibidem*.

³⁵ CSP, cap. V, p. 19.

³⁶ CSP, cap. II, pp. 10-11.

³⁷ FILANGIERI, 2003: *La Scienza della legislazione* (1780-1791), Nápoles: Grimaldi [reimpresión anastática de la edición parisina de C. DERRIÉY, 1853]. El libro tercero de la obra, *Delle leggi criminali*, aparecido en el año 1783, está dividido en dos partes; la primera se titula *Della procedura* y la segunda *De' delitti e delle pene*.

³⁸ *Ibidem*, lib. III, parte I, cap. I, p. 118.

³⁹ *Ibidem*, pp. 118-119.

ciados del ciudadano»⁴⁰. Este monstruo jurídico, observaba PAGANO, producía una «insidiosa red, en la cual los pequeños y pobres ciudadanos son detenidos, mientras que los grandes y potentados culpables habiendo violado las reglas quedan impunes»⁴¹.

Se necesitaba reconstruir el procedimiento penal en todas y cada una de sus partes teniendo en cuenta su función civil: la protección de la libertad. Cada regla y cada institución debían ser valoradas a la luz de la doble exigencia del castigo del culpable y de la máxima garantía al inocente. Demasiados eran los resortes legales que, sin servir de escudo a la inocencia, permitían al reo sustraerse a la pena: formalidades no garantistas, sino meramente dilatorias, generadoras de impunidad. Demasiado escasas, casi inexistentes, las normas adecuadas para proteger al imputado inocente de ser injustamente castigado⁴². Había que abolir aquéllos y establecer éstas, circunscribiendo estrictamente, por vía legal, el poder discrecional de los magistrados, con el fin de despojar, en la medida de lo posible, «al inocente de cualquier temor, al culpable de toda esperanza, y a los jueces de cualquier arbitrio»⁴³.

EL PROCESO: LA TUTELA DE LA INOCENCIA Y LA GARANTÍA DE LA VERDAD

Movido por la toma de conciencia —madurada sobre la lectura de MONTESQUIEU y agudizada por el panorama de degradación del sistema judicial del reino de Nápoles— de que «el proceso penal [...] es el custodio de la libertad, la trinchera contra la prepotencia, el indicador cierto de la felicidad nacional»⁴⁴, PAGANO traza las líneas fundamentales de un proceso penal moderno, planteando las garantías fundamentales del imputado no sólo como irrenunciables instrumentos de tutela de la libertad, sino como el mejor método de obtención de la verdad.

También FILANGIERI, en su *Ciencia de la legislación*, había visto en el proceso penal la articulación fundamental de la organización del poder en relación con los sujetos. Con ello evidenciaba los intolerables defectos del sistema vigente, señalaba las dificultades de la tarea de «reparación» y, al mismo tiempo, se lamentaba de la escasez e inadecuación de los análisis y de las propuestas reformadoras⁴⁵: «La filosofía se ha detenido en algunos de sus elementos más manifiestamente viciosos, pero todavía no ha alcanzado a ver la máquina entera»⁴⁶.

En efecto, tanto MONTESQUIEU como BECCARIA habían privilegiado la parte sustantiva de la legislación penal frente a la procesal. Si sus respuestas a las preguntas

⁴⁰ *Ibidem*, p. 118.

⁴¹ *CSP*, cap. VI, p. 25.

⁴² *Cfr. CSP*, cap. III-V, pp. 12-21.

⁴³ FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. I, p. 119.

⁴⁴ *CSP*, «Introducción», p. 3.

⁴⁵ El procedimiento es considerado por FILANGIERI como la «parte» de la legislación penal que resulta ser «la más difícil de reformar y la más interesante que tratar» (FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. I, p. 119).

⁴⁶ *Ibidem*. Para el debate sobre el proceso penal en la segunda mitad del siglo XVIII, véase DEZZA: *Note su accusa e inquisizione*, cit., pp. 185-239, que analiza las posturas de Luigi CREMANI, Filippo Maria RENAZZI, Alberto DE SIMONI, FILANGIERI, y PAGANO (en particular, a las ideas filangierianas están dedicadas las pp. 209-223).

sobre «qué prohibir» y «cómo castigar» habían sido claras, precisas y puntuales, llegando a proporcionar una sólida teoría normativa del Derecho penal, menos elaboradas, en cambio, se presentaban sus tesis relativas al problema del «cómo juzgar». No faltaba, ciertamente, la crítica al procedimiento de la época. Y de forma clara se presentaba también la formulación de los principios fundamentales de garantía en torno a los cuales habría de centrarse la dogmática penal posterior. Pero no se encontraba en el *Espíritu de las leyes*, y tampoco en *De los delitos*, lo que FILANGIERI y PAGANO afirmaban como indispensable: «un nuevo método» procesal que sustituyera «al antiguo»⁴⁷.

BECCARIA sí había contrapuesto a un «proceso ofensivo», practicado «casi en todos los lugares de la Europa ilustrada», un proceso «informativo [...] muy poco practicado en los tribunales europeos»⁴⁸. Contra el primero dirigía su crítica mientras que al segundo lo exaltaba como el «verdadero proceso» («el que la Razón ordena»)⁴⁹. Pero los lineamientos del modelo propugnado no estaban definidos con detalle en un cuadro de conjunto. Y la verdad es que la adecuada comprensión de su punto de vista procesalista no se veía favorecida por la vinculación empírica que su propuesta tenía con el sistema «usado por el propio despotismo asiático en los casos fáciles e indiferentes»⁵⁰, sistema que había enseñado MONTESQUIEU (y que de él había aprendido la mayoría de sus contemporáneos cultos) a propósito de las instituciones penales de los gobiernos despóticos⁵¹.

Para pensadores de una vasta cultura jurídica como FILANGIERI y PAGANO, no era necesario buscar tan lejos (ni en un lugar tan improbable) la alternativa al procedimiento continental contemporáneo; más útiles que las inciertas indicaciones beccarianas eran las aceptadas sistematizaciones doctrinales de la tradición penalista del Derecho común, que distinguían dos modelos procesales, el inquisitivo y el acusatorio: vigente en Europa el primero, monumento de la experiencia judicial romana el segundo⁵².

Puesto a punto por la ciencia jurídica moderna con una finalidad puramente teórica, tal esquema dualista ya había sido explotado en su potencial crítico en los albores del siglo XVIII por el heredero más representativo de la tradición iusnaturalista del siglo XVII, Christian THOMASIIUS, quien en su disertación «*de origine processus inquisitorii*»⁵³ había montado un vigoroso primer asalto contra la *inquisitio*. THOMASIIUS cuestionó las instituciones de la *inquisitio* sobre la base de los «*dictamina rectae rationis*»⁵⁴ y, por contra, ofreció una defensa de la *accusatio* fundada en su conformidad con el Derecho natural⁵⁵.

⁴⁷ FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. I, p. 119.

⁴⁸ BECCARIA, 1774: XVII, p. 46.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cfr. MONTESQUIEU, 1748: lib. VI, pp. 221-243; lib. XII, pp. 341-366.

⁵² Cfr. DEZZA, 1989: *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici contemporanei*, Milán: Giuffrè.

⁵³ THOMASIIUS, 1711: *Dissertatio de origine processus inquisitorii*, Halle. La edición que aquí se cita se encuentra en *Christianii Thomasi dissertationum academicam varii imprimis iuridici argumenti tomus tertius*, Halae Magdeburgicae, impensis vid. Gebaueri et filii, 1777, pp. 421-443. Sobre la doctrina procesalista de THOMASIIUS véase DEZZA, 1989: 116-135.

⁵⁴ *Ibidem*, III, p. 422.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 423.

PAGANO, setenta años después, explorará un sendero similar. La recepción de los modelos doctrinales le permitió individualizar inmediatamente los puntos de referencia históricos que eran útiles para la definición de su proyecto reformador, así como para la elaboración de su más amplia concepción procesalista; la cual, conviene subrayarlo, no se deduce únicamente del primero. Cuando la investigación sobre el pensamiento de PAGANO se limita a tomar en consideración su «*Reforma del proceso penal*»⁵⁶, concebida de forma realista con vistas a una finalidad práctica inmediata, no logra captar en su integridad la teoría garantista orgánica y coherente que él articuló. Una adecuada reconstrucción de esa teoría ha de ser llevada a cabo, por el contrario, teniendo en cuenta todos los análisis de orden histórico, crítico y reconstructivo presentes en las *Consideraciones*.

En la orientación de su obra, PAGANO asume una perspectiva de tipo histórico y comparativo: su búsqueda de las reglas del proceso justo parte de la reconstrucción del *iter* procesal romano-republicano⁵⁷ y de la exposición de las instituciones del sistema procesal inglés⁵⁸, del cual FILANGIERI había obtenido también los elementos para su doctrina procesalista⁵⁹.

El cuadro histórico de la *accusatio* romana es diseñado no sólo mediante el uso de las fuentes legislativas transmitidas por la compilación justiniana, sino también apoyándose en materiales judiciales y en obras historiográficas (CICERÓN y TÁCITO), siguiendo un modelo de matriz humanista, probablemente aprendido a través del estudio de Anton MATTHES⁶⁰. El perfil del proceso inglés descansa en cambio en la lectura de BLACKSTONE⁶¹ y de DE LOLME⁶², cuyas obras, muy difundidas en la Europa del siglo XVIII, habían contribuido a acrecentar el (ya consolidado) mito ilustrado de Inglaterra.

Es precisamente al final del capítulo dedicado al sistema procesal inglés cuando PAGANO expresa un primer juicio claro a favor del modelo acusatorio: en el sistema inglés «es imposible la opresión, imposible que el juez de paz, los grandes y pequeños jurados, los ministros reales concurren todos en el mismo mal diseño»⁶³. En cuanto a la evaluación negativa del proceso inquisitivo, esta ya se podía apreciar con nitidez incluso antes de ser formulada de forma explícita y motivada de manera rigurosa, en la reconstrucción histórica que PAGANO realiza sobre su origen y su evolución.

En contra de la opinión de TOMASIO, quien afirmaba que el *origo processus inquisitorii* debía remontarse al pontificado de Inocencio III y, en concreto, a las estrategias judiciales de represión antiherética practicadas en aquella época⁶⁴, PAGANO sitúa el na-

⁵⁶ Cfr. CSP, cap. XXXII, pp. 158-168.

⁵⁷ Cfr. *ibidem*, VII, pp. 27-38.

⁵⁸ Cfr. *ibidem*, VIII, pp. 39-43.

⁵⁹ Cfr. FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. I, p. 119.

⁶⁰ MATTHES, 1644: *De criminibus. Ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius. Adiecta est brevis et succinta iuris municipalis interpretatio*, Utrecht. Sobre la doctrina procesalista de MATTHES véase DEZZA, 1989: 106-116. PAGANO cita frecuentemente a MATTHES (italianizado como MATTEI), sobre todo en la *Lógica*, donde le define como «docto intérprete de las leyes, pero no agudo pensador» [LP (1), cap. III, p. 11].

⁶¹ BLACKSTONE, 1765-1769: *Commentaries on the Laws of England*, Oxford: Clarendon Press.

⁶² DE LOLME, 1771: *Constitution de l'Angleterre, ou Etat du Gouvernement Anglais, comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe*, Amsterdam.

⁶³ CSP, cap. VIII, p. 42.

⁶⁴ THOMASIU, 1711: LIII-LIV, pp. 442-443.

cimiento de la *inquisitio* en la Roma imperial: «Un vulgar error, gallardamente sostenido por TOMASIO, hizo creer a muchos que era en el Derecho canónico donde se debía rastrear el origen del proceso inquisitivo. Sin embargo, aunque tal sistema fuese muy ampliado y promovido por el Derecho canónico, su introducción precede a ese Derecho, del mismo modo en que la tiránica política de la sospecha de los emperadores romanos precedió a la de los clérigos»⁶⁵.

La génesis de la inquisición es pues asociada con una fase de tiranía política. Y su desarrollo, a peor, se vincula también con una situación histórica de grave crisis de la libertad civil: la «monarquía universal»⁶⁶ de Inocencio III. Si el procedimiento imperial había transformado la condición del imputado, estableciéndose la encarcelación «con tan solo el informe inquisitivo»⁶⁷, o sea, antes del eventual juicio de culpabilidad, el proceso canónico había hecho algo peor: había introducido el «procedimiento secreto y misterioso»⁶⁸.

MATTHES y MONTESQUIEU habían encontrado la razón histórica del secretismo del procedimiento moderno, respectivamente, en un banal malentendido lingüístico cometido «por los primeros intérpretes bárbaros del Derecho romano»⁶⁹ y en la introducción de la escritura⁷⁰. En oposición a ellos, PAGANO —esta vez siguiendo claramente a TOMASIO— considera el secreto judicial un legado del Derecho canónico: «Ese celo paternal —escribe con mordaz espíritu anticlerical— que inculcó nuestra santa religión a sus ministros, ese ministerio pastoral que debía esmerarse tanto en el cuidado de la grey que a ellos había sido encomendada, degeneró con el tiempo, como suele suceder, en el espíritu de la inquisición; armas [...] letales contra la inocencia. Cuando los ministros de la religión [...] hicieron uso de su poder temporal, transformaron la vigilancia pastoral en inquisitiva opresión»⁷¹.

Una vez puesta de manifiesto la matriz romano-canónica de las estructuras fundamentales de la *inquisitio* típicas del sistema procesal moderno, PAGANO asume inmediatamente una posición crítica frente a ella: es un método «terrible y feroz»⁷² que por su «natural e ingénita irregularidad»⁷³ tiende a la «opresión»⁷⁴.

La respuesta a la pregunta acerca de cuál es la realidad institucional que PAGANO intenta encuadrar bajo la fórmula de «proceso inquisitivo» se obtiene paulatinamente conforme avanza su estudio sobre «los desórdenes del sistema vigente»⁷⁵, en el cual analiza los elementos constitutivos del procedimiento seguido por los tribunales napolitanos para juzgarlos a la luz de reglas procesales garantistas.

En esta investigación histórico-crítica cabe detectar la contraposición de dos modelos procesales antitéticos por su naturaleza y por sus características fundamentales:

⁶⁵ CSP, cap. IX, p. 46.

⁶⁶ *Ibidem*, cap. XII, p. 66.

⁶⁷ *Ibidem*, cap. XI, p. 62.

⁶⁸ *Ibidem*, cap. XII, p. 63.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Cfr. MONTESQUIEU, 1748: lib. XVIII, p. 753.

⁷¹ CSP, cap. XII, p. 65.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, cap. XIV, p. 71.

⁷⁴ *Ibidem*, cap. XV, p. 76.

⁷⁵ *Ibidem*, cap. XXX, p. 146.

a) el rito inquisitivo, caracterizado por la presunción de culpabilidad del imputado, por la prisión preventiva, por el secreto y por la forma escrita de la instrucción probatoria, por la posición de inferioridad de la defensa respecto de la acusación, por la confusión entre la acusación y el juez; b) el rito acusatorio, fundado sobre la presunción de inocencia y la libertad personal del imputado, sobre la publicidad y sobre la oralidad, sobre la igualdad y sobre el principio de contradicción entre las partes, sobre el carácter de tercero y la imparcialidad del juez, sobre el carácter colegiado del órgano juzgador.

Cada uno de los elementos del sistema inquisitivo aparece a los ojos de PAGANO como una amenaza a (cuando no una negación directa de) la libertad civil, es decir, a la *ratio* misma que él atribuía al proceso. Por el contrario, los componentes del modelo acusatorio son concebidos como instrumentos de tutela de la inocencia y de garantía de la verdad.

En las líneas que siguen, se propone un repaso de los caracteres opuestos de los dos estilos procesales, tal y como vienen presentados en las *Consideraciones*, con el objetivo de definir los lineamientos del pensamiento procesalista de PAGANO y de indicar sobre puntos específicos sus estrechos vínculos con la reflexión ilustrada que le precede. La referencia a los ilustrados, por lo demás, no es expresa en PAGANO, quien se limita únicamente a una cita a FILANGIERI sobre el valor de la confesión⁷⁶ y a una remisión genérica a las observaciones sobre la tortura de los «clarísimos modernos»⁷⁷, tras quienes puede entreverse, por encima de todos, el rostro de BECCARIA.

a) *Libertad personal vs. encarcelación «ante iudicium»*. Sobre la prisión preventiva se había manifestado ya, de forma crítica, BECCARIA, poniendo énfasis en la garantía de la presunción de inocencia y en el principio fundamental «*nulla poena sine iudicio*»: «la privación de libertad, siendo una pena —había escrito—, no puede preceder a la sentencia salvo cuando la necesidad lo exija»⁷⁸. Tras él, FILANGIERI había denunciado con tono dramático la angustiosa condición del inocente relegado en prisión a la oscuridad de la imputación pendiente sobre su cabeza⁷⁹, señalando con el dedo la indiferencia culpable de los soberanos que no corregían, ni siquiera frente a un escándalo tan epatante, «sus bárbaras leyes»⁸⁰. Por su parte, PAGANO, también hombre del foro, y por tanto testigo directo del funcionamiento de una institución procesal abiertamente contrapuesta a las garantías de la libertad personal, deplora la «larga y penosa prisión, más grave a veces que la pena misma por el delito»⁸¹ del cual el detenido, en espera de juicio, es considerado sospechoso; y al considerar las situaciones de necesidad que pudieran ser una justificación, exalta el *babeas corpus* inglés como «sostén y base de la libertad británica»⁸².

b) *Publicidad vs. secreto*. PAGANO también coincide con los «padres» de la Ilustración penal en la batalla contra el secreto inquisitivo: «públicos sean los juicios, y públicas las pruebas del delito»⁸³, había reclamado BECCARIA, quien veía en la transparen-

⁷⁶ Cfr. *ibidem*, cap. XXII, p. 113.

⁷⁷ Cfr. *ibidem*, cap. XXX, p. 147.

⁷⁸ BECCARIA, 1774: XIX, pp. 47-48.

⁷⁹ FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. III, pp. 124-125.

⁸⁰ *Ibidem*, lib. III, parte I, cap. VI, p. 134.

⁸¹ CSP, cap. XIX, p. 90.

⁸² *Ibidem.*, cap. VIII, p. 39.

⁸³ BECCARIA, 1774: XIV, p. 35.

cia del poder un freno a la arbitrariedad. FILANGIERI había denunciado el «misterioso y arbitrario secreto» que «acompaña[ba] a los primeros y más interesantes pasos [...] del procedimiento»⁸⁴. La crítica de PAGANO también se dirige contra el «bárbaro monstruo del insidioso arcano, que se introduce en el templo de la justicia para expulsar a esa reina de su propio trono»⁸⁵. Él observa en el «taciturno e insidioso secretismo» un «misterio dañino»⁸⁶ que perjudica la situación procesal de la defensa al privarla del conocimiento de la acusación y de los elementos de prueba y que, en consecuencia, pone en riesgo la inocencia.

c) *Oralidad vs. escritura*. PAGANO también pone en tela de juicio la instrucción escrita como base del juicio, pues la considera incompatible con la búsqueda de la verdad, a la que ha de orientarse el proceso. A las testificales por escrito, afirma, no debería dárseles ningún valor: la escritura «está muerta» y «no responde a nuestras dudas»⁸⁷. Sólo la audiencia directa de los testigos permite a los jueces formarse una opinión sobre la verosimilitud de los hechos relatados: los gestos, los tonos, el comportamiento, el estado de ánimo del declarante contribuyen a conferir significado a sus deposiciones. Además, como razón para descalificar totalmente cualquier sentencia que se base en declaraciones escritas, PAGANO defiende el principio de método probatorio según el cual cuando el inquisidor que instruye el proceso transcribe en un documento los diversos testimonios, en realidad eso no es más que «un solo testimonio que da fe del dicho de otros»⁸⁸.

d) *Igualdad de las partes vs. superioridad de la acusación*. A juicio de PAGANO, tanto la encarcelación *ante iudicium* como la inquisición secreta conducían a establecer, desde las fases iniciales del proceso, un fortísimo desequilibrio entre las partes: «el acusador —denuncia PAGANO— tiene una clara ventaja sobre el acusado»⁸⁹. La instrucción probatoria, de hecho, no tomaba en consideración más que los datos y los testimonios a favor de la hipótesis acusatoria, organizándolos en una representación monolítica de los hechos, centrada en el punto de vista unilateral del inquisidor: «como si se tratara —ironiza amargamente PAGANO— de un poema reglado compuesto por él mismo»⁹⁰. De esta forma, advierte, «el acusador [...] puede tejerle una red mortal a la inocencia»⁹¹. Y, si durante la fabricación de este «edificio funesto»⁹², cubierta por el «misterio dañino»⁹³, el acusado se encuentra totalmente inerte, también una vez que se le ha puesto al corriente de la acusación sus facultades de defensa quedan reducidas al mínimo. El acusado, de hecho, asiste al juramento de los testigos sin conocer las declaraciones y sin posibilidad de confrontarlas. Y aun pudiendo presentar a su vez testigos y pruebas en contrario, no puede contrarrestar con ellas el resultado del proceso: «Por todos es bien sabido —escribe PAGANO— ese axioma del foro [...] según el cual las defensas se escriben pero nunca se leen»⁹⁴.

⁸⁴ FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. III, p. 124.

⁸⁵ CSP, cap. XI, p. 62.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*, cap. XXVIII, p. 138.

⁸⁸ *Ibidem*, cap. XXI, p. 104.

⁸⁹ *Ibidem*, cap. XXVII, p. 84.

⁹⁰ *Ibidem*, cap. XIX, p. 89.

⁹¹ *Ibidem*, cap. XVII, pp. 84-85.

⁹² *Ibidem*, cap. XVII, p. 84.

⁹³ *Ibidem*, cap. XI, p. 62.

⁹⁴ *Ibidem*, cap. XXIX, p. 141.

Como remedio a esta situación, FILANGIERI, además de reivindicar como garantía del reo «todos los medios posibles de defensa»⁹⁵, había imaginado la instauración de un «magistrado defensor»⁹⁶. PAGANO, en la misma línea, rechaza las estructuras inquisitivas, elevando a norma del justo proceso el principio según el cual «la condición del acusador y del acusado debe ser igual»⁹⁷. El modelo histórico de referencia es siempre el proceso romano republicano, fundado sobre la igualdad de las partes y sobre el contradictorio como técnica de verificación probatoria: «Cada uno presentaba sus testigos, los documentos, los elogios de la comunidad, interrogaba e impugnaba los testimonios de la parte contraria»⁹⁸. No existe juicio legítimo, según PAGANO, sin contradictorio; se trata de una garantía procesal insustituible porque, como escribe en la *Lógica*, «la confrontación es la piedra de toque de la verdad; y donde el sistema de juicios penales desconoce la contradicción, el azar, más que la verdad, dirige las sentencias de los jueces»⁹⁹.

e) *El juez como tercero vs. el Juez-inquisidor*. El rito acusatorio defendido por PAGANO es un proceso de partes configurado sobre el postulado del juez como tercero. La Ilustración jurídica, a partir de un «precursor» como TOMASIO, había centrado la batalla contra la *inquisitio* en el terreno de la posición institucional del juez¹⁰⁰. Desde esta perspectiva, el proceso vigente se mostraba como intrínsecamente injusto: «He visto —había escrito FILANGIERI— que un sistema procesal en el cual el juez debe hacer las veces de acusador es en sí mismo vicioso»¹⁰¹. Y antes que él BECCARIA ya había puesto en el banquillo de los acusados «al juez [...] enemigo del reo» que «no busca la verdad del hecho, sino que busca en el prisionero el delito»¹⁰². Su ideal, por el contrario, era el de un juez «neutral investigador de la verdad»¹⁰³. Para PAGANO, la separación entre el juez y la acusación es el requisito previo de la legitimidad del juicio, a cuya luz resultaba inaceptable el sistema aplicado en Nápoles, como en el resto de Europa, en el que «se confundían juntas dos funciones opuestas»¹⁰⁴. La posición institucional del juez debe ser, afirma él, *super partes* y perfectamente equidistante de la acusación y de la defensa: «El juez es el medio entre dos litigantes»¹⁰⁵. A la relación vertical y dual juez-imputado propia del estilo inquisitivo, PAGANO contrapone la estructura triangular del proceso acusatorio, con el órgano juzgador en el vértice y a igual distancia del vértice, sobre el mismo plano, las partes: «El acusador y el reo suministran los datos, los hechos, las conjeturas, todo ello materia del juicio»; el juez «compara las razones opuestas y contrarias, las sopesa, y después juzga»¹⁰⁶.

La reflexión paganiana en torno a la figura del juez no se limita a establecer este dato institucional, porque no son únicamente «institucionales» las condiciones de la imparcialidad del juicio. Es también decisiva la actitud subjetiva: la «indiferencia del

⁹⁵ FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. XX, p. 181.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 182.

⁹⁷ *CSP*, cap. XVII, p. 84.

⁹⁸ *Ibidem*, cap. VII, p. 36.

⁹⁹ *LP (1)*, cap. IX, p. 31.

¹⁰⁰ THOMASIIUS, 1711: VI, p. 424.

¹⁰¹ FILANGIERI, 2000: lib. III, parte I, cap. V, p. 131.

¹⁰² BECCARIA, 1774: XVII, p. 46.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 45.

¹⁰⁴ *CSP*, cap. XIX, p. 95.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

juez»¹⁰⁷ frente a las personas del proceso. Actitud que sólo estas últimas están en condiciones de, y por tanto tienen el derecho a, valorar. En particular, ese derecho —sostiene PAGANO— no se le puede negar al imputado, porque «quien debe ser juzgado, o por un juez enemigo suyo, o favorable a su contrario, nunca estará seguro ni confiará en la ley»¹⁰⁸. Por esta razón, PAGANO insiste en el valor garantista de la libre recusación, ya puesto de manifiesto por MONTESQUIEU¹⁰⁹ y por BECCARIA¹¹⁰. La experiencia romana y la inglesa se manifiestan una vez más en su visión procesal, igual que, sobre el mismo asunto, habían influido en la reflexión de FILANGIERI¹¹¹. Los dos ilustrados coincidían en valorar negativamente la institución, entonces vigente, de la recusación motivada. Sobre todo —objeta PAGANO— es casi siempre imposible para el acusado probar la fundamentación de su propia sospecha de parcialidad del juez¹¹²; en segundo lugar, ambos autores señalan que lo más frecuente es que prevalezca un espíritu corporativista y que rara vez ocurre que los miembros de un tribunal colegiado se pronuncien en contra de un colega¹¹³; por último, observa FILANGIERI, la recusación intentada pero no aceptada convierte a quien a los ojos del imputado era un «juez dudoso» en un juez «con seguridad enemigo»¹¹⁴. La recusabilidad de los jueces debe estar, por tanto, totalmente a disposición de los acusados con el fin de protegerles de juicios sectáreos: «La libre facultad de sospecha —asegura solemnemente PAGANO— es el asilo sagrado contra las opresiones, y el más fuerte amparo de la libertad civil»¹¹⁵.

En la configuración del modelo de juez, el discurso paganiano añade un elemento más al del carácter de tercero del juez y al de su corolario de la recusabilidad: el de la colegialidad. Las preferencias de PAGANO se dirigen sin duda al jurado popular¹¹⁶, inspirado en una orientación muy difundida en la teoría penal ilustrada. También MONTESQUIEU, seguido fielmente por BECCARIA¹¹⁷, se había pronunciado en contra de un «senado permanente» y a favor de un juicio deliberado por jurados «de la misma condición del acusado»¹¹⁸. También FILANGIERI, animado por la experiencia inglesa, había exaltado el modelo del juez-ciudadano, y denigrado al mismo tiempo, con palabras cargadas de desprecio y desaprobación, la magistratura profesional de los tribunales, «dependientes mercenarios del jefe de la nación»¹¹⁹.

PAGANO no recoge la idea montesquieuana de la imparcialidad de los pares, ni las sugerencias polémicas filangierianas contra los jueces de toga; él funda su posición sobre un argumento diferente que, en efecto, no se dirige específicamente a favor del jurado popular, sino más en general, a favor del tribunal colegiado: «Quienes sobre la vida y la libertad de los ciudadanos deben juzgar —escribe—, conviene que sean lo más

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 93.

¹⁰⁸ *Ibidem*, cap. XXIV, p. 119.

¹⁰⁹ MONTESQUIEU, 1748: lib. XI, cap. VI, p. 311.

¹¹⁰ BECCARIA, 1774: XIV, p. 35.

¹¹¹ *Cfr.* FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. XVI, pp. 148-164.

¹¹² *Cfr.* CSP, cap. XXIV, pp. 120-125.

¹¹³ *Cfr. Ibidem*, cap. XXV, pp. 126-127, y FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. XVI, p. 160.

¹¹⁴ *Cfr.* FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. XVI, p. 160.

¹¹⁵ CSP, cap. XXIV, p. 119.

¹¹⁶ *Cfr. ibidem*, cap. XXIV, pp. 118-125; cap. XXVI, pp. 130-133.

¹¹⁷ BECCARIA, 1774: XIV, p. 35.

¹¹⁸ MONTESQUIEU, 1748: lib. XI, cap. VI, pp. 311-312.

¹¹⁹ FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. XVI, p. 162.

numerosos que se pueda» porque, de ese modo, «el asunto será examinado en todos sus aspectos, y cada uno tomará en consideración algo que haya pasado inadvertido a los otros; de forma que, al ser más numerosos los datos sobre los que recaerá el juicio, este será más veraz y más exacto»¹²⁰. El tribunal colegiado, por tanto, es considerado como un factor importante de garantía en la medida en que disminuye el riesgo de error judicial. Existe, además, otra razón que lo hace preferible al juzgado unipersonal: «no hay cosa que frene más el arbitrio de un juez que el colegio de muchos jueces»¹²¹.

Se trata evidentemente de una razón de importancia crucial en la lógica del pensamiento procesalista de PAGANO. Su garantismo penal es, de hecho, una doctrina acerca de la limitación de la discrecionalidad potestativa del juez. Limitación que, si en la colegialidad del órgano juzgador encuentra una importante garantía, halla su principal instrumento de efectividad en los vínculos normativos que dirigen la actividad judicial.

El ideal del gobierno de la ley, piedra angular del republicanismo de PAGANO¹²², se implanta con fuerza en el ámbito del proceso. A la «autoridad» del «soberano filósofo [...] de PLATÓN»¹²³, que deseaba dejar el curso de los juicios en manos de la sabiduría de los magistrados¹²⁴, las *Consideraciones* oponen la concepción ilustrada del juez «órgano de la ley»¹²⁵. Parafraseando la célebre fórmula de MONTESQUIEU¹²⁶, PAGANO apoya un sistema penal donde el juez sea «el simple brazo y la voz de la ley; más aún, es la ley misma, animada y con voz, y nada más»¹²⁷. Sólo así él ve satisfecha la exigencia de certeza jurídica, entendida como prerrequisito de la libertad del ciudadano: «se puede establecer el principio constante de que cuanto más grande sea el arbitrio del juez menos asegurada está la libertad civil [...]. Feliz y afortunado [aquel pueblo] donde infinito sea el poder de las leyes y muy limitado el del juez»¹²⁸.

PAGANO da por ello una particular importancia a la formalización legal del procedimiento. La ley debe fijar «la serie, el orden de acciones judiciales, y el método, de acuerdo con el cual el juez se debe conducir en la investigación del delito y del reo»¹²⁹; en otras palabras, la ley debe prescribir «el orden y el método para obtener» las prue-

¹²⁰ CSP, cap. XXIV, p. 119.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Cfr. IPPOLITO, 2004: «Per una lettura in chiave politica dei Saggi politici: F. M. PAGANO e la teoria delle forme di governo», en *L'Acropoli*, V, 3: pp. 320-333, y *id.*, 2006: «Repubblica e monarchia nel pensiero politico di Francesco Mario Pagano», en *Il Pensiero politico*, XL, 3: pp. 369-400.

¹²³ CSP, cap. III, p. 14.

¹²⁴ Cfr. PLATÓN, 1970: *Le Leggi*, lib. IX, 876c, en *Dialoghi politici*, ed. de F. ADORNO, Turín: Utet, p. 391: en la medida «en que los tribunales se hallen establecidos con toda la rectitud posible y los futuros jueces estén bien formados y probados con todo rigor, será recto, bueno y decoroso el encomendar a tales jueces lo más de los juicios acerca de los culpables y de lo que deben sufrir y pagar». [PLATÓN, 1999: *Las leyes*, Madrid: CEPC, edición bilingüe, traducción, notas y estudio preliminar de J. R. PABÓN y M. FERNÁNDEZ-GALIANO, por la que se cita en esta traducción (*N. de la T.*)].

¹²⁵ La expresión está en FILANGIERI, 2003: lib. III, parte I, cap. XX, p. 180.

¹²⁶ «Los jueces de la nación como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma», en MONTESQUIEU, 1748: lib. XI, cap. VI, p. 317 [MONTESQUIEU, 1989: *El espíritu de las leyes*, trad. castellana por la que se cita, N. ESTÉVANEZ, Buenos Aires: Heliasta, 6.ª ed., p. 194].

¹²⁷ CSP, cap. V, p. 21.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ CSP, cap. III, p. 12.

bas, «para proporcionar la defensa al reo, y para dictar todas las resoluciones necesarias hasta la sentencia final»¹³⁰. Apoyándose en la autoridad de BLACKSTONE, PAGANO defiende, frente a su extendido descrédito, las formalidades procesales, consideradas por la opinión vulgar como impedimentos inútiles al rápido curso de la justicia. Él subraya por contra su valor garantista: son «las trincheras y los baluartes de la libertad civil»¹³¹. Frente al sistema contemporáneo donde «las manos del inquisidor están libres de ataduras y la libertad civil no está asegurada»¹³², contrapone un modelo judicial en el cual «el freno de la reglamentación del proceso [...] detenga el arbitrio ilimitado del juez»¹³³.

La crítica que PAGANO dirige contra el procedimiento inquisitivo entonces vigente no se articula sólo en el nivel del *déficit* de garantías del imputado, tradicional argumento crítico de los partidarios del modelo acusatorio; este autor desafía a sus adversarios, o sea, a los apologetas de la *inquisitio*, en su propio terreno: el de la exigencia represiva. Su concepción del proceso penal como defensa de la libertad individual lo era tanto contra los propios delitos como contra los castigos injustos, y ello le lleva a prestar tanta atención a la necesidad de asegurar que los delincuentes sean llevados ante la justicia como a proteger a los inocentes.

De esta forma, en el examen de las «opiniones erróneas y de los graves desórdenes [...] de los juicios penales»¹³⁴, no deja de subrayar la escasa eficacia represiva del procedimiento practicado por los tribunales napolitanos, al que califica de «un monstruo [...] nacido de la unión del proceso inquisitivo y del proceso acusatorio»¹³⁵, donde la función de garantía de los elementos de este último, adheridos al tronco de la *inquisitio*, viene completamente trastocada, y tales injertos no tienen otro efecto que el de abrir el paso a la impunidad.

También desde esta perspectiva PAGANO insiste sobre las consecuencias devastadoras de la amplitud de los poderes del juez, fuente no sólo de procedimientos y castigos arbitrarios, sino también de otras igualmente arbitrarias (pero ciertamente menos casuales)¹³⁶ «absoluciones»: «la salvación del reo» está «en manos del inquisidor» tanto como lo está «la opresión del inocente»¹³⁷. A juicio de PAGANO, un proceso fundado sobre el secreto, sobre la instrucción escrita, y desprovisto de debate es, al mismo tiempo, «fatal para la inocencia» y «favorable a la impunidad»¹³⁸.

Éste es, sin duda, el motivo dominante en las *Consideraciones*: la denuncia del fracaso absoluto del método procesal entonces vigente, que arrojaba a los súbditos del reino de Nápoles a una condición de total inseguridad y precariedad, exponiéndolos a las ofensas de los delincuentes y a los abusos de los inquisidores. Más allá de esta denuncia, la reflexión de PAGANO desembocaba, como se ha tratado de demostrar, en una

¹³⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*, cap. XX, p. 97.

¹³³ *Ibidem*, cap. III, p. 13-14.

¹³⁴ *CSP*, cap. XXXII, p. 158.

¹³⁵ *Ibidem*, cap. XV, p. 76.

¹³⁶ «Los delitos de los ricos son cubiertos por el áureo manto de la fraterna caridad de los subalternos» (*ibidem*, cap. XVII, p. 81).

¹³⁷ *Ibidem*, cap. XIX, p. 96.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 88.

doctrina orgánica procesalista que, articulándose sobre los principios de la legalidad del proceso, de la imparcialidad del juez, de la paridad de poderes entre acusación y defensa, del contradictorio, de la oralidad y de la publicidad de todo el procedimiento, daba forma a un coherente sistema de garantías en el que encontraban expresión y orden las razones políticas y las principales instancias de la Ilustración penal.

(Traducción de Kira Cíofalo)

VALIDEZ FORMAL Y VALIDEZ SUSTANTIVA: EL ENCAJE DE LA COMPETENCIA MATERIAL

Ángeles Ródenas Calatayud

Universidad de Alicante

RESUMEN. En este trabajo se analizan tres nociones que son usualmente utilizadas por los juristas cuando se ocupan del problema de la validez de las normas jurídicas. Se trata de las nociones de validez formal, de validez material o sustantiva y de competencia material. Tomando como punto de partida los términos en los que los juristas trazan habitualmente la distinción entre validez formal y validez material, en el trabajo se aborda el problema del *encaje* de competencia material, así como las similitudes y diferencias entre los juicios de validez material y los de competencia material.

Palabras clave: validez jurídica, validez formal, validez material, validez sustantiva, competencia material.

ABSTRACT. In this paper the author analyzes three notions that are usually used by lawyers when dealing with the problem of the validity of legal norms. These are the notions of formal validity, substantive or material validity and material competence. Taking as starting point the way in which lawyers usually draw the distinction between formal and material validity, the author addresses the problem of fitting the concept of material competence into one of the two categories, as well as the similarities and differences between statements of material validity and material competence.

Key words: legal validity, formal validity, material validity, substantive validity, material competence.

En este trabajo analizo tres nociones que son usualmente utilizadas por los juristas cuando se ocupan del problema de la validez de las normas jurídicas. Se trata de las nociones de validez formal, de validez material o sustantiva y de competencia material. Tomaré como punto de partida los términos en los que los juristas trazan habitualmente la distinción entre validez formal y validez material. Partiendo de este marco conceptual, me ocuparé del problema del *encaje* de la competencia material. Sostendré que, aunque los juristas suelen considerar la competencia material como un problema de validez formal, hay razones suficientes para dar un tratamiento autónomo de los juicios de competencia material. También me ocuparé de las similitudes y diferencias entre los juicios de validez material y los de competencia material. Mantendré que tanto los juicios de validez material como los de competencia material presuponen la atribución de un significado a las disposiciones jurídicas que se enjuician; pero que, pese a esta semejanza, ambos tipos de juicios tienen una naturaleza distinta. Los juicios sobre la validez material se dirigen bien a determinar la compatibilidad entre el contenido proposicional de las disposiciones (o, lo que es lo mismo, a detectar antinomias o inconsistencias), o bien a establecer la compatibilidad entre el balance que subyace a la disposición y otros balances del sistema, por lo que en este tipo de juicio están implicadas cualesquiera razones que el sistema contemple y que sean aplicables al caso en cuestión. En cambio, sostendré que cuando se trata de emitir juicios sobre la competencia material las razones se hallan más circunscritas; defenderé que sólo son pertinentes aquellas razones, sustantivas o institucionales, que contribuyan a *dotar de sentido a la institución* cuya competencia se cuestiona.

1. VALIDEZ FORMAL Y VALIDEZ MATERIAL: LOS TÉRMINOS USUALES DE LA DISTINCIÓN

Aunque con una terminología que puede oscilar, los juristas acostumbran a diferenciar entre validez formal y validez material de los actos o de las normas jurídicas¹. De manera que parece razonable situar el punto de partida de nuestra investigación en los términos en los que usualmente dogmáticos y teóricos del Derecho emplean tal distinción. La validez formal o *existencia*² suele vincularse al cumplimiento de una serie de requisitos relativos a las formas y procedimientos para la producción de resultados institucionales, así como a la competencia del órgano del que emanan. En cambio, la validez material o sustantiva se dice que depende de que el contenido del acto o la norma sea compatible con lo dispuesto en normas superiores³. Por tanto, los juicios de va-

¹ Antes de iniciar mi análisis, debo aclarar que, aunque de lo que me ocupo a lo largo de estas páginas es de las nociones de validez formal y material que predicamos de las normas jurídicas, buena parte de las conclusiones que sostengo son perfectamente extrapolables a los actos jurídicos.

² En otro trabajo he argumentado en contra de esta equiparación entre validez formal y existencia [Cfr. RÓDENAS, 2006: «Sobre la validez jurídica: entre la normatividad y la convención», *Análisi e diritto*, Milán: Giapichelli, pp. 249 a 270]. En breve volveré a referirme a los problemas que plantea dicha equiparación.

³ Sobre esta distinción *cfr.*, entre otros, los trabajos de: FERRAJOLI, 1989: *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, p. 874; GUASTINI, 1993: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán: Giuffrè, pp. 52 y ss.; AGUILÓ, 2000: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Madrid: Ariel, pp. 78 y s.; DELGADO ECHEVERRÍA, 2005: «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado», *Anuario de Derecho civil*, núm. LVIII-1, enero de 2005, pp. 17 y ss. (cito por la versión digital).

lidez formal y de validez material no estarían referidos exactamente al mismo objeto. La validez formal se predicaría del acto que da lugar al resultado normativo, mientras que la validez material afectaría al contenido de tal resultado⁴.

Usualmente los juristas trazan la distinción entre la validez formal y material apelando a la diferente respuesta que el ordenamiento jurídico imputa a los respectivos vicios de validez. Puesto que la validez formal se predica de los actos; mientras que la validez material se predica de los contenidos de los resultados de tales actos, la consecuencia jurídica de los vicios formales sería la inexistencia de tal acto y la de los materiales la nulidad⁵. De modo que, en el primer caso, el ordenamiento daría por no producido el resultado institucional; mientras que, en el segundo, el resultado se daría por producido (existente), aunque éste sería irregular. Pero, en mi opinión, éste es un mal criterio para aplicar a la distinción entre validez formal y material. En otro trabajo he tratado de mostrar que no toda vulneración de las exigencias formales que figuran en las normas que confieren poder supone sin más la inexistencia del resultado institucional. El incumplimiento de un mismo requisito formal puede dar lugar, según los casos, a la inexistencia del resultado, o simplemente a la irregularidad del mismo. Dicho en forma muy sintética, he sostenido que algunos vicios formales no llevan aparejada la inexistencia del acto, ya que el ordenamiento jurídico operaría con una especie de presunción favorable a la existencia; en tales casos hablaríamos con todo el sentido de *resultados normativos existentes, aunque irregulares por vicios formales*⁶.

También es frecuente que se intente trazar la distinción entre la validez formal y material apelando a la diferente naturaleza de los respectivos juicios de validez. Así, se dice que la verdad de los juicios de validez formal es predicable sobre la base de simples averiguaciones empíricas o de hechos, mientras que los juicios de validez material requieren del desarrollo de una actividad interpretativa más compleja que involucra necesariamente juicios normativos. De manera que para emitir un juicio de validez formal bastaría con comprobar que se dan los hechos o actos que atribuyen la competencia y que el acto realizado por el sujeto es de la clase prevista en la norma de competencia; mientras que los juicios de validez material exigen comparar normas, es decir, enunciados normativos interpretados⁷.

Lo dicho hasta aquí reproduce lo que me parece que es un punto de vista ampliamente compartido por los juristas, pero disiento —al menos en parte— del mismo. En primer lugar, creo en algunos casos la determinación de la validez formal puede requerir de una actividad interpretativa considerablemente compleja que involucre valores jurídicos y requiera realizar balances entre principios, pero aquí me limitaré sólo a señalar esta cuestión, sin ocuparme de ella. En segundo lugar, pienso que los juicios de competencia material presentan peculiaridades propias que aconsejan un tratamiento distinto del resto de elementos que condicionan la validez formal. Es de este último aspecto del que me voy a ocupar en este trabajo.

⁴ Cfr. GUASTINI, 1993: p. 56, y AGUILÓ, 2000: p. 78.

⁵ Cfr. FERRAJOLI, 1989: p. 874; AGUILÓ, 2000: pp. 78 y s., y DELGADO ECHEVARRÍA, 2005: p. 17.

⁶ Cfr. RÓDENAS, 2006: pp. 249 a 270.

⁷ Cfr., entre otros, FERRAJOLI, 2000: p. 874, y DELGADO ECHEVARRÍA, 2005: p. 17.

2. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA MATERIAL

Hemos visto que la competencia material es uno de los elementos de los que usualmente los juristas consideran que depende la validez formal⁸. Sin embargo, los juicios relativos a la concurrencia o no de este elemento presentan una peculiaridad importante que no se produce respecto del resto de elementos determinantes de la validez formal: cuando tratamos de determinar si un órgano es o no competente para la producción de ciertos contenidos normativos nos resulta necesario atribuir un significado a las disposiciones que los expresan; al igual que cuando juzgamos la validez material de una norma, la identificación del vicio de competencia presupone la interpretación de la fuente en cuestión⁹. Así, tanto para poder afirmar que el decreto D del gobierno excede su competencia material, como para mantener que la ley L del parlamento es incompatible con el contenido de la constitución, es necesario interpretar el contenido de una fuente jurídica.

Una consecuencia importante que se sigue de lo anterior es que —como señala Riccardo GUASTINI— cuando una fuente pueda contener —como habitualmente sucede— una gran cantidad de normas, bien puede ser que no todas ellas estén en contradicción con normas jurídicas superiores, o que no todas excedan de la competencia material para dictar la norma en cuestión. En tal caso, la invalidez no afecta a la fuente en su conjunto, sino que se limita a aquellas normas que sean incompatibles con normas jerárquicamente superiores o que disciplinen objetos reservados a otro tipo de fuente¹⁰.

Pero esta semejanza entre la competencia material y la validez material no nos puede llevar a confundir uno y otro tipo de juicios. La distinción entre estas dos nociones no es nada sencilla de trazar y profundizar en ella me va a llevar el resto de páginas de este trabajo. Podríamos tomar como punto de partida un hecho bastante evidente. La interpretación que se lleva a cabo cuando se trata de determinar la competencia material no descende a juzgar la compatibilidad del contenido de la norma con el de otras normas superiores del sistema —como sucede cuando nos preocupa la validez material de la norma—, sino que sólo se preocupa de si el órgano en cuestión es competente para emitir una norma respecto de la materia de que se trate —con independencia de que su contenido sea acorde o no con otras normas del sistema—. Por el contrario, juzgar la compatibilidad del contenido de la norma con otras normas de rango superior es la tarea interpretativa que procede cuando cuestionamos la validez material o sustancial de una norma. Siguiendo a GUASTINI¹¹ podríamos afirmar que, mientras que al hablar de la competencia material aludimos al objeto mismo de disciplina; al hablar de validez material nos referimos a cómo en una determinada fuente se disciplina una determinada materia¹².

⁸ Cfr. FERRAJOLI, 1989: p. 874, y DELGADO ECHEVARRÍA, 2005: p. 17.

⁹ GUASTINI, 1993: p. 58.

¹⁰ GUASTINI, 1993: p. 58.

¹¹ GUASTINI, 1993: p. 57.

¹² Esta contraposición está también presente cuando ATIENZA y RUIZ MANERO realizan la siguiente estimación: «Parece, pues, conveniente reservar el término *materia* para hacer referencia a aquéllo (a aquella porción del mundo) sobre la que se legisla y *contenido* para hacer referencia al significado del texto mediante el que se legisla» [cfr. «Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica...», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, p. 724.

Estas dificultades para encajar la competencia material entre los elementos integrantes de la validez formal, aconsejan —como propone GUASTINI— tratar la competencia material como una categoría autónoma, que no puede ser reconducida ni a la de validez formal ni a la validez material¹³. De manera que, una norma autonómica en materia penal podría ser válida desde el punto de vista de los criterios de validez formal (si hubiera sido aprobada por el parlamento autonómico, de acuerdo con el procedimiento establecido al respecto) y también válida desde el punto de vista de los criterios de validez material (siempre que su contenido no contradijera ninguna norma de rango superior) pero, sin embargo, ser finalmente inválida porque la competencia legislativa de las comunidades autónomas no comprende la materia penal (las comunidades autónomas no son competentes para legislar en materia penal).

En lo que sigue voy a profundizar algo más en los juicios de competencia material, siguiendo para ello una estrategia de aproximación en dos pasos: en primer término voy a indagar cuál es la naturaleza de la tarea interpretativa que llevamos a cabo cuando formulamos juicios de validez material para, una vez esclarecida esta cuestión, plantearme en la siguiente sección cuáles son las características propias de juicios de competencia material y en qué difieren de los juicios de validez material.

3. LOS JUICIOS DE VALIDEZ MATERIAL O SUSTANTIVA

Empecemos pues indagando sobre la naturaleza de la tarea interpretativa que llevamos a cabo cuando formulamos juicios de validez material. Volviendo nuevamente a la caracterización que usualmente hacen los juristas de los juicios de validez material, se recordará que éstos suelen entender que tales juicios se refieren a la compatibilidad del contenido de las disposiciones con lo dispuesto en normas superiores. Pero esta caracterización de la validez material es demasiado elemental, por lo que se hace indispensable tratar de profundizar algo más en la noción. Concretamente quiero mostrar que resulta empobrecedor entender que los juicios de validez material se reducen a determinar la compatibilidad del contenido proposicional de una norma con el de otra norma de rango superior¹⁴. Ciertamente, el supuesto más obvio de invalidez material es el que se produce por la inconsistencia entre el contenido proposicional de las normas. Esta inconsistencia puede revestir la forma de cualquiera de las antinomias de primer grado a las que se refería ROSS: total-total; total-parcial y parcial-parcial.

Ahora bien, en el Derecho pueden presentarse también problemas de coherencia normativa que no encajan en ninguna de las categorías anteriores y que, no obstante, afectan a la validez material de las normas. Vincular la validez material o sustantiva a la coherencia normativa supone adoptar una visión del Derecho amplia, en la que éste no se concibe únicamente como un mecanismo que tiene la función de proporcionar una guía estable de la conducta, mediante el establecimiento unívoco de cuáles son nuestros deberes. Además, es necesario que concibamos al Derecho como una forma de pro-

¹³ GUASTINI, 1993: p. 57.

¹⁴ GUASTINI, 1993: p. 56.

tección de un conjunto más o menos ordenado de bienes o valores que el ordenamiento incorpora¹⁵.

Por supuesto, no estoy hablando sólo del reconocimiento por parte del Derecho de una serie de valores o principios. La alusión a valores o principios en los textos constitucionales; tratados internacionales; exposiciones de motivos de las leyes; resolución judicial de disputas; etc., es algo a lo que estamos completamente habituados. Lo que a menudo no nos resulta tan obvio es que el Derecho, junto con el reconocimiento de valores o principios, también establece prioridades entre ellos o —si se prefiere— realiza ponderaciones. Estos balances entre razones pueden ser introducidos expresamente por el constituyente o el legislador, o ser el resultado de la reconstrucción consolidada por parte de los órganos de aplicación de los materiales emitidos por aquellos; pueden afectar a todo un sector o subsector del ordenamiento jurídico, o simplemente a la regulación de casos determinados contemplados genéricamente en las reglas regulativas.

Lo que tienen en común todas estas situaciones es que son manifestaciones de cómo en el desarrollo del Derecho se va construyendo la estructura de un edificio en la que los resultados de las ponderaciones entre razones se nos presenta de forma ordenada¹⁶. Quiere decirse que el Derecho no sólo se nos presenta con una pretensión de guía unitaria de la conducta, sino también como una forma de protección de un conjunto más o menos estable, ordenado y coherente de valores. Donde más claramente percibimos este aspecto bifronte del Derecho es cuando descendemos a analizar la naturaleza de las reglas regulativas: Acostumbramos a ver las reglas regulativas como meros mecanismos de guía de la conducta pero, eventualmente, puede ser necesario adentrarnos también en la justificación que subyace a las mismas, lo que no es diferente de preguntarnos cuál es el balance de razones subyacente a las mismas. Cuando circulo con mi coche y observo una señal de tráfico que prohíbe la entrada de vehículos a un parque, no suelo plantearme cuál es la razón subyacente a esta prohibición; puedo atribuir significado a una señal de tráfico que me prohíbe circular por una calle sin necesidad de esclarecer cuál es la razón que ha llevado a tal prohibición. A este fenómeno se le conoce como *autonomía semántica* de los enunciados normativos en relación con su justificación subyacente¹⁷. Esta autonomía semántica no excluye, claro está, que cuando se produce un desajuste entre uno y otro nivel de las normas sea preciso recurrir a las razones subyacentes a una regla para excepcionar o limitar el alcance de su contenido proposicional¹⁸. Ahora bien, estas son operaciones que condicionan la aplicabilidad de una norma, pero que en nada cuestionan su validez.

Así pues, aunque no siempre es posible, por lo común en el Derecho podemos diferenciar dos niveles en relación con una misma regla regulativa: el de su contenido pro-

¹⁵ Sobre estas dos funciones del Derecho y su vinculación las exigencias de consistencia y coherencia, *cfr.* AGUILÓ, 2000: pp. 95 y 96.

¹⁶ Esta idea de orden no puede interpretarse como la correspondencia con un proyecto inicial perfectamente definido, por el contrario, la propia práctica va introduciendo modificaciones en la arquitectura del edificio.

¹⁷ *Cfr.* SCHAUER, 1991: *Playing by the Rules*, Oxford Clarendon Press.

¹⁸ Me he ocupado con detalle de las nociones de *excepción* y de *límite al alcance* de una norma en «En la penumbra: Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial del Derecho», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, pp. 63 a 84 y en «¿Qué queda del positivismo jurídico?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 417 a 448.

posicional y el de su justificación subyacente. Por lo general, vamos a poder determinar cuál es el contenido proposicional de una norma sin necesidad de esclarecer cuál es su justificación subyacente. También sabemos que los desajustes entre ambos niveles de las normas se salvan exceptuando o limitando el alcance del contenido proposicional de las normas. Pero este esquema es todavía demasiado sencillo y aún no es capaz de dar cuenta de los problemas de validez material de los que ahora pretendo ocuparme.

La cuestión que deseo suscitar es la siguiente: Si hay ocasiones en las que el Derecho requiere que pasemos por alto el contenido proposicional de las disposiciones y establezcamos excepciones o límites en su alcance, ¿puede suceder otro tanto en relación al balance de razones subyacente a las mismas?; ¿puede el Derecho obligarnos a cuestionarnos el balance de razones subyacentes a una norma? La respuesta a esta cuestión, en mi opinión, debe ser claramente afirmativa. Debemos cuestionarnos el balance entre razones subyacente a una norma siempre que su resultado esté en contradicción con el que arroja el balance subyacente a otra norma que sea aplicable al mismo caso genérico; o con balances subyacentes al sector o subsector del ordenamiento al que pertenece la norma; o con balances característicos de la institución que regula; etc. Todos estos supuestos no son sino manifestaciones de problemas de coherencia normativa que afectan a la validez material.

En suma, el Derecho presenta la doble dimensión de guía unitaria de la conducta y de protección de un conjunto más o menos ordenado de valores. Sabemos que la función de guía unitaria de la conducta se ve cuestionada cuando dos o más normas son aplicables a un mismo caso y presentan soluciones normativas incompatibles entre sí, pero algo semejante puede suceder en relación con la función de protección de valores. En esta última dimensión del Derecho los problemas aflorarán cuando sea aplicable a un mismo supuesto de hecho más de un balance entre razones procedentes del mismo sistema. Concretamente, mi propuesta es interpretar los problemas de coherencia normativa que afectan a la validez material de las normas en clave de desajustes entre la justificación subyacente a las normas y otras ponderaciones que forman parte del Derecho. Por tanto, no cabe una aprehensión exhaustiva del problema de la validez material sin dar cuenta de estos desajustes que se producen en el nivel de las razones subyacentes a las normas.

En el siguiente cuadro trato de sintetizar las principales conclusiones que arroja mi análisis anterior sobre los juicios de validez material:

Juicios de validez material

Tipo de vicio detectado	Antinomia o inconsistencia	Incoherencia normativa o incongruencia
Nivel del Derecho en que se manifiesta	Contenidos proposicionales de las normas	Compromisos entre razones subyacentes a las normas
Función del Derecho afectada	Guía unitaria de la conducta	Protección de un conjunto ordenado de valores

4. LOS JUICIOS DE COMPETENCIA MATERIAL

Esta reflexión sobre los juicios de validez material nos abona el camino para profundizar algo más en los juicios de competencia material. Sabemos que tanto en los juicios de validez material como en los de competencia material es necesario atribuir un significado a las disposiciones jurídicas que se enjuician; pero que, pese a esta semejanza, la naturaleza de la actividad interpretativa que se lleva a cabo en ambos tipos de juicios es distinta. Como acabamos de ver, los juicios de validez material se dirigen bien a determinar la compatibilidad entre el contenido proposicional de las disposiciones (o, lo que es lo mismo, a detectar antinomias o contradicciones), o bien a establecer la compatibilidad entre el balance que subyace a la disposición y otros balances del sistema. La naturaleza de los juicios de competencia material es diferente. El objeto de esta sección va a ser abordar de forma directa las características propias de juicios de competencia material.

4.1. A los conflictos de competencia material subyace una controversia en torno a la distribución de poder normativo

Los conflictos de competencia material involucran a dos (o más) entidades jurídicas dotadas de poder político. Se trata de entidades con capacidad de alterar la situación normativa de los sujetos; pueden modificar, como resultado del ejercicio de una potestad legislativa, reglamentaria o administrativa, el conjunto de derechos y obligaciones de los individuos a ellas sometidos. Dichas entidades compiten entre sí por el ejercicio del poder político en una cierta materia. El resultado de la competición es el característico de los llamados «juegos de suma cero»: en la medida en la que una de las entidades atrae hacia sí la competencia material objeto de la disputa, disminuye el poder político de la otra.

Sería forzado hablar de conflictos de competencia material en situaciones en las que no están confrontadas dos entidades jurídicas que rivalizan entre sí por el ejercicio del poder político: Cuando los involucrados son simplemente una entidad jurídica, de un lado, y los sujetos a ella sometidos, de otro, los sujetos individuales que se oponen al ejercicio del poder político por parte de la entidad jurídica apelan directamente a principios jurídicos fundados en el valor sustantivo de la autonomía individual. En suma, en este segundo supuesto parece más lógico entender que lo que se está cuestionando es la *validez material o sustantiva* del acto o resultado normativo.

4.2. El filtro institucional de las razones implicadas

La segunda cuestión que parece imprescindible tratar de esclarecer es la de cuáles son las razones pertinentes para fundar un juicio sobre la competencia material. Tanto en la determinación de la competencia material como en la de la validez sustantiva puede ser necesario llevar a cabo una tarea interpretativa que involucre a principios sus-

tantivos e institucionales¹⁹ y que requiera de la realización de juicios de ponderación, por lo que no puede ser éste el criterio de distinción entre uno y otro tipo de juicio. La diferencia concierne más bien cuáles son las *razones pertinentes* para fundar ambos tipos de juicios: En el caso de los juicios sobre la competencia material las razones se hagan más circunscritas que en los de validez material o sustantiva; sólo son pertinentes aquellas razones, sustantivas o institucionales, que contribuyan a *dotar de sentido a la institución* cuya competencia se cuestiona.

En suma, podríamos decir que las razones que se toman como base para la resolución de la controversia deberán haber pasado por una suerte de *filtro institucional*. Dicho *filtro institucional* atañe directamente al fin o sentido por el que se atribuye una competencia a una determinada entidad jurídica, pero también comprendería, en un sentido más amplio, consideraciones relativas al encaje de la entidad en el conjunto del entramado institucional en el que se desenvuelve. Ambos tipos de consideraciones —las relativas al fin propio de la entidad y las que concierne al encaje institucional de la entidad— se entretejerían formando un *filtro institucional* por el que debe pasar toda razón que se pretenda relevante para la resolución de la controversia sobre la competencia material.

4.3. Una tipología de conflictos materiales de competencia

Naturalmente, el fin o sentido de las entidades jurídicas dotadas de poder político tiene un carácter predominantemente histórico y contingente, lo que dificulta su abordaje desde la teoría general del Derecho; el esclarecimiento del fin o funciones de tales entidades es una tarea reservada, en una amplia medida, a las diversas ramas de la (alta) dogmática jurídica, y de forma muy significativa al Derecho constitucional y administrativo. No obstante, sin necesidad descender al grado de concreción con el que la dogmática jurídica se ocupa de estas cuestiones, todavía es posible trazar en un nivel bastante abstracto una tipología genérica de los conflictos de competencia material que arroje alguna luz sobre la cuestión.

4.3.1 Conflictos horizontales de competencia

Generalmente, cuando se habla de conflictos de competencia material suele pensarse en conflictos entre entidades no articuladas jerárquicamente entre sí, lo que su-

¹⁹ Sobre la distinción entre razones sustantivas y razones institucionales *cfr.* ATIENZA y RUIZ MANERO: *Las piezas del Derecho*, 2004, Barcelona, Ariel, pp. 27 a 28. Las razones institucionales suelen contraponerse a las sustantivas. Estas últimas consistirían en un conjunto de valores u objetivos colectivos relativos al modelo de convivencia entre los seres humanos que el Derecho pretende alcanzar. Por el contrario, las razones institucionales constituirían un conjunto de valores internos al Derecho, relacionados centralmente con su buen funcionamiento, eficiencia y eficacia. Aunque una categoría se contraponga a la otra y, en ocasiones, pueda existir una tensión entre lo que exigen ambos tipos de razones, muchas razones institucionales no son sino la plasmación, de cara al funcionamiento interno del Derecho, de razones sustantivas: por ejemplo, el principio de legalidad sería una traducción a la esfera interna del Derecho del principio sustantivo de autonomía personal. Por otro lado, una característica importante de las razones institucionales, y que conviene tener presente, es que éstas, a diferencia de las sustantivas, no precisan ser universalizables. Por ejemplo, valores como la preservación de la monarquía o la autonomía municipal son relativos sólo a ciertas prácticas jurídicas. Y algo parecido sucede con otras tantas razones institucionales que traen su causa en la historia. Se trataría, en suma, de valores que sólo contarían en relación determinadas prácticas.

pone que las disposiciones dictadas por cada una de ellas no son jerárquicamente superiores ni inferiores a las dictadas por la otra²⁰. A este tipo de conflicto de competencia podríamos llamarlo conflicto horizontal de competencia. Quizás convenga aclarar que en los conflictos horizontales puede (y suele) existir una distribución vertical del poder político; esto es lo que sucede en España respecto del Estado y las Comunidades Autónomas²¹. Lo relevante es que, dentro de su propio ámbito competencial, cada órgano ostenta un poder autónomo y excluyente. Así, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, dentro de su propio ámbito autonómico, constitucional o legalmente establecido, las normas autonómicas son supremas y excluyen a las normas de cualquier otro ordenamiento, las cuales, lejos de poder pretender en dicho ámbito cualquier superioridad por su origen diverso, serán nulas por invadir la esfera garantizada al principio autonómico²².

Para la resolución de este tipo de controversias no es de aplicación el principio de jerarquía normativa; en su lugar los dogmáticos hacen referencia al «principio general de separación» o «principio de la competencia»²³. Pero este principio no tiene ningún contenido normativo material y no expresa exigencias relativas a valores sustantivos; se trata más bien de lo que podríamos llamar una *metanorma interpretativa*. El principio viene a decir algo tan sencillo (e impreciso) como que para la resolución de conflictos de competencia se estará a las razones instituciones que están en la base del reparto competencial; excluyendo cualquier otra razón (sustantiva o institucional) que, aunque forme parte del sistema jurídico, no guarde relación con la función de la distribución de la competencia. Se trata, por lo tanto, de un criterio interpretativo que obliga a seleccionar unas razones y a excluir otras del conjunto de razones sobre cuya base se adopta la resolución. En realidad el principio de la competencia no es más que la técnica de la que el ordenamiento jurídico se vale para entretejer el *filtro institucional* al que he hecho alusión más arriba. Por ejemplo, en el caso de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, razones como el *interés general*, el *derecho a unas prestaciones mínimas comunes* de los administrados, o el *derecho de participación*, son comúnmente aceptadas como base sobre la que fundar la solución del caso²⁴.

Por supuesto, será la práctica argumentativa de los tribunales y a la labor reconstructiva de la dogmática jurídica quienes doten de contenido al principio²⁵. Pero lo que sí puede hacer la teoría del Derecho es proporcionar el marco teórico y el instrumental analítico necesarios para emprender esta tarea.

²⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2002: *Curso de Derecho administrativo I*, Madrid: Civitas, p. 284.

²¹ Cfr. STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º

²² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2002: p. 284. Salvo que se trate de una norma que tenga rango suficiente para modificar, o incluso suprimir, dicha esfera o ámbito, ob. cit., p. 284.

²³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2002: ob. cit., pp. 74 y 284 y ss.

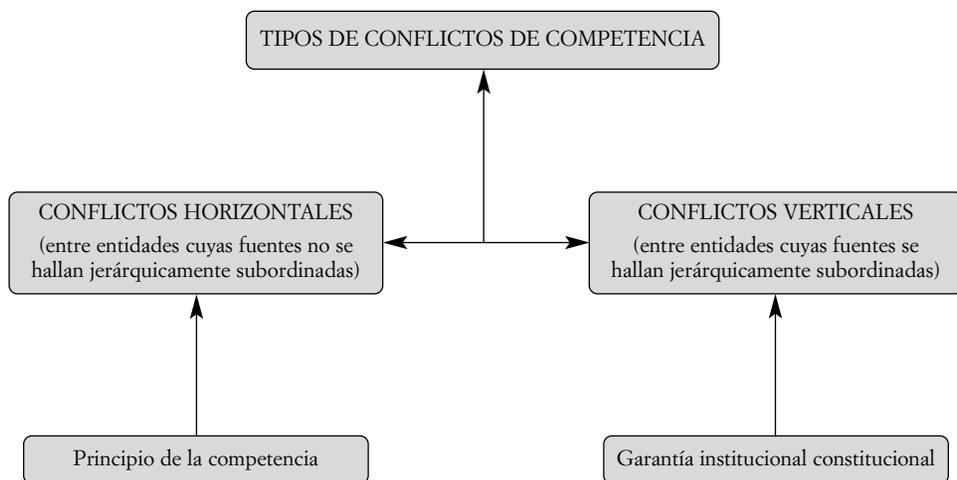
²⁴ Cfr. STC 32/1981, fundamento 5.º

²⁵ En relación con los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ señalan que la «normación básica» que se atribuye al Estado «ha de integrar tres elementos distintos, articulados entre sí a modo de tres sucesivos círculos concéntricos, de menor a mayor»: el «círculo del interés general»; el «círculo del encuadramiento», y el «círculo de la suplencia», 2002: pp. 301 y ss.

4.3.2. Conflictos verticales de competencia

No todos los conflictos de competencia conciernen a entidades jurídicas entre cuyas fuentes no hay subordinación jerárquica; también es posible que se produzcan conflictos de competencia entre entidades cuyas fuentes se hallan subordinadas entre sí²⁶. Esta última posibilidad, que parece chocar con principios tan consustanciales al Derecho como el principio de jerarquía normativa o de deferencia al legislador es, sin embargo, comúnmente aceptada en la práctica por los tribunales, aunque —como vamos a ver— dentro de unos límites bastante restringidos.

Es común apelar a la idea de *garantía institucional constitucional* para hacer valer un *reducto indisponible* o *núcleo esencial* de las instituciones que la Constitución garantiza y que no puede ser rebasado por el legislador. La garantía institucional constituye un recurso jurisprudencial concebido como garantía frente a los abusos y excesos del órgano que ocupa un nivel superior en los conflictos de competencia verticales. El principio opera como una garantía de los elementos imprescindibles constitutivos del núcleo esencial de la institución constitucionalmente garantizada. Pero antes de emprender un análisis más minucioso de la idea de la garantía institucional, merece la pena que recapitular los aspectos centrales que llevamos vistos. En el siguiente cuadro se resumen los dos tipos de conflictos de competencia material a los que he hecho alusión, así como los principales técnicas a las que se recurre para su resolución:



²⁶ A este respecto se hace indispensable introducir aquí una precisión terminológica: Los juristas acostumbran a reservar el término *conflicto de competencias* para referirse a lo que aquí he denominado *conflicto horizontal de competencias*. La razón de ello es que —al menos en el ordenamiento jurídico español— el cauce procesal por el que se dirimen los conflictos horizontales es un cauce específico que precisamente recibe el nombre de *conflicto constitucional de competencia (positiva)*.

4.4. Algo más sobre la garantía institucional

Como acabo de indicar, nuestro recorrido por las razones en las que se fundan los juicios de competencia material parece exigir llevemos a cabo un examen más minucioso de la garantía institucional.

4.4.1. *Un breve recorrido jurisprudencial*

Veamos, para empezar, algunos ejemplos en los que se apela a dicha técnica con el objeto de recortar la competencia del órgano que ocupa una posición dominante:

En la sentencia 32/1981 el Tribunal Constitucional español declaró inconstitucional la ley autonómica catalana que transfería a la Generalitat la totalidad de competencias otorgadas por el ordenamiento vigente a las Diputaciones de las cuatro provincias catalanas, señalando que:

«El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un *núcleo o reducto indispensable por el legislador*. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas *la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución* que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que *se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre*. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace»²⁷.

De forma análoga, en la sentencia C-351/04 de la Corte Constitucional de Colombia se da la razón la Comisión Nacional de Televisión, frente las injerencias de Ministerio de Comunicaciones, recurriendo a esta misma idea de la garantía institucional constitucional:

«[L]a autonomía de la Comisión Nacional de Televisión es lo que podría denominarse una “garantía institucional” del organismo, que le permite desarrollar sus funciones a salvo de presiones políticas y económicas y lejos de la influencia de los gobiernos de turno. La garantía institucional de la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión, que le asegura el aislamiento de las fuentes de presión política y económica, abriga el derecho de la sociedad a que la televisión no sea controlada por grupos de interés, ofreciéndose a todos de manera independiente, democrática y pluralista. En este sentido, la autonomía representa para

²⁷ El énfasis es mío.

la Comisión Nacional de Televisión un *rasgo mínimo de su naturaleza institucional, sin el cual no le sería posible desarrollar a plenitud su objeto jurídico*»²⁸.

4.4.2. La garantía institucional como metanorma interpretativa

Una primera consideración a tener en cuenta es que, al igual que sucedía con el principio de la competencia, la garantía institucional puede ser caracterizada también como una metanorma interpretativa: Tampoco este criterio prescribe ningún contenido normativo material o sustantivo, sino que más bien orienta la labor de los tribunales en el manejo de las razones aplicables al caso, dirimiendo la preferencia entre diversos criterios de solución concurrentes. Ahora bien, a diferencia del principio de competencia, la garantía institucional no obliga al aplicador del Derecho a excluir ciertas razones del conjunto de principios que sirven de base para la decisión; la garantía institucional obliga a los tribunales a fijar un cierto límite mínimo institucional que el legislador ordinario no puede traspasar y, en el supuesto de que tal límite haya sido traspasado, a bloquear el peso de otras razones que en principio debieran de servir como fundamento de la decisión —como el principio de jerarquía normativa o de deferencia al legislador—. Dicho en otros términos, cuando el órgano superior se extralimita en la autoatribución de su competencia, la metanorma interpretativa de la garantía institucional opera como un mecanismo de inhibición del peso de los principios aplicables a la controversia.

Como ya he indicado, la garantía institucional es un recurso jurisprudencial concebido como garantía frente a los abusos y excesos del órgano que ocupa un nivel superior en los conflictos de competencia verticales, pero hay dos matices deben ser introducidos aquí. En primer lugar, por hipótesis la garantía institucional *funciona bidireccionalmente*: Puede operar también en el otro sentido, favoreciendo al órgano jerárquicamente superior²⁹. La otra consideración es que la garantía puede operar también en los conflictos horizontales. Aunque, como acabamos de ver, los conflictos horizontales se gobiernan por el principio de la competencia, siempre que el exceso en la arrogación de competencia por parte de un órgano ponga en peligro la subsistencia del otro será necesario echar mano de la garantía institucional para resolver la controversia. En realidad no me parece que haya mayor dificultad en invocar simultáneamente ambos principios para resolver un mismo problema de competencia: La garantía institucional es una consideración más que puede ser necesario tener en cuenta cuando nos preguntamos por el fin o sentido de la atribución de la competencia; de ahí que pase sin mayor dificultad el filtro institucional impuesto por el principio de la competencia.

4.4.3. La extensión de la garantía institucional

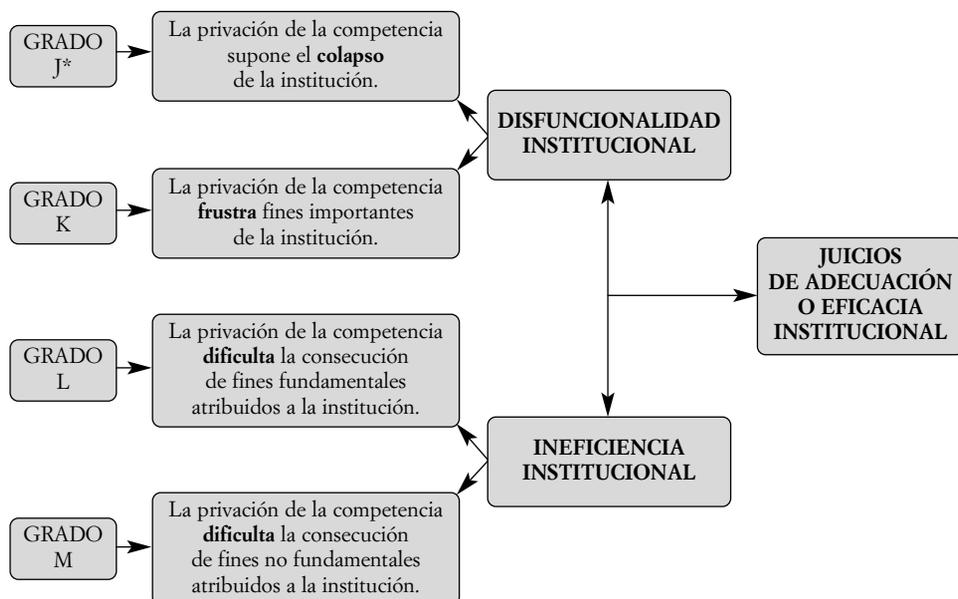
Pero, sin lugar a dudas, la cuestión más interesante y más polémica que suscita la idea de la garantía institucional es la de hasta dónde se extiende la garantía institucio-

²⁸ El énfasis es mío.

²⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2002: p. 286.

nal. Ésta es una cuestión extremadamente compleja por las profundas consideraciones políticas implicadas. Al menos en lo que a los conflictos verticales de competencia se refiere —que recordemos que constituyen el ámbito natural en el que se desenvuelve la garantía institucional³⁰— la garantía compite siempre con el principio de deferencia al legislador y con el de separación de poderes. De acuerdo con tales principios, fuera de los estrictos límites constitucionales, el diseño institucional es una cuestión librada al legislador ordinario, sin que quepan intromisiones por parte de los jueces y tribunales.

El caso es que, cuando un tribunal estima que la privación de una competencia dificulta o imposibilita el cumplimiento de los fines de una entidad, debe llevar a cabo lo que podríamos llamar un *juicio de adecuación* o de *eficacia institucional*; la cuestión es dónde se sitúan los límites de tales juicios de adecuación o eficacia institucional. ¿Para que se active la garantía institucional es necesario que haya un riesgo real de que la institución desaparezca, o basta con que ésta pueda resultar ineficiente? Responder a esta cuestión nos exige reparar en que los juicios de adecuación o eficacia institucional pueden ser ordenados en una escala gradual; aunque no es posible reproducir dicha escala por completo, éstos sería algunos de los niveles más significativos que pueden ayudarnos a responder a la pregunta que tenemos pendiente:



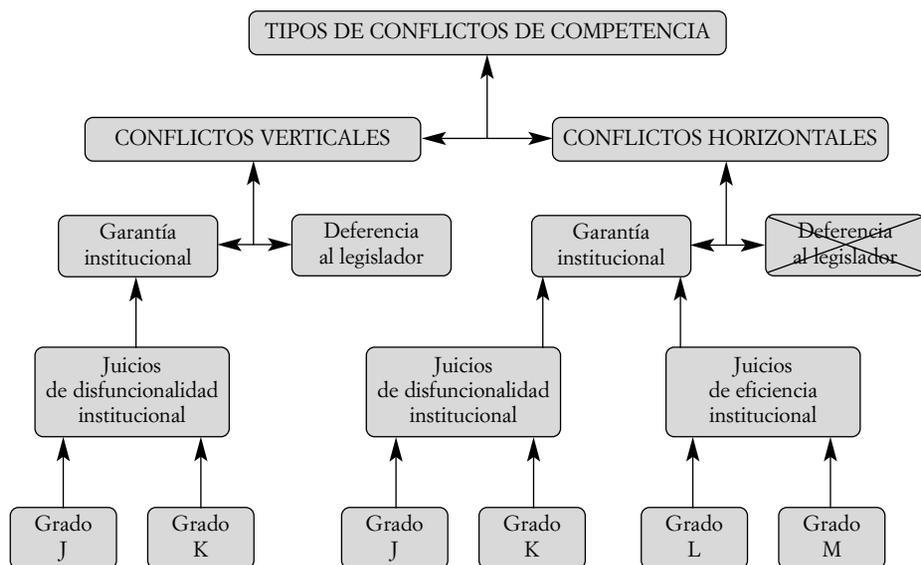
* Donde $J > K > L > M$.

³⁰ Como más adelante explicaré, en los conflictos de competencia material horizontales el meta principio institucional de deferencia al legislador se contrarresta, ya que, al no haber subordinación jerárquica respecto de la materia, el principio opera por igual del lado de los dos órganos confrontados.

Una vez que hemos fijado esta serie de grados en la escala de los juicios de adecuación institucional, podemos ya tratar de responder a la pregunta anterior: La garantía institucional opera claramente en casos de disfuncionalidad institucional; esto es, tanto cuando existe peligro de que la institución se colapse (grado J), como cuando se frustran fines fundamentales de la institución (grado K). Pero conforme nos vamos alejando del grado K —el fracaso de fines fundamentales de la institución— la garantía institucional va cediendo su espacio al principio de deferencia al legislador. Si la privación de la competencia *dificulta* la consecución de fines importantes atribuidos a la institución (grado L) resultará discutible que la garantía institucional pueda imponerse al principio de deferencia a legislador, y tanto más si tales fines no son fundamentales (grado —digamos— M).

Pero este análisis se circunscribe al ámbito de los conflictos verticales de competencia que —como ya he indicado— constituyen el ámbito natural en el que se desenvuelve la garantía institucional. En los conflictos de competencia horizontal las cosas son algo diferentes. En estos conflictos, al no haber subordinación jerárquica respecto de la materia, el principio de deferencia al legislador opera del lado de los dos órganos confrontados; por lo que podríamos decir que se contrarresta. Esto supone que, en aquellos supuestos en los que la garantía institucional sea aplicable a los conflictos de competencia horizontales, los juicios de adecuación o eficacia institucional puedan ser más exhaustivos y pueda más fácilmente oponerse la garantía cuando la privación de la competencia *dificulte* la consecución de fines importantes atribuidos a la institución (grado L) o incluso aún no tratándose de fines fundamentales (grado M).

En el siguiente cuadro se resume los aspectos centrales de lo que llevo dicho:



5. CONCLUSIONES

A continuación, a modo de resumen, voy a enumerar las principales conclusiones que se extraen de este trabajo:

1. He situado el punto de partida de este trabajo en los términos en los que usualmente dogmáticos y teóricos del Derecho emplean la distinción entre validez formal y validez material. He advertido también cómo los juicios referidos a la competencia material presentan características propias que aconsejan un tratamiento diferenciado respecto de los juicios de validez formal y material.

2. Tanto en la determinación de la competencia material como en la de la validez sustantiva puede ser necesario llevar a cabo una tarea interpretativa que involucre a principios sustantivos e institucionales y que requiera de la realización de juicios de ponderación, por lo que no puede ser éste el criterio de distinción entre uno y otro tipo de juicio. La actividad interpretativa que se lleva a cabo cuando se trata de emitir juicios de validez material se dirige bien a determinar la compatibilidad entre el contenido proposicional de las disposiciones (o, lo que es lo mismo, a detectar antinomias o contradicciones), o bien a establecer la compatibilidad entre el balance que subyace a la disposición y otros balances del sistema.

3. En los juicios sobre la competencia material las razones se hallan más circunscritas que en los de validez material o sustantiva; sólo son pertinentes aquellas razones, sustantivas o institucionales, que contribuyan a *dotar de sentido a la institución* cuya competencia se cuestiona. He sostenido que las razones que se toman como base para la resolución de la controversia deben pasar por una suerte de *filtro institucional*. Dicho *filtro institucional* atañe directamente al fin o sentido por el que se atribuye una competencia a una determinada entidad jurídica, pero también comprendería, en un sentido más amplio, consideraciones relativas al encaje de la entidad en el conjunto del entramado institucional en el que se desenvuelve.

4. Generalmente, cuando se habla de conflictos de competencia material suele pensarse en conflictos entre poderes normativos autónomos; entre los que no existe una subordinación jerárquica de sus disposiciones. He llamado a este tipo de conflicto *conflictos horizontales de competencia*. Para la resolución de este tipo de controversias no es de aplicación el principio de jerarquía normativa; en su lugar los dogmáticos hacen referencia al «principio de la competencia». Este principio constituye una *metanorma interpretativa* que viene a decir que para la resolución de conflictos de competencia se estará a las razones instituciones que están en la base del reparto competencial; excluyendo cualquier otra razón (sustantiva o institucional) que, aunque forme parte del sistema jurídico no guarde relación con la función de la distribución de la competencia. He sostenido que el principio de la competencia no es más que la técnica de la que el ordenamiento jurídico se vale para entretejer el *filtro institucional* al que he hecho alusión más arriba.

5. También es posible que se produzcan conflictos de competencia entre entidades cuyas disposiciones se hallan subordinadas entre sí. Es común apelar a la idea de *garantía institucional constitucional* para hacer valer un *reducto indisponible* o *núcleo esencial* de las instituciones que la Constitución garantiza y que no puede ser rebasado por el legislador. Al igual que sucedía con el principio de la competencia, la garantía

institucional puede ser caracterizada también como una metanorma interpretativa. La garantía institucional obliga a los tribunales a fijar un cierto límite mínimo institucional que el legislador ordinario no puede traspasar y, en el supuesto de que tal límite haya sido traspasado, a bloquear el peso de otras razones que en principio debieran de servir como fundamento de la decisión —como el principio de jerarquía normativa o de deferencia al legislador.

6. La cuestión más interesante y más polémica que suscita la idea de la garantía institucional es la de hasta dónde se extiende esta garantía. Ésta es una cuestión extremadamente compleja por las profundas consideraciones políticas implicadas: al menos en lo que a los conflictos verticales de competencia se refiere —que constituyen el ámbito natural en el que se desenvuelve la garantía institucional— la garantía compite siempre con el principio de deferencia al legislador y con el de separación de poderes. He sostenido que la garantía institucional opera claramente en casos de disfuncionalidad institucional; esto es, tanto cuando existe peligro de que la institución se colapse, como cuando se frustran fines importantes de la institución. Pero conforme nos vamos alejando del riesgo de la disfuncionalidad institucional la garantía institucional va cediendo su espacio al principio de deferencia al legislador.

NOTAS

LA CONCEPCIÓN HABERMASIANA DEL DERECHO¹

Comentarios críticos

David Sobrevilla

Universidad de San Marcos, Lima

RESUMEN. Este artículo presenta —y comenta críticamente— la concepción habermasiana del Derecho orientándose por seis puntos de vista: 1. su visión del Derecho objetivo, 2. su planteamiento de la interrelación entre moral y Derecho, 3. su propuesta del Derecho subjetivo, 4. su enfoque sobre la interrelación entre los derechos subjetivos y la soberanía popular, 5. su comprensión y crítica de la jurisprudencia constitucional alemana, y 6. su idea del paradigma procedimental del Derecho. Concluye que se trata de una filosofía del Derecho hecha por un gran filósofo, pero con una sorprendente desatención de algunos de los problemas de los que se ocupa la filosofía del Derecho hecha por un jurista.

Palabras clave: Habermas, concepción habermasiana del Derecho.

ABSTRACT. This paper presents —and contains critical commentaries to— the habermasian conception of law. It takes orientation from six points of view: 1. its vision of law, 2. its approach to the relationship between morality and law, 3. its proposal of right, 4. its focus on the relationship between rights and popular sovereignty, 5. its understanding and criticism of the German constitutional jurisprudence, and 6. its idea of proceduralist paradigm of law. Concludes that it is a philosophy of law made by a great philosopher, but with a surprising neglect of some of the problems dealt by a philosophy of law made by a jurist.

Keywords: Habermas, habermasian conception of law.

¹ Este texto forma parte de nuestro libro *La filosofía del Derecho alemana actual de orientación racionalista. Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe*, que ha de ser publicado próximamente por la editorial Fontamara de México.

Norberto BOBBIO hizo clásica la distinción entre una filosofía del Derecho hecha por filósofos y otra hecha por juristas que, en fecha relativamente reciente, ha sido vuelta a tratar por Riccardo GUASTINI². Según Bobbio la primera es una *Weltanschauung*, una visión del mundo o una «filosofía» que se «aplica» mecánicamente al Derecho. En ella, desde una visión del mundo un filósofo extrae léxico, conceptos y principios preconstituídos para dar una respuesta sistemática a los problemas del Derecho y de la justicia, sin interesarse por los conceptos «internos» de la experiencia jurídica, esto es, por los conceptos empleados por los juristas en la interpretación o en la sistematización de las normas jurídicas. En cambio, la filosofía del Derecho de los juristas no parte de una visión del mundo preconstituída y su interés recae más bien en los problemas conceptuales que aparecen en el interior de la experiencia jurídica. Los juristas no están interesados en determinar el concepto del Derecho, porque forma parte siempre de los presupuestos indiscutibles de su labor; y no sienten la necesidad de interrogarse por el concepto de la justicia, ya que piensan que se trata de un concepto moral y no jurídico.

La filosofía jurídica habermasiana pertenece sin duda a la primera forma de hacer jusfilosofía: en verdad es la forma sistemática del pensamiento de HABERMAS la que lo ha llevado a aplicar los conceptos fundamentales de su *Teoría del actuar comunicativo* al Derecho —aunque por cierto no lo haya hecho en forma mecánica—. A lo anterior hay que agregar dos observaciones complementarias: primero, que la aproximación de HABERMAS al Derecho no es sólo desde la filosofía sino también desde la sociología, la historia del Derecho, la teoría moral y la teoría social, es decir, que se trata de un acercamiento multidisciplinario —como el mismo aclara en el Prefacio—. Y segundo que, como el gran filósofo que es, HABERMAS se ha preocupado por imbuirse —como antes también sucedió con HEGEL— de algunos conceptos «internos» de la experiencia jurídica —básicamente a través de Klaus GÜNTHER si nos atenemos a sus declaraciones en el mismo Prefacio de *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* [*Facticidad y validez. Contribuciones para la teoría discursiva del Derecho y del Estado democrático de Derecho*]³, su obra dedicada al Derecho y a la teoría política (14/62), pese a que se pueda dudar de si su empeño ha tenido éxito en todos los casos.

Facticidad y validez ha sido una de las obras habermasianas que mejor recepción ha tenido, a la vez que ha suscitado un considerable número de críticas. Estas han atacado a veces aspectos muy generales del planteamiento de HABERMAS: así Onora O'NEILL ha cuestionado que la razón comunicativa del autor diverja mucho de la razón práctica kantiana⁴; y Ota WEINBERGER ha problematizado que la racionalidad comunicativa sea realmente racionalidad, que los «buenos argumentos» nos lleven más allá de la mera persuasión, o la teoría habermasiana del consenso, es decir, algunos presupuestos bási-

² «Imágenes de la teoría del Derecho», en GUASTINI, 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 15-28.

³ Frankfurt: Suhrkamp, 1992. La obra ha sido vertida al español por el traductor habitual de HABERMAS, M. JIMÉNEZ REDONDO como *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta, 1998. Citaremos primero por el original alemán y luego por la traducción española.

⁴ Véase su artículo «Racionalidad comunicativa y razón práctica», en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Berlín, 41, 1993: 329-332.

cos del planteamiento de HABERMAS⁵. Otros autores han criticado cuestiones mucho más específicas: así William FORTBATH enrostra al filósofo alemán una comprensión muy limitada de la economía⁶; o Bernhard SCHLINK sostiene que la teoría habermasiana del Derecho carece de significación alguna para la práctica de la Corte Constitucional Federal Alemana⁷.

En nuestros comentarios a la teoría habermasiana del Derecho nos vamos a situar en un lugar intermedio: vamos a realizar una consideración sobre algunos aspectos que juzgamos básicos en dicha teoría y sin referirnos a muchas cuestiones de detalle. Trataremos de: 1. la concepción habermasiana del Derecho objetivo, 2. su planteamiento sobre la interrelación entre moral y Derecho, 3. su propuesta con respecto a los derechos subjetivos, 4. su visión sobre la interrelación entre los derechos subjetivos y la soberanía popular, 5. su comprensión y crítica de la jurisprudencia constitucional alemana, y 6. su idea sobre el paradigma procedimental del Derecho. Por razones de espacio y sobre todo porque aquí nos interesamos básicamente por la filosofía habermasiana del Derecho, no podemos ocuparnos aquí de la concepción habermasiana de la democracia deliberativa⁸.

1. LA CONCEPCIÓN HABERMASIANA DEL DERECHO OBJETIVO

HABERMAS concibe el Derecho objetivo como el conjunto de normas positivas que tienen por función estabilizar la sociedad, es decir, que poseen un carácter social integrador. Las normas deben llenar dos condiciones que son contradictorias: se presentan como imponiendo ciertas conductas *fácticamente*: el autor de una acción estratégica debe ajustar su conducta a ellas; y al mismo tiempo las normas deben ser *válidas*, esto es, deben estar *legitimadas*. De allí la tensión entre *facticidad* y *validez* que es característica del Derecho. Es menester subrayar que aquí validez no tiene el significado usual entre los juristas. Así por ejemplo KELSEN entendía por validez la fuerza obligatoria del Derecho, la *existencia* de las normas o su carácter normativo⁹; H. L. A. HART hablaba de la validez para referirse a que una regla satisface todos los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento y que, por lo tanto, es una regla del sistema¹⁰; y Robert ALEXY distingue entre el concepto jurídico de validez, el concepto sociológico de validez y el concepto ético de validez¹¹ —ésta corresponde a la validez habermasiana.

⁵ «Habermas sobre la democracia y la justicia: los límites de una concepción sana», en *Ratio Juris*, Oxford, vol. 7, n.º 2, julio de 1994: 239-253.

⁶ Véase su artículo «Corto circuito: una crítica a la comprensión de Habermas del Derecho, la política y la vida económica», en ROSENFELD y AARATO (eds.), 1998: *Habermas on Law and Democracy*, Berkeley/Los Angeles/Londres: U. of California Press, 272-286.

⁷ SCHLINK: «La dinámica de la Constitucional Adjudication», en ROSENFELD y AARATO, 1998: 371-378.

⁸ La hemos estudiado en nuestro artículo «Democracia representativa y democracia deliberativa: reflexiones a partir de la situación peruana reciente», en R. ARANGO (ed.), 2007: *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores/U. de Los Andes/CESO, 409-427.

⁹ Estos son los tres significados que por ejemplo Carlos S. NINO encuentra en el empleo de la palabra «validez» por parte de KELSEN, véase el trabajo de NINO, 1985: «El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen», en su libro *La validez del Derecho*, Buenos Aires: Astrea, 7-27.

¹⁰ HART, 1968: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 129.

¹¹ Véase ALEXY, 1994: *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 87-90.

Ronald DWORKIN ha sostenido que una visión no unidimensional del Derecho considera que, al lado de las normas, hay en él principios que traducen valores y, además, directrices políticas (*policies*); y Robert ALEXY halla, junto a las reglas, principios como mandatos de optimización. También HABERMAS habla de principios, pero que no corresponden a lo que DWORKIN y ALEXY comprenden por tales. Cuando HABERMAS se refiere a principios entiende por ellos los de la seguridad jurídica, el principio democrático de la separación entre el Estado y la sociedad, etc. Antes bien, rechaza la confusión que cree hallar entre las normas, que se refieren a la *acción deontológica*, y los principios que defiende ALEXY, que apuntan a la *acción teleológica*. Curiosamente HABERMAS cree que en los «casos difíciles» se puede llegar a una «única respuesta correcta», como sostenía DWORKIN ante el escepticismo al respecto de ALEXY, pero no hace en esta situación uso de los principios para encontrar la solución del caso sino que apela a los discursos de justificación y aplicación de las normas ideados por Klaus GÜNTHER. Tampoco habla por cierto de directrices políticas en el Derecho.

Agreguemos que en las sociedades tradicionales otro de los elementos del Derecho objetivo, al lado de las normas y principios jurídicos, es el Derecho consuetudinario, que tampoco es mencionado por HABERMAS, lo que es comprensible dado que su planteamiento pretende captar más bien la realidad del Derecho y la democracia de las sociedades modernas.

Finalmente en HABERMAS no hay ninguna consideración sobre la forma de organización de las normas (y principios) jurídicos, sobre el sistema jurídico, excepto una referencia fugaz a las ideas al respecto de R. DREIER (48/92).

Podemos pues comprobar en HABERMAS un reduccionismo en cuanto a los elementos del Derecho objetivo, pues solo admite como elemento único del Derecho a las normas ignorando a los principios —en cuanto traducen valores—¹² y al Derecho consuetudinario. Tampoco toma en cuenta el problema del sistema jurídico. Llamativamente el autor no comparte la posición del positivismo jurídico que hace equivaler el Derecho objetivo al sistema de normas, pues para HABERMAS éstas se hallan en conexión con intereses morales y además con otros intereses éticos y pragmáticos. Veamos ahora cómo pone en conexión el autor el Derecho objetivo y la moral.

2. DERECHO Y MORAL SEGÚN JÜRGEN HABERMAS

HABERMAS se ha ocupado de las comunidades y diferencias entre Derecho y moral en sus *Tanner Lectures* del mismo nombre («Derecho y moral») de 1986¹³ y en *Facticidad y validez* (1992).

¹² Puede cuestionarse sin duda el reduccionismo de HABERMAS afirmándose que aquí cometemos una *petitio principii*: suponemos sin probarlo que, al lado de las normas, existen principios como elementos constituyentes del orden jurídico. No obstante nos parecen fehacientes los argumentos ofrecidos por DWORKIN, ALEXY y M. ATIENZA/J. RUIZ MANERO a favor de la existencia de los principios: DWORKIN ha mostrado convincentemente que al momento de resolver los casos difíciles los jueces recurren a principios; Alexy que lo mismo hace la Corte Constitucional Federal Alemana; y ATIENZA y RUIZ MANERO acuden a un triple análisis comparado de normas y principios: estructural, funcional y político que les permite distinguir entre ambos.

¹³ Las ha publicado como el primero de los estudios previos a *Facticidad y validez* en la parte final de este libro (*Faktizität und Geltung*, 1992: 541-599/*Facticidad y validez*, 1998: 535/587).

En sus lecciones «Derecho y Moral» sostuvo HABERMAS que el núcleo de la razón práctica es la idea de imparcialidad y que, por lo tanto, aquélla intenta fundamentar las normas tanto morales como jurídicas a través de sendos procedimientos *ad hoc*. Que existen tales procedimientos lo atestiguan la teoría moral de L. KOHLBERG y la jurídica de John RAWLS, a las que se agregan los planteamientos morales desarrollados por K.-O. APEL y por él mismo. Se trata de teorías procedimentales que bien pueden servir para satisfacer la necesidad de fundamentación del Derecho convertido en positivo.

Esto no significa, por cierto, que se borren las fronteras entre Derecho y moral. Los procedimientos de las teorías morales mencionadas tienen en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados el hecho de que la racionalidad de los procedimientos debe garantizar la «validez» (*Gültigkeit*) de los resultados legales procedimentales (565/556-557).

Las diferencias entre los procedimientos morales y los jurídicos son los siguientes: primero, los procedimientos jurídicos se aproximan a las exigencias de una racionalidad procedimental completa, porque están ligados a criterios institucionales, o sea, independientes, con los cuales se puede determinar desde la perspectiva de un *observador* si una decisión se ha producido conforme a las reglas o no. Por ejemplo al dictar una sentencia el juez deberá tener en cuenta lo que dispone la ley, los hechos probados en el proceso, los antecedentes jurisprudenciales, etc. En cambio, los procedimientos morales solo llenan las demandas de una racionalidad incompleta, ya que aquí no hay criterios externos y previos pudiéndose tomar las resoluciones morales únicamente desde la perspectiva de un *participante*. Es en efecto únicamente desde esta perspectiva que se puede resolver si una acción corresponde a una norma que recoge en sí la aprobación de todos los participantes en el discurso.

Segundo, son precisamente las debilidades de una racionalidad tan imperfecta como la moral las que hacen comprensible por qué ciertas materias requieren de una regulación jurídica. Aunque una norma moral encuentre la adhesión de todos los afectados, ella no es infalible, unívoca, ni garantiza un resultado a un cierto plazo: el procedimiento moral de fundamentación de una norma es falible.

Tercero, de lo anterior se deriva que las expectativas institucionalizadas de un comportamiento logran una *fuerza obligatoria* al unirse con el potencial estatal de la sanción. Se extiende así a lo que KANT denominaba el *aspecto externo* de la acción, no a los *motivos* ni a la *forma de pensar* sobre los que no cabe obligación jurídica alguna.

Cuarto, el Derecho tiene *rasgos convencionales* que proceden de que es promulgado debido a la decisión de un legislador político quien puede cambiarlo a su arbitrio.

Quinto, esta dependencia de la política explica el carácter instrumental del Derecho. Mientras las normas morales siempre son un *fin en sí*, las normas jurídicas habitualmente son de hecho *medios* para los fines políticos. El Derecho está de este modo situado entre la política y la moral. En tanto que las normas morales sirven solo para la resolución imparcial de los conflictos de la acción, las normas jurídicas también se emplean para la realización de programas políticos; los fines colectivos y las medidas implementadoras de la política agradecen su fuerza obligatoria a la forma jurídica. En este sentido, en el discurso del Derecho los argumentos jurídicos por los que se interpreta y se aplica la ley se entrelazan, como Ronald DWORKIN ha mostrado, tanto con argu-

mentos políticos —por los que se buscan realizar ciertos fines—, como con argumentos morales de fundamentación. Existe por lo tanto una interconexión entre el Derecho, la moral y la política¹⁴.

En *Facticidad y validez* varió HABERMAS considerablemente su concepción de la relación entre Derecho y moral. Pensaba que, a diferencia de la moral que regula conexiones de interacción en general, el Derecho es un medio organizativo de comunidades jurídicas en condiciones históricas determinadas. Mientras las reglas morales expresan lo que está en interés de todos, las normas jurídicas regulan lo que está en interés de una comunidad determinada. Debido a ello las normas jurídicas no solo incluyen *contenidos morales* —en interés de todos— sino también éticos —es decir en interés de una cierta comunidad— y pragmáticos o prácticos. Mientras en *Facticidad y validez* HABERMAS trató de correlacionar estos intereses con clases específicas de materias legislativas, posteriormente ha renunciado a este punto de vista¹⁵.

No obstante, las normas morales y las jurídicas tienen elementos comunes: son «generales» porque se dirigen a muchos destinatarios y porque excluyen los privilegios y las discriminaciones. Sin embargo, la igualdad ante la ley es diferente en el caso de la moral y el Derecho. La igualdad ante la ley no permite el grado de abstracción propio de las cuestiones morales. Esta igualdad ante la ley es el criterio normativo para lograr buenas leyes en tanto éstas se promulgan desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Mientras las normas morales son válidas en el sentido de ser justas, las normas jurídicas, es cierto que están en concordancia con las normas morales, pero más allá de ello son «legítimas» en el sentido de expresar también intereses prácticos y de la comunidad.

Por otro lado, las normas morales se las «descubre» sobre todo, aunque también se las construye. Este momento constructivo es mucho más manifiesto en las normas jurídicas. Las normas morales llevan a una *comprensión* motivada racionalmente; en tanto las normas jurídicas nos conducen a un *acuerdo* motivado también racionalmente. En un caso nos convencemos de que tenemos *deberes*, en el otro de que hay que aceptar ciertas *obligaciones*. Los deberes valen con independencia de las relaciones institucionales, las obligaciones jurídicas son en cambio fijadas institucionalmente.

Finalmente, HABERMAS sostiene que el Derecho complementa a la moral, porque la descarga de sus déficits cognitivos, motivacionales y organizativos. Es sobre todo el aspecto fáctico del Derecho el que aquí juega un rol fundamental para aliviar los problemas generados por estas indeterminaciones de las normas morales.

Son sobre todo dos aspectos de los planteamientos de HABERMAS sobre la relación entre la moral y el Derecho los que nos parecen relevantes: primero, haber establecido desde un punto de vista sociológico que se hallan en una relación de complementariedad; y, segundo, haber visto con toda claridad que las normas jurídicas no solo traducen intereses morales, sino además éticos y pragmáticos.

¹⁴ Véase «Derecho y Moral», en *Faktizität und Geltung*, 541-599/*Facticidad y validez*, 535-588.

¹⁵ En su «Réplica a las colaboraciones a un Simposio organizado por la Cardozo Law School», en *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1996: 309-398; en esp. 331. Lamentablemente este texto ha sido eliminado de la traducción española: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona: Paidós, 1999.

3. LA GÉNESIS LÓGICA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS SEGÚN JÜRGEN HABERMAS

Según Jürgen HABERMAS en la filosofía moderna, la tradición liberal, representada por ejemplo por KANT, trató de subordinar la autonomía pública a la privada, poniendo al Derecho por debajo de la moral y privilegiando los derechos individuales. Por el contrario, la tradición republicana, defendida digamos por ROUSSEAU, intentó someter la autonomía privada a la pública, reconociendo la primacía de la soberanía popular y reconduciendo los derechos individuales a la voluntad general. En un caso se daba preferencia a la razón (en el de KANT) y en el otro a la voluntad (en el de ROUSSEAU), aunque era común partir en ambos casos de las premisas de la filosofía de la conciencia. Para HABERMAS ninguna de estas dos tradiciones dio en el blanco. Él quiere superar ambas estableciendo una conexión fundamental entre los derechos subjetivos y la soberanía popular: el sistema de los derechos subjetivos fija las condiciones bajo las cuales pueden ser institucionalizadas jurídicamente las formas comunicativas necesarias para promulgar una norma de un modo políticamente autónomo. Dicho de otra manera: solo cuando las normas jurídicas reconocen los derechos subjetivos son ellas legítimas, pues únicamente entonces sus destinatarios se identifican a la vez como sus autores. En la próxima sección examinaremos la interconexión entre los derechos subjetivos y la soberanía popular; aquí queremos analizar la concepción habermasiana sobre los primeros.

El autor subraya el hecho de que no concibe los derechos subjetivos como derechos naturales y que no los fundamenta de manera trascendental. Los derechos subjetivos no anteceden a la soberanía popular y no llegamos al sistema de los mismos en una «pureza» trascendental sino teniendo en cuenta una interpretación histórica de los mismos: el desarrollo constitucional europeo de más de 200 años de duración.

El procedimiento adoptado por HABERMAS para determinar los derechos subjetivos parece correcto: parte de la noción kantiana de la autonomía privada y sobre la base de la comprensión intuitiva del principio discursivo (D: son válidas las normas de acción a las que podrían prestar su aquiescencia todos los posibles afectados en tanto participantes en discursos racionales) y del concepto de la forma jurídica (la validez entendida como la legitimidad de las normas) va generando los derechos subjetivos a los que ha llegado el desarrollo constitucional europeo. Extrae así primero los derechos civiles: el derecho a la mayor medida posible de iguales libertades de acción, los derechos de ciudadanía y los derechos a un procedimiento legal. Estos tres grupos forman el «código del Derecho»: la autonomía exige de manera imperiosa la igualdad, la ciudadanía y la garantía procesal, reivindicaciones sin las cuales no podríamos hablar de un derecho realmente justificado. Luego obtiene HABERMAS los derechos políticos: la autonomía demanda asimismo colaborar en la formación de la voluntad política. De allí que entienda que estos cuatro grupos de derechos hayan quedado fundamentados de manera absoluta —los derechos políticos no integran sin embargo el núcleo del Derecho, porque cabe tener derechos civiles sin gozar de los políticos, aunque se los demande—. Finalmente aparecen los derechos sociales, que son mucho menos imprescindibles y que representan únicamente una condición del disfrute de los derechos anteriores —asegurándolos social, técnica y ecológicamente.

A la posible objeción de que se puede hacer una presentación distinta de la génesis lógica de los derechos subjetivos en caso de que se tenga en cuenta un desarrollo constitucional diferente al europeo, es probable que HABERMAS la admita. O que acepte que su descripción de este mismo desarrollo pueda ser diferente. Aunque el autor critica el planteamiento de T. H. MARSHALL en su famosa conferencia *Ciudadanía y clase social* (1950)¹⁶, es claro que la tiene en mente al hablar del «desarrollo constitucional europeo» —en realidad es fácil de ver que asume su clasificación de los elementos de la ciudadanía (civil, político y social) en su propia presentación de las categorías de derechos subjetivos (las tres primeras corresponden al elemento civil de la ciudadanía, la cuarta al elemento político y la quinta al social)—. Como el planteamiento de MARSHALL ha sido criticado por algunas feministas¹⁷ por no considerar el género y la raza, es evidente que esta crítica daría pie a observar el enfoque habermasiano, pero es obvio que HABERMAS también podría replantear su esquema sin dificultades.

La debilidad del planteamiento habermasiano parece hallarse en otro lugar: en que ha elegido el concepto de autonomía privada como punto de partida para hallar los derechos fundamentales, en lugar de buscar una base más recomendable como la necesidad o el interés. A favor de este procedimiento ha aducido Ernst TUGENDHAT que el concepto de autonomía o de libertad (positiva) puede ser reconducido fácilmente al concepto de necesidad: la libertad es una de las necesidades fundamentales de un individuo que se debe reconocer moralmente. Y agrega que en los últimos tiempos se ha ofrecido en lugar del concepto de la libertad el de la dignidad humana como base de los derechos humanos: sucede así en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en muchas Constituciones del mundo —por ejemplo en la de la República Federal de Alemania de 1949 [y en la del Perú de 1979 y 1993, D.S.]¹⁸.

El filósofo del Derecho colombiano Rodolfo ARANGO considera muy positivamente la propuesta de fundamentación de TUGENDHAT por haber sido elaborada sobre la base de la idea del respeto mutuo, aunque además observa que adolece por su parte de dos debilidades: no distinguir entre las necesidades objetivas y los intereses subjetivos como base de los derechos humanos, y no determinar la relación entre necesidades y derechos. Mas satisfactoria le parece a este respecto la propuesta de fundamentación de los derechos humanos de David WIGGINS¹⁹ que también opera sobre la base del concepto de necesidades solucionando además en gran parte los déficits indicados del planteamiento de TUGENDHAT²⁰. No nos referiremos más a los enfoques de TUGENDHAT y de WIGGINS por no constituir parte de nuestro trabajo.

¹⁶ MARSHALL y BOTTMORE, 2005: *Ciudadanía y clase social*, Buenos Aires: Losada.

¹⁷ Véase por ejemplo el artículo de FRASER y GORDON, «Contrato versus caridad: una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social», en *Isegoría*, n.º 6, Madrid, noviembre de 1992: 65-82.

¹⁸ Véase TUGENDHAT, 1997: *Lecciones de Ética* [1993], Barcelona: Gedisa, 344.

¹⁹ En su libro *Needs, Values, Truth*, Oxford/Cambridge: Mass, 1991.

²⁰ Véase la presentación de ARANGO de los enfoques de HABERMAS, TUGENDHAT y WIGGINS sobre la fundamentación de los derechos subjetivos en su libro *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá: U. Nacional de Colombia/Legis, 2005: 261-296.

4. LA VISIÓN HABERMASIANA DE LA INTERCONEXIÓN ENTRE LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LA SOBERANÍA POPULAR

Manifestamos ya que para HABERMAS existe una interconexión íntima entre los derechos subjetivos y la soberanía popular, y que el Derecho se justifica como el medio de garantizar en forma paritaria la autonomía privada y la pública. En su opinión:

«El principio de la soberanía popular se expresa en los derechos de comunicación y participación que aseguran la autonomía pública de los ciudadanos; el imperio de la ley, por su parte, en aquellos clásicos derechos fundamentales que garantizan la autonomía de los ciudadanos. El Derecho se legitima de este modo como medio para asegurar en forma paritaria la autonomía privada y la pública» («El vínculo interno entre Estado de Derecho y democracia», en HABERMAS, J., 1999: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona: Paidós, 252).

Charles LARMORE ha criticado este aspecto del planteamiento habermasiano: primero, porque es circular: los derechos humanos remiten a la soberanía popular y ésta a su vez a la realización de los derechos humanos; y segundo, porque en verdad HABERMAS pondría a la base de todos los derechos subjetivos un principio más fundamental que ellos mismos, que tiene asimismo el carácter de un derecho subjetivo y que representa una manera de entender el principio kantiano de la autotelia: que todo ser humano es un fin en sí. El principio al que recurre HABERMAS sostiene: «nadie debe ser obligado por la violencia a someterse a normas de acción cuya validez (*Gültigkeit*) no le es posible comprender (*einsehen*) racionalmente. LARMORE escribe: «Desde este punto de vista no es tan sorprendente que los derechos subjetivos usuales se puedan deducir, como HABERMAS afirma, del concepto de la soberanía popular. La “autonomía democrática” reposa ella misma sobre la base del reconocimiento de un derecho subjetivo fundamental. Por lo tanto, no puede ser total. La “democracia radical” [a la que aspira HABERMAS, D. S.] solo es posible como liberalismo»²¹.

Si al considerar la conexión interna entre derechos subjetivos y soberanía popular propuesta por HABERMAS, llega LARMORE paradójicamente a esta conclusión sorprendente, frente a la misma tesis la reacción de Robert ALEXY es más bien escéptica: el precio que paga el enfoque habermasiano por disolver la clásica tensión existente entre los derechos subjetivos y la democracia sería en exceso alto: una idealización inadmisibile. El principio discursivo afirma según HABERMAS: «son válidas las normas de acción a las que pudieran prestar su aquiescencia todos los posibles afectados en tanto participantes en discursos racionales». De este principio obtiene el autor el principio democrático que afirma: «únicamente pueden pretender validez legítima las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, organizado a la vez jurídicamente, pueden encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica».

Pues bien, ALEXY sostiene que con este último principio desaparece la tensión existente entre la autonomía privada y la pública:

«Es fácil ver que cualquier tensión entre los derechos básicos y la democracia tiene que desaparecer inmediatamente una vez que uno presupone la realización perfecta de este prin-

²¹ LARMORE, 1993: «Las raíces de la democracia radical», en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Berlín, 41, 2: 327.

cipio de la democracia. Por “realización perfecta” entiendo un estado político de cosas en el que únicamente son promulgadas aquellas leyes en las que encontramos *actualmente* el acuerdo de todos los asociados en el proceso discursivo de la producción legal. En este modelo la identidad entre el destinatario y el autor de la ley tan frecuentemente mencionado por HABERMAS (*Faktizität und Geltung*, 1992: 52, 57, 135, 153, 160, 492, 503) se encuentra plenamente realizada. Como el acuerdo de todos los asociados legales (al que en este modelo ideal puede ser remitida cada norma) estaría purificado discursivamente y sería por ello un acto racional de autogobierno, ninguna norma puede violar un derecho básico. Más bien los derechos básicos serían a la vez ejercidos y creados en el acto del autogobierno racional colectivo. Los derechos básicos y la democracia resultarían reconciliados así sin ninguna reserva. El precio es sin embargo demasiado alto. Significa una idealización total» («Basic Rgths and Democracy in Jürgen Habermas’s Procedural Paradigm of the Law», en *Ratio Juris*, Oxford, vol. 7, n.º 2, julio de 1994: 232).

Mas es obvio según ALEXY que en el mundo real la tensión entre facticidad y validez —o dicho de otra manera: entre los derechos subjetivos y la soberanía popular— es inevitable, de modo que hay que buscar institucionalizar una solución, lo que él mismo ha hecho con su propuesta de incorporar los principios al modelo del Derecho y de introducir la idea de la «ponderación» para tratar de resolver las tensiones. Veamos a continuación las objeciones de HABERMAS contra la propuesta de ALEXY y la respuesta que éste le ha dado. Como HABERMAS ha formulado sus críticas en forma más amplia dirigiéndolas contra la concepción de los principios de la Corte Constitucional Federal Alemana y contra su praxis jurisprudencial, nos referiremos en la próxima sección a sus reparos a este respecto.

5. LA VISIÓN HABERMASIANA DE LA POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMANA SOBRE LOS PRINCIPIOS Y SOBRE SU PRAXIS JURISPRUDENCIAL

En el capítulo V de *Facticidad y validez* trata HABERMAS de la «Indeterminación del Derecho y la racionalidad de la administración de justicia». Parte del capítulo está dedicada a la fundamentación y aplicación de las normas jurídicas. El capítulo siguiente (VI) se refiere sobre todo a «Justicia y legislación: acerca del rol y legitimidad de la jurisprudencia constitucional». Tocaremos solo los reparos del autor sobre el particular: los peligros que ve en la práctica de la Corte Constitucional Federal Alemana.

El primero de dichos peligros es que dicha práctica puede interpretarse como si el Poder Judicial se situara por encima del Poder Legislativo o invadiera sus fueros. De allí que para salvaguardar el principio de la división de poderes, propone HABERMAS que la función de la constitucionalidad de las normas sea realizada dentro del propio Poder Legislativo: en una comisión parlamentaria que redefina dicha función como una de autocontrol de las leyes. Esta objeción es una de las que más habitualmente se formula contra los fallos de un Tribunal Constitucional: que no se limita a aplicar la ley sino que la interpreta correctoramente²² yendo más allá de la intención del legislador e

²² «Interpretación correctora» es el nombre que da Riccardo GUASTINI a las interpretaciones que van más allá de la intención del legislador. Según este autor este tipo de interpretaciones pueden ser extensivas o restrictivas. Véase su artículo «Técnicas interpretativas» en su libro *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Porrúa, 1999.

invadiendo así los fueros del Poder Legislativo. Parte del problema consiste en conocer cómo establecer los límites entre el Poder Legislativo y el Judicial, si se reconoce —como en los Estados Unidos después del fallo *Marbury vs. Madison*— que el Poder Judicial tiene la facultad de interpretar la Constitución y de hacer valer los derechos constitucionales, la forma cómo se conciben los Tribunales Constitucionales de cada país, etc. HABERMAS tiene sin duda razón en su preocupación por preservar los límites entre los poderes, y su propuesta de reubicar la función del control de la constitucionalidad de las normas es sensata, aunque objetable: es discutible hasta qué punto esté dispuesta y facultada una comisión parlamentaria para revisar leyes que han sido aprobadas por el pleno del Poder Legislativo o a hacer valer garantías constitucionales contra las leyes parlamentarias.

El segundo peligro que HABERMAS ha señalado es que la Corte Constitucional Federal Alemana entiende la Constitución de la República Federal de Alemania como un «orden concreto de valores» y que recurre a la «ponderación» entre ellos. Bernhard SCHLINK, quien en su trabajo *La ponderación en la Corte Constitucional Federal Alemana* (1976) ha estudiado minuciosamente el tema, afirma lapidariamente que la orientación de la jurisprudencia de dicha Corte por los valores es un «mito»: admite que entre 1950 y 1970 el *Bundesverfassungsgericht* discutió si los derechos fundamentales eran valores y si formaban un sistema valorativo, pero señala que después de 1970 casi no ha empleado más la noción de «valor» y que ha utilizado en su lugar los conceptos de «normas objetivas», «decisiones fundamentales objetivas» y de «principios objetivos» para referirse a las mismas metas y arribar exactamente a los mismos resultados²³. Frente a este reparo, HABERMAS ha indicado que él no ha inventado esta interpretación de la praxis jurisprudencial de la Corte Constitucional Federal Alemana sino que la ha tomado de numerosos autores, pero que, en todo caso, deja el debate al respecto a los expertos²⁴.

Por su parte Robert ALEXY ha recogido y discutido detalladamente la crítica habermasiana —lo que es sin duda comprensible dado que el modelo jurídico de ALEXY da una gran cabida a los principios, a los que concibe como correspondiendo a valores, y a la ponderación—. La crítica habermasiana consta según ALEXY de dos objeciones²⁵: la primera es que la visión criticada reduce los derechos a objetivos, políticas y valores, privándolos de la estricta prioridad característica de los «puntos de vista normativos», con lo que se derrumbaría la «barrera cortafuegos» que es característica del entendimiento deontológico de las normas y principios en un discurso jurídico. La segunda objeción es que al comprenderse los derechos como valores se extrae a la decisión con respecto a aquéllos del ámbito de lo correcto e incorrecto, llevándosela al de la ponderación

²³ SCHLINK, «La dinámica de la Constitutional Adjudication», en ROSENFELD y AARATO (eds.), 1998: *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*, Berkeley/Los Angeles/Londres: U. of California Press, 374.

²⁴ «Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law», en ROSENFELD y AARATO (eds.), 1998: 382. Curiosamente esta parte del texto no figura en la versión alemana: «Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School», en *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt: Suhrkamp, 1997: 309 y ss.

²⁵ Los análisis efectuados por ALEXY de las objeciones de HABERMAS y sus respuestas a las mismas, se encuentran en la primera y segunda conferencia que ofreció en la cátedra GARZÓN VALDÉS en 1994. Véase ALEXY: «Teoría del discurso y derechos constitucionales» y «Los derechos constitucionales y el sistema jurídico», en ALEXY, 2005: *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México: Fontamara, 47-88.

que no permite criterios racionales. Por lo tanto el juicio que se logre se puede medir por sus «resultados», pero no se lo puede justificar.

Antes de pasar a considerar la respuesta de ALEXY a HABERMAS, recordemos ante todo algunas de las características del modelo jurídico alexiano. Según ALEXY en su *Teoría de los derechos fundamentales*, el orden jurídico está integrado por *normas* que dicen *lo que debe ser*. Las normas pueden ser *reglas* o *principios*. Las reglas son normas que tienen que ser cumplidas o no. Los principios son normas entendidas como *mandatos de optimización*: ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Entre las normas pueden surgir *contradicciones*. Mientras en el caso de las *reglas* hablamos de un *conflicto* entre ellas; en el caso de los *principios* lo hacemos de *colisiones de principios*. Los conflictos entre reglas se solucionan mediante *cláusulas de excepción* que pueden contener principios que no son teóricamente enumerables. Las colisiones entre principios exigen de un planteamiento más complejo: para ALEXY existe en el ordenamiento legal un *orden débil* entre principios que está compuesto: 1) por un sistema de condiciones de precedencia que forma el supuesto de hecho de una regla, 2) por un sistema de estructuras de ponderación que tiene que ver con la naturaleza de los principios como mandatos de optimización con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas —a este respecto es muy importante la *máxima de proporcionalidad* (con sus máximas parciales de adecuación, exigibilidad y proporcionalidad en sentido estricto)—, y 3) por un sistema de precedencias *prima facie* de los principios, pero pudiendo ser cambiada la prelación teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por lo tanto, las reglas pueden entenderse como *razones definitivas*, en tanto que los principios son solo *razones prima facie*. ALEXY pensaba que este planteamiento permite eliminar el margen de irracionalidad existente en la determinación de cómo un principio es desplazado por otro. Finalmente el autor sostenía que los principios se dan en el *orden deontológico*, y que corresponden a valores que se presentan en el *orden axiológico*.

La crítica de HABERMAS toca a este planteamiento de ALEXY en tanto que, pese a su elaboración, sostiene que reduce los derechos a objetivos, políticas y valores —lo que es sin duda exagerado, pues ALEXY también afirma que el Derecho está integrado por reglas (y por procedimientos)—, y además porque la elección de uno entre dos principios que han entrado en colisión, la parece a HABERMAS fuertemente arbitraria e irracional. Éste es el punto en que sitúa ALEXY su réplica afirmando que no se ha entendido qué es la ponderación.

La ponderación entre principios contrapuestos puede cumplirse según el Profesor de Kiel en tres pasos: el primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o detrimento del primer principio por el segundo; el segundo en hacer lo mismo en el caso del segundo principio (cómo resulta afectado por el primer principio); y el tercero en establecer si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero (o a la inversa). ALEXY piensa que para tomar una decisión objetiva y racional frente a una colisión de principios se puede establecer una *escala triádica* entre los grados de satisfacción (o de insatisfacción) de los principios: leve, moderada y grave.

Por otro lado, hay que tener en cuenta la máxima de la proporcionalidad con sus máximas parciales de adecuación, de exigibilidad y de proporcionalidad en sentido es-

tricto. Las dos primeras submáximas se refieren a la optimización relativa con respecto a lo que es *fácticamente posible*, y la tercera a la optimización frente a las *posibilidades normativas* que están referidas fundamentalmente a la concurrencia de principios. De allí que la última submáxima se exprese así: «Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afección (detrimento) de un principio, tanto mayor deberá ser la importancia de la satisfacción de otro». Esta regla es la «ley de la ponderación».

ALEXY aclara su propuesta con ejemplos. Uno de los casos que analiza es el de la obligación impuesta por la Corte Constitucional Federal Alemana a las compañías tabacaleras de señalar en sus paquetes de cigarrillos que fumar puede ser peligroso para la salud (BVerGE, 95: 173). Aquí se afecta sin duda el principio de la libertad de ejercicio profesional, pero se lo hace de una manera leve. Una afección grave sería la de simplemente prohibir la venta de tabaco. Si comparamos la magnitud de aquella interferencia (leve) con los graves daños que podrían seguirse de no colocar este aviso preventivo, se advierte de inmediato que el primer principio (el de la libertad de ejercicio profesional) tiene que ceder frente al segundo por razones objetivas.

Otro caso es el de la revista satírica *Titanic* que describió a un militar parapléjico retirado, que había cumplido satisfactoriamente todas sus obligaciones, como un «asesino nato» y en una edición posterior como «un tullido», lo que provocó una demanda del afectado. En este caso entraban en juego dos principios: el del Derecho a la libertad de expresión de la revista (P_1) y el derecho a la identidad personal del militar (P_2). El Tribunal Regional de Apelación de Dusseldorf falló en contra de *Titanic*, imponiéndole el pago de daños y perjuicios por un monto de 12.000 marcos alemanes. *Titanic* interpuso entonces un recurso constitucional. Fue en estas circunstancias que la Corte Constitucional Federal Alemana realizó una «ponderación de caso específico» (BVerGE, 86: 1) en estos términos: consideró que la mención del militar como «asesino nato» y «tullido» no era grave sino moderada debido al contexto satírico en que había sido hecha. En cambio la sentencia condenando a *Titanic* al pago de daños y perjuicios por un monto tan elevado, sostuvo que habría constituido una interferencia grave (la sentencia la describía como «permanente») a la libertad de expresión. Por ello la Corte consideró que los calificativos empleados por *Titanic* contra el demandante no ofrecían un fundamento suficiente como para condenar a la revista al pago de daños y perjuicios.

ALEXY señala que hasta se puede asignar valores numéricos a los tres grados del modelo triádico, lo que permitiría acentuar aún más la objetividad y racionalidad del procedimiento ponderativo. Su conclusión es que la crítica de HABERMAS a la ponderación entre principios es infundada: el procedimiento ponderativo no es carente de objetividad ni conduce a la irracionalidad.

6. LA IDEA DEL PARADIGMA PROCEDIMENTAL DEL DERECHO

Thomas S. KUHN volvió a poner de moda la palabra «paradigma» —que originalmente había sido empleada por PLATÓN en el sentido de modelo— en su famoso libro *The Structure of Scientific Revolutions* (1960, ²1970). Una de las dificultades que presenta esta palabra en el texto kuhniano es que su autor no la utilizó de manera unívoca.

ca. En efecto, Margaret MASTERMAN ha demostrado que tenía allí hasta 21 significados diferentes, algunos de los cuales son: «logro científico universalmente reconocido», «una tradición y, en cierto sentido un modelo», «una realización científica», etc.²⁶. Andrew AARATO ha observado con pertinencia que, aunque HABERMAS tomó el término «paradigma» de la obra de KUHN de 1960, el sentido que le asigna se refiere más bien a la palabra modelo tal como ha sido utilizada por la tradición del Idealismo alemán. «Cada paradigma aspira a incorporar el paradigma precedente, cuya crítica juega un rol importante en la nueva construcción paradigmática. El modelo del Estado de bienestar incorpora el énfasis en la autonomía subjetiva y en las instituciones del Estado constitucional [liberal, D.S.]; y en forma similar el modelo procedimental busca combinar, bien que de manera reflexiva y crítica, el intento del Estado de bienestar de equilibrar la igualdad formal legal con una igualdad fáctica mayor. Así sabemos en un sentido a qué se refiere el paradigma procedimental: es el equivalente de aquello que HABERMAS ha llamado en otro lugar la continuación del Estado de bienestar en un nivel más alto de reflexión (*auf höherer Reflexionsstufe*)»²⁷.

Más allá del problema constituido por la significación de la palabra «paradigma» en el texto del autor, otra dificultad existente para entender su idea de los «paradigmas del Derecho» es que en realidad se refieren no solo al Derecho sino asimismo a la organización del Estado. Dado que en este texto no nos hemos referido a la concepción política habermasiana en *Facticidad y validez*, aquí nos restringiremos a examinar estos paradigmas sólo en sus aspectos jurídicos. Nos apoyaremos en la reconstrucción de los mismos efectuada por Robert ALEXY²⁸.

Según HABERMAS un paradigma jurídico es un conjunto de asunciones elementales acerca del carácter, principios básicos, metas y posibilidades del Derecho. «[Los paradigmas] esclarecen el horizonte de una sociedad dada en relación al proyecto de realización del sistema de los derechos. En cuanto tales poseen una función primaria de apertura del mundo. Los paradigmas abren perspectivas de interpretación, desde las que se puede referir los principios del Estado de Derecho (en una interpretación determinada) a todo el contexto de la sociedad» (*Faktizität und Geltung*, 527/523). Constata de elementos normativos y descriptivos.

El primer paradigma es el *liberal* que concebía al Derecho de una manera puramente *formal*: el Derecho estaba pensado para garantizar la libertad *negativa* de los sujetos jurídicos y, por lo tanto, el principio de libertad jurídica, mientras que, en términos de división del trabajo, el Derecho público quedaba asignado a la esfera del Estado autocrático. La crítica que se le ha formulado a este paradigma es, por lo general, que la libertad legal conduce a una desigualdad fáctica. Esta crítica partió de los reparos hechos a las premisas económicas y sociológicas del modelo liberal.

El segundo paradigma es el *social* que concebía al Derecho de una manera *material*: intentó especificar el contenido de las normas existentes de Derecho privado y en-

²⁶ MASTERMAN, 1975: «La naturaleza de los paradigmas», en LAKATOS, y MUSGRAVE (eds.), *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, México: Grijalbo, 159-201.

²⁷ AARATO, «Procedural Law and Civil Society. Interpreting the Radical Democratic Paradigm», en ROSENFIELD, y AARATO (eds.), 1998: 27.

²⁸ Véase su artículo «Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas's Procedural Paradigm of the Law», en *Ratio Juris*, Oxford, vol. 7, n.º 2, julio de 1994: 227-238.

fatizar el principio de la justicia distributiva. Los principales medios empleados para corregir los problemas del modelo liberal fueron la propuesta de los derechos sociales y las regulaciones sociales efectuadas por parte del Estado. Pero con estas medidas estatales se promociona un paternalismo social que HABERMAS describía así: el Estado social se preocupaba de solucionar la base natural de la existencia de sus ciudadanos dando lugar a reducir precisamente su actuación. El individuo autónomo caía en riesgo de convertirse en un cliente protegido por el Estado.

El paradigma procedimental trata de evitar las debilidades tanto del paradigma liberal como del social, y concibe al Derecho a partir de una comprensión procedimental del mismo que pone el acento en la conexión existente entre la autonomía privada y la pública. No se parte aquí de una *imagen productivista* de la sociedad, como en los modelos anteriores, sino que se trata de asegurar las condiciones tanto de la autonomía privada como de la pública. Ello se logra mediante un orden jurídico que asegure la cooriginaria autonomía privada y pública: ambas deben su legitimidad únicamente a las formas de comunicación en las cuales la autonomía ciudadana pueda expresarse y acreditarse. Para ello se debe proseguir el proyecto del Estado social en un nivel más alto de reflexión: tratando de realizar el sistema de derechos subjetivos y examinando cómo se puede desarrollar y articular en las sociedades complejas el Estado democrático de Derecho.

HABERMAS confirma que el día de hoy las sociedades complejas viven en una crisis del Estado de Derecho, que cree que se puede describir someramente como que se produce en él una «atrofia de la validez» de la Constitución. Frente a ella el autor sostiene que la teoría discursiva del Derecho concibe al Estado democrático de Derecho como la institucionalización que discurre a través del Derecho legítimo (o sea que garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos en forma de una formación discursiva de la opinión y la voluntad, formación que a la vez posibilita el ejercicio de la autonomía pública y una producción legítima de normas. De otra parte, la teoría comunicativa de la sociedad concibe al sistema político del Estado de Derecho como un sistema más entre otros sistemas de acción. Un problema fundamental que muestra la crisis del Estado de Derecho le parece ser a HABERMAS aquella instrumentalización del Derecho para fines de regulación política que sobreexige la estructura del medio jurídico y disuelve la vinculación de la política a la realización del Derecho, algo sobre lo que no se puede disponer.

La concepción habermasiana de los paradigmas del Derecho tiene sin duda aspectos muy positivos: el autor detecta algunos problemas innegables en los que llama paradigma liberal y social del Derecho, e intenta solucionarlos mediante un tercer paradigma, el paradigma procedimental del Derecho. Una dificultad evidente aquí es que en este tercer paradigma preponderan los elementos normativos sobre los descriptivos: antes que corresponder el paradigma procedimental del Derecho a una realidad previamente existente se trata de un modelo que se postula para solucionar los problemas previamente detectados en los paradigmas existentes mediante la generación de una realidad deseada.

Otro de los defectos del modelo procedimental del Derecho de HABERMAS es que en él hay un vacío sobre el importantísimo tema de la justicia. Este vacío es en cierta manera aparente: pensamos que el tema de la justicia no tiene un lugar propio en

Facticidad y validez, porque al parecer HABERMAS piensa que, como los derechos subjetivos han de ser cautelados por la soberanía popular y como ésta se ha de realizar a su vez a través del reconocimiento de los derechos subjetivos, en los discursos se ha de poder encontrar la realización justa y el cumplimiento de los intereses individuales y del interés general. No obstante, uno echa de menos en este libro de HABERMAS principios de justicia como los de la igualdad y la diferencia en el modelo de RAWLS que permitan mediante el equilibrio reflexivo conducir a la reforma de las instituciones.

Un tercer reparo que haríamos al paradigma procedimentalista del Derecho de HABERMAS es cuán poco procedimental es: mientras en la propuesta procedimental de ALEXY se encuentran claramente sugeridos los procedimientos de la grada de la promulgación de las leyes, precisamente determinados los de la grada del discurso jurídico y delineados los de la grada del proceso concreto, en HABERMAS no encontramos mayores indicaciones al respecto sino una vaga apelación al empleo del principio de la imparcialidad en los procedimientos. Por cierto, el hecho de que ALEXY haya señalado que su modelo jurídico de reglas y principios debe ser complementado mediante procedimientos, no significa que lo haya realizado totalmente: su modelo sólo lo ha establecido con nitidez con respecto a la grada del discurso jurídico.

7. CONSIDERACIÓN FINAL

Manifestamos al inicio que la filosofía del Derecho habermasiana pertenece al género de una jusfilosofía hecha por filósofos, y los comentarios anteriores han confirmado este aserto. Son únicamente los puntos de vista de la *Teoría del actuar comunicativo* los que nos permiten explicar y comprender la filosofía jurídica de HABERMAS. En ella hay una sorprendente desatención por algunos temas básicos de una filosofía del Derecho hecha por juristas como consideraciones sobre la estructura de las normas, sobre su validez jurídica —vimos que solo tomaba en cuenta su validez sociológica (la facticidad) y la moral (la validez en el sentido habermasiano) o sobre el sistema jurídico—. Su teoría de la interpretación la toma de Klaus GÜNTHER —con su distinción entre los discursos de fundamentación y aplicación de las normas—, el tema de la justicia está ausente en *Facticidad y validez* o lo está de una manera muy insatisfactoria, su modelo procedimental del Derecho es muy poco procedimental. No agregamos aquí la ausencia en la filosofía habermasiana del tema de los principios jurídicos, porque se dirá que cometemos una *petitio principii* al aceptar de entrada que existen. La verdad es que, pese a que HABERMAS pretende que los capítulos III a VI de su libro están compuestos desde la perspectiva de la teoría del Derecho, ellos y los demás están redactados más bien desde la óptica de una sociología filosófica del Derecho.

Antes de acabar quisiéramos mencionar otra crítica hecha por algunos autores: que en *Facticidad y validez* se concentra HABERMAS en la consideración del Derecho nacional y que casi no habla del Derecho internacional o del impacto de la globalización sobre el Derecho. Esta situación quizás se explique por la fecha de aparición del libro: 1992, aunque ya por entonces la globalización había aparecido hacía tiempo

con mucha fuerza como un tema de época. Únicamente después tocaría HABERMAS temas que entretanto se nos han vuelto habituales: los problemas planteados por los Estados posnacionales, el multi- e interculturalismo, la globalización²⁹. No deja de ser un detalle llamativo en una obra mayor de uno de los grandes filósofos de nuestro tiempo.

²⁹ Véase por ejemplo las observaciones sobre este punto realizadas por HABER en su libro 2001: *Jürgen Habermas, une introduction. Au coeur de la pensée de Jürgen Habermas*, París: Pocket/La Découverte, 236 y ss.



¿ES EL DERECHO UNA PROFESIÓN INMORAL? UN ENTREMÉS PARA LOS CULTORES DE LA ÉTICA Y DE LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA

Minor E. Salas

Universidad de Costa Rica

RESUMEN. Muchas de las recomendaciones de la deontología jurídica conducentes a elaborar, en términos bien abstractos, algún *perfil del buen jurista* son básicamente ingenuas, pero sobre todo inútiles. Ellas suelen partir de un doble prejuicio, muy arraigado en la actualidad: *a)* por un lado, de que es posible *enseñar* moral a cualquier profesional —en este caso, al jurista ya formado— para lo cual se suelen implementar simplemente unos códigos de ética e impartir unos cursos deontológicos (¡de fin de semana!) al respecto; y, *b)* por otro lado, de que la profesión legal se puede ejercer de conformidad con parámetros estrictamente morales. En este artículo se desarman teóricamente ambas creencias y se muestra cómo el ejercicio práctico del Derecho requiere —por la misma dinámica implícita en la profesión— una cierta dosis de *deshonestidad* y con ello de *inmoralidad*. Cuánta sea esa dosis dependerá de las circunstancias personales de cada profesional considerado *in concreto*. Finalmente, el trabajo analiza (no a título de un recetario, sino de algunas pistas heurísticas) cómo combatir, hasta donde se puede, esta *inmoralidad intrínseca* de la actividad jurídica.

Palabras clave: moral, ética y deontología jurídica, inmoralidad intrínseca, códigos deontológicos, enseñanza del Derecho, filosofía del Derecho, moral de imperativos/moral de circunstancias.

ABSTRACT. Many of the advices of legal ethics and deontology leading to elaborate, in a very abstract manner, the *profile of a good lawyer* are basically naive, but above all useless. These advices are born of a double prejudice which is very common nowadays: *a)* first, that it is possible to *teach* morality to any professional person —in this case to the lawyer who has already graduated— for which purpose some codes of ethics meticulously written and some moral courses (taught at weekend time!) will suffice. *b)* Second, that it is possible to practice the legal profession according to strict moral criteria. In this essay, both beliefs are theoretically demystified to show that the daily practice of law requires, in view of its internal logic and dynamic, a certain magnitude of *dishonesty* and therefore of *immorality*. The amount of this will depend on the particular person considered. Finally, the article studies (not as a mere recipe, but as a heuristic suggestion) how to fight, so far as possible, this *intrinsic immorality* of the legal profession.

Key words: moral, legal ethics and deontology, intrinsic immorality, codes of ethics, legal education, legal theory and philosophy, morals based on imperatives/morals based on circumstances.

Cada profesión tiene sus idiotismos morales.

D. DIDEROT¹

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA Y ALGUNAS DIFICULTADES INICIALES

Para explicar más claramente el tema que me ocupa en este trabajo, me valdré de algunas citas de juristas famosos. Eduardo COUTURE aconsejaba, en su décimo mandamiento, lo siguiente: «Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado». Por su parte, Piero CALAMANDREI atestiguaba, en su ya célebre *Elogio*, que: «Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe». Y para culminar, uno de los más importantes juristas romanos (ULPIANO) llegó a darle al Derecho un rango casi sagrado cuando sostuvo que: «La ciencia jurídica era el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto».

De estas pocas frases se extrae una conclusión inequívoca: el jurista², no importa si es un abogado, un juez, un fiscal o un defensor, suele creer —en especial si tiene vocación para el trabajo— que el ejercicio de su profesión es esencialmente honesto; algo que se apega (o al menos, debería apegarse) siempre a las reglas de la moral dominante en su comunidad. Es cierto que existen algunos profesionales disolutos y tramposos, quienes son capaces de mentir y engañar a sus clientes, especialmente si hay dinero de por medio. Sin embargo —se dice— esta es la excepción y no la regla. De allí que pocos admitirían públicamente que la hipocresía y la deshonestidad son ingredientes, a veces necesarios, del trabajo que ejercen y al cual dedican sus vidas. ¿Qué abogado, o juez, o magistrado aceptaría sin sonrojarse, o más aún, sin caer en un arrebató de cólera, que alguien le tratara de inmoral o de marrullero? Los chistes que hay sobre el Derecho son muchos. La mayoría son denigrantes e indignos. Si el jurista los acepta no es porque le agraden, sino porque no puede hacer mucho en su contra. Ya en el imaginario colectivo existe un estereotipo generalizado que trata de la presunta *bajeza moral* de esta profesión, de sus *idiotismos éticos*³. De allí que sea célebre aquella expresión según

¹ El epígrafe de DIDEROT lo tomé de VAZ FERREIRA, 1963: *Moral para Intelectuales*, t. III, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, p. 48.

² En lo sucesivo me voy a referir básicamente, y a pesar de algunas precisiones importantes que se pueden hacer, a la ética del «jurista» en general, sin detallar aspectos propios de la ética del juez, del abogado litigante, del fiscal, del defensor público, o incluso del profesor universitario en la materia. Esto no implica, por supuesto, que un tratamiento analítico (*i.e.* diferenciado) no sea posible o incluso deseable. Al respecto puede consultarse la obra general: *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, editada por la Cátedra de ciencias sociales, morales y políticas, Universidad Católica San Antonio de Murcia, España, 2003.

³ A estas alturas del texto cabe la siguiente advertencia: Aquí no voy a incursionar en la discusión relativa a las diferencias que hay entre moral y ética. Para efectos de este trabajo ambos conceptos pueden utilizarse como sinónimos o, en todo caso, según la siguiente definición usual: Ética sería el estudio de los problemas morales desde un ángulo descriptivo (meta-teórico), mientras que la moral concierne a los juicios de valor sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo correcto y lo incorrecto, siendo, por ende, esencialmente prescriptiva. Al respecto, puede verse la pedagógica obra de PIEPER, 2000: *Einführung in die Ethik*, 4.^a ed., Tübingen: UTB für Wissenschaft; en cuanto a problemas específicos, ver: WHITE (ed.), 1988: *Contemporary Moral Problems*,

la cual: «En todas las revoluciones son los juristas quienes encabezan la procesión hacia la guillotina o [hacia] el escuadrón de fusilamiento»⁴. ¡Triste epitafio de una profesión!

Este es, precisamente, el tema (viejo en historia, pero siempre actual en importancia) que me ocupará en las siguientes líneas. La pregunta que se quiere contestar es, concretamente, la siguiente: ¿Es el Derecho una profesión «esencialmente» inmoral? Para no caer en la torpeza inveterada de los planteamientos demasiado generales y abstractos, es necesario convertir esta interrogante a otras aún más concretas y menos dramáticas, a saber: ¿Es viable cultivar la profesión jurídica de una manera honesta, sin faltar a la verdad y cumpliendo con los requerimientos que usualmente dicta la ética profesional? ¿Implica la práctica habitual de la profesión (sea como juez, abogado, fiscal, consultor) un ejercicio que raya con la inmoralidad? ¿Se pueden suprimir las experiencias inmorales del ejercicio del Derecho? ¿Es posible lograr este objetivo? ¿Cómo? Todas estas preguntas caen, como puede verse, dentro del ámbito de lo que se denomina *deontología* o *ética jurídica*, ámbito en el cual debe circunscribirse este pequeño (y aca-so, amargo) entremés.

Adelanto, al estilo de GARCÍA MÁRQUEZ en su *Crónica de una muerte anunciada*, que la respuesta que le voy a dar a estas interrogantes está dada por la siguiente *hipótesis de trabajo*:

Sí. El Derecho es una profesión esencialmente inmoral. Por «esencialmente inmoral» quiero decir, tratando de ser lo menos ambiguo, que su ejercicio cotidiano en los foros judiciales, administrativos y privados conlleva, a pesar de la buena voluntad de quienes laboran allí, conductas que atentan contra algunos preceptos de la moral pública dominante. De no aceptarse —a veces de manera colectiva— esas pequeñas (o grandes) inmoralidades, entonces la práctica de la profesión se haría muy difícil y acaso hasta imposible. De allí que para ingresar al juego denominado derecho es ineludible respetar las reglas y códigos implícitos que se imponen en esa profesión. Si uno no acepta esas reglas, entonces está jugando a otra cosa. Se ha salido de la respectiva «gramática» y se encuentra ubicado en otra «forma de vida» que no es la jurídica⁵. Como se diría en la política: es necesario «ensuciarse las manos»⁶. No se puede ser jurista si se es siempre honesto y correcto. Dicho con una imagen fuerte, pero gráfica: «Necesitamos [juristas], al igual que necesitamos recolectores de basura, y en ambos casos deberíamos esperar que huelan mal»⁷.

Pero antes de ofrecer los argumentos en los que me apoyo para sostener esta hipótesis, es necesario aclarar *tres* cuestiones metodológicas, sin las cuales la discusión podría tomar un tren sin salida. Los tres problemas que se deben enfrentar son los siguientes:

2.ª ed., St. Paul et. al.: West Publishing Company; para otra clara presentación: HOSPERS, J., 1979: *La conducta humana*, trad. de J. CERÓN, Madrid: Tecnos.

⁴ En RODELL, 1994: *¡Ay de vosotros, abogados!*, Buenos Aires, Argentina: Depalma, p. 37.

⁵ Me valgo aquí de las conocidas expresiones de WITTGENSTEIN («gramática», «forma de vida»).

⁶ Sobre el tema de las «manos sucias» en la política, lo cual también es aplicable, sin duda, al Derecho, ver el informativo trabajo de COADY, «La política y el problema de las manos sucias», recogido en SINGER, P. (ed.), 1995: *Compendio de Ética*, Madrid: Alianza Editorial, pp. 507 y ss.

⁷ Se trata ésta de una paráfrasis de R. FULLINWIDER, quien se refería concretamente a los políticos. Ver al respecto el artículo de COADY ya citado.

a) La primera de las dificultades tiene que ver con las nociones de moralidad e inmoralidad. Desde ya lo advierto: no es la meta de este trabajo entrar en un debate (interminable, por lo demás) sobre el significado preciso, desde el punto de vista axiológico, de los términos moral e inmoral o de las expresiones moralmente correcto y moralmente incorrecto⁸. Por supuesto, estoy plenamente consciente sobre la vaguedad, la divergencia de contenidos y la pluralidad de opiniones que pueden darse sobre esas nociones⁹. La clásica objeción que surgiría en este contexto reza, más o menos, de la siguiente forma: «Se podría decir que el Derecho es esencialmente inmoral, pero resulta que lo que es “moral” para unos no lo es para los otros, y aquello que envenena las virtudes de algunos, alimenta los vicios de los otros. En nuestra sociedad hay muchas “morales”, todas ellas contradictorias entre sí. De allí que una discusión en esa línea sólo conduce a un callejón sin salida».

El problema con este argumento, más allá de las dificultades que presenta el relativismo ético¹⁰ implícito en él, es que no es lo suficientemente honesto. Muchas personas son «relativistas» sólo de palabra. De la boca para afuera. En la práctica cotidiana de su vida se comportan y actúan como absolutistas morales o incluso como fanáticos ortodoxos, imponiendo a los demás lo que consideran bueno o malo o, en todo caso, apegándose a esos conceptos. Es indudable que en una sociedad cualquiera hay muchos aspectos controvertidos en materia de moralidad pública. Hay zonas claroscuras en las cuales una decisión tajante no es posible. Sin embargo, en una buena cantidad de controversias morales, las personas estarían de acuerdo sobre ciertos núcleos básicos, que son, precisamente, los que interesa examinar acá. Así, por ejemplo, resultaría inusual (si asumimos que se está siendo realmente sincero y que no se busca simplemente levantar reparos allí donde no los hay) que una persona considerase que es mo-

⁸ En lo que se refiere a las discusiones que se gestan bajo el sonoro epígrafe de *moral y Derecho*, hay que señalar que ellas están fuera del ámbito de este trabajo. Éstas se concentran, básicamente, en establecer unos criterios «ontológicos» distintivos entre la moral y el Derecho, asumiendo, lo cual ya no deja de ser sospechoso, que hay «una» moral, a la cual se le contraponen «un» derecho. Por eso, actualmente, allí no sólo abunda una buena dosis de pedantería, sino que, además, los logros que se han obtenido más allá de las agudas observaciones de un KELSEN, de un HART o de un RADBRUCH son relativamente pocos. En lo que a mí respecta, me conformo con unas *definiciones estipulativas*, según las cuales los problemas morales son importantes de estudiar no sólo por el asunto del «fundamento» (¡otra cuestión sospechosa!) del Derecho, sino por lo que se refiere a las conductas cotidianas de los agentes jurídicos y a su apego o no a ciertas pautas éticas dominantes en un entorno. Con palabras aún más claras: Al utilizar aquí las expresiones «moral» y «derecho» tendré *in mente* las *prácticas concretas* de unas ciertas personas (operadores jurídicos) y no tanto las categorías conceptuales o iusfilosóficas a que aluden esos términos. Mi interés no es una cuestión como la de saber si una norma injusta es o no Derecho, sino más bien analizar cómo se comportan los agentes jurídicos frente a esas normas. De allí que el enfoque adoptado podría calificarse más que de *objetivo-conceptual*, como de *subjetivo-concreto* (entendido, claro está, que lo de «subjetivo» apunta a los operadores jurídicos y no sólo a su propia subjetividad).

⁹ Evidentemente, no existe nada semejante a una «moral universal» o una «ética para todos». De allí que «...la escena característica para el discurso moral es el diálogo entre personas que están realmente involucradas en lo que ha sucedido; tal discurso es muy contextual. No hay duda de que podamos contemplar principios morales en lo abstracto o realizar un discurso público sobre ellos; pero el centro de gravedad del discurso moral recae en la conversación personal entre un actor y algún afectado por lo que hizo. El discurso moral es personal, aunque no meramente subjetivo o privado; es interpersonal, pero no realmente general o público. Además, surge únicamente allí donde alguien se pone a hablar». PITKIN, H., *Wittgenstein. El lenguaje, la política y la justicia. Sobre el significado de Ludwig Wittgenstein para el pensamiento social y político*, citado por HABA, E. P., 2004: *Elementos básicos de axiología general. Epistemología del discurso valorativo práctico*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, p. 266.

¹⁰ Respecto a los problemas del relativismo ético, ver la clara y lúcida explicación de HOSPERS, 1979: 58 y ss. y 833 y ss.

ralmente correcto matar a otro sin motivo alguno, estafar al fisco, violar sexualmente a otra persona, cometer abusos contra los menores de edad, agredir a los ancianos, mentirle a la gente, discriminar a los individuos por razones de raza y género, u otras cosas por el estilo¹¹.

Generalmente, y en circunstancias normales, la mayoría de los agentes sociales se comportan —al menos en apariencia y frente a otras personas— conforme a los parámetros de la *moralidad dominante* en su medio cultural. Así, por ejemplo, no nos desvestimos en público, ni tenemos sexo en plena calle, afirmamos que decir la verdad es bueno y que mentir es malo, enseñamos a nuestros hijos a cumplir las promesas, decimos que solidarizarse con los pobres está bien y que abusar de los indefensos está mal. Todo esto sin dar la menor muestra de «relativismo». Es decir, actuamos como actuamos impulsados por la costumbre. Movidos por el peso de la tradición, de los hábitos y, no raramente, de los *ritos y solemnidades* sociales internamente aceptados y raramente cuestionados. La reflexión analítica sobre las conductas morales (sean estas las que sean) ocurre en un momento muy posterior, que surge solamente al ser interrogados por la moralidad o no de nuestras acciones. De allí que «fundamentar» (esto es, dar razones) para apoyar las conductas o juicios morales que comulgamos es algo poco frecuente en la vida cotidiana. Tal y como decía HOSPERS al respecto: «Afirmamos habitualmente que para elegir nuestro camino de acción nos sometemos a razones previas, pero en la práctica lo más probable es que decidamos primero lo que debemos hacer y sólo después discurremos las razones de hacerlo. Encontramos, pues, razones para hacer aquello que de todas formas hubiéramos hecho sin ellas»¹².

b) La segunda advertencia es la siguiente: No es mi intención venir a erigirme como un profeta de la moral profesional, ni como un paladín de la deontología jurídica. Parafraseando al místico Rabindranath TAGORE diría: ¡Yo no quiero ser santo! Mi objetivo es más bien poner en evidencia los límites y dificultades —a veces insalvables— que existen para un ejercicio moral del Derecho. La aspiración que tengo, para utilizar el lenguaje ius- filosófico actual, es más bien de corte *descriptivo-analítico* y no *prescriptivo*. No recomiendo, ni doy sermón. Observo. Más aún, y con esto radicalizo la tesis: estimo que ninguna persona (incluido, por supuesto, el autor de este ensayo) que se dedique al ejercicio activo (práctico) del Derecho puede liberarse fácilmente de incurrir, ora voluntariamente, ora involuntariamente, en ciertos *idiotismos morales* aquí denunciados. Siendo así, la cuestión fundamental radica *no* en eliminar del todo esas desatenciones éticas (que, insisto, son ineludibles), sino más bien en saber que ellas existen y en tomar algunas previsiones *profilácticas* para combatirlas o aminorarlas llegado el caso.

c) Finalmente, deseo llamar la atención sobre el hecho de que criticar la dimensión moral de la profesión jurídica *no* significa —y esto debe quedar muy claro— ignorar el papel que han cumplido, y que cumplen actualmente, los especialistas del Derecho en una comunidad cualquiera. Con frecuencia se suele menospreciar a los juristas, tratándoles de ladrones y mentirosos, pero con ello también se desdeña y ridiculiza la

¹¹ En estos casos la discusión suele darse no ya sobre la moralidad o inmoralidad (en abstracto) de la conducta, sino más bien sobre qué debe entenderse por «estafar», «violar», «abusar», etc.; es decir, sobre el contenido concreto de la acción reprochable. Es allí, precisamente, donde surgen las dificultades mayores, pues las conductas son descritas en un lenguaje natural, el cual, a su vez, suele ser ambiguo, vago y polisémico.

¹² HOSPERS, 1979: 37-38.

labor que el Derecho, como praxis jurídico-política, cumple en la estabilización de los conflictos sociales. ¡Hay que tener cuidado de no lanzar al bebé junto con el agua sucia de la bañera!

Aclaradas las anteriores dificultades, se puede ya ahondar en la hipótesis de trabajo formulada arriba, la cual resulta, al menos eso espero, polémica y digna de circunspectas reflexiones.

2. PRIMERA PARTE: LAS INMORALIDADES JURÍDICAS NACIDAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Empiezo por señalar que el apego o no a la moral dominante en una comunidad es siempre una *cuestión de grados*. Salvo contadas excepciones hipotéticas en la historia (Sade, Tiberio o Calígula)¹³, la mayoría de personas actuamos correctamente en algunas situaciones e incorrectamente en otras. No se puede ser ni completamente malo ni completamente bueno. Una bestia o un ángel. Un santo o un demonio. Las acciones humanas se entrecruzan caóticamente en algún entresijo entre esos dos extremos, dependiendo de las circunstancias de tiempo y lugar, de los hábitos y las costumbres dominantes.

Así, y en el tema que nos ocupa, hay conductas profesionales que van desde el delito puro y simple hasta los pequeños descuidos éticos. Un defensor público que presuntamente asesina a su esposa y luego mantiene el cadáver por varios días en su casa con la ayuda de otros colegas¹⁴, un fiscal que le cobra a los imputados para no acusarlos, o un abogado y notario que estafa a sus clientes mediante traspasos fraudulentos de sus propiedades¹⁵, violan (y no sólo) los preceptos deontológicos y jurídicos de su profesión. Pero también lo hacen: el juez que se duerme en la audiencia, el que se burla irónicamente del acusado, el que explica su sentencia mediante una jerga incomprensible, el que pierde los expedientes, el que se hace pasar por enfermo para no acudir a la audiencia, el que, por arrogancia o indolencia, no atiende a los afectados, etc. Todas estas acciones, por nimias que parezcan ser, también violan los preceptos de la ética profesional¹⁶.

Empiezo por estudiar las conductas más graves.

1.1. Las conductas abiertamente inmorales y antijurídicas

Hay conductas, en el campo de la profesión legal, que se pueden considerar como abiertamente inmorales. Este tipo de conductas resulta fácilmente identificable, pues

¹³ Incluso en estos casos, es seguro que se trata de personas con sus grandes vicios, pero también con virtudes, las cuales, por razones evidentes, quedaron ocultas en la historia.

¹⁴ Sobre el caso del defensor público Luis Fernando Burgos y el homicidio de su esposa Maureen Hidalgo se ha tejido, en Costa Rica, una verdadera «telenovela» por parte de los medios de comunicación masiva. Ver algunos de los entretelones de la prensa en: <http://www.teletica.com/archivo/tn7/nac/especial/mauren.htm>, consultado el 22 de agosto del 2007.

¹⁵ Ver expediente n.º 313-98-3 del Consejo de Disciplina del Colegio de Abogados de Costa Rica, en el cual se suspende al notario por cuatro años en el ejercicio de su profesión.

¹⁶ Una discusión verdaderamente ilustrativa de casos de la vida real puede consultarse en el singular libro (desgraciadamente sin traducir al español) de SCHEUERLE, 1983: *Vierzehn Tugenden für vorsitzende Richter*, Berlín: Duncker & Humblot.

son rayanas con o constituyen *delitos*. En ellas los involucrados están muy conscientes de que violan su deber moral como profesionales y que, además, cometen un ilícito, el cual se perpetra valiéndose precisamente de su condición profesional. Es decir, que su conocimiento de la materia jurídica les ayuda, o llegado el caso, es el instrumento mediante el cual ejecutan sus actos.

Así, por ejemplo, un abogado que comete cinco delitos independientes de relaciones sexuales remuneradas con niños menores de edad, suministrándoles a la vez drogas ilegales y, además, corrompiéndolos mediante diversos actos sexuales, eróticos y pornográficos, lesiona gravemente el ordenamiento jurídico y pone en entredicho el ejercicio de su profesión¹⁷. O el abogado que, a pesar de haber sido suspendido por el Colegio Profesional, le oculta a sus clientes esta circunstancia, incurre ya no sólo en una violación a sus deberes deontológicos de veracidad y obediencia, sino también en el delito de ejercicio ilegal de la profesión¹⁸. También los asesores jurídicos que, valiéndose de sus conocimientos técnicos y del alto cargo que ocupan en el Gobierno, despojan a una población entera de habitantes de los únicos recursos con que estos cuentan para subsistir, lesionan gravemente los deberes éticos de la profesión e incurren en delitos varios¹⁹.

Estos casos, a pesar de la gravedad que tienen, no son, desde nuestra perspectiva, los más comunes. Allí el jurista ya ha renunciado a todo escrúpulo y se comporta simplemente como un malhechor y criminal. Su meta expresa es quebrantar el ordenamiento jurídico y por añadidura el orden moral de su carrera. Una vez que un agremiado ha caído en este nivel en el ejercicio de su profesión, no hay nada que hacer desde una perspectiva deontológica. Resultaría ingenuo, o en el mejor de los casos una ilusión, creer que aquí tienen alguna eficacia las reglas morales recogidas en los códigos de ética. Únicamente resta la sanción jurídica y la suspensión en el ejercicio de las funciones.

2.2. Las conductas tácita o inconscientemente inmorales, pero no antijurídicas

Las conductas que más interesa estudiar —pues son las más frecuentes— son aquellas que no resultan, de manera expresa, percibidas como inmorales, pero que después de un análisis más detallado se confirma dicho carácter. En estos supuestos, el jurista suele actuar de manera incorrecta por *tres* razones distintas: *a)* o bien porque no percibe (ignora) la naturaleza de su acción; *b)* bien porque considera que esa acción está acorde con los preceptos deontológicos de la disciplina, o, *c)* finalmente, porque no puede actuar de otra manera, dadas las exigencias propias de su deber profesional en ese momento. La dificultad que ofrece este tipo de supuestos (especialmente el último)

¹⁷ Ver el expediente n.º 387-01, del Consejo de Disciplina del Colegio de Abogados de Costa Rica, donde se discute el caso y se impone la suspensión respectiva por treinta años.

¹⁸ Ver el expediente 538-05 del Consejo de Disciplina del Colegio de Abogados de Costa Rica, donde se impuso al abogado una suspensión de tres años y medio en el ejercicio de su trabajo.

¹⁹ Este es el caso de «Asignaciones Familiares», donde figuran como imputados algunos abogados (uno de ellos ex-asesor del Presidente de la República), calificados por la Fiscalía como un «clan de delincuentes», ver: http://www.nacion.com/ln_ce/2007/agosto/21/ultima-sr1212659.html, revisada el 22 de agosto del 2007 y con más información en: http://www.nacion.com/ln_ce/ESPECIALES/fodesaf/info/compe2.html, revisada el 22 de agosto del 2007.

es que resultan muy difíciles de corregir, ya que el jurista o bien no se percate de ellos o si se percata no puede hacer mayor cosa para combatir la irregularidad de su acción, pues ello implicaría una renuncia a las «reglas del juego» que hay que seguir en esas circunstancias específicas.

Tomemos como ejemplo el caso del abogado defensor. El abogado litigante está allí para ganar el pleito. Es mentira, o en todo caso una utopía asumir que en la realidad de los estrados judiciales los abogados quieren hacer justicia, buscar la verdad de lo acontecido u otras empresas (bucólicas) similares. Su labor, y para eso les pagan, es hacer que el juez le dé la razón a su defendido. Para ello se vale de lo que, en buen lenguaje castizo, se llamarían las *triquiñuelas* o los *trinquetes* de la práctica judicial: exagerar los argumentos a favor, ridiculizar los que están en contra, mantener buenas relaciones con los secretarios del despacho, presentar infinidad de escritos contradictorios, iniciar varios procesos simultáneamente, auto-embargar al cliente, traspasar propiedades de manera ficticia, inscribir sociedades inexistentes, y otras muchas *delicatessen* de igual naturaleza. En este contexto, si el abogado pierde el caso, se dirá: es un mal abogado. Punto. No hay mucho que discutir. Las historias de la ética profesional caen aquí como meras fábulas de caperucita roja y el lobo feroz. De allí que las nobles citas sobre el quehacer del litigante —como si éste fuera un paladín de la justicia— quedan, en la realidad, para los discursos públicos, para las fiestas de aniversario del Colegio Profesional o, en todo, caso para los estudiantes de primer año de la carrera. De esto, nos ha dado cuenta Alejandro NIETO con su conocido realismo: «Seamos sinceros: el abogado no pretende buscar el Derecho concreto, sino ayudar a su cliente, es decir, ganar el pleito; porque para él la justicia consiste en dar la razón a su cliente. Todo lo demás es palabrería»²⁰.

Para profundizar un poco más sobre estas ideas, imaginemos el siguiente escenario: Un cliente llega y le confiesa a su defensor, con lujo de detalles y con las pruebas respectivas, la comisión de un determinado delito. ¿Qué debe hacer el abogado defensor? Veamos las alternativas posibles:

a) El abogado podría, en tesis de principio, remitir un escrito al tribunal o a la fiscalía donde indique: «Señores y señoras, me he enterado, por medios inequívocos, que mi defendido, el señor tal, efectivamente ha cometido los delitos que se le atribuyen. Por lo tanto, solicito que, por haberlo así declarado, se le imponga la pena mínima para ese tipo de actos». Es dudoso que ante un supuesto de este tipo, los jueces o fiscales que reciban el escrito, queden convencidos de la salud mental del defensor o, en el mejor de los casos, podrían incluso denunciarlo por patrocínio infiel²¹.

b) Una segunda alternativa que tiene el abogado es defender a capa y espada la causa de su cliente, ello a pesar de las declaraciones honestas que éste pueda haberle hecho. Una vez que ha recibido la declaración y las pruebas sobre el delito cometido, entonces el abogado asesorará diligentemente al acusado para que calle conveniente-

²⁰ NIETO y FERNÁNDEZ, 1998: *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Barcelona: Ariel, p. 35.

²¹ Tal y como consigna el Código Penal (de Costa Rica): «Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el abogado o mandatario judicial que perjudicare los intereses que le han sido confiados sea por entendimiento con la otra parte, sea de cualquier otro modo». *Código Penal de la República de Costa Rica, reenumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad, índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo*, por U. ZÚNIGA MORALES, San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004, artículo 351.

mente todo lo relativo a los hechos y no incurra así en *torpezas estratégicas* que afecten su defensa²². Las llamadas «asesorías» de los testigos y acusados, que suelen realizar los defensores antes de la celebración del juicio oral y público (en material penal), es una buena ilustración de este fenómeno.

Nótese que según esta teoría, la cual es muy popular y hasta tiene su respaldo implícito en algunos códigos deontológicos, el abogado, prácticamente, no tiene ningún *escrúpulo*. Él debe defender a su cliente. Más allá de eso se incurre en disquisiciones pseudo-filosóficas que hay que dejar al margen o, en todo caso, destinar para los cursos de ética. Sus obligaciones se limitan a interponer escritos, a retrasar el proceso, a exagerar los argumentos a favor y a ridiculizar los que están en contra. Aquí no hay sitio para la imparcialidad y la objetividad. Un abogado que se presente ante el juez diciéndole: «Mire señor juez, los argumentos a favor de mi cliente son muy fuertes, pero yo creo que los que están en su contra son aún mejores, por lo tanto dejo que sea usted quien, de manera imparcial, decida el asunto», pasará a la posteridad como un pésimo abogado y, si la suerte no lo acompaña, como un imbécil y excéntrico.

c) Por otra parte, se suele argumentar que el deber ético fundamental del abogado —cuando este conoce que su cliente es culpable— consiste únicamente en lograr que en el proceso respectivo se cumpla con las *garantías mínimas* del ordenamiento jurídico. Su obligación profesional se limita, según esta conocida tesis, a impedir que al imputado se le apliquen medidas o se le obligue a realizar actos que lesionen sus derechos fundamentales. A él no le debe importar, por lo tanto, si su defendido es o no culpable. Lo único que cuenta es el apego a las *formas procesales*. Hasta allí llega su deber de lealtad profesional.

Este argumento sería correcto si no fuera por lo *artificial* y poco realista que es. Resulta demasiado optimista (ilusos) creer que un abogado puede defender a una persona, con la pasión y la entrega requeridas, a sabiendas de que él es culpable. Esta exigencia contradice la *psicología básica* de las personas. Me resulta difícil imaginar a un defensor que en cada etapa procesal insiste en que su cliente es inocente o que debe eximirse de responsabilidad, conociendo que no es así. ¿Con qué grado de persuasión formulará él sus alegatos? ¿Puede alguien convencer a otras personas de una determinada idea si él mismo no cree en ella? Un abogado que actúe lleno de dudas en cuanto a su patrocinio, lo mejor que haría es renunciar al caso, pues, a la postre, es probable que le genera a su defendido más daños que beneficios. Por lo tanto, afirmar que el abogado debe limitarse a velar por la fiel aplicación de las garantías procesales y no por la inocencia de su cliente, es una frase hueca que sólo es posible sostener en abstracto, pero que, en la realidad del foro judicial, resulta difícil o imposible seguir.

d) La cuarta y última alternativa para el abogado que no quiera faltar a la verdad, es simplemente no aceptar las causas comprometidas o dudosas en el plano ético-profesional. Así, la mayoría de Códigos de Ética consignan un artículo que reza más o menos de la siguiente forma: «Los abogados no deberán aceptar asuntos en que hayan de sostener tesis contrarias a sus convicciones»²³. Sin embargo, y visto desde una óptica

²² Respecto al problema de la *mentira procesal*, ver, en términos generales, LEGA, C., 1983: *Deontología de la profesión de abogado*, trad. de M. SÁNCHEZ MORÓN, Madrid: Civitas, 2.ª ed., pp. 161 y ss.

²³ *Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en Derecho*, Colegio de Abogados de Costa Rica, artículo 37.

completamente realista, este artículo sirve básicamente de *decoración* en esos códigos, pues en la práctica cotidiana es extrañísimo que un abogado rechace un caso, especialmente si éste le depara unos jugosos réditos financieros o un gran prestigio en su carrera. Resistirse a la tentación del dinero, de la vanidad o del poder mediático es siempre difícil. Y la verdad es que los abogados (de este mundo) tienen poco de mártires.

Cambemos ahora de escenario. Imaginemos el caso de un juez que conoce, en virtud de cierta información privada que posee y que llegó a él por vías distintas a las del proceso mismo, que una persona acusada por un delito de violación u homicidio es efectivamente responsable. Imaginemos, aún más, que el conocimiento del juez es, en ese respecto, muy confiable y seguro. Por otro lado, supongamos que en el expediente que ha preparado la fiscalía no hay suficientes pruebas incriminatorias como para condenar al acusado. Adicionalmente, las pocas pruebas que hay fueron recabadas con vicios que conducen a la nulidad y, por lo tanto, a su ineficacia procesal. ¿Qué hacer en este caso?

Para un defensor de la materia deontológica, la respuesta a esta pregunta es bastante obvia: El juez tiene que dejar de lado sus conocimientos personales y apearse estrictamente a las probanzas contenidas en el expediente. Al final de la partida, esto significa que deberá liberar al acusado a pesar de saber que violó o asesinó a una persona inocente. Aquí es donde se presentan algunas *paradojas* insalvables en el plano de la ética jurídica y que es necesario explicitar para su mejor comprensión:

Por un lado, surge un conflicto —una *antinomía*— entre verdad y justicia²⁴. Es cierto que el imputado cometió el hecho. De ello tiene noticia certera el juez. Hay pruebas. Hay una víctima. Hay unas personas que sufren y lamentan ese hecho. Pero esa verdad deberá ser postergada hasta un segundo plano y con ello sacrificar también la justicia. Es decir, que no se pueden alcanzar ambos ideales de una manera simultánea. La consecución del uno significa el sacrificio del otro. Atinadamente ha dicho al respecto GARCÍA AMADO: «...la moral del Derecho no es la moral de la verdad, es la moral de la convivencia, de la seguridad, que es distinto»²⁵.

Si se mira con mayor atención el argumento, se llega a una conclusión dramática desde el punto de vista ético: *En el Derecho es necesario, llegado el caso, prohibir la falsedad —y hasta la mentira!— para poder así salvaguardar el orden y las formas jurídicas.* La convivencia, como dice GARCÍA AMADO, así lo requiere. Se ratifica aquí aquella conclusión a la cual llegó PLATÓN hace varios siglos y que después fue reiterada por MACHIAVELLO: ¡a veces hay que engañar a la gente en beneficio de su propio bienestar! Por supuesto, la cuestión central radica en saber ¿cuál es ese «bienestar» y quién es el llamado a determinarlo? Aquí siempre se corre el riesgo de que surjan falsos profetas, artistas fracasados o generales con sable y espada, que busquen imponer por la fuerza «su» verdad, a costa de las víctimas y sus vidas.

Supongamos, entonces, que el juez, renunciando a las normas procesales (o en todo caso torciéndolas un poco mediante el conjuro mágico de la «interpretación jurídica»),

²⁴ Prescindamos aquí, por razones prácticas, de la sempiterna discusión sobre el significado preciso de estos conceptos.

²⁵ GARCÍA AMADO: «Ética del juez y del abogado», recogido en Colegio de Abogados de Costa Rica, *Memoria del XV Congreso jurídico nacional: Ética con responsabilidad social*, del 16 al 19 de agosto del 2005: 23.

logra condenar al violador o al asesino. Así se ha hecho realmente justicia, dirían algunos (especialmente la víctima o sus familiares). Y tal vez ello sea correcto. El problema se origina porque por esa vía —la discrecionalidad o incluso la violación de las normas existentes— se llega (y se ha llegado) a las más atroces inequidades. Se abren las puertas para un verdadero *terrorismo judicial*, en donde las reglas y las garantías poco importan, pues lo que vale es la voluntad irrestricta del juzgador. Sobre el punto nos dice el ya citado GARCÍA AMADO:

«Por lo tanto, el mejor juez no es el del juicio final que busca que cada cual tenga su merecido, sino el que busca que a cada cual el Derecho le dé el tratamiento que conforme a Derecho está establecido, esto supone renunciar y en parte sacrificar a veces su convicción personal de lo debido en beneficio de ese bien social que es el Derecho y un bien compartido»²⁶.

Pero, entonces, no nos rasguemos las vestiduras ante el hecho de que la falsedad, y acaso la mentira, tiene una misión importante que cumplir en el universo jurídico. Allí la *apariencia* es tolerable, y llegado el caso hasta exigida, con el fin de evitar la condena de inocentes. Estos vicios son *funcionales*. Sin ellos, la maquinaria jurídica, tal y como se ejerce en la realidad de los tribunales de justicia, se tornaría imposible o en todo caso difícil e inoperante.

2.3. Las conductas inmorales por ausencia de controles

Hay una forma de inmoralidad que no es sólo propia de la labor jurídica (sino de la mayoría de profesiones) y que, en la práctica, tiene una importancia central. Se trata de lo siguiente: Muchos profesionales incurren en acciones que son reprochables. Ese reproche, tal y como hemos visto en las páginas anteriores, tiene su fundamento en la ley, en el caso de tratarse de un delito, o en los códigos deontológicos, si se trata de una cuestión ética. Ahora bien, una forma (no la única) para combatir las conductas reprochables de los agremiados es precisamente crear los mecanismos administrativos o legales para *denunciar* los hechos y, además, para hacer públicas las faltas cometidas. O sea, se requiere un sistema de control de las conductas censurables y su respectiva publicidad. El propósito de estas medidas es simple: corregir al que cometió la infracción y persuadir (mediante el ejemplo) a quien no la ha cometido.

Pero aquí es donde surge precisamente la inmoralidad a la cual me quiero referir. Suele suceder que los gremios (y el jurídico no es la excepción) crean *barreras* y ponen *obstáculos* de todo tipo para que las personas afectadas no puedan presentar debidamente las denuncias o bien para que no se den a conocer las faltas de sus agremiados. En la mayoría de los ordenamientos jurídico-profesionales sucede que para presentar una queja hay que seguir una serie de trámites burocráticos engorrosos y complejos. Una vez interpuesta la denuncia hay que, literalmente, atosigar a los encargados para que actúen, pues de lo contrario la denuncia dormirá el sueño de los justos. Además, los procedimientos de investigación no son expeditos, sino que tardan años, a veces incluso décadas, y terminan con una absolución por «falta de pruebas». Todo esto representa un engaño para la opinión pública y una estafa para con el usuario.

²⁶ GARCÍA AMADO, 2005: 22.

Otra situación, no menos cuestionable éticamente, es ocultar, o al menos distraer, las faltas que han cometido los profesionales en el campo respectivo. Así, muchos colegios de abogados, tribunales de inspección judicial y otros órganos similares, manejan prácticamente en *secreto* los expedientes de las quejas y sus resultados. El argumento que se esgrime es que se trata de asuntos «privados» en los que sólo las partes interesadas pueden tener acceso. En el caso personal, y para efectos de escribir este trabajo, me vi en grandes dificultades para obtener información exacta sobre los abogados y los funcionarios judiciales que habían incurrido en alguna falta o delito. A pesar de haber escrito las cartas solicitando los permisos respectivos y a pesar de indicar allí expresamente que se trataba de un trabajo eminentemente académico, donde los nombres de los involucrados se mantendrían confidenciales, no me fue posible acceder a la información. Ahora bien: Si un profesor universitario —digamos que con algún grado de reconocimiento— encuentra semejantes obstáculos para conocer de las infracciones o delitos que han cometido los profesionales en Derecho, ¿qué sucederá con una persona del público general que llegue a solicitar esa información? La respuesta la dejo a la libre imaginación...

En definitiva: el gremio de los juristas utiliza, al igual que otros gremios, una serie de *estrategias de inmunización* (ALBERT) para evitar que las faltas y delitos de sus agremiados sean conocidos por el público. Los expedientes que allí se manejan son catalogados, en no raras ocasiones, como secretos (o poco menos), pues sólo las partes interesadas pueden conocerlos y tener acceso directo a ellos. Los hechos cometidos, así como las sanciones impuestas, no están sujetas al *principio de publicidad*, de tal suerte que el público general pueda consultarlos y saber a cuáles agremiados o funcionarios judiciales se les ha sancionado y por qué motivos. Pero, cabe preguntarse, si se estima que los amonestados son personas que, en uno u otro momento, podrían actuar como los jueces en nuestra propia causa o como nuestros defensores o acusadores, ¿no sería oportuno, y hasta exigido moralmente, que tengamos el Derecho a saber si han sido o no condenados por violar los principios deontológicos de su profesión o por haber cometido algún delito en su función pública?

2.4. ¿Qué puede y qué no puede hacerse para combatir las inmoralidades jurídicas mencionadas?

En cuanto a la forma de combatir (en el marco de lo que es realista) las conductas que se han descrito en los párrafos anteriores, es necesario proceder con cautela y de una manera analítica, es decir, diferenciando entre los distintos planos de la realidad.

a) En cuanto a las conductas abiertamente inmorales, es decir, aquellas que rayan con (o son) delitos, ya dijimos que no es mucho lo que se puede hacer, salvo, claro está, denunciar esas acciones ante las instancias correspondientes: sean los tribunales de justicia o los colegios profesionales respectivos. Discurrir acá en recomendaciones y consejos deontológicos es poco menos que una pérdida de tiempo, o en todo caso, una misión imposible, pues dichos consejos son ineficaces para una mentalidad que ha sucumbido a la seducción del poder (o del dinero) y que ha adoptado el crimen como su *modus vivendi*.

b) En cuanto a las conductas tácita- o inconscientemente inmorales (es decir, aquellas que ejecutamos por descuido o por ignorancia) lo que se puede hacer es, precisamente, hacerlas conscientes. Sí. *Hacerlas conscientes*. Ese es el primer paso. Pues tal y como decía el viejo ARISTÓTELES hace ya varios siglos: sólo hace mal quien ignora. No hay que ocultar y disfrazar las dificultades con que los juristas se enfrentan a diario. Sólo si estamos constantemente *alertas* contra estas inmoralidades, podemos emprender alguna acción para combatirles. La idea rectora no deja de ser, por lo tanto, otra que esta: El Derecho no siempre está del lado de la razón, la verdad o la justicia. El Derecho es más bien un instrumento al cual hay que tenerle miedo. Un juicio es un castigo. Un procedimiento, una angustia. Así que cuanto menos abusemos de su poder, menos dolor infringiremos, más éticamente actuaremos, en un sentido general de evitar el sufrimiento innecesario.

Las concepciones demasiado optimistas, nobles y sublimes de lo jurídico tienden a formar *espíritus insensibles y duros* frente a las realidades humanas concretas. Pues si, finalmente, «la ley es la ley» y lo único que yo hago es aplicarla, entonces allí se escondrán toda clase de arbitrariedades y alimañas. Las personas, en ese estado de espíritu, se limitan a obedecer las fórmulas y los ritualismos burocráticos de una manera mecánica y sin cuestionarse. Se sacrifica el intelecto. Las dudas desaparecen. ¡Y allí donde las dudas no existen, existen los monstruos! De esto ha dado cuenta, en no pocas ocasiones, la experiencia histórica. El problema básico de los cursos de ética profesional (y de muchos enfoques de la ética general) es que ellos parten de una *moral de imperativos*; es decir, de una orientación valorativa rígida y dirigida siempre por baremos incondicionales y absolutos. En una moral de este tipo no hay lugar para las excepciones, pero sobre todo no hay lugar para las cuestiones de grado. Allí domina el espíritu maniqueo de todo o nada. O sois parte del bien, o estáis con el mal. La dificultad radica en que los conflictos y dilemas éticos de la experiencia cotidiana son siempre mucho más intrincados y complejos que esto. Ellos exigen adoptar compromisos. Hacer renunciaciones. Realizar sacrificios. Todo lo cual es difícil alcanzar desde una base de valores absolutos y reificados.

La virtud del *realismo*²⁷ como filosofía jurídica (y de la vida en general), no es que vaya a provocar grandes cambios en la realidad (pues ya se sabe que las personas rara vez le hacen caso a la realidad), sino más bien en generar un cierto *estado del espíritu*. Si desmitificamos el Derecho y lo consideramos como un *mal necesario*, si somos irreverentes frente a sus mágicas palabras y encantos, si desconfiamos de sus ceremonias y rituales, hay mayores posibilidades de actuar más humanamente que si lo consideramos como un milagro augusto y grande, caído del cielo. La tesis que yo propondría como orientación axiológica fundamental de la profesión jurídica es una *moral de las circunstancias*. Es decir, un enfoque que no nace de principios abstractos y generales, de manera deductiva para llegar al análisis de los casos cotidianos, sino que más bien parte de los casos cotidianos para llegar a los principios aplicables. Se trata, valga la imagen, de una *tópica-axiológica* que se construye sobre la base de la experiencia particular y por ello está siempre sujeta a correcciones y enmiendas.

²⁷ Evidentemente, utilizo el término realismo en su uso lato, ordinario, pues en su significado estrictamente filosófico este alude más bien a aquella concepción según la cual existe un mundo ideal o superior por «encima» del mundo real. En este último sentido, la concepción realista por excelencia es la de PLATÓN y su «mundo de las ideas».

El más serio problema con que se enfrenta la ética legal es que el jurista, pero también el público en general, suelen poseer un concepto de moral excesivamente *estrecho*. Para muchos individuos la moral se limita a unas cuantas reglas y prohibiciones (receptorias y simplistas) de naturaleza muy elemental y aprendidas durante la temprana infancia. A estas reglas pertenecen supuestos abstractos como: no robar, no matar, no burlarse de los otros, no hacer trampas, etc. La dificultad radica, como puede apreciarse, en que estas reglas funcionan únicamente en los casos menos complejos de la experiencia vital. Así, por ejemplo, si un niño está golpeando a otro hasta quebrarle los dientes (y la vida), es muy factible que su padre o su madre le corrijan de la siguiente forma: «Eso no debe hacerse. Es incorrecto moralmente golpear a los niños pequeños e indefensos». El agresor, si logra asimilar la enseñanza, es factible que la reproduzca a lo largo de su vida. Empero, y aquí es donde se presentan justamente las dificultades: la moral que se reproduce es la *moral del niño*, una moral niñoide. Es un concepto de moral excesivamente limitado, rígido, pues cuando al adulto le toca presenciar, por ejemplo, una guerra, en la cual él no está directamente involucrado, dirá algo así como: «Ese no es problema mío. Allá que se maten los que quieran, mientras no me afecten a mí». Para él, golpear a su vecino es malo (pues hasta allí llega el precepto moral de su infancia), pero no es malo que los más fuertes asesinen a los más débiles en una guerra sangrienta e injusta. ¡Ese no es su negocio!

Otro ejemplo: la mayoría de personas aceptarían, sin mayores reparos, que robar está mal, que es inmoral. En su vida familiar y pública se molestarían mucho si alguien los tratara de ladrones. Es probable que instruyan a sus hijos en el sentido de que tomar las pertenencias ajenas no es correcto. Pero de nuevo, hasta allí llega su moral. Una moral de infantes. No se inmutarán, o en todo caso, les importará muy poco cuando su gobierno se roba descaradamente los recursos públicos, cuando se inviertan millones y millones de dólares en armas de destrucción masiva, cuando se cocinan negocios sucios bajo la mesa y se soborna a los funcionarios para que adjudiquen positivamente un determinado concurso. Todo esto está bien, pues son «cosas de la política». De este novicio, pero frecuente, fenómeno nos informa John HOSPERS de una manera insuperable:

«En mucha gente el concepto de moral nunca rebasa la fase infantil. Por consiguiente, no sienten ninguna culpabilidad al cometer en la vida pública —en el que las víctimas de su codicia o de su negligencia pasan a menudo desapercibidas— actos que nunca cometerían en la vida privada. Es posible que estafen a los accionistas de una gran Compañía sin pestañear, pero sus conciencias se opondrán con tanta fuerza a robar a un amigo personal que ni siquiera soñarían en hacerlo. Un hombre puede ser un padre ejemplar y, a la vez, un competidor perverso y taimado que trata a los fondos públicos como si fueran un juguete en sus manos»²⁸.

Este fenómeno también se da (no podría ser de otra manera) en el campo de la profesión jurídica. Está mal mentir, dirá un individuo en su vida privada. Y es muy probable que lo crea realmente y de forma sincera. Sin embargo, cuando llega el momento del juicio (en su práctica profesional), no dudará ni un segundo en «instruir» debidamente a los testigos y al mismo acusado para que callen ciertos aspectos relevantes del caso y exageren o incluso tuerzan algunos otros. ¿No implica todo ello también una mentira? Es muy probable. Pero ante ello, los abogados, y el público en general, dirán

²⁸ HOSPERS, 1979: 37.

simplemente: «Son cosas del Derecho. Todo esto es necesario, e incluso es parte normal de la administración de justicia». Pero, ¿no hay algo mal en esta lógica?

c) La tercera forma de inmoralidad que se mencionó arriba consiste en la ausencia de controles con respecto a las conductas de los agremiados. Contra este tipo de situación, se pueden hacer varias cosas, siendo la más importante crear unos *mecanismos de denuncia* ágiles y eficaces para que los afectados puedan combatir las acciones irregulares de los agremiados. Adicionalmente, se requiere que esas denuncias (en especial las sanciones que se impongan una vez realizada la investigación pertinente) sean dadas a conocer a la opinión pública, mediante un sistema de difusión realmente accesible.

3. SEGUNDA PARTE: LAS CONDUCTAS «INTRÍNSECAMENTE» INMORALES, O SOBRE EL CARÁCTER MÍTICO-SIMBÓLICO DEL DERECHO

Hasta el momento se han visto una serie de supuestos fácticos en los que la conducta de los juristas quebranta los principios deontológicos en virtud de la aplicación de normas jurídicas. Es decir, se trata de lo que bien podría llamarse *inmoralidades prácticas por aplicación del Derecho*. Sin embargo, existe otro orden de inmoralidad que es bien distinto y que está presente en la profesión legal, pero que resulta muchísimo más complejo y difícil esclarecer de una manera satisfactoria.

Comenzaré indicando que la disciplina jurídica: eso que usualmente se llama «ciencia del Derecho» o «dogmática jurídica» —y que es lo que básicamente se estudia en la Escuelas de Derecho— ha aspirado siempre, y sigue aspirando en la actualidad, a hacer de la actividad jurídica una práctica lo más razonada y segura posible²⁹. El estudio sistemático y constante de la doctrina y de la jurisprudencia, la creación de las teorías jurídicas, la existencia misma de la metodología atestiguan el deseo de convertir al Derecho en una empresa verdaderamente *científica*. Desde siglos atrás, los esfuerzos se han dirigido a lograr un mayor control y rigor en la aplicación de las normas. La idea rectora, con sus múltiples manifestaciones, ha sido siempre la misma: evitar la arbitrariedad, someter el azar, conseguir la certeza jurídica. Para ello se han pergeñado toda clase de instrumentos y mecanismos: desde las antiguas teorías de la interpretación hasta las modernas lógicas deónticas, desde el uso de la tópica y de la retórica hasta la actual teoría de la argumentación. Se ha creído, con razón o sin ella, que para que exista el orden en la sociedad, para que los litigios se resuelvan de una manera igualitaria y equitativa, para que las personas sepan a qué atenerse y cómo actuar, para que los tribunales de justicia conserven la legitimidad y la confianza requeridas, es absolutamente necesario que el Derecho sea *previsible* y *seguro*: para casos iguales, sentencias iguales; para problemas similares, soluciones similares. Cuanto más exacta sea la aplicación de las normas, más homogénea resulte ser la actividad jurisdiccional, cuanto más calcula-

²⁹ La nueva tendencia en esta línea es, como bien se sabe, la llamada «teoría de la argumentación jurídica». Al respecto puede consultarse los trabajos sinópticos de ATIENZA, 2006a: *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona: Ariel Derecho; ATIENZA, 2006b: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Perú: Palestra.

ble y previsible sea el comportamiento de los jueces, más justo será el Derecho. Y entre más justo sea el Derecho, mejor será la vida en esta tierra.

Esta exigencia de *racionalidad* jurídica y de *certeza* judicial no es, sin embargo, una exigencia exclusiva del gremio de los juristas, sino que es una pretensión general (del público). La gente quiere que la aplicación de las normas sea racional y segura. Lo exige. Lo demanda. De lo contrario, la justicia —se dice— se convertiría en una verdadera «lotería». Reinaría el caos. La seguridad caería postrada ante los pies enlodados de la anarquía. El barullo de las normas y el escándalo de las leyes reinarían sin control. No es posible, pues, que las cosas se hagan caprichosamente, sin unas pautas sistemáticas bien definidas y claras. Es para ello, precisamente, que existen las Escuelas de Derecho y los profesores que allí aleccionan. Ellos son los llamados a instruir a los estudiantes para que, mediante el uso de la razón y de la sabiduría metodológica acumulada durante siglos, hagan del Derecho la empresa segura y previsible que todos quieren. Este constituye, junto con el ideal de la justicia, uno de los pilares fundamentales de todo ordenamiento jurídico. Jerome FRANK se refirió, atinadamente, a este deseo de certeza en el Derecho como el «mito legal básico» (*Basic Legal Myth*)³⁰.

Y a continuación, lo fundamental. El Derecho, como disciplina académica, pero también como praxis social y política, ha asumido, ha internalizado esta ideología en todos sus extremos. Más claro aún: los cultores del Derecho han asumido e internalizado esta ideología. La prueba más contundente de ello se encuentra en la historia de la dogmática jurídica; mejor, en la existencia de la dogmática jurídica. Ella es el fiel reflejo, con sus incontables construcciones, dogmas y esquemas, conceptos y categorías, divisiones y subdivisiones, de que la creencia en una racionalidad del Derecho es un componente indeleble de toda organización jurídico-positiva.

Ahora bien, es claro que esta pretensión racionalista, esta vocación constante y duradera de seguridad y certidumbre es, en muchos sentidos, una quimera. *La certeza es generalmente una ilusión y el reposo no es el destino del hombre*³¹. Sin embargo, y aquí es donde nace justamente la *inmoralidad intrínseca* que se explicó, este hecho no puede ser reconocido abiertamente por la administración de justicia (*i.e.*, por los operadores del Derecho). Un reconocimiento expreso de las vacilaciones y dudas, de las lagunas y contradicciones del sistema jurídico, es incompatible, ya no sólo con las exigencias gremiales de la disciplina, sino también y básicamente, con las exigencias de la comunidad social. El Derecho, como reproductor de los *universos simbólicos* (BERGER/LUCKMAN) imperantes en una sociedad determinada no puede traicionar, sin caer en desgracia, los preceptos e ideales que le son reclamados por la colectividad socio-histórica que le ha dado origen. Es a partir de esta premisa que se erigen las diferentes estructuras sociales y las construcciones ideológicas de las comunidades humanas, las cuales demandan que el discurso de esos universos aparente ser racional, ideal, justo. Cada comunidad social requiere su dosis diaria de *ficción*, que es absolutamente incompatible con una visión realista de la Jurisprudencia. El Derecho está, por ende, al servicio de esta ficción (o mentira colectiva) que no puede ser atacada eficazmente mediante la verdad. Pocos autores han plasmado esta idea en una forma tan clara como Thurman ARNOLD:

³⁰ FRANK, 1936: *Law and the Modern Mind*, New York: Tudor.

³¹ HOLMES, 1897: *The Path of the Law*, Harvard Law Review, vol. X, p. 466.

«Si los Tribunales —o al menos las personas que trabajan en ellos— no creyeran categóricamente que la Justicia es impartida de acuerdo con los dictados inexorables de una Ciencia Lógica Impersonal, entonces nuestra maquinaria para la administración del Derecho no existiría tal y como hoy la conocemos. De igual forma que los individuos cultivan sueños e ilusiones, así también lo hacen sus instituciones judiciales»³².

Así, pues, la inmoralidad esencial y fundamental del universo socio-político y jurídico consiste en negar su carácter vacilante e inseguro. Rechazar la incertidumbre potencial de las resoluciones, impugnar la naturaleza contingente de las respuestas, desmentir la posibilidad de elección y con ello la posibilidad de subjetividad. Con respecto a todo ello no puede decirse la verdad. ¡Ella mata, o en todo caso, hierde! Si al ciudadano común se le contara que la impartición de justicia no funciona según los preceptos de una lógica inexpugnable, que las sentencias no siempre se dictan siguiendo la justicia o la verdad del caso, sino según la retórica de los argumentos, las convicciones personales del juez y, a veces, las presiones sociales, políticas y mediáticas, entonces la legitimidad y la aceptación del poder judicial entrarían en crisis. Por lo dicho, es necesario *aparentar* que se vive en un universo jurídico transparente y honesto, aunque en el fuero interno de su conciencia muchos sepan que no es así. Todas estas mentiras paternales, estos mitos y leyendas (colectivamente cultivados y aceptados) hacen posible la convivencia pacífica de los seres humanos, constantemente sedientos de auto-engañó y de ficción³³. Tal y como decía MAQUIAVELLO hace ya muchos siglos: «Los seres humanos son tan ingenuos y están siempre tan dispuestos a obedecer las necesidades de su tiempo, que alguien que tenga la suficiente voluntad para engañar, encontrará siempre a aquellos que desean ser engañados».

3.1. ¿Se puede hacer algo contra la inmoralidad intrínseca?

Poco o nada. Ya dijimos que la expresión primordial de esta forma de conducta, radica en la necesidad de presentar al Derecho como una empresa potencialmente racional, estable y segura (*Basic Legal Myth*). Ésta es una exigencia más que gremial, es social, política y cultural. Sin esa cuota de ensoñación colectiva, el Derecho como tal no existiría o perdería una buena parte de su aceptación y estima. Eliminar ese «mito básico» resulta, por ende, imposible sin socavar las estructuras simbólicas que le dan sentido y estabilidad al ordenamiento jurídico y social.

4. A MODO DE CONCLUSIONES

1) El campo de la deontología jurídica es, desgraciadamente, muy fértil para el cultivo de la literatura pseudo-poética. Sobran allí los discursos encomiásticos y elogiosos sobre la búsqueda constante de la «justicia» y la «verdad». Todo ello nos hace gozar, pero no ver con más luz. Un análisis realista de los problemas morales involucra-

³² Véase: «The role of substantive law and procedure in the legal process», *Harvard Law Review*, n.º XLV, n.º 4, 1932: 618.

³³ Respecto a esta tesis es necesario confrontar el extraordinario libro de KOLAKOWSKI, 1999: *La presencia del Mito*, traducción de G. BOLADO, Madrid: Cátedra.

dos en la profesión jurídica exige, por el contrario, mostrar abiertamente las dificultades reales que allí se presentan a diario. Esto no implica renunciar, llegado el caso, a algún ideal. Pero de lo que se trata es de darle contenido a ese ideal y de hacer visibles los obstáculos que inevitablemente surgirán para su consecución.

2) La mayoría de códigos éticos, de cursos de deontología y de manuales para el jurista ideal son, en realidad, *racionalizaciones colectivas*. Ellas sirven (y en no pocas ocasiones) para engañarse a sí mismo o para engañar a los demás. Mediante esos códigos y cursos nos repetimos a nosotros mismos lo que queremos escuchar y le decimos también a la gente lo que esta quiere oír. Confundimos así los deseos con las razones y motivaciones verdaderas. Afirmamos que procedemos de una cierta manera para lograr tales y cuales fines, cuando en realidad lo hacemos por razones personales o por comodidad. «Es irremisiblemente fácil creer en lo que deseamos creer, a fin de hacer lo que deseamos hacer»³⁴. Esos códigos parten de lo que se ha denominado una *moral de imperativos*, es decir, un enfoque de los valores de carácter general y falsamente idealizado de la profesión.

3) Una visión demasiado optimista y agusta del Derecho, contrariamente a lo que se cree (y esto es una *paradoja* importante), resulta más bien nociva para el ejercicio de la profesión. De allí que habría que estudiar en qué medida la carrera jurídica no estaría mejor si se suprimieran los tradicionales códigos éticos y, en su lugar, se establecieran unos catálogos de *vicios comunes* y de *inmoralidades esenciales* a la disciplina. Se trata así de forjar una *ética de las circunstancias*, que proceda ya no deductivamente a partir de ciertos principios universales y abstractos, sino inductivamente a partir de los casos prácticos de la vida y de sus consecuencias inmediatas.

4) El *exceso de moral* (y esta es otra *paradoja* de la moral de imperativos) genera, a la postre, una *ausencia de moral*. Al basarse ella en reglas inflexibles hace irrealizable la práctica de la ética. Dado que es imposible apegar-se a todas las reglas, entonces no nos apeguemos a ninguna. Por otra parte, una persona, o en nuestro caso, un profesional que esté obsesionado por el cumplimiento de los más mínimos detalles morales, que busque no incurrir jamás en una falta, que se apegue a todos los deberes y exigencias de la moral de su entorno, paraliza el ejercicio de su actividad y el de los demás. No podría, por ejemplo, defender a un cliente (pues siempre cabe la posibilidad de que sea culpable), no podría presentar un escrito ante los estrados judiciales, pues tendría que decirle toda la verdad al juez, lo que implica, en no raras ocasiones, indicarle que los argumentos de la contraparte son más convincentes que los de su propio defendido, no podría incluso, saludar a los funcionarios judiciales, pues ello podría tomarse como un indicio de soborno o de corrupción. Esto degenera en un verdadero *fundamentalismo ético*³⁵. Por eso, los pequeños descuidos morales, las leves desatenciones éticas son un ingrediente, al parecer necesario («intrínseco»), de la vida judicial, pero también de la vida social en general.

5) La moral profesional, al igual que la moral general, no puede simplemente «enseñarse» (al menos una vez que el adulto ha desarrollado sus hábitos y conductas personales). Esta tesis no implica, por cierto, un determinismo axiológico. Lo que dice es, simplemente, que un curso de ética a lo más que puede aspirar es a *esclarecer* algunos problemas, a hacernos ver mejor dónde están las dificultades y, así, llegado el momen-

³⁴ HOSPERS, 1979: 39.

³⁵ Quien me llamó la atención sobre este concepto fue el Profesor J. LLOBET RODRÍGUEZ.

to, a aplicar de mejor forma aquellas reglas morales que *ya* cultivamos en nosotros. Es decir, de lo que se trata es de *estar alerta* contra los peligros que acechan en este campo. Sólo si vemos los monstruos, podremos defendernos contra ellos.

6) En el campo jurídico, especialmente, en el ámbito forense hay muchas formas en que se puede actuar de manera moralmente incorrecta: así, por ejemplo, mentirle a un cliente sobre la realización de ciertos trámites, desatender una gestión procesal, ofrecerle pruebas falsas a un juez, perder los expedientes judiciales, ofender al demandado, proponerle negocios oscuros y sobornos a los magistrados, son acciones que violentan, en mayor o menor grado, los preceptos de la deontología profesional. Sin embargo, en este trabajo se esbozó la tesis de que existe una forma de inmoralidad que resulta muchísimo más grave, pues es prácticamente imposible de eliminar. Esa forma de inmoralidad «intrínseca» consiste, esencialmente, en *aparentar* una serie de cualidades (verdad, justicia, seguridad, certeza, uniformidad, estabilidad, etc.) que en la realidad no existen o, si existen, están matizadas en grados diversos. Una cuota (mayor o menor según los casos) de falsedad, deshonestidad y hasta de mentira es necesaria en muchos pleitos jurídicos. Allí «toda la verdad» puede resultar mucho más nociva que la falsedad. Este fenómeno obedece, básicamente, a que el ejercicio del Derecho —al igual que el de otras profesiones— está sujeto a determinados «juegos del lenguaje» que demandan unos comportamientos muy particulares para lograr los objetivos propuestos. De no seguirse esos «juegos», entonces la persona no es tomada en cuenta o los resultados que obtiene son muy diferentes a los esperados.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DEL TEXTO

- ARNOLD, Th., «The role of substantive law and procedure in the legal process», *Harvard Law Review*, n.º XLV, n.º 4, 1932.
- CÁTEDRA DE CIENCIAS SOCIALES, MORALES Y POLÍTICAS, 2003: *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, Universidad Católica San Antonio de Murcia, España.
- COADY, C. A. J., 1995: «La política y el problema de las manos sucias», recogido en SINGER, P. (ed.), *Compendio de Ética*, Madrid: Alianza Editorial, pp. 507 y ss.
- Código Penal de la República de Costa Rica*, renumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad, índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo, por U. ZÚÑIGA MORALES, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA, *Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en Derecho*.
- COUTURE, E. J., 1988: *Los mandamientos del abogado*, Buenos Aires: Depalma, 10.ª ed.
- FRANK, J., 1936: *Law and the Modern Mind*, New York: Editorial Tudor.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Ética del juez y del abogado», recogido en COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA, *Memoria del XV Congreso jurídico nacional: Ética con responsabilidad social*, del 16 al 19 de agosto del 2005.
- HABA, E. P., 2004: *Elementos básicos de axiología general. Epistemológica del discurso valorativo práctico*, San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica.
- HENKEL, H., 1964: *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, Munich y Berlín, C. H. Beck Verlag.
- HOLMES, O. W., 1897: «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, vol. X.
- HOSPERS, J., 1979: *La conducta humana*, trad. de J. CERÓN, Madrid: Tecnos.

- KOLAKOWSKI, L., 1999: *La presencia del Mito*, traducción de G. BOLADO, Madrid: Cátedra.
- LEGA, C., 1983: *Deontología de la profesión de abogado*, trad. de M. SÁNCHEZ MORÓN, Madrid: Civitas, 2.^a ed.
- MALEM SEÑA, J. F., 2001: «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», en *DOXA*, 24. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho.
- MARTÍNEZ VAL, J. M., 1981: *Abogacía y Abogados. Tipología profesional —lógica y oratoria forense— deontología jurídica*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- NIETO, A., 2000: *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel Derecho.
- 2002: *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid: Trotta.
- NIETO, A., y FERNÁNDEZ, T. R., 1998: *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Barcelona: Ariel.
- RODELL, F., 1994: *¡Ay de vosotros, abogados!*, Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- RÜTHERS, B., 1999: *Rechtstheorie*, Munich: Editorial C. H. Beck Verlag.
- SALAS, M. E., 2004: «Vade Retro, Fortuna. O sobre la expulsión de “Satanás” —el azar— del mundo de las ciencias sociales (con especial énfasis en la “ciencia” jurídica)», en *DOXA*, 27, Cuadernos de Filosofía del Derecho, España: Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, pp. 377-391.
- 2005: *Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens*, Munich, Verlag C. H. Beck, Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, editado por C.-W. CANARIS, P. LERCHE y C. ROXIN, t. 194.
- 2006: «La dogmática jurídico-penal: ¿Un viaje fantástico al reino de Absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?», en COURTIS, Ch.: *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta, pp. 259 y ss.
- SCHEUERLE, W., 1983: *Vierzehn Tugenden für vorsitzende Richter*, Berlín: Duncker & Humblot.
- SINGER, P. (ed.), 1995: *Compendio de Ética*, Madrid: Alianza Editorial.
- VAZ FERREIRA, C., 1963: *Moral para Intelectuales*, t. III, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo.
- WHITE, J. (ed.), 1988: *Contemporary Moral Problems*, 2.^a ed., West Publishing Company, St. Paul et. al.

NORMAS CONDICIONALES Y FALACIA NATURALISTA*

Pablo E. Navarro

CONICET
Universidad Nacional del Sur
Universidad Blas Pascal

RESUMEN. Este trabajo muestra en qué medida la representación de las normas condicionales como « $p \rightarrow Oq$ » (la concepción puente de las normas condicionales) conduce a conclusiones paradójicas, por ejemplo, que un mundo proposicionalmente consistente es materialmente equivalente a mundos deónticamente contradictorios. Esta conclusión no sólo implica que es posible inferir normas de proposiciones descriptivas (y viceversa) sino que también compromete con atribuir a las normas condicionales una naturaleza híbrida, que mezcla características tanto de las normas como de proposiciones.

Palabras clave: Normas condicionales, falacia naturalista, lógica deóntica, contradicciones normativas

ABSTRACT. This paper shows to what extent a representation of conditional norms like « $p \rightarrow Oq$ » (The bridge conception of conditional norms) leads to paradoxical consequences, e.g. a propositionally consistent world is materially equivalent to deontically incoherent worlds. This conclusion entails not only the possibility of inferring norms from descriptive propositions (and vice versa) but also compels us to attribute a «hybrid» nature to conditional norms, i.e. with some traits which characterize both norms and propositions.

Key words: Conditional norms, naturalistic fallacy, deontic logic, normative incoherences.

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada al VIII Seminario Internacional de Teoría del Derecho en la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, en junio del 2007. Agradezco las observaciones de Jorge RODRÍGUEZ, José Juan MORESO, Ricardo GUARINONI, Juliano MARANHÃO y Ricardo CARACCILO.

1. INTRODUCCIÓN

Es usual asumir en teoría del Derecho que las normas jurídicas expresan una correlación entre situaciones de hecho y consecuencias normativas¹. En este sentido, las normas jurídicas son paradigmáticamente normas condicionales. Aunque existe un amplio consenso acerca de este fenómeno es difícil encontrar una buena explicación de la naturaleza de estas normas, su adecuada representación y la función que ellas desempeñan en nuestras inferencias. Por esa razón, podría decirse que el problema de la naturaleza de los condicionales es un escándalo para la lógica², que nos enfrenta de manera simple con problemas centrales y todavía pendientes de solución en teoría del Derecho y lógica deóntica.

En gran medida, nuestras dificultades derivan del enorme horizonte de problemas que se conectan con nuestras decisiones conceptuales sobre los condicionales en general y las normas condicionales en particular. En este trabajo exploraré una de estas conexiones y trataré de mostrar algunas dificultades centrales de la representación de normas condicionales a la luz de la discusión sobre la falacia naturalista y el paso del *ser* al *deber ser*. Es obvio que estos temas se reflejan en debates filosóficos clásicos, y no es posible ofrecer aquí tan siquiera un resumen de todos los problemas y tesis relevantes para esta discusión. Más bien, el objetivo de este trabajo es instrumental. Mediante la revisión de algunas discusiones contemporáneas sobre la (im)posibilidad de derivar normas a partir de proposiciones fácticas pretendo analizar un problema central de la lógica deóntica: la naturaleza de las normas condicionales. Por esta razón, prescindiré de la enorme bibliografía sobre la historia de la falacia naturalista, las interpretaciones de HUME, el naturalismo moral, y el «abismo lógico» entre ser y deber ser. Las escasas referencias bibliográficas que incorporaré en este trabajo no pretenden sugerir que sólo ellas sean las únicas relevantes para un genuino avance en estos problemas. Más bien, tienen por función ejemplificar algunos argumentos —básicamente aquellos elaborados por VON WRIGHT, ALCHOURRÓN y BULYGIN, PIDGEN y RIVERA LÓPEZ— que se conectan de manera directa con el problema de la naturaleza de las normas.

2. LA GUILLOTINA DE HUME: CONTEXTO Y PRESUPUESTOS

En unos breves párrafos del *Tratado de la Naturaleza Humana* de David HUME se encuentra formulado por primera vez con claridad un problema filosófico de enorme

¹ Por ejemplo, MACCORMICK, 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, pp. 43-45.

² ALCHOURRÓN, 1993: «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en MEYER, *et al.*, *Deontic Logic in Computer Science*, Londres: Wiley and Sons, p. 58. Según ALCHOURRÓN,

Los enunciados condicionales son usados permanentemente casi sin ningún problema en nuestra vida cotidiana y en la ciencia, pero es un hecho triste y difícil de la vida que los lógicos no han encontrado aún una teoría unificadora de los condicionales, aun a pesar de que la conectiva proposicional «si —entonces» es la que se relaciona de manera más estrecha con el tema central de la lógica: la noción de consecuencia lógica (deducibilidad, implicación lógica, etc.).

relevancia: la justificación de conclusiones normativas en una inferencia que tiene sólo premisas fácticas³. A diferencia del amplio acuerdo que existe sobre la contribución de HUME a la identificación de este problema, hay una significativa discrepancia entre los filósofos acerca del alcance y fundamento de sus observaciones⁴.

Una manera tradicional de comprender esa idea es la siguiente⁵. Es una tesis acerca de la existencia de un *abismo lógico* entre normas y proposiciones. Por esa razón, es injustificado no sólo obtener conclusiones normativas a partir de premisas fácticas sino también derivar conclusiones fácticas desde premisas que son exclusivamente normativas⁶. Aunque esta formulación tiene el merito de exponer de manera sucinta el problema, tiene el defecto de dejarnos a oscuras sobre los fundamentos de la restricción propuesta por HUME a nuestros razonamientos. En particular, esta presentación no dice nada acerca de la naturaleza de los hechos o de las normas y, por ello, deja abierta numerosas cuestiones. Por ejemplo, por «hecho» puede entenderse tanto las condiciones de verdad de una proposición como también un fenómeno empírico. En el primer sentido, un «hecho» es aquello que determina la verdad de cualquier proposición y, en el segundo sentido, un «hecho» es un evento que se produce en un determinado lugar y tiempo. La primera opción es compatible con derivar normas de hechos ya que puede afirmarse «es un hecho que no debe torturarse a los niños» y de allí concluir «No se debe torturar a los niños»⁷. La segunda opción, por el contrario, restringe los hechos a fenómenos empíricos y torna más compleja la cuestión de la derivación de normas a partir de este tipo de hechos.

Otra pregunta fundamental se refiere a la naturaleza de las normas. La importancia de esta pregunta radica en que si no conocemos claramente qué son las normas, entonces tampoco podremos determinar si ellas pueden ser inferidas de proposiciones fácticas. Por ejemplo, si se asume que las normas —al menos, las normas morales— son aptas para la verdad o falsedad, entonces el problema de HUME no será un desafío acerca de la posibilidad de inferencias lógicas entre normas y proposiciones. Una vez que se admite que las normas son verdaderas o falsas, ya no tiene mayor sentido interpretar la «Guillotina de Hume» como un *abismo lógico* entre ser y deber ser. Al igual que en cualquier otra inferencia, el problema radicaría en detectar cuáles premisas son verdaderas a los efectos de derivar con garantías conceptuales una determinada conclusión.

³ HUME, 1988: *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid: Alianza, Libro II, sección 3 y Libro III, sección 1.

⁴ Al respecto, vease, MCINTYRE, 1959: «Hume on “Is” and “Ought”», en *The Philosophical Review*, 68.

⁵ Para un análisis de mucho de los problemas involucrados en la distinción entre «ser» y «deber ser», véase: VON WRIGHT, 1997: «Ser y deber ser», en GARZÓN VALDÉS, E. *et al.* (ed.), *La normatividad del Derecho*, Barcelona: Gedisa, pp. 87-110). Para una recopilación de trabajos clásicos sobre el problema, véase: HUDSON (ed.), 1969: *The Is-Ought Question*.

⁶ Esta interpretación es denominada por HUDSON, W. D. como «la interpretación aceptada» tanto para enfatizar el consenso sobre las ideas de HUME como también para señalar que hay otras interpretaciones minoritarias que merecen una cuidadosa atención. HUDSON, 1974: *La filosofía moral contemporánea*, Madrid: Alianza, p. 239.

⁷ En un seminario dirigido por Joseph RAZ en Oxford, en 1995, se asumía la existencia de «hechos normativos» y por ello se concluía que no había un problema general de derivar normas de hechos y se ofrecía esa respuesta como prueba de que las dificultades se derivaban sólo de cierto tipo de fenómenos y no de los hechos en general.

Otro problema importante es si la diferencia entre normas y proposiciones es semántica o pragmática⁸. ¿Son las normas contenidos proposicionales o, por el contrario, ellas son el resultado de específicos actos del lenguaje? La importancia de esta pregunta radica en que si las normas son el resultado de actos específicos del lenguaje, entonces el contenido normativo de una expresión se agota en su aspecto pragmático. En líneas generales, esa sería el rasgo característico de una concepción expresiva de las normas. Para esta concepción, las normas son el uso prescriptivo de determinados contenidos proposicionales del mismo modo en que las descripciones son el resultado del uso asertivo de ciertos contenidos proposicionales. El aspecto normativo o aseverativo se agota en el uso que hacemos de ella para prescribir o afirmar un cierto estado de cosas. Dado que no existen relaciones lógicas entre hechos, entonces no tiene sentido señalar que podemos inferir normas a partir de descripciones⁹.

Por consiguiente, en tanto que problema *lógico*, el desafío de HUME parece apoyarse en dos presupuestos:

- a) Los hechos son fenómenos empíricos que determinan la verdad de las proposiciones que describen esos eventos.
- b) Las normas son entidades abstractas (cuasi-proposicionales) que carecen de valor de verdad, pero con aptitud para vincularse mediante relaciones de consecuencia lógica.

En el resto de este trabajo asumiré estas restricciones de tal manera que la discusión de la guillotina de HUME se entenderá como el problema lógico de derivar *normas* a partir de proposiciones descriptivas y viceversa.

3. LA FALACIA NATURALISTA: CONTRAEJEMPLOS Y EXCEPCIONES

A principios del siglo XX, en 1903, George MOORE denominó como «falacia naturalista» a una versión específica del problema de HUME¹⁰. Según MOORE, los conceptos evaluativos como *bueno* eran indefinibles y, como consecuencia de esta característica, su sentido no puede explicarse sobre la base exclusiva del significado de expresiones fácticas o naturales. Los conceptos valorativos pueden aplicarse —y de hecho se aplican— siempre que otros predicados fácticos también sean apropiados, pero siguen siendo dos conceptos diferentes. Por ejemplo, aunque todas las cosas que producen placer fuesen buenas, la explicación de esta última cualidad no puede obtenerse de un análisis de la noción de placer. Las extensiones de los conceptos pueden coincidir, pero los significados de «bueno» y «placentero» son diferentes. Por ello es que siempre tiene

⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México: Fontamara, pp. 41 y ss.

⁹ Véase, ALCHOURRÓN, y BULYGIN, 1991: «La concepción expresiva de las normas», en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 121-153.

¹⁰ MOORE, 1989: *Principia Ethica*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 10. Sin embargo, la diferencia de objetivos y estrategias filosóficas entre MOORE y HUME son tan importantes que resulta prudente analizar ambos problemas de manera separada. A pesar de ello es usual en la filosofía contemporánea la fusión de ambos argumentos. Para una excelente discusión sobre la historia de la falacia naturalista, las diferentes estrategias de refutación y sus problemas lógicos, véase, PRIOR, 1949: *Logic and the Basis of Ethics*, Oxford: Oxford University Press.

sentido preguntarse si el predicado fáctico agota el sentido del concepto valorativo, *e.g.* si el placer es realmente bueno. En líneas generales, esta estrategia se denomina «la pregunta abierta» y pretende mostrar que la duda sobre, por ejemplo, si el placer es bueno no es un tipo desconcertante de pregunta como podría ser interrogarnos sobre si un triángulo tiene tres ángulos.

Las ideas de MOORE tuvieron una inmensa repercusión y también dio lugar a algunos resultados sorprendentes. Por ejemplo, MOORE es considerado como uno de los fundadores de un método específico de trabajo filosófico: el análisis conceptual. Pero, su estrategia filosófica puede ser vista como una ejemplificación específica de los problemas del análisis conceptual¹¹. En este caso, el problema radica no sólo en nuestra incapacidad para capturar conceptos valorativos mediante conceptos fácticos sino en la posibilidad de obtener alguna información útil mediante el análisis de los conceptos. La paradoja del análisis consistiría en que el método analítico o bien produce resultados irrelevantes o bien produce resultados injustificados. Si esta crítica fuese acertada, entonces antes de abandonar la conexión conceptual entre predicados naturales y evaluativos, hay que revisar la estrategia filosófica que conduce a las dudas sobre esa conexión. No habría, entonces, inconveniente alguno en un análisis de los conceptos morales en términos de otros conceptos no-morales. Si hay alguna falacia, continuaría el argumento, la habría cometido MOORE al presuponer lo que es preciso probar, es decir, que existe algo ilegítimo en la estrategia naturalista¹².

Estos desacuerdos acerca del valor del argumento de la pregunta abierta y del alcance de la falacia naturalista explican las diferentes actitudes que se adoptan frente a este desafío. Por ejemplo, SEARLE menciona diversos contraejemplos para refutar la tesis de MOORE. En su conocido libro sobre los actos de habla diseña un ejemplo de refutación, que se basa en las consecuencias normativas que se siguen del hecho de una promesa¹³. Por consiguiente, MOORE habría equivocado las razones para rechazar al naturalismo moral ya que, con independencia de la plausibilidad de esta doctrina, el error del naturalismo no sería de naturaleza lógica. La demostración de SEARLE ha generado una enorme discusión, que ha tenido una indudable repercusión en diferentes áreas de la filosofía¹⁴. Por ejemplo, sus ideas sobre reglas constitutivas o hechos institucionales han marcado muchos caminos explorados luego por los partidarios de las teorías institucionales del Derecho. Pero, en estas discusiones sobre el valor de su demostración, por lo general, ha permanecido sin cuestionamiento la idea de que si los contraejemplos de SEARLE fuesen plausibles, entonces habría que abandonar la tesis de que existe un abismo lógico infranqueable entre ser y deber ser.

A diferencia de lo que ocurre con la discusión sobre la demostración de SEARLE, otros filósofos, *e.g.* Carlos NINO, pretenden que la falacia naturalista es un problema

¹¹ Sobre la paradoja del análisis, véase, LANGFORD, 1968: «Moore's Notion of Analysis», en SCHILPP (ed), *The Philosophy of G. E. Moore*, La Salle, Illinois: Open Court, p. 323.

¹² Al respecto, véanse los trabajos de STEVENSON y FRANKENA en FOOT (ed.), 1974: *Teorías de la ética*, México: Fondo de Cultura.

¹³ SEARLE, «Cómo derivar "debe" de "es"», en FOOT (ed.), 1974: 151-171. Reimpreso con modificaciones en SEARLE, J., 1994: *Actos de habla*, Barcelona: Planeta, pp. 178 y ss.

¹⁴ Una de las primeras réplicas fue la de HARE: «El juego del prometer», reimpreso en FOOT (ed.), 1974: 171-187. Para un resumen de diversos argumentos en contra de la tesis de SEARLE, véase HUDSON, 1974: 237-251.

genuino, pero que hay *excepciones* a la derivación de conclusiones normativas a partir de premisas fácticas. En el argumento de NINO, el *reconocimiento* de que existen hechos morales juega un papel crucial. Esto significa que el problema no es tanto ontológico o epistemológico sino más bien de naturaleza semántica. La pregunta es: ¿a qué tipo de hechos podemos calificarlos de morales? La respuesta se construye a partir de la distinción entre moral positiva y moral crítica. Para determinar si una serie de prácticas cuenta como un conjunto de hechos morales hay que realizar un balance entre las exigencias comunes de diferentes morales sociales y las exigencias de la moral crítica. En este proceso de ajuste se pueden descartar tanto elementos de la moral ideal como también prácticas vigentes que se apartan demasiado de nuestras expectativas críticas. La identificación de ese conjunto de prácticas que se obtiene luego de este proceso de ajuste y descarte constituye un reconocimiento de *hechos morales* que comprometen con consecuencias normativas. De este modo, NINO creía que de premisas fácticas se podían obtener consecuencias normativas. Por ello, afirmaba¹⁵:

La identificación de ese núcleo involucra el reconocimiento de los hechos *morales*, es decir, esos hechos respecto de los que la famosa «pregunta abierta» de MOORE deja de estar abierta, ya que sería inconsistente aceptarlos y negarse a aplicar el correspondiente predicado moral. Ellos son, consecuentemente, los únicos hechos que nos permiten establecer un puente sobre la laguna entre el «debe» y el «ser».

Aun cuando NINO tuviese razón en que puede derivarse conclusiones normativas a partir de premisas fácticas, en sus trabajos no hay ninguna explicación de por qué ello sólo cuenta como una excepción y no como una refutación de la tesis de HUME y MOORE.

4. SISTEMAS INCOHERENTES Y CONCLUSIONES FÁCTICAS

En la sección anterior se subraya que las pretensiones de derivar conclusiones normativas a partir de premisas fácticas cuentan algunas veces como intentos de refutación de la falacia naturalista y, en otras ocasiones, como la búsqueda de excepciones a una regla general. Estas oscilaciones muestran que aún no contamos con suficiente consenso acerca del alcance y la fuerza de los problemas señalados por HUME y MOORE. Dada la repercusión en la historia de la filosofía contemporánea que han tenido estos problemas, esta falta de claridad y consenso no debería tomarse con ligereza. En ocasiones, las estrategias de mostrar un puente que permita unir al ser y el deber ser son elaboradas por teóricos que carecen de una formación depurada en lógica y ello resulta en la formulación de argumentos falaces. En este sentido, PRIOR señala¹⁶:

La exposición de argumentos morales falaces es, sin embargo, una tarea que parece necesario ejecutar nuevamente en cualquier época. Es algo así como el mantenimiento del hogar, el cuidado del jardín, o afeitarse... Es necesario decir que la «lógica de la ética», cuya tarea poner de manifiesto las falacias, debe mucho a aquellos que han formulado esos argumentos; y en particular, a aquellos que los han elaborado de forma sutil y persuasiva y cuyo lenguaje ha sido al mismo tiempo lo suficientemente preciso para que sus errores lógicos sean identificables. Porque ellos no sólo proporcionan trabajo a los lógicos, sino

¹⁵ NINO, 1991: *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, p. 61.

¹⁶ PRIOR, 1949: x-xi.

que también iluminan la teoría lógica. A través de sus inconsistencias nos dan un *insight* más completo en lo que significa *no* ser inconsistentes. Aun cuando sepamos por anticipado que algún sistema tiene que ser falaz —que aquello que pretende hacer simplemente no puede conseguirse— aprendemos algo en el esfuerzo de descubrir en donde radica la falacia.

Este párrafo de PRIOR sugiere, de una manera un tanto ingenua, que quienes razonan de manera falaz, suministrando argumentos éticos de dudosa validez, son los filósofos morales y que, por el contrario, los lógicos desarrollan una tarea indispensable en la exposición de esas falacias. Sin embargo, con frecuencia son lógicos altamente competentes quienes impugnan las tesis de HUME y MOORE¹⁷. Por ejemplo, ALCHOURRÓN y BULYGIN, sin mayor análisis de este tema, sostienen que¹⁸

La coherencia es, ciertamente, una propiedad necesaria de los sistemas normativos puros, pues de un sistema incoherente pueden derivarse fácilmente consecuencias fácticas (en efecto: si « $\neg t/q$ » es una consecuencia de α , entonces « $\neg q$ », es decir la negación del enunciado q , que es descriptivo (fáctico), es consecuencia de α ; donde « $\neg t$ » simboliza cualquier contradicción.

Al respecto, Jorge RODRÍGUEZ señala que¹⁹:

...tal conclusión es inadmisible pues significaría nada menos que caer en un vedado salto lógico de lo prescriptivo a lo descriptivo, es decir, en la llamada falacia naturalista.

ALCHOURRÓN y BULYGIN no han respondido expresamente a esta observación y, por consiguiente, las razones para esta tesis son de naturaleza conjetural. Para ALCHOURRÓN y BULYGIN, las normas jurídicas son casos correlacionados con soluciones normativas. Conforme a esta idea, ellos sostienen que un sistema jurídico es incoherente cuando hay al menos dos normas que —explícita o implícitamente— correlacionan soluciones incompatibles a un mismo caso. Según ALCHOURRÓN y BULYGIN,

Un sistema normativo es incoherente en un caso C_i si, y sólo si, figuran dos o más soluciones diferentes (e incompatibles) en la línea correspondiente a C_i . Un sistema es incoherente si, y sólo si, existe por lo menos un caso en el cual el sistema es incoherente. El sistema es coherente si, y sólo si, no existe ningún caso en que el sistema sea incoherente.

Supongamos, ahora, que el caso $\neg p$ esté correlacionado con soluciones normativas incompatibles, e.g. Oq y Phq . Según ALCHOURRÓN y BULYGIN, de

1) $\neg p \rightarrow Oq \ \& \ Phq$,

se sigue²⁰

2) p

¹⁷ Por ejemplo, NERI CASTAÑEDA, 1975: *Thinking and Doing*, Dordrecht: Reidel. Para una crítica de esas ideas, véase: ALCHOURRÓN, 1991: «Prescripciones y normas. La teoría de Castañeda», en ALCHOURRÓN, y BULYGIN, 1991: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 113-118.

¹⁸ ALCHOURRÓN, y BULYGIN, 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, p. 102.

¹⁹ RODRÍGUEZ, 1995: «Contradicciones normativas: jaque a la concepción deductivista de los sistemas jurídicos», en *Doxa*, 17-18, p. 378.

²⁰ Espero que el significado de los símbolos sea evidente. Los símbolos « \neg », « $\&$ », « \vee », « \rightarrow », « \leftrightarrow », conectivas proposicionales para la negación, conjunción, disyunción, condicional material y bicondicional material. Las expresiones «O» y «PH» se usan para simbolizar los operadores deónticos de obligación y prohibición.

Por consiguiente, si se concede esta tesis de ALCHOURRÓN y BULYGIN también hay que aceptar a:

$$3) (\neg p \text{ O } q \ \& \ Phq) \rightarrow p$$

Este análisis sugiere que el problema de la derivación entre proposiciones fácticas y normativas no es un problema lógico, sino que sólo se produce en cierto tipo de argumentos, *e.g.* cuando no se razona a partir de normas incoherentes. En otras palabras, de un conjunto de normas incoherente pueden derivarse válidamente conclusiones fácticas.

De manera similar, Charles PIGDEN señala que el problema no radica en la imposibilidad de inferir conclusiones normativa a partir de premisas fáctica sino más bien en la naturaleza conservadora de la relación de consecuencia²¹.

El carácter conservador de la lógica consiste en la tesis de que no puede aparecer ninguna expresión (no lógica) de manera no vacía en la conclusión de una inferencia válida a menos que aparezca en la premisa. Esta tesis es susceptible de prueba. La autonomía de la ética no es mas que la encarnación moral de esta tesis —no puede derivarse un «debe» no vacío a partir de un «es».

A su vez, RIVERA LÓPEZ ejemplifica esta idea de PIGDEN de la siguiente manera²²:

Subrayo lo de «no vacío», dado que hay un sentido trivial en el que sí puede inferirse un enunciado normativo de uno fáctico. Sea *p* cualquier enunciado fáctico y *q* cualquier enunciado normativo, es posible, de *p*, inferir (mediante la regla de adición) *p* o *q*. Por ejemplo, de «llueve» es posible inferir «llueve o debes ir a la escuela», que es lo mismo que decir «si no llueve debes ir a la escuela». Este último enunciado es claramente normativo, mientras que la premisa es claramente fáctica. El problema es que... también puede inferirse «llueve o no debes ir a la escuela» (o lo que es lo mismo «si no llueve, no debes ir a la escuela») lo cual hace que la inferencia sea irrelevante o vacua.

Podemos representar el argumento de PIGDEN y RIVERA LÓPEZ de la siguiente manera:

- 4) *p* (Hipótesis)
- 5) *p* ∨ *Oq* (Introducción de la disyunción)
- 6) $\neg p \rightarrow Oq$ (5, LP)

Mientras que (4) es una proposición descriptiva, (6) es una norma. Sin embargo, la inferencia es vacua ya que de (4) también podríamos obtener

- 7) *p* ∨ *PHq*
- 8) $\neg p \rightarrow PHq$

A su vez, de (6) y (8) se sigue:

- 9) $\neg p \rightarrow Oq \ \& \ PHq$

Por consiguiente, si se admite el argumento de PIGDEN y RIVERA LÓPEZ hay que conceder que de «*p*» se sigue « $\neg p \rightarrow Oq \ \& \ PHq$ », es decir:

- 10) $p \rightarrow \neg p \rightarrow Oq \ \& \ PHq$

²¹ Véase, PIGDEN, 1995: «El naturalismo», en SINGER (ed.), *Compendio de ética*, Madrid: Alianza, p. 571.

²² RIVERA LÓPEZ, 2002: «Naturalismo éticos», en PÉREZ (comp.): *Los caminos del naturalismo. Mente, conocimiento y moral*, Buenos Aires: EUDEBA, p. 54.

Recordemos que del argumento de ALCHOURRÓN y BULYGIN habíamos obtenido

$$3) (\neg p \rightarrow Oq \ \& \ Phq) \rightarrow p$$

De (3) y (10) se sigue

$$11) p \Leftrightarrow (\neg p \leftrightarrow Oq \ \& \ PHq)$$

En (11), un mismo caso « $\neg p$ » está correlacionado con soluciones incompatibles y ello convierte en incoherente al sistema normativo en cuestión. Así, la equivalencia material de (11) puede leerse en el siguiente sentido: un mundo proposicionalmente consistente como el representado por « p » es equivalente con un mundo deónticamente contradictorio ya que el caso $\neg p$ tiene soluciones incompatibles. Denominaré a esta lectura de (11) como «la interpretación paradójica». Si esta interpretación fuese plausible, entonces podría señalarse un puente que no sólo nos permite pasar del ser al deber ser sino que conecta mundos proposicionalmente consistentes con mundos deónticamente incoherentes. Unas palabras de cautela son aquí especialmente apropiadas. Una paradoja es una afirmación inaceptable que se obtiene de premisas indisputables, *e.g.* la llamada paradoja del mentiroso que nos obliga a aceptar que si una cierta proposición P es verdadera o falsa, entonces P es a la vez verdadera y falsa. Esto no ocurre con la tesis (11) y su naturaleza paradójica se conecta a una suerte de intuición sobre dos cosas: el puente del ser al deber ser y la conexión entre mundos proposicionales consistentes y mundos normativos incoherentes. No haré ningún esfuerzo para demostrar que (11) es *realmente* una paradoja y sólo me interesa conocer qué es preciso revisar a los efectos de no derivar (11) como un teorema de nuestro discurso práctico.

Una alternativa a la interpretación paradójica es reformular la noción de contradicción normativa de tal manera que, sin negar la equivalencia material entre « p » y « $(\neg p \rightarrow Oq \ \& \ PHq)$ », se pueda rechazar que esa última fórmula sea una contradicción. Otra alternativa a la concepción paradójica es rechazar el «puente» entre ser y deber ser negando que la equivalencia material entre mundos proposicionalmente consistentes y mundos normativos incoherentes. En las próximas secciones analizaré ambas estrategias.

5. LA REFORMULACIÓN DE LA NOCIÓN DE CONTRADICCIÓN NORMATIVA

La reconstrucción de la noción de contradicción entre normas enfrenta dificultades de enorme magnitud. Al respecto, VON WRIGHT señala²³:

Desearía poder lograr que mis lectores vean la seriedad de la naturaleza de este problema. (Es mucho más serio que cualquiera de los tecnicismos de la lógica deóntica). Es serio porque, si dos normas no pueden contradecirse, entonces tampoco puede haber lógica de normas. No hay lógica, podría decirse, en un campo en el que todo es posible. Por tanto, si las normas tienen una lógica, debemos ser capaces de señalar algo que sea imposible en el ámbito de las normas. Pero, que podamos hacerlo no es obvio en absoluto.

²³ VON WRIGHT, 1963: *Norm and Action*, Londres: Routledge & Kegan Paul, p. 148.

En líneas generales puede señalarse que la idea de contradicción entre normas ha sido explicada siguiendo las ideas clásicas sobre la contradicción proposicional. En este sentido, la contradicción entre normas requiere aclarar previamente qué significa la negación de una norma ya que no es posible analizar la noción de incoherencia sin explicar previamente el comportamiento lógico de la negación y no es claro en absoluto que esa conectiva se comporte de igual manera en el discurso descriptivo y prescriptivo. Por esa razón, VON WRIGHT señala²⁴:

Que «no» es usado en el lenguaje prescriptivo al igual que en el lenguaje descriptivo es fácil de notar. Pero de esto, por sí mismo, no se sigue que la función de «no» en el lenguaje prescriptivo sea negar, ni es claro que *significa* «negación» en contextos prescriptivos.

De manera más bien dogmática asumiré dos rasgos básicos sobre la negación en el ámbito normativo a partir de su analogía con la negación en lógica proposicional: *a*) la negación de una norma, al igual que ocurre en lógica proposicional, tiene que resultar *unívoca*, es decir, la negación de una norma tiene que ser una norma, *b*) la negación de una norma condicional, al igual que ocurre con los enunciados condicionales de la lógica proposicional, *no puede* ser unívoca, es decir la negación de una norma condicional no es otra norma condicional²⁵.

Una consecuencia de estas dos restricciones en la reconstrucción de la negación en el ámbito normativo es que la idea de contradicción *entre* normas condicionales necesita ser revisada cuidadosamente. La contradicción entre normas exige que una de ellas sea la negación de la otra. Así, dos normas condicionales N1 y N2 se contradicen si y sólo si N1 es la negación de N2 o viceversa. Pero, como he señalado anteriormente, la negación de una norma condicional no puede ser otra norma condicional. Si la división entre normas condicionales y normas categóricas es exhaustiva, de *a*) y *b*) se sigue que la negación de una norma condicional puede ser únicamente una norma categórica.

En virtud de que la solución «PHq» puede ser expresada como «O¬p», la forma de (11) $p \leftrightarrow (\neg p \rightarrow Oq \ \& \ PHq)$ es similar a la siguiente tautología de lógica proposicional

$$12) \quad p \leftrightarrow (\neg p \rightarrow q \ \& \ \neg p)$$

A diferencia de lo que ocurre con la interpretación paradójica, sería extraño afirmar que (12) muestra una equivalencia entre un mundo proposicionalmente consistente y un mundo proposicionalmente inconsistente. La razón es bastante simple: « $(\neg p \rightarrow q \ \& \ \neg p)$ » no es una inconsistencia ya que es verdadera cuando interpretamos a «*p*» como verdadera. Esta fórmula sólo señala que si fuese el caso que «¬p», entonces se produce una contradicción. Por la misma razón, es plausible sostener que $(\neg p \rightarrow Oq \ \& \ PHq)$ no es una incoherencia normativa, sino que únicamente señala que si se produce «¬p», entonces surge una contradicción normativa.

²⁴ VON WRIGHT, 1963: 136.

²⁵ Al respecto, véase, ALCHOURRÓN, 1993: «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en MEYER, et al.: *Deontic Logic in Computer Science*, Londres: Wiley and Sons, pp. 59-62. También, VON WRIGHT, 1963: 179.

Pero esta estrategia impone algunas revisiones de otras ideas referidas a la coherencia de los sistemas normativos. La fórmula

$$13) (\neg p \rightarrow Oq \ \& \ PHq)$$

se obtiene de

$$14) (\neg p \rightarrow Oq) \ \& \ (\neg p \rightarrow PHq)$$

Los dos miembros de esta conjunción son normas que correlacionan soluciones incompatibles para un mismo caso y, según ALCHOURRÓN y BULYGIN, si esas normas pertenecen a un sistema S, entonces S es incoherente. De esta característica del sistema es tentador suponer que las normas son inconsistentes, *i.e.* el hecho de que haya normas inconsistentes es la *razón* por la que el sistema es inconsistente. Sin embargo, la conjunción de dos normas condicionales no es una incoherencia ya que $(\neg p \rightarrow Oq)$ no es la negación de $(\neg p \rightarrow PHq)$. Esta es la conclusión que defiende María Inés PAZOS cuando sostiene²⁶:

La razón lógica para no llamar a esos casos «contradicciones» es que en el concepto tradicional de «contradicción» dos enunciados condicionales con consecuente inconsistente no son contradictorios, sino que cuando tienen el mismo antecedente, son conjuntamente equivalentes a la negación de este último.

Si se adopta esta idea, entonces hay que reformular la noción de incoherencia de un sistema normativo. Una solución sería señalar que un sistema puede ser incoherente sin que exista contradicción entre sus normas. Al igual que ocurre en lógica proposicional en el que la conjunción de condicionales con consecuentes inconsistentes no es una contradicción, es preciso rechazar que un caso correlacionado con soluciones incompatibles sea una contradicción. En otras palabras, las contradicciones normativas no se producen por la conjunción de normas condicionales, aun cuando sus consecuentes sean soluciones incompatibles. Esta estrategia permite concluir que si las normas « $(\neg p \rightarrow Oq)$ » y « $(\neg p \rightarrow PHq)$ » pertenecen a un sistema S, entonces S es incoherente con independencia de que esas normas sean consistentes. Sin embargo, esta solución parece artificial y se apoya en una intuición que no se explica adecuadamente. Esa intuición es que esas normas son incompatibles en el caso « $\neg p$ ».

6. LA NATURALEZA DE LAS NORMAS CONDICIONALES

La fórmula (11) $p \leftrightarrow (\neg p \rightarrow Oq \ \& \ PHq)$ podría interpretarse de la siguiente manera: un mundo proposicionalmente consistente « p » es materialmente equivalente con un mundo que sería deónticamente contradictorio cuando se produce la condición « $\neg p$ ». Las normas condicionales « $(\neg p \rightarrow Oq)$ » y « $(\neg p \rightarrow PHq)$ » no serían inconsistentes, sino más bien esas formulas señalan que, cuando « $\neg p$ » es el caso, entonces surge una incoherencia entre « Oq » y « Phq ». Una consecuencia natural de esta interpretación es que expresiones tales como « $\neg p \rightarrow Oq$ », que correlacionan un caso con una consecuencia normativa no son normas condicionales *genuinas* sino sólo una manera condicional de afirmar que una conducta es categóricamente modalizada.

²⁶ PAZOS, 1995: «Contradicciones normativas y jerarquía de normas», en *Doxa*, 17-18: 391.

Estas distinciones resultan útiles para rechazar la *interpretación paradójica* de la fórmula (11) ya que nos permite dar cuenta de una contradicción entre normas que se produce bajo una cierta condición y evitar confusiones con la idea de una contradicción entre normas condicionales. Esta diferencia es similar a la que existe entre afirmar q bajo condición de que se produzca p y afirmar el condicional «si p , entonces q ». La diferencia principal entre ambas afirmaciones es que en el primer caso se afirma *únicamente* q (bajo la condición de que se produzca p), mientras en el segundo caso se afirma la disyunción « $\neg p \vee q$ »²⁷.

Este rechazo de « $\neg p \rightarrow Oq$ » como una representación de normas condicionales subraya la naturaleza mixta de esas expresiones, *i.e.* una mezcla de proposiciones y normas. Pero, ¿es posible admitir esa mezcla como una expresión bien formada de nuestros lenguajes? Al respecto, VON WRIGHT sostiene que una fórmula como « $p \rightarrow Oq$ » hace que...²⁸

la obligación sea condicional bajo la verdad de una proposición. Pero, esta suerte de «híbrido» entre una proposición que es verdadera o falsa y una norma que carece de valores de verdad es un monstruo lógico —al menos bajo cualquier interpretación normal de la relación «si-entonces»—. Las cosas estarían en orden si se interpretara « Oq » descriptivamente, como expresando una proposición normativa acerca de que q debe ser el caso. Pero, entonces, $p Oq$ no expresa una norma sino que dice que bajo una cierta condición (p) una norma con efectos tales y tales (Oq) existe. *Esta* norma, sin embargo, no es condicional sino categórica²⁹.

La conclusión de VON WRIGHT gana aún más plausibilidad cuando transformamos « $\neg p \rightarrow Oq$ » en una disyunción, *i.e.* « $p \vee Oq$ ». Aunque puede parecer intuitivo asumir que la primera fórmula expresa una norma condicional, no parece claro que la segunda fórmula sea una norma en absoluto.

²⁷ Para un importante análisis de la diferencia entre afirmar condicionalmente y afirmar una proposición condicional, véase VON WRIGHT, 1957: «On Conditionals», en *Logical Studies*, Londres: Routledge & Kegan Paul. Esta discusión se conecta con el tema de los mundos posibles que se corresponden a cada afirmación y su análisis puede verse como un requisito para una clara comprensión de las diferentes obligaciones condicionales. Sobre este tema, véase, RODRÍGUEZ, 2005: «Un dilema en la representación de las normas condicionales», en *Isonomía*, 23: 106-108, y ZULETA, 2005: «La fundamentación de las sentencias judiciales», en *Isonomía*, 23: 89-106. Una presentación extraordinariamente clara, simple y precisa de los problemas y paradojas de la representación de las normas condicionales se encuentra en BAYÓN, 1991: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 324-328, notas 112 a 114.

²⁸ VON WRIGHT, 1993: «A Pilgrim's Progress», en *The Tree of Knowledge*, (Leiden/New York: Brill, p. 108.

²⁹ La misma idea es repetida en VON WRIGHT, 1983: «Norms, Truth and Logic», en *Practical Reason. Philosophical Papers I*, Ithaca: Cornell University Press, p. 151; VON WRIGHT, 1983: «Proposizioni Normative Condizionali», en *Epistemologia VI*, pp. 191 y ss.; «On Conditional Obligations», en *Six Essays in Philosophical Logic*, Acta Philosophica Fennica 60, (Helsinki: Academic Bookstore, 1996). Es un hecho bien conocido que VON WRIGHT ha oscilado entre diferentes reconstrucciones de las normas condicionales y por ello, estas citas sólo tiene por propósito mostrar un argumento relevante antes que atribuir a este autor una concepción homogénea en este tema. Acerca de estos cambios, véase: VON WRIGHT, G. H., 1980: «Problems and Prospects of Deontic Logic», en AGAZZI: *Modern Logic. A Survey*, North-Holland: Reidel Publishing, pp. 411-413.

7. CONSECUENCIAS VACÍAS, NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS

Una consecuencia importante del rechazo de la naturaleza normativa de « $\neg p \rightarrow Oq$ » es el bloqueo de la inferencia (vacua) del ser al deber ser que defienden PIGDEN y RIVERA LÓPEZ. Probablemente, la confusión entre normas y proposiciones normativas provoca la ilusión de la derivación de normas a partir de hechos. Recordemos el ejemplo de RIVERA LÓPEZ. De la premisa fáctica « p » es posible derivar vacuamente la norma « $\neg p \rightarrow Oq$ », con ayuda de la introducción de la disyunción. Por consiguiente, hay tres enunciados en juego, que anteriormente hemos representado mediante los siguientes esquemas:

- 4) p
- 5) $p \vee Oq$
- 6) $\neg p \rightarrow Oq$

Según RIVERA LÓPEZ, (5) y (6) son sólo maneras diferentes de decir lo mismo. Así, el paso crucial para derivar (6) de (4) es la premisa intermedia (5). Esta premisa, o bien es una proposición, o bien es una norma. Analicemos la primera alternativa. Si (6) «dice lo mismo» que (5), entonces tanto (5) como (6) son proposiciones que tienen el mismo valor de verdad, y ello significa que la conclusión (6) es verdadera o falsa en las mismas circunstancias que (5). Pero, si (6) es verdadera o falsa, entonces esa conclusión no es una norma genuina sino, en el mejor de los casos, una proposición acerca de la existencia de una norma. Por consiguiente, no se habría obtenido una norma a partir de premisas fácticas. La segunda alternativa es que la premisa (5) sea una norma. En este caso, (5) carece de valor de verdad, y si se admite que «dice lo mismo» que la conclusión (6), entonces la conclusión es también una norma. Sin embargo, ya no sería posible inferir (5) de (4) porque la derivación exige que si (4) es verdadera, entonces, (5) también lo sea.

La misma estrategia puede emplearse frente al argumento de ALCHOURRÓN y BULYGIN. Para estos autores, de

- 1) $\neg p \rightarrow Oq \ \& \ Phq$, se sigue
- 2) p

Por esa razón, hay que aceptar:

- 3) $(\neg p \rightarrow Oq \ \& \ Phq) \rightarrow p$

María Inés PAZOS propone la siguiente demostración³⁰:

- | | | |
|----|---|-------------------------------|
| a) | $(x) (Px \rightarrow OSx) \ \& \ (x) (Px \rightarrow \neg OSx)$ | |
| b) | $(Pa \rightarrow OSa) \ \& \ (Pa \rightarrow \neg OSa)$ | [a, Instanciación universal] |
| c) | $Pa \supset (OSa \ \& \ \neg OSa)$ | [b, LP] |
| d) | $\neg (OSa \ \& \ \neg OSa)$ | [LP, LD] |
| e) | $\neg Pa$ | [c, d, <i>modus tollens</i>] |
| f) | $(x) \neg Pa$ | [Cuantificación universal] |

³⁰ PAZOS, 1995: 392.

Sin embargo, si $\langle \neg p \rightarrow Oq \rangle$ y $\langle \neg p \rightarrow PHq \rangle$ no son normas, entonces (1) $\neg p \rightarrow Oq$ & Phq tampoco es una norma. En otras palabras, la fórmula $\neg p \rightarrow Oq$ & Phq no es una norma condicional sino únicamente una proposición que señala bajo qué condiciones existen dos normas que imponen obligaciones incompatibles, entonces no hay un genuino paso desde normas a proposiciones fácticas.

Las dudas acerca de la naturaleza normativa de fórmulas que correlacionan casos con soluciones, *e.g.* (1) $\neg p \rightarrow Oq$ & Phq se intensifican cuando analizamos la negación de ese consecuente, es decir:

$$15) \quad \neg (Oq \ \& \ Phq)$$

En la demostración de María Inés PAZOS se asume que de un enunciado condicional y la negación de su consecuente, se deriva la negación del antecedente. En lógica proposicional, de la conjunción entre un enunciado condicional como $\langle (p \rightarrow q) \rangle$ y la negación de la proposición que figura en el consecuente, *i.e.* $\langle \neg q \rangle$ se sigue $\langle \neg p \rangle$. Ahora bien, es importante subrayar que la negación de la proposición que figura en el consecuente *también* es una proposición. Pero, la situación parece ser diferente con (1) y (15), que pretenden representar un razonamiento con *normas*. Supongamos que *toda* la fórmula (1) $\neg p \rightarrow Oq$ & Phq no es un «monstruo lógico» sino una conjunción de normas genuinas. ¿Cuál es la naturaleza del consecuente, *i.e.* Oq & Phq ? En el caso de una afirmación condicional de proposiciones, parece claro que la expresión condicional es una fórmula molecular que correlaciona proposiciones, pero en el caso de las normas ello es menos obvio. Si toda la fórmula condicional (1) es una norma, ¿su consecuente es, a su vez, también una norma? Si la respuesta es afirmativa, entonces, (1) sería una norma que contiene *otras* normas y no es claro que esto tenga sentido. Pero, si la respuesta es negativa, entonces (15) $\neg (Oq \ \& \ Phq)$ no sería ni una norma ni la negación de una norma. Otra alternativa es «confinar» las normas sólo al consecuente de (1). Pero ello implicaría descartar la naturaleza normativa de (1). Toda la fórmula no sería una norma sino únicamente su consecuente. Al no ser ya interpretada como una norma, (1) no puede servir como base para derivar proposiciones fácticas a partir de *normas*.

Finalmente, es oportuno señalar algunas dificultades filosóficas de la propuesta de PIGDEN. Su argumento se construye sobre dos ideas: la naturaleza conservadora de la lógica y la división del universo de las consecuencias lógicas de una expresión en «vacías» y «novedosas» («no vacías»). Sin embargo, no resulta clara la razón por la cuál una expresión normativa vacía puede derivarse de premisas fácticas y, en cambio, la derivación de expresiones novedosas viola la naturaleza conservadora de la inferencia. Sólo si las expresiones vacías, a diferencia de las novedosas, ya estuviesen contenidas en las premisas de la inferencia la solución tendría éxito. Pero, no parece fácil mostrar por qué la expresión vacía $\langle \neg p \rightarrow Oq \rangle$ ya está contenida en la expresión $\langle p \rangle$ y, en cambio, la expresión no vacía $\langle Oq \rangle$ no está también implícita en $\langle p \rangle$. Por supuesto, no puede defenderse la distinción repitiendo que $\langle \neg p \rightarrow Oq \rangle$ se deriva de $\langle p \rangle$ mientras que $\langle Oq \rangle$ no se infiere de $\langle p \rangle$. Esto es precisamente lo que hay que probar.

Por consiguiente, aquí surge un dilema: o bien se mantiene la naturaleza conservadora de la lógica pero entonces no se puede admitir como consecuencia válida de una

premisa fáctica a las expresiones normativas con independencia de su carácter vacío o novedoso, o bien se abandona la naturaleza conservadora de la inferencia lógica, pero entonces tiene que admitirse como consecuencias válidas tanto a las expresiones normativas vacías como a las novedosas. Tal vez, el argumento de PIGDEN intenta únicamente subrayar que la inferencia no vacía es conservadora, pero esta restricción tampoco es útil sin especificaciones adicionales importantes. El contenido conceptual de una proposición (premisa) se muestra mediante el despliegue de sus consecuencias lógicas. De allí que no es posible determinar que «dice» una premisa sin identificar esas consecuencias. Por consiguiente, no podemos señalar que la lógica es conservadora y que ello es la razón por la que hay que rechazar los contenidos novedosos de las conclusiones. Más bien, no hay un criterio independiente de las reglas de la lógica para determinar si un contenido proposicional es novedoso respecto de un cierto conjunto de premisas.

8. CONCLUSIONES

Es usual distinguir en la lógica deóntica contemporánea entre dos concepciones de las normas condicionales: la concepción puente, que correlaciona casos con soluciones normativa, *e.g.* $p \rightarrow Oq$ y la concepción insular que encapsula un condicional en el alcance de un operador normativo, *e.g.* $O(p \rightarrow q)$. Las conclusiones de este trabajo pretenden mostrar algunas consecuencias contraintuitivas que se siguen de la concepción puente. En particular, el papel que estas fórmulas juegan en la derivación de conclusiones normativas a partir de premisas fácticas. En otras palabras, debido a su naturaleza híbrida de norma y proposición, ligada mediante conectivas lógicas clásicas (*i.e.* definidas en términos veritativo-funcionales y permitiendo su interdefinición recíproca), la concepción puente construye una pasarela demasiado amplia, que permite obtener no sólo conclusiones normativas sino también conclusiones sorprendentes, *e.g.* la equivalencia material entre mundos proposicionales contingentes y mundos deónticamente incoherentes.

La aceptación o rechazo de la concepción puente no puede evaluarse sólo a la luz de este problema. Es necesario integrar en el escenario conceptual otro tipo de elementos estrechamente vinculados a este horizonte de problemas, *e.g.* la noción de contradicción entre normas, la distinción entre obligar categóricamente bajo ciertas condiciones y obligar a una conducta condicional, etc. No creo que haya un único modelo de normas condicionales apto para dar cuenta de todas nuestras intuiciones relevantes y que, al mismo tiempo, no produzca paradojas. En este sentido, las dificultades de la concepción puente no son necesariamente una confirmación indirecta de la plausibilidad de la concepción insular. Por ejemplo, en tanto que la concepción insular no admite una forma canónica de *modus ponens* habrá serias dudas sobre su naturaleza condicional. Así, una norma como « $O(p \rightarrow q)$ » podría ser analizada en términos de lo que los juristas consideran obligaciones alternativas, *i.e.* « $O(\neg p \vee q)$ »³¹.

El problema de las normas condicionales aún permanece abierto y ello no se debe tanto a nuestro escaso refinamiento técnico o un subdesarrollo de la tecnología de la

³¹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 216.

inferencia en el ámbito de las normas. Más bien, las dificultades se originan en que aún no tenemos claro qué cosas cuentan como buenos fundamentos de nuestras afirmaciones en materia de normas condicionales y, en palabras de VON WRIGHT, ello muestra que nuestro dominio de esos conceptos aún es incompleto: las expresiones condicionales aún están en «búsqueda de significado»³².

³² VON WRIGHT: *The Varieties of Goodness*, Londres: Routledge & Kegan Paul, p. 5.



SIGNIFICADO LITERAL: UNA NOCIÓN PROBLEMÁTICA*

Francesca Poggi

Universidad de Milán

RESUMEN. En este trabajo la autora examina y critica diversos usos de «significado literal» difundidos en el ámbito jurídico. Después propone una noción alternativa que otorga relevancia al rol desempeñado por el contexto en la determinación del significado. En la última parte del trabajo, esta noción de significado literal es comparada con la subyacente al art. 3 del Código Civil Español.

Palabras clave: significado literal; interpretación jurídica; contexto; art. 3 del Cod. Civ. español.

ABSTRACT. In this essay, the author inquires into and criticizes several notions of the expression «literal meaning» employed by jurists. In consequence of this analysis, she suggests a different notion, aimed to stress the relevance of the context in fixing the meaning of sentences. At the end, the proposed notion is compared with the one codified by the art. 3 of the Spanish civil code.

Keywords: literal meaning; legal interpretation; context; art. 3 Cod. Civ. español.

* Este ensayo constituye la reelaboración de una lección, dirigida a estudiantes, dictada los días 8 y 11 de enero de 2007, en la Universitat de Girona, y de un seminario realizado el 12 de enero de 2007 en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Quiero agradecer a todos los participantes de este seminario por sus observaciones, y, en particular, a Jordi FERRER BELTRÁN, José Juan MORESO y Giovanni Battista RATTI tanto por haberme invitado a presentar estas ideas, como por sus agudos comentarios. Quiero agradecer también a Hernán BOUVIER y Federico José ARENA la ayuda prestada en la traducción de este texto al español.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito jurídico se habla muchas veces del significado literal de las palabras o de los enunciados: así, se estima que el art. 3 del Código Civil español, al establecer que las normas se deben interpretar (también) «según el sentido propio de sus palabras» impone el criterio de la interpretación literal (o criterio literal). En este trabajo me propongo básicamente cuestionar esta noción. Empezaré por distinguir distintos usos y, en particular, distintos usos jurídicos, de «significado literal» (§ 1), aislando la noción que parece más plausible. Después analizaré algunos problemas relativos a esta noción destacados por la filosofía del lenguaje (§ 3) y propondré una concepción alternativa de «significado literal» (§ 4). Al final, volveré a la interpretación jurídica y al citado art. 3 del Código Civil (§ 5).

2. DISTINTOS SENTIDOS DE «SIGNIFICADO LITERAL»

Ante todo, la expresión «significado literal» y la expresión «interpretación literal», con ella conectada, parecen tener sentidos distintos según se refieran a palabras o a enunciados (disposiciones normativas)¹: podemos, así, distinguir el significado (y la interpretación) literal de las palabras y el significado (y la interpretación) literal de los enunciados.

2.1. Distintos sentidos de «significado literal» de las palabras

El art. 3 del Código Civil español, como se ha dicho, habla de «sentido propio» de las palabras: un primer problema es que por «sentido propio» de las palabras puede entenderse el sentido común, el sentido que las palabras tienen en el lenguaje cotidiano, o su sentido técnico. Al respecto, podemos distinguir tres tipos de palabras, de términos, presentes en el lenguaje jurídico².

1) Palabras, vocablos, de uso común, que no pertenecen a ningún lenguaje científico o técnico, como por ejemplo la palabra «silla».

2) Palabras, vocablos, técnicos que no se encuentran en el discurso cotidiano, que no son usados en el lenguaje corriente, y son empleados sólo en el lenguaje de una cierta ciencia o técnica. Así, por ejemplo, la palabra «coseno» es un vocablo técnico de la trigonometría y la palabra «prelación» es un vocablo técnico del Derecho.

3) Palabras que aparecen, con sentidos distintos, en el lenguaje común y en el lenguaje especializado de alguna ciencia o técnica. Por ejemplo, las palabras «posesión» y «repetir» se encuentran, con diferentes sentidos, tanto en el lenguaje común como en el lenguaje jurídico.

Este último grupo constituye el más numeroso y el que presenta más problemas. Cuando una palabra utilizada en el lenguaje del Derecho, en los documentos normati-

¹ Véase DICIOTTI, 1999: 341 y ss.

² Una distinción semejante pero no idéntica se encuentra en TARELLO, 1980: 108 y ss. Sobre este tema *cf.* también SORIANO, 1993: 166 y ss.

vos, pertenece al lenguaje común y al lenguaje técnico-jurídico, y tiene sentidos distintos en estos dos ámbitos, ¿cual es su «sentido propio»? ¿Como tenemos que entenderla? A este respecto, podemos distinguir dos casos.

3.a) El caso de palabras del lenguaje cotidiano que están también definidas en los documentos normativos (en la ley, entendida en sentido amplio). Por ejemplo, la palabra «ausencia» es de uso común, pero tiene un particular significado jurídico, definido por el art. 183 del Código Civil.

En este caso se podría argumentar que estas palabras deben ser entendidas siempre en su significado técnico-jurídico, según el significado establecido por la definición normativa, legislativa, puesto que esta definición expresa una norma vinculante. Sin embargo, contra este argumento se puede objetar que no siempre los autores de los documentos normativos actúan conforme a la regla de la constancia terminológica: no siempre los legisladores emplean las mismas palabras en el mismo sentido, tampoco cuando este sentido es fijado por una norma jurídica. La presunción de constancia terminológica es débil sobre todo cuando: a) su aplicación daría lugar a resultados ilógicos³; b) la palabra en cuestión está definida por un documento normativo de grado inferior respecto a otro documento normativo en el que se utiliza la misma palabra: por ejemplo, si una palabra definida por la ley es empleada también en la Constitución, se podría sostener que la definición legislativa no es vinculante respecto a la interpretación constitucional; c) la palabra en cuestión está definida por un documento normativo posterior a otro documento normativo en el que se usa la misma palabra (en este caso se podría argumentar que en el documento anterior la palabra debe ser entendida en su significado ordinario, puesto que la definición normativa es sucesiva).

3.b) El segundo caso se refiere a palabras que tienen un sentido ordinario y también un sentido técnico-jurídico, pero no están definidas en los documentos normativos, sino en las obras dogmáticas de los juristas y/o en las sentencias de los jueces. Por ejemplo, la palabra «daño» es empleada en distintos sentidos en el lenguaje cotidiano y en el Derecho, en particular en el art. 1.902 del Código Civil («El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»). El Derecho sin embargo no define este concepto, son los juristas quienes lo hacen. Pero las definiciones de los juristas y de los jueces no son vinculantes y en el futuro siempre podrán cambiar⁴.

Un segundo problema consiste en que por «significado literal de una palabra», entendido ya como «significado común», ya como «significado técnico-jurídico», puede entenderse por lo menos dos cosas distintas⁵.

³ Véase TARELLO, 1980: 111-122.

⁴ En general, hay dos teorías sobre la relación entre lenguaje cotidiano y lenguaje jurídico. Según una primera teoría si el Derecho no define explícitamente los términos que emplea, estos términos tienen que ser entendidos en sus significado común, en el significado que tienen en el lenguaje cotidiano. Esta teoría distingue claramente el derecho de otros idiomas: el Derecho no es una lengua (como el español, el italiano, el inglés) sino es un lenguaje formulado en un idioma, empleando palabras de una lengua dada, y estas palabras debe ser entendida en el sentido que tienen en aquel idioma. Según la teoría opuesta, en cambio, en el Derecho vale un principio de incorporación: para tecnificar una palabra, no es necesario que el Derecho la defina explícitamente, siendo suficiente que la use en una disposición jurídica. El Derecho sería así un sistema discursivo cerrado y autosuficiente, muy parecido a un idioma. Sobre este punto véase JORI y PINTORE, 1995: 10-11.

⁵ Cfr. DICIOTTI, 1999: 341 y ss.

1) En primer lugar, se puede entender el significado que una palabra tiene según las reglas semánticas del idioma al que pertenece. En este sentido son significados literales de las palabras los indicados en los diccionarios. Si adoptamos esta acepción de significado literal, cabe observar que muchas, la mayoría, de las palabras tienen no uno, sino múltiples significados literales. En efecto muchas palabras son ambiguas o, mejor dicho, sufren de polisemia. Así, por ejemplo, en español la palabra «fiador» significa literalmente «garante (quien otorga fianza)», «pasador (de una puerta)», «seguro (de una escopeta, etc.)». Y «seguro» significa «sin peligro», «cierto», «aseguración».

2) En segundo lugar, por «significado literal de una palabra» se puede entender el significado que una palabra tiene, no aisladamente, sino en el contexto del enunciado en que aparece según las reglas semánticas y sintácticas de la lengua a la que pertenecen la palabra sea el enunciado. En este sentido, se puede decir, por ejemplo, que la palabra «fiador» en el enunciado «El fusil no dispara porque usted no ha sacado el fiador» significa literalmente «seguro». Y también se puede decir que «seguro» en el enunciado «Estoy pensando hacer un seguro de vida en favor de mi marido» significa literalmente «aseguración».

La consideración del enunciado en que aparecen puede, por lo tanto, contribuir a aclarar el significado de las palabras: una palabra que, aisladamente, es ambigua, polisémica, es decir, que tiene más de un sentido, puede tener un único significado claro cuando es considerada en el contexto de un enunciado. Entre el enunciado y las palabras que lo componen hay una relación no unidireccional, sino bidireccional (o, si se quiere, circular): el significado del enunciado es determinado por el sentido de las palabras que lo componen (tomando en cuenta las reglas sintácticas de la lengua y la posición de cada palabra en el enunciado), pero también el significado global del enunciado determina, aclara, el significado de las palabras que lo componen. Siendo así, no es totalmente correcto decir que el significado propio de las palabras determina el significado literal del enunciado al que pertenecen, puesto que el mismo significado total del enunciado contribuye a fijar el significado literal de las palabras que lo componen, cuando estas palabras tienen más de un significado literal.

2.2. Distintos sentidos de «significado literal» de los enunciados

Muchos autores han observado que los juristas usan la expresión «significado literal de los enunciados», por lo menos, en seis sentidos distintos⁶.

⁶ Para sentidos ulteriores *cfr.*, p. ej., VERNENGO, 1971; LUZZATI, 1999: 208 y ss.; CHIASSONI, 2000; GUASTINI, 2004: 144 y ss. VERNENGO (1971) destaca cinco sentidos de «significado literal», uno de los señalados en el texto (n.º 3) más los siguientes: significado resultante de la suma de los significados de las palabras componentes, significado expresado por un enunciado sinónimo, significado expresado por medio de una paráfrasis y significado indicado de manera ostensiva. LUZZATI, 1999 distingue, además de dos de los sentidos analizados (n.ºs 1 y 5), el significado literal como significado acontextual, como significado no-técnico y como significado determinado por los usos jurídicos consolidados. GUASTINI, 2004 enumera cinco sentidos: tres de los seis expuestos en el texto (n.ºs 1, 3 y 4) más el sentido de significado literal como significado a-contextual y el sentido de significado literal como norma expresada, no implícita. En fin, CHIASSONI, 2000 distingue, además de los seis sentidos analizados en el texto, el significado literal como significado gramatical-correctivo y como significado restrictivo.

1. En un primer sentido, por «significado literal» se entiende el significado *prima facie* de un enunciado: es decir, el significado que se comprende inmediatamente, al instante, por pura intuición lingüística. En este sentido el significado literal de un enunciado se opone al significado oculto del mismo enunciado, es decir, se contrapone a su significado no inmediato, al significado encontrado después de una reflexión.

Creo que no es muy difícil objetar esta noción de significado literal. Por ejemplo, ¿que entendemos inmediatamente, de manera irreflexiva, si leemos «No es tan feo el león como lo pintan»?

Cuando se lee «No es tan feo el león como lo pintan» lo que se entiende de manera irreflexiva es que algo no es tan malo como se cree (o como aparenta) —y no que el león no es tan feo como está pintado—. En este caso lo que se comprende inmediatamente no es el significado literal, sino metafórico. Es decir, algunas veces también el significado metafórico es comprendido de manera automática e irreflexiva: esto ocurre cuando se trata de metáforas muy difundidas en el uso corriente y, por lo tanto, bien conocidas. Por esta razón creo que no es posible contraponer el significado literal al significado no-literal afirmando que el primero es inmediato y el segundo no, ni, por lo tanto, es posible caracterizar el significado literal como significado irreflexivo.

En realidad, cuando los juristas hablan de significado literal como significado *prima facie*, inmediato, pretenden oponerlo, no tanto a los significados metafóricos, sino más bien a diferentes tipos de significado no-literal, como, por ejemplo, el significado que corresponde a la intención del legislador o al espíritu y finalidad de la norma. A diferencia del discurso cotidiano y de otros tipos de documentos —la Biblia, por ejemplo— las disposiciones normativas no tienen ningún significado metafórico: a los juristas estos tipos de significado no les interesan. Siendo así, se podría sostener que el hecho de ser inmediato, irreflexivo, vale para distinguir el significado literal de otros tipos de significados jurídicamente relevantes y que es ésta la distinción que interesa a los juristas y no ciertamente la distinción entre significado literal y significado metafórico.

Contra esta última tesis se puede replicar que: i) en primer lugar, sea como sea, el hecho de ser inmediato no es una característica definitoria del significado literal (puesto que también los significados metafóricos pueden ser intuitivos de manera irreflexiva): no todos los significados inmediatos son literales; y ii) en segundo lugar, no todos los significados literales son inmediatos, son entendidos de manera irreflexiva. Esta afirmación parece verdadera sobre todo si tomamos en cuenta los enunciados normativos donde aparecen términos técnico-jurídicos. Por ejemplo, ¿cuál es el significado inmediato del art. 1.143.1 del Código Civil, «La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1.146»? Mientras no se sepa lo que significan palabras como «novación», «compensación», «confusión», «remisión», «acreedores y deudores solidarios», y mientras no conozcamos las condiciones de validez de estos negocios y lo que dispone el art. 1.146, es difícil comprender el sentido de esta disposición. Cualquiera que sea la noción de significado literal o bien se asume que el artículo citado no tiene ningún significado literal o bien se admite que el significado literal no es necesariamente inmediato.

2. En un segundo sentido, conectado con el primero, por «significado literal» se entiende el significado aparente de un enunciado. En este sentido el significado literal

de un enunciado es opuesto al significado verdadero, correcto y profundo del mismo enunciado.

No es difícil ver que este segundo sentido equivale al primero: el significado literal, como significado aparente, equivale al significado literal como significado *prima facie*, inmediato. Pero cuando se denomina este significado «aparente» lo que se hace es connotarlo negativamente: decir que éste no es el verdadero significado de un enunciado, que no es el significado correcto, que se requiere mayor reflexión para encontrar el verdadero significado del enunciado.

Prescindiendo de esta connotación negativa, esta segunda noción equivale a la primera y, por lo tanto, contra esta noción valen las objeciones antes consideradas: no siempre el significado literal es aparente y no siempre el significado aparente es literal. Si consideramos también la connotación negativa podemos formular algunas críticas más: ¿por qué este significado sería aparente? ¿Por qué no sería el significado correcto? Si no se pretende sostener que el significado literal no es nunca el significado correcto (tesis que parece implausible y también contraria a lo que prescribe el art. 3 del Código Civil) lo que se quiere afirmar es que en un caso dado, respecto a un enunciado particular, el significado literal no es correcto (y no que este significado no es correcto en general). Pero entonces se necesita argumentar más a favor de esta conclusión: es necesario proporcionar argumentos para afirmar que, en un caso dado, respecto a un enunciado particular, el significado literal no es el significado correcto. Estos argumentos sin embargo no forman parte, no están incluidos en la definición de significado literal, sino que la presuponen: es preciso haber identificado antes el significado literal de un enunciado dado para sostener que aquel significado es incorrecto.

3. En un tercer sentido, por «significado literal» de un enunciado se entiende el significado expresado por un enunciado idéntico, un enunciado exactamente iterativo, que repite exactamente las mismas palabras, del enunciado que se interpreta. Así, se dice que el significado literal del art. 3 del Código Civil español («Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas») es «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

Esta noción, al ser trivial, carece de fuerza explicativa: no aclara qué es el significado literal y, por tanto, no constituye un instrumento teórico útil⁷.

4. En un cuarto sentido por «significado literal» de un enunciado se entiende el significado no-correctivo: el significado que no amplía ni reduce el significado de un enunciado, de una disposición normativa. En este sentido el significado literal de un enunciado se opone al significado correctivo, y la interpretación literal se opone a la interpretación extensiva y a la interpretación restrictiva. Esta acepción de significado literal no es incorrecta, pero no me parece plenamente satisfactoria. Se puede concordar que el significado literal es el significado no-correctivo, pero ¿qué es el significado no-

⁷ En cambio esta noción parece útil para analizar, no el concepto de significado literal, sino los enunciados de los dógmaticos: *cf.* SCARPELLI, 1967; GUASTINI, 1993: 195.

correctivo? Claramente es el significado literal: pero, si es así, esta definición es circular. Dicho de otra manera: para saber si una interpretación amplía o no amplía, reduce o no reduce, el significado de una disposición tenemos que haber identificado este significado previamente. Tal vez podemos afirmar que esta acepción es incompleta y tiene que ser completada: en efecto, como veremos cuando tratemos el último sentido de «significado literal», completarla es factible.

5. En un quinto sentido, por «significado literal» de un enunciado se entiende el significado que es obtenido empleando el argumento *a contrario*. Al respecto, hay dos usos, dos tipos, de argumento *a contrario*: el argumento *a contrario* interpretativo y el argumento *a contrario* creativo⁸. Tomemos como ejemplo una disposición normativa que establezca

Todos los ciudadanos tienen derecho al voto

El argumento *a contrario* interpretativo permite concluir que esta disposición no se aplica a los que no son ciudadanos, que en base a esta disposición sólo los ciudadanos tienen derecho de voto y no se puede concluir nada acerca de los no ciudadanos. En cambio, el argumento *a contrario* creativo, permite concluir que, en base a esta disposición, sólo los ciudadanos tienen derecho de voto y lo no ciudadanos no tienen derecho de voto: el derecho de voto está excluido para los que no son ciudadanos. Pues bien, cuando se afirma que el significado literal de un enunciado es el significado que es obtenido empleando el argumento *a contrario*, se piensa en el argumento *a contrario* interpretativo.

Creo que también esta noción, aunque no sea incorrecta, es incompleta. Para comprenderlo es suficiente ver cómo funciona el argumento *a contrario* interpretativo. ¿Por qué, de acuerdo con este argumento, tomando en cuenta la disposición «Todos los ciudadanos tienen derecho al voto» no se puede concluir que también los extranjeros tienen derecho de voto? Claramente porque los extranjeros no están incluidos en la referencia de la palabra «ciudadanos». El argumento *a contrario* interpretativo (y también el creativo) se funda sobre el sentido de las palabras: con este argumento se excluye que a las palabras se les pueda atribuir un sentido más amplio o más estricto del que tienen en el lenguaje ordinario o, según las distintas teorías, en el lenguaje técnico-jurídico. Pero, si es así, el argumento interpretativo *a contrario* no es un argumento autónomo, sino que presupone la sexta acepción de significado literal.

6. Por último, por «significado literal» de un enunciado se entiende significado semántico-gramatical de un enunciado, es decir el significado determinado sólo en base a las reglas semánticas y sintácticas del idioma, al significado de las palabras y a la conexión sintáctica, gramatical, de las mismas. Esta noción de significado literal parece la más plausible, y, también, puede ser empleada para completar el cuarto y el quinto sentido de significado literal. Ya hemos visto cómo el sentido de significado literal como significado obtenido empleando el argumento *a contrario* interpretativo presupone el significado semántico-gramatical: el argumento *a contrario* interpretativo consiste en sostener que se debe respetar el significado semántico-gramatical. Por la misma razón el significado literal entendido como significado semántico-gramatical es el significado no correc-

⁸ Sobre este tema *cf.* GUASTINI, 1996: 175 y ss.; CHIASSONI, 1999: 295 y ss.; POGGI, 2004: 67 y ss.

tivo de un enunciado, es decir el significado que no amplía, ni reduce, sino que corresponde al significado establecido por las reglas semánticas y sintácticas del idioma⁹.

Analizaremos en detalle algunas objeciones que se alzan contra esta acepción de significado literal por parte de la filosofía del lenguaje. Pero antes de esto es necesario introducir la distinción entre enunciado y enunciación.

3. ENUNCIADOS VS. ENUNCIACIONES

Por «enunciado» (*sentence*) se entiende una expresión lingüística (formulada en un idioma dado) de forma gramatical perfecta, completa. Por «enunciación» (*utterance*) se entiende la ocurrencia delimitada desde el enfoque espaciotemporal de un enunciado. Un enunciado es un *type*, un tipo, una enunciación es un *token*, una ocurrencia de aquel tipo¹⁰.

En realidad, la palabra «enunciación» presenta una ambigüedad proceso-producto: puede designar el acto lingüístico, el acto de habla (y en este sentido el proceso), de decir algo, o el producto, el resultado, de este acto, es decir lo que se dice. En este contexto por «enunciación» entenderemos el producto, lo que se dice, la ocurrencia espaciotemporalmente determinada de un enunciado. Un enunciado, así entendido, es entonces una entidad abstracta, conceptual, y puede ser definido como la clase que incluye todas su enunciaciones.

4. CONTRA LA NOCIÓN DE SIGNIFICADO LITERAL DE LOS ENUNCIADOS

Siendo el enunciado un tipo, una entidad abstracta, una clase, el significado literal de un enunciado tiene que ser un significado totalmente acontextual: un significado determinado sólo por las reglas semánticas y sintácticas del idioma, sin tener en cuenta el contexto. En palabras de SEARLE:

«the meaning of a sentence is the meaning that it has independently of any context whatever —the meaning it has in the so-called “null context”»¹¹; «According to the tradition since Frege, the literal meaning of a sentence is entirely determined by the meanings of its parts and their syntactical combination in the sentence»¹². O dicho con ARIEL: «According to the classical definition linguistic meaning is direct, grammatically specified, sentential, necessary, and context free»¹³.

Muchos autores, sobre todo filósofos del lenguaje, han sostenido que no tiene sentido hablar de un significado totalmente acontextual: han sostenido que (si no siempre, por lo menos en la mayoría de los casos) sin hacer referencia al contexto un enunciado

⁹ Nótese que esta noción toma en cuenta el hecho que el significado total del enunciado contribuye a fijar el significado literal de las palabras que lo componen: en efecto, según esta acepción el significado literal es determinado no sólo por el sentido semántico de las palabras, sino también teniendo en cuenta la sintaxis, la posición de cada palabra en el enunciado. Sin embargo, esta noción no resuelve el problema de determinar si las palabras deben ser tomadas en su sentido ordinario o en su sentido técnico-jurídico.

¹⁰ Cfr. TARELLO, 1974: 142 y ss.; GUASTINI, 1984: 36.

¹¹ SEARLE, 1980: 221.

¹² SEARLE, 1980: 223.

¹³ ARIEL, 2002: 362.

tiene un significado indeterminado. Y esto por muchas razones, entre las cuales podemos mencionar:

- a) la presencia de anáforas;
 - b) la presencia de indexicales (*indexicals*);
 - c) los fenómenos de ambigüedad;
 - d) los problemas de individuación de la función lingüística;
 - e) la falta de exhaustividad;
 - f) la subdeterminación del significado literal por las reglas semánticas y sintácticas.
- a) En filosofía del lenguaje por «anáfora» se entiende una expresión que toma su significado y su referencia de otra expresión antecedente¹⁴. Tomemos un ejemplo.

Juan trabaja en mi despacho. *Él* es profesor de Filosofía del Derecho.

El pronombre personal «*Él*» es una expresión anafórica: el significado o, mejor dicho, la referencia de «*Él*» (el hecho que «*Él*» se refiera a «Juan»), está fijada por la enunciación antecedente. En cambio, si tenemos en cuenta sólo el enunciado «*Él* es profesor de Filosofía del Derecho» y consideramos este enunciado de manera acontextual ¿cómo podemos saber a quien se refiere el pronombre «*Él*»? y, por lo tanto, ¿cómo podemos saber si este enunciado expresa una proposición verdadera o falsa? Claramente, sin tener en cuenta el contexto, no puedo responder a estas preguntas. El contexto relevante para fijar la referencia de las expresiones anafóricas es lo que se llama co-texto. El co-texto es el discurso, la secuencia de enunciados en la que aparece un enunciado dado, el conjunto de los enunciados antecedentes.

Nótese que este fenómeno es muy relevante también en la interpretación jurídica. Consideremos por ejemplo el apartado II del art. 1.882 del Código Civil

Lo está asimismo a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación.

Según HERNÁNDEZ MARÍN¹⁵ el significado literal de esta disposición sería:

Cierta entidad indeterminada está ¿dispuesta?/¿obligada?/¿habituada?/¿condenada?/, etc., a hacer todos los gastos necesarios para la conservación y reparación de algo (probablemente, algún objeto material).

Esta tesis de HERNÁNDEZ MARÍN puede parecer paradójica, pero parece así sólo porque cuando interpretamos las disposiciones normativas siempre consideramos también el co-texto, y nunca hacemos una interpretación totalmente acontextual. Sin embargo, si afirmamos que el significado literal de un enunciado es determinado solo por las reglas semánticas y sintácticas del idioma, sin tener en cuenta ningún elemento contextual, la interpretación de HERNÁNDEZ MARÍN parece correcta.

b) Un problema parecido se pone con las expresiones indexicales (*indexicals*), con expresiones como «yo», «tú», «aquí», «allá», «hoy», «ayer», etc. El sentido de un enunciado como

Jordi está aquí

¹⁴ La anáfora (del griego *αναφορά*) es también una figura retórica que consiste en la repetición de las primeras palabras de un verso en los versos siguientes.

¹⁵ Véase HERNÁNDEZ MARÍN, 1999: 44 y ss.

varía mucho según quien lo profiera y dónde: las reglas semánticas subdeterminan el sentido de este enunciado¹⁶.

c) Otras objeciones a la posibilidad de individualizar el sentido de un enunciado sin tener en cuenta elementos contextuales están conectadas con el problema de la ambigüedad. Un enunciado ambiguo tiene más de un significado literal. Por ejemplo los enunciados en que se emplean estructuras posesivas siempre son ambiguos (en español, como en italiano, como en inglés). Así

Estoy leyendo el libro de Giovanni

puede significar «Estoy leyendo el libro escrito por Giovanni» o «Estoy leyendo el libro de propiedad de Giovanni» o «Estoy leyendo el libro que me regaló Giovanni».

d) Como es bien sabido, a nivel sintáctico no es posible distinguir entre normas y proposiciones. Así el enunciado

Todos deben pagar los impuestos

puede expresar una norma (y esto ocurre por ejemplo si este enunciado forma parte de una ley) o una proposición (por ejemplo cuando este enunciado es proferido por un estudiante de Derecho, durante un examen universitario). Considerado por sí mismo, este enunciado no expresa ni una norma ni una proposición, o, si se prefiere, expresa sea una norma sea una proposición alternativamente. Hay aquí un fenómeno que se parece a la ambigüedad, a un tipo de ambigüedad no solo semántica, sino también pragmática.

e) Muchos enunciados, considerados por sí mismos, sufren de falta de exhaustividad y pueden ser completados sólo teniendo en cuenta el contexto en que son formulados. Consideremos por ejemplo estos enunciados:

No morirás

Llegaré tarde

Bien, se puede afirmar, y muchos autores han afirmado, que el sentido literal de «No morirás» es «No morirás nunca» (es decir, eres inmortal) y el significado literal de «Llegaré tarde» es «Llegaré tarde en un cualquier momento futuro» (también dentro de treinta años). Muchas veces sin embargo cuando decimos «No morirás» o «Llegaré tar-

¹⁶ Según muchos autores los indexicales no constituyen un problema, tampoco para quien quiera adherirse a la concepción tradicional del significado literal de los enunciados. Respecto a los indexicales el factor, el elemento, contextual relevante está fijado por el sentido semántico del término: así, por ejemplo, el significado de «aquí» es que «aquí» se refiere al lugar donde es proferido. Los problemas surgen cuando este enfoque es generalizado, extendido, a todos los casos de dependencia contextual, como querría la corriente conocida como *Indexicalism* (o *Hidden Indexicalism*). En las palabras de BACH (2006, p. 2) «*According to this view, influential in some circles, sentences whose semantic contents appear not to be fullfledged propositions actually contain hidden indexicals (or implicit, bindable variables), whose interpretations relative to a given context of utterance yield propositional contents after all. On this view, the semantic contents of such sentences vary with context, but they're still propositional —provided the hidden indexical acquires a reference (or the variable is assigned a value or is bound)—*». Es decir, muchas de nuestras expresiones lingüísticas serían indexicales: en sus representaciones semánticas se esconderían variables que el contexto tendría que fijar. El mayor problema consiste en el hecho de que, aunque contra las pretensiones de sus partidarios, este enfoque reduce el significado literal de los enunciados a una forma lógica, a una secuencia de variables que, por sí misma, no expresa ningún significado, ninguna representación semántica: *cf.* LEVINSON, 2000: 245 y ss.; RECANATI, 2004: 86 y ss.

de» queremos decir otras cosas: por ejemplo que no morirás ahora, por esta pequeña herida o que llegaré tarde hoy (y no en los próximos treinta años). Pero entonces ¿son estos sentidos literales o no? En otras palabras, si el significado literal de «No morirás» es «No morirás nunca» entonces cuando digo «No morirás» entendiéndolo «No morirás ahora» no estoy usando este enunciado en su significado literal. Sin embargo, esta conclusión no parece muy plausible: no parece plausible afirmar que quien diga «Llegaré tarde» entendiéndolo «Llegaré tarde esta tarde» se exprese de manera no literal, sino, por ejemplo, metafórica¹⁷. A este respecto muchos autores han sostenido que enunciados como «No morirás» y «Llegaré tarde» no son completos, no significan ni «No morirás nunca» (o «Llegaré tarde en un cualquier momento del futuro») ni «No morirás ahora» (o «Llegaré tarde esta tarde») o, mejor dicho, que pueden significar las dos cosas. Tenemos aquí otro caso de ambigüedad conectado con la falta de exhaustividad: estos enunciados son ambiguos porque no son completos, porque no especifican si no morirás ahora o no morirás nunca, si llegaré tarde esta tarde o si llegaré tarde en cualquier momento futuro. Y el de la falta de exhaustividad es otro problema de los enunciados que se puede solucionar teniendo en cuenta el contexto.

f) Los ataques más fuertes contra la noción de significado literal de un enunciado son lanzados por el enfoque conocido como *Radical Contextualism*, y, en particular por SEARLE y TRAVIS¹⁸. Hablaré muy rápidamente de la teoría de SEARLE. Esta teoría es muy controvertida y creo que algunas objeciones contra ella son correctas, que muchos ejemplos de SEARLE no son apropiados y, en particular, que SEARLE tiene una tendencia a confundir el significado literal de los enunciados con el significado de las enunciaciones típicas de ellos¹⁹. Pero pienso también que en esta teoría hay un núcleo de verdad que yo comparto.

En *The Background of Meaning*, SEARLE examina los siguientes enunciados:

Bill cut the grass
The barber cut Tom's hair
Sally cut the cake

...

El verbo «cut» es empleado en sentido literal en estos enunciados, pero, según SEARLE

«“cut” does not make the same contribution [to the truth-conditions of each sentence], what constitutes satisfying the truth condition of “cut” is different in each case» (p. 223). «The sort of things that constitutes cutting the grass is quite different form, e.g., the sort of thing that constitutes cutting a cake» (p. 223).

Así sería extraño alguien que corta la hierba con el cuchillo o los pelos con la cortadora de setos.

Según SEARLE, esto se explica porque

«as members of our culture we bring to bear on the literal utterance and understanding of a sentence a whole background of information about how nature works and how our culture

¹⁷ Cfr. RECANATI, 2004: 8 y ss.

¹⁸ Cfr. SEARLE, 1979; SEARLE, 1980; SEARLE, 1992; TRAVIS, 1975; TRAVIS, 1981; TRAVIS, 1997.

¹⁹ Cfr. DICIOTTI, 1999, nota 79, p. 353.

works. A background of practices, institutions, facts of nature, regularities, and ways of doing things are assumed by speakers and hearers when one of these sentences is uttered or understood» (pp. 226-227).

Nosotros comprendemos el enunciado «*He cut the grass*» de manera distinta respecto al enunciado «*He cut the cake*» no porque «*cut*» tenga distintos sentidos semánticos, sino porque sabemos qué es la hierba, qué es una tarta y cómo se cortan las dos.

La tesis de SEARLE quiere ser una objeción al principio fregeano de composicionalidad, que afirma que el significado de un enunciado es una función del significado de sus componentes. Según Searle este principio no puede determinar el sentido de los enunciados (y las condiciones de verdad de las proposiciones o las condiciones de eficacia de las normas)²⁰ por sí mismo, es decir sin tener en cuenta un *background*, un fondo de asunciones compartidas. Más, este fondo, según SEARLE, no forma y no puede formar parte del contenido semántico de los enunciados: porque i) la lista de nuestras asunciones es siempre abierta, y ii) para explicar nuestras asunciones tenemos que emplear enunciados que, a su vez, tienen sentido sólo respecto a otros conjuntos de asunciones y así sucesivamente.

Creo que aquí reside el núcleo de verdad de la tesis de SEARLE: para comprender un enunciado no tenemos solo que conocer el sentido de sus palabras y las reglas gramaticales del idioma, sino que también tenemos que compartir algunas asunciones de *background*. Creo que un extraterrestre aunque haya aprendido todas las palabras del castellano y todas sus reglas sintácticas, no puede comprender nada de lo que he escrito aquí. Pero como este *background*, este fondo, es un elemento contextual, esto manifiesta la imposibilidad e implausibilidad de hablar de sentido literal como de algo totalmente acontextual.

5. LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS COMO ENUNCIACIONES. EL SIGNIFICADO LITERAL DE LAS ENUNCIACIONES

¿Todas estas críticas contra el significado literal de los enunciados tienen relevancia en el ámbito jurídico? Me parece que no, por la sencilla razón de que me parece más plausible considerar las disposiciones normativas como enunciaciones y no como enunciados.

Puesto que un enunciado es un *type*, un tipo, una entidad abstracta, conceptual, la clase de todas sus enunciaciones, parece que cualquier disposición jurídica es una ocurrencia particular de un enunciado que puede ser usado, y de hecho fue y es usado, también en contextos distintos. Así, por ejemplo, la disposición del art. 138 del Código Penal, «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años», no se puede considerar como un enunciado, como una entidad abstracta, como la clase de todas sus posibles enunciaciones: esta disposición no es sino un *token*, una ocurrencia espaciotemporalmente determinada de un enunciado.

²⁰ En este texto voy a considerar a la eficacia como el valor lógico de las normas, análogo a la verdad de las proposiciones. Sé que esta tesis es problemática, pero no la discutiré en este ensayo. Sobre este tema *cf.*: CELANO, 1994, cap. V; JORI y PINTORE, 1995: 146 y ss.; MORESO y NAVARRO, 1996; MORESO, 1997; POGGI, 2004: 123 y ss.

Sin embargo las disposiciones jurídicas son enunciaciones que presentan rasgos peculiares. CELANO las considera o califica como «*artefatti intenzionali*» (productos intencionales): productos de los hombres, de enunciaciones-actos y de otros actos intencionales, que pueden alojarse en (implementarse a través de) soportes materiales diversos, pero que no se identifican con ellos, y que pueden ser aplicados y cumplidos sin identificarse con sus aplicaciones y cumplimientos. Aunque no sean enunciados, las enunciaciones jurídicas, como los otros productos intencionales, pueden ser reiteradas, citadas, reproducidas *qua* enunciaciones jurídicas, y, por lo tanto, parecen un género intermedio entre enunciados y enunciaciones, casi enunciaciones-tipo (*utterances-type*)²¹.

¿Se puede individualizar un significado literal de las enunciaciones?

Actualmente la mayoría de los filósofos del lenguaje, del lenguaje cotidiano, piensa que no tiene sentido hablar de significado literal, acontextual, de los enunciados, y que es necesario tener en cuenta elementos contextuales —es decir, que es necesario tener en cuenta el significado literal de las enunciaciones y no el significado literal de los enunciados—. Pero hay discusión, debate, sobre cuándo resulta necesario considerar también los elementos contextuales y sobre qué elementos del contexto considerar. No voy a considerar todas las propuestas sino sólo aquella que me parece más interesante, es decir la propuesta presentada por la filosofía que se inspira en GRICE, y que identifica el significado literal de las enunciaciones (del lenguaje cotidiano) con el concepto (formulado por GRICE) de *what is said* (lo que es dicho).

En este sentido, por significado literal de las enunciaciones se entiende el significado determinado por el significado literal, el significado semántico-gramatical, del enunciado (al cual esa enunciación pertenece) más aquellos elementos contextuales que sirven para aclarar este significado, es decir para resolver los problemas conectados con las referencias, los indexicals, las expresiones anafóricas, los problemas de ambigüedad, de incompletitud, etc.

Por ejemplo, el significado literal del enunciado

El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años

es:

El hombre/animal/árbol que matare otro hombre/animal/árbol será de hecho o tiene que ser castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años

No sólo es el caso que este enunciado puede expresar una norma o una proposición, sino también que es ambiguo pues no sabemos a que se refiere el pronombre «Él» (¿a un hombre y/o a un animal y/o a un árbol?). Pero se puede afirmar que el significado literal de la disposición del art. 138 del Código Penal es:

El hombre o la mujer que matare a otro debe ser castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

Este artículo expresa una norma y se refiere a hombres y mujeres. Sabemos que este artículo expresa una norma porque sabemos que forma parte del Código Penal y sabemos que todos los artículos del Código Penal expresan normas (y no previsiones acer-

²¹ Cfr. CELANO, 1999: 249-252.

ca el futuro); sabemos que este artículo se refiere a hombres y mujeres porque sabemos que en el Derecho moderno sólo los seres humanos pueden ser condenados (si actúan u omiten algo con dolo o con culpa). Es el contexto el que nos permite integrar el significado literal del enunciado, un significado que, de otra manera, sería ambiguo e indeterminado.

A muchos juristas les puede parecer extraño hablar de significado literal de enunciaciones entendiéndolo por eso el significado determinado por el significado semántico-gramatical del enunciado (cuyo esta enunciación es una ocurrencia) *más* algunos elementos contextuales. Esta crítica, sin embargo, parece basarse en una cuestión verbal. Lo que se afirma es que, siendo determinado también por elementos contextuales, este significado no puede considerarse como literal, porque es literal el significado determinado sólo por las reglas semánticas y sintácticas del idioma. Claramente, esta conclusión se puede aceptar sólo si se aceptan sus premisas: la conclusión según la cual no hay significado literal de enunciaciones (distinto del significado literal de enunciados) se puede aceptar sólo si se acepta que el significado literal es sólo el significado semántico-gramatical de los enunciados, es decir, que solo los enunciados tienen significado literal.

Al respecto, es verdad que el significado literal de las enunciaciones no es sólo literal, si con eso se quiere decir que se determina teniendo en cuenta también elementos contextuales. No obstante, en primer lugar, el recurso a elementos contextuales se produce si, y sólo si, es necesario para aclarar el significado literal del enunciado al cual esa enunciación pertenece y, en segundo lugar, el significado de la enunciación así obtenido es muy distinto de otros tipos de significados, como los significados metafóricos, irónicos o implicados.

Analicemos ahora el art. 3 del Código Civil español.

6. EL ART. 3 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El art. 3 del Código Civil español establece:

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

El artículo citado considera el criterio literal no aisladamente, sino en conexión con otros elementos, es decir: i) el contexto; ii) los antecedentes históricos y legislativos; iii) la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas; iv) el espíritu y finalidad de las normas.

Nótese que todos estos elementos, y no sólo el contexto (que es entendido por la jurisprudencia como la combinación de la disposición que se debe interpretar con las demás disposiciones del mismo cuerpo legal que haya de aplicarse)²², pueden ser considerados contextuales. Los antecedentes históricos y legislativos constituyen el contex-

²² TS de 1 de junio de 1968: «los tribunales al aplicar las leyes deben atender al contexto, estableciendo la conexión con todos los preceptos que traten la materia a resolver». En el mismo sentido TS de 2 de julio de 1991.

to histórico, entendido como la tradición jurídica²³; la realidad social, a pesar de que es un criterio bastante indeterminado, puede ser vista como el contexto de aplicación entendido en sentido amplio; en fin, el espíritu y finalidad de las normas son también elementos contextuales puesto que, según la jurisprudencia, deben ser derivados no sólo de la norma individual, aisladamente considerada, sino de la totalidad del ordenamiento o del cuerpo legal al que pertenece la norma que se debe interpretar²⁴.

Pero ¿cómo entender la conexión de todos estos elementos? Me parece que esta conexión puede entenderse por lo menos de dos maneras distintas.

En primer lugar, se pueden entender todos los criterios enumerados por el art. 3.1 como criterios alternativos, en competición entre sí: es decir, se puede considerar que el criterio literal es alternativo al criterio que hace referencia al contexto, que los dos son alternativos en lo que hace referencia a los antecedentes históricos y legislativos, y así sucesivamente.

Si se acepta esta tesis, el problema es establecer una jerarquía entre los distintos criterios. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que «hay que tener en cuenta como último y decisivo criterio de interpretación de las normas el espíritu y finalidad de ellas»²⁵. El criterio que atiende al espíritu y finalidad de las normas, entonces, tiene que ser siempre preferido. El espíritu y finalidad de una norma se obtiene, como he dicho, no de esta norma, aisladamente considerada, sino del sistema, es decir de lo que el art. 3 llama el «contexto». Así el criterio sistemático parece estar al mismo nivel del criterio del espíritu y la finalidad y ambos parecen prevalecer sobre el criterio literal.

A pesar de que también el criterio sociológico (la consideración de la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada) es, según la jurisprudencia, un medio para descubrir mejor el espíritu y la finalidad de las normas²⁶, éste no parece casi nunca prevalecer sobre el criterio literal²⁷. En conclusión, parece que el criterio que hace referencia a los antecedentes históricos y legislativos sea el último criterio en orden de importancia: este criterio se emplea sobre todo cuando hay casos de laguna, ambigüedad o vaguedad en la formulación literal²⁸.

²³ Sobre el concepto de «tradición» *cfr.*, por ejemplo, ZACCARIA, 2004.

²⁴ *Cfr.* TS de 23 de junio de 1940: «Los Tribunales, al aplicar las leyes, deben atender a las reglas de todos los preceptos legislativos que traten la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás del mismo cuerpo legal que haya de aplicarse». En el mismo sentido TS de 23 de marzo de 1950; TS de 1 de junio de 1968; TS de 2 de julio de 1991.

²⁵ TS de 1 de febrero de 1985; en el mismo sentido TS de 21 de mayo de 1991. *Cfr.* también TS de 2 de julio de 1991: «espíritu y finalidad [...] son, no un mero elemento de interpretación, sino la clave fundamental para orientar aquélla».

²⁶ *Cfr.* TS de 18 de diciembre de 1997: «[El art. 3.1 del Código Civil] contiene sólo una llamada a la profundización en el conocimiento de la realidad social para descubrir mejor el espíritu y finalidad de [las normas]». En el mismo sentido *cfr.* TS de 10 de abril de 1995.

²⁷ *Cfr.* TS de 18 de diciembre de 1997: «[El elemento sociológico en la interpretación de las normas] no puede tergiversar la ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria»; TS de 24 de diciembre de 1990: «la interpretación de las normas al amparo de la realidad social no puede llevar a conculcar el tenor literal de un precepto». Otras veces se ha sostenido que el criterio sociológico prevalezca sobre la letra no de las leyes, sino de los contratos: así se estableció que se puede superar la literalidad contractual cuando en un contrato de arrendamiento se previó sólo el alza de las rentas, y no las variaciones a la baja, en contravención al recto sentido de las cláusulas estabilizadoras, cuya finalidad es de mantener el carácter no aleatorio, sino conmutativo de los pactos locativos (TS de 22 de enero de 1988; TS de 15 de abril de 1991).

²⁸ Así, por ejemplo, fue empleado para establecer que para computar los plazos señalados por días se deben seguir los criterios del Derecho Romano (TS de 7 de junio de 1989).

En segundo lugar, se puede entender que el significado de las disposiciones jurídicas ha de determinarse por el sentido de las palabras y también por los otros criterios enumerados; es decir, que estos criterios deben integrar (y no sustituir) el significado semántico-gramatical de los enunciados. Dicho de otra manera, el art. 3.1 puede ser entendido en el sentido que los criterios enumerados sean complementarios y no alternativos, que el sentido de las disposiciones jurídicas debe ser determinando teniendo en cuenta el significado literal de los enunciados más aquellos elementos contextuales que sean necesarios para eliminar defectos como ambigüedad, incompletitud, etc. Esta es precisamente la (re)definición de significado literal de una enunciación que he propuesto antes; a la misma conclusión nos conducía también la consideración de las disposiciones jurídicas como enunciaciones y no como enunciados.

En este caso el problema sería que distintos criterios pueden integrar el significado literal del enunciado (cuya disposición jurídica es una ocurrencia) de manera distinta: por ejemplo, el criterio sociológico parece antitético respecto al criterio fundado sobre los antecedentes históricos y legislativos. Por lo tanto, también en este caso, es necesario establecer una jerarquía entre los *otros* criterios interpretativos.

Claramente, lo que cambia al asumir una posición o la otra respecto de la interpretación del art. 3.1 es que para la segunda posición el significado semántico-gramatical constituye un límite a la interpretación y se puede acudir a los otros criterios sólo si esto no es suficiente, solo si el significado literal del enunciado (de que la disposición jurídica es ocurrencia) es ambiguo, no claro, indeterminado, etc. En cambio, para la primera posición todos los criterios enumerados son alternativos y se puede siempre superar el significado semántico-gramatical. Esta posición atribuye más discrecionalidad al intérprete.

En la jurisprudencia del TS parece que no hay una clara visión de estas dos alternativas hermenéuticas y, por lo tanto, falta una toma de posición cierta. Así, por ejemplo, la jurisprudencia parece considerar el significado semántico-gramatical como un límite a la interpretación, cuando establece que «la interpretación de las normas al amparo de la realidad social no puede llevar a conculcar el tenor literal de un precepto»²⁹, que «una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto sólo será pensable cuando exista ambigüedad o cuando la ambigüedad pueda derivar de conexión o de coherencia sistemática entre preceptos constitucionales»³⁰ y que «sólo si la norma presenta dudas y oscuridades en la dicción se puede acudir a otros elementos de juicio, pero no cuando enuncian claramente los conceptos o ideas que los presiden»³¹.

Otras veces, por el contrario, parece que los jueces entienden los criterios del art. 3.1 como alternativos. Así sucede cuando se afirma que la literalidad puede ser superada por el criterio del espíritu y la finalidad, que «La interpretación literal es siempre un mero punto de partida que podrá ser corroborado o corregido por otros criterios de mayor entidad»³² o que «el criterio literal es insuficiente en la interpretación de las normas jurídicas»³³.

²⁹ TS de 24 de diciembre de 1990; TS de 18 de diciembre de 1997.

³⁰ STC 72/1984, del 14 de junio.

³¹ TS de 24 de abril de 1990.

³² TS de 22 de diciembre de 1990.

³³ TS de 8 de marzo de 1982; TS de 3 de noviembre de 1987; TS de 2 de julio de 1991; TS de 5 de junio de 1999. FALCÓN CERCADILLO, FERNÁNDEZ ORTEGA y GONZÁLEZ GARCÍA (1995) no parecen advertir ningún conflicto entre estas dos posiciones, puesto que, según estos autores, el criterio literal debe prevalecer sólo «cuando refleje su espíritu con exactitud» (p. 25).

BIBLIOGRAFÍA

- ARIEL, M., 2002: «The demise of a unique concept of literal meaning», en *Journal of Pragmatics*, 34: 361-402.
- BACH, K., 2006: *Impliciture vs. Explicature: What's the difference?*, en <http://userwww.sfsu.edu/~kbach/Bach.ImplExpl.pdf>.
- BIERWISCH, M.; KIEFER, FERENC, y SEARLE, J. R. (eds.), 1980: *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht-Boston-London: D. Reidel Publishing Company.
- CASTIGNONE, S.; GUASTINI, R., y TARELLO, G. (eds.), 1984: *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova: ECIG, 7.^a ed., 1994.
- CELANO, B., 1994: *Dialettica della giustificazione pratica*, Torino: Giappichelli.
- 1999: *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Bologna: Il Mulino.
- CHIASSONI, P., 1999: *La giurisprudenza civile*, Milano: Giuffrè.
- 2000: *Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto*, en VELLUZZI (ed.), 2000: 1-63.
- DICIOTTI, E., 1999: *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino: Giappichelli.
- FALCÓN CERCADILLO, F.; FERNÁNDEZ ORTEGA, A., y GONZÁLEZ GARCÍA, S., 1995: *Interpretación literal*, en GARCÍA CALVO (ed.), 1995: 19-33.
- GARCÍA CALVO, M. (ed.), 1995: *Interpretación y argumentación jurídica. Trabajos del seminario de Metodología Jurídica*, vol. I, Zaragoza: Puz.
- GUASTINI, R., 1984a: «Introduzione all'analisi del linguaggio normativo», en CASTIGNONE, GUASTINI y TARELLO (eds.), 1984: 31-53.
- 1984b: «Disposizioni e norme nel linguaggio della dottrina», en CASTIGNONE, GUASTINI y TARELLO (eds.), 1993: 189-196.
- 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffrè.
- HALE, B., y WRIGHT, C. (eds.), 1997: *A Companion of Philosophy of Language*, Oxford: Blackwell.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1999: *Interpretación, subsunción, y aplicación del Derecho*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- JORI, M., y PINTORE, A., 1995: *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli.
- LEVINSON, S. C., 2000: *Presumptive Meaning*, Cambridge-London: MIT Press.
- LUZZATI, C., 1999: *L'interprete e il legislatore*, Milano: Giuffrè.
- MORESO, J. J., 1997: «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», en *Law and Philosophy*, 16: 201-219.
- MORESO, J. J., y NAVARRO, P. E., 1996: «Verdad y eficacia», en *Theoria*, Segunda época, vol. 11, pp. 105-124.
- POGGI, F., 2004, *Norme permissive*, Torino: Giappichelli.
- RECANATI, F., 2004: *Literal Meaning*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SCARPELLI, U., 1967: «Le proposizioni giuridiche come precetti reiterati», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 46: 465-482.
- SEARLE, J. R., 1979: *Expression and Meaning*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1980: «The Background of Meaning», en BIERWISCH, KIEFER y SEARLE (eds.), 1980: 221-232.
- 1992: *The Rediscovery of Mind*, Cambridge (Mass.): MIT Press.
- SORIANO, R., 1993: *Compendio de teoría del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- TARELLO, G., 1974: *Diritto, enunciati, usi*, Bologna: Il Mulino.
- 1980: *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè.
- TRAVIS, C., 1975: *Saying and Understanding*, Oxford: Blackwell.

- 1981: *The True and the False: the Domain of Pragmatics*, Ámsterdam: Benjamins.
- 1997: *Pragmatics*, en HALE y WRIGHT (eds.), 1997: 87-107.
- VELLUZZI, V. (ed.), 2000: *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino: Giappichelli.
- VERNENGO, R. J., 1971: *La interpretación literal de la ley*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.^a ed., 1994.
- ZACCARIA, G., 2004: *Razón jurídica e interpretación*, Madrid: Civitas Ediciones.

¿SE ORIGINA LA FALACIA EN HUME?

Luis Manuel Sánchez Fernández

Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, Perú

RESUMEN. Este artículo está dirigido a interpretar el sentido de las afirmaciones de Hume sobre la relación entre proposiciones de *ser* y *deber ser*, en comparación con las implicancias de la llamada *falacia naturalista* postulada por G. E. Moore. El análisis revela que las teorías de ambos autores se hallan muy distantes la una de la otra. Más aún, de aceptarse la tesis de Moore, la primera en ser afectada vendría a ser la teoría de los sentimientos morales de Hume. Sobre esta base, el artículo sugiere que tanto la *ley de Hume* como la tesis de la falacia no son de por sí una valla invencible para algún tipo de naturalismo normativo.

Palabras clave: Hume, G. E. Moore, *falacia naturalista*.

ABSTRACT. This essay's purpose is to interpret Hume's theory on «*is*» and «*ought*», in comparison with the G. E. Moore's thesis of *naturalistic fallacy*. The analysis reveals that these theories are far distant to each other; moreover if Moore's thesis is accepted, Hume's theory of moral sentiments would not make any sense. On these grounds the essay puts forward the central idea that neither Hume's law nor naturalistic fallacy, are invincible obstacles against some ethical naturalism by themselves.

Keywords: Hume, G. E. Moore, *naturalistic fallacy*.

Un famoso párrafo de HUME en la página 521 de *A Treatise on Human Nature* (1739), de apariencia casual y algo distante del texto que le antecede —suscita desde entonces numerosas discusiones, respecto a la posibilidad de los juicios morales—. El debate fue planteado en especial a comienzos del siglo XX, con énfasis entre los filósofos, sin que deje de tener implicancias para los juicios legales, políticos y en general para todas las enunciaciones lingüísticas de contenido evaluativo y práctico. El citado párrafo —para recordarlo una vez más— es el siguiente:

No puedo evitar añadir a estos razonamientos una observación que quizás puede tener alguna importancia. En cada sistema de moralidad que he observado hasta ahora, encuentro siempre que el autor procede algunas veces en la forma ordinaria de razonamiento, y establece la existencia de Dios, o hace observaciones sobre asuntos humanos, cuando de repente soy sorprendido porque, en vez de las usuales copulaciones de proposiciones «es» o «no es», me encuentro con proposiciones ninguna de las cuales no está conectada con un «debe» o «no debe». Este cambio es imperceptible, pero es sin embargo de consecuencias últimas; porque como este «debe», o «no debe», expresa alguna nueva relación o afirmación, ésta debe necesariamente observarse y explicarse; al mismo tiempo debe darse una razón para algo que parece completamente inconcebible: cómo esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son completamente diferentes de ella. Pero como los autores no toman comúnmente esta precaución, debo intentar recomendarla a los lectores; y estoy persuadido que esta pequeña atención subvertiría todos los sistemas vulgares de moralidad; y permite ver que la distinción de vicio y virtud no se encuentra simplemente en las relaciones entre objetos, ni es percibida por la razón¹.

La interpretación estándar de este texto, de acuerdo con la importante selección ofrecida por HUDSON en 1969, sostiene que HUME estaría afirmando aquí la existencia de una barrera lógica (*gap*) —o una «guillotina», como escribiría Max BLACK en 1964— entre proposiciones de *es* y proposiciones de *debe ser*, sea porque el *debe* no puede ser reducido a *es*, o porque el *debe* tampoco puede ser lógicamente derivado de aquél². En otro texto HUDSON señala, además, que al decir de los partidarios de la interpretación estándar, el reconocimiento de esta valla se hallaría en la base de filosofías como las de MOORE, STEVENSON o HARE³.

A partir del párrafo ciertos autores proyectan dos conclusiones adicionales:

¹ El texto de la versión original es el siguiente: «*I cannot forbear adding to these reasoning an observation, which may, perhaps, be found of some importance. In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of God. Or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with and ought, or an ought not. This Change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shoul'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. Bus as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and am persuaded, that this small attention wou'd subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason*»». D. HUME, 1985 [1739-1740]. *A Treatise of Human Nature*, Penguin Books: 521, Traducción libre del autor. Lo mismo para todas las traducciones que siguen.

² HUDSON, 1969: *The Is-Ought Question*, MacMillan, p. 13.

³ HUDSON, 1985 [1970]: *Modern Moral Philosophy*, MacMillan, p. 254.

⁴ *Idem*.

a) Que para HUME ninguna otra derivación es posible, desde que para el autor inglés todo razonamiento sería deductivo o defectuoso⁴.

b) Que, además, cualquier posibilidad de fundar la moralidad en hechos vendría condenada por el citado texto, llamado a veces como la «ley de HUME».

Debería decirse que en particular este segundo enunciado es casi un lugar común en la literatura corriente sobre el tema. En un reciente texto Gerhard SCHURZ sostiene, por ejemplo, que si la tesis de HUME es cierta, entonces no es posible derivar derechos —como el «derecho a la vida»— a partir de hechos empíricos⁵.

Mientras la interpretación estándar tiene pocos adversarios, estos dos últimos supuestos no gozan, sin embargo, del mismo respaldo. Geoffrey HUNTER, por ejemplo, cree que aunque puede aceptarse la existencia del *gap* deductivo, e incluso compartir la creencia de que los argumentos o son deductivos o son defectuosos; subsiste sin embargo en la teoría de HUME, la identificación de los juicios morales con afirmaciones de hecho, o su equivalencia lógica con ciertas proposiciones de «*es*»⁶, HUNTER entiende que eso es posible porque en el párrafo HUME no dice que la derivación sea «inconcebible», sino que «parece» inconcebible, dando a entender que esperaría que ello pueda ser aclarado. MACINTYRE, por su lado entiende que el *gap* deductivo es asumible pero no el dilema «deductivo o defectuoso», de tal modo que aunque HUME excluye la posibilidad de *inferir* un *debe* de un *es*⁷, no descarta la posibilidad de mantener la conexión *ser-deber ser* a través de un mecanismo de razonamiento análogo, por ejemplo, al de la inducción⁸.

La asunción de la hipótesis *b*) resulta especialmente precaria, porque entonces no se entiende el naturalismo de la teoría moral de HUME; y porque además, las posibilidades de una fundamentación naturalista de las afirmaciones morales parecen ser indiferentes a las consecuencias de la «guillotina», cualesquiera sean estas, como ha sido sostenido recientemente por PIGDEN⁹ y tendremos ocasión de tratar más adelante.

En este ensayo, escrito desde las expectativas del Derecho y la ciencia política —y no desde la ética ni la lógica— añadiremos algunas razones más, en la dirección de HUNTER, MACINTYRE y PIGDEN, para sostener la verosímil trivialidad¹⁰ del debate *ser y deber ser* y su inocuidad para frustrar las posibilidades de fundar la moral —y las proposiciones normativas de diferente tipo— en algún tipo de hechos. En esa dirección, el título del artículo es intencionadamente ambiguo en tres sentidos. Primero porque se propone indagar si la denominada «falacia naturalista» existe y si su señalamiento originario se halla en HUME; segundo, si en el supuesto de la existencia de la falacia no cabría la posibilidad de que la propia teoría moral de HUME hubiese incurrido en ella; tercero, si cuando se postula la «falacia naturalista» no se está incurriendo más bien, subrepticamente, en una falacia distinta —una más bien de carácter idealista— al su-

⁵ Véase, SCHURZ, 1997: *The Is-Ought Problem*, Kluwer Academic Publishers, p. 3.

⁶ HUNTER: *HUME on Is and Ought*, en HUDSON, 1969: 60.

⁷ Hay que anotar que la posibilidad del paso deductivo de enunciados *es* a enunciados *debe*, tampoco se descarta por completo, por ejemplo en autores como BLACK y SEARLE. Ver HUDSON, 1969: 21-26.

⁸ MACINTYRE: «Hume on “Is” and “Ought”», en *The Philosophical Review*, 1959, vol. 68, n.º 4 (octubre), pp. 452, 454-455. *Cfr.* también HUDSON, 1985: 259-260.

⁹ PIGDEN, *Naturalism*, en SINGER, 1997 [1991]: *A Companion to Ethics*, Blackwell: pp. 421-431.

¹⁰ SINGER, 1973: «The Triviality of the Debate Over “Is-Ought” and the Definition of “Moral”», *American Philosophical Quarterly*, X, 1, January.

poner que a partir de imposibilidades lógico-formales se puede pasar a sostener, por fuerza de necesidad, imposibilidades reales: a saber la imposibilidad de que los hechos naturales cuenten para algún tipo de fundamentación moral, arrastrando en este imprevisto camino a HUME. Las tres rutas serán exploradas en lo que sigue.

1. INTERPRETANDO A HUME

Sin duda que las afirmaciones de HUME en el párrafo citado pueden comprenderse mejor si se toman en cuenta algunos de los otros argumentos que el autor expone en el libro III (*Of Morals*) del *Treatise*. Prosiguiendo con su filosofía general del conocimiento HUME mantiene que todo lo que está presente en la mente humana son percepciones¹¹, las cuales pueden ser «expresiones» o «ideas». El autor no es expreso en decirlo, pero no es arbitrario entender de él que las primeras (las impresiones) se vinculan a las pasiones y las segundas (las ideas) a la razón. Además, como afirma en otro lado, las pasiones, voliciones y acciones no son susceptibles de verdad o falsedad, por lo que no puede saberse si son contrarias o conforme a la razón (510). A continuación añade que la moralidad no es demostrable, partiendo de suponer que las operaciones demostrativas del entendimiento humano son dos: comparación e inferencia de hechos, (515), las cuales son posibles por la existencia de relaciones entre objetos¹². Pero virtud y vicio no son relaciones entre objetos, lo que significa que la moralidad no responde a tales relaciones, atribuibles sólo a la materia, a las acciones, pasiones y voliciones (515). Por tanto la moralidad no puede demostrarse (516).

El argumento demostrativo descubre relaciones entre objetos que en el caso de la moralidad no existen. La moralidad no consiste ni en relaciones ni en hechos; el vicio no se encuentra en ningún lado hasta que uno reflexiona internamente y «encuentra un sentimiento de desaprobación» (520). Por lo tanto, a diferencia de la razón, el vicio y la virtud no se descubren «simplemente» por comparación de ideas, sino por impresiones o sentimientos (522). De allí surge que no sólo las valoraciones morales de vicio o virtud, sino también los sentimientos que le sirven de base, no serían susceptibles de demostración.

Por otro lado, HUME mantiene que tampoco sería suficiente con mostrar que la moralidad es una «relación» (lo cual, se dijo, no cree posible), sino que es necesario mostrar cómo ella influye en la voluntad del hombre: «Una cosa es conocer la virtud y otra conformar la voluntad a ella. No es suficiente mostrar las relaciones sobre las cuales se funda»¹³. Su punto de vista es que la razón no tiene influencia en la morali-

¹¹ HUME, 1985: 508, 739-740. Por razones de facilidad en los párrafos siguientes las referencias a los textos de HUME se colocan entre paréntesis en el texto principal, salvo cuando se indique de otro modo.

¹² HUME postula que todas esas relaciones se subsumen en: similitud, contrariedad, grados de calidad, proporciones en cantidad y número, 1985: 515.

¹³ «Tis one thing to know virtue, and another to conform the will to it tis not sufficient to show the relations upon which they (vice and virtue) are founded...» HUME, 1985: 517.

¹⁴ Sin embargo HUME mantendrá que la influencia sería sólo en forma indirecta (511), la razón puede causar u orientar las pasiones pero no puede calificar las acciones como virtud o como vicio (514). Más adelante, en sus *Enquiries* de 1777, HUME sigue un razonamiento semejante, pero es de notar que la razón cobra algo más de valor en su argumentación: «I am apt to suspect... that reason and sentiment concur in almost all moral deter-

dad, porque la moralidad es activa y la razón es pasiva (509). La razón es inerte y no tiene influencia en las afecciones¹⁴, como sí puede hacerlo la moralidad; por lo tanto, además de no ser demostrable, la moral tampoco puede ser derivada de la razón (509). La esterilidad de la razón para influir en la voluntad es postulada, además, en el contexto de su escepticismo respecto a la causalidad y su llamado empirismo según el cual las conexiones entre objetos del mundo no pueden ser extendidas más allá de la experiencia (517-518).

Siguiendo este razonamiento HUME concluye en que los filósofos no pueden probar ninguna de estas dos «condiciones»: ni que la moralidad se basa en «relaciones», ni que estas «relaciones», en el caso de existir, puedan ser universalmente obligatorias para la voluntad (518). Si la moralidad existiese como relación, piensa, incluso los animales deberían practicarla, al margen de que tengan o no conciencia de ella (519-520). «Este razonamiento —dice— no sólo prueba que la moralidad no consiste en relaciones, que son objeto de la ciencia; sino que si se examina probará con igual certeza que no consiste en algún asunto de hechos que pueda ser descubierto por el entendimiento»¹⁵ (520). Luego, en la página siguiente, inserta su conocido párrafo transcrito al comienzo, en el cual dice hacer «una observación» que en realidad consiste en dos afirmaciones básicas: *a*) que los filósofos hablan corrientemente de proposiciones *es* (referidas a Dios por ejemplo) pero luego de súbito se pasan a hablar de proposiciones de *deber ser*, como si estas «relaciones» (de *deber ser*) tuvieran existencia, lo cual necesita explicarse; *b*) debe también explicarse el hecho «inconcebible» de cómo las nuevas «relaciones» (de *deber ser*) pueden ser una deducción de otras que son completamente diferentes (*es*) (521). Para efectos de este escrito llamaremos en adelante a este último enunciado la *regla de la no derivabilidad deductiva, o formal, del debe a partir del es*.

Se observa de inmediato una aparente equivalencia entre las dos «condiciones» que exige en la página 518 y las dos «observaciones» que hace en la página 521. En ambos casos HUME habla de «relaciones» y de cómo estas se vinculan entre sí; sin embargo, en el primero se refiere al problema de si las «relaciones» «pueden ser universalmente obligatorias para la voluntad» (lo cual parece más bien un problema psicológico o de causalidad); en tanto en el segundo HUME se ocupa expresamente de la posible *deducibilidad* que existiría entre ellas (el cual es más bien un problema lógico). Se podría decir que en el primer supuesto se mueve en el plano óntico (de los orígenes y efectos de la voluntad en la moral), en tanto en el segundo se mueve en un plano lógico (de los procesos del razonamiento moral). El giro es sutil pero no tanto como para no advertir que si la *regla de no derivabilidad deductiva* de la página 521 se extiende a las «condiciones» de la página 518, y se plantea como negación del vínculo de la moral con algún tipo de «relaciones»; se convierte enseguida en una *tesis de incomunicabilidad* absoluta entre *ser* y *deber ser*. No sólo que las afirmaciones morales no pueden derivarse deductivamente de afirmaciones sobre el ser, sino que la moral no tendría vínculo con existencia

minations and conclusions» (172), pero «*it is probable, I say that this final sentence depends on some internal sense or feeling, which nature has made universal in the whole species*». HUME, 1978 [1777]: *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, Oxford: Clarendon Press, p. 173.

¹⁵ «*Nor does this reasoning only prove, that morality consists not in any relations, that are the objects of science; but if examin'd, will prove with equal certainty, that it consists not in any matter of fact, which can be discover'd by the understandings*». HUME, 1985: 520.

alguna ¿Es esto lo que HUME quiere afirmar? Como veremos, esto no surge fehacientemente de ambos textos, menos aún del segundo.

El texto de la página 518 parece más dirigido a advertir la dificultad —sino imposibilidad— que habría para probar el vínculo entre lo que llama *relaciones* y las distinciones entre lo bueno y lo malo, antes que a negar la existencia del vínculo mismo. Pero si esto no es suficientemente claro en esta parte, en cambio, es más visible que el párrafo de la página 521 está enfáticamente dirigido al plano lógico, desde él cual no puede proyectarse una separación absoluta para las relaciones fácticas *ser-deber ser*, sin riesgo de ponerse en cuestión la propia teoría de los sentimientos morales HUMEana. Uno de los primeros en resaltar la posibilidad de esta explicación contradictoria de la posición de HUME, siguiendo la crítica de autores intuicionistas, es FRANKENA, en su trabajo de 1939. De acuerdo con él, la interpretación estándar de la tesis de HUME —extendida con descuido, según pensamos desde el nivel lógico al nivel óntico (aunque FRANKENA no hace esta distinción)— «subvertiría» las definiciones «naturalistas» de vicio y virtud, bien y mal, que ofrece HUME¹⁶. La opinión de MACINTYRE es semejante: «si la interpretación corriente de HUME sobre “ser” y “deber ser” es correcta —dice—, entonces la primer violación de la ley de HUME fue cometida por HUME»¹⁷.

De acuerdo con estos esclarecimientos la teoría de HUME podría ser resumida, sin distorsiones graves, así:

a) Sólo son posibles afirmaciones de razón sobre hechos externos (que él llama «relaciones»).

b) Las pasiones, como los sentimientos, no son «relaciones» externas, por lo tanto no son susceptibles de afirmaciones de razón, o de demostraciones de verdad o falsedad (veremos más adelante que, desde la posición de HUME, esto no afecta la posibilidad de avanzar hacia principios morales).

c) Afirmaciones de «debe» no pueden derivarse («deducirse») lógicamente de proposiciones de «es» (*regla de no derivabilidad formal*).

d) El *debe* se basa, o es expresión, de sentimientos y emociones. En relación con la regla de la no derivabilidad lógica, esta tesis no resulta contradictoria en tanto ambas tienen diferente objeto: la primera se ocupa de las posibilidades de inferencia lógica de las proposiciones de deber ser, y la segunda de las condiciones de existencia de la moral. En cambio, si las expresiones del citado párrafo de HUME se asumen como equivalentes a una *incomunicabilidad* absoluta (lógica y material) entre «ser» y «deber ser», se plantea de inmediato una evidente contradicción con la teoría moral del autor como ya se ha advertido. Siendo las pasiones base de la moralidad —y aun en el extremo de suponer que sean completamente caprichosas y aleatorias— estas constituyen después de todo un *es*, es decir, existen; por tanto ¿cómo podrían originar un *debe* en las condiciones de una «guillotina» pensada de ese modo?

Las posibilidades para sacar a HUME del problema serían tres:

d.1. Mantener que la tesis HUMEana se refiere sólo a la conexión lógico-deducti-

¹⁶ FRANKENA, 1939: «The Naturalistic Fallacy», en *Mind*, New Series, vol. 48, n.º 192 (octubre), p. 466.

¹⁷ MACINTYRE, 1959: 452.

va (*regla de no derivabilidad formal*), lo cual no equivale a decir que las circunstancias morales no puedan descansar en algún tipo de hechos como las pasiones. En este caso se podría buscar fundamentar la conexión *ser-deber ser* por otros medios no lógico-deductivos; inductivos por ejemplo, a la manera de lo postulado por MACINTYRE (véase nota 8). Esta posición se muestra bastante persuasiva, y parece corresponder con la coherencia global de la teoría moral de HUME, aunque pueda ser dudoso que HUME perciba con suficiente claridad las diferentes dimensiones implicadas en el problema que afronta.

d.2. Sustener la tesis de la *incomunicabilidad absoluta* en HUME, pero negando que en él las pasiones constituyan hechos, sino manifestaciones de un «debe» no describible y no teorizable; algo así como un simple sonido de la *garganta*, un capricho contingente o un *a priori* no existencial, o tan trivial que difícilmente podría intentarse fundamentarse. Sin embargo, se ha visto que HUME atribuye relaciones demostrables a la materia, así como a las acciones, pasiones y voliciones (515); por tanto la existencia real de las pasiones no puede ser negada, de donde devendría el misterio de cómo entonces las pasiones pueden originar afirmaciones morales en condiciones de la *tesis de incomunicabilidad*.

d.3. Defender la *tesis de la incomunicabilidad absoluta* pero aceptando que eso no elimina el que HUME pudiera haber incurrido ocasionalmente en la inconsecuencia naturalista que allí cuestionaría¹⁸. Sin embargo, es difícil conceder que el verdadero HUME puede ser encontrado en un párrafo de 22 líneas, y no en las restantes quinientas páginas que explican su teoría.

Por consiguiente, lo más verosímil es pensar que HUME tiene claridad sobre la tesis de la no derivabilidad lógica, así como la tiene respecto a su teoría de los sentimientos morales. En cambio, parece indiferente a las relaciones entre ambas. En apariencia no se da cuenta del posible conflicto en que pueden desembocar; sin embargo, otra explicación creíble es que, guiado por el buen sentido común del que se sirve con frecuencia en su razonamiento, no se muestra interesado en esclarecer ello porque intuitivamente percibe que no hay contradicción alguna entre mantener lo uno y lo otro, según se verá más adelante. La tesis de no derivabilidad no lleva a HUME a trazar una incomunicabilidad absoluta entre *ser y deber ser*.

Una pregunta pertinente en este punto es si de la regla de no derivabilidad infiere HUME la imposibilidad de hacer aserciones morales independientes, aunque no fuesen basadas en hechos, sobre supuestos puramente deontológicos o prescriptivistas, por ejemplo. ¿O es que la regla de la no derivabilidad implica también que el entendimiento humano sólo tiene posibilidad de establecer proposiciones de *es* estando vedado, en cambio, de poder hacer algún juicio de *deber ser* sobre bases propias? Si HUME hubiese negado la posibilidad de juicios morales, o que estos carecen de sentido, tendríamos que emparentarlo de algún modo con las creencias del positivismo lógico; pero esto no se implica en la exposición humeana. Ciertamente, cuando en el *Treatise* afirma que la moralidad no es demostrable, parece implicar la imposibilidad de hacer alguna afirmación descriptiva acerca de ésta; sin embargo esto es sutilmente distinto a postular la im-

¹⁸ PORTER, por ejemplo, cree que HUME es «sincero» en la tesis de la no derivabilidad lógica, pero ello no evita que haya ocasionalmente caído en errores en su teoría. PORTER, 1968: *Deity and Morality* London: Georg Allen and Unwin, Ltd, p. 12.

posibilidad de los juicios morales o que estos carezcan de sentido. Por lo demás su escepticismo intelectual respecto de las pasiones parece atenuarse significativamente en las *Enquiries*. En prueba de ello se puede citar este ilustrativo párrafo:

El único objeto del razonamiento es descubrir las circunstancias de ambos lados (*lo que es valioso y lo que es condenable, nota del autor*) que son comunes a estas cualidades; observar las particularidades estimables en un lado, y las condenables en la otra; y por tanto alcanzar los fundamentos de la ética, y encontrar esos principios universales de los cuales toda la censura o aprobación es ultimadamente derivada. Como esta es una cuestión de hechos, no de ciencias abstractas, únicamente podemos esperar tener éxito siguiendo el método experimental, deduciendo (*sic*) máximas generales de la comparación de instancias particulares (énfasis añadido)¹⁹.

En otras palabras, HUME no asume que haya impedimento para que a partir de las pasiones se puedan derivar aserciones éticas del tipo de «principios universales». Lo que cuestiona es el método de los filósofos en boga, de establecer primero un «principio general abstracto» del cual se obtienen luego las derivaciones, en vez de favorecer un método «experimental» —léase inductivo— para llegar a esos principios. En el contexto de su teoría hay que entender luego que esta «comparación» es posible sobre la base de pasiones y sentimientos reales. La conducta moral no puede derivar de ideas puras; sin embargo esto no significa que los sentimientos no puedan ser inductivamente «abreviados» para dar origen a algún tipo de principios éticos. Se plantea entonces el problema de si cuando HUME afirma que se puede «encontrar esos principios universales» siguiendo el método experimental, no está diciendo con ello —contra sus creencias iniciales— que tales principios son demostrables. HUME no se preocupa de aclarar estas diferencias, las que pueden quedar en la incertidumbre o como indicio de las imperfecciones verbales en su filosofía; pero esas imperfecciones no llevan a sostener que la posibilidad de juicios morales sea negada por él, sino al contrario.

Sin embargo, el problema principal que subyace a sus preocupaciones, en especial en el *Treatise*, parece ser cómo la moral motiva, no tanto cómo son posibles las aserciones morales, ni cuáles son los contenidos de la moral. Cree que las conductas morales ocurren porque tenemos sentimientos; no porque tengamos ideas; por tanto la conducta moral no puede derivar de ideas puras. Pero de por sí esto no significa que los sentimientos no puedan ser expresados en ideas, ni que esas ideas una vez afirmadas no puedan pensarse en alguna forma lógica. Si de la insistencia de HUME en que sólo las pasiones motivan, que la moral está basada en pasiones, y que la moral no es demostrable, alguien quisiera concluir que para él las aserciones morales no son posibles, sin duda estaría yendo más allá de lo que su teoría sugiere. Mayores pruebas de que HUME acepta la posibilidad de hacer aserciones morales, o de estatuir «principios» éticos, se hallan no sólo en su tratamiento de las «afecciones morales» en las partes II y III del libro III del *Treatise*; sino en particular en sus *Enquiries* de 1777 el cual desde su título reza como «Investiga-

¹⁹ «The only object of reasoning is to discover the circumstances on both sides (estimables o condenables), which are common to these qualities; to observe that particular in which the estimable qualities agree on the one hand, and the blameable on the other; and thence to reach the foundation of ethics, and find those universal principles, from which all censure or approbation is ultimately derived. As this is a question of fact, not of abstract science, we can only expect success, by following the experimental method, and deducing general maxims from a comparison of particular instances...» HUME, 1978: 174.

²⁰ HUME, 1978 [1777].

ciones sobre el Entendimiento Humano y los *Principios de la Moral*»²⁰ (énfasis añadido).

Con base en todo esto se está en posibilidad de confirmar que la *regla de no derivabilidad* no elimina el naturalismo de HUME, porque entonces toda su teoría moral se cae. El naturalismo de HUME es más o menos reconocido por la mayoría de autores que se ocupan de él (al lado de las calificaciones de escepticismo, empirismo que su obra también recibe). KEMP recuerda que esto surge claramente desde la propia página del título del *Treatise*, que su autor describe como «Un intento de introducir el método experimental de razonamiento en asuntos morales»²¹. Esta orientación se mantiene en las *Enquiries*, conforme se ha visto del párrafo citado antes. Más adelante añade en ese texto: «Los hombres están ahora curados de su pasión por las hipótesis y sistemas en filosofía natural, y no escucharán sino aquellos argumentos *derivados de la experiencia*. Es tiempo de intentar una reforma en todas las disquisiciones morales, y rechazar todo sistema de ética, aunque sutil e ingenioso, que no sea *fundado en los hechos y en la observación*» (énfasis añadido)²². Más allá del éxito o no de sus teorías el naturalismo moral de HUME resulta hartamente evidente.

Cabe ahora preguntarse, desde un punto de vista teórico, si a pesar de HUME la regla de no derivabilidad formal no pone una valla definitiva a la posibilidad de una fundamentación naturalista de la moral. Hasta donde se lleva dicho, HUME no se ocupa de este conflicto; en todo caso, su teoría moral podría usarse como una prueba de que una fundamentación naturalista es posible, o cuando menos vale la pena intentarlo. ¿De dónde viene entonces la creencia de que la «guillotina» de HUME impide que la naturaleza cuente para el discurso moral? Esto nos lleva inevitablemente a las puertas de MOORE.

2. ¿HAY UNA «FALACIA NATURALISTA»?

La expresión «falacia naturalista» no aparece en los trabajos de HUME y viene acuñada por G. E. MOORE, en diferentes partes de su libro *Principia Ethica* de 1903. Es significativo que MOORE no recurre a HUME en la citada obra, cuando se propone explicar la llamada falacia²³, lo que hace dudar de que ambos autores se estén ocupando de lo mismo, o de que estén afirmando exactamente la misma conclusión²⁴ —aunque pueda haber algún tipo de analogía en sus planteamientos.

²¹ KEMP, 1970: *Ethical Naturalism: Hobbes and Hume*, MacMillan Press, p. 29. Puede verse también MOUNCE, 1999: *HUME's Naturalism*, Routledge, pp. 77 y ss.; HARRISON, 1976: *HUME's Moral Epistemology*, Oxford: Clarendon Press, p. 125.

²² «Men are now cured of their passion for hypotheses and systems in natural philosophy, and will hearken to no arguments but those which are derived from experience. It is full time they should attempt a like reformation in all moral disquisitions; and reject every system of ethics, however subtle or ingenious, which is not founded on fact and observation». HUME, 1978: 175.

²³ MOORE se refiere a diferentes autores, HEGEL, KANT, SIGWICK, HOBBS, LEIBNIZ, SPENCER, MILL, entre otros; sin embargo HUME no es citado como antecedente en ningún lado. Véase MOORE, 1971 [1903]: *Principia Ethica*, Cambridge at the University Press. No han faltado autores, sin embargo, que identifiquen rápidamente la expresión de MOORE con la tesis de la no *derivabilidad lógico-deductiva* del recorrido párrafo de HUME; PORTER y HARE entre ellos. Véase PORTER, 1968: 11; BALDWIN, 1990: G. E. Moore, Routledge, p. 90.

²⁴ Véase PORTER, 1968: 13; BALDWIN, 1990: 90.

La *regla de no derivabilidad*, en HUME, según se dijo, sólo expresa que de afirmaciones de *ser* no pueden obtenerse deductivamente afirmaciones de *deber ser*; de donde no se sigue por HUME que los juicios morales sean imposibles sobre bases naturales. Ciertas expresiones suyas sobre la naturaleza infinita de las pasiones y de los sentimientos, pueden echar dudas sobre la posibilidad de que las emociones morales sean describibles, pero no sobre su creencia en que la moral descansa en sentimientos ni en la posibilidad de alguna clase de naturalismo como base de la moralidad.

MOORE, por su lado trabaja en otra dirección. Él cree que lo bueno (*goodness*), o lo correcto (*rightness*), como objeto de la moral no se identifica con las propiedades naturales de lo «placentero», lo normal, lo que corresponde a la voluntad de Dios, etc.²⁵ «Lo bueno», no existe como propiedad real de los objetos concretos; sino quizás más bien como una propiedad abstracta a la cual se accede por intuición²⁶. Sostener lo contrario, sería lo que llama una «falacia naturalista»²⁷. MOORE cree que las propiedades buenas que atribuimos a los objetos o situaciones que nos producen placer, no equivalen a «lo bueno» como categoría de la ética. Lo bueno constituye el peculiar predicado en referencia al cual se define la ética, y este predicado es indefinible y no analizable²⁸.

NOWELL-SMITH, profundo conocedor del pensamiento de MOORE, en tanto seguidor del mismo, reconstruye el razonamiento que el autor de *Principia* sigue para llegar a este resultado, en términos que parafraseamos a continuación:

- a) Las palabras expresan objetos o ideas, las cuales son simples o complejas.
- b) Definir una palabra compleja equivale a descomponerla en sus partes. Por ejemplo una quimera es un animal con cabeza y cuerpo de león, una cabeza de cabra en su espalda y una serpiente en lugar de cola.
- c) Una palabra simple no puede definirse porque no puede descomponerse; por ejemplo la palabra «amarillo». Lo mismo ocurre con la palabra «bueno».
- d) Las ideas simples no son «naturales» ni «no naturales», en el sentido de que no pueden conocerse ni por los datos de los sentidos ni por introspección²⁹.

Por lo tanto la palabra «bueno» no sería «natural» ni «no natural». Existen ciertas

²⁵ NOVELL-SMITH, 1954: *Ethics*, Penguin Books, p. 33.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Véase MOORE, 1971: 38-39. En diferentes partes de su texto clave trata de explicarla, una de ellas es la siguiente:

«*And it is a fact, that Ethics aims at discovery what are those other properties belonging to all things which are good. But far too many philosophers have thought that when they named those other properties they were actually defining good, that these properties in fact were simply not other, but absolutely and entirely the same with goodness. This view I propose to call the "naturalistic fallacy" and of it I shall now endeavour to dispose*». MOORE, 1971: 10. En otro lado se encuentran expresiones adicionales que ayudan a aclarar su punto de vista. Caracterizando el método «naturalista», que MOORE encuentra inconsistente con las propiedades de la Ética, escribe: «*This Method consists in substituting for "good" some one property of a natural object or a collection of natural objects; and thus replacing Ethics by some one of the natural sciences*». MOORE, 1971: 40.

²⁸ MOORE, 1971: 3.

²⁹ NOVELL-SMITH, 1954: 33. Obsérvese que d) no se sigue de las afirmaciones precedentes, y es introducida como afirmación dogmática.

³⁰ Es importante anotar, a propósito, que de acuerdo con BALDWIN, las enunciaciones de MOORE no son del todo coincidentes en los diferentes párrafos de su obra, y la falacia parece implicar tres aserciones que MOORE no termina de aclarar: a) la negación de que «lo bueno» es indefinible, b) la afirmación de que «lo bueno» reside en un objeto diferente, o que corresponde con una noción diferente c) la negación de que lo bueno es no-natural. BALDWIN, 1990: 70.

propiedades buenas en los objetos, pero «lo bueno» no puede ser identificado con esas propiedades. Esta es la versión de la falacia, que a nuestro modo de ver debe entenderse como la dominante³⁰. Las pruebas que MOORE aduce para sostener ello pueden resumirse en tres:

a) La que llama prueba de la «existencia» en el tiempo: las propiedades buenas de los objetos, por más numerosos que sean, son predicados de los objetos y no pueden permanecer si se suprimen ellos. Pero esto no ocurre con lo bueno³¹ que presuntamente permanecería en el tiempo.

b) En otro lado postula que los principios fundamentales de la Ética son proposiciones *sintéticas* no analizables, como en el ejemplo del color amarillo³².

c) Finalmente cuenta el argumento conocido como de la «pregunta abierta»: alguien puede desear algo que considera bueno —por ejemplo, lo placentero es bueno— pero siempre será posible preguntarse de ello ¿Pero es lo placentero bueno en sí mismo?³³.

Lo primero a observar aquí es lo dudoso del argumento de la existencia. ¿Sobre qué base se puede creer que suprimidos los objetos con propiedades buenas subsistiría la idea de «lo bueno»? Si suponemos que ninguna persona del planeta hubiese tenido nunca alguna experiencia de los objetos y situaciones buenas, ¿habría siquiera surgido la posibilidad de la idea o el concepto de «lo bueno»? Este resulta, evidentemente, un supuesto ideal acerca del cual no pueden aducirse pruebas, ni a favor ni en contra.

En segundo lugar, se puede dudar de que «lo bueno» sea una propiedad simple como el color amarillo, imposible de definir y cuya existencia sin embargo podría intuirse separada de las cosas que apreciamos buenas. Después de todo el color amarillo por sí mismo no existe —salvo como concepto—, y lo que existen son sólo diferentes, muchísimas, sustancias que poseen esa cualidad (en infinitos matices por supuesto); el amarillo como tal es sólo una propiedad inseparable de ellas. ¿Está acaso MOORE razonando como un realista medieval y asumiendo que lo bueno es un universal existente por sí mismo y separado de las cosas que lo portan?

Resulta evidente que lo que MOORE cuestiona, en realidad, es el procedimiento psicológico y racional que lleva a formular el concepto de lo bueno a partir de las propiedades de lo bueno que se encuentran en las cosas y situaciones³⁴. Tanto así como cuestionar que la noción de color amarillo pueda formularse, a partir de reparar que muchas de las cosas existentes poseen esa cualidad análoga. Bajo este punto de vista nunca sería posible para las llamadas ciencias formular conceptos valorativos como los de «dureza», o «velocidad» o «acidez», por ejemplo (en general no sería posible formular nin-

³¹ «If they were all —las propiedades de los objetos— taken away, no object would be left, not even a bare substance: for they are in themselves substantial and give to the object all the substance that it has. But this is not so with good». El uso ambiguo que MOORE hace de la palabra «good» dificulta seguirlo en esta parte, pero creemos que la reconstrucción hecha corresponde al sentido de la frase que se cita. MOORE, 1971: 41.

³² MOORE, 1971: 58.

³³ MOORE, 1971: parágrafo 13.

³⁴ Observemos que MOORE piensa que la noción de «lo bueno» (*Goodness*) es «una proposición sintética», emplea esta noción en cierto sentido apriorístico, a la manera de KANT, en lugar de entenderlo como un juicio derivado de varias experiencias. Cfr. SCHROEDER, 2006: *Wittgenstein*, Polity, p. 240.

gún concepto), porque en la práctica se pueden encontrar cosas más duras o menos duras, más veloces o menos veloces, más ácidas o menos ácidas. Por lo tanto —viene aquí la tercera réplica— enfrentando una situación concreta —como un pan duro en la mesa, un *scooter* corriendo en la pista, o un sorbo de limonada en la garganta, siempre habrá lugar para «preguntas abiertas» como «¿es ésta la dureza?», «¿es ésta la velocidad en sí misma?», «¿es ésta la acidez?»—. Es difícil creer que el procedimiento inherente a la mente humana para construir categorías generalizadoras del entendimiento pueda ser desechado como una falacia³⁵.

PORTER ha sugerido que MOORE utiliza la denominación de «falacia» en una forma equivocada³⁶; puede aceptarse sin embargo que aquí MOORE esté hablando de «falacia» en un sentido amplio, como un argumento erróneo, y no en el sentido estricto de una falla en los procedimientos deductivos. La mayoría de creyentes en la «falacia naturalista» pensarían en cambio que MOORE se refiere a una falacia lógica semejante a la de HUME, lo cual no surge de MOORE³⁷. Por tanto, a la pregunta qué tiene que ver la una con la otra, la respuesta es más o menos obvia. Se trata de dos problemas diferentes³⁸, por el objeto del que se ocupan, por el procedimiento que siguen y por las conclusiones a que arriban ambos autores.

El «ser» implicado en la regla de HUME es una proposición formal no identificable como tal, con las «propiedades buenas» que MOORE reconoce en las cosas; así como el «deber ser» humeano es otra proposición formal que tampoco equivale a «lo bueno» como peculiar predicado de la ética mooreana. HUME se ocupa de un problema lógico-deductivo: la posibilidad de afirmaciones de *deber ser* a partir de afirmaciones de *es*; el de MOORE parece más bien un problema gnoseológico de carácter inductivo: la posibilidad de construir conceptos a partir de datos particulares de la experiencia. Si se

³⁵ FRANKENA hace notar, por otro lado, la curiosa manera en que se puso de moda la palabra «falacia», a comienzos del siglo XX, para desacreditar a los adversarios. «Los futuros historiadores del “pensamiento y la expresión” en el siglo XX —dice— no dudarán en registrar con algo de humor el ingenioso truco usado por algunos de los contrincantes filosóficos de comienzos de siglo, de etiquetar los puntos de vista de sus oponentes como “falacias”». FRANKENA, 1939: 464.

³⁶ PORTER, 1968: 13-14. También BRUENING: «Moore and “Is-Ought”», *Ethics*, vol. 81, n.º 2 (Jan., 1971), p. 144. De acuerdo con este último autor, hacia 1942, MOORE habría aceptado lo inexacto de esa denominación.

³⁷ BRUENING, indica que entre los que vinculan el problema de HUME con el de la falacia naturalista, se hallan el propio SEARLE —intentando refutar a HUME—, STEVENSON, WADDINGTON, MURDOCH, NOVEL-SMITH, VEATCH, PRIOR, FLEW y BRUENING, «Moore and “Is-Ought”», *Ethics*, vol. 81, n.º 2. (Jan., 1971), p. 147. Otra curiosidad es que los seguidores de MOORE —y no pocos de sus críticos— parecen haberle dado a la llamada falacia naturalista más atención de la que el propio MOORE le presta luego de la publicación de sus *Principia*. En efecto algo extraño es que en el siguiente texto importante de MOORE, *Ethics*, publicado en 1912, el autor no vuelve a ocuparse de la «falacia». Más aún, salvo su trabajo de 1932, *The Conception of Intrinsic Value*, en el que añade supuestos para una crítica al naturalismo ético. *Cfr.* BALDWIN, 1990: 67 y 68. En el resto de sus trabajos posteriores la falacia no vuelve a aparecer. BALDWIN cree que es más probable que esto ocurra no porque MOORE sienta que ha dicho todo lo que tenía que decir sobre el tema, sino porque tempranamente se dio cuenta que la tesis de la «falacia naturalista» —la tesis principal en sus *Principia*— era altamente confusa y quizás pensó que tales confusiones no se podrían superar. BALDWIN, 1990: 67.

³⁸ La comparación de ambos problemas lleva incluso a BRUENING a concluir que MOORE estaría sosteniendo lo contrario de lo que algunos autores mantienen al postular la imposibilidad de reducir las afirmaciones evaluativas a afirmaciones de hecho: «In conclusion, then, Moore’s naturalistic fallacy is not the same thing as the “is-ought” problem. He is not saying that evaluative statements are not factual. Quite the contrary, he seems to speak in such a way as to deny the distinction between factual statements and evaluative statements as it is made today» BRUENING, 1971: 148.

viola la regla de HUME tenemos una falacia lógica (discutiblemente una que deba ser llamada «naturalista»). Si se sostiene la posibilidad de construir conceptos —incluido el concepto de «lo bueno» o cualquier otro valorativo— a partir de los datos de la experiencia no se tiene una falacia, sino que el razonamiento se ajusta a uno de los procedimientos del entendimiento humano comúnmente practicados, y reconocidos en las teorías del conocimiento. Por el contrario, si se niega la posibilidad del paso de la experiencia al concepto se llega inevitablemente a algún tipo de escepticismo, y se pone en cuestionamiento todo el sistema de conceptos usados para poder entendernos, aun en medio de las innumerables imperfecciones lingüísticas que puedan constatarse.

De la regla de no derivabilidad, HUME no transita a sostener que lo bueno (las virtudes) no existan, aun cuando sean dependientes de las pasiones; más aún, como se ha visto, no llega a sostener que no puedan emitirse juicios morales («principios») fundados en la experiencia natural³⁹. MOORE tampoco niega la existencia de propiedades de lo bueno como propiedad de ciertos objetos; sin embargo niega que se pueda formular un concepto de lo bueno a partir de ellos⁴⁰. A diferencia de la «guillotina» formal de HUME que establece una prohibición deductiva entre juicios de significado diferente, MOORE establece una «guillotina» entre la experiencia (la realidad) y los conceptos.

3. AUTONOMÍA DE LOS JUICIOS MORALES

Si de la *regla de no derivabilidad* HUME hubiese pasado a sostener que los hechos morales no existen, o que las experiencias morales no pueden fundar principios morales, habría incurrido sin duda en una falacia de carácter idealista: el intento de negar existencia a ciertas propiedades valorativas porque no se siguen *deductivamente* de un razonamiento. Del hecho de que enunciados de *deber ser* no puedan obtenerse de enunciados *es* por vía deductiva, no se infiere la inexistencia —ni la existencia— de hechos morales ni la imposibilidad —ni posibilidad— de sustentar la moral en las condiciones naturales. En general, no se infiere nada con carácter de necesidad para las circunstancias fácticas por el hecho incontrovertible de que no hay relaciones lógicas —en el sentido deductivo— entre hechos y enunciados. Las relaciones lógicas se plantean formalmente entre enunciados lingüísticos, el que correspondan o no con circunstancias reales

³⁹ HUME se pregunta expresamente si esos «principios» se encuentran en la naturaleza o tienen algún otro origen y su respuesta es que la distinción entre vicio y virtud es «natural», si por natural se entiende lo opuesto a los «milagros» (es decir lo no existente) esto es así; si por natural se entiende lo opuesto a lo raro o lo inusual —aun con lo difícil que es fijar los límites entre lo raro y lo frecuente— HUME cree igualmente que los sentimientos morales son naturales. Su duda se mantiene únicamente para el caso de que por naturaleza se entienda lo opuesto a lo artificial, en cuyo caso confiesa no tener una respuesta precisa. Sin embargo aún cuando concluyese en que los sentimientos morales son artificiales en tanto se originan en el hombre, ello tampoco derrotaría su creencia en que la moralidad proviene de la experiencia de la que forman parte los hombres. HUME, 1978: 525-526.

⁴⁰ «For I do not deny that good is a property of certain natural objects: certain of them, I think, are good; and yet I have said that "good" itself is not a natural property». MOORE, 1971: 41.

⁴¹ Entendemos que por esta razón es que los lógicos distinguen los conceptos de *validez* y *verdad*. «Verdad y falsedad —dicen COPI y COHEN— se aplican a afirmaciones acerca del mundo; mientras validez e invalidez se aplican a argumentos en los cuales se hacen inferencias de unas proposiciones a otras». COPI e COHEN, 1998: *Introduction to Logic*, tenth edition, Prentice Hall, p. 29.

es otro problema, y el que las circunstancias reales existan por sí mismas y puedan corresponder a la misma o a una lógica diferente a la que se usa, es más indiferente aún⁴¹. No puede pensarse entonces que el párrafo de HUME constituya negación alguna de las posibilidades de fundar la moral en algún tipo de experiencia natural, ni que tenga algún vínculo con la «falacia naturalista» de MOORE.

Lo que hay que preguntarse luego es si, cuando MOORE, partiendo de la afirmación de que el concepto de lo bueno no puede descomponerse en partes para ser definido —una hipótesis analítica por lo demás controvertible— pasa a concluir que lo bueno como propiedad ética no tiene posibilidad de existencia entre las circunstancias naturales, no está incurriendo precisamente en una falacia idealista del tipo señalado: pretender derivar consecuencias lógicas inevitables para la realidad a partir de un razonamiento que en este caso es menos que formal sino, ciertamente especulativo.

Se puede decir entonces que, mientras los argumentos en pro de la existencia de una tal falacia naturalista se muestran notoriamente débiles, en cambio la tesis de la no derivabilidad deductiva de HUME puede ser razonablemente defendida, incluso con independencia de que el esfuerzo de los lógicos pueda en algún momento probar —o descartar— la posibilidad de identidad entre proposiciones del *ser* y juicios de *deber ser*. Siguiendo a PIGDEN, propiamente lo que HUME está confirmando en ese párrafo es la vigencia de uno de los dogmas —o principios— de la lógica formal, a saber el de *conservatividad* de los enunciados lógicos y la exigencia de *validéz* en los razonamientos. Afirmar que de un *es* no puede derivarse lógico-deductivamente un *deber ser*, es tan cierto como sostener que no se pueden obtener, por medios lógicos, conclusiones para erizos a partir de premisas no referidas a erizos⁴². De las premisas que todos los hombres son mortales, y SÓCRATES es un hombre, no puede obtenerse lógico-deductivamente que SÓCRATES es invulnerable, porque esta última cualidad no se encuentra en las premisas. Y de la premisa Dios *es sublime* no puede derivarse por medios deductivos la conclusión debes *amar a Dios* así como de la premisa *Amo a Dios* tampoco se infiere que *Dios es todopoderoso*⁴³. Esto, de acuerdo con PIGDEN, expresa justamente la idea de que «en lógica no se puede sacar nada que no haya sido puesto en ella»⁴⁴: no es posible poner pañuelos en el sombrero y sacar un conejo. Desde este punto de vista, la tesis de HUME se revela como una gran trivialidad, en la medida en que sólo confirma una creencia lógica ampliamente aceptada en el razonamiento humano —se piensa que desde ARISTÓTELES—; aunque sin duda en respuesta a un problema indiscutiblemente genuino para las circunstancias confrontadas por el notable pensador inglés.

Pero el problema más serio implicado en la discusión sobre el párrafo de HUME, a nuestro modo de ver, no reside en cómo se puede o no se puede obtener afirmaciones de *deber ser* a partir de proposiciones referidas al *ser*, sino en cual es la necesidad de que haya conexiones lógicas entre estas proposiciones de enunciado diferente ¿Por

⁴² PIGDEN, en SINGER, 1997: 423.

⁴³ En cambio, como hemos sostenido en otro lado, no hay dificultad para derivar *deber ser* a partir de enunciados de *deber ser*, evitando las dificultades del dilema de JORGENSEN; y de la premisa «debes cumplir tus promesas» también puede inferirse que «debes cumplir la promesa que hiciste a María», si concurre el caso que una tal promesa haya sido hecha. SÁNCHEZ, 2004: *Argumentación Jurídica, Un Modelo y Varias Discusiones sobre los Problemas del Razonamiento Legal*, Lima: Jurista Editores, pp. 189-191.

⁴⁴ PIGDEN, en SINGER, 1997: 424.

qué se necesita que las afirmaciones de *ser* y *deber ser* tengan que estar lógicamente conectadas? ¿Por qué no es posible plantear cada cual como aseveraciones independientes? ¿O por qué no es posible vincularlas a través de otros procedimientos del pensamiento? En apariencia la angustia generada por la confusión de la *regla de no derivabilidad* con un postulado de incomunicabilidad absoluta —multiplicada por el efecto retórico de la expresión «falacia naturalista»—, descansa en la creencia tácita de que al no poder las afirmaciones de *deber ser* derivarse de proposiciones del *ser*, no podrían derivarse de nada. Se implica con ello, por tanto, que tampoco habría legitimidad para establecerlas como proposiciones autónomas. Esta creencia resulta sin embargo injustificada. Si para aceptar una aseveración lingüística ésta necesita derivarse lógico-deductivamente de algo, entonces tampoco habría legitimidad para establecer aseveraciones de *es*, porque estas proposiciones tampoco se derivan *lógicamente* (en el sentido deductivo) de algo.

Afirmar que «el sol brilla» no se deduce lógico-deductivamente de nada, sino de la circunstancia fáctica de que ese hecho se está produciendo ante mis sentidos⁴⁵. En sus orígenes últimos las afirmaciones de *es* no se siguen de algo por procedimientos deductivos. Son propiamente estipulaciones lingüísticas respecto a la información recibida del mundo por canales que no son del caso discutir ahora; pero no se siguen deductivamente de éste. La razón para ello es la que de los hechos no se sigue el lenguaje; se sigue el sonido de la lengua y el fenómeno de la mente, pero no las afirmaciones lingüísticas del pensamiento —ulteriormente verbalizadas— las cuales son una representación subjetiva autónoma, y no un mero reflejo del mundo exterior. Las proposiciones no se siguen lógico-deductivamente de las cosas, son afirmaciones humanas, que sin embargo corresponden —o buscan corresponder— semánticamente con la realidad. Y las propiedades deductivas se predicán de los sistemas de lenguaje, *válidas* —o no— por su correspondencia lingüística interna; pero *verdaderas* —o no— por su correspondencia con las condiciones que puedan homologarse en la realidad. De las palabras sólo se siguen lógicamente palabras, así como de los hechos los hechos; cada cual en su propia «lógica» (lo mismo en sus interacciones). Sin embargo las palabras son nuestro vehículo para expresar las relaciones con el referente y pueden hacerlo en diferentes formas, por lo menos en dos: afirmando que algo *es*, o afirmando que algo tiene alguna *clase de valor* (suscita un sentimiento positivo o negativo para el sujeto) y por lo tanto es valioso o disvalioso promoverlo. Entendemos que a partir de esta distinción básica se ha construido todo el aparato de conocimientos descriptivos llamado «ciencia» así como el mundo tecnológico y por supuesto el mundo moral-normativo en el que nuestra existencia tiene sentido.

La posibilidad real —llámese física, psicológica o intelectual— de formular juicios de *deber ser* no puede discutirse, desde que esto es algo que los colectivos humanos vienen haciendo seguramente desde la aparición del pensamiento; el único problema es si se puede racionalmente aceptar la enunciación de los mismos como premisas de la sabiduría y actuación humanas, lo que aquí estamos denominando perentoriamente como el problema de la *legitimidad* para estatuir juicios morales autónomos en su formulación lingüística. Pero si lo que determina la legitimidad de un juicio es la cualidad de

⁴⁵ Esa verdad la puede el sujeto felizmente expresar en lenguaje pero mal podría, por supuesto, creer que esa verdad proviene de las deducciones del lenguaje y no de la realidad.

provenir de una inferencia deductiva, entonces, si no hay legitimidad deductiva para estatuir aserciones de *deber ser*, tampoco la habría para hacerlo con proposiciones del ser, y al contrario. Por tanto, tan legítimo es establecer premisas autónomas de *es*, como premisas autónomas de *deber ser* en la medida en que ambos expresan diferentes propiedades de la experiencia humana. El establecimiento de estos dos tipos de premisas ha de verse entonces como actos lingüísticos análogos y autónomos suscitados por la realidad, lo que no elimina, por cierto, que unos puedan sustantivamente servir de base para los otros a partir del intercambio de la información que portan. Entendemos que en esto reside, precisamente, la autonomía lógica y semántica de la moral, lo cual no conduce a postular inevitablemente la autonomía ontológica de la misma, ni su existencia en un mundo ajeno al de las circunstancias existentes, ni la imposibilidad de una fundamentación naturalista de la misma⁴⁶.

4. RESUMIENDO EL RECORRIDO

La revisión emprendida de las postulaciones de HUME principalmente en el *Treatise*, y la crítica de la filosofía del profesor MOORE, lleva a reparar que hay en la teoría de HUME numerosos e importantes aspectos implicados, que el propio HUME no termina de diferenciar, y que pueden estar en el origen de las pretensiones anti-naturalistas que a veces tratan de inferirse de su obra. HUME se ocupa al menos de los siguientes problemas:

a) ¿Pueden las ideas producir sentimientos? Para lo cual su respuesta es completamente negativa.

b) ¿Pueden las ideas producir acciones morales? También en esto es definitivo, aunque admite que bajo ciertas condiciones las ideas podrían «indirectamente» orientar las acciones morales.

c) ¿Se basa la moral en ideas abstractas o en sentimientos? Y definitivamente lo que HUME cree es que la moral depende de sentimientos.

d) ¿Pueden los sentimientos morales ser expresados en ideas? HUME no es suficientemente explícito sobre esto, pero procede sin duda en sus explicaciones sobre el supuesto de que la formación de principios morales es posible.

e) ¿Pueden las ideas morales (expresadas en proposiciones de *deber ser*), basadas en sentimientos, inferirse lógicamente de ideas (proposiciones) sobre el *ser*? HUME respondería que no, aunque la tesis no se postula por él en tono afirmativo, sino más bien irónico, como un cuestionamiento de lo que vendrían haciendo los filósofos tradicionales.

f) ¿Pueden las ideas morales basarse en principios abstractos o deben encontrarse estos por medio de la experiencia? HUME es explícito en negar lo primero, pero más implícito en sostener lo segundo. En el final no hay duda que reconocería, en el contexto de su teoría moral, que las directrices morales provienen de la experiencia.

Lo que es importante anotar aquí es que la respuesta a la pregunta e) no tiene implicancias para el resto. Esta afirmación, entendida como una verdad formal, convive

⁴⁶ PIGDEN, en SINGER, 1997: 426-427.

⁴⁷ PIGDEN, en SINGER, 1997: 427.

pacíficamente con el naturalismo moral prevalente en la filosofía del pensador inglés. Como afirma PIGDEN⁴⁷, la posibilidad de un naturalismo moral, no resulta afectada para nada por el razonamiento de HUME, y desde luego menos aún por las explicaciones de MOORE. El mito de la falacia puede considerarse saldado de este modo. Subsiste en cambio la cuestión de cuáles podrían ser ese tipo de hechos naturales sobre los cuales existe y puede fundamentarse la moral, si ello es posible.

Cualquiera sea el camino que pueda seguirse desde aquí (en el que desde luego hay importantes autores trabajando), lo que por ahora vale la pena anotar es que el breve recorrido intentado nos lleva a pensar que, cuando los filósofos creen que la moral no puede ser derivada de las circunstancias de la experiencia humana y de la vida en común, sino de alguna región lejana a la que sólo los filósofos tendrían acceso, ellos y no el sentido común, parecen estar equivocados.

LOS COSTES DE LA REPRESIÓN. UNA PARÁFRASIS CON DOS PEQUEÑAS VARIACIONES

Celestino Pardo

ESADE

RESUMEN. La progresiva revalorización de factores como el capital y el trabajo ha repercutido negativamente en los costes de las actividades irregulares, ilegales o delictivas, al elevar en términos absolutos el valor de los daños que sufren quienes las soportan y, en consecuencia, las expectativas de beneficios de quienes las realizan.

El crecimiento del riesgo de delinquir o infringir la ley, debido al aumento de las ganancias esperadas, es decir de la tentación para hacerlo, como no podía ser menos, se ha traducido, a su vez, inmediata e inexorablemente, en un incremento de las sanciones y reparaciones que los malhechores han de afrontar y en su caso abonar.

Ahora bien, a medida que aumenta la diferencia entre, por un lado, el beneficio esperado de las conductas irregulares y las penas con que se las amenaza, y, por otro, la retribución de los funcionarios que las aplican, inevitablemente, se eleva también el riesgo de corrupción; y, por tanto, la «tasa de descuento de la arbitrariedad de los Estados» que los mercados y, en general, los ciudadanos, han de soportar (y, en consecuencia, pagar).

A partir del trabajo ya clásico de Stigler-Becker se analizan las distintas variantes organizativas (o políticas represivas) que pueden ensayarse para rebajar el montante de esa tasa. Finalmente se apuntan algunas razones en favor de los sistemas de prevención que Calabresi llamó «específica»; especialmente los que sujetan el ejercicio de actividades potencialmente peligrosas a control o autorización previa.

Palabras clave: análisis económico del Derecho, Calabresi, Stigler, Becker.

ABSTRACT. The ongoing revaluation of factors as capital and work has affected negatively in the costs of irregular, illegal or delictive activities, because it absolutely increases the amount of damages suffered by those who have to put up with them and so the expectations of benefits of those who commit them.

The growth of the risk of committing a crime or to break the law (due to the increase of the expected profits) has caused as well an increase of the sanctions and repairs that those breaking the law have to face and pay.

However, the more it increases the difference between, on one side, the expected benefit of the misconducts and the costs of their punishments, and, on the other side the payment of the government employees who apply them, the more it raises the corruption risk, and so the «rate of discount of State's arbitrariness», that domestic market and individuals have to put up with.

From the classic studies of Stigler-Becker the different organisation variants are analyzed (the different repressive policies) that can be practised to reduce the total of the so called rate. Finally, some reasons are noted in pro of the prevention systems which Calabresi called «specific»; specially those that restrain the exercise of potential dangerous activities to previous authorization or control.

Keywords: economic analysis of the law, Calabresi, Stigler, Becker.

Dedicatoria

Entre las muchas virtudes del profesor GARZÓN VALDÉS, ninguna brilla con más intensidad que su contagiosa curiosidad. No hay muchas personas que cumplan como él con el adagio clásico de que nada de lo humano debe sernos ajeno. Su curiosidad sin límites, como buen filósofo, lo abarca todo o casi todo. Sus escritos y traducciones —ésta con particular evidencia— lo demuestran cumplidamente. Espero que esta paráfrasis, con dos pequeñas variaciones —bilvanadas con poco éxito— de un trabajo hoy ya clásico, generado extramuros de nuestra ciencia, no merezca totalmente su desaprobación.

1. No debería sorprendernos la frecuencia con que en la vida diaria se violan las leyes. Los economistas conocen bien las causas que explican la persistencia del crimen, el fraude y el delito. Nuestras aspiraciones y deseos van por delante de nuestros ingresos o recursos. Es por ello que, siempre que las ganancias esperadas superen las previsibles pérdidas, las metas u objetivos ilegales, por inmorales que puedan parecernos, nunca dejarán de ser perseguidas.

Dicho de otro modo. El montante de las pérdidas que soportan las actividades ilegales (y, por tanto, su carestía) depende de los esfuerzos que hacen los Estados para perseguirlas. Ahora bien, como las políticas de prevención y castigo generan costes, esos costes suben progresivamente a medida que crecen los esfuerzos de los Estados y como los recursos públicos son limitados, el fraude y el delito nunca podrán ser completamente suprimidos.

2. La lucha contra las actividades ilegales, por lo demás, se complica cuando, como pasa en muchos casos, las infracciones cometidas no generan víctimas, son éstas difusas o difícilmente identificables —o los eventuales daños que puedan producir sólo pueden valuarse con muchas dificultades.

La falta de víctimas —o al menos de víctimas conocidas— complica evidentemente las cosas. Las víctimas, porque deben ser compensadas, tienen interés en que se descubra a los culpables y, por ello, su presencia facilita, contribuye eficazmente, a su detención y castigo.

Las actividades ilegales o criminales, sin embargo, cuando faltan víctimas, no tienen por qué rendir siempre forzosamente más beneficios. Más bien sucede lo contrario. La amenaza de sanciones siempre retrae a posibles competidores de modo que, al final, se produce la extraña o curiosa paradoja, de que cuanto más eficaz es una prohibición, más atractiva económicamente se vuelve la actividad prohibida.

3. Se entiende ahora por qué, cuanto más perseguida esté una actividad ilegal, más peligrosos se vuelven quienes la realizan —o se benefician o viven de ella—. No cabe abrigar duda alguna de que, cuanto más perseguida esté una actividad, más elevadas serán las ganancias esperadas, pero cuanto mayores sean las ganancias, mayores serán también los incentivos para la ejecución de las conductas prohibidas.

Estamos, en efecto, ante una especie de círculo vicioso: cuanta más represión, menos competidores y por tanto más beneficios esperados; cuanto más beneficios espera-

dos, más atractiva se vuelve la actividad ilegal; cuanto más atractiva sea la actividad, mayor será el interés en realizarla; pero, cuanto mayor sea el interés, más difícil se volverá la aplicación de la ley.

4. También se explica ahora por qué no se persigue a todos los criminales con la misma intensidad. Precisamente porque la aplicación de la ley siempre es costosa, no todas las actividades prohibidas son perseguidas por el Estado o la sociedad con el mismo ahínco.

La aplicación de la ley hay que pagarla y, por ello, aun cuando los fines perseguidos puedan parecer igualmente valiosos, habrá diferencias en la intensidad de la represión aplicada siempre que el coste de su ejecución no sea, en cada caso, el mismo.

5. No sólo eso. La eficacia de las políticas represivas depende de más cosas que de la magnitud del esfuerzo comprometido por los Estados en la prevención y castigo de las conductas prohibidas. Existen otros factores que también juegan un importante papel:

i) En primer lugar, importa la relación que sin duda existe entre la varianza en los beneficios que pueden obtener los infractores por su conducta y la de los agentes públicos en sus retribuciones por hacer que las leyes se cumplan. Es un hecho fácilmente comprobable que el rigor en la aplicación de las leyes disminuye a medida que aumentan las ganancias de los malhechores. Los pequeños rateros, por ejemplo, suelen ser apresados con mucha más facilidad que los grandes delincuentes económicos o los criminales de cuello blanco.

ii) En segundo lugar, importa también la frecuencia con que los posibles criminales o malhechores entran en contacto con los agentes encargados de vigilarlos. La repetición habitual de la conducta transgresora —sobre todo cuando los beneficios a repartir son sustanciosos— facilita la colusión entre agentes públicos y delincuentes y, por tanto, la aparición de formas más o menos encubiertas de cohecho.

6. La repetición de los contactos, en efecto, multiplica las posibilidades de entablar negociaciones y, en consecuencia, de conseguir un trato de favor de Tribunales, inspectores y policías a cambio de las oportunas contraprestaciones que pueden ir desde pequeñas compensaciones por hacer la «vista gorda» hasta sobornos en toda regla.

Todo ello permite explicar por qué los delincuentes habituales y violadores sistemáticos de la ley tienen tendencia a organizarse. No cabe duda de que la facilidad de las organizaciones delictivas para establecer relaciones «provechosas» de colaboración con los agentes de la ley es muy superior que la que puedan tener, por separado, cada uno de sus afiliados.

7. En resumen, tanto mayor será la tendencia a la colusión entre los malhechores y sus vigilantes cuanto más elevados sean los beneficios esperados de la actividad prohibida.

Esta propensión se mantiene incluso aunque las infracciones generen víctimas perfectamente identificables; y se mantiene o acentúa porque —como los demandantes de ilegalidad a los agentes públicos son pocos y están organizados (constituyen casi verdaderos «monopsomios»); y, en cambio, los demandantes de legalidad, por las características de este tipo de «mercado», suelen ser muchos y están desorganizados, con casi

toda seguridad saldrán perdedores estos últimos en la puja entablada para conseguir unos e impedir otros la aplicación de las leyes represivas del Estado.

8. La causa está en que, a medida que disminuye el número de presuntos defraudadores, incrementan las posibilidades de colusión o contacto y disminuyen las posibilidades de detección. Ahora bien, siempre que decrezca el éxito de la detección; subirán inmediatamente los márgenes del negocio y, por tanto, también la capacidad de su titular para llegar a acuerdos ventajosos con los agentes o servidores del Estado.

Se entiende por que, con este panorama y bajo estas condiciones, parece poco recomendable permitir o dejar que los vigilantes de la ley puedan negociar directamente con los posibles transgresores (como pasa ya en el ámbito fiscal). No es ésta, sin embargo, la única razón que juega en contra: hay alguna más.

9. *En principio podría parecer indiferente que, quien cobre la condena o pena establecida, sea el Estado o su agente ya que la eficacia de la restricción sobre la conducta prohibida, siempre que la cantidad pagada sea la misma, es idéntica en ambos casos.* Lo que no quiere decir otra cosa que, en principio, no parecen existir obstáculos para que la organización de la represión del fraude y el delito pueda dejarse en manos del mercado.

En efecto, si el montante del soborno y de la sanción son equivalentes o iguales, los efectos disuasorios serán también forzosamente los mismos. Hay sin embargo excepciones que impiden una aplicación general de esa regla:

i) No será indiferente nunca si es el caso que existen víctimas, porque —al embolsarse toda la cantidad abonada por el culpable el agente sobornado— no se pagará a los perjudicados la totalidad de los daños sufridos.

ii) Pero tampoco es indiferente cuando —aún faltando víctimas identificables— la cantidad abonada al agente por el malhechor sea inferior a la cuantía de la pena que debía soportar; en estos casos el cohecho o soborno reducen la sanción —y, de paso, su eficacia o poder disuasorio— con lo que la sociedad en su conjunto soportará una pérdida neta.

10. Así las cosas todo se reduce a identificar aquellas situaciones en que la cuantía del soborno tiende a ser inferior a la de la pena o sanción que corresponde según ley.

Hay al menos uno en que tal consecuencia parece inevitable. Será, sin duda, inferior el pago al agente (con los correspondientes costes sociales por sobre-actividad infractora) cuando la competencia entre los guardianes de la ley rebaje el precio de su «colaboración» para que puedan prosperar los «negocios» de delincuentes y malhechores.

La negociación libre con los vigilantes, en estos casos, no sólo facilita el contacto repetido con los transgresores —y por tanto incrementa el peligro de que se establezcan acuerdos para burlar la ley— sino que, a causa de la estructura «oligopsómica» del mercado, forzará que los precios de esos acuerdos tiendan a la baja.

11. Así las cosas, parece que, en estas condiciones, de permitir a alguien negociar con los vigilantes de la ley, sólo debería permitirse a las potenciales víctimas. A nadie puede ocultársele, sin embargo, que esta completa inversión de la concesión del derecho a negociar (antes a los infractores, ahora a sus víctimas) supone una total y completa inversión del papel y función de los incentivos (y por tanto de la política represiva).

Lo que se trata de saber (y decidir) es si los efectos de esa inversión son positivos y, a lo que parece, todo inclina a pensarlo así. En efecto, el reconocimiento del derecho de negociar (y por tanto a elegir vigilante) sólo y exclusivamente a las víctimas,

i) Por una parte, promociona la colusión entre éstas y los vigilantes (lo que no perjudica el interés público sino, al contrario, como veremos, lo garantiza).

ii) Y, por otra, dificulta los acuerdos entre los vigilantes y los malhechores (lo que, como hemos visto, redundará en beneficio del interés general).

12. Por razones obvias existe una generalizada confianza en todas partes en que las víctimas, en su propio interés, tienen siempre la firme voluntad de que se cumplan las leyes.

No cabe duda de que, si se dejase en sus manos la persecución de los infractores y se les garantizase la indemnización de todos los daños, la cantidad de aplicación de la ley sería óptima (como pasa por ejemplo con el robo en almacenes o tiendas): estaríamos ante una especie de fiscales incorruptibles.

La mayoría de las víctimas, sin embargo, no tienen interés en transformarse en vigilantes directos del cumplimiento de las leyes porque el éxito en las tareas de investigación, acusación y condena de los presuntos culpables, exige la posesión de conocimientos especializados que, en la mayor parte de los casos, no son fáciles de adquirir.

13. Ahora bien, de lo que no cabe duda es que, si las víctimas tienen un indiscutible interés en que se les reparen los perjuicios sufridos, estimularán la aparición de eficaces guardianes de la ley que se dediquen profesionalmente a garantizar que ésta se cumplirá, que se encontrará a los culpables de burlarla y que se les castigará por las infracciones que hayan cometido.

Por lo demás, también aquí los acuerdos a que puedan llegar las víctimas y sus agentes no podrán versar sobre otra cosa que sobre el sistema de reparto de las penas e indemnizaciones, debidas por los culpables, que habría que distribuir (una vez reparados los daños producidos) en función del esfuerzo empeñado por cada parte (víctimas e investigadores) en la busca e identificación de los culpables. En consecuencia, como toda investigación tiene siempre un coste, el montante de las sanciones impuestas a los infractores (y por tanto la base del reparto) debe superar la cuantía de la compensaciones que corresponde pagar a las víctimas por los daños sufridos.

14. En la práctica, sin embargo este modelo (del «cazarrecompensas»), tan fascinante por su sencillez, no cuenta hoy con muchos seguidores. Hay razones poderosas que explican el rechazo. Así, por ejemplo, siempre que se persiga no tanto la represión del fraude como su prevención; es decir, cuando interesa la aplicación *ex ante*, no *ex post*, de la ley.

i) Primero, porque, en estos casos, siempre que no lleguen a consumarse los delitos o fraudes a causa del esfuerzo en prevención del agente o vigilante, faltarán los incentivos para investigar ya que no habrá indemnización que cobrar ni, por tanto, recompensa alguna que repartir.

ii) Segundo, porque siendo por hipótesis preventivo el control, no habrá víctimas efectivas sino sólo potenciales; lo que hará disminuir mucho el interés de cada miembro del grupo de riesgo en contratar y pagar los servicios de control o vigilancia (todos

tenemos dificultades para valorar adecuadamente la gravedad e importancia de los peligros de carácter colectivo y naturaleza futura o eventual).

iii) Tercero, porque las potenciales víctimas —puestas a elegir entre un coste actual y el riesgo de una pérdida futura, aunque sea grande— suelen inclinarse por esta última ya que, como es sabido, las desgracias siempre les ocurren, con más frecuencia, a los demás (complejo de «Fausto»).

15. No otra debe ser la conclusión cuando nos encontramos ante delitos o infracciones sin víctimas. Muchas de entre las variadas infracciones que se cometen todos los días carecen de víctimas conocidas, es decir, de víctimas identificables ni siquiera *grosso modo* (piénsese en la legislación de protección de las costas o el medio ambiente).

En estas condiciones, las dificultades para la negociación del acuerdo entre las potenciales víctimas (los grupos de riesgo) y los vigilantes se disparan ya que a los peligros típicos de una situación de «monopolio bilateral o multilateral» (proliferación de gorriones que se aprovechan de la prevención pero escurren pagar sus costes) habría que sumar los de por sí elevados costes de contratación cuando los beneficiarios del servicio (y por tanto posibles afectados o interesados en el acuerdo) son muchos y por encima difíciles de identificar.

Habría, por consiguiente, con toda seguridad, si se dejase la elección del controlador (y, por tanto, la misma práctica del control) a la iniciativa de las potenciales víctimas, una manifiesta infra-inversión en prevención con los consiguientes costes para el conjunto de la sociedad (retraimiento de la demanda como consecuencia del incremento de incertidumbre sobre la eficacia de la garantía estatal de los derechos).

16. Parece, por tanto, que —en beneficio de la colectividad, además de las posibles víctimas— cuando éstas son muchas y difíciles de identificar, los Estados deben implantar controles forzosos de legalidad o sistemas públicos de prevención. Los costes de funcionamiento del servicio deben soportarlos quienes van a ver mejorada su posición como consecuencia de la implantación de las organizaciones de control.

La razón de que la mayoría de los países carguen a los grupos de riesgo con el pago de los costes está en que la prevención revaloriza sus activos al incrementar la expectativa de su uso pacífico en el futuro. En efecto, el incremento del margen de riesgo que produce una deficiente protección presiona al alza el coste del seguro, disminuye en proporción las rentas futuras y, en consecuencia, reduce el valor de capitalización de los activos.

17. Esta opción, por razones obvias, se vuelve todavía más recomendable cuando para ejercer eficazmente la prevención sea necesario poner en acción, servirse, de potestades públicas o instrumentos de coacción cuyo ejercicio, en principio, está reservado al Estado.

Debido al delicado problema que plantea siempre la delegación en particulares de poderes públicos, es conveniente reservar su gestión a organizaciones o empresas previamente autorizadas o «habilitadas» debido al peligro de incurrir en sobre actividad, gastos superfluos (duplicación de actuaciones) o, lo que es peor, de adoptar medidas (represivas) incompatibles o contradictorias.

Hay otra razón que hace aconsejable la intervención del Estado. La intervención pública se vuelve necesaria para garantizar adecuadamente la solvencia de los agentes

responsables, debido a los cuantiosos daños (públicos y privados) que pueden ocasionar sus decisiones erróneas.

18. Ciertamente, si eliminamos la competencia entre los agentes, careceremos de una orientación segura sobre el gasto total óptimo en aplicación de la ley que debemos afrontar. Lo que sin duda constituye un defecto importante o grave pero no decisivo. Hemos visto un poco más atrás como en este punto las soluciones de mercado tampoco ofrecen muchas garantías.

Lo que sí, en cambio, estaríamos en condiciones de calcular, es cuál debe ser la retribución óptima de cada vigilante, juez o controlador. En principio, como los costes de investigación de las irregularidades en la ejecución de la ley son altos (ya que los mismos vigilantes tratarán por todos los medios de obstaculizar su detección) será necesario incrementar, para garantizar una eficaz ejecución de las leyes, las penas que hay que imponer a los inspectores en el caso de que incumplan sus funciones.

Una de las fórmulas ensayadas con notable éxito es la que propone pagar a los agentes algo más de lo que cobrarían en trabajos alternativos (es decir, con preparación, riesgo y esfuerzos similares) para, al mismo tiempo, amenazarles con el despido fulminante, incluso, por pequeñas o incluso insignificantes irregularidades.

19. La determinación de ese sobresueldo o prima no parece imposible. Según el modelo STIGLER-BECKER, estará en relación directa con los beneficios (procedentes de la corrupción) que puedan obtener los agentes públicos y en relación inversa con la probabilidad de detección (y por tanto castigo) de las irregularidades cometidas.

En concreto, cuanto más alto pueda ser el beneficio del agente corrupto (que esté dispuesto a pagar el infractor) y menor la posibilidad de detección, mayor sería la diferencia entre el sobresueldo y la mejor alternativa salarial que nuestro vigilante o agente está en condiciones de encontrar en el mercado.

Esta debería ser, pues, para un operador racional, la medida de la «tentación de la corrupción», y por tanto el precio a pagar por aquellos que desempeñan su oficio de forma incorrecta o negligente. El coste del despido (la pena con que se amenaza al agente poco escrupuloso) en el caso que se llegase a descubrir el cohecho, o su desidia o falta de interés, sería equivalente, por tanto, al valor del flujo de renta futura que dejaría de percibir.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

El trabajo clásico a que se hace referencia en la dedicatoria es evidentemente el de BECKER, G., y STIGLER, G., 1997: *La aplicación de las leyes, la corrupción y la remuneración de los jueces*, accesible en español, en FEBRERO-SCHWARTZ (recs.), *La esencia de Becker*, p. 503. La paráfrasis ocupa la primera mitad del presente escrito. Las variaciones, que después se permite, buscan amparo en la autoridad de CALABRESSI, G., 1984: *El coste de los accidentes (Análisis económico y jurídico de la reponsabilidad civil)*, pp. 107 y ss.

Es curioso que la moderna economía institucional haya resucitado viejas antítesis metafísicas o filosófico morales. La hipótesis de «racionalidad limitada», por ejemplo, no parece más que una toma de posición en la discusión tradicional sobre finitud/infinitud y precisamente a favor de la superioridad de la vida sobre el conocimiento (en Historia, de la llamada desde S. AGUS-

TÍN «heterogonía de las intenciones»). La inevitabilidad de los «costes de agencia», por su parte, sería una simple traducción al plano económico —y, por tanto, una prueba irrefutable— de la maldad de la naturaleza humana. La «tragedia de los comunes», por último, una derivada posterior de la misma premisa y por tanto del *bellum omnium*.

A lo que parece, quedan todavía muchos mediterráneos por descubrir. Sobre los costes de agencia, que es de lo que trata el presente escrito, es referencia obligada: FAMA, E., 1980: «Agency Problems and the Theory of the Firm», en *JPE*, 88: 288-307. Para las cuasi-rentas, KLEIN, B.; CRAWFORD, R., y ALCHIAN, A., 1978: «Vertical Integration, Appropriable Rents and Competitive Contracting Process», en *JLE*, 21: 297-326.

Sobre garantías de «calidad», y las dificultades para conseguirla —el otro motivo del escrito— disponible ahora en italiano: AKERLOF, G., 2003: «Il mercato dei “Bidoni”: la incertezza della qualità e il meccanismo di mercato», en *Racconti di un nobel dell'Economía. Asimetrica informativa e vita quotidiana*, pp. 7 y ss. Y sobre todo, siempre agudo: BARZEL, Y., 1987: «The Entrepreneur's Reward for self-Policing», en *EL*, 25: 103-116.

UNA PROPUESTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO*

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

RESUMEN. A partir de una determinada concepción del Derecho y de cierto diagnóstico sobre la situación de la filosofía del Derecho en los países latinos, se propone un modelo de elaboración teórica basado en la combinación de tres ingredientes: método analítico, objetivismo ético e implantación social.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, países latinos.

ABSTRACT. Starting from a particular legal conception and a certain diagnosis about the current situation of legal philosophy in Latin countries, the author proposes a model of legal theory based on the combination of three ingredients: analytical method, moral objectivism and social implantation.

Keywords: Legal Philosophy, Latin countries.

* El texto reproduce la última parte de mi intervención en el *Debate sobre el futuro del positivismo jurídico*, que tuvo lugar (el otro contendiente era Eugenio BULYGIN) en el 23º congreso de la IVR, celebrado en Cracovia en agosto de 2007.

1. Si el Derecho —como alguna vez se ha escrito— es «una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo», una práctica social, entonces la teoría del Derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de esa práctica. Una consecuencia de ello es que el teórico del Derecho no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de originalidad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica.

2. La elaboración de una teoría del Derecho completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, es una empresa de valor limitado. Pero, además, no es nada obvio que la teoría jurídica al uso, el paradigma anglo-americano dominante (positivista o no), sea verdaderamente general. Por eso, ante el riesgo cierto de que la globalización en la teoría del Derecho responda más bien a lo que se ha llamado la «globalización de un localismo», podría ser de interés desarrollar teorías del Derecho —digamos— «regionales», de acuerdo con los diversos círculos de cultura hoy existentes. El multilateralismo parece una estrategia deseable, y no sólo en el ámbito de la política internacional.

3. Los países latinos, de Europa y de América, constituyen uno de esos círculos culturales. Aunque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc., diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas, poseen una rica tradición de pensamiento jurídico y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica. En muchos de esos países la filosofía del Derecho ocupa hoy un lugar académicamente destacado, lo que explica que exista un buen número de cultivadores de la disciplina con un alto nivel de competencia «técnica». ¿Cómo explicar entonces que la producción iusfilosófica se limite en buena medida a comentar o discutir ideas y teorías surgidas en otros ámbitos culturales y destinadas también muchas veces a tratar con problemas característicos de esos otros ámbitos?

4. Lo anterior no es una invitación al localismo en la teoría del Derecho, sino a distinguir lo puro o fundamentalmente local y lo que tiene —o puede tener— un valor genuinamente general o universal (en relación, al menos, con el universo del Estado constitucional). Las teorías iusfilosóficas de ámbito regional podrían configurar una útil mediación ente lo local y lo universal y contribuir así a una globalización más equilibrada en la teoría del Derecho.

5. La filosofía del Derecho no es un género retórico, pero una forma equivocada de practicar la teoría jurídica consiste en desentenderse de quiénes son los destinatarios de los escritos iusfilosóficos y de quiénes pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos. Quizás no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del Derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno.

6. Otro error, que frecuentemente va de la mano del anterior, es el de olvidar que una teoría del Derecho sólo merece la pena si se ocupa de problemas relevantes y que

esa relevancia viene fijada por los intereses de la comunidad jurídica ampliamente entendida. Además de algún otro factor de carácter exógeno, no es absurdo pensar que la falta de atención a los problemas y a los destinatarios puede constituir la principal explicación de la insatisfactoria situación de la filosofía del Derecho en los países latinos: un (al menos en muchos casos) alto nivel de sofisticación técnica y una (en general) escasa influencia en la cultura jurídica y en la práctica del Derecho de sus respectivos países.

7. Un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho.

8. Positivismo jurídico y filosofía analítica no son, obviamente, términos sinónimos pero, dada la estrecha vinculación existente entre ambos, es razonable considerar que el método analítico es uno de los aspectos más valiosos que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica. Ese método suele cifrarse en el uso y aceptación de ciertas distinciones (por ejemplo, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, o entre explicar y justificar) que, por lo demás, no deberían entenderse en un sentido rígido: entre lo descriptivo y lo prescriptivo pueden existir «puentes» y explicar una decisión puede contribuir notablemente a su justificación.

9. Algo parecido puede decirse de la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, si bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al Derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso, las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo ético (y el relativismo, pero obviamente no como posición de ética descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); 2) es autofrustrante. La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles.

10. Los aspectos más valiosos de las teorías críticas del Derecho giran en torno a la necesidad de insertar el Derecho (y la teoría del Derecho) en el medio social y plantearse su potencial de transformación social. Esa concepción (o una cierta manera de entenderla) muestra así la necesidad de que la teoría del Derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social), asuma el carácter histórico del Derecho y de las categorías jurídicas y preste atención a los elementos desiguales e ideológicos del Derecho (también de los Derechos del Estado constitucional).

POSITIVISMO Y POSTPOSITIVISMO. DOS PARADIGMAS JURÍDICOS EN POCAS PALABRAS*

Josep Aguiló Regla

Universidad de Alicante

RESUMEN. El propósito del artículo es exponer —y contraponer— en diez tesis dos paradigmas jurídicos: el positivista (o legalista) y el postpositivista (o constitucionalista).

Palabras clave: paradigma jurídico, positivismo, legalismo, postpositivismo, constitucionalismo.

ABSTRACT. The purpose of this article is to expound —and to contrast to each other—, in ten theses, two legal paradigms: those of positivism (or legalism) and postpositivism (or constitutionalism).

Key words: legal paradigm, positivism, legalism, postpositivism, constitutionalism.

* Este texto viene a ser un resumen del Capítulo I de un libro que aparecerá en breve y que llevará por título *Sobre Derecho y argumentación* [Palma de Mallorca: Ed. Lleonard Muntaner, 2008].

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación SEJ 2007-64044/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

1. INTRODUCCIÓN

La expresión «constitucionalización del orden jurídico», en el sentido que aquí nos va a interesar, alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, que es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula «del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho» (o «del imperio de la ley» al «imperio de la constitución»), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista¹. El propósito de este artículo es exponer y contraponer de manera sucinta —y espero que clara— estos dos paradigmas jurídicos, el positivista y el postpositivista. Pero antes de entrar en ello, conviene —creo— precisar algo más qué se entiende por constitucionalización de un orden jurídico.

2. SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO

¿En qué consiste el proceso histórico (real) de constitucionalización del orden jurídico? Según Riccardo GUASTINI, este proceso es el resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden darse en mayor o menor medida en un orden jurídico determinado. La constitucionalización de un orden jurídico es, pues, una cuestión de grado, no de todo o nada. Estos factores mencionados por GUASTINI², interpretados con cierta libertad, son los siguientes:

1) El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales. Por rigidez de la Constitución (frente a la flexibilidad de la legislación) se entiende inmodificabilidad o resistencia a (dificultad para) su modificación. Se trata —según GUASTINI— de una condición necesaria y bien puede decirse que cuanto mayor sea la rigidez constitucional (la dificultad para el cambio del texto constitucional), mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.

2) Está prevista la garantía jurisdiccional de la Constitución. En realidad, al igual que el factor anterior, se trata también de una condición necesaria para la constitucionalización de un orden jurídico. Implica que la rigidez desemboca en una genuina je-

¹ «En mi opinión —escribe M. ATIENZA— el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del Derecho natural. Al igual que BLOCH escribió que «la escuela histórica ha crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia», hoy podría afirmarse que «el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución». ATIENZA, 2006: *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, p. 44.

² GUASTINI, 2006: *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Turín: G. Giappichelli editore, pp. 239 y ss. «En un orden jurídico no constitucionalizado —escribe GUASTINI— el Derecho constitucional [...] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial [...]); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, en estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas ...» (p. 240).

rarquía normativa y en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley. Se produce, además, lo que podríamos llamar «reserva de Constitución»: ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, sólo por Constitución.

3) Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan —independientemente de su estructura y de su contenido— como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de «normas programáticas», entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.

4) Se produce una «sobreinterpretación» de la Constitución. Es decir, se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos.

5) Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente. Por aplicación directa se entiende que todos los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Además, esta aplicación directa abarca no sólo las relaciones de Derecho público, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones de Derecho privado, entre ciudadanos (entre particulares).

6) Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. Esta característica no tiene que ver con la interpretación de la Constitución que, como ya se ha visto, tiende a ser extensiva, sino con la interpretación de la ley. De todas las interpretaciones posibles de una ley, el juez debe descartar todas aquellas que vulneren (o sean incompatibles con) la Constitución.

7) Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos. Esta influencia se traduce en que, entre otras cosas, *a)* los actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno; *b)* los conflictos y/o las disputas políticas entre órganos de distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales; y *c)* los jueces tienden a no mostrar actitudes de autolimitación o autorrestricción hacia las llamadas cuestiones políticas.

3. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA?

No hace falta extenderse mucho más en esta transformación porque creo no exagerar si digo que nadie niega esta evolución del constitucionalismo contemporáneo y este proceso de constitucionalización del orden jurídico. Ahora bien, una cosa es reconocer el «hecho histórico» del paso del «imperio de la ley» a la «constitucionalización de los órdenes jurídicos», y otra muy distinta es la valoración que se haga de este proceso de cambio. En este sentido, no son pocos los autores críticos con esta evolución y con esta deriva del constitucionalismo. Estos autores vienen a sostener que, en realidad, estos desarrollos están poniendo en crisis al Estado de Derecho mismo. Consideran que se están debilitando las exigencias normativas derivadas del «gobierno de las leyes» y que, en consecuencia, se está retrocediendo hacia esquemas vetustos vin-

culados al «gobierno de los hombres» (de las elites intelectuales y judiciales). El Derecho —en su opinión— está dejando de ser general (pues la aplicación de los principios constitucionales acaba desembocando en el Derecho del caso), claro (la aplicación de principios implica un razonamiento jurídico que no es puramente deductivo), coherente (los principios constitucionales son contradictorios entre sí y no cabe establecer prioridades estables entre ellos), etc. La crítica, en definitiva, consiste en afirmar que dicha evolución supone un retroceso «civilizatorio», pues se minan las bases sobre las que están contruidos los valores de la autonomía de las personas y de la seguridad jurídica, dando entrada a la arbitrariedad y al decisionismo en la aplicación del Derecho³.

Pero más allá de estos planteamientos críticos con esta evolución del Estado de Derecho, me interesa mostrar que dentro de la cultura jurídica se observa una división entre aquellos autores que afirman que los nuevos fenómenos jurídicos exigen la formulación de un nuevo paradigma teórico, y aquellos otros que niegan tal necesidad. Es decir, la cuestión está en determinar si para entender, explicar, enseñar, en definitiva, dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos, hay que proceder a una revisión o no del «paradigma» teórico que se fraguó en torno a la idea de «imperio de la ley». En aclarar si hay que redefinir o no el conjunto de conceptos con los que se arma (se construye) la imagen del Derecho. La disputa versa, en definitiva, sobre si los cambios que supone la constitucionalización del orden jurídico son meramente cuantitativos (de grado), en cuyo caso no hace falta formular un nuevo paradigma teórico; o si, por el contrario, se trata de cambios verdaderamente cualitativos que exigen una revisión profunda de los esquemas teóricos con los que se aprehenden y transmiten los fenómenos jurídicos. Prescindiendo de muchos detalles, a los primeros, es decir, a los que afirman la continuidad del paradigma, se les puede llamar positivistas o partidarios del paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como «imperio de la ley»; y a los segundos, a los que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, postpositivistas, neoconstitucionalistas o partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado constitucional.

A continuación, voy a exponer de manera concisa los esquemas conceptuales básicos sobre los que están contruidos estos dos paradigmas, tanto el positivista como el postpositivista. Para ello voy a formular un decálogo que me permita realizar una comparación entre ambos. Conviene, sin embargo, advertir algunas cosas: *a)* voy a exponer los dos paradigmas tratando de enfatizar las diferencias entre ellos; *b)* voy a presentar el paradigma postpositivista como una superación del paradigma positivista, de forma que la exposición de aquél presuponga siempre la de este último; *c)* la elección de las palabras para referirse a cada uno de estos paradigmas es discutible, pero lo fundamental radica no en la elección del nombre, sino en el reconocimiento de las diferentes implicaciones de cada uno de los esquemas conceptuales; *d)* la exposición, como se verá, tiene un cierto aire circular y, en consecuencia, el decálogo podría haberse iniciado por cualquiera de sus puntos.

³ En España quien mejor representa desde hace ya bastantes años esta línea de crítica es Francisco LAPORTA, quien ha publicado recientemente un libro imprescindible sobre esta cuestión. Cfr. LAPORTA, 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

4. DEL «IMPERIO DE LA LEY» AL «ESTADO CONSTITUCIONAL». DEL PARADIGMA POSITIVISTA (LEGALISTA) AL PARADIGMA POSTPOSITIVISTA (CONSTITUCIONALISTA)⁴

4.1. Del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas

A-Positivismo. El modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas. Por reglas hay que entender normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración. Las normas abiertas son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Las normas abiertas, al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas.

B-Postpositivismo. Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas). Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resul-

⁴ La exposición del paradigma positivista legalista —como se verá— es una exposición de lugares comunes de lo que ha sido la cultura jurídica construida en torno al «imperio de la ley» y que ha resultado dominante durante largo tiempo. En consecuencia, no voy a referirme a ningún autor en particular. Sin embargo, sí me parece conveniente a continuación realizar una enumeración de autores y obras que, en mi opinión, han sido particularmente relevantes en el diseño del paradigma postpositivista. Obviamente de ahí no puede concluirse que todos ellos suscribirían todos los puntos con los que yo voy a caracterizar este paradigma. Mi relación de autores y obras preferidos, en este sentido, es la siguiente:

ALEXY, R.:

— 1997: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 1997: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ATIENZA, M., 2006: *El Derecho como argumentación*, Ariel.

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del Derecho*, Ariel.

DWORKIN, R.:

— 1984: *Los derechos en serio*, Ariel.

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

— 1986: *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press.

FERRAJOLI, L.:

— 2001: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta.

— 2001: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta.

— 2007: *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Laterza.

MACCORMICK, N.:

— 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press.

— 2005: *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press.

NINO, C. S.:

— 1985: *La validez del Derecho*, Astrea.

— 1992: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea.

— 1996: *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press.

tados de un «balance, ponderación o compromiso» entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios.

4.2. Del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación

A-Positivismo. Entre las normas (las reglas) de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Dos normas son consistentes (lógicamente compatibles entre sí) cuando es posible cumplir ambas normas simultáneamente. Los conflictos entre normas son, pues, de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad de cumplimiento simultáneo de dichas normas. Los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de las dos reglas. Los criterios centrales para la resolución de dichos conflictos (antinomias) son los de *lex superior* (prevalece la voluntad de la autoridad superior), *lex posterior* (prevalece la voluntad posterior de la autoridad) y *lex specialis* (prevalece la voluntad más específica de la autoridad).

B-Postpositivismo. Entre las normas de un sistema jurídico no sólo se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Además de a la noción lógica de consistencia normativa (posibilidad de cumplimiento simultáneo), se recurre a la idea de coherencia valorativa. Diversas normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos; y son incoherentes, cuando esa unidad no se da. A diferencia de la consistencia, que es una cuestión de todo o nada, la coherencia es una cuestión de grado. La consecuencia más importante de la toma en consideración de estos dos tipos de relaciones entre normas es que puede ocurrir que el ámbito justificado de aplicación de una regla no coincida con el ámbito de aplicación descrito por la propia regla. En este sentido, las reglas pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes cuando hay un desajuste entre el ámbito de aplicación descrito por la regla y el ámbito justificado de aplicación de la regla. Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante ponderación.

4.3. De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos

A-Positivismo: Los enunciados jurídicos de derechos relativos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos. Decir que alguien tiene un derecho puede traducirse, sin pérdida de significación, a enunciados de deber de otro u otros sujetos. Derechos y deberes son, pues, correlativos.

B-Postpositivismo: En un sentido trivial, puramente regulativo (de guía de la conducta), es cierto que los enunciados jurídicos de derechos son traducibles a enunciados de deberes. Pero en términos justificativos la correlación entre derechos y deberes se pierde; y, por tanto, la traducción de los enunciados de derechos a enunciados de deberes transponiendo (invirtiendo) los sujetos sí supone pérdida de significación. En efecto, mientras que tiene pleno sentido afirmar que «alguien tiene un deber porque

otro sujeto tiene un derecho», no parece ocurrir lo mismo con la afirmación de que «alguien tiene un derecho porque otro tiene un deber». El «reconocimiento» de derechos justifica la «imposición» de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos.

4.4. Del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación

A-Positivismo. Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subsuntivo. La justificación por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla. La subsunción (el encaje) de casos concretos en casos genéricos puede generar desajustes entre unos y otros. Si miramos el desajuste desde la perspectiva del caso concreto, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de calificación (¿cómo se califican estos hechos?); y si lo miramos desde la perspectiva de la regla, del caso genérico, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de interpretación (¿qué dice la regla?). Esto quiere decir que los desajustes entre casos y reglas (entre casos concretos y casos genéricos formulados por las reglas) son esencialmente de naturaleza semántica, de relación entre las palabras y sus significados, entre los términos y sus referencias. La lealtad a las reglas es, pues, lealtad a su expresión y a su significado; es decir, es una cuestión centralmente semántica.

B-Postpositivismo. En el Derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios; y guiarse por o aplicar principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo, por cuanto desemboca en la formulación de una regla que permita resolver el caso. Ahora bien, lo realmente significativo no es que existan estas dos operaciones o que se haya producido un incremento cuantitativo de las ponderaciones en la aplicación del Derecho. Lo que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son sólo manifestaciones de voluntad), sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos. La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero éste no está compuesto sólo por reglas, también hay principios.

4.5. Del modelo de la oposición fuerte entre «crear» y «aplicar» normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas

A-Positivismo. «Crear normas» y «aplicar normas» son operaciones conceptualmente opuestas. Crear normas es una actividad centralmente política y/o moral, es de-

cir, extra-jurídica o para-jurídica. Es una cuestión de voluntad. Aplicar normas, por el contrario, es una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica. No es una cuestión de voluntad, sino de conocimiento. El legislador (el soberano) crea *ex novo* el Derecho (gobierno *per leges*) y los jueces (profesionales) aplican el Derecho (gobierno *sub lege*). Si quienes están llamados a aplicar el Derecho (los jueces, por ejemplo) enfrentan un caso no regulado, es decir, un caso en el que no hay una regla que lo resuelva, entonces actúan como legisladores, crean la solución.

B-Postpositivismo. No hay una separación tajante entre razonamiento político o moral y razonamiento jurídico. El razonamiento político del legislador se juridifica (es *sub constitutione*), pues la ley no es creación *ex novo*, sino desarrollo o concreción de principios constitucionales; y el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza (adquiere una dimensión práctica de la que carecía), pues incorpora un compromiso con los valores y los fines constitucionales (en definitiva, con los principios y/o derechos constitucionales). Esta modificación de las relaciones entre razonamiento político y razonamiento jurídico (el razonamiento político se juridifica y el razonamiento jurídico se politiza) se muestra muy claramente en el cambio que supone la sustitución del canon interpretativo de «Interpretación de la Constitución conforme a la ley» al canon «Interpretación de la ley conforme a la Constitución».

4.6. De los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas

A-Positivismo. El Derecho es «creado» y la existencia de las normas jurídicas depende de la ocurrencia de hechos contingentes de creación. Como consecuencia de ello, el Derecho puede tener cualquier contenido. El Derecho, pues, no se identifica por su contenido, sino por su forma. La identificación de las normas jurídicas es una cuestión formal. El origen de las normas (no su contenido) es el que determina su juridicidad. Todo el Derecho está basado en fuentes (hechos y actos creadores de normas) y es expresión de una racionalidad de tipo formal en el sentido weberiano de la expresión. La autoridad (quien dicta la norma), el procedimiento (la forma de la acción de dictar la norma) y la consistencia (la compatibilidad lógica) de la nueva norma con las normas superiores constituyen el entramado conceptual con el que se construyen los juicios formales de validez.

B-Postpositivismo. En el Derecho hay fuentes (hechos y actos creadores de normas), pero no todo el Derecho está basado en fuentes. Hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales, sino materiales. Éste es el caso tanto de las normas implícitas como el de las normas necesarias. La juridicidad de las normas implícitas depende de su coherencia valorativa con otras normas del sistema que sí son válidas formalmente. Pero además, en los sistemas jurídicos hay normas necesarias, hay normas materialmente válidas (por razón de su contenido) y cuya validez no tiene sentido remitirla a una o algunas normas formalmente válidas. Se trata de normas inderogables en el sentido de que su eliminación implicaría no el cambio de algunas normas, sino el cambio del sistema jurídico mismo. Piénsese, por ejemplo, en la legítima defensa o el estado de necesidad o en el principio de imparcialidad de los jueces: puede cambiar su regula-

ción, pero no es concebible su eliminación (derogación) del sistema jurídico. Vistas como principios, no como reglas, se trata de normas necesarias, inderogables. Y, lo más importante de todo, es posible que haya normas formalmente válidas (válidas por su origen) y materialmente inválidas (incoherentes valorativamente). El Derecho, en este sentido, se ha materializado o sustantivizado y, en consecuencia, ya no puede ser visto sólo como expresión de una racionalidad de tipo formal.

4.7. De la distinción «casos regulados/casos no regulados» a la distinción «casos fáciles/casos difíciles»

A-Positivismo. Conforme al modelo de las reglas y a la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas, la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre «casos regulados» (resueltos por el sistema de reglas) y «casos no regulados» (no resueltos por el sistema de reglas). Obviamente, la interpretación es determinante para concluir si un caso concreto es subsumible o no en una regla. Pero lo fundamental radica en que, conforme al modelo de las reglas, una regla es aplicable al caso o no lo es. Si hay regla aplicable, el caso está regulado, está resuelto; si no hay regla aplicable, el caso no está regulado, no está resuelto. Naturalmente hay técnicas utilizables para colmar las lagunas (las ausencias de regulación), pero todas ellas entran en el ámbito de la discrecionalidad de quien tiene que resolver el caso, es decir, del aplicador. Ahora bien, la discrecionalidad se concibe fundamentalmente como libertad del aplicador, esto es, como «permitido» elegir cualquiera de la opciones posibles. En este sentido, las decisiones discrecionales están más próximas a la creación de normas (son más una cuestión de voluntad y de preferencias) que a la aplicación de normas (conocimiento y subsunción). Ello es así porque entre las normas de un sistema jurídico sólo hay —según se ha dicho— relaciones de tipo lógico.

B-Postpositivismo. La distinción relevante no es ya la anterior (regulados/no regulados), sino la que opone los «casos fáciles» a los «casos difíciles». En el nuevo paradigma no hay casos relevantes no regulados, pues en los sistemas jurídicos no sólo hay reglas, también hay principios. Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudentia*, ponderar el Derecho para el caso). Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido permitido de elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades⁵. Por ello, cuanto más discrecional es un acto (menos reglado está) más justificación requiere.

⁵ Véase LIFANTE VIDAL, 2002: «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica», en *Doxa*, n.º 25: 424 y ss.

4.8. De la separación tajante entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del Derecho mismo

A-Positivismo. El lenguaje del Derecho, de las normas, es lenguaje prescriptivo y, en consecuencia, no tiene valor de verdad. Por el contrario, la ciencia jurídica es un metalinguaje descriptivo del lenguaje del Derecho, de las normas. La Ciencia del Derecho es, por tanto, discurso descriptivo y sus enunciados tienen valor de verdad. El presupuesto metodológico es que el Derecho es objetivable frente a los sujetos, de forma que éstos pueden observarlo y, en consecuencia, describirlo.

B-Postpositivismo. En el ámbito del discurso jurídico la oposición entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo se debilita en gran medida. La buena «ciencia jurídica» no gira en torno a la pretensión de describir con verdad un sector del sistema jurídico, sino que juega un papel más bien comprensivo y reconstructivo, práctico y justificativo. El «científico» del Derecho no es un mero observador de un objeto que está totalmente fuera de él y que, por tanto, es susceptible de ser descrito. Por el contrario, el jurista (tanto el teórico como el práctico) es un participante en una práctica social muy compleja, como es el Derecho, y en este sentido está comprometido con su mejora. El jurista, cualquier jurista (teórico o práctico) no es un mero observador de un objeto acabado que existe fuera de él; es, más bien, un participante en una práctica social que con su discurso y sus acciones contribuye al desarrollo y a la conformación de la misma.

4.9. De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del Derecho como práctica

A-Positivismo. El Derecho se objetiva en normas y en actos (o procedimientos). Esta idea está en la base de la clásica distinción entre estática jurídica (el Derecho es un conjunto de normas, el Derecho objetivo) y dinámica jurídica (estas normas cambian como resultado de actos y/o procedimientos jurídicos). Esta forma de objetivación del Derecho permite tratarlo como un objeto que está fuera de los sujetos que lo observan y/o lo usan. En consecuencia, es posible conocer su estructura y sus contenidos sin necesidad de realizar valoraciones de ningún tipo. La mera observación de hechos y actos es suficiente para la determinación de sus normas.

B-Postpositivismo. El Derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja y fluida que desborda por completo el anterior marco de objetivación. Se parte de la idea de que la existencia, la estructura y los contenidos del Derecho dependen radicalmente de las creencias de aquellos que usan el Derecho (ya sean aceptantes, participantes o meros usuarios). El Derecho no es, pues, algo que está fuera de los sujetos sin más, sino algo que depende muy centralmente de su propia práctica social. No hay, en este sentido, oposición entre la objetividad del Derecho (normas y procedimientos) y su práctica. Ello supone una revisión total de la noción misma de conocimiento jurídico, pues éste ya no puede pretender ser meramente descriptivo (sin implicaciones valorativas y normativas), y pasa a ser reconstructivo de una práctica social que, si bien está dotada de sentido, nunca es tan homogénea como para que, mediante observación, sea posible realizar sin más una descripción completa de la misma. Por otro lado, el Derecho como práctica presenta múltiples elementos que se hallan en una tensión inter-

na, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas, no a ser descritas.

4.10. De «enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)» a «enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades»⁶

A-Positivismo. El Derecho se objetiva en las reglas jurídicas; en consecuencia, conocer el Derecho es muy centralmente conocer sus normas, sus reglas. La enseñanza del Derecho, por tanto, debe organizarse de manera tal que se garantice que esa transmisión de conocimiento normativo se ha producido. Estudiar Derecho es aprehender reglas jurídicas de cada una de las ramas que lo componen. Por ello, los estudios de Derecho tradicionalmente han sido memorísticos (cuantas más normas se saben, más Derecho se sabe) e insulares (como se trata de saber normas jurídicas, no entran en contacto ni se entrecruzan con otros estudios). Estos planteamientos relativos a la enseñanza del Derecho (a las Facultades de Derecho), se han aplicado también como criterios para seleccionar a los juristas profesionales (excluido el ejercicio libre). Jueces, fiscales, abogados del Estado, notarios, etc., deben seleccionarse mediante una oposición en la que muestren la excelencia de su conocimiento del Derecho, es decir, la excelencia de su conocimiento de las reglas jurídicas.

B-Postpositivismo. El Derecho no son sólo reglas jurídicas. Pero, además, dada la tendencia al crecimiento exponencial de las reglas (cada vez se dictan más) y la tendencia a la volatilidad de las mismas (al cambio y a una existencia efímera), el conocimiento de las reglas resulta imposible, si pretende ser exhaustivo, e inútil, si pretende ser práctico. En este sentido, los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de las reglas. Lo relevante en la excelencia jurídica no es, pues, la acumulación memorística de reglas, sino una adecuada combinación de conocimientos normativos (reglas a la luz de los principios que las dotan de sentido) y del desarrollo de habilidades metodológicas orientadas a la solución de problemas jurídicos. «¿Cómo resolver un problema jurídico?» es el norte hacia el que debe tender la enseñanza del Derecho; es decir, el norte está en una enseñanza mucho más metodológica que memorística. Y, por lo que se refiere a las profesiones jurídicas hay que acabar con la «invisibilidad» y la «intercambiabilidad» a la que el peso imponente del imperio de la ley ha sometido a los profesionales del Derecho. Un buen juez, un buen fiscal, un buen notario o un buen abogado no es simplemente alguien que conoce las leyes y las usa para resolver casos. La concepción del Derecho como práctica, y no sólo como reglas y procedimientos, reclama el desarrollo de una cultura de las virtudes profesionales de los juristas.

⁶ Cfr. PÉREZ LEDÓ, 2002: «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 6: 197-268, recogido en PÉREZ LLEDÓ, 2006: *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis, Cap. II.

ENTREVISTA

DIÁLOGO ENTRE ULISES SCHMILL Y ROLANDO TAMAYO (ESCLARECIMIENTO DE ALGUNAS PERPLEJIDADES)

Ulises Schmill

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Rolando Tamayo

Universidad Nacional Autónoma de México

Nota de los editores: Como el lector puede ver, en este número de *Doxa* el lugar hasta ahora ocupado por la sección de entrevistas acoge un diálogo entre los filósofos del Derecho mejicanos Ulises SCHMILL y Rolando TAMAYO. La conversación «vertical» que implica el género de entrevista se ve así reemplazada por una conversación de tipo «horizontal», en la que los dos interlocutores se interrogan mutuamente y discuten sobre los aspectos que juzgan de mayor interés de sus respectivas obras y trayectorias. Nuestra intención es que en los próximos números de *Doxa* el género, más tradicional para nosotros, de la entrevista vaya alternándose, en proporciones que sólo la marcha de las cosas podrá determinar, con este nuevo género del diálogo.

Rolando Tamayo Salmorán: Ulises, sobre tu tesis de la provisionalidad del orden revolucionario, tengo la impresión que la expresión «provisional» no es del todo acertada. Entiendo muy bien que el «orden jurídico provisional» es un orden jurídico (quizás castrense o en estado de emergencia constante), pero un orden jurídico. El problema: ¿qué es provisional? La Academia de la Lengua señala que «provisional es algo que se hace, se haya o se tiene temporalmente». ¿Cuánto tiene que durar la beligerancia para que deje de ser «provisional»? Tengo la impresión de que en tu tesis de la existencia de un orden jurídico revolucionario, mientras persiste la lucha o la guerra revolucionaria, tiene carácter provisional; pero supongamos que los grupos beligerantes duran décadas ¿siguen siendo provisionales?

Ulises Schmill Ordóñez: No es correcta esta apreciación, pues no concuerda con los hechos históricos que he tomado en cuenta para formular mi tesis sobre la revolución. Como sabes, KELSEN analiza, correctamente, en mi opinión, el fenómeno de la revolución y determina el cambio jurídico que se opera con el triunfo de la guerra revolucionaria, relacionando todo esto con su postulado de la Norma Fundante Básica, como traduce VERNENGO la expresión alemana *Grundnorm*.

El problema que yo me he planteado y he intentado resolver jurídicamente, cuál es la naturaleza jurídica de la guerra revolucionaria, mientras la lucha armada está desarrollándose. Este tema no ha sido suficientemente analizado y he llegado a la conclusión de que una revolución, antes de que triunfe en un territorio determinado sobre una población específica, puede interpretarse como un orden jurídico, cuyos ámbitos de validez son variables, dependiendo de las plazas sobre las cuales ejerce dominio o de las personas que se encuentran sometidas a ese orden. Que los ámbitos de validez del orden revolucionario sean variables, puede pero no tiene que ser provisional.

Si por esta provisionalidad se entiende que puede dar origen a un orden jurídico claramente establecido con sus ámbitos de validez fijos y determinados, sólo en este sentido pudiera afirmarse que es provisional. Pero debe observarse que generalmente el orden jurídico revolucionario, de manera general, constituye el fundamento de validez del orden jurídico creado por los órganos del propio orden revolucionario o por los que se establecen con base en sus normas.

Esto es lo que aconteció, por ejemplo, con la revolución mexicana de 1913. Considero que el Decreto 1491 de la legislatura del Estado de Coahuila y el Plan de Guadalupe de Venustiano Carranza son la Constitución política del orden revolucionario, pues sus estipulaciones claramente pueden verse como normas jurídicas, que establecen los órganos del orden. Durante la guerra revolucionaria estos órganos dictan normas, emiten moneda, sancionan a los que realizan los hechos que son considerados delictivos, etc. Hay una multiplicidad de prescripciones que los órganos del movimiento revolucionario dictan y, en el caso de México, el propio Plan de Guadalupe fue reformado para convocar a un Congreso Constituyente. Estas reformas constituyen las normas positivas que fundamentan el establecimiento del Congreso Constituyente de 1916-1917 y, por lo tanto, son el fundamento de validez de la Constitución actualmente en vigor en nuestro país.

R.T.S.: Generalmente a un movimiento revolucionario es considerado un ilícito dentro de un orden jurídico. ¿Siempre es así?

U.S.O.: Puedo contestar tu pregunta de la siguiente manera: un hecho histórico puede ser analizado desde distintos puntos de vista o perspectivas teóricas: sociológico, económico, político, incluso biológico (como en el libro de Vernon REYNOLDS y Ralph TANNER *La Biología de la Religión*) y, claro está, también jurídico. Cada una de estas perspectivas, tomando en cuenta la determinación que cualquiera de ellas haga de un cierto fenómeno o hecho histórico, lo aplica o lo proyecta sobre el mismo, determinando las propiedades que su punto de vista considera interesantes o pertinentes y determina las consecuencias o propiedades que se pueden derivar de sus tesis fundamentales. El movimiento revolucionario lo podemos comprender como un fenómeno político o de poder, pero es posible aplicarle los conceptos fundamentales de la jurisprudencia, que se utilizan para describir los órdenes jurídicos establecidos o evolucionados sometidos a su consideración. No hay razón alguna que justifique la no aplicación de los conceptos jurídicos a un orden revolucionario. Lo contrario es lo que hace el anarquismo con un orden jurídico plenamente formado: se rehúsa a aplicar los conceptos de la jurisprudencia a ciertos hechos históricos.

R.T.S.: Tengo la idea de que formalizas el concepto jurídico de la revolución.

U.S.O.: Es muy exagerado decir que he formalizado el concepto jurídico de la revolución. He presentado un breve esquema de los enunciados jurídicos que describen un derecho positivo establecido y los que han de formularse referentes al orden revolucionario. Si quieres exponer en un enunciado jurisprudencial el sentido del orden jurídico o el significado del hecho de que un cierto hombre se encuentre en prisión un determinado número de años, tienes que partir, por lo menos, de la Constitución positiva de un orden jurídico. El enunciado jurisprudencial diría más o menos lo siguiente: supuesta la existencia de la Constitución positiva y que conforme a ella se llevaron a cabo diversos procesos legislativos estableciéndose el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales y conforme a estas leyes se llevó a cabo un proceso jurisdiccional que culminó en la emisión de una sentencia condenatoria a un sujeto X, puede afirmar jurídicamente que X debe estar varios años en prisión en cumplimiento de esa sentencia. Y así con los innumerables hechos de la experiencia jurídica. Debe observarse que los primeros eslabones de esta cadena normativa son constantes en la formulación de las reglas jurisprudenciales que dotan de sentido a los actos de la experiencia jurídica. Tengo entendido que tú tienes una concepción similar, cuyo origen, hay que decirlo, está en la teoría de KELSEN, en la parte que denomina «Nomodinámica». Pues bien, los enunciados jurisprudenciales que describen normativamente el significado de los actos que tienen lugar dentro del movimiento revolucionario, carecen de esos primeros eslabones de la cadena expuesta más arriba, pues no pueden referirse a la Constitución del Estado ni a sus leyes, sino que las cadenas normativas tienen, en las primeras posiciones, eslabones distintos y muchas veces dichas cadenas normativas son muy cortas en longitud. Ejemplo: supuesta la Constitución del orden revolucionario, como dijimos más arriba respecto del Plan de Guadalupe, y la emisión de disposiciones penales por el órgano establecido y el proceso y juicio de un sujeto, se dicta una sentencia de muerte al sujeto de marras y se le fusila ante un paredón.

R.T.S.: Ulises, en la *Reconstrucción Pragmática de la Teoría del Derecho*¹ introduces en tu texto, que es muy claro, un sinnúmero de fórmulas que creo perturban y oscurecen el argumento.

U.S.O.: Como te dije en una ocasión, no son fórmulas en el sentido matemático de la expresión; son esquemas en los que las palabras que ocurren en los enunciados normativos, fundamentalmente los nombres, han sido sustituidas por letras u otros signos, para un fácil manejo y referencia, siendo un modo muy económico de presentar una pluralidad complicada de conceptos y establecer sus relaciones recíprocas de manera perspicua.

R.T.S.: Me parece que tu manejo del concepto de derogación, si no es contradictorio me parece, al menos, paradójico. Creo que nos debes un esclarecimiento de tu concepto de derogación y explicarnos qué relación tiene todo lo anterior con la derogación.

U.S.O.: Ésta es una pregunta muy importante y sutil. Pareciera que una revolución derogara el Derecho o el Estado contra el que se dirige, pues lo sustituye y el Derecho anterior deja de estar en vigor, pierde su validez, de manera similar a como una norma pierde su validez, es decir, deja de existir, por virtud de la derogación. Sin embargo, es-

¹ México: Editorial Themis, 1997 (Colección Teoría del Derecho).

tamos en presencia de dos hechos jurídicos totalmente distintos. Déjame exponer primero mi concepto de la derogación. KELSEN tiene una teoría sobre la derogación que para mí no es aceptable. Dice que en la derogación nos encontramos con dos normas: la derogada y la derogante. Mientras que en la primera se establece un deber ser, en la segunda se establece un no deber ser. Considerando de modo estricto este concepto simplemente carece de sentido, pues si tomamos el «deber ser» como la imputación periférica de la que habla, el «no deber ser» carece de sentido o es una imputación negativa, lo que no es representable mentalmente. Todo el mundo tiene claro que una norma priva de validez a otra norma y ALCHOURRÓN y BULYGIN hacen consideraciones interesantes al respecto, dependiendo de si se sostiene una concepción hilética o una concepción expresiva de las normas. Creo que los problemas y su solución son más sencillos.

KELSEN ha observado que en algunas ocasiones los ámbitos de validez de la norma se encuentran indeterminados, como acontece cuando una norma establece la obligación de una persona moral o colectiva o cuando en un tratado se establecen obligaciones para un Estado. KELSEN dice que en estos casos, la indeterminación del ámbito personal de validez de la norma se elimina recurriendo al orden normativo constitutivo de la persona moral o del Estado, en el que se encuentra el sujeto individual que ha de realizar el acto obligatorio imputable centralmente a la persona moral o al Estado. Análogamente, en el caso de la derogación, encontré una indeterminación del ámbito temporal de validez de la norma, consistente en que se ha especificado la fecha inicial de vigencia, pero, en la mayoría de los casos, no se determina la fecha final de la validez de la norma. Las leyes, en sus artículos transitorios, establecen la fecha *inicial* de vigencia o validez de la ley, pero nada dicen respecto de la fecha *final* de su validez, es decir, del tiempo de su extinción. Creo que la derogación es la función jurídica que determina esta fecha final de validez de la norma en cuestión. La norma derogatoria no es una norma completa; es parte de la norma que deroga, creada en una fecha posterior. No hay porqué postular un «no deber ser», como una peculiar imputación negativa. También KELSEN dice que la norma derogatoria se refiere a otra norma para privarla de validez, pero es una norma que no regula conducta humana. Mi tesis evita este tipo de consideración, pues resulta entonces que hay normas que no regulan la conducta del hombre en sentido alguno.

Esta tesis mía también me explica la función de los órganos encargados de controlar la constitucionalidad o en general, la regularidad de un acto o una norma. En el caso del control de la constitucionalidad de una ley, por ejemplo, el órgano facultado para hacerlo, establece la fecha final de validez de la ley si determina como condición de ello su inconstitucionalidad. La nulidad de la ley se produce o significa que se ha determinado o establecido la fecha final de su validez cuando se ha constituido jurídicamente su irregularidad.

R.T.S.: Es bueno tener el resumen de tu tesis para reflexionar sobre ella y ver hasta qué grado me es aceptable. Esta tesis tuya de la derogación se conecta externamente con el concepto de la facultad. ¿En qué forma se lleva a cabo esta conexión?

U.S.O.: Creo que en gran medida coincidimos tú y yo en relación con el concepto de la facultad. Yo creo que es el concepto central de la jurisprudencia, incluso tan esencial como el de la coactividad para caracterizar al orden jurídico. La coactividad del Derecho se deja subsumir en el concepto de la facultad, convirtiéndose en uno de los po-

sibles contenidos de ella, pues las sanciones impuestas por los jueces y demás órganos estatales, son el contenido de facultades otorgadas por normas jurídicas positivas.

Considero que la facultad es el contenido de las normas positivas que establecen los actos de producción de otras normas y determinan su contenido. La norma positiva que establece la facultad de un órgano para emitir una norma o realizar un acto, ha de establecer al mismo tiempo todas las dimensiones de realización de los actos integrantes del proceso de creación de la norma inferior. Por tanto, la norma que establece la facultad ha de determinar el o los sujetos que realizarán cada uno de los actos del proceso, es decir, el órgano de creación de la norma, el tiempo y el espacio de realización de los actos respectivos y el contenido de todos y cada uno de dichos actos, que es la dimensión material de realización de cada uno de los actos respectivos. Esta dimensión material de realización de los actos integrantes del proceso de creación de una norma inferior es de gran importancia, pues es el sentido o significación de esos actos. La norma creada es el significado de dicho proceso. Como puedes ver, este concepto coincide plenamente con el expresado por KELSEN. Es muy importante resaltar la parte final de esta definición.

Una última observación sobre este tema. Dije que la facultad es un contenido específico de normas positivas. Esto es muy importante, por dos razones: si el objeto de estudio de la jurisprudencia son las normas positivas, entonces la facultad tiene que ser un contenido específico de esta clase de normas. No puede ser de otra manera, una vez que hemos tomado la decisión metodológica de concentrar nuestros esfuerzos explicativos a esclarecer el concepto y el funcionamiento de los órdenes jurídicos positivos. Pero tiene una implicación adicional: la reformulación de la Norma Fundante Básica de KELSEN, por un Principio Fundamental de la Jurisprudencia. Si la Norma Fundante Básica es, según afirmación expresa de KELSEN, un presupuesto lógico-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana, entonces no puede ser una norma, aunque sea ficticia, pues entonces se incurriría en una hipóstasis del presupuesto trascendental, al convertirlo en un elemento del objeto de estudio de la ciencia. KELSEN nos ha enseñado a prescindir y desenmascarar las hipóstasis, enseñanza que debemos aplicar ahora a su teoría de la Norma Fundante Básica. Lo que pasa es que el Principio Fundamental de la Jurisprudencia se proyecta sobre los hechos empíricos de la experiencia jurídica y de manera teórica se determina que lo que ha hecho el órgano constituyente es la creación de una constitución positiva, con lo que se posibilita la aplicación de todos los conceptos relacionados e implicados por el concepto de la facultad. Ciertamente, la postulación de una Norma Fundante Básica es un cómodo recurso expositivo, que tiene una simetría explicativa respecto de las normas positivas que establecen facultades. Es como si transitáramos de nuevo por un camino conocido.

U.S.O.: ¿Crees que hay coincidencia entre nuestras tesis sobre el concepto de la facultad?

R.T.S.: Creo que fundamentalmente estamos de acuerdo. Siguiendo de cerca las tesis de KELSEN puedo decir que la facultad describe una función fundamental del orden jurídico: precisamente la función de atribución o facultamiento de poderes (*Ermächtigung*), necesaria para la creación y aplicación del orden jurídico²; fundamental para en-

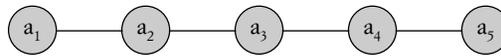
² *Teoría pura del Derecho, Teoría pura del Derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Editorial Porrúa, 1997 (reimpresión de la edición de la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de 1979, pp. 157-159).

tender el carácter dinámico del Derecho. Estas facultades son poderes específicos conferidos por el orden jurídico a ciertos individuos para participar en la creación del orden jurídico. En todos los casos públicos (jurisdiccionales o administrativos) o privados nos encontramos en presencia de una habilitación para crear normas jurídicas positivas.

El Derecho no es sólo un conjunto estático de normas de normas, sino es un «*continuum* de actos humanos que crean y aplican normas jurídicas». Esta concepción dinámica no siempre es hecha explícita. Sin embargo es siempre presupuesta en el trabajo cotidiano de la profesión.

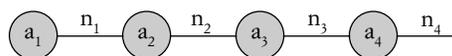
Los actos que crean el Derecho ocurren en diferentes momentos y en gran variedad de cadencias. No obstante, sus entidades, *i.e.* normas (y los actos que las crean y aplican), son interdependientes entre sí. Las entidades de un orden jurídico se encuentran relacionadas de tal forma que para que el orden jurídico opere es necesario que los actos que crean y aplican las normas se realicen en una secuencia que va de los actos jurídicos condicionantes (facultamientos) a los actos condicionados (aplicadores), conexión sin la cual la creación jurídica «escalonada» no es posible³.

Es fácil percibir que el concepto clave en esta secuencia es el de facultad. «Facultad» nombra la función que, *inter alia*, permite identificar (*i.e.* determinar) los actos y normas subsecuentes. Ahora bien, si los actos de aplicación están condicionados por otros, entonces estos actos pueden ser representados como una secuencia de facultamientos (*sit venia verba*) de actos jurídicos⁴.



Donde los actos a_1 son condición de los actos a_2 ; y éstos condición de a_3 , *et sit cetera*. No es difícil percatarse de que a_5 no condiciona ningún acto ulterior y, por tanto, es considerado las consecuencias de esta secuencia. A su vez, a_1 , la condición más mediata de las consecuencias, tiene la particularidad de no estar condicionada por ningún acto.

Los actos jurídicos crean y aplican normas. Aunque las normas no son sino el contenido de los actos jurídicos (que los crean), es posible representar el aspecto fáctico del Derecho conjuntamente con su aspecto dinámico. Esto me obliga a introducir más elementos en el diagrama:



³ Cfr.: *Teoría pura del Derecho*, pp. 232 y ss. En gran medida ésta es una reformulación de la tesis de Kelsen. Sobre la creación escalonada del orden jurídico, véase: OHLINGER, 1975: *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Viena: Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung.

⁴ Joseph RAZ llama a estas secuencias «cadenas de validez». En la construcción de estas secuencias de facultamiento he tomado de *The Concept of a Legal System* varias ideas (véase: *op. ul. cit.*, pp. 97-99).

Cada línea de unión representa una norma⁵ que faculta (habilita, autoriza) el acto que la aplica y el cual, a su vez, crea las normas que siguen en la secuencia. Así, n_1 autoriza los actos a_2 , cuya realización aplica n_1 y crea n_2 . Aparece la misma relación genética que permite determinar e identificar los actos y normas posteriores⁶.

R.T.S.: Ulises, de todos es sabido que la casi totalidad de juristas sostienen que en las constituciones de los Estados se establecen derechos fundamentales (también les llaman «derechos humanos»). ¿Estás de acuerdo con esto?

U.S.O.: Sí y no. Así como el concepto de persona es un cómodo recurso conceptual para expresar la unidad de una pluralidad de normas, sin tener que descender a los pormenores de las relaciones, derechos y obligaciones unificados, de igual manera creo que hablar de «derechos fundamentales» es una cómoda expresión para referirse a una situación jurídica que no se especifica ni se describe, que se encuentra en la base de esas afirmaciones.

Mira, Rolando, es sabido que el concepto del derecho subjetivo fue elaborado tomando en consideración los intereses de los sujetos sometidos a un orden de normas que exigen cumplimiento y ejecución. La pregunta central sería entonces para ese sujeto: ¿en qué me beneficia o perjudica, cuál es mi situación respecto de ese orden normativo coactivo que me exige obediencia y ejecución? En especial se hace énfasis en el beneficio que se puede obtener de ese conjunto de normas, lo que significa que la pregunta se transforme en esta otra: ¿cuándo puedo considerar ese conjunto de normas como «mi» derecho, como un Derecho que está a mi disposición y me beneficia? Los elementos que se consideran como respuestas a esta pregunta son la conducta lícita, los llamados derechos personales y reales, las autorizaciones y el poder o facultad. Salvo el último caso, todos los demás se dejan explicar por otros conceptos jurídicos distintos del «derecho subjetivo». La conducta lícita (o la licitud) es simplemente la ausencia de una norma que considera una cierta conducta como prohibida o lo que es lo mismo, la contraria como obligatoria. Respecto de una cierta conducta soy libre en relación con las normas del Derecho, que no la regulan en ningún sentido. HOBBS hablaría de la libertad como derecho. Ese derecho es «el reflejo subalterno» de la no existencia de normas que regulen la conducta. El caso de los derechos reales y personales se deja explicar con el concepto de obligación, en un caso de todos (*erga omnes*) y en otro de sujetos determinados e individuales. Son nuevamente el reflejo subalterno de las normas que obligan a todos a abstenerse de intervenir en ciertas cosas (derechos reales) o a sujetos determinados a realizar ciertas prestaciones a favor de ciertos individuos (derechos personales). Las autorizaciones, tal como yo utilizo esta expresión, se dejan explicar con el

⁵ «Norma» en el sentido de norma «unselbständige Rechtsnormen» («normas no independientes») (véase: KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 55 y ss. véase: *Teoría pura del Derecho*, pp. 68-70). Para KELSEN las normas propiamente hablando se componen de toda la secuencia (*cf. ibid.*).

⁶ «La relación entre una grada superior y una inferior en un orden jurídico —como entre una constitución y una ley o entre una ley y una decisión judicial— es una relación de determinación... [L]a norma superior regula el acto por medio del cual la norma inferior es creada (o simplemente regula la ejecución del acto de coacción... Al regular la creación de la norma inferior, la norma superior determina no solo el proceso mediante el cual la norma inferior ha de ser creada sino, posiblemente el contenido de la misma» (KELSEN: *Reine Rechtslehre* [1. Auflage] pp. 90-91; véase: *id.*, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, cit., p. 127; *id.*, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, cit., pp. 77-78; *id.*, *Reine Rechtslehre* [2. Auflage], pp. 346-349; véase: *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 349-351).

concepto de la prohibición general y su restricción o levantamiento a un sujeto en particular si ha demostrado ciertas condiciones. Está prohibido de manera general manejar automóviles o herir a las personas a menos que se obtenga una licencia de conducir al haber demostrado ante la autoridad mi pericia en el manejo de esos artefactos o de haber cursado y sido entrenado en una escuela de medicina. El concepto central es el concepto de prohibición general y su restricción o levantamiento a ciertas personas. Hablar de «derechos subjetivos» en estos casos es una forma de presentar las funciones jurídicas mencionadas desde el punto de vista de los intereses de los sujetos sometidos a las normas.

Una función completamente diferente y que no se deja explicar con otros conceptos fundamentales es el poder o facultad. Ya te dije lo que entiendo por facultad: el contenido de normas positivas que establece el acto o actos (proceso) de creación o producción de otras normas y determina su contenido. Si hacemos el mismo tipo de razonamiento utilizado en los casos anteriores, donde se habla de derechos subjetivos, respecto de las normas que establecen facultades, los llamados «derechos fundamentales» no son otra cosa que los reflejos subalternos de las normas que establecen facultades. Para entender cabalmente este concepto hay que exponer en detalle los elementos de las facultades que no son otros que la serie de actos que componen el proceso de creación de la norma, $a_1, a_2, a_3, \dots, a_n$ especificando las dimensiones personales, materiales, temporales y espaciales de cada uno de esos actos y relacionar esos elementos con los intereses de los sujetos a los que va a afectar la norma creada por ese proceso de producción normativa.

U.S.O.: ¿Cuál es tu postura en cuanto la obra de H. L. A. HART y de la *analytical jurisprudence*, en particular sobre tu postura sobre Joseph RAZ y, en virtud que tu traducción y tu larga estancia en Oxford, te acusan de un ortodoxo de las ideas de RAZ sobre razones.

R.T.S.: Ciertamente mucho me honra y dignifica que me asocien con la Universidad de Oxford; muchas cosas aprendí y sigo aprendiendo de HART; Pero guardo cierta distancia con respecto a varias de sus ideas. Ulises te contesto primeramente la última parte de tu pregunta porque mi relación académica con Joseph fue anterior.

U.S.O.: Bueno, ¿cuál es tu postura con respecto a RAZ y, en especial, con su teoría de razones?

R.T.S.: Mi primera aproximación hacia el trabajo de RAZ —quizás no lo creas— fue muy positiva y sugerente (entonces RAZ hacia filosofía del Derecho). A la sazón, yo escribía mi libro *Sobre el sistema jurídico y su creación*⁷. Juan REBOLLEDO (colega y amigo), quien sabía de lo que yo me ocupaba, en viaje en Inglaterra, halló el libro de RAZ: *The Concept of a Legal System*⁸ y me lo obsequió. Juan observó que desde el título (o mejor el subtítulo) existían ciertas semejanzas, alguna similitud en su estructura, conjunto de temas y un parecido en las gráficas que al menos, perseguían los mismos propósitos. El libro de RAZ era notablemente superior al mío, en redacción, datos y simbología. Este libro fue, en principio su tesis que dirigió el profesor H. L. A. HART. El

⁷ México: UNAM, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976 (Serie G: Estudios Doctrinales, n.º 16).

⁸ Oxford: Oxford University, at Clarendon Press, 1970.

libro me pareció un buen libro y lo traduje, como lo hizo el amigo y colega Paolo COMMANDUCI.

Durante el proceso de traducción, encontré muchos aciertos. La simple inclusión de AUSTIN y de BENTHAM es, sin duda un acierto. Aciertos también lo son la introducción de los criterios de identidad y de existencia de los órdenes jurídicos y el tratamiento de la estructura e individuación de las normas. Hace tiempo (no sé cuanto) participé en un Seminario dirigido por el «jefe» Ernesto GARZÓN, donde expuso con detalle y precisión las *Lectures of Jurisprudence* de John AUSTIN. Con ese conocimiento caí en cuenta de que el libro de Joseph no hacía justicia a John AUSTIN.

Un desacierto es el tratamiento simplista con el que RAZ exhibe a AUSTIN. El profesor de Londres es mostrado como un jurista inocentón que sostiene: «el derecho es un “mandato”» (con gran asombro de los juristas formados en la idea de que puede haber derechos antes o por fuera de un orden jurídico). RAZ procura mostrar los defectos del mandato, ignorando que son muchas las cuestiones que muestran que sus *Lectures of Jurisprudence* son una obra magistral; muy completa y con gran economía de conceptos.

El tratamiento de la obra de KELSEN no es mejor. Particularmente se distorsiona la complejidad y funcionamiento del orden jurídico que proporciona la teoría de KELSEN al someterlo a un esquema notablemente simple. RAZ sostiene que el concepto de la norma fundamental no satisface los criterios de identidad ni de unidad del orden jurídico, en la medida que uno la asume. RAZ pasa por alto un ejemplo muy ilustrativo de KELSEN. Supóngase que en una reunión de talentosos abogados que confeccionan un difícil contrato, que de repente, saltara uno o dos preguntando: «si el código y demás leyes que estaban aplicando eran válidas». Es claro que los abogados partícipes **asumen**, sin lugar a dudas, que lo que hacen es válido y tienen como válido el código que aplican. Es en virtud de que se asume que hay constituciones y códigos válidos.

Ahora bien, Ulises, en cuanto a mi postura sobre la tesis de Joseph de que las normas son razones. Creo que mi postura quedó manifiesta desde el *XVIII Congreso Mundial de la IVR* en mi ponencia «How to make Reason with Norms. Or How to Convert Norms Into Reasons.; or How Disentangle this Mess». A petición del profesor y amigo Manuel ATIENZA hice una versión en español⁹.

Regreso al hecho positivo de que varios aspectos de la teoría de John AUSTIN son tratados por RAZ. También introduce el concepto de «cadena de validez» con la que pretende dar cuenta de algunos problemas de la *Stufenbautheorie*. La introducción de la arborecencia sustituye con ventaja la idea de una estructura piramidal. La idea de la arborecencia, la tomé de RAZ (aunque la norma jurídica independiente ya había sido descrita por Carlos ALCHOURRÓN años antes). La diferencia con RAZ es que introduzco en esta arborecencia el concepto de facultad como «un facultamiento [condicionamiento] sucesivo» en la creación del orden jurídico. Este nuevo esquema de arborecencia empezó con mi libro *El Derecho y la ciencia del Derecho (Introducción a la ciencia*

⁹ ¿Cómo hacer razones con normas, o cómo convertir normas en razones o cómo desenredar este lío» (*Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. II, n.º 21, 1998, *Actas del XVIII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho*, Alicante, España: Universidad de Alicante, pp. 437-462 (junio 1999).

jurídica)¹⁰. Y continuó manteniéndola en la última reimpresión de *Elementos para una teoría del Derecho*¹¹ (3.ª reimpresión, de la 2.ª edición).

En cuanto a las tesis de RAZ sobre las razones y su división entre razones de primer orden y razones excluyentes y particularmente su tesis de que las normas jurídicas son razones, y si esa es su característica definitoria, la rechazo enfáticamente.

Movidos por la fascinación que irradia la argumentación y el razonamiento jurídicos, algunos autores han llegado al extremo de caracterizar a las normas jurídicas como razones (e incluso convertir al Derecho en mera argumentación). Al hacerlo cometen un tipo de falacia naturalista. Las normas (como cualquier cosa) pueden ser tratadas como razones (justificaciones) para la acción, pero es un error que por ese hecho se pueda pensar que las normas sean sólo razones.

Para los defensores de esta tesis cualquier cosa puede ser una razón. Llover es una razón para usar una gabardina. El problema es que no todo necesariamente es una razón para actuar. Que llueva en Kuala Lumpur, no es razón para usar gabardina, toda vez que me encuentro en México. ¿Qué convierte a un hecho en una razón?

No veo otra respuesta, que la siguiente:

x es una razón si, y sólo si, *el agente la toma en cuenta* para actuar o para abstenerme de actuar.

Piénsese, por ejemplo, en algo que ignoro ¿Cómo podría ser una razón para mi acción? Ciertamente, si en mi *deliberación* **tomo en consideración un hecho X** (sea acontecimiento o *dictum*), entonces éste se convierte en una razón para mi acción.

U.S.O.: Rolando, hablas en tu ensayo de una «regla de reconocimiento de razones». ¿Esta es una aplicación de la teoría de HART de la regla de reconocimiento para refutar a RAZ?

R.T.S.: A las condiciones que deben satisfacerse para que cierto hecho se convierta en una razón la llamo: «la regla de reconocimiento de razones». Esta regla no es más que un criterio de identidad de razones. En breve: se puede decir que algo es una razón si, y sólo si, es reconocida por el agente.

Si cualquier cosa puede ser una razón, entonces, sin duda, las normas (jurídicas), pueden ser razones. Pero, para que una norma sea una razón, tiene que satisfacer la regla de reconocimiento de razones. De esta manera, si yo **no** tomo en consideración a la norma N entre las razones para hacer φ (o para omitir φ), entonces dicha norma N definitivamente **no** es una razón para que yo haga u omita φ . Y, si no obstante, la norma N se me aplica, este es un «hecho que ocurre» (un hecho que me pasa), **no** una acción que yo hago.

De lo que anteriormente he dicho se sigue que existen dos diferentes criterios de identidad para dos diferentes clases de cosas.

Uno: Un hecho x se convierte en una razón si, y sólo si, el agente, reconoce a x como razón para actuar o para abstenerse de actuar.

¹⁰ México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984 (ISBN 968-837-366-4).

¹¹ México: Editorial Themis, 3.ª reimpresión de la 2.ª ed., 2005 (ISBN 968 454621 1).

Dos: *Un hecho x es N* (una norma jurídica) si, y sólo si, *N* es creada por una instancia creadora del Derecho *i.e.*, por el legislador *L* (*latissimo sensu*).

Esto significa que las normas, *per se*, no son razones, aunque pueden funcionar como tales en cierto contexto.

Que yo **reconozca** normas jurídicas como razones de mi acción no hace que **mi reconocimiento** se convierta en característica definitoria de las normas jurídicas. Puedo «entender» a las normas jurídicas como «motivos», «causas», «estímulos» o «razones», pero las normas jurídicas no son normas jurídicas por ser «motivos», «causas», «razones»; son normas jurídicas porque satisfacen la **regla de reconocimiento de normas**.

Recordemos rápidamente la objeción de *ignorantia iuris*. Las normas (jurídicas) funcionan como normas, aun cuando el agente no las conozca. Por el contrario, las normas jurídicas son razones porque el agente las convierte en razones. El agente **adopta** razones, cierto; pero, para que las normas jurídicas existan y se apliquen, no requieren ser adoptadas como razones por los destinatarios. Las normas jurídicas se aplican *ex auctoritas* y su ignorancia no excusa a nadie de su incumplimiento.

Si se puede perfectamente describir una norma (y los hechos sociales que la establecen) sin recurrir al concepto de razón para actuar, entonces las normas jurídicas y las razones para actuar son conceptos distintos y separados. Esa podría ser una individuación de «la tijera de Bentham».

Si el agente **actúa** sobre la base de *N*, entonces *N* es una razón que «vence» otras razones, y esto significa que habiendo sido considerada por el agente como una razón, una razón exitosa, una razón que supera otras razones. Por el contrario, si el agente, habiendo convertido a *N* en razón y ésta no es exitosa, esto sólo significa que *N* ha sido superada por otras razones.

Los defensores de las razones para actuar afirman que éstas pueden ocupar (al menos) dos diferentes niveles: Pueden ser (1) razones de primer orden u ordinarias o bien, (2) razones de segundo orden. Las razones de primer orden (u ordinarias) son **razones para la acción** o para abstenerse de la acción. Por el contrario, las razones de segundo orden no son razones para la acción (inmediata), sino razones para *seleccionar o excluir razones* para la acción.

Joseph RAZ da el siguiente ejemplo. Un padre le dice a su hijo: «compórtate como diga tu madre». Esta instrucción es una **razón para actuar por ciertas razones**: las instrucciones de su madre, las cuales, son también, razones. Supóngase ahora que el padre le dice a su hijo: «no te comportes como diga tu madre». En este caso, el hijo tiene una **razón para no actuar por ciertas razones**. RAZ llama a las razones de segundo orden negativas: «razones excluyentes»¹².

Una razón excluyente requiere que el agente ignore **clases de razones**. Los autores —de este orden de ideas— piensan que este es un rasgo característico de las normas jurídicas. Regresemos al ejemplo: Esta es una razón de segundo orden sólo **asumiendo**

¹² *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 16-17 (existe traducción mía: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 1982, pp. 31-32).

que la orden del padre haya sido considerada por Juan (el agente), primero, como una razón y, además, como razón excluyente.

U.S.O.: Las normas jurídicas no son ni pueden ser razones excluyentes, porque no establecen que deban desconocerse otras razones para actuar o abstenerse de actuar. Que puedan llegar a considerarse «razones excluyentes» puede derivar del hecho de que han sido establecidas por una autoridad u órgano jurídico y que, además, puede aplicarse al sujeto un acto coactivo en caso de incumplimiento.

R.T.S.: Sí, el carácter excluyente tiene que ser reconocido por el agente. Pero, si considero a las normas como razones, éstas no necesariamente se convierten en razones de segundo orden excluyentes. Ciertamente, puedo considerar a las normas jurídicas como razones excluyentes. Pero, sólo lo puedo hacer cuando al ser consideradas en mi deliberación para actuar, las acepte como razones de segundo orden que me requieran que *ignore todas las razones que estas razones excluyen*. Si es así, resulta claro que esto funciona porque **yo** (el agente) lo hago, no porque sea cualidad intrínseca de las normas jurídicas ser razones y, menos, necesariamente excluyentes.

Veamos una versión un tanto diferente («el caso del tazón de avena»). Supongamos una instrucción del padre que dice: «Juan actúa siempre como dice tu madre y no tomes en cuenta ninguna otra razón que pudieras tener». El espectro de posibilidades es el siguiente: 1) Juan puede ignorar totalmente la instrucción de su padre. 2) Juan puede considerar la instrucción de su padre como razón ordinaria. 3) Juan puede adoptar la instrucción de su padre, reconociéndola como razón y considerarla, como razón excluyente.

Durante cierto tiempo Juan considera la orden de su padre como una razón excluyente y siempre que su madre ordena algo actúa en base a lo que ella dice, ignorando cualquier razón en contra que él pudiera tener. Pero, un buen día, la madre de Juan le dice que ingiera un tazón de avena. Esto fue el límite. A partir de entonces, Juan **decide** desobedecer sistemáticamente; desde entonces actúa en base a sus propias razones para no comer avena: la avena se ve horrible, huele horrible y sabe horrible.

Desde que Juan empezó a actuar en base a sus propias razones, la instrucción de su padre, *eo ipso*, perdió su carácter de razón excluyente. No fue fácil para Juan desobedecer a su madre adorable, aunque fue más difícil desobedecer a su estricto y severo padre (Juan sabe muy bien las consecuencias que esta desobediencia le acarrea). Sin embargo, desde ese día, Juan no comió más avena; sin importar lo que pudiera venirle.

Según RAZ las normas jurídicas son razones excluyentes y si pierden este carácter pierden, también, el carácter de normas. Si una razón no es una razón excluyente, no es una norma¹³. Pero ¿esto es así? Supongamos que le preguntamos a Juan. ¿Crees que la orden de tu padre ha desaparecido? ¿que ya no existe? ¡Por supuesto que no! La orden existe; es precisamente la orden que Juan **desobedece**.

Es realmente extraño, que en el caso de nuestro ejemplo, el rasgo característico de las normas —como afirman los defensores de esta tesis— pueda ser eliminado y que, sin embargo, continúen siendo normas. Esto recuerda la objeción de *ignorantia*

¹³ E.g.: el propio Joseph RAZ (*cf.*: *ibid.*).

iuris: en donde su ocurrencia revela que las normas son normas, aun cuando no sean consideradas razones excluyentes o, incluso aunque no sean consideradas razones en absoluto.

Lo que pasa con Juan y con su padre pasa igual con una norma jurídica, por ejemplo, con una resolución de un juez. Simplemente supóngase que la instrucción del padre es una decisión judicial que ordena a la parte convicta a pagar una suma de dinero (y que ignore, *ab obvo*, cualquier otra razón que pudiera tener). El espectro de las posibilidades de la parte perdedora es exactamente igual al que enfrenta Juan, a saber: 1) Puede ignorar por completo la sentencia (y volverse recalcitrante como lo fue Juan). 2) Puede considerar la decisión del juez, pero sólo como razón ordinaria, considerarla pero esta razón puede ser vencida por otras razones que pudiera tener. 3) El convicto es un *capo* y decide, por razones prudenciales, someterse al Derecho.

Joseph RAZ proporciona otros ejemplos los cuales, de alguna manera, contrastan con el que he analizado anteriormente. Sólo haré un comentario sobre el caso Jeremías.

Jeremías es un soldado. Su superior le ordena tomar un vehículo que pertenece a un civil. Jeremías, en el caso que analizamos, está consciente de que tomar el vehículo es un exceso y conoce mejores formas para lograr lo que su superior quiere. Sin embargo, Jeremías es un buen soldado y, no obstante sus propias consideraciones, recuerda que «...órdenes son órdenes y deben ser obedecidas aún sean equivocadas»¹⁴.

La noción de razón excluyente es claramente descrita en el ejemplo. Sin duda podemos distinguir la orden de un superior que funciona excluyendo todas las razones, excepto ella misma.

Este caso difiere del caso de Juan y su padre. En este caso existen dos instrucciones diferentes. La primera, la del padre y, la segunda, la de la madre. Consecuentemente, tenemos dos tipos de instrucciones, emitidas, incluso, por dos **diferentes** sujetos, en dos **diferentes** momentos. Si ambas instrucciones (que son dos hechos completamente diferentes) satisfacen la regla de reconocimiento de razones, ambas funcionan como razones para el agente. En el caso del soldado (como en los otros dos ejemplos), **no hay dos actos de emisión de instrucciones**: la orden del superior constituye una sola y única razón que el agente tiene que enfrentar (Una razón **externa** a las razones que tienen que ser pasadas por alto o excluidas). RAZ señala que «... **el mismo hecho... es, al mismo tiempo, una razón para la acción y una razón [excluyente] para pasar por alto las razones en su contra**»¹⁵. De esta peculiar opinión resulta un lío.

En el caso Jeremías dos aspectos entran en juego. El primero, la orden dictada por el superior: «soldado tome el vehículo»; el segundo, **el hecho de que uno tiene que pasar por alto todas las otras razones** (de primer orden) **en contra**. Lo difícil de aceptar de esta tesis es que este último aspecto se encuentre inserto en la orden «soldado tome el vehículo» dada por el superior.

En el caso de Jeremías no es problema separar los **dos niveles de razones**. Uno: la orden dada por el superior y la proposición: «**las órdenes (militares) deben ser obedecidas sin considerar sus propios méritos**» (una razón de segundo orden). Esta última

¹⁴ Cfr.: *Practical Reason and Norms*, cit., p. 38 (*Razón práctica y normas*, cit., p. 43).

¹⁵ *The Authority of Law*, cit., p. 18 (*La autoridad del Derecho*, cit., p. 33).

razón, sin duda, es parte de la situación peculiar que hay que destacar: Jeremías es soldado. Si no fuera así, ¿de dónde hubiera sacado Jeremías la idea de que «las órdenes son órdenes» y que él tiene que obedecerlas?

La orden del superior podría haber sido ciertamente ignorada si Jeremías, no siendo soldado, hubiera podido desentenderse de la situación. Pero, siendo soldado, Jeremías ni siquiera puede ponderar otras razones para decidir; éstas no fueron consideradas por Jeremías **porque Jeremías, previamente, adoptó otra norma (una Grundnorm):** «como soldado debo obedecer las órdenes (militares) sin considerar sus propios méritos». Ésta es una razón que deviene fundamental la cual, desde que la adopta Jeremías, gobierna su comportamiento como soldado.

Esto es así desde que Jeremías decide **jugar el juego del soldado**¹⁶. El dicho «órdenes son órdenes...» interviene decididamente en la consideración de Jeremías porque es una consecuencia que se sigue de jugar al soldado.

U.S.O.: Rolando, vuelvo sobre la pregunta anterior. Tu hablas de «jugar con las reglas del juego». ¿No es esto una forma de expresar la autoridad y la validez objetiva del Derecho? La metáfora del juego es muy ilustrativa, pero puede prescindirse de ella.

El uso de la expresión «juego» en esta última frase no pretende ser una exagerada metáfora (pensemos en el drama griego y en el papel dramático que hace un individuo en la vida social). Más bien su uso tiene la intención de mostrar qué tanto el juego nos permite entender la aplicación de normas (u otras directivas)¹⁷.

Desde antiguo «juego» (del *L. jocus*) y sus equivalentes nombra un conjunto de acciones con sujeción a reglas (donde los participantes se esfuerzan por ganar). El uso habitual de la expresión «las reglas del juego» sugiere la idea, prácticamente indisputable, de que los juegos tienen reglas. Varios autores han explicado con éxito cómo funcionan las reglas de los juegos¹⁸.

El juego es un universo limitado: **El juego sólo se juega con jugadas del juego**. De hecho, esta sería algo así como la *Grundnorm* o, mejor, la *Grundregel* (i.e. «regla fundamental») de los juegos. Pues bien, es precisamente la adopción de esta *Grundregel* lo que nos hace excluir todo aquello que no es jugada del juego.

Volvamos al «juego del soldado». Jeremías enfrenta **dos diferentes situaciones en tiempo**. La primera, la decisión de «jugar al soldado»; la segunda, la orden del superior¹⁹. Jeremías obedecerá las órdenes de su superior mientras continúe «jugando al soldado». Jeremías puede abandonar (él puede desertar e, incluso, resistir a la autoridad).

¹⁶ Puede ocurrir que la decisión de «jugar al soldado» no sea siempre completamente «libre», como sucede en los casos de reclutamiento forzoso.

¹⁷ No me puedo detener aquí para hablar de esto, pero más bien el juego puede ser considerado como una metáfora de la vida social. El juego es como el drama y la comedia, una forma de representar la vida.

¹⁸ Un buen ejemplo es el excelente libro de ROBLES MORCHÓN, G., 1988: *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del Derecho*, México: UNAM; Instituto de Investigaciones jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, n.º 14).

¹⁹ Aunque estas dos diferentes situaciones se dan generalmente en dos diferentes momentos, puede ocurrir que estos dos momentos se presenten prácticamente de forma simultánea. Como podría ser el caso de una adhesión a un líder a quien se sigue de inmediato. Sin embargo, es fácil observar que la decisión de «tener a alguien por su líder» y obedecer sus órdenes son dos hechos totalmente distintos. Como lo son «jugar al soldado» y las órdenes de sus superiores.

Este «juego» es fácil de jugar (en el sentido de que es fácil entender cómo se juega). Como cualquier otro juego, este juego se juega realizando «jugadas del juego», *i.e.* obedeciendo las órdenes militares superiores.

En contraposición con esto, RAZ considera la orden del superior (una sola razón) como si fuera al mismo tiempo una razón de segundo orden y una razón de primer orden.

No cabe duda que en casos como el de Jeremías es indisputable que la razón ordinaria presuponga la regla fundamental del juego²⁰. Sin embargo, **el hecho de que una razón presuponga a otra no es suficiente para tratarlas como si fueran una y la misma.**

La construcción de esa «razón duplex» es realmente una entidad extraña. Pero, ¿cómo podría una orden militar (*i.e.* una «jugada del juego castrense») obligar a quien no es soldado (para quien no juega ese juego)? Pero, aún peor ¿cómo es que la orden del superior pudiera establecer la *Grundregel* de un individuo que, como Jeremías, decide «jugar» al soldado?

¿Por qué convertimos normas en razones (para la acción)? La respuesta es simple: «para jugar juegos». Para jugar juegos usamos reglas (normas). Existen, sin embargo, actividades humanas que no se llaman «juegos» y que usan normas. Por ejemplo, el Derecho.

Voy a sostener la tesis de que la argumentación y, en particular, la argumentación jurídica, puede ser descrita en cercana analogía con **jugar juegos**. Al menos con el de Jeremías, cuando decide **jugar al soldado**.

Supongamos que el padre de los anteriores ejemplos decide jugar ajedrez con Juan, su hijo. El padre, irritado por el curso que ha tomado el juego decide mover su «rey» cinco cuadros de manera diagonal, arguyendo que si los «alfiles» lo pueden hacer, el «rey» no puede hacer menos. No obstante el «impecable» argumento del padre, Juan descalifica la acción diciendo que **no es una jugada del juego**. Más tarde, el padre de Juan objeta airadamente un «enroque» realizado por Juan, arguyendo que es injusto toda vez que él estaba atacando ciertos cuadros y, ahora, el «enroque» hace que sus jugadas sean completamente inútiles. A esto Juan contesta que el «enroque» **es una jugada del juego**. Después de esto, el padre de Juan pierde un peón por una captura «al paso». El padre, alegando que ignoraba que se pudiera «comer al paso» reclama la devolución de su peón. Juan dice que «comer al paso» es **una jugada del juego** y, por tanto, la jugada se mantiene. Manifiestamente incómodo el padre de Juan interrumpe el juego diciendo a su hijo: «estoy harto de tu estúpido estribillo: “jugada del juego”. ¡Vete a tu cuarto! Voy a continuar el juego con “jugadas” de mi propio juego. En esta casa soy yo quien decide qué es una “jugada del juego”». Sin embargo, el padre de Juan sabe perfectamente bien que esto no es verdad y que si quiere ganarle a su hijo un juego de ajedrez, la única manera de hacerlo es usando únicamente «jugadas del juego» y no con autoridad paterna.

Juan, prudentemente, se fue a su cuarto jugando el juego del «hijo obediente», sabiendo que el ajedrez, como cualquier otro juego, se juega **exclusivamente con jugadas reconocidas como jugadas del juego**.

²⁰ Una orden realmente primera, dada por el primer líder sobre la tierra, aunque sea una y misma orden, presupone una norma fundamental: «obedece al primer líder (y pasa por alto otras razones)». Ésta es la única forma de que alguien sea primer líder. Si algunos hombres le obedecen es porque han adoptado la norma fundamental: una norma que no fue establecida por el primer líder.

La moraleja de este ejemplo es que cuando **decidimos** jugar juegos adoptamos la regla fundamental del juego la cual podría formularse como sigue:

Juega sólo con jugadas del juego y pasa por alto cualquier razón que puedas tener.

Las «jugadas del juego» son identificadas por las reglas que constituyen el juego (las reglas que lo gobiernan)²¹. De esta forma, la regla fundamental del juego puede ser reformulada como sigue:

Al jugar juegos, actúa únicamente sobre la base del conjunto de reglas que identifican sus jugadas (y, *ab obvo*, ignora cualquier otra consideración)

Lo que los jugadores (*quae* jugadores) hacen con las reglas del ajedrez o con las reglas de cualquier otro juego, algunos individuos (en su mayoría, miembros de la profesión jurídica) lo hacen con las normas jurídicas cuando *deciden* jugar el juego de la «argumentación jurídica» y **adoptan la correspondiente norma fundamental**.

Es muy importante tener en mente que una cosa es considerar a las normas desde el punto de vista de un destinatario y muy otra jugar a «la argumentación jurídica». En este «juego» los jugadores tienen que pasar por alto todo tipo de razones salvo uno: el que constituye el punto de vista jurídico. El punto de vista jurídico es proporcionado por las normas jurídicas que gobiernan el «juego».

U.S.O.: Bueno, ahora dime tu postura con respeto a H. L. A. HART y en general a la *analytical jurisprudence*.

R.T.S.: Estimado Ulises, como te he dicho, mi posición con respeto a la *analytical jurisprudence* y la obra de HART es de respeto y admiración. La *analytical jurisprudence* dio ocasión a replantear preguntas y permitió a la teoría jurídica escaparse del fantasma que lo encubría: el lenguaje iusnaturalista y metafísico. Ciertamente, la *analytical jurisprudence* ha recibido muchos beneficios de la moderna filosofía analítica y del análisis del lenguaje llevado a cabo por diferentes disciplinas. Sin embargo esta corriente del pensamiento jurídico se mantiene fuertemente ligada a sus orígenes. La *analytical jurisprudence* es una forma de positivismo jurídico y, como tal, comparte rasgos característicos de otras formas del positivismo.

Propiamente hablando el primer tratado sistemático de esta corriente del pensamiento jurídico se debe a John AUSTIN (1790 1859), el más preclaro jurista inglés del siglo XIX, aunque no minimizo la influencia que haya podido tener BENTHAM en su obra.

Ciertamente, el análisis del lenguaje en que el Derecho se formula y las operaciones intelectuales que realizan jueces y abogados es necesariamente un estudio de derecho positivo. Ulises en razón del espacio no puedo desarrollar tu pregunta de por qué hablo del *modicum* de derecho positivo presente en la dogmática jurídica y en los usos de la profesión. Basta señalar que cualquiera que sea la doctrina que se tenga, un tomista, un troskista, un anarquista y un positivista, cuando se trata de aplicar *v. gr.* lo tendrán que hacer de conformidad con las prácticas de la profesión. Tendrán primeramente que determinar el derecho aplicable para ello deberán probar que existe

²¹ Sobre este particular, véase: ROBLES, 1988: *Las reglas del Derecho y las reglas del juego*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas; SCHAUER, 1991: *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of the Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Oxford University Press.

(que ha sido puesto, que no ha sido derogado, que no hay caducidad, que no ha prescrito, ni precluido). Esto es, cuando hacen de juristas, su credo y sus ideologías tienen que dejarse de lado.

AUSTIN al analizar las nociones en uso en el Derecho inglés, delimitó el campo (*the province*) de la jurisprudencia, que no puede ser otro más que el derecho positivo. Para ello era preciso establecer un claro deslinde para delimitar el Derecho y trazar una línea divisoria entre el Derecho y la moral línea que, consideraba AUSTIN, estaba oscurecida por las doctrinas del Derecho natural.

Ulises, tengo la firme convicción de que el núcleo de la *analytical jurisprudence* se encuentra en las *Lecture* de AUSTIN. Obra que en su tiempo no fue entendida. AUSTIN estableció los lineamientos básicos y los temas de la *analytical jurisprudence* cuyo hilo conductor es el significado de las palabras.

En cuanto a HART debo decir que su obra tiene varios méritos de los cuales mencionaré tres. Primeramente es excelente por precisa, clara y novedosa; en segundo lugar es oportuna porque aparece después del regreso de los fantasmas del Derecho natural de la posguerra. En tercer lugar, hace un estudio crítico de KELSEN y de la *Teoría pura* mostrando a un KELSEN ignorado por la literatura de lengua inglesa. Existe un mérito más, dialoga con John AUSTIN y más importante quizás, desarrolla algunas ideas que AUSTIN dejó claramente apuntadas. Aprecio el ingenio y talento de AUSTIN.

Para HART el propósito general de la jurisprudencia analítica es lograr un mejor entendimiento del Derecho y para ello es necesario hacer un cuidadoso examen del lenguaje en que el Derecho se formula. Siguiendo a AUSTIN, HART aborda las nociones recurrentes del discurso jurídico.

Para quien el planeamiento general de la jurisprudencia estaba equivocado. En esta línea HART aborda al análisis de los conceptos jurídicos y sostiene que la manera habitual de formular definiciones de conceptos jurídicos es inadecuada²². Recuerdas Ulises que me preguntabas por qué decía que el tema de la definición de conceptos jurídicos que HART desarrolla en su *Inaugural Lecture* ya se encontraba en AUSTIN. Pues bien la respuesta está en una frase genial de AUSTIN. Para John AUSTIN el objeto de la jurisprudencia es la elucidación de los «principios, las nociones y las distinciones». Este giro es indispensable porque AUSTIN considera que algunos de sus términos no admiten una definición en la forma habitual; más aún definir las en esa forma —insiste AUSTIN— es del todo inútil²³.

Teniendo como antecedente este atisbo genial de AUSTIN, HART señala que cuando los juristas intentan definir esas palabras no se percatan que éstas no tienen una conexión directa con el universo observable. Estas palabras realizan una función específica en el marco del orden jurídico²⁴.

²² Véase «Definition and Theory in Jurisprudence», en HART: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.

²³ Véase «The Uses of the Study of Jurisprudence», en *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, HART, H. L. A. (ed.), Indianapolis Hackett Publishing Company Inc. [reimpresión de la edición de Weidenfeld & Nicholson, Londres, 1971 (1954), pp. 370-371].

²⁴ Véase, «Definición and Theory in Jurisprudence», en HART: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 21-48.

U.S.O.: Estoy de acuerdo con lo que dices respecto a AUSTIN. ¿Te parecería correcto afirmar que HART reformula algunas, pocas, tesis de KELSEN y con ausencia de pulcritud conceptual, porque introduce términos sociológicos y psicológicos que están fuera de lugar en una teoría jurídica? Ejemplo, en vez de hablar de la coacción jurídica habla de «presión social considerable».

R.T.S.: En cuanto a HART, inmediatamente me adherí a su posición que expresa en *Definition and Theory in Jurisprudence* en así como a su postura en los debates con Leon FULLER y con Edgard BODENHEIMER. Creo que, sin embargo, mi posición sobre HART está infinitamente dividida. Tengo la convicción de que muchos de los aciertos de HART ya se encontraban en KELSEN. Como el propio HART dijo: «KELSEN es el más grande de los juristas analíticos». Creo que HART en cierta medida sólo hace una reformulación moderna de la *Teoría pura*. Pero, HART (muerto KELSEN) es sin duda el mejor jurista del siglo XX y líder de la *analytical jurisprudence* contemporánea.

Encuentro que es un grave error sostener que el lenguaje en que el Derecho se formula es un lenguaje de «textura abierta», hecho que ha motivado muchos malentendidos. Es más simple sostener que cualquier conducta puede ser regulada por el Derecho si ésta ha sido establecida por las instancias creadoras del orden jurídico. Algunos autores han creído ver en esa expresión una fusión entre Derecho y moral; sin embargo, los alcances de esta idea son más limitados. Esto se aprecia fácilmente considerando el funcionamiento de la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento es un criterio de identidad que establece que un imperativo o una norma es Derecho inglés si los jueces ingleses (*lato sensu*) consideran que deben aplicarlo.

Que los jueces incorporan nuevo material al orden jurídico es un hecho indiscutible; pero esto no se debe a las características de la «textura» en que el Derecho se formula sino a hecho indiscutible que es creación del juez. El orden jurídico es un sistema creado por el órgano (u órganos) «habitualmente obedecidos». El orden jurídico sólo se compone por las disposiciones creadas por las instancias creadoras de Derecho.

Ciertamente existen procedimientos extraordinarios que modifican el sistema jurídico: la costumbre *contra legem* (en donde las disposiciones del órgano no son obedecidas, *i.e. desuetudo*) y la revolución (que produce la sustitución del sistema o, al menos la división del sistema). Pero como quiera que sea esto no es textura abierta sino actos de creación de las instancias habitualmente obedecidas.

Si bien entiendo que una norma jurídica independiente se forma de varios y actos condicionados de creación, HART es muy claro cuando sostiene que la profesión no piensa en una norma jurídica así. Por exacto que pudiera ser, como creo que lo es, la norma jurídica completa (como lo ha aceptado el mismo Robert WALTER) no satisface los requisitos meta teóricos de claridad y aparentemente distorsionan la visión de jueces y abogados. Creo que es muy inteligible la división que presenta HART entre *Duty Imposing Rules* y *Power Confering Rules*, y que proporciona claridad sobre sus diferentes funciones. Si bien HART conviene en que esas diferentes reglas tienen que estar relacionadas, no da cuenta de las funciones que realiza el concepto de facultad, en la creación del Derecho y aplicación del Derecho. Por ello la teoría de RAZ no da cuenta de

esas funciones ni del elemento más importante de las normas que facultan: mostrar el aspecto dinámico del Derecho.

Por su economía de conceptos, prefiero a AUSTIN; por la completitud de su teoría me inclino sencillamente por KELSEN.

U.S.O.: Con esto, estoy totalmente de acuerdo.

