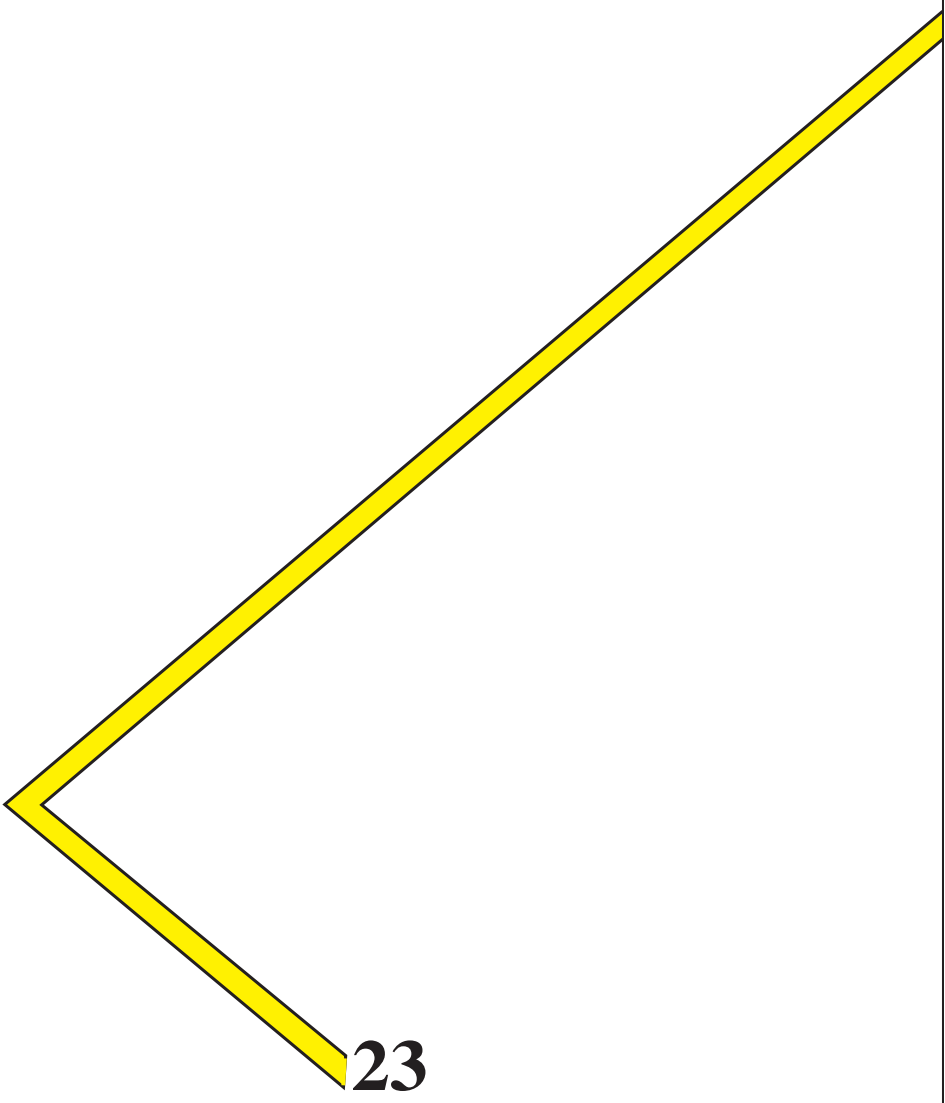

DOXA

23

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

http: //cervantesvirtual.com/portal/doxa

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, 2000

Índice

- Presentación
- Teoría del Derecho y Tribunal Constitucional
  - Víctor Ferreres Comella - Una defensa de la rigidez constitucional
  - Pablo de Lora - La posibilidad del constitucional thayeriano
  - Marisa Iglesias Vila - Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional
  - José Juan Moreso - Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional
  - Anna Pintore - Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático
  - Alfonso Ruiz Miguel - Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional
  - Luis Prieto Sanchís - Tribunal Constitucional y positivismo jurídico
  - Robert Alexy - Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín....
- Funcionalismo, teoría de sistemas y Derecho Penal
  - Juan Antonio García Amado - ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhman en la teoría penal
  - Evaristo Prieto Navarro - Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal
  - Enrique Peñaranda Ramos - Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito
  - Günther Jakobs - Sobre la génesis de la obligación jurídica
- Artículos
  - Liborio L. Hierro - ¿Qué derechos tenemos?
  - Ricardo García Manrique - En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos básicos (Acotaciones a Liborio Hierro)
  - Ulises Schmill - Una fundamentación de la democracia
  - Rodolfo Vázquez - Teorías y principios normativos en bioética
  - Rafael Hernández Marín - El proceso de creación de Derecho
  - Txetxu Ausín y Lorenzo Peña - La deducción normativa
  - Pablo Raúl Bonorino - Proposiciones de Derecho. ¿Es realmente ininteligible la teoría de Dworkin?
  - Jesús Vega López - Praxis y normatividad como criterio de cientificidad de la «ciencia jurídica»
  - Enrique P. Haba - Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón «constructivista»: ¿Racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?
  - Tecla Mazzarese - Interpretación literal: juristas y lingüísticas frente a frente
- Notas
  - Gabriel Bello Reguera - Rorty y el pragmatismo
  - Domingo Araya - Algunos símbolos de nuestra crisis
  - Mª Teresa López de la Vieja - Ética y modelo de los principios
  - Juan Antonio Pérez Lledó - Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual

    - María Concepción Gimeno Presa - Teoría y doctrina de la interpretación jurídica en la propuesta de Riccardo Guastini
    - Isabel Lifante Vidal - Una crítica a un crítico del «no positivismo». A propósito de «la tesis del caso especial y el positivismo jurídico», de Alfonso García Figueroa
    - Ricardo Víctor Guarinoni - Algunas reglas de clausura
    - Manuel Atienza - Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernández
    - Tomás-Ramón Fernández - Respuesta a Manuel Atienza
- Entrevista
    - Manuel Atienza - Entrevista a Robert S. Summers
- Bibliografía
    - Ángeles Ródenas (coord.) - La filosofía del Derecho en España (1999)

A la memoria de Albert Calsamiglia (1949-2000)

P R E S E N T A C I Ó N

Para los que hacemos DOXA*, el año 2000 será, inevitable y tristemente, el de la muerte de Albert Calsamiglia. Él había sido uno de los fundadores y de sus principales impulsores: publicó con frecuencia en sus páginas, animó a otros a que lo hicieran, sugirió qué temas merecían ser tratados y contribuyó, en definitiva, a configurar las señas de identidad de la revista; hasta el mismo nombre de «Doxa» fue una idea suya (siguiendo la atinada sugerencia de su esposa Silvia). Albert Calsamiglia ha sido, sin duda, uno de los filósofos del Derecho españoles más relevantes de la segunda mitad del siglo XX, y todos los que pertenecemos a ese gremio tenemos mucho que agradecerle: dedicar a su memoria este número 23 de* DOXA *es una manera de reconocer sus méritos profesionales.*

Sin embargo, para los que hemos sido no solo sus compañeros de profesión, sino también sus amigos, el recuerdo de Albert va unido a muchas otras cosas que no tienen, o no tienen del todo, una connotación profesional: cuando se es, como él lo fue, un filósofo vocacional, las virtudes humanas tienden a ser también virtudes filosóficas. Albert fue una persona generosa, abierta hacia los demás y hacia las nuevas ideas, y supo por ello realizar una obra propia, pero también animar y ayudar a otros a que realizaran la suya. Fue solidario, tenaz y (en el buen sentido) leal, y quizás por ello el último de sus trabajos, que tanto empeño puso en terminar antes de su prematura muerte, lleva como título «Cuestiones de lealtad». Fue siempre extraordinariamente amable y alegre, y esa cortesía y alegría de vivir no la perdió ni siquiera en los últimos meses, cuando la muerte estaba ya anunciada en su rostro, que siguió siendo franco y cordial para los demás. Su serenidad ante la muerte, basada sin duda en una convicción filosófica, es un ejemplo que no vamos a olvidar.

* * *

Teoría del Derecho y Tribunal Constitucional *fue el título del «V Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho», organizado por el Área de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante (Alicante, 21-23 de octubre de 1999). Los trabajos que integran la sección homónima en este número de* DOXA *(con excepción del de Alexy, incluido aquí por razones de coherencia temática) se corresponden con otras tantas ponencias o participaciones en mesas redondas presentadas en aquella ocasión.*

En Una defensa de la rigidez constitucional, *Víctor Ferreres sostiene una tesis que podría sintetizarse así: La rigidez constitucional (el que la Constitución no pueda modificarse como las leyes ordinarias) se justifica usualmente por el valor de la estabilidad. Pero el problema es que ese argumento, válido en relación con la parte de la Constitución que establece la estructura y las relaciones de los diversos órganos del Estado, no parece sin más aplicable en materia de derechos y libertades. En opinión del autor, la rigidez constitucional (o cierto grado de rigidez) en esta materia tiene justificación si la Constitución expresa los derechos y libertades en términos relativamente abstractos, de manera que no dé lugar a que se produzca un divorcio entre el contenido de esos derechos y el consenso mayoritario existente en la sociedad; en ese tipo de Constitución, el control judicial de la ley parece también justificado: la rigidez de la Constitución abstracta es un medio para garantizar y preservar la práctica argumentativa consistente en dar y pedir razones en defensa de la ley.*

*Pablo de Lora (*La posibilidad del constitucional thayeriano*) se plantea el problema de cómo justificar que un órgano que no tiene carácter representativo, el tribunal constitucional, tenga sin embargo el poder de determinar el ámbito y el contenido de los derechos básicos de los individuos. Su respuesta es que tal cosa solo puede ser aceptable si el tribunal en cuestión está diseñado de tal manera que en la toma de decisiones se respete la «regla de Thayer», la cual exige la unanimidad para que una ley pueda anularse por considerarse contraria a la Constitución.*

*El trabajo de Marisa Iglesias (*Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*) está estrechamente ligado a los dos anteriores. Iglesias plantea el problema de la justificación política y moral de la justicia constitucional que surge como consecuencia del carácter abstracto y controvertido del lenguaje constitucional (especialmente, las cláusulas relativas a derechos fundamentales). En su opinión, esa característica del lenguaje constitucional (particularmente la existencia de lo que Gallie llamó «conceptos esencialmente controvertidos») no tiene por*

qué llevar a un «escepticismo semantico»: la interpretación de la Constitución no es una operación puramente subjetiva, sino que existen ciertos criterios objetivos, y ello es un argumento poderoso en contra de la «objeción democrática».

En Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*, José Juan Moreso parte también de la peculiaridad de la interpretación constitucional debida a la presencia de conceptos esencialmente controvertidos, y defiende la tesis (lo que suele llamarse «el positivismo jurídico inclusivo») de que la identificación del Derecho aplicable por los jueces presupone el uso de pautas morales. El autor se centra básicamente en discutir dos argumentos que se suelen presentar contra esa tesis: el de la controversia, según el cual no cabría ofrecer respuestas objetivas a cuestiones que envuelven la utilización de conceptos controvertidos (por ejemplo, el de trato degradante); y el de la autoridad, debido fundamentalmente a Raz, y que viene a decir que solo se puede dar cuenta de la autoridad del Derecho si este puede identificarse sin recurrir a nociones morales.*

En Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático*, Anna Pintore, tras criticar la vinculación kelseniana entre relativismo y democracia (para justificar ésta es irrelevante la cuestión metaética de la objetividad o no de los valores), analiza el modelo de democracia defendido por Kelsen. Anclado en el horizonte del* Rechtstaat *decimonónico, Kelsen no elaboró una teoría de la democracia constitucional sobre cómo conciliar soberanía popular (democracia) y constitución (derechos), problema central del constitucionalismo actual: en Kelsen estaría ausente el lado de los derechos, y su sugerencia de evitar en las constituciones vagos conceptos valorativos resulta ingenua. No obstante, según Pintore, en Kelsen estaría implícito un modelo de «democracia constitucional sin derechos» cuya deferencia hacia el legislador democrático «puede desempeñar una función de saludable contrapeso frente a los modelos de democracias saturadas de derechos actualmente predominantes».*

*Alfonso Ruiz Miguel (*Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional*) defiende la tesis de que la justicia constitucional en el modelo americano y en el europeo no presentan diferencias que puedan considerarse cualitativas. Para mostrarlo, efectúa un análisis comparativo a partir de los tres criterios que suelen usarse para caracterizar la «jurisdicción»: el que se trate de un procedimiento de aplicación y no de creación de Derecho; dirigido a resolver controversias de carácter concreto; y en el cual sus órganos y las decisiones emanadas de ellos están en una situación de independencia e imparcialidad.*

El centro del trabajo de Luis Prieto, Tribunal constitucional y positivismo jurídico*, es el carácter bifronte que presentan las Constituciones basa-*

das en principios y en los derechos fundamentales: por un lado, suponen un incremento en la indeterminación del Derecho y en la discrecionalidad de los jueces, que ya no estarían sometidos estrictamente al imperio de la ley; pero, por otro lado, los principios ofrecen también pautas normativas allí donde antes no existía más que discrecionalidad política. La insuficiencia del positivismo jurídico en relación con esta nueva situación la ve Prieto en el hecho de que la aplicación de los principios reclama una teoría de la argumentación judicial, pero el positivismo se ha caracterizado por ser «una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación».

*Finalmente, el artículo de Robert Alexy (*Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*) analiza críticamente una famosa sentencia del tribunal constitucional alemán que consideró conforme a la Constitución la condena, por la muerte de personas que trataban de pasar el muro de Berlín, de un guardia fronterizo y de varios altos funcionarios de la Antigua RDA. En la argumentación del tribunal tiene gran importancia la utilización de la llamada «fórmula de Radbruch», según la cual «el Derecho extremadamente injusto no es Derecho». Alexy considera que la decisión es correcta en cuanto al resultado (salvo en lo que se refiere a la culpabilidad), pero no en cuanto a la fundamentación.*

La segunda sección monográfica de este número, Funcionalismo, teoría de sistemas y Derecho penal*, recoge básicamente las actas del* II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal *que bajo aquel título se celebró en la Universidad de León el 8 y 9 de junio de 2000.*

Juan Antonio García Amado (¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal*) examina críticamente la concepción de Jakobs y otros autores que han tratado de construir una teoría del Derecho penal basada en el funcionalismo luhmanniano. Por un lado, García Amado considera que el resultado obtenido no es una teoría penal que pueda considerarse plena y coherentemente funcional. Por otro lado, esos autores habrían mezclado en sus escritos diversos niveles de discurso (el externo propio de la teoría de sistemas y el interno característico de la dogmática y de la teoría del Derecho), lo que les lleva a utilizar un lenguaje equívoco.*

Tambien es básicamente crítica la valoración que Evaristo Prieto efectúa de la orientación de una parte de la dogmática penal actual hacia la teoría de sistemas. En su trabajo Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal*, Prieto centra sus objeciones en estos tres aspectos: es dudoso que las tesis de Luhmann hayan sido acogidas con fidelidad en la ciencia penal; algunas de las propuestas funcionales de la prevención general positiva de la*

pena (protección de la integridad del ordenamiento jurídico, refuerzo de la conciencia normativa) no pueden considerarse estrictamente sistémicas; los planteamientos de Luhmann, en definitiva, no son aptos para construir, a partir de ellos, una teoría del control tan exigente como la que ofrece el enfoque de la prevención general positiva.

El trabajo de Enrique Peñaranda, Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*, se centra en la concepción de Günther Jakobs (que es el paradigma del funcionalismo en la dogmática penal). Peñaranda muestra cuáles son los rasgos característicos de esa concepción: básicamente, considerar que el fundamento del Derecho penal es garantizar la identidad normativa, la constitución misma de la sociedad. Analiza las críticas que con mayor frecuencia se han dirigido a Jakobs: su teoría de la pena lleva a una instrumentalización de la persona, ya que no habría límites frente a la necesidad de la prevención general positiva. Y matiza el alcance de esas críticas que, en opinión de Peñaranda, no suelen tomar en consideración los últimos escritos de Jakobs que, en relación con la pena, apuntan a una síntesis entre las finalidades preventivas y las consideraciones deontológicas.*

La sección se acaba con un trabajo inédito del propio Jakobs, Sobre la génesis de la obligación jurídica. *Las tesis fundamentales que ahí se contienen, las resume su autor como sigue: «La obligación juridica no es un concepto que pertenezca al espíritu subjetivo, sino al espíritu objetivo. Por ello, no puede deducirse de un contrato entre individuos, sino que solo se genera una obligación cuando a una persona -y precisamente por ello se es persona- se le impone conforme al entendimiento general un cometido que es de interés común. El entendimiento general de que la tarea debe soportarse por la persona no puede ser sustituido por la mera coacción. En la actualidad puede decirse que lo que genera las obligaciones es la economía».*

La sección de artículos de tema libre empieza con el trabajo de Liborio Hierro, ¿Qué derechos tenemos? *Hierro define los derechos humanos como «aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico». Considera que el fundamento (el fundamento moral) de los derechos humanos es la concepción moral de la persona como agente autónomo. Y a partir de ahí establece como derechos subjetivos básicos los de libertad, igualdad y seguridad, que analiza con gran detalle. Una de las consecuencias de su planteamiento es que no se puede cerrar la nómina de los derechos*

morales básicos: «los derechos…se expanden al mismo ritmo que se expande la riqueza material y cultural de una sociedad».

*Al texto de Hierro le sigue uno de Ricardo García Manrique (*En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos. Acotaciones a Liborio Hierro*) en el que se comentan algunas de las tesis sostenidas por aquél. En particular, García Manrique se refiere a los tres aspectos siguientes: la forma de plantear la pregunta acerca de cuál es el núcleo duro de los derechos humanos; la definición de los derechos humanos; la identificación de los tres derechos humanos más importantes, la determinación del contenido de cada uno de ellos y la fijación de unas reglas que permitan ordenarlos entre sí.*

En Una fundamentación de la democracia, *Ulises Schmill trata de establecer las ideas subyacentes que permitan la comprensión como un todo significativo de la institución de la democracia, en cuanto forma de Estado, sin adoptar ninguna posición valorativa al respecto. Su tesis central es que, frente a la opinión de autores como Kelsen que creyeron encontar la fundamentación conceptual de la democracia en el concepto de libertad política, la clave conceptual de la democracia estaría en la igualdad, en la noción de igualdad política, de la cual se deriva el principio de la mayoría. Schmill matiza, no obstante, que las nociones de libertad y de igualdad están estrechamente relacionadas.*

Rodolfo Vázquez analiza, en Teorías y principios normativos en bioética, *las diversas propuestas que los filósofos suelen ofrecer a la pregunta de qué tipo de moral y qué principios morales deben usarse para resolver los problemas prácticos que se plantean, por ejemplo, en un comité de ética hospitalaria. Vázquez hace una distinción según se trate de un filósofo «modesto» (que se limita al oficio de técnico en su disciplina); un filósofo «ambicioso» que aboga por alguna concepción generalista de la ética (deontologismo, utilitarismo…) o bien particularista (ética del cuidado, de la virtud, casuística…); o un filósofo de «la tercera vía» que apela a un «equilibrio reflexivo» entre principios generales y convicciones particulares, o bien reconoce (aquí es donde él se sitúa) la primacía de los principios, pero con un valor únicamente* prima facie.

El trabajo de Rafael Hernández Marín, El proceso de creación de Derecho*, está dividido en dos partes. En la primera muestra qué etapas o aspectos del proceso de creación de derecho son relevantes para la conversión de un documento en Derecho y cuáles no, así como qué es lo que ocurre en esas etapas. En la segunda parte expone las dificultades que existen para identificar un documento como Derecho y algunas consecuencias que se derivan de dichas dificultades.*

En La deducción normativa*, escrito por Txetxu Ausín y Lorenzo Peña, los autores presentan un sistema de lógica deóntica que, en su opinión, resulta adecuado para el razonamiento jurídico. Una de las características de ese sistema es que se aleja del paradigma modal clásico, lo que permite evitar el problema de las paradojas deónticas y representar adecuadamente los imperativos contrarios a deber y las obligaciones de mal menor. Otra es que se trata de una lógica paraconsistente, lo que facilita afrontar el problema de los conflictos y de las contradicciones normativas.*

Proposiciones de Derecho. ¿Es realmente ininteligible la teoría de Dworkin? *es el título del trabajo de Pablo Bonorino dedicado a discutir algunas objeciones que ciertos filósofos analíticos han dirigido a Dworkin: la falta de distinción entre las «normas» y las «proposiciones normativas»; y, en consecuencia, el haber elaborado una noción de «proposición de Derecho» (clave en su crítica al positivismo jurídico) como una categoría ininteligible, puesto que tendría propiedades (carácter prescriptivo y valor de verdad) que son incompatibles. Bonorino sostiene que hay razones para rechazar esas críticas, que se basan en la toma en consideración de las tesis semánticas subyacentes a la propuesta interpretativa de Dworkin.*

En Praxis y normatividad como criterio de cientificidad de la «ciencia jurídica», *Jesus Vega aborda la vieja discusión de si la dogmática jurídica es o no una verdadera ciencia. Su respuesta es que no lo es y que tampoco puede llegar a serlo, porque se trata de «una disciplina cuyo ámbito de racionalidad se agota…en la escala inmanente de las relaciones jurídico-normativas». En su opinión, la actual teoría del Derecho parte de la convicción contraria, porque asume que la normatividad jurídica constituye un criterio suficiente de cientificidad. La crítica que Vega presenta de esta última postura se inspira básicamente en la filosofía de la ciencia de Gustavo Bueno.*

Enrique Haba ofrece la siguiente síntesis de su trabajo Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón «constructivista": ¿Racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?: *«La mayor parte de los estudios que suelen ubicarse bajo el rubro Semiótica Jurídica se preocupan por constuir o re-construir unos 'sistemas'; son víctimas, así, de fantasías racionalistas respecto al derecho y a las conductas sociales en general. A diferencia de ese tipo, esencialmente* ilusionista*, existen también, aunque minoritarios, estudios semióticos que sacan a luz cómo son y qué ocultan los discursos jurídicos en la práctica. Tales estudios no andan a la caza de sistemas, no confunden una racionalidad del propio semiótico con las formas de pensar que cultivan los juristas mismos. La Semiótica Jurídica* realista *recurre simplemente a 'ideas para tener en cuenta' y es esencialmente des-fabuladora».*

*En el último de los artículos de la sección, Tecla Mazzarese (*Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente*) parte de la escasa atención que los lingüistas han dedicado a la noción de «significado literal», que contrasta con la importancia que le atribuyen los juristas teóricos y prácticos. A fin de explicar esa divergencia, la autora analiza cuáles son las críticas y reservas principales formuladas por los lingüistas a propósito de esa noción; muestra la diversidad de usos que tienen los términos «literal» e «interpretación» en el lenguaje de los juristas; y concluye señalando que la razón por la que los juristas siguen recurriendo a la interpretación literal no es otra que la defensa del valor de la seguridad jurídica.*

La sección de Notas *es, en esta ocasión, considerablemente extensa y, como suele ocurrir, marcadamente heterogénea en cuanto a los temas tratados.*

Se abre con un ensayo de Gabriel Bello, Rorty y el pragmatismo*, que constituye, en esencia, el texto de una conferencia organizada por el Aula de Cultura «Jorge Juan» de la Universidad de Alicante, como parte del ciclo «Diez filósofos del siglo XX». El trabajo tiene dos partes. En la primera, Bello muestra cuál es el contexto en el que se gesta y desarrolla la obra de Rorty: el cruce del pragmatismo americano con el neopositivismo y la filosofía analítica de origen europeo. En la segunda, sugiere que el núcleo teórico de la misma puede sintetizarse así: compromiso axiológico; antifundamentalismo filosófico; método pragmático-conversacional contingente; articulación del espacio conversacional en torno a la separación público/privado y a la defensa de un etnocentrismo abierto.*

Domingo Araya, en Algunos símbolos de nuestra crisis*, analiza la crisis del hombre contemporáneo a través de cuatro novelas que considera paradigmáticas:* Crimen y castigo*, de Dostoievski;* 1984*, de Orwell;* El señor de las moscas*, de Golding; y* El extranjero*, de Camus. Todas ellas tienen en común que «las ideas de justicia y de racionalidad son desconocidas y usurpadas mediante la transgresión de los limites».*

*Frente a la objeción que suele dirigirse a la teoría moral por su presunta falta de relevancia práctica, María Teresa López de la Vieja (*Ética y modelo de los principios*) defiende básicamente estas tres tesis: los principios morales (entendidos como principios* prima facie*) son suficientemente flexibles como para responder a las demandas de aplicabilidad; las teorías morales, aun siendo teorías relevantes para la práctica, tienen siempre una aplicabilidad restringida; el mayor ajuste entre principios y casos prácticos nunca podrá sustituir a la iniciativa y a la decisión de los mismos agentes.*

En Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual*, Juan A. Pérez Lledó presenta cuatro técnicas jurídicas promocionales: el*

premio puro, *con finalidad retributiva, de reconocimiento de conductas o trayectorias vitales especialmente virtuosas; la* promesa de premio, *que a la anterior función añade la de motivación, suministrando «razones operativas para la acción»; el* incentivo puro*, que sólo tiene esta finalidad motivadora; y la* facilitación*, que suministra medios (materiales o jurídicos) para posibilitar o facilitar una conducta, sin por ello motivarla directamente (sólo aporta «razones auxiliares») ni reconocerla.*

*La crítica que María Concepción Gimeno Presa (*Teoría y doctrina de la interpretación jurídica en la propuesta de Riccardo Guastini*) dirige a la concepción de la interpretación jurídica de Guastini se basa en la idea de que el iusfilósofo italiano no es fiel a la propia distinción que él establece entre el discurso descriptivo y el prescriptivo. Eso le lleva a sugerir también que el propio criterio de demarcación establecido por Guastini podría considerarse inapropiado.*

En Una crítica a un crítico del «no positivismo», *Isabel Lifante presenta un comentario al artículo de Alfonso García Figueroa* La tesis del caso especial y el positivismo jurídico*, publicado en el anterior número de* DOXA. *Lifante pone de manifiesto algunos de los problemas en los que, en su opinión, incurren algunas de las críticas dirigidas por García Figueroa contra la llamada concepción «no positivista» del Derecho; en particular, la pretendida confusión entre teoría del Derecho y teoría de la función judicial, o entre pertenencia y aplicabilidad, y el carácter ideológico de la teoría.*

*Ricardo Guarinoni (*Algunas reglas de clausura*) plantea la cuestión de si sería posible clausurar un sistema jurídico con normas que no tengan como contenido permisiones, y llega a una conclusión negativa. En su opinión, las razones para rechazar esa posibilidad son tanto lógicas como pragmáticas: un sistema con esas reglas de clausura sería lógicamente inconsistente e incapaz de guiar la conducta de los destinatarios.*

En Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernández*, Manuel Atienza comenta, en un estilo epistolar, el libro escrito conjuntamente por Alejandro Nieto y Tomás-Ramón Fernández,* El Derecho y el revés*, así como un libro posterior de Nieto,* El arbitrio judicial *que, según Atienza, viene a representar algo así como «la revuelta contra el formalismo» de los juristas españoles contemporáneos. En su* Respuesta a Manuel Atienza*, Tomás-Ramón Fernández aclara de qué forma debe entenderse su alegato (en su diálogo epistolar con Nieto) en favor de la técnica jurídica; precisa su postura en favor de la tesis de la única respuesta correcta; e insiste en la importancia de tener en cuenta el «escenario procesal» para poder entender cómo funciona el Derecho.*

Finalmente, en la Entrevista *que Manuel Atienza le hace a Robert S. Summers, este último traza un recorrido por su formación intelectual en los Estados Unidos y en Europa, deteniéndose especialmente en su etapa de estudiante con Hart; sintetiza las tesis de sus obras principales; y contesta a diversas cuestiones sobre la situación de la teoría del Derecho en la actualidad.*

Este número se completa, como es habitual, con la sección de resúmenes de bibliografía iusfilosófica española, coordinada en esta ocasión (correspondiente al año 1999) por Ángeles Ródenas. Esta sección está ahora disponible a través de internet, en el portal de DOXA*, cuya dirección es:* ***http://cervantesvirtual.com/portal/doxa***

Los editores de DOXA deseamos, por último, felicitar a la Revista de Ciencias Sociales *de la Universidad de Valparaíso con ocasión de su trigésimo aniversario, del cual damos cuenta en una nota informativa incluida al final de este número.*

TEORÍA DEL DERECHO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

UNA DEFENSA DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Víctor Ferreres Comella
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

INTRODUCCIÓN

Decimos que una Constitución es «rígida» en la medida en que su modificación sólo es posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario. ¿Por qué debe ser rígida la Constitución? La respuesta es relativamente sencilla con respecto a aquella parte de la misma que establece la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado. En efecto: dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada, es conveniente que la Constitución opte por uno de esos sistemas. La rigidez constitucional asegura entonces la estabilidad de la opción elegida. Es más importante tener establecida una determinada estructura de gobierno, que la mayoría parlamentaria de cada momento no puede alterar, que mantener abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente cuál es la mejor estructura de gobierno con la que dotar al país [1].

En materia de derechos y libertades, sin embargo, la cosa es distinta. Aquí parece que el valor de la estabilidad debe ceder ante el imperativo de alcanzar la decisión justa. En este contexto, la rigidez constitucional puede parecer *excesiva*: si las mayorías parlamentarias actuales consideran que determinada decisión adoptada en el pasado en materia de derechos y libertades es errónea, ¿por qué debe obstaculizarse su modificación? Por otro lado, la rigidez constitucional puede parecer *insuficiente*: si creemos que los individuos son titulares de ciertos derechos morales que el Estado debe reconocer, y es por esta razón por la que los recogemos en la Constitución, ¿por qué permitir (respecto de esos derechos) la reforma constitucional?

[1] Una versión de este argumento puede encontrarse en Stephen Holmes, «Precommitment and the paradox of democracy», incluido en Jon Elster y Rune Slagstag (editores), *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), pág. 195.

En este artículo trataré de ofrecer una defensa de la rigidez constitucional en materia de derechos y libertades. Para ello, caracterizaré primero con mayor detalle en qué consiste la rigidez, enumerando alguno de los factores relevantes para graduarla (I). Luego argüiré que la Constitución rígida sólo puede mantener su legitimidad democrática a lo largo del tiempo si emplea términos relativamente abstractos a la hora de perfilar el contenido de los derechos y libertades (II). Luego presentaré una breve justificación del control judicial de la ley bajo una Constitución abstracta (III). Finalmente, con estos antecedentes, defenderé la rigidez constitucional (IV).

I. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL: UNA VISIÓN GENERAL

Como ya se ha dicho, una Constitución es «rígida» si su modificación exige un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, frente a lo que ocurre con una Constitución «flexible».[2]

El grado de rigidez de las Constituciones depende de una serie de factores. Cabe destacar los siguientes:

En primer lugar, el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformar la Constitución. En este sentido, la presencia del federalismo en el procedimiento de reforma es un factor de rigidez. Para modificar la Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, se requiere, no sólo el consentimiento del Congreso federal (o de una Convención convocada por éste, a instancias de los legisladores de dos terceras partes de los Estados), sino también el de los legisladores (o convenciones) de tres cuartas partes de los Estados[3]. En este extremo la Constitución ame-

---

[2] La distinción se debe a James Bryce, «Flexible and Rigid Constitutions», un ensayo de 1905 recogido en James Bryce, *Constitutions* (Scientia Verlag Aalen, 1980), págs. 3-94. Bryce se refería a la Constitución inglesa como ejemplo de Constitución flexible. Ahora bien, Inglaterra no tiene Constitución en sentido propio: no existe ningún texto legal que lleve ese nombre (u otro similar) y que tenga reconocido un rango superior a las leyes ordinarias. ¿Puede existir una Constitución (en sentido propio) que sea flexible? Cabe argumentar que sí: una Constitución flexible puede mantener su superioridad con respecto a la ley ordinaria en la medida en que se exija, para poder reformar la Constitución, que la norma aprobada por el procedimiento legislativo ordinario se presente explícitamente como norma de reforma constitucional. Esta tesis ha sido defendida en España por Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1988), págs. 62-63.

Se ha discutido si una Constitución que no establece un procedimiento especial de reforma debe ser considerada rígida o flexible. La tesis dominante es que es flexible. Para Alessandro Pace, en cambio, el silencio de la Constitución debe ser interpretado en el sentido de que la Constitución no puede ser modificada en absoluto (rigidez máxima), o de que sólo puede serlo a través de un procedimiento análogo al que se siguió en su día para su aprobación. En ningún caso se trataría de una Constitución flexible. Sobre este debate, véase Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995), «Cuadernos y Debates» número 58.

[3] *Vid* Constitución de los Estados Unidos (artículo V). Este aspecto de la Constitución americana ha sido criticado por Bruce Ackerman, *We the People. Transformations* (Cambridge: Harvard University Press, 1998), capítulo 13. Según Ackerman, la exigencia de que tres

ricana es más rígida que las Constituciones de los países de la Unión Europea, pues en ninguno de ellos (ni siquiera los que han adoptado un sistema federal o similar) es necesario el consentimiento de los Estados miembros o regiones para reformar la Constitución. (En el caso de la «Constitución» de la Unión Europea, sin embargo, las cosas son distintas: Esta «Constitución» es más rígida que la de los Estados Unidos, pues para reformar los Tratados fundacionales de la Unión se exige el consentimiento de todos los Estados miembros).

Un segundo factor a tener en cuenta es el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma. Algunas Constituciones requieren una supermayoría parlamentaria –así, en los Estados Unidos, Austria, Alemania, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Grecia y España[4]. Bajo otras Constituciones, en cambio, basta una mayoría simple (Dinamarca, Irlanda y Suecia[5]). Otras exigen una supermayoría del Parlamento, pero si el pueblo participa directamente a través de un referendum, basta entonces una mayoría simple del Parlamento (Francia, Italia)[6].

Un tercer factor a considerar es si se exige o no la participación del pueblo. Ésta puede ser directa (a través de un referéndum) o indirecta (a través de elecciones para una nueva asamblea que deberá ratificar la reforma). Ejemplos de ello pueden encontrarse en Dinamarca, Irlanda, Suecia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Grecia. En Austria y España, se exige la participación popular sólo para algunos supuestos[8].

---

cuartas partes de los Estados ratifiquen la reforma tenía sentido cuando la identidad constitucional de los estadounidenses tenía una doble dimensión, nacional y estatal. Pero ahora esos ciudadanos se entienden a sí mismos como «We the People of the *United* States». Existe, pues, un divorcio entre «la identidad constitutional moderna y las formas clásicas de reforma» (pág. 413). Ackerman propone un nuevo método para reformar la Constitución: Tras su reelección, el Presidente tendría la autoridad para proponer reformas en nombre del pueblo. Una vez aprobadas por el Congreso, esas reformas se someterían a votación en las dos elecciones presidenciales siguientes. En esos referendos, cada votante sería tratado como un ciudadano de la Unión: su juicio acerca de la cuestión sometida a referéndum no contaría más por vivir en Wyoming que en California (pág. 410). Así pues, los Estados no participarían en cuanto tales en el proceso de reforma, a diferencia de lo que ocurre bajo el régimen vigente.

[4] *Vid* Constitución de los Estados Unidos (artículo V), de Austria (artículo 44), de Alemania (artículo 79), de Portugal (artículo 286), de Bélgica (artículo 195), de Luxemburgo (artículo 114), de los Países Bajos (artículo 137), de Grecia (artículo 110) y de España (artículos 167 y 168).

[5] *Vid* Constitución de Dinamarca (artículo 88), de Irlanda (artículo 46) y de Suecia (Capítulo VIII, artículo 15).

[6] *Vid* Constitución de Francia (artículo 89) y de Italia (artículo 138).

[7] *Vid* Constitución de Dinamarca (artículo 88), de Irlanda (artículo 46), de Suecia (Capítulo VIII, artículo 15), de Bélgica (artículo 195), de Luxemburgo (artículo 114), de los Países Bajos (artículo 137) y de Grecia (artículo 110).

[8] *Vid* Constitución de Austria (artículo 44) y de España (artículos 167 y 168).

Todos éstos son requisitos jurídico-formales, que hay que situar en un contexto político, histórico y social más amplio. El grado de rigidez efectiva de la Constitución dependerá de tal contexto.

Así, el sistema de partidos políticos es una variable importante. Cuanto más disciplinados sean los partidos, y cuanto más arraigada esté la cultura de la coalición (como ocurre en las llamadas «democracias consociativas»), tanto más fácil será satisfacer la exigencia de alcanzar una supermayoría parlamentaria. En Austria, por ejemplo, ha sido poco gravoso (hasta ahora) obtener el apoyo de 2/3 del Parlamento para reformar la Constitución, especialmente durante los períodos de «gran coalición» gubernamental. De hecho, a veces el Parlamento ha aprobado con rango constitucional normas sobre materias ordinarias que en principio deberían haberse aprobado a través de leyes ordinarias. La finalidad de esta elevación de rango ha sido inmunizar esas normas frente al control judicial [9]. En los Estados Unidos, en cambio, es más difícil obtener una mayoría de 2/3 del Congreso federal, pues los partidos políticos carecen de disciplina interna, y son raros los pactos estables entre ellos.

También es relevante la historia del país. Así, la Constitución española no es tan rígida como la estadounidense desde un punto de vista formal (salvo cuando se trata de materias sujetas al proceso extraordinario previsto en el artículo 168), y la existencia de partidos políticos disciplinados es un factor que facilita el proceso de reforma. Sin embargo, en España la idea de reformar la Constitución es una especie de «tabú». La razón es que la Constitución expresa, entre otras cosas, un compromiso o consenso entre las principales fuerzas políticas a fin de zanjar de manera pacífica ciertas querellas que en el pasado dividieron a los españoles de forma trágica. La Constitución se elaboró con la memoria de la guerra civil. Dado este trasfondo, existe un interés estratégico entre los principales líderes y partidos para que la Constitución se «toque» lo menos posible. Esta actitud general beneficia a todas las cláusulas constitucionales, incluso a aquellas que no tienen nada que ver con los grandes pactos constituyentes.[10]

También puede ocurrir que las tradiciones políticas del país sean «conservadoras», en el sentido de que la sociedad entienda que deben darse ra-

---

[9] Acerca de esta práctica austríaca, véase Heinz Schäffer, «Austria: La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador», en Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (Barcelona: Ariel, 1998), págs. 40-42.

[10] La consecuencia de todo ello es que hasta ahora sólo se ha aprobado una reforma del texto constitucional (la reforma de 27 de agosto de 1992, que modificó el artículo 13.2), que fue necesaria para que España pudiera ratificar válidamente el Tratado de Maastricht de 1992. De hecho, el gobierno español intentó convencer al Tribunal Constitucional de que no era necesario reformar la Constitución. Véase la Declaración del Tribunal de 1 de julio de 1992.

zones de mucho peso antes de proceder a una reforma constitucional. Esta actitud de cautela y de respeto por el pasado puede proteger fuertemente a una Constitución frente al cambio, aunque se trate de una Constitución flexible (o muy poco rígida) desde el punto de vista jurídico-formal.[11]

En definitiva, la rigidez *efectiva* de la Constitución depende del juego de las exigencias jurídico-formales, por un lado, y de las circunstancias políticas, históricas y sociales, por otro.

Tras este panorama general, pasemos ahora a examinar los problemas que plantea la rigidez desde un punto de vista normativo.

II. RIGIDEZ Y ABSTRACCIÓN

Es común sostener que, en una democracia, la declaración de derechos que figura en la Constitución debe expresar los valores compartidos por la comunidad política. Los derechos fundamentales deben reflejar el consenso básico de la sociedad. La consecuencia de este planteamiento es que, para que la tabla de derechos constitucionales sea legítima, la mayoría de los ciudadanos y de los representantes de la sociedad actual han de estar de acuerdo con su contenido: no puede haber «consenso» en torno a esos derechos si la mayoría está en contra.

Si ello es así, cabe entonces plantear una objeción en contra de la rigidez: si la Constitución es de difícil reforma, existe el riesgo de que, con el transcurso del tiempo, se produzca un divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Esta discrepancia puede producirse en un doble sentido. Puede ocurrir que la mayoría actual no considere «correcto» alguno de los derechos registrados en la Constitución. Y puede suceder también que la mayoría estime insuficiente el catálogo de derechos, por no incluir algún derecho «nuevo» que reputa fundamental.[12]

Ahora bien, la Constitución rígida puede evitar este riesgo potencial de «deslegitimación» recurriendo a lo que (para simplificar) podemos llamar *abstracción*: es decir, el empleo de términos relativamente abstractos (no específicos) a la hora de enunciar los derechos, y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar. El contenido específico de los derechos puede entonces variar a lo largo del tiempo, según evolucionen los juicios de

[11] Ésta era la tesis de James Bryce con respecto a la «Constitución inglesa». Véase «Flexible and Rigid Constitutions», op. cit., págs. 19-22.

[12] Naturalmente, en este último caso, la rigidez no resulta tan problemática, pues la Constitución no impide a la mayoría reconocer y garantizar los nuevos derechos a través de la legislación ordinaria. Pero si uno de los objetivos de la Constitución es expresar los valores básicos de la comunidad, la Constitución es deficiente si no presta apoyo a esos derechos.

ponderación y la interpretación de esas expresiones abstractas [13]. Esta adaptación puede producirse, tanto en un sentido «expansivo» de los derechos (como ha ocurrido con respecto a la igualdad y la privacidad, por ejemplo), como en un sentido «restrictivo» (así, con respecto a la propiedad privada). En particular, puede ocurrir que al ampliar el radio de acción de un derecho (la igualdad), otro derecho con el que éste entra en colisión se vea restringido más intensamente de lo que se había estimado aceptable en el pasado (la propiedad). [14]

Si, en cambio, la Constitución rígida expresara los derechos y libertades a través de cláusulas detalladas (específicas) y categóricas (no sujetas a excepciones implícitas), le resultaría mucho más difícil obtener el apoyo de las diversas generaciones a lo largo del tiempo. Pues el carácter detallado y categórico de las cláusulas aumentaría el riesgo de que las generaciones futuras estuvieran en desacuerdo con lo dispuesto en ellas.

Así pues, la abstracción es necesaria para que una Constitución rígida mantenga su legitimidad democrática a lo largo del tiempo. Es más: precisamente porque la rigidez debe ir acompañada de la abstracción, *la rigidez tiende a generar abstracción*. Es decir: en la medida de lo posible (dada una determinada tradición interpretativa, que impone límites a lo que puede «hacerse decir» a los textos), las generaciones futuras tenderán a leer las disposiciones de la tabla de derechos de tal manera que resulten «abiertas». Así, los intérpretes dirán que los derechos son sólo *prima facie*, es decir, que existen excepciones implícitas a las normas que los expresan, a pesar del carácter aparentemente categórico de éstas; y, viceversa, que los derechos específicos reflejan principios más abstractos y fundamentales a los que cabe acudir por vía interpretativa para expandir el conjunto de derechos. De esta suerte, aumenta la capacidad del texto de adaptarse a los nuevos consensos en materia de derechos, tanto en una dirección restrictiva como en una dirección expansiva.

---

[13] A favor de la abstracción para compensar la rigidez del texto constitucional, véase, por ejemplo, Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1960), págs. 83-4; y Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), pág. 18. Por su parte, Francisco Tomás y Valiente defendió como un acierto del constituyente español el haber incluido en el artículo 1.1 valores muy abstractos (los «valores superiores del ordenamiento jurídico»), a fin de garantizar la «resistencia» de la Constitución al paso del tiempo: «La resistencia constitucional y los valores», *DOXA* núm. 15-16 (1994), pág. 642.

[14] En contra, Jed Rubenfeld, «Legitimacy and Interpretation», en Larry Alexander (editor), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press, 1998), págs. 219-227, quien acepta la evolución interpretativa en un sentido «expansivo», pero no en sentido restrictivo. Rubenfeld afirma que aquellos casos que fueron considerados casos paradigmáticos de violación de un derecho en el momento en que se aprobó la disposición constitucional de que se trate deben seguir siendo considerados así por el intérprete actual, a diferencia

La abstracción del texto es necesaria aunque se considere que la Constitución merece un status superior a la ley ordinaria en razón de haberse aprobado a través de procedimientos que permiten reflejar de manera más genuina la voluntad popular. Pues las mayores credenciales democráticas que la Constitución tuviera en su origen (si es que las tuvo) se difuminan con el paso del tiempo. Sin la abstracción, el problema intergeneracional (¿por qué la generación actual está sujeta a la Constitución legada por las generaciones pasadas?) subsiste. [15]

En suma, la abstracción de la Constitución contribuye a unir a las diversas generaciones de una nación bajo unos mismos principios de justicia [16]. Ello no significa, sin embargo, que los principios compartidos sean triviales. Las cláusulas que protegen derechos y libertades imponen algo más pre-

---

de lo que ocurre con los casos de «no violación» de un derecho, respecto de los cuales el intérprete no está sujeto a los juicios del pasado. Este autor defiende así lo que podríamos llamar un «originalismo asimétrico». A mi juicio, aunque necesitemos casos paradigmáticos de violación de un derecho para anclar el proceso interpretativo, esto no significa que esos casos sean inmunes a toda reconsideración ulterior. Como sostiene Ronald Dworkin, *Law´s Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), págs. 72-73, algunos de esos casos paradigmáticos pueden convertirse en casos dudosos.

[15] Bruce Ackerman, por ejemplo, defiende el rango supremo de la Constitución americana (según ha quedado modificada por las reformas posteriores) en razón de la calidad democrática del proceso de su elaboración y reforma, que considera superior al de la aprobación de una ley ordinaria, pues en momentos de «política constitucional» los ciudadanos participan en la deliberación colectiva con mayor intensidad y profundidad que lo que ocurre en tiempos de «política normal». Con independencia de lo acertado de este punto de vista, en todo caso Ackerman se ve obligado a recurrir implícitamente a la abstracción para poder dar respuesta a la objeción de que no es democrático que el electorado del pasado (que excluía a los negros y a las mujeres) vincule al electorado actual. Ackerman dice que esa generación pasada «suministró un lenguaje y unas instituciones constitucionales a través de los cuales generaciones posteriores de negros y de mujeres han logrado plena ciudadanía». *We the People. Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), pág. 316. Ahora bien, el lenguaje constitucional sólo tiene esta capacidad inclusiva si expresa conceptos relativamente abstractos. Las concepciones más específicas de los *framers* resultarían demasiado racistas y sexistas. Por ello, es coherente que Ackerman defienda la abstracción y rechace las posiciones de originalistas como Robert Bork. Véase, en este sentido, el artículo de Ackerman titulado «Robert Bork´s Grand Inquisition», 99 *The Yale Law Journal* 1419 (1990).

[16] En este sentido, me parece iluminadora la teoría de Jed Rubenfeld de la democracia constitucional como «demografía» (*demo-graphy*), expuesta en «Legitimacy and Interpretation», op. cit. Sostiene este autor que al redactar un texto (la Constitución), el pueblo se compromete a respetar ciertos principios a lo largo del tiempo. La democracia es, ante todo, la capacidad de escribir un texto. Sin embargo, me parece exagerado concluir, como hace Rubenfeld, que «somos los miembros del mismo pueblo que se dio a sí mismo la Constitución» (pág. 215). Me parece mejor decir que las diversas generaciones se gobiernan bajo unos mismos principios, reflejados en un texto que comparten. Si la generación actual no compartiera esos principios, la legitimidad de la tabla de derechos de la Constitución no podría salvarse diciendo que las diversas generaciones forman un solo pueblo y que es ese pueblo el que se dio a sí mismo la Constitución.

ciso que la exigencia de que las leyes «sean justas» (o «razonables»). Cuando la generación actual suscribe la tabla de derechos legada por la generación del pasado se adhiere a unos principios más específicos que el de justicia (o razonabilidad). Ello es posible porque las generaciones que se suceden a lo largo de una historia democrática (no, claro es, cuando una generación rompe con un pasado autoritario) no son totalmente extrañas entre sí. Cada generación no erige sus valores políticos partiendo de cero, sino que ingresa en un espacio que ya está ocupado por valores. Se le «educa» en ellos. Si esta educación está basada en la libertad, la nueva generación puede estar en desacuerdo con las anteriores en cuanto al modo de interpretar y aplicar esos valores. Pero existe todavía un conjunto de contenidos que la generación actual comparte con las pasadas, y que no son triviales.[17]

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEY BAJO LA CONSTITUCIÓN ABSTRACTA

Hasta ahora he sostenido que, a través de la abstracción, la Constitución rígida puede mantener a lo largo del tiempo su capacidad para expresar derechos y libertades acerca de cuyo valor existe consenso en la sociedad. Ahora bien, ¿para qué sirve entonces esa tabla de derechos? ¿Qué sentido tiene (en una democracia) constitucionalizar unos derechos abstractos que la mayoría ya acepta autónomamente?

La respuesta tiene que ver con los costes de los derechos fundamentales. Estos derechos no se satisfacen gratuitamente: su garantía efectiva exige el sacrificio de otros intereses, que pueden afectar a una multitud de personas. Puede ocurrir que, por debilidad de la voluntad o por limitaciones cognitivas, la mayoría parlamentaria del momento (aunque actúe de conformidad con la opinión pública mayoritaria) adopte una decisión que lesiona un derecho cuya validez y especial peso la propia mayoría (tanto la parlamentaria como la social) reconoce [18]. Del mismo modo que es posible que un individuo actúe de manera disconforme con los principios morales que autónomamente acepta, es posible que la mayoría política lesione ciertos derechos cuya existencia y especial peso acepta autónomamente.

La Constitución puede contribuir a contrarrestar este riesgo. Al expresar los derechos de modo solemne, recuerda a los miembros de la comunidad política la especial importancia que tienen esos derechos para asegurar a to-

---

[17] Barry Friedman y Scott Smith, «The Sedimentary Constitution», 147 *University of Pennsylvania Law Review*, 1 (1998), destacan adecuadamente hasta qué punto la historia pasada es inmanente a la generación actual.

[18] Acerca del papel de las restricciones constitucionales para facilitar la superación de problemas de debilidad de la voluntad y de limitaciones cognitivas, véase Jon Elster, *Ulysses Unbound* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), págs. 88-174.

das las personas una vida mínimamente digna. Al hacer «visibles» estos elementos básicos de la dignidad, empuja a los representantes a preguntarse si las leyes que proponen están realmente en consonancia con ellos. La Constitución trata de reforzar una cultura pública en la que los derechos generalmente aceptados como fundamentales son tomados en serio en la deliberación colectiva.[19]

En este contexto, el juez constitucional puede desempeñar un papel relevante, en un doble sentido:

a) En primer lugar, el proceso de control judicial de la ley ejemplifica de manera especialmente refinada la práctica de argumentar en favor y en contra de las decisiones políticas a partir de razones derivadas de la Constitución. La mayoría que ha aprobado una ley que afecta a un derecho fundamental es llevada ante un juez para que ofrezca razones a favor de la misma y dé respuesta a las contra-razones que el impugnante aduce. Al ejercer el control de constitucionalidad, el juez llama la atención de los ciudadanos y de sus representantes sobre las cuestiones suscitadas, sobre los argumentos y contra-argumentos aducidos, y sobre las razones que el juez ha considerado relevantes y suficientes para justificar su decisión. Puede así emerger una opinión pública más informada y sensible a las cuestiones relativas a derechos. Como dice Dworkin, el control judicial «fuerza a que el debate político incluya argumentos sobre principios, no sólo cuando un caso llega al Tribunal, sino también mucho antes y mucho después».[20]

b) En segundo lugar, el juez puede enriquecer el debate con nuevas voces que no pudieron hacerse oír en el proceso legislativo. Aunque la democracia representativa hace posible que distintas perspectivas sociales e ideas políticas se encuentren en una asamblea, tiene ciertas limitaciones desde un punto de vista deliberativo. La asamblea representativa es demasiado pequeña para asegurar la presencia de todas las voces. El sistema representativo tiene una tendencia estructural a simplificar. Además, el acceso al proceso legislativo es costoso, y los recursos que son necesarios para acceder a él no están distribuidos de manera equitativa. Existe en consecuencia un riesgo de parcialidad en contra de los grupos que se encuentran más marginados en la sociedad. En la medida en que esas voces y esos grupos pueden tener un más fácil acceso al proceso judicial, el juez decide sobre la base de

---

[19] Así, el artículo 124 (el último) de la Constitución francesa de 1793 establecía que la Declaración de derechos y la Constitución serían grabadas en tablas en la asamblea legislativa y en las plazas públicas de la nación. La idea era que la Declaración presidiera las deliberaciones de los ciudadanos y sus representantes.

[20] Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985), pág. 70.

un conjunto más completo de razones y contra-razones [21]. De esta manera, los debates públicos pueden verse enriquecidos con los nuevos argumentos que el juez hace visibles a través de sus sentencias.[22]

Con respecto a este doble papel del juez constitucional, se plantea un problema: Por un lado, se quiere que el juez actúe como conciencia crítica de la comunidad, que empuje a ésta a ser fiel a un conjunto de principios que corren el riesgo de ser relegados a un segundo plano en el momento de legislar. Para ello, el juez debe contar con cierta independencia frente a la presión de las mayorías. Pero, por otro lado, se desea que los principios que el juez interpreta y aplica sean los que surgen del consenso básico de la comunidad, y no otros. Si ello es así, el juez deberá estar conectado de algún modo con los órganos representativos que expresan ese consenso social básico.

Los países con justicia constitucional han adoptado soluciones diversas ante estas exigencias contrapuestas. En general, suelen encomendar la selección de los jueces constitucionales, al menos en gran parte, a los órganos políticos representativos. Pero existe diversidad de soluciones a la hora de fijar la duración del mandato de los jueces. Así, mientras que en los Estados Unidos los jueces federales ocupan su cargo de forma vitalicia, en Europa los jueces de los Tribunales Constitucionales tienen un mandato limitado [23]. La ventaja de la solución americana es que asegura una mayor independencia de los jueces, pues las mayorías gobernantes no pueden ejercer presión sobre ellos con ofertas de nuevos cargos para después del mandato judicial. El inconveniente es que aumenta el riesgo de que se produzca un divorcio entre las opiniones de los jueces y el consenso básico existente en la sociedad [24]. La solución europea tiene, obviamente, la ventaja de que asegura una

[21] Por esta razón, puede decirse (simplificando mucho) que un sistema de justicia constitucional como el americano, que reconoce a todos los jueces la facultad de controlar la ley en el contexto de casos concretos protagonizados por individuos y grupos, es superior en este aspecto a un sistema como el europeo en su versión original, que entrega esa facultad a un Tribunal Constitucional que decide en abstracto, y al que los individuos y grupos no tienen acceso, o tienen un acceso muy dificultado (pues el círculo de legitimados para poner en tela de juicio la ley queda circunscrito, básicamente, a un conjunto de instituciones públicas).

[22] Una defensa del control judicial basada en la superioridad de la posición institucional del juez para hacerse eco de quejas que el proceso político puede preferir ignorar, y para escuchar un amplio conjunto de argumentos de diversos sujetos, puede encontrarse en Owen Fiss («The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice», 93 *Harvard Law Review*, 1 (1979), pág. 13.

[23] De doce años en Alemania y de nueve en Italia, Francia, España y Portugal. En Austria, en cambio, los jueces del Tribunal Constitucional ocupan su cargo hasta que alcanzan la edad de 70 años. (Un límite de edad de 68 años existe también en Alemania). Sobre ello, Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe* (Paris: Montchrestien, E.J.A, 1998), págs. 57-9.

[24] En Estados Unidos, Michael Perry, por ejemplo, en su libro *The Constitution in the Courts - Law or Politics* (New York: Oxford University Press, 1994), pág. 197, ha sugerido la

mayor armonía entre la jurisprudencia y la opinión pública mayoritaria, pero con el riesgo de una menor independencia efectiva del juez [25]. No es fácil indicar cuál es el punto de equilibrio adecuado. Quizás es éste uno de los aspectos más delicados del diseño de la justicia constitucional en una democracia.

IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LA RIGIDEZ

Teniendo en cuenta lo visto hasta ahora, ¿cómo justificar la rigidez de la Constitución?

1. LA RIGIDEZ COMO TÉCNICA PARA PROTEGER LA PRÁCTICA ARGUMENTATIVA ANTE EL JUEZ CONSTITUCIONAL

La rigidez de la Constitución puede verse como un medio para garantizar y preservar la práctica de dar y pedir razones ante el juez constitucional. En efecto:

Si la Constitución fuera flexible, la mayoría parlamentaria podría liberarse fácilmente de la carga de dar al juez buenas razones en defensa de la ley que ha aprobado. La mayoría podría sin dificultad reformar la Constitución *ex ante* (antes del proceso de control judicial). Con ello frustraría la posibilidad misma de impugnar la ley ante el juez, pues bajo la Constitución reformada no habría ninguna duda acerca de la validez de esa ley. Alternativamente, la mayoría podría reformar la Constitución *ex post* (es decir, después de la decisión judicial). Si la mayoría estuviera decidida a reformar la Constitución para el caso de que el juez concluyera que la ley es contraria a la Constitución, no tendría que esforzarse demasiado en dar buenas razones al juez.

En la medida en que la Constitución es rígida, estas estrategias se ven dificultadas, por lo que aumentan los incentivos para que la mayoría se tome en serio la carga de ofrecer al juez razones de peso para justificar la ley ante el reproche de que lesiona alguno de los derechos y libertades garantizados en la Constitución. Correlativamente, aumentan los incentivos para

---

conveniencia de que los jueces de la Corte Suprema sean nombrados por un número limitado de años, a fin de lograr que el control judicial de la ley sea más sensible a la voluntad de «We the people».

[25] Una de las razones que pueden darse para justificar el carácter secreto de los votos de los jueces del Tribunal Constitucional y la prohibición de que se publiquen opiniones disidentes es, precisamente, la necesidad de salvaguardar la independencia del juez constitucional en el contexto de un sistema que otorga a éste un mandato limitado en el tiempo. En este sentido, Mary Volcansek, *Constitutional Politics in Italy. The Constitutional Court* (New York: St. Martin´s Press, Inc., 2000), págs. 8, 24. En Europa, los votos particulares de los magistrados del Tribunal Constitucional se publican en Alemania, España y Portugal, pero no en Francia, Austria e Italia.

que quienes creen tener buenos argumentos constitucionales en contra de la ley, los articulen ante el juez: saben que si tienen éxito, su victoria no se esfumará fácilmente a través de una reforma constitucional.

2. *LA REFORMABILIDAD COMO MEDIO DE CONTROLAR LAS INTERPRETACIONES JUDICIALES*

La rigidez implica dificultad para reformar, pero implica también *reformabilidad*. ¿Por qué aceptar la reformabilidad? ¿Por qué no proteger absolutamente la práctica argumentativa ante el juez, vedando toda posibilidad de reforma constitucional?

La principal razón es que el juez es falible. La justificación del control judicial no reside en la predicción de que el juez acertará siempre al interpretar los derechos enunciados en la Constitución. Tampoco se basa en el cálculo de que el juez acertará más veces que el legislador democrático. El fundamento de esta institución descansa en la deseable contribución que el juez puede hacer al diálogo colectivo, recordando a los ciudadanos y a sus representantes el peso que tienen ciertos derechos, y enriqueciendo la deliberación pública con argumentos y puntos de vista que no han sido tenidos en cuenta en sede parlamentaria. Esta contribución sólo es posible si la práctica argumentativa ante el juez está protegida (de ahí la rigidez constitucional). Pero, en última instancia, la comunidad política debe poder expresar, tras deliberar, cuál es su juicio con respecto a una determinada cuestión controvertida.

Por ello, los órganos políticos deben poder «responder» al juez a través de una reforma constitucional [26]. No se trata de «suprimir» el derecho abstracto enunciado por la Constitución, sino de expresar una determinada in-

[26] En Francia, dos reformas relativamente recientes se han aprobado para neutralizar decisiones del Consejo Constitucional que habían invalidado leyes ordinarias: la reforma de 25 de noviembre de 1993 (en materia de asilo), que responde a la sentencia de 12-13 de agosto de 1993, y la reforma de 8 de julio de 1999 (sobre cuotas femeninas en las elecciones), que responde a la sentencia de 14 de enero de 1999 (así como a la de 18 de noviembre de 1982).

En Irlanda, la decimoséptima enmienda, de 17 de septiembre de 1997, se adoptó como reacción a la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Attorney General v. Hamilton* (1993), que había sostenido que las deliberaciones del gobierno estaban absolutamente protegidas por el secreto. La reforma (aprobada por referéndum el 30 de octubre de 1997) modificó el artículo 28, e introdujo dos excepciones a este principio de reserva.

En los Estados Unidos, cuatro enmiendas constitucionales tuvieron por finalidad contrarrestar la jurisprudencia de la Corte Suprema: la decimoprimera enmienda responde a la sentencia *Chisolm v. Georgia* (1793), la decimocuarta a *Dred Scott v. Sandford* (1856), la decimosexta a *Pollock v. Farmers´ Loan and Trust Co.* (1895), y la vigésimosexta a *Oregon v. Mitchell* (1970). Más recientemente, se propuso una enmienda (que no prosperó) para contrarrestar el precedente *United States v. Eichman*, 110 S.Ct.2404 (1990), una decisión por la que la Corte protegió la quema de la bandera nacional como ejercicio de la libertad de expresión.

terpretación o consecuencia concreta de este derecho (o de un conjunto de derechos), que difiere de la establecida por el juez.

La institución del control judicial de la ley pierde legitimidad democrática si los órganos representativos no pueden controlar, a través de la reforma constitucional, las interpretaciones del juez [27]. Es interesante señalar a este respecto que Alexis de Tocqueville, cuando explicaba por qué los franceses de su época, a diferencia de los americanos, no podían aceptar el establecimiento de un sistema de control judicial de la ley, argumentaba que la Constitución francesa de 1830, a diferencia de la americana, no era reformable. Al no ser reformable, decía, los jueces habrían asumido un poder excesivo si se les hubiera facultado para controlar la constitucionalidad de la ley.[28]

En este sentido, conviene llamar la atención sobre la importancia del principio de escritura. El hecho de que los derechos y libertades estén recogidos en un texto (o referidos indirectamente en un texto) abre la posibilidad de «responder» al juez: los órganos representativos pueden reescribir ese texto. Si, en cambio, la facultad de control del juez no descansara sobre la previa existencia de un texto, sería más difícil para esos órganos articular su respuesta [29].

En congruencia con todo lo anterior, habría que entender que las llamadas «cláusulas de intangibilidad» (que figuran en Constituciones como las de Italia, Francia, Alemania, Grecia y Portugal [30]) constituyen barreras fren-

---

[27] En el mismo sentido, Nicolò Zanon, «La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all´ 'ultima parola' al cospetto delle decisioni d´incostituzionalità», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, número 6, págs. 3179-83.

[28] Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, Vol. 1 (Madrid: Alianza Editorial, 1993): «Si en Francia los tribunales pudiesen desobedecer las leyes, fundándose en que las consideran inconstitucionales, el poder constituyente se hallaría realmente en sus manos, ya que ellos serían los únicos que gozarían del derecho de interpretar una Constitución cuyos términos nadie puede cambiar. Vendrían a desplazar a la nación y dominarían a la sociedad al menos tanto como la debilidad inherente al poder judicial les permitiese». En cambio, «en América, donde la nación siempre puede, modificando su Constitución, reducir a los magistrados a la obediencia, no hay que temer semejante peligro» (págs. 94-95).

[29] Esta «respuesta» es posible aunque la Constitución, en lugar de enumerar los derechos, remita a un conjunto de principios no escritos. El Preámbulo de la Constitución francesa de 1958, por ejemplo, remite (a través del Preámbulo de la de 1946) a los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», que son principios no escritos (pues aunque deben encontrar reflejo en leyes escritas del pasado, no se hallan formulados de manera canónica en ningún texto). El Consejo Constitucional puede invalidar una ley por contradecir tales principios. Ahora bien, aunque se trate de principios no escritos, los órganos políticos pueden «responder» al Consejo: pueden reformar la Constitución y explicitar en ella una interpretación de los principios que difiere de la establecida por el Consejo. Lo importante es que exista un texto en el que los órganos políticos puedan escribir su discrepancia.

[30] *Vid* la Constitución de Italia (artículo 139), de Francia (artículo 89), de Alemania (artículo 79.3), de Grecia (artículo 110) y de Portugal (artículo 288).

te a la destrucción de los derechos abstractamente reconocidos en la Constitución, pero no impiden los intentos de los órganos representativos de modificar la interpretación judicial de esos derechos en relación con una determinada controversia. Y, viceversa, habría que entender que, aunque una Constitución carezca de cláusulas de intangibilidad, los derechos abstractos que reconoce son inmunes a toda supresión ulterior. En este sentido limitado, los derechos operan como límites implícitos a la reforma.[31]

3. LA «RESPUESTA LEGISLATIVA» COMO MEDIO ALTERNATIVO A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En el apartado anterior he tratado de defender la reformabilidad de la Constitución como medio de canalizar la respuesta de la comunidad política a una determinada interpretación judicial. Ahora bien, la reforma constitucional no deja de plantear algunos inconvenientes. Los órganos representativos tratarán, legítimamente, de articular una respuesta que neutralice de manera efectiva la interpretación del juez. Con este objetivo, pueden verse obligados a incurrir en alguno de estos dos extremos en el momento de dar contenido a la reforma: a) «elevar de rango» la ley que fue invalidada por el juez; o b) remitir al legislador ordinario la concreción del derecho abstracto que ha provocado la controversia, «desconstitucionalizando» de esta manera su contenido. En ambos casos la Constitución reformada pierde capacidad para canalizar la deliberación pública actual y futura, pues en el primer caso la Constitución «habla demasiado claro» (con respecto a la cuestión controvertida de que se trate), mientras que en el segundo «no dice nada».

---

[31] La Constitución española, por ejemplo, no contiene cláusula alguna de intangibilidad. Sin embargo, algunos autores consideran que ciertos principios son irreformables, como los que garantizan los derechos fundamentales (o, al menos, un núcleo de ellos). Sobre esta cuestión, Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (Madrid: Tecnos, 1985), págs. 151-160, 219-303; Javier Jiménez Campo, «Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución», *Revista del Departamento de Derecho Político (UNED)*, núm. 7, 1980, págs. 95-100. Por otra parte, en la práctica los contenidos afectados por el procedimiento especial previsto en el artículo 168 son de muy difícil reforma. La voluntad constituyente parece haber sido la de hacerlos inmutables *de facto*, según explica Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución* (Madrid: Congreso de los Diputados, 1987), págs. 156-7, 190, 202.

En los Estados Unidos la doctrina dominante es que no existen límites implícitos a la reforma. En el pasado, sin embargo, hubo voces favorables. Véanse las referencias recogidas en John Vile, «The Case Against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process», incluido en la colección de ensayos editados por Sanford Levinson, *Responding to Imperfection*, op. cit., págs. 191-6. Una tesis similar ha sido defendida en la actualidad por Walter Murphy, «Merlin´s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity», también en Levinson, ibid.; y Jeff Rosen, «Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?», 100 *Yale Law Journal*, 1073 (1990).

Por ello, sin perjuicio de la legitimidad de la reforma constitucional como respuesta al juez, debe admitirse también la posibilidad de un segundo tipo de respuesta, que podemos denominar «respuesta legislativa», a través de la cual el legislador ordinario aprueba una ley de contenido similar o idéntico al de otra ley que fue invalidada. Con ello trata de provocar una segunda ronda de debate ante el juez, con la esperanza de convencer a éste de la necesidad de modificar su anterior línea jurisprudencial.

Obsérvese que se trata de una modalidad de respuesta legislativa distinta de la prevista en la actualidad en el Reino Unido, donde ciertos tribunales tienen competencia para declarar la incompatibilidad entre una ley y la *Human Rights Act* de 1998, siendo el Parlamento quien decide en último término si, a la vista de una declaración judicial de incompatibilidad, la ley debe ser modificada o no [32]. También es distinta de la técnica prevista en el sistema canadiense, donde se permite al Parlamento aprobar una ley idéntica a la que fue invalidada por un juez, e inmunizarla frente a un ulterior control judicial, a través de una explícita declaración a tal efecto.[33]

Se trata, por el contrario, de que el legislador, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad que ha recaído sobre una ley, pueda aprobar otra de igual o similar contenido, pero sin inmunizarla frente al posterior control judicial.

Cuanto más rígida sea la Constitución, en mayor medida es necesario admitir este tipo de respuesta legislativa. (En España, por ejemplo, es muy improbable que el Tribunal Constitucional sea respondido por los órganos políticos con una reforma constitucional, pues la reforma es, por el momento, un tema tabú [34]). Naturalmente, el Parlamento no puede actuar frívolamente. Debe haber transcurrido un plazo razonable desde que se dictó la sentencia judicial invalidatoria de la ley anterior. En particular, seguramente es necesario que se haya elegido un nuevo Parlamento. Cabe, pues, condicionar la legitimidad de este tipo de reacción legislativa, pero no negarla de manera absoluta [35].

---

[32] Este sistema ha sido introducido por la *Human Rights Act* de 1998. Un comentario sobre esta ley puede encontrarse en K.D. Ewing, «The Human Rights Act and Parliamentary Democracy», 62 *The Modern Law Review*, 79 (1999).

[33] *Vid* el artículo 33 de la *Charter of Rights and Freedoms* de 1982. Algunos derechos no pueden ser neutralizados de este modo: los derechos lingüísticos, la libertad de movimiento y los derechos políticos. La declaración que protege a la ley (la cláusula *non obstante*) produce efectos durante un plazo máximo de cinco años, plazo que puede ser prorrogado a través de sucesivas declaraciones.

[34] Como ha señalado Pedro Cruz Villalón, «Constitución y Tiempo: primera década», 15 *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 335 (1989), pág. 361, el Tribunal Constitucional sabe que no tiene nada que temer del poder de reforma, lo que le coloca en una posición más difícil.

[35] Algunos autores consideran que la aprobación de la nueva ley supone un ilícito. Así, Javier Jiménez Campo, «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el

Ocurre, además, que el sistema jurídico debe posibilitar la evolución de la jurisprudencia constitucional. (Como argumento a favor de la publicación de los votos particulares de los jueces suele decirse, con razón, que es deseable dejar constancia de la existencia de una interpretación alternativa, que algún día puede convertirse en dominante). Ahora bien, esta evolución tiene que ser posible en una doble dirección: tanto en un sentido desfavorable para el legislador como en un sentido favorable. Pues bien, en determinados sistemas políticos es difícil que la jurisprudencia evolucione en una dirección favorable al legislador, a no ser que se permita al Parlamento aprobar una nueva ley de contenido idéntico o similar al de otra que fue invalidada en el pasado. Se trata de aquellos sistemas que (a) no son federales, sino que concentran el poder legislativo en un solo Parlamento; y (b) no configuran el control de constitucionalidad como control concreto, sino abstracto. En efecto:

a) En los sistemas federales, para posibilitar un cambio jurisprudencial favorable al legislador no es necesario que el mismo Parlamento estatal que aprobó la ley invalidada apruebe otra de contenido idéntico o similar, pues es probable que en otro Estado de la federación exista una ley parecida, lo que permitirá plantear de nuevo la misma controversia interpretativa ante el juez [36]. En cambio, en un sistema donde el poder legislativo está centralizado en un único Parlamento, esta posibilidad no existe.

b) En los sistemas en los que el control de constitucionalidad no se produce en abstracto, sino en el contexto de casos concretos, el juez no destruye la ley que estima inconstitucional. Lo que hace es inaplicar la ley al caso concreto y sentar un precedente que bloquea la aplicabilidad de esa ley a casos similares. Si, en el futuro, el juez revoca o restringe el precedente, la ley recupera total o parcialmente su aplicabilidad. Por ello, los operadores jurídicos (tanto particulares como funcionarios) pueden plantear nuevos casos con el objeto de minar un precedente controvertido y «recuperar» así la ley. Esta «desobediencia» es menos visible y solemne que la respuesta legislativa [37]. En

---

Derecho español», en *La jurisdicción constitucional en España* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995), pág. 92; Raúl Bocanegra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional* (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982), pág. 236. A favor de la respuesta legislativa se pronuncian, en cambio, Stephen Macedo, *Liberal Virtues* (Oxford: Clarendon Press, 1991), pág. 151; y Luís Nunes de Almeida, en Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (Barcelona: Ariel, 1998), pág. 244.

[36] Una interesante explicación de las interacciones interpretativas entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y los diversos Estados es la ofrecida por Barry Friedman, «Dialogue and Judicial Review», 91 *Michigan Law Review,* 577 (1993).

[37] La legitimidad de cierto grado de desobediencia de los funcionarios y cargos públicos es aceptada en los Estados Unidos incluso por autores como Larry Alexander y Frederick Schauer, que insisten en la necesidad de que el tribunal actúe como autoridad que zanja polé-

los sistemas de control abstracto, en cambio, las cosas son distintas. Aquí, cuando el Tribunal Constitucional invalida una ley, la expulsa del sistema jurídico de manera irreversible.

Así pues, en un sistema donde el poder legislativo está concentrado en un único Parlamento y donde el control de constitucionalidad es de tipo abstracto, resulta más difícil desencadenar una cambio jurisprudencial favorable al legislador, como no sea a través de la aprobación parlamentaria de una nueva ley. Podríamos decir que, en un sistema de esta naturaleza, si el control de constitucionalidad se concentra en el Tribunal Constitucional, la «desobediencia» necesaria se concentra en el Parlamento.

Ahora bien, hay que señalar que allí donde el control de constitucionalidad es «concreto», se suele acudir a la doctrina del precedente para introducir cierto orden en el sistema. Pero una versión relativamente fuerte de esta doctrina, como la que opera en los países del *common law*, puede dificultar los cambios jurisprudenciales. Así, en los Estados Unidos, una sentencia de la Corte Suprema que declare que una ley es contraria a la Constitución tiene un efecto de bloqueo general: este efecto se extiende, no sólo a esa ley, sino a cualquier otra que sea similar (con independencia de que se haya aprobado en el pasado o se apruebe en el futuro). Además, aunque la Corte puede revocar sus precedentes, les otorga cierto peso intrínseco, más allá de su corrección sustantiva, lo que sobreprotege a las interpretaciones pasadas frente a su correción futura.[38]

La situación es distinta en los países europeos que pertenecen a la tradición del *civil law* y que han establecido Tribunales Constitucionales. En primer lugar, los efectos de una decisión invalidatoria del Tribunal se limitan normalmente a la ley enjuiciada. La ley es expulsada, sí, pero sólo esa ley

---

micas interpretativas. Véase, «On Extrajudicial Constitutional Interpretation», 110 *Harvard Law Review*, 1359 (1997), pág. 1386.

[38] Así, en la sentencia *Casey,* 505 U.S. 833 (1992), la Corte Suprema decidió reafirmar el precedente *Roe,* 410 U.S. 113 (1973), a pesar de que tres jueces de la mayoría (O´Connor, Kennedy y Souter) se inclinaban por pensar que el precedente *Roe* no era una interpretación correcta de la Constitución. Fueron las razones vinculadas a la doctrina del precedente (básicamente, la necesidad de proteger la integridad judicial y las expectativas creadas entre los ciudadanos) las que inclinaron la balanza a favor de reafirmar *Roe*.

En este sentido, Michael Stokes Paulsen, «Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of *Roe* and *Casey*?», 109 *Yale Law Journal*, 1535 (2000), ha hecho recientemente una interesante propuesta: El Congreso podría abrogar el efecto de la doctrina del *stare decisis* para una categoría de casos (el aborto, por ejemplo). Con ello estaría obligando a los jueces federales a interpretar la Constitución sin dar ningún peso intrínseco a los precedentes (es decir, sin otorgarles ningún valor más allá de su corrección material). Obviamente, el Congreso no estaría imponiendo a los jueces su interpretación de la Constitución: éstos seguirían siendo libres para determinar cuál es la interpretación correcta de este texto. Simplemente les estaría exigiendo que examinaran la cuestión interpretativa como cuestión nueva, partiendo de cero, sin sentirse vinculados por los precedentes.

lo es (pues se considera que sólo a ella se extiende el efecto de cosa juzgada). Esto significa que si existe otra ley similar (sea una ley aprobada por el mismo Parlamento después de la sentencia, sea -en los países federales- una ley aprobada por el Parlamento de otro Estado), será necesario abrir un nuevo proceso ante el Tribunal Constitucional, en el contexto del cual éste podrá reconsiderar su interpretación pasada [39]. En segundo lugar, aunque el Tribunal tienda a respetar sus propios precedentes, no les otorga tanto peso intrínseco como el que reciben en los Estados Unidos. La idea de que un precedente tiene alguna autoridad más allá de su valor como interpretación correcta del Derecho es bastante ajena a la tradición del *civil law*. Como dijo el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal «debe contrastar los actos del legislador con la propia Constitución, y no con los precedentes» [40]. Así pues, la existencia de una doctrina débil de los precedentes modera la rigidez potencial que el sistema europeo de control abstracto encierra.

En suma, podemos decir (simplificando en alguna medida esta cuestión) que la «respuesta legislativa» es particularmente necesaria, para posibilitar los cambios jurisprudenciales favorables al legislador, allí donde existe un único Parlamento con competencia legislativa sobre una materia, y un Tribunal Constitucional que enjuicia en exclusiva y en abstracto la validez de las leyes. En estos sistemas, la ausencia de una fuerte doctrina del precedente facilita que una eventual «respuesta legislativa» pueda provocar la reconsideración por parte del Tribunal Constitucional de su anterior jurisprudencia.

V. CONCLUSIÓN

¿Es excesiva la rigidez constitucional? Lo sería, ciertamente, si la Constitución expresara los derechos y libertades en términos tan taxativos que, con el transcurso del tiempo, se creara un divorcio entre su contenido y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Pero si la Constitución recurre a la abstracción, este riesgo se reduce drásticamente.

Lo que realmente constriñe a la mayoría son las decisiones adoptadas por los jueces constitucionales al interpretar esos derechos abstractos, decisiones que son difíciles de contrarrestar desde el momento en que la Constitución es rígida. La justificación de la rigidez reside en la necesidad de

---

[39] Así, en España el Tribunal Constitucional ha dicho que los Jueces ordinarios no pueden inaplicar por sí mismos una ley, sino que habrán de elevar una cuestión al Tribunal Constitucional, «por más que lo en ella dispuesto se corresponda, a juicio de los Jueces ordinarios, con el contenido de otro precepto legal sometido en su día a control de constitucionalidad y declarado entonces contrario a la Norma fundamental» (STC 23/1988, Fundamento Jurídico 2).

[40] BVerfGE 77, 84 (104). Véase la referencia en Robert Alexy y Ralf Dreier, «Precedent in the Federal Republic of Germany», en Neil MacCormick y Robert Summers, *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (Ashgate, Dartmouth, 1997), págs. 26-27.

proteger la práctica argumentativa que se despliega en el foro judicial: la rigidez crea incentivos para que la mayoría se tome en serio la carga de dar razones en defensa de la ley en ese foro, a la luz de un conjunto de principios constitucionales que la propia mayoría acepta.

La rigidez, sin embargo, no es absoluta: no privilegia de manera irreversible las interpretaciones judiciales frente a las de los órganos representativos, pues éstos pueden responder por medio de una reforma constitucional o, de forma menos contundente, a través de una «respuesta legislativa». Los derechos que figuran en la Constitución adquieren significado, pues, a través de un proceso en el que las mayorías políticas (y/o supermayorías) desempeñan un importante papel.

¿Es insuficiente, entonces, la rigidez? Para quienes creen que las mayorías (y, por tanto, también las supermayorías) tienen una tendencia estructural a satisfacer sus preferencias en detrimento de los derechos de los individuos y de las minorías, la rigidez constitucional, al no ser absoluta, resulta insuficiente: aunque se exija una supermayoría de 2/3 o de 3/4 para reformar la Constitución, por ejemplo, ¿quién va a proteger los derechos de la minoría que constituye el 1% de la población? Sin embargo, la experiencia histórica parece indicar que, si bien las mayorías políticas pueden adoptar decisiones erróneas en materia de derechos, no puede decirse que tengan una tendencia estructural a lesionarlos. Al fin y al cabo, en muchos países han sido las mayorías políticas las que han instaurado y mantenido en vigor las Constituciones. Incluso los derechos más claramente dirigidos a la protección de las minorías (como el derecho a no ser discriminado en virtud de la raza) forman parte del consenso político contemporáneo en muchas democracias. Si ello es así, entonces la rigidez constitucional, que protege, pero no inmuniza, las interpretaciones judiciales frente a un juicio adverso de los órganos políticos representativos, no es una técnica insuficiente para proteger los derechos.

LA POSIBILIDAD DEL CONSTITUCIONAL THAYERIANO *

Pablo de Lora
Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción

Hace ya más de veinte años que Dworkin diagnosticaba que el Derecho constitucional no haría progreso genuino alguno hasta tanto no aislara el problema de los derechos frente al Estado, haciéndolo formar parte de su agenda teórica. Tal cosa, decía, aboga por la fusión del Derecho constitucional y la teoría moral, una alianza que increíblemente, nos dijo entonces, estaba por llegar [1].

Yo no estoy muy seguro de que los constitucionalistas (salvo honrosas excepciones) hayan hecho mucho por aproximarse a la teoría moral para así abordar mejor la espinosa cuestión de los derechos frente al Estado [2]. Sí me parece, sin embargo, que estos últimos años han evidenciado una creciente preocupación e interés de los filósofos jurídico-políticos (y asumamos que estos son los teóricos morales a los que Dworkin alude) por algunos de los temas centrales del Derecho constitucional.

---

* Con muy ligeras modificaciones, este texto corresponde a la ponencia presentada en el V Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho celebrado en Alicante los días 21-23 de octubre de 1999. Agradezco a los participantes en el mismo, así como a los miembros del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, con los que discutí el trabajo, sus valiosos comentarios y críticas. Quiero agradecer en particular las sugerencias que me formuló Víctor Ferreres quien en los días previos a la presentación tuvo la amabilidad de leerlo y señalarme algunas incorrecciones vertidas en el original. Este trabajo forma parte del proyecto de investigación PB97-1434 de la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica.

[1] Dworkin, 1977, p. 149.

[2] No me resisto a dar el siguiente botón de muestra. Comentando la superioridad del principio de proporcionalidad como canon de enjuiciamiento de la posible invasión de los derechos fundamentales por parte del legislador (frente a la invocación del contenido esencial de los mismos), Medina Guerrero y Huelin Martínez de Velasco hacen suyas las palabras de Forsthoff para afirmar que esta segunda vía, aunque el propio texto constitucional español la acoja (art. 53.1), «[o]bligaría al jurista a incurrir en un diletantismo filosófico del que poco provecho redundaría para la Ciencia Jurídica...»; vid., 1997, p. 318 n. 14.

Y es que el debate sobre los derechos ha figurado siempre entre las prioridades de la reflexión iusfilosófica, pero no tanto, en cambio, la discusión acerca de cuál es el diseño institucional concreto que, una vez asumida una posición moral que atribuye a los individuos ciertos derechos básicos [3], resulta más legítimo articular. Este ha sido el asunto, creo, que cabría considerar el mayor exponente del acercamiento al que antes me refería y al que yo también pretendo aproximarme en esta ocasión.

Mi objetivo es tratar de mostrar qué se sigue de abrazar una forma débil de constitucionalismo en un contexto en el cual las piezas están pulidas para componer un modelo de constitucionalismo fuerte. Mi tesis es que ello nos obliga a asumir una versión asimismo estricta del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes que la conocida regla Thayer encierra. Ello quiere decir que los Tribunales Constitucionales sólo deberían proceder a la declaración de inconstitucionalidad cuando todos sus miembros estuvieran de acuerdo en ello.

Me imagino el aire de paradoja que para la gran mayoría tendrá este planteamiento. Como veremos, el constitucionalismo débil se apoya en un compromiso firme con el ideal de la regla de la mayoría, así que no dejará de resultar chocante que finalmente recomiende traicionar ese principio democrático en el seno de los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes. Mi misión consistirá, en buena medida, en hacer ver que no hay traición alguna al traducir la regla Thayer en la exigencia de consenso para anular las leyes por ser contrarias a la Constitución.

En el artículo de Amartya Sen al que el título de este trabajo pretende hacer un guiño [4], la conclusión que emergía de la ordenación de preferencias de «Lascivo» y «Gazmoño», con respecto a la lectura de «El amante de Lady Chatterley», era que el liberalismo había de renunciar bien a la que Sen llama su condición mínima [5], bien al criterio paretiano en la construc-

[3] De esa forma, y siguiendo la caracterización de Hart, se pone en práctica una técnica de distribución que precluye que ese derecho se tenga en cuenta en el cómputo para maximizar algún ideal de manera agregativa; vid., Hart, 1983, pp. 182, 188, 200. A la misma noción responden las ideas de «coto vedado» y «triunfo» que han empleado respectivamente Ernesto Garzón Valdés (1993, pp. 644, 649 y 1989, pp. 209-213) y Ronald Dworkin (1977, p. xi), en su descripción de los derechos, o la afirmación apodíctica de Francisco Rubio Llorente en su voto discrepante a la STC 12/82 de 31 de marzo de 1982: «Las decisiones acerca de la existencia o inexistencia de una libertad no pueden ser consideradas nunca como cuestiones políticas» (la sentencia resolvía el recurso de amparo que interpuso Antena 3 S.A. contra la negativa de la Administración de autorizar el establecimiento de una emisora de televisión privada).

[4] «The impossibility of a Paretian Liberal», *Journal of Political Economy*, Vol. 78, 1970, pp. 152-157.

[5] Según la cual un individuo que tiene que decidir entre dos alternativas, siendo una de ellas hacer o no hacer algo que sólo a él atañe (por ejemplo leer «El amante de Lady Chatter-

ción de una función de elección colectiva [6]. Mi pretensión es, como decía, resistirme al corolario de imposibilidad al que el experimento de Sen, en ese otro ámbito, conducía, para lo cual he de empezar recordando los mimbres con los que se ha urdido el constitucionalismo débil.

2. El constitucionalismo débil

Para el Derecho constitucional ha sido tradicional suponer que el mecanismo de protección de los derechos individuales habría de consistir, necesariamente, en el establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales como parte de un texto constitucional rígido (de difícil o prácticamente imposible reforma) y de una jurisdicción que de manera concentrada (o difusa) tuviera la potestad final de decidir sobre el alcance y contenido de tales derechos [7]. Que esa conexión entre el ideal de los derechos fundamentales y el diseño institucional descrito sea *necesaria*, es, precisamente, lo que en los últimos tiempos se ha revelado como algo que dista mucho de estar claro.

Ha sido en concreto Jeremy Waldron quien de manera más persuasiva ha puesto de manifiesto las razones por las cuales una posición moral atenta al «coto vedado» nos aboca a lo contrario: a un modelo en el que las decisiones del legislador no son en ningún caso revisables por un órgano no representativo, ni limitadas o impedidas por un catálogo de derechos de difícil reforma.

Dicho de manera muy comprimida, la idea de Waldron es que el constitucionalismo (fuerte) que se configura con las piezas anteriormente indicadas vulnera el derecho de todos a participar en la adopción de decisiones que nos afectan. Entre ellas está la propia de determinar *qué derechos tenemos y cuál es su contenido*, cosa que hacemos en el momento constituyente, pero de un modo que a Waldron le resulta contrario al ideal de los derechos: no permitiéndonos reconsiderar tal decisión en el futuro (salvo en condiciones procedimentales muy costosas y por ello desigualitarias), aunque sí acordando que sea un órgano no configurado democráticamente el que lo haga, de cuando en cuando, frente a nuestros representantes [8]. Como

---

ley»), es «socialmente decisivo» (dicho de otro modo, la elección colectiva habrá de coincidir con la que él haga).

[6] De acuerdo con el cuál, como es sabido, se ha de procurar la obtención del estado de cosas en el que nadie puede mejorar si no es a costa de los demás.

[7] De la teoría de la racionalidad imperfecta de Jon Elster (1979, pp. 37, 93-96) se ha importado la noción de precompromiso para justificar el carácter necesario de esta vinculación; vid., entre otros: Freeman, 1990-1991, p. 353; Holmes, 1988, pp. 216-226 y Moreso, 1997, pp. 165-167.

[8] Waldron, 1993, pp. 18-20, 28 y Waldron, 1999b, pp. 282, 286-287, 292-297, 303.

consecuencia, y de acuerdo con la tesis de Waldron, una teoría moral basada en los derechos debería asumir el llamado modelo de Westminster o una versión «abierta al cambio» de la regla de la mayoría [9]. Es decir, un procedimiento que no restringe nada del conjunto de decisiones adoptable; ni siquiera la posibilidad de decidir no volver a usar ese procedimiento que, dadas las condiciones de la política a las que nos enfrentamos (las del desacuerdo razonable sobre el paisaje del «coto vedado»), Waldron considera más legítimo (la pura regla de la mayoría).

Pues bien, es en esta consecuencia, que nos llevaría a admitir la legitimidad del «suicidio democrático», donde Juan Carlos Bayón ha encontrado la fisura con la que limitar la objeción waldroniana al constitucionalismo fuerte, y a partir de dicha crítica a la tesis de Waldron, formular su modelo de constitucionalismo débil.

En efecto, si Waldron favorece el procedimiento basado en la regla de la mayoría porque, como no podría justificar de otra forma, encarna mejor que ningún otro un principio moral reputado valioso, habría de decantarse por una versión «cerrada al cambio» de dicha regla, esto es, que expulsa de la agenda la decisión de utilizar en lo sucesivo un procedimiento distinto. ¿Por qué? Pues porque sino no tendría argumento alguno que esgrimir frente al que nos dice que el constitucionalismo fuerte (que Waldron objeta) está justificado desde el mismo momento en que fue adoptado democráticamente [10].

La siguiente enmienda de Bayón al planteamiento de Waldron se refiere al alcance de la clausura de la regla de la mayoría: además de prohibirse el suicidio democrático, han de ponerse a resguardo las condiciones mínimas que hacen posible el ejercicio de la democracia [11]. ¿Y cuáles son éstas? De nuevo aquí Waldron aduce la circunstancia del desacuerdo para oponerse a ese atrincheramiento: cuáles sean los derechos que operan como condición de posibilidad de un procedimiento democrático es algo que está en discusión con lo cual, nuevamente, el respeto al derecho a tomar parte en las decisiones sobre los derechos exigiría que, al decir del filósofo neozelandés, «todo siga estando en el aire»,

---

[9] Bayón, 1998, pp. 51-52.

[10] *Ibíd*., p. 52 y en la misma línea Christiano, 1993, pp. 191-192 y De Otto, 1987, p. 61. Waldron se ha resistido expresamente al callejón sin salida al que Bayón considera que se ve abocado. Así, en su opinión, sí sería censurable que la Reina de Inglaterra decidiera «correctamente» un cambio en el sistema de representación de Nueva Zelanda, ejemplo imaginario con el que pretende ilustrar su tesis de que *siempre hay algo que decir sobre los medios utilizados para decidir*; cosa que resultaría incompatible con su asunción de la versión omnicomprensiva (abierta al cambio) de la regla de la mayoría; Waldron, 1999b, pp. 292-293.

[11] La defensa de ese modo mínimo de jurisdicción constitucional (como mera custodia del proceso democrático), ha recibido su mejor expresión, como se sabe, del constitucionalista estadounidense John Hart Ely; vid., 1980, p. 87.

> «[p]ues decir de alguna cuestión, que era objeto del desacuerdo basado en la buena fe, que sin embargo no estaba en el aire, sería imaginarnos, como comunidad, en una posición que nos permite tomar partido en tal desacuerdo, sin que nunca pareciera que lo hubiéramos hecho. Supongamos nuevamente que los miembros de una comunidad discuten sobre si la gente ha de tener el derecho a X. Decir, por contra, que el derecho a X no debe estar en el aire en esta comunidad, es afirmar que la comunidad ya ha adoptado una posición en el desacuerdo. Y a uno le cabe legítimamente indagar cómo exactamente llegó a producirse tal cosa (dado el desacuerdo), sin que en un estadio anterior el derecho a X haya estado sin duda en el aire en un procedimiento en el que se planteara la cuestión de si el derecho era algo con lo que la comunidad debía comprometerse» [12].

Ahora bien, y como ha resaltado Bayón, por encima de las diferencias que existan entre los distintos mecanismos que pudieran formar parte del concepto matriz «procedimiento democrático» (esto es, más allá de las divergencias sobre los derechos constitutivos de la democracia y su contenido y alcance), debe haber algún núcleo compartido so pena de que ésta sea una denominación vacía. Siendo ello así, o bien el mínimo común denominador queda a resguardo del procedimiento de toma de decisiones, y en ese caso Waldron ha de reconsiderar su posición, o no queda protegido, pero entonces, nuevamente, el diseño institucional propio del constitucionalismo fuerte que denuncia, quedaría justificado desde el mismo momento en que fuera establecido mediante una decisión mayoritaria [13].

En resumen, las críticas que ha formulado Bayón a la posición de Waldron ponen de manifiesto dos cosas. En primer lugar que, en realidad, Waldron debería asumir la primera de las piezas del diseño institucional: el resguardo de un «coto vedado» mínimo que es condición de posibilidad de la democracia, frente a ésta misma. En segundo término, y esta sería la parte de razón que le asistiría, que hay un problema de compatibilidad entre ese ideal democrático y el segundo de los engranajes: el control jurisdiccional de constitucionalidad. Dicho más rigurosamente, hay una dificultad de ajuste cuando el «coto vedado» se plasma de forma tal que su determinación (la delimitación de su contenido y alcance) queda abierta para el futuro. Como ha resaltado Bayón, si nos tomamos en serio la clausura de la regla de la mayoría a la que nos conduce la asunción del ideal de los derechos, dicho cierre habría de ser total; serían inadmisibles tanto la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad como la previsión de un mecanismo de reforma de ese núcleo por muy costoso que fuera el procedimiento de mo-

[12] Waldron, 1999b, p. 303 (traduzco en este contexto por «estar en el aire», la expresión «being up for grabs» que utiliza Waldron y que literalmente se vierte en castellano como algo que «está a disposición de cualquiera»).

[13] Bayón, 1998, pp. 56-57.

dificación. Así, los derechos como triunfos habrían de ser irreformables al modo en que establece la Constitución alemana [14]. Con respecto a lo que, por decirlo así, quedara situado más bien en la periferia del «coto vedado», su determinación o reforma sí debería corresponder al órgano representativo o, mejor aún, a la ciudadanía en su conjunto, si somos respetuosos con los presupuestos del ideal moral de los derechos [15], aunque cabe imaginar formas mixtas en las que un órgano de naturaleza jurisdiccional no tiene la última palabra, pero en alguna medida puede obligar al legislador a reconsiderar la decisión que hubiera adoptado [16]. Como ha resumido el propio Ba-

[14] *Ibíd*., pp. 58-60. Para Víctor Ferreres la dificultad que surge entonces es la que se conoce como «objeción de la tiranía del pasado». La solución consiste, en su opinión, en establecer una suerte de «reserva de ley parlamentaria» que haría que ciertas materias quedaran excluidas de la posibilidad de ser constitucionalizadas para permitir la adaptación y el cambio necesario en el futuro; «[e]l poder constituyente –nos dice Ferreres– debe aceptar que sólo puede tomar cierto tipo de decisiones en materia de derechos y libertades –las decisiones de contenido más abstracto–, siendo «incompetente» para tomar decisiones de contenido más detallado»; vid., 1997, p. 111. Pero, como hemos visto, el respeto a los derechos individuales, entendidos como «triunfo frente a cualquier procedimiento», recomendaría precisamente lo contrario: el adoptar decisiones concretas sobre su contenido y alcance que no necesiten en el futuro de mecanismo alguno de determinación. Cuestión distinta es que eso efectivamente se pueda hacer.

[15] En todo caso, la reforma que sí es admisible lo es siempre que no sea al precio de adoptar un procedimiento que exija mayorías reforzadas. En relación con la «determinación», que sea el Parlamento, y no un Tribunal Constitucional o los jueces, el encargado de custodiar los derechos individuales es algo que quiebra lo que Nino llamó en su momento la «lógica de Marshall», es decir, el razonamiento (falaz) empleado por este juez en la sentencia *Marbury v. Madison*, o el que despliega Alexander Hamilton en *El Federalista* nº 78; vid., Nino, 1992, pp. 97-100. También Dworkin ha admitido no sólo que la lógica del razonamiento de Marshall no es de hierro (vid., 1986, p. 335), sino que últimamente reconoce que «[m]uchos engranajes institucionales son compatibles con la lectura moral –de la Constitución, que él prefiere– incluyendo algunos que no dan a los jueces el poder que tienen en la estructura estadounidense» (1996, p. 7), e incluso que «Es perfectamente posible que una nación, cuya Constitución escrita limita el poder del legislador, asigne la responsabilidad final de interpretarla a alguna institución-incluyendo el Parlamento-distinta a un Tribunal» (1997a, p. 1251). En una línea similar se han manifestado, entre otros, Michelman, 1996, pp. 148-150, Paulsen, 1994, p. 243, Rawls, 1993, pp. 234-235 y Bickel, 1986, pp. 3-4. Entre los que sí asumen la lógica de Marshall, García de Enterría («El carácter normativo de la Constitución sólo se asegura si el juez constitucional es capaz de controlar al Legislativo», 1995, p. 132) y Cappelletti, que la describe como «poderosa y simple»; vid., 1980, pp. 409-410.

[16] Se abrazaría así una forma de constitucionalismo «débil» (en expresión de Bayón, 1998, pp. 45-46, 63) que tiene en el modelo canadiense su expresión más atractiva y que ha llegado a ser propuesto por Michael J. Perry como sistema susceptible de ser adoptado en Estados Unidos; vid., Perry, 1993, pp. 156-160. La propuesta de Michelman de crear un órgano representativo que pueda anular las decisiones de la Corte Suprema, va en la misma dirección; vid., 1996, p. 146. Ante este panorama no se entiende muy bien la rotundidad de la siguiente afirmación de Aja y González Beilfuss: «La marcha atrás parece imposible. Un Tribunal Constitucional encerrado en su torre de marfil y que sólo de tarde en tarde anula una ley resulta inimaginable en el futuro»; vid., 1998, p. 288.

yón, el constitucionalismo fuerte es fuerte en lo que no tiene que serlo (en la institución de un órgano de custodia no representativo) y débil cuando debería ser fuerte (en el establecimiento de un coto vedado reformable, cuando habría de ser inmodificable). El ideal de los derechos bien entendido, marcaría por tanto un orden inverso en la fortaleza de las piezas institucionales que otorgan sus señas de identidad al constitucionalismo democrático.

3. Interpretación constitucional y democracia

No siendo así las cosas, es decir, estando situados en un escenario en el que la Constitución establece de forma abierta el «coto vedado» y configura un órgano jurisdiccional encargado de velarlo mediante decisiones no revisables por el legislador, parecen ser dos las posibilidades que tenemos a la vista para que nuestro compromiso con el ideal de los derechos sea compatible con la existencia de dicho órgano [17]. Dos estrategias que, tratando de situarse en las coordenadas del constitucionalismo débil que he descrito en el apartado anterior, persiguen que el juez constitucional se autorrestrinja o, como la otra cara de la moneda, que sea deferente hacia el parlamento: o bien que no atienda al carácter abierto del lenguaje en que se ha delimitado el «coto vedado», tratando, por contra, de enjuiciar la constitucionalidad de la legislación con el patrón de las intenciones específicas que tuvieron los constituyentes (apostaríamos así por el originalismo como teoría interpretativa); o bien que entienda que la legislación es conforme con la Constitución y que al Tribunal constitucional le corresponde llevar hasta sus últimas consecuencias su papel de intérprete definitivo sólo en casos extremos: cuando la vulneración de la Constitución ha sido demostrada de manera indubitada [18].

---

[17] Kelsen ya predijo, como se sabe, que los Tribunales constitucionales se convertirían en órganos con un poder «insoportable» si en las Constituciones no se dejaba de utilizar toda esa «terminología difusa como libertad, igualdad, justicia, etc.»; vid., Kelsen, 1983, pp. 33-34, 36 n. 11. De hecho, como nos recuerda Eliseo Aja, los Tribunales Constitucionales nacen en Europa con la función prioritaria de resolver conflictos de competencias entre órganos constitucionales; vid., 1998, pp. XXVIII-XXIX.

[18] Existe una tercera posibilidad que no voy a considerar y que es el casuismo o minimalismo que propugna el constitucionalista Cass R. Sunstein. Su posición trata de articular una jurisdicción constitucional modesta: que favorece las analogías, los acuerdos incompletamente teorizados (para Sunstein en muchas cuestiones jurídico-políticas es más fácil ponerse de acuerdo sobre los aspectos más específicos que sobre las grandes principios abstractos que pudieran informar esas soluciones minimalistas, vid., sobre ello 1999, pp. 11-13, 1997, pp. 392-404 y 1996, pp. 35-53) y la solución del caso concreto. Por esa razón no me voy a ocupar de la propuesta de Sunstein aquí, ya que el thayerianismo que analizo como alternativa se circunscribe al ejercicio de la legislación negativa, es decir, al juicio de constitucionalidad de una norma, y no tanto a la posible invalidación de una ley en el proceso de resolver un caso individual, que es lo que motiva la teoría de Sunstein. Sobre la misma puede verse: 1999, pp. 3-4, 9-11, 39 y las críticas formuladas por Dworkin en 1997d, pp. 371-373 y 1997e, pp. 432-453.

A esta segunda variante, que es de la que me ocuparé en lo que sigue, la denomino *thayerianismo* porque es en el artículo de James Bradley Thayer donde se encuentra la expresión canónica de esa forma de deferencia hacia el legislador. Según este autor, los jueces constitucionales procederán a declarar la inconstitucionalidad de la ley si los legisladores

> «[n]o han cometido un mero error sino un error muy claro-tan claro que no está sujeto a la inquisición racional... Esta regla reconoce que, tomando en consideración las grandes, complejas y nunca del todo claras exigencias del gobierno, mucho de lo que sería inconstitucional para un hombre, o colectivo, puede razonablemente no serlo para otros; que la Constitución frecuentemente admite distintas interpretaciones; que hay frecuentemente un margen de elección y juicio; que en tales casos la Constitución no impone sobre el legislador una opinión específica, pero deja abierto ese margen de opción; que cualquier alternativa racional es por tanto constitucional» [19].

Así pues, en opinión de Thayer, «*[l]a cuestión definitiva no es cuál es el verdadero significado de la Constitución, sino la sostenibilidad de la legislación*» [20].

3.1. Un ejemplo de deferencia en la jurisprudencia constitucional española: la sentencia de las Cámaras de Comercio (II)

En la jurisprudencia constitucional española la expresión más reciente del thayerianismo que yo voy a defender quizá sea la STC 107/96 de 12 de junio en la que se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, por su presunta vulneración del artículo 22.1 de la Constitución española (que establece el derecho de asociación), al imponer la adscripción obligatoria a dichas corporaciones de todos los comerciantes, industriales y nautas. La mayoría del Tribunal entendió que, puesto que resulta difícil determinar si efectivamente es necesaria la afiliación forzosa para que así las Cámaras puedan desempeñar las funciones públicas que la Ley les confiere (razón única por la cual podría sacrificarse la vertiente negativa del derecho de asociación), el juez constitucional ha de deferir a la apreciación hecha por el legislador [21]. En palabras de la mayoría:

---

[19] Vid., 1893, p. 144.

[20] *Ibíd*., p. 150 (cursivas del autor).

[21] STC 107/96 (FJ 4, 8, 10). Otra expresión de flagrante thayerianismo se encuentra en el voto que formula el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga a la STC 55/96, en la que el Tribunal Constitucional afirma la constitucionalidad de la pena privativa de libertad que establecía el Código Penal para el delito de negarse a realizar la prestación social sustitutoria (vid., *infra* nota 27). Coincidiendo con el resultado final alcanzado por la mayoría, Jiménez de Parga indica: «Yo hubiera querido que la Sentencia del Pleno arrancase de este postulado básico. La solución de las cuestiones planteadas se habría reforzado con una afirmación rotunda de la presunción de constitucionalidad de las leyes. A mi entender, **sólo son inconstitucionales los**

> «[s]iendo la dificultad para la obtención de ciertos fines un concepto jurídico indeterminado, la intensidad de este control ha de quedar matizada separando aquellos casos en los que de forma patente y manifiesta no se aprecie dificultad para conseguir unos efectos sin necesidad de la afiliación obligatoria –zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado– y aquellos otros en los que tal dificultad pueda ofrecer duda –zona de incertidumbre o penumbra del concepto–: mientras que en aquéllos este Tribunal está plenamente habilitado para la destrucción de la presunción de constitucionalidad propia de la ley, en éstos, en cambio, ha de recordarse que el "Tribunal Constitucional no puede erigirse en Juez absoluto de dicha 'dificultad', en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación" (SSTC 113/1994 y 179/1994)» [22].

Para la minoría, en cambio, no entrar a valorar la necesidad de tal adscripción a los efectos de sacrificar un derecho fundamental y deferir al juicio hecho por el legislador, supone lisa y llanamente una abdicación del Tribunal Constitucional en su papel de garante de la Constitución (y especialmente de los derechos fundamentales de los ciudadanos); «[u]na suerte de *non liquet* por parte del Tribunal» [23]. En su opinión, el enjuiciamiento que corresponde al Tribunal no es el de si la obligatoriedad de la afiliación a las Cámaras aumenta o facilita la consecución de sus funciones, sino si es necesaria para ello o, al menos, si en caso contrario (permitiendo no afiliarse) re-

---

preceptos legales que de forma clara, evidente, de un modo tan manifiesto que no admite duda, infringen la Constitución» (énfasis mío)**.** En el mismo espíritu thayeriano añade: «Una norma irracional no puede ser constitucional. Discutible, en cambio, es que toda ley racional sea constitucional».

[22] STC 107/96 (FJ 9). En una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, sin embargo, este órgano no percibió dificultad alguna que le condujera a deferir al juicio del legislador que había establecido en la Ley Orgánica del Estatuto de los Centros Escolares la afiliación obligatoria a las asociaciones de padres de los centros, como única vía de participación en el control y gestión de los mismos. En aquella ocasión afirmaba: «Es cierto, además, que el derecho de participación reconocido por la Constitución en el art. 27.7 está formulado sin restricciones ni condicionamientos y que la remisión a la Ley que haya de desarrollarlo (que es la presente Ley Orgánica) no puede en modo alguno entenderse como una autorización para que ésta pueda restringirlo o limitarlo innecesariamente, y como esto es lo que indebidamente hace el art. 18.1 de la L.O.E.C.E. al exigir el cauce asociativo, hay que declarar que tal precepto es inconstitucional, y que los padres podrán elegir sus representantes y ser ellos mismos elegidos en los órganos colegiados de gobierno del centro por medio de elecciones directas sin que tal elección haya de realizarse a través del cauce asociativo...» (STC 5/81 de 13 de febrero, FJ 19).

[23] Véase el voto particular que firma el Presidente D. Álvaro Rodríguez Bereijo y al que se adhieren los magistrados, D. Julio Diego González Campos, D. Carles Viver Pi-Sunyer y D. Tomás Vives Antón. En él resuenan los ecos del voto particular del magistrado D. Francisco Rubio Llorente a la STC 12/82 (vid., *supra* nota 3), donde se reprochaba esa actitud de deferencia porque: «En lo que toca a la libertad, la Constitución no es el simple encabezamiento de una hoja en blanco en la que el legislador pueda, a su arbitrio, escribir indistintamente la afirmación o la negación».

sulta especialmente difícil el cumplimiento de esos objetivos. Lo primero, se nos dice, pertenece al ámbito de la oportunidad política o de los propósitos legislativos, coto vedado para el Tribunal Constitucional, cuya tarea resulta ser más bien la «[d]el contraste abstracto y objetivo de las normas legales impugnadas con aquellas que sirven de canon de su constitucionalidad» [24].

Con la reproducción del razonamiento de la mayoría, quiero resaltar que el thayerianismo no ha de presuponer necesariamente que el legislador interpreta la Constitución de manera prioritaria (siquiera sea implícitamente). El ejercicio de legislar *puede* llevar aparejada una función de determinación deliberada del significado de la Constitución, como me parece que ocurre en España cuando, por imperativo del artículo 53.1, el legislador desarrolla los derechos fundamentales. En esos supuestos sí cabría afirmar que el legislador se ha propuesto una interpretación constitucional, pero esto es contingente.

La idea que yo entiendo informa al thayerianismo no es tanto la de una apuesta por otro sentido del término «interpretar» [25] que podría ser aplicado a la función legislativa, sino la de que ésta es por lo general desarrollada de manera conforme con la Constitución pues la norma fundamental acoge un rango de opciones muy amplio. Adaptando un tanto la terminología que ha empleado José Juan Moreso para analizar el concepto de primacía de la Constitución [26], se podría decir que el thayerianismo supone que el universo constitucional *es infinito* (por serlo el número de sistemas constitucionalmente posibles) para el legislador, pero *limitado* (porque no deja de haber un umbral cuyo traspaso supone la ruptura constitucional). Ello hace que el thayerianismo esté comprometido con la tesis de que en muchas zonas de la Constitución no se ofrece una única respuesta correcta, sino que, como se afirmaba en una sentencia muy temprana del Tribunal Constitucional español, aquella «[e]s un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de in-

[24] *Ibíd.*

[25] Con lo cual decaen, sin que hayamos de detenernos mucho en ellas, las objeciones al thayerianismo basadas, como en el caso de Tushnet (vid., 1993, p. 21), en un argumento apoyado en la estipulación sobre el término «interpretar».

[26] 1997, pp. 168-169.

[27] Vid., STC 11/81 de 8 de abril (FJ 7). A esta idea responde el principio de «libertad de configuración del legislador» que, como ha señalado Jiménez Campo, recorre toda la jurisprudencia constitucional española (1998, p. 179). Este principio ha sido especialmente invocado en los supuestos relativos al principio de proporcionalidad de la sanción penal. Así, en la STC 55/96 de 28 de marzo sobre la constitucionalidad de la pena impuesta por el delito de negarse a realizar la prestación social sustitutoria, el Tribunal afirmaba: «La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo

terpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» [27].

3.2. El thayerianismo y el «aguijón semántico»

A primera vista parecería que el thayerianismo juega sus bazas empleando, como denunciaba el Dworkin de 1986, un argumento meramente semántico: «Debemos entender que la pasividad declara que como cuestión

---

y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Así lo hemos afirmado ya en otras ocasiones... sin que parezca necesario ahora ahondar en su justificación a la vista de nuestro Texto constitucional y de los postulados básicos de un criterio democrático de legitimidad en la organización del Estado» y más adelante «[e]l legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca» (FJ 6). En igual sentido se manifiesta la STC 161/97 de 2 de octubre (sobre la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, FJ 9, 11 y 12), la STC 5/81 de 13 de febrero (sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica reguladora del Estatuto de Centros Escolares, FJ 12, 15) y la STC 115/87 de 7de julio (sobre la constitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley de Extranjería, FJ 1). En otros casos el Tribunal Constitucional no ha sido en cambio renuente a la hora de desplazar la ponderación hecha por el legislador. Además de la reciente STC136/99 de 20 de julio que resolvía el recurso de amparo de los miembros de la mesa nacional de HB, cabe mencionar la STC 116/87 de 7 de julio que juzgó como contrario al principio de igualdad el tomar la fecha de comienzo de la guerra civil como criterio diferenciador entre los militares republicanos con derecho al cobro de ciertos haberes pasivos (vid., FJ 8 y 9 y el voto particular formulado por los magistrados D. Francisco Rubio Llorente y D. Luis Díez-Picazo donde por esa razón se reprocha a la mayoría haber invadido el terreno de juego del legislador), y la STC 199/87 de 16 de febrero en la que el Tribunal Constitucional entiende que el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas que, en aplicación del artículo 55.2 CE, amplía el plazo de detención preventiva a una semana más allá de lo previsto en el artículo 17.2 CE, es inconstitucional pues dicha prolongación resulta excesiva y no se han dado razones por las cuáles la misma se revela estrictamente necesaria (FJ 8). También la llamada «doctrina» acoge el thayerianismo en el sentido indicado por el principio de libertad de configuración del legislador; vid., Pérez Royo, 1998, pp. 132-133 y Aragón, 1988, pp. 38-40, entre otros. En su clásico manual, Ignacio De Otto lo formula del modo siguiente: «La Constitución se compone así de normas fragmentarias en el sentido de que los preceptos que contienen son compatibles con diversas regulaciones legislativas que no están regidas por la necesidad de complementar o desarrollar la norma constitucional, sino por el *imperativo de no contradecirla*. Ley constitucionalmente correcta no es ley conforme con la Constitución-por eso no cabe hablar de mayor o menor conformidad-sino que es ley *no contraria*, como lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional cuando desestima un recurso de inconstitucionalidad»; vid., 1987, pp. 47-48 (cursivas del autor).

jurídica las cláusulas abstractas de la Constitución no garantizan derecho alguno a los ciudadanos, excepción hecha de los derechos específicos que emergen de manera incontrovertible meramente del lenguaje de dichas cláusulas» [28]. Me atrevo a sostener que esto no es así, y que esa pasividad se basa en una reconstrucción que, como opina el Dworkin de 1997, otorga importancia a las intenciones semánticas de los constituyentes [29] y acoge una mejor interpretación del ideal de los derechos bajo la luz arrojada por los críticos de la versión fuerte del constitucionalismo.

Con todo, al incorporar ambas dimensiones y decir que el lenguaje no marca *toda* la diferencia no se asume la tesis de que *no marca ninguna*. De hecho, recuérdese que las objeciones de Bayón que nos obligan a reconsiderar el diseño del constitucionalismo fuerte, se apoyan en la idea de que el *constituyente pudo haberlo hecho mejor mediante ciertas acciones* (decla-

[28] 1986, p. 371.

[29] Precisamente en este elemento se apoya una de las últimas críticas de Dworkin al originalismo. La idea es, sumariamente descrita, que los originalistas, por no distinguir entre lo que el constituyente «quiso decir» y las expectativas que hubiera podido albergar sobre las consecuencias que se producirían por decir lo que dijo, cometerían un acto de infidelidad con respecto al constituyente. Cuando la dueña de una empresa le dice a su jefe de personal «Escoge al mejor candidato. Por cierto, mi hija está entre ellas», no cabe afirmar que el jefe de personal fuera infiel a las instrucciones si no escoge a la hija de la propietaria sino al mejor (ha sido fiel a las intenciones semánticas aunque haya frustrado los propósitos que hubiera podido albergar la dueña sobre los efectos de su proferencia; vid., Dworkin, 1997c, pp. 116-118, 120-121 y 1997a, pp. 1255-1256). Con esta insistencia en la intención semántica, Dworkin nos recuerda que lo que alguien dice no porta consigo la etiqueta de su nivel de abstracción (para que entonces éste sirva como criterio de determinación de la mayor o menor exactitud de la descripción de lo dicho), aunque respecto a lo dicho sí hay descripciones sobre el nivel de generalidad mejores y peores (1997b, p. 1808 y 1985, pp. 49, 52-53). La adecuación, nos dice en el prólogo a *Freedom»s Law* y en 1997a, p. 1270, es dependiente de las circunstancias de la emisión y del medio utilizado. En el ejemplo anterior, son ciertas convenciones semánticas, en definitiva, lo que permiten al jefe de personal reconocer, por esa emisión, la pretensión de la dueña de inducirle la acción de escoger al mejor candidato (al respecto vid., Grice, 1969, p. 153). Esta explicación ha llamado la atención de Schauer porque no da buena cuenta de la práctica constitucional en Estados Unidos (la «lectura moral» de la Constitución no parece depender de las intenciones semánticas, pues una cláusula como la novena enmienda nunca ha sido utilizada, y sin embargo otras menos abstractas sí han incitado tal lectura; vid., en el mismo sentido Sunstein, 1996, pp. 20, 27, 33-34), y además socava uno de los cimientos de la concepción antipositivista del derecho de Dworkin (Schauer nos recuerda que aquella emerge de una reconstrucción del caso Elmer en la que se defiende la tesis de que la claridad del Derecho no es una cuestión semántica sino relativa a argumentos mejores o peores en favor de las interpretaciones rivales; vid., Schauer, 1997, 1302-1304, 1309). En su respuesta a Schauer, Dworkin ha recuperado los ingredientes clásicos de su teoría interpretativa para afirmar que la concepción del Derecho como integridad exige que no sólo sea relevante la intención semántica sino que su fuerza relativa a otros factores es en sí un asunto interpretativo, dependiente de la naturaleza de la cuestión jurídica en juego. El objetivo sigue siendo dar al acto lingüístico del constituyente el mejor sentido que se pueda a lo que hicieron cuando lo hicieron (Dworkin, 1997b, p. 1815).

rando inmodificable el «coto vedado»); que el constituyente, como cualquier emisor, o agente, puede procurar ciertos cambios en el mundo que serán tenidos en cuenta. Es evidente que no puede controlar *completamente cómo* [30], pero sea como fuere, nuestra forma más primaria de ver las cosas es que cuenta con instrumentos (en nuestro caso el lenguaje) para que nosotros podamos decir, por ejemplo, que en Canadá la Corte Suprema no tiene la última palabra sobre el alcance y contenido del «coto vedado» *porque el artículo 33 de la Constitución canadiense dice tal cosa*, e inversamente, que en la gran mayoría de los sistemas que conocemos no es ese el diseño que nos hemos dado sino que, como en el caso español, existe un Tribunal Constitucional con poder decisorio último sobre la constitucionalidad de las leyes *por lo que dice el artículo 164.1 de la Constitución española* o, como afirma Dworkin, que en los Estados Unidos la cuestión de quién tiene aquel poder quedó zanjada en la opinión del juez Marshall en la sentencia *Marbury v. Madison* [31].

Reparemos en esto último porque es interesante. ¿Qué le permite al autor de *Los derechos en serio* afirmar la claridad de esta regla de competencia? Cómo ha sido apuntado por notables comentaristas de Dworkin, y por él mismo, la concepción interpretativa del Derecho que defiende se apoya en buena medida en el principio de caridad: en ese axioma que ha transitado desde la filosofía de la ciencia a la filosofía del lenguaje y ahora a la teoría del derecho, y que nos recomienda, dicho muy simplificadamente, atribuir a nuestros interlocutores el mayor número posible de creencias y proposiciones verdaderas. Para el dominio del Derecho esto significa, como es bien sabido, verlo en su mejor perspectiva como guía para la solución de los casos, de acuerdo con la propuesta dworkiniana, y para el ámbito de la discusión teórica y científica, tratar de ver los argumentos y razones ajenas en su mejor aspecto. Aplicar esta máxima a la afirmación de Dworkin de que la cuestión de quién tiene la última palabra sobre los derechos fundamentales está zanjada desde la sentencia del juez Marshall supone, como poco, que no habremos de atribuir a Dworkin una comprensión del fenómeno jurídico en términos de «actos brutos de los jueces» a partir de una semántica ingenua según la cual lo que dijera Marshall porta su significado ope-

[30] Como ha resaltado Raz (1996, p. 271) la autoridad actúa sobre la base de convenciones lingüísticas y también con el conocimiento de las convenciones sobre cómo se va a interpretar lo que dice (convenciones interpretativas). Pero eso, obviamente, no le procura un control absoluto sobre las lecturas futuras de sus emisiones, pues si el intérprete acude a las convenciones interpretativas reinantes en el momento en que la autoridad actúa, ello es también fruto de una convención que ésta ya no puede controlar; vid., al respecto, Dworkin, 1986, pp. 324, 447 n. 4.

[31] 1986, p. 370.

[32] El iluminador parangón se debe a Jeremy Waldron; vid., 1994, p. 510.

rando como una especie de contador «geiger» [32]. Es decir, no debemos pensar que a Dworkin le picó el «aguijón semántico» al atribuir esos efectos meramente a las palabras vertidas en una resolución judicial. Otra cosa sería traicionar el dicho principio de caridad; una traición equivalente a la que él practica cuando niega sin más que el thayerianismo pueda ser una posición que se apoya en una mejor caracterización de la práctica constitucional. Y puede ser una reconstrucción más atractiva aunque para ello, y separándose en esto del planteamiento dworkiniano, el thayerianismo *sí considere que lo que hagan los constituyentes o los legisladores cuenta como un ingrediente muy importante* [33]: tanto para respetar la dimensión de encaje (el thayerianismo no es posible con respecto a la Constitución *tout court* y sí puede dar cuenta de lo que ha sido la práctica del control judicial de constitucionalidad, por ejemplo, en Estados Unidos [34]) como para ofrecer la mejor justificación de la misma (es más compatible con el ideal de los derechos).

4. El principio *in dubio pro legislatore*

Cuestión distinta es que el thayerianismo sea practicable y cómo lo pueda ser. La versión que yo defenderé es la variante fuerte, y en un aspecto la más fiel a Thayer, de la presunción de constitucionalidad de las normas [35].

---

[33] En ese sentido, vid., McConnell, 1997, p. 1274.

[34] De acuerdo con el estudio de Clinton (1989, pp. 100-123) si hubiéramos tenido que hacer la «novela en cadena» de la institución del control judicial de constitucionalidad en 1957 (154 años después de *Marbury v. Madison*), habríamos encontrado tan sólo 38 menciones de esta sentencia y no siempre en el sentido de cimentar el papel activo de los jueces como intérpretes constitucionales. Es verdad que a partir de ese momento, y coincidiendo con el período más activo de la Corte, es adoptada como un talismán, aunque, como el propio Dworkin dice de ella (vid., *supra*, nota 15), no es una decisión que cuente con una lógica de hierro para justificar la institución.

[35] Y no la versión auténtica del propio Thayer que consistiría en «traducir» constitucionalidad por racionalidad de la legislación (vid., *supra* notas 19, 20, 21). Este parámetro ha sido utilizado frecuentemente, como se sabe, en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos. En el ámbito socioeconómico, la Corte Suprema exige simplemente que la legislación no sea irracional (*rational basis test* o *minimal rationality review*), lo cual hace que, puesto que un defecto de mera racionalidad instrumental sea rarísimo (o más bien la Corte no se sienta autorizada ni siquiera para indagar su posible comisión) sobre esas materias la deferencia sea total. Sin embargo, cuando hay algún derecho fundamental involucrado (especialmente un derecho de libertad o *liberty interest*), la Corte, en aplicación de una interpretación sustantiva de la enmienda XIV del debido proceso, somete la legislación a un escrutinio más estricto (*strict scrutiny*), exigiendo del legislador que muestre una razón suficientemente poderosa (*compelling*) que justifique el sacrificio. Es obvio que el debate entonces se traslada a la previa decisión de si hay o no un derecho individual en juego, o mejor dicho, si éste se encuentra o no recogido en la Constitución de los Estados Unidos, como muestran las dos decisiones que mejor ejemplifican el juego de ambos test: *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965) y *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973).

Lo que trataré de explorar es bajo qué condiciones y con qué consecuencias ésta puede ser una posición fértil.

Defender el principio *in dubio pro legislatore* implica que al que alega la inconstitucionalidad le corresponde la carga de la prueba y que ante la falta de elementos suficientes para constatarla se utiliza la presunción como forma de salir del *impasse*[36]. La presunción de constitucionalidad opera por tanto *ex post*, una vez comprobada que la «prueba de cargo» no es suficiente para destruir la constitucionalidad de la ley[37]. Por ello no tendría sentido afirmar, como hace el constitucionalista Steven Calabresi, que «[u]na vez un Tribunal ha presumido que la ley es constitucional, se pone punto final a su obligación de ser deferente. En ese punto, no hay necesidad de encontrar que el legislador ha cometido un claro error para que su decisión pueda invalidarse-es suficiente cualquier error viejo, incluso opaco»[38]. Las cosas funcionan de otro modo: el Tribunal presume que la ley es constitucional (aunque «de hecho» pueda no serlo) *una vez que* le quedan dudas al respecto; hasta ese momento la ley *es* constitucional al igual que el reo *es* inocente[39].

A mi entender, y en esto las analogías con el procedimiento penal siguen siendo iluminadoras, la presunción de inocencia lleva aparejada necesariamente una cierta *actitud* por parte del juzgador. En el caso del procedimiento penal ésta se cifra en la apuesta por el principio acusatorio: el Tribunal penal *está a la espera* de que sea demostrada la culpabilidad y *no tratando de encontrarla*. En el ámbito del juicio de constitucionalidad la prohibición del principio inquisitivo encuentra su paralelo en la disposición deferente o autorrestrictiva por parte del Tribunal Constitucional que ya he mencionado. Por eso la indicación de Calabresi no acierta a dar cuenta de lo que realmente implica el thayerianismo, porque no cualquier error ha de valer para declarar la inconstitucionalidad, y sobre todo, el *Tribunal Constitucional está especialmente confiado en que el legislador no lo ha come-*

---

[36] Sunstein, 1999, p. 6, Ferreres, 1997, pp. 141, 160, Perry, 1993, pp. 87, 120, West, 1993, pp. 241-242 y White, 1993, p. 77.

[37] Véase en ese sentido, entre otras, la STC 63/1993: «[e]l principio *in dubio pro reo* sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia...»

[38] Calabresi, 1993, p. 275.

[39] Así, los individuos somos inocentes (y no *presuntamente*) hasta que se demuestre lo contrario, si bien es verdad que desde el momento en que somos imputados no somos «tan» inocentes (de hecho somos *presuntos culpables*), pues entre otras cosas cabe adoptar medidas cautelares contra nosotros que llegan hasta la privación de libertad. Pero incluso en ese caso, además de concurrir las circunstancias que establecen los apartados primero y segundo del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tienen que existir «[m]otivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión» (apartado 3 del artículo 503 LECrim).

[40] 1997, p. 269. A Francisco Laporta debo otro argumento que transita en la misma dirección: cuando los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por el Parlamento, ¿có-

tido. Como afirma Ferreres: «[e]l juez constitucional no debe considerar que el principal enemigo de los derechos sea la mayoría parlamentaria. No hay razón, por tanto, para que proyecte una actitud de sospecha sobre las leyes que restringen derechos constitucionales» [40].

Si proseguimos en esta dirección de encontrar paralelismos, bajo la presunción fuerte de constitucionalidad hay un anhelo similar al que da forma a la noción de imperio de la ley. Así, y en aras a que los individuos puedan desarrollar sus planes de vida de manera autónoma, pensamos que el Derecho es un instrumento eficaz para ello cuando les dota de amplios márgenes de libertad y además aporta certeza sobre las consecuencias de sus acciones. Ofendería a ese ideal afirmar que los individuos «tienen que arriesgarse» o que sus decisiones «tienen hoy mucho de decisión en la incertidumbre», que es precisamente lo que un destacado representante del constitucionalismo fuerte como Jiménez Campo predica en relación con la actuación legislativa [41]. Él mismo ha insistido en la necesidad de limitar las sentencias llamadas interpretativas que el Tribunal Constitucional dicta de cuando en cuando, si resulta que hay una jurisprudencia consolidada sobre el significado de la formulación normativa. El Tribunal Constitucional puede tener la tentación de separarse de esa interpretación que se ha decantado haciendo una lectura que permita salvar la constitucionalidad de la norma. Tal construcción podrá ser muy lógica, pero, nos dice Jiménez Campo, la certeza del Derecho es un factor que cuenta con mayor peso, y que ha de jugar como freno frente a ese género de sentencias [42]. En esa misma línea, uno se pregunta a continuación por qué abandonamos la preocupación por la certeza cuando a lo que nos tenemos que enfrentar es a la delimitación del ámbito de actuación posible para el Parlamento. Esa inquietud es la que, como antes comentaba, cimenta la apuesta por el thayerianismo.

---

mo es posible que mantengan posteriormente una actitud de recelo sobre sus decisiones cuando ostentan la competencia de control de la constitucionalidad *gracias a una de esas decisiones*?

[41] Vid., Jiménez Campo, 1998, p. 180 y 1997, p. 19. Aja y González Beilfuss, también han llamado la atención sobre la quiebra del imperio de la ley que origina esta tendencia de permanente sospecha sobre el legislador (vid., 1998, p. 261) o de interinidad de la ley al modo en que describe Jiménez Campo; vid., 1997, p. 20.

[42] Jiménez Campo, 1998, p. 190.

[43] En el procedimiento penal español, esa actitud «pasiva» sólo cede cuando el juez advierte un «manifiesto error» en la calificación jurídica de los hechos (vid., artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En ese supuesto, se permite al Presidente del Tribunal el uso de una fórmula que no puede ser más deferente: «Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado... le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de...». En el párrafo tercero de ese mismo artículo se insiste en que el juzgador habrá de hacer uso de la mencionada prerrogativa con «moderación» y sólo con respecto a los delitos perseguibles de

Para procurar certeza es obvio que, tanto en el plano de la acción de los individuos como de la función legislativa, no sólo se confía en las actitudes de los juzgadores sino que se fijan ciertas reglas procedimentales que aseguran la operatividad, en el primer caso, del principio acusatorio [43]. También en el procedimiento de enjuiciamiento constitucional en España uno puede encontrar las huellas de la pasividad, aunque no deja de haber signos de todo lo contrario. Así, con respecto a lo primero, cabe que el proceso termine por desistimiento [44], y, no siendo el caso, se propugna que la decisión debe ser incondicionada como manifestación del carácter de legislador negativo que según Kelsen encarnaba un Tribunal Constitucional que juzgara abstractamente las normas [45]. Pero junto con estas notas, conviven pese a todo,

---

oficio (y no incluyéndose los errores sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad ni del grado de participación). También es una manifestación de este pasividad la cierta libertad compositiva que permite el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (cuando la pena solicitada por la acusación fuese de carácter correccional, y la representación del procesado se conformare con la misma, el Tribunal «[d]ictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada»). En el ámbito del Derecho privado este principio de congruencia se consagra en los artículos 359 y 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y suele condensarse en la fórmula de que el juez «no puede conceder más de lo pedido ni menos de lo resistido».

[44] Art. 86.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Debo a María Ángeles Ahumada el haberme llamado la atención sobre este punto.

[45] Vid., Jiménez Campo, 1998, pp. 188-189. Es verdad que, como indica este mismo autor, en nuestro sistema no caben las inconstitucionalidades hipotéticas ni las derivadas de la omisión (vid., 1997, pp. 67, 72), ni las modulaciones de la declaración de inconstitucionalidad (como en Austria, donde se permite al Tribunal declarar una «vacatio de nulidad», hasta tanto el legislador recompone la situación, vid., 1998, pp. 194-195). Pero como el propio Jiménez Campo se encarga de resaltar, no han sido infrecuentes las decisiones de mera inconstitucionalidad (no acompañadas de la correspondiente nulidad como impone el artículo 39.1 de la LOTC, pues ésta última habría supuesto una agravación del vicio que motivó la declaración de inconstitucionalidad; vid., Jiménez Campo, 1998, pp. 194-195, 197 y Aja y González Beilfuss, 1998, p. 260), las sentencias intermedias (de carácter interpretativo, especialmente, vid., Aja y González Beilfuss, 1998, pp. 259-261, 274-282), cuando no las recomendaciones (así en la STC 3/83 de 31 de enero: «Sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el art. 170 y conexos, para que evitara la imposibilidad de recurso en supuestos de falta de medios o de simple falta de liquidez, a través, en este último supuesto de medios conocidos y seguros empleados en la práctica económica-aval bancario, depósito de valores etc.-de modo similar a como prevé el art.183 de la LPL para las empresas concesionarias de servicios públicos» FJ 5 y vid., la crítica que a este proceder del Tribunal se contiene en el voto formulado por el magistrado D. Jerónimo Arozamena Sierra) o los juicios de perfectibilidad que convierten al Tribunal en un auténtico legislador positivo (vid., por todas la STC 53/85 de once de abril en la que se declaró la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto, en especial los votos particulares formulados por los magistrados D. Francisco Tomás y Valiente y D. Francisco Rubio Llorente)

[46] «El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso». En Alemania el Tribunal cuenta también expresamente con esta prerrogativa y en Italia excepcionalmente; vid., Aja y Bielfuss, 1998, p. 266.

rasgos que denotan un cierto activismo: el sacrificio del principio de congruencia que encarna el artículo 39.2 LOTC [46], el que el Tribunal pueda comunicar la existencia de motivos distintos de los alegados para acordar la admisión o inadmisión o la estimación o desestimación de la pretensión constitucional (artículo 84.1 LOTC) y la posibilidad de acordar de oficio la práctica de la prueba que estime necesaria (artículo 89.1 LOTC).

Pero más que depurar estos últimos elementos procesales o afianzar los primeros, de lo que se trataría es de precisar más rigurosamente el alcance mismo de la regla presuntiva, y a eso me dispongo a continuación.

5. En defensa del thayerianismo fuerte

En el esfuerzo más sólido que en esa dirección se ha hecho en España (en mi opinión, el de Víctor Ferreres), la apuesta es por relajar el grado de fuerza presuntiva invocado por Thayer [47], pues, en su opinión:

> «[s]i la mayoría parlamentaria sabe que el juez sólo invalidará las leyes que sean manifiesta e inequívocamente inconstitucionales, no tiene ningún incentivo institucional para deliberar en aquellos casos en los que existe controversia moral en la comunidad política. En efecto, en estos casos el legislador sabe que el juez no podrá decir que la interpretación de la Constitución en la que descansa la ley es clara e inequívocamente incorrecta, pues el carácter controvertido del caso impide, por definición, que el juez pueda caracterizar de este modo la interpretación del legislador (siempre que éste adopte alguna de las opciones políticas y morales entre las que se debate la comunidad). Pero resulta que es precisamente en los casos en que existen fuertes discrepancias morales en el seno de la comunidad política cuando es de especial importancia asegurar que las decisiones se tomen con la mayor deliberación posible. Si en esos casos basta que la ley no sea clara e inequívocamente inconstitucional, la existencia del control judicial no constituirá entonces un incentivo institucional para que el legislador delibere adecuadamente acerca de las razones a favor y en contra de las distintas propuestas posibles» [48].

---

[47] Ferreres, 1997, pp. 139, 162 y Grey, 1993, p. 41. Thayer no hace sino trasladar el *standard* del procedimiento penal norteamericano (la culpabilidad ha de demostrarse más allá de cualquier duda razonable, *beyond any reasonable doubt*) al ámbito del juicio de constitucionalidad.

[48] Ferreres, 1997, p. 186 (cursivas mías) y en la misma línea, pp. 139, 180, 187. La construcción de Ferreres, con todo, deja sitio para tres enmiendas; tres circunstancias en las que la actitud del Tribunal sí debe ser recelosa: cuando hay una posible afectación del principio de igualdad en relación con personas que se insertan en grupos vulnerables (*ibíd*., pp. 242-268) o de los derechos de participación política si se puede entender que la mayoría no es imparcial (*id*., pp. 269-275) y cuando el juicio de constitucionalidad se proyecta sobre leyes que pertenecen al sistema «por inercia» (en este caso la presunción desaparece; *id*., pp. 218-226).

[49] «[q]ueda derogado el principio de dignidad de la persona» o «queda derogada la democracia...» ejemplifica Ferreres al hilo de los límites de la reforma constitucional, *id*., p. 238 y pp. 212-213.

Ahora bien, y como antes indicaba en relación con el juego de la presunción y la caracterización errónea de Calabresi, si las circunstancias socio-políticas en las que el Tribunal Constitucional cumple su función son las del desacuerdo razonable, esto es, si resulta que el legislador no promulga normas groseramente contrarias a la Constitución [49], de nuevo cabe que nos preguntemos si el modelo defendido por Ferreres no está basado en el prejuicio.

Pues, ¿qué nos hace pensar que la deliberación no ha sido adecuada? [50] Ferreres no nos da muchas pistas, pero yo imagino que la inadecuación tiene que ver con la vulneración de ciertas reglas mínimas que confieren iguales oportunidades a todos los parlamentarios para exponer su posición y votar (lo cual puede conllevar el empleo de un buen número, en todo caso finito, de sesiones deliberativas previas a la adopción de la decisión), y no tanto a que no se haya alcanzado *la decisión adecuada* pues en ese caso no se entendería muy bien por qué se delibera. Pero entonces lo que nos falta es el presupuesto de darse las circunstancias que el propio Ferreres llama de «normalidad política». Parafraseando el mismo argumento que él utiliza para no admitir la presunción fuerte de constitucionalidad, pero en este caso para sí apoyarla, cabría afirmar que «[s]i **no** se reconociera a la ley una presunción muy fuerte de constitucionalidad, nos encontraríamos ante un sistema de justicia constitucional pensado para una democracia en crisis» [51].

Ferreres arguye que la presunción no puede ser tan fuerte porque, en otro caso, el Parlamento, dicho ligeramente, «se relaja». Pero tal vez cupiera ver las cosas de otro modo, y en tal sentido entender que no siendo muy fuerte la presunción, es el Tribunal el que se relaja en su enjuiciamiento constitucional. Si sólo pudiera declarar la inconstitucionalidad de las leyes por unanimidad, y, admitiendo como el propio Ferreres hace, que las magistradas discrepantes (o él magistrado discrepante) no son irrazonables por el mero hecho de dudar [52], podríamos pensar que las partidarias de la inconstitucionalidad van a tener que afinar mucho sus argumentos obteniendo así una decisión muy sólida si logran el consenso.

El problema, en definitiva, sobre el que Ferreres también llama la atención, no es tanto que una regla de presunción fuerte desincentive la deliberación adecuada *sino que haga inútil el control de inconstitucionalidad*. Así,

---

[50] O, *ex ante*, que hay afectación del principio de igualdad o que la mayoría es parcial.

[51] Vid., Ferreres, 1997, p. 212 (la negrita es mía para resaltar que esa negación no figura en el original).

[52] *Ibíd*., p. 211 y Nagel, 1993, p. 198.

[53] En ese sentido vid., Perry, 1993, pp. 152-153 rescatando una opinión disidente del que ha sido considerado el juez de la Corte Suprema más thayeriano de la historia: Felix Frankfurter. En la sentencia *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (319 US 624, 1964)

si consecuentemente dijéramos que las normas promulgadas por el legislador son constitucionales ante la constatación de la duda de cualquiera, es decir, que sólo cabría la declaración de inconstitucionalidad por decisión unánime, se cerniría la sospecha de que el Tribunal Constitucional es irrelevante; que se convierte en un «convidado de piedra» [53]. Defender por tanto el thayerianismo fuerte, es justificar de qué modo no lo sería. Pero antes de hacerlo no puedo dejar de salir al paso de una posible objeción a la aplicación de la regla del consenso.

Exigir mayorías reforzadas (y más aún la unanimidad) para la adopción de decisiones suele ser visto como una flagrante vulneración del principio de igualdad pues la elección en favor de que cambie el *statu quo* resulta más costosa que su mantenimiento. Pero, como vimos en el segundo apartado, la regla de la mayoría no cuenta con un dominio universal de aplicación, siendo esta la razón precisamente por la que se justifica la articulación de una forma débil de constitucionalismo. Por recurrir a otros ejemplos, los jurados en España no deciden por mayoría tener por probados los hechos desfavorables para el reo, sino que se precisan siete votos de nueve [54]. No parece que se vulnere por ello la igualdad de los integrantes del jurado. De manera similar, hemos de recordar que lo que en nuestro ámbito representa el *statu quo* no es sino una decisión democrática ya adoptada, que efectivamente queremos privilegiar.

No se puede negar, con todo, que esta transformación del principio *in dubio pro legislatore*, en la máxima *en desacuerdo pro legislatore* [55], pues se otorga el mismo efecto de «absolver» a la disidencia de cualquiera, entraña peligros. Mi propuesta para conjurarlos pasa, en primera instancia, por no confundir *la duda de cualquiera con cualquier duda*. Por eso he venido insistiendo en que nos debemos encontrar ante la expresión de una duda razonable. Y ello quiere decir la *exposición de las razones por las cuales no son concluyentes los argumentos aducidos en favor de la inconstitucionali-*

---

la mayoría de la Corte declaró ser contrario a la primera enmienda no eximir a los testigos de Jehová de la obligación de saludar a la bandera en los colegios públicos, y Frankfurter declinó sumarse a dicha tesis porque sobre esa obligación, y su encaje constitucional, la gente podía razonablemente diferir.

[54] Artículo 59.1 Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado.

[55] En la STC 63/93 de 31 de marzo, el Tribunal Constitucional indica, frente a la alegación del recurrente que afirmaba que se había vulnerado la presunción de inocencia en la sentencia que motiva su recurso (pues aquélla contó con un voto particular en el que se expresaban las dudas sobre su autoría), que lo que eso demuestra es, precisamente, que no hubo vulneración del principio *in dubio pro reo* pues la mayoría no dudó razonablemente (FJ 4). Pero esta respuesta del Tribunal no atiende debidamente a lo que encierra el argumento del recurrente, que no es sino si una comprensión más adecuada del principio no habría de llevar a apostar por la unanimidad como regla de decisión en los órganos colegiados.

dad. Y digo «exposición» deliberadamente, porque al fin de evitar o desincentivar la actuación desleal o arbitraria o meramente caprichosa del disidente, pudiera pensarse en que a él o ella o a la minoría que propugna la constitucionalidad de la norma, les habría de corresponder la redacción de la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad, para así poner a prueba la razonabilidad de su disidencia y someter a la opinión pública y a la comunidad de los juristas su defensa del Parlamento [56].

Para ilustrar lo que quiero decir voy a retomar la STC 107/96 sobre las Cámaras de Comercio. Concretamente, y por proseguir en este ejercicio de priorizar a la minoría, los argumentos de los disidentes en el Tribunal que en este caso eran partidarios de declarar la inconstitucionalidad de la Ley 3/1993. En la referida sentencia, la mayoría fundamenta la deferencia en que el juicio de ser *difícil* que se logren ciertos fines sin restringir un derecho, corresponde al legislador. Esa noción «dificultad para el logro de ciertos fines» tiene una zona de indeterminación: en ciertos casos es claro que no es difícil alcanzar los fines que se reputan legítimos sin el sacrificio del derecho fundamental, mientras que en otros no es manifiesto ni patente que para lograrlos haya que procurar esa restricción. En estos supuestos la dificultad es dudosa, y ante la incertidumbre, se defiere al juicio del legislador que considera que sí resulta difícil lograr los propósitos legítimos de las Cámaras en cuestión si no hay afiliación obligatoria.

Para la minoría, en cambio, el legislador habría tenido que demostrar que tal restricción es *necesaria* o, cuando menos, que resulta *especialmente difícil* el cumplimiento de los objetivos sin imponer la adscripción [57]. De acuerdo con ello, al Tribunal no le bastaría con presuponer que es dudoso que nos hallemos ante un caso claro de dificultad (y entonces *in dubio pro legislatore*), ni al legislador afirmar meramente que la dificultad existe, *sino que a éste le es legítimamente exigible que nos aporte las razones que le llevaron a predicar tal dificultad.*

---

[56] Como ha sugerido Michelman (1996, pp. 153-158), la lectura del Dworkin de «El dominio de la vida», nos lleva a pensar que esa confianza en la sensatez de juicio de los individuos que justifica el que sean tratados con igual consideración y respeto, es lo que edifica una comunidad de responsabilidad y no de conformidad. En estas mismas líneas pudiera inscribirse la atribución del derecho de veto a cada uno de los magistrados del Tribunal. Por otro lado, para los que duden de la virtualidad de las opiniones del Tribunal en la arena pública, basta recordar que la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad no es el fallo del juez Marshall en *Marbury v. Madison* (que fue, por decirlo sumariamente, favorable al ejecutivo), sino una consideración *obiter dicta* en la sentencia.

[57] Voto particular a la STC 107/96 que formula el Magistrado D. Álvaro Rodríguez Bereijo, al se adhieren los Magistrados don Julio Diego González Campos, D. Carles Viver Pi-Sunyer y D. Tomás S. Vives Antón (epígrafes V y XI).

Lo que parece planear en la argumentación de la minoría es que, continuando con este ejemplo, el juicio gnoseológico de que nos hallamos situados en esa zona en la que resulta difícil la determinación de ser o no necesaria la restricción del derecho, no puede ser arbitrario; que también han de darse razones para predicar la incompetencia epistémica. Que *alguna* clase de conocimiento (aunque sea difuso) e inquisición (siquiera mínima) es necesaria para justificar la afirmación de nuestra ignorancia, o de que una determinada cuestión es difícil, para entonces deferir.

En un debate en el que recientemente han estado involucrados Sunstein y Dworkin, acerca de las tesis del primero, y que tiene muchas resonancias del planteamiento hecho en la STC sobre las Cámaras de Comercio, Dworkin le espeta a Sunstein (con razón) que el principio de competencia epistémica imperfecta que ha esgrimido [58] para justificar la autorrestricción de la Corte Suprema está mal concebido si significa que con carácter previo podemos determinar, por exclusión, de lo que no somos capaces de dar cuenta, sin asomo, incursión o, por utilizar la propia imagen dworkiniana, ascenso justificatorio alguno, aunque sea para afirmar que, volviendo al caso que nos ocupa, *no se sabe* si la dificultad que justifica la restricción del derecho se da o no [59].

Con ello quiero decir que, por seguir con las imágenes, ciertamente se precisa conocer un tanto el paisaje circundante, pero no es necesario recorrer todo el camino que nos llevaría a una cierta respuesta [60], pues entonces seríamos nosotros los que acabaríamos por determinarla [61]. Eso es lo que acontece en el voto particular a la STC 107/96, cuando la minoría por ella misma practica la ponderación hecha por el legislador para llegar a una conclusión distinta [62]. Por utilizar el ejemplo que ha usado José Juan Moreso a partir de uno de Quine [63], es como si la mayoría del Tribunal en el asunto de las Cámaras de Comercio hubiera dicho: es difícil saber, como dice el le-

---

[58] 1997, pp. 390, 401, 403-404 y *supra* nota 18. En puridad, el nombre del principio se debe a Kamm; vid., 1997, p. 406.

[59] 1997d, pp. 357-358.

[60] Como parece apuntar Dworkin en su polémica con Sunstein; vid., 1997d, pp. 371-372. Hay que advertir que, como ha resaltado Marisa Iglesias, nada hay en la tesis de Dworkin que justifique que siempre habrá una única respuesta correcta «al final del camino» (en la conclusión del ejercicio interpretativo que supone resolver un caso): puede haber un «empate entre interpretaciones», o ser la mejor respuesta la de que «no hay una mejor respuesta», pero ello ha de ser, y en eso Dworkin seguiría llevando la razón, la conclusión del esfuerzo argumentativo por mostrar la mejor versión de la práctica jurídica, más que una exclusión previa; vid., Iglesias, 1999, pp. 243-246.

[61] Sobre esta idea se cimenta la tesis del reemplazo, uno de los ingredientes de la concepción normal de la justificación de la autoridad en Raz; vid., 1986, pp. 40-42, 58-60.

[62] Vid., epígrafes V, VI, VII, VIII, IX y X del voto particular a la STC 107/96.

[63] Moreso, 1997, pp. 90, 126.

gislador, si había un número impar de briznas de hierba en el Campus de Bellaterra el 25 de septiembre de 1995, por lo tanto había un número impar. Lo que queremos, reclama legítimamente la disidencia en el Tribunal, es que se nos arroje luz sobre esa duda; que se nos den las razones para esa incertidumbre epistémica. Pero ello no implica, y en este aspecto la minoría no tendría razón, ponernos nosotros a intentar determinar cuántas briznas de hierba había ese día, pues en tal caso lisa y llanamente suplantamos al legislador. No hay abdicación alguna, entonces, ni conjunto vacío de casos para el Tribunal Constitucional, si concebimos su función bajo estos parámetros. Habrá restricciones de derechos fundamentales para las que no se han aportado razones, y dudas infundadas de algunos miembros del Tribunal a los que se les habrá de persuadir de ello. Quiero creer, pues, que no será baladí para los ciudadanos disponer de los argumentos esgrimidos sobre el alcance de nuestros derechos, y la lectura hecha de los mismos por el legislador, en uno u otro sentido, aunque sea al precio de sólo muy excepcionalmente ver a éste enmendado.

Parafraseando y matizando un tanto a Waldron, «todo estará siempre *un poco* en el aire», pues la propia regla Thayer que yo he tratado de defender, no puede *ni debe* dar cuenta *a priori* de todas las deferencias justificadas. Será en todo caso en el seno del Tribunal donde se determine en cada ocasión, como expresión ineludible de su carácter «final» [64], aunque para sobreponerse al legislador se deberá contar con el convencimiento de todos sus miembros, pues sólo así se pone en práctica la versión del thayerianismo que mejor responde a los parámetros del constitucionalismo débil. Si este equilibrio que yo he intentado es más bien un ejercicio fútil de funanbulismo, habremos de ser conscientes, en todo caso, de que la consecuencia será abrazar sin mayores complejos y vericuetos el modelo institucional que no da al Tribunal Constitucional la última palabra. A salvo, claro, de que se nos convenza de que otorgar el privilegio de determinar el ámbito y contenido de nuestros derechos básicos a un órgano no representativo es compatible con el ideal de los derechos. A los que así lo entiendan corresponde, me parece, la carga de la prueba.

Seguramente toda esta articulación es el producto de una gran ingenuidad; quizá también de más de una traición. Yo comenzaba invocando a Dworkin y a la fusión del Derecho constitucional y la filosofía del Derecho que él propugnaba. Espero no haber sembrado dudas sobre los beneficios de

[64] Tarea ésta, la de fijar sus propios límites, que, como en su momento observó Nagel, hace que esta institución esté irremisiblemente comprometida con una tarea filosófica; vid., 1981, p. 523.

[65] Ezquiaga, 1990, p. 69.

esa *joint venture* por un uso imprudente del constitucionalismo. En todo caso me reconforta haber sabido que mi planteamiento pudiera ser tributario, paradójicamente, del mismísimo juez Marshall. Él fue quién convirtió en regla procesal la expresión pública del disenso judicial en la Corte Suprema, inaugurando con ello la institución del voto particular[65] que yo en esta ocasión he utilizado para vindicar un juez capaz de acudir en auxilio del legislador justificando públicamente tal disidencia; un magistrado ciertamente hercúleo aunque traidoramente dworkiniano.

Bibliografía

Aja, Eliseo (1998): «El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales en los Estados europeos», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Eliseo Aja (ed.), Ariel, Barcelona, pp. XI-XXXII.

Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus (1998): «Conclusiones generales», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Eliseo Aja (ed.), Ariel, Barcelona, pp. 257-291.

Aragón Reyes, Manuel (1988): «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº24, septiembre-diciembre, pp. 9-45.

Bayón, Juan Carlos (1998): «Diritti, democrazia, costituzione», *Ragion pratica*, Vol. 10, pp. 41-64.

Bickel, Alexander (1986): *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-London (1ª edición de 1962).

Calabresi, Steven G. (1993): «Thayer's Clear Mistake», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 269-277.

Cappelletti, Mauro (1980): «The "Mighty Problem" of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis», *Southern California Law Review*, Vol. 53, nº2, january, pp. 409-445.

Christiano, Thomas (1993): «Social Choice and Democracy», en *The Idea of Democracy*, David Copp, Jean Hampton y John E. Roemer (eds.), Cambridge University Press, Cambridge-New York, pp. 173-195.

Clinton, Robert Lowry (1989): *«Marbury v. Madison» and Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas).

Dworkin, Ronald (1997a): «The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve», *Fordham Law Review*, Vol. 65, march, pp. 1249-1268.

– (1997b): «Reflections on Fidelity», *Fordham Law Review*, Vol. 65, march, pp. 1799-1818.

– (1997c): «Comment», en *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law, an Essay by Antonin Scalia*, Amy Gutmann (ed.), Princeton University Press, Princeton, pp. 115-127.

– (1997d): «In Praise of Theory», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer, pp. 353-376.

– (1997e): «Reply», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer, pp. 431-456.

– (1996): *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

– (1986): *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

– (1985): *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

– (1977): *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) (hay traducción española de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984).

Elster, Jon (1979): «Ulysses and the Sirens: A Theory of Imperfect Rationality», en *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, pp. 36-111 (hay traducción al español de J. J. Utrilla, *Ulises y las sirenas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989).

Ely, John Hart (1980): *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier (1990): *El voto particular*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Ferreres Comella, Víctor (1997): *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Freeman, Samuel (1990-1991): «Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review», *Law and Philosophy*, Vol. 9, nº4, pp. 327-370.

García de Enterría, Eduardo (1995): *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid.

Garzón Valdés, Ernesto (1993): *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

– (1989): «Algo más acerca del «coto vedado» «, *Doxa*, 6, pp. 209-213.

Grey, Thomas C. (1993): «Thayer's Doctrine: Notes on its Origin, Scope, and Present Implications», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 28-41.

Grice, Paul (1969): «Utterer's Meaning and Intention», *The Philosophical Review*, Vol. 78, nº2, april, pp. 147-177 (hay traducción al español de J. José Acero, «Las intenciones y el significado del hablante», en *La búsqueda del significado*, Luis M. Valdés Villanueva (ed.), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 481-510).

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

Holmes, Stephen (1988): «Precommitment and the Paradox of Democracy», en *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster & Rune Slagstad (eds.), Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), pp. 195-249.

Iglesias Vila, Marisa (1999): *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Jiménez Campo, Javier (1998): «Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Eliseo Aja (ed.), Ariel, Barcelona, pp. 171-205.

– (1997): «Qué hacer con la ley inconstitucional», en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley (Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional). Cuadernos y Debates nº66*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 15-79.

Kamm, F. M. (1997): «Theory and Analogy in Law», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer, pp. 405-425.

Kelsen, Hans (1983): *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid (traducción de Manuel Sánchez Sarto).

McConnell, Michael W. (1997): «The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's «Moral Reading» of the Constitution», *Fordham Law Review*, Vol. 65, march, pp. 1269-1293.

Medina Guerrero, Manuel y Huelin Martínez de Velasco, Joaquín (1997): «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos de control de constitucionalidad de normas con valor de ley (septiembre 1995-Julio 1996)», en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley (Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional). Cuadernos y Debates nº66*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 309-337.

Michelman, Frank I. (1996): «Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life», en *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, Austin Sarat & Thomas R. Kearns (eds.), The University or Michigan Press, Ann Arbor, pp. 139-164.

Moreso, José Juan (1997): *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Nagel, Robert F. (1993): «Name-Calling and the Clear Error Rule», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 193-211.

Nagel, Thomas (1981): «The Supreme Court and Political Philosophy», *New York University Law Review*, Vol. 56, nº 2-3, may-june, pp. 519-524.

Nino, Carlos Santiago (1992): *Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filósofico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires.

Otto, Ignacio de (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.

Paulsen, Michael Stokes (1994): «The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is», *Georgetown Law Journal*, Vol. 83, december, pp. 217-345.

Pérez Royo, Javier (1998): *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid.

Perry, Michael J. (1993): «The Constitution, the Courts, and the Question of Minimalism», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 84-164.

Rawls, John (1993): *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York (hay traducción al español de Toni Doménech, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996).

Raz, Joseph (1996): «Intention in Intepretation», en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Robert P. George (ed.), Clarendon Press, Oxford, pp. 249-286.

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

Schauer, Frederick (1997): «Constitutional Invocations», *Fordham Law Review*, Vol. 65, march, pp. 1295-1312.

Sunstein, Cass R. (1999): *One Case At A Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London.

– (1997): «From Theory to Practice», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer, pp. 389-404.

– (1996): *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York-Oxford.

Thayer, James Bradley (1893): «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, Vol. 7, nº3, october, pp. 129-156.

Tushnet, Mark (1993): «Thayer's Target: Judicial Review or Democracy?», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 10-27.

Waldron, Jeremy (1999a): «Disagreement and Precommitment», «, en *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, pp. 255-281.

– (1999b): «The Constitutional Conception of Democracy», en *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, pp. 282-312.

– (1994): «Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues», *California Law Review*, Vol. 82, nº3, may, pp. 509-540.

– (1993): «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, nº1, pp. 18-51.

West, Robin (1993): «The Aspirational Constitution», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 241-268.

White, Edward G. (1993): «Revisiting James Bradley Thayer», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 48-83.

LOS CONCEPTOS ESENCIALMENTE CONTROVERTIDOS EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL*

Marisa Iglesias Vila
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional, nuestra máxima autoridad en la interpretación de la Constitución, se enfrenta diariamente a un texto de carácter abstracto y claramente controvertido. Nos parezca objetable o no, así son la mayoría de las constituciones contemporáneas. Este rasgo de nuestro texto más fundamental ha constituido una preocupación constante dentro de la teoría constitucional. Kelsen, por ejemplo, recomendaba no incluir en el texto conceptos como el de justicia, libertad o igualdad. Asimismo, aconsejaba una redacción precisa en todas aquellas cláusulas relativas a derechos fundamentales [1]. Ely, para poner otro ejemplo, considera que la abstracción y controvertibilidad de las directivas sobre derechos de autonomía individual contribuye a hacer más objetable una constitución de carácter sustantivo [2].

Estas reticencias ante el lenguaje de nuestro texto constitucional tienen una relación directa con el problema de la justificación política y moral de la justicia constitucional. Ciertamente, una versión de la denominada «objeción democrática» pone en duda que esté justificado que una élite reduci-

* En la preparación de este trabajo me he beneficiado de la beca postdoctoral que me concedió el Ministerio de Educación y Cultura para realizar una estancia de investigación en el Balliol College de la Universidad de Oxford durante el curso 1999/2000. Son muchos los colegas que han contribuido a enriquecer las diferentes versiones de este artículo, especialmente aquellos que participaron en el congreso hispano-italiano de teoría del Derecho, y los que asistieron a las charlas que realicé en la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad de Palermo (Buenos Aires), la Universidad Nacional de Córdoba y el Brasenose College de la Universidad de Oxford. También debo un agradecimiento muy particular a Timothy Endicott, Joseph Raz, Cristina Redondo, Nikos Stavropoulos y Neus Torbisco por sus sugerencias y críticas al manuscrito. Pero de todas las observaciones y comentarios, algunos, los de Albert Calsamiglia, siempre retadores e inteligentes, no sólo han influido en la redacción de estas páginas, sino que permanecerán en mi memoria, al igual que el recuerdo de su inolvidable persona.

[1] Véase, en este sentido, Kelsen (1988, 142-143; 1995, 33-34).

[2] Ely (1980, 11-14, 43-48). Sobre este argumento de Ely véase Ferreres (1997, 55-56, 65-66).

da de individuos pueda imponer sus valores subjetivos al resto de los ciudadanos. Lo que se considera impugnable, desde esta perspectiva, es que una democracia constitucional pueda convertirse en el gobierno del juez constitucional. Aunque esta versión de la objeción democrática se desarrolla dentro de un contexto justificatorio, parece fundamentarse, al menos en parte, en consideraciones semánticas. Así, no es necesariamente una objeción a la existencia de un órgano institucional con la función de aplicar la Constitución; puede ser más bien una crítica a la justificación de sus decisiones discrecionales cuando el significado del texto está indeterminado. Pero esta versión de la objeción democrática suele ir acompañada de un notorio escepticismo en torno a la existencia de una constitución semántica que nuestro tribunal identifica y aplica. Se tiende a considerar que el lenguaje abstracto en el que se expresan los conceptos constitucionales los convierte en conceptos vacíos o quasi-vacíos. De este modo, el Tribunal Constitucional, más que asignar significado a las cláusulas constitucionales estaría expresando sus valores personales e imponiéndolos a la mayoría a través del control de constitucionalidad.

Esta conexión entre el lenguaje abstracto y la justificación de la justicia constitucional ha contribuido a generar diversas propuestas normativas acerca de cómo debemos leer el lenguaje de la Constitución. Estas teorías normativas suelen dirigir un mensaje al juez constitucional indicándole qué actitud debería adoptar tanto ante las cláusulas constitucionales, como ante las leyes aprobadas por el parlamento para que su función fiscalizadora resulte justificada. Para autores como Ely, el tribunal debería leer estas cláusulas como un mero mecanismo para garantizar una forma democrática de gobernar, asegurando el ejercicio del derecho a la participación política que poseen todos los ciudadanos por igual [3]. Según Bork, el juez constitucional debería buscar en el texto las intenciones originales de los redactores de la Constitución, ya que es el constituyente la única institución con legitimidad democrática para controlar las decisiones mayoritarias que se adoptan en el presente [4]. Freeman, por su parte, aboga por una democratización de la interpretación constitucional. Este autor indica que los miembros del tribunal, al no tener una mejor posición que el resto de los ciudadanos para tomar decisiones sobre derechos fundamentales, deben adaptar el texto dirigiendo su atención a las razones comúnmente aceptadas en la comunidad política [5].

Todas estas teorías parecen asumir alguna asociación entre abstracción, controvertibilidad e indeterminación cuando proponen una interpretación o

[3] Ely (1980, 43-48, 88-104)

[4] Bork (1990, 130-132, 251-259)

[5] Véase Freeman (1992, 21-29).

reformulación de la Constitución que legitime la justicia constitucional [6]. Ahora bien, cabe preguntarse si esta asociación, que tiene su base en el presupuesto de que existe una relación necesaria entre desacuerdo e indeterminación semántica, es razonable o está justificada. Si es razonable, apenas tiene sentido afirmar que hay una constitución semántica como algo distinguible del conjunto de convicciones morales y políticas del Tribunal Constitucional y, entonces, la objeción democrática adquiere todo su peso. Si, en cambio, no es razonable, estas teorías acaban objetando la legitimidad democrática de la mera presencia de una constitución, esto es, la existencia de límites sustantivos a la regla de la mayoría.

En este trabajo pretendo mostrar que este escepticismo no está justificado a pesar de que, ciertamente, la Constitución se expresa en términos abstractos e incluye un gran número de los llamados «Conceptos Esencialmente Controvertidos». El primer paso para mostrar este punto será sugerir que la vinculación entre acuerdo y significado no es la única opción semántica ni la más adecuada con la que enfrentar el lenguaje constitucional. El segundo paso será proponer que nos acerquemos a este lenguaje desde una semántica interpretativa como la que puede ser encontrada en autores como Dworkin, Hurley o Ebbs. A partir de aquí argumentaré cómo, en muchas ocasiones, cabrá ofrecer una respuesta justificada a la pregunta de qué es lo que exigen las cláusulas constitucionales respecto a un determinado caso. Mantendré que poder dar esta respuesta no requiere necesariamente transformar el lenguaje constitucional en un lenguaje sobre procedimientos, por ejemplo, o sobre intenciones originales del constituyente. En definitiva, defenderé que tiene sentido asumir que unas respuestas constitucionales son más correctas que otras, y que esta conclusión depende del significado de las cláusulas constitucionales.

Voy a centrar mi interés en una de las características del lenguaje de nuestro texto constitucional que parece invitarnos de forma clara a asumir el escepticismo semántico. Se trata de lo que Gallie denominó en 1956 «Conceptos Esencialmente Controvertidos» [7] (en adelante CEC). Algunos conceptos jurídicos y, en especial, muchos de los incorporados en la parte sustantiva de nuestra Constitución, pueden ser reconstruidos como CEC. Gallie los definió como conceptos evaluativos referidos a bienes complejos

[6] Estas teorías asumen la noción wittgensteiniana de interpretación como sustitución o reformulación. Aquí, interpretar es una actividad creativa que es requerida cuando, en un contexto de incertidumbre e indeterminación, ya no hay nada más que comprender acerca del significado de un término o expresión. Sobre esta noción de interpretación véanse, por ejemplo, Marmor (1992, 151-154), Schauer (1991, 207-208), Prieto Sanchís (1987, 58-77).

[7] Gallie (1956).

que pueden ser descritos de diferentes formas, residiendo la utilidad de estos conceptos en la controversia competitiva que generan [8].

'Este tipo de conceptos es peculiar y su presencia en nuestra carta magna tiene importantes consecuencias para el problema de la interpretación constitucional, entendiendo ahora y en adelante «interpretación» como comprensión del significado del texto de la Constitución. Admitir la existencia de estos conceptos puede requerir una revisión de nuestra teoría del significado porque, como trataré de mostrar, van siempre unidos a una forma particular de usar el lenguaje constitucional. No discutiré aquí cuál es el alcance de estos conceptos en el contexto del derecho. Hurley, por ejemplo, sostiene que los conceptos jurídicos son por lo general CEC, y creo que esta misma conclusión podría ser obtenida desde la teoría interpretativa de Dworkin [9]. Pero esta afirmación es demasiado aventurada e innecesaria a los fines de lo que pretendo examinar [10]. Así, asumiré meramente que muchos conceptos constitucionales abstractos, e.g., libertad, igualdad, honor, dignidad, trato inhumano, justicia, democracia, autonomía, intimidad, integridad moral, etc., pueden ser tratados como CEC. Argumentaré que, a pesar de tener este carácter, no son conceptos vacíos. Pero antes de entrar a desarrollar este último punto trataré de ofrecer una caracterización de estos conceptos, tomando en consideración las aportaciones de Gallie, Waldron y Hurley [11].

2. LA IDEA DE CONCEPTO ESENCIALMENTE CONTROVERTIDO

Resaltaré cuatro características de los CEC que, a mi juicio, pueden englobar la idea original de Gallie: a) son conceptos evaluativos, b) son complejos c) tienen un carácter argumentativo, y d) desempeñan una función dialéctica.

a) Los CEC como conceptos evaluativos

Un CEC presenta siempre una dimensión valorativa porque expresa un valor o se refiere a algo que valoramos positiva o negativamente. Aquí nos

---

[8] Gallie (1956, 171-172 y 180). La noción de CEC ha sido utilizada primordialmente en el contexto de la filosofía política para resaltar el modo en que operan los conceptos políticos y el tipo de perspectiva adecuada para el análisis de estos conceptos. Véanse, por ejemplo, Lukes (1974, 26-27), Gray (1978, 385-402), Swanton (1985, 811-826). Véase también un análisis reciente del concepto de minoría como CEC en Torbisco (2000, cap. 1).

[9] Véanse Hurley (1989, 46); Dworkin (1986, 68-86).

[10] Ciertamente, asumir la presencia de estos conceptos en nuestra Constitución afecta al lenguaje jurídico en general dado el papel justificatorio e interpretativo que desempeñan los estándares constitucionales en relación con el resto del ordenamiento jurídico.

[11] Gallie (1956), Waldron (1994, 526-540), Hurley (1989, cap. 3). Véanse también Bix (1993, 53-62), Swanton (1985).

hallamos ante una categoría de términos o expresiones con un significado evaluativo y que, por tanto, usamos primariamente para asignar un valor a ciertos actos o estados de cosas. Un ejemplo lo podemos encontrar en la noción constitucional de dignidad personal, entendida como el grado mínimo de consideración o respeto que debe recibir toda persona por el mero hecho de serlo. En este sentido, cuando afirmamos que un trato es digno estamos asignando un valor positivo a cierta acción, mientras que cuando indicamos que un trato es indigno, la evaluamos negativamente.

Pongamos en este contexto la discusión constitucional en torno a si la ejecución judicial de bienes de un deudor afecta a la dignidad personal reconocida en el artículo 10 de la Constitución española. Preguntarse por el alcance de la dignidad personal en relación con este caso supone entrar a debatir una cuestión valorativa: cuándo deja de estar justificada la ejecución de bienes a tenor del respeto mínimo que debe recibir la persona del deudor. En otras palabras, valoramos qué grado de ejecución de bienes puede llegar a ser indignante para el deudor. En este supuesto, como es bien sabido, el Tribunal Constitucional consideró que hay un mínimo vital que es inembargable en atención a la dignidad personal [12]. Esta conclusión supone una valoración de todo embargo que sobrepase el mínimo vital, valoración que se concreta en el uso del término «indignante» para calificar un embargo ilimitado. Pero es importante resaltar que el componente evaluativo del significado de «indignante» o «dignidad personal» no tiene por qué constituir una puerta abierta a la expresión de meros juicios subjetivos de valor. Tampoco tiene por qué impedir que sea legítimo afirmar que el Tribunal Constitucional acertó o se equivocó al asignar significado. Aunque los términos evaluativos se usan primariamente para elogiar o valorar algo, también pueden ser utilizados de modo informativo, o transmitir información al ser usados. Ello se debe a que su significado retiene un componente cognoscitivo en la medida en que se refieren a estándares pública o socialmente reconocibles [13]. Como ha observado Hampshire en respuesta al escepticismo, los juicios evaluativos presuponen ciertas constancias en los sentimientos, intereses e instituciones humanas, y las razones que se ofrecen en apoyo de estos juicios son efectivas y evaluables como razones sólo una vez hemos tenido en cuenta esta presuposición de constancia. Pero dada esta presuposición, los juicios evaluativos son tan objetivos como cualquier otro

[12] STC 113/1989.

[13] En este sentido, por ejemplo, Gallie (1956, 197) indica que valorar positivamente algo puede consistir, simplemente, en afirmar que cumple con ciertos estándares generales reconocidos. De este modo, podemos mejorar nuestra comprensión del valor al que nos referimos. Sobre las múltiples formas en las que podemos usar las palabras evaluativas véase Hare (1952, 124-126; 1981, 17-18, 124-126).

tipo de juicio [14]. Por esta razón, asumir el carácter evaluativo de los términos constitucionales abstractos no nos obliga a concluir la imposibilidad de un uso racional del lenguaje constitucional. La cuestión que cabe resolver es, en palabras de Hurley, cómo este uso racional es posible [15] y, en definitiva, de qué depende este componente cognoscitivo.

b) Los CEC como conceptos complejos

Otro rasgo de los CEC es que se refieren a estándares y bienes sociales a los que atribuimos un carácter o una estructura compleja. A pesar de que consideramos y valoramos el bien en su conjunto, éste tiene diferentes aspectos que pueden ser relacionados entre sí de diversas formas [16]. Por esta razón, la caracterización de un CEC requiere elaborar teorías o juicios complejos, que involucran otros conceptos, para poder indicar cuál es la relación de prioridad entre los diferentes rasgos conceptuales. Asimismo, y al no darse algo como una ordenación o articulación natural de cada componente en relación con el estándar en su conjunto, cuál sea la ordenación de los diferentes aspectos dependerá de la teoría que se desarrolle [17].

Esta complejidad abre la posibilidad de que se presenten diversas caracterizaciones que, a pesar de referirse al mismo estándar, ordenen de forma distinta sus diferentes aspectos. En este sentido, como indica Raz, las diferentes explicaciones «subrayan uno u otro rasgo esencial del concepto explicado, y dejan muchos otros sin mencionar o sin detallar» [18]. Siguiendo esta línea, Hurley observa que la ausencia de complejidad en un concepto es lo que impide la disparidad en los criterios de aplicación. Esta autora indica, por ejemplo, que un concepto que tiende a ser simple y sensorial como el de rojo contrasta con un concepto como el de color porque el segundo tiene un mayor grado de complejidad, al ser un concepto de clase que subsume nociones como la de rojo o verde. Entonces, a diferencia de lo que su-

[14] Ello no implica, para Hampshire (1989, 88-93), que los juicios evaluativos sean meras afirmaciones acerca de los sentimientos humanos o meras expresiones de estas actitudes. Lo que hace verdadera una afirmación como la de que Tolstoy fue un gran novelista no son nuestros sentimientos hacia su obra, sino los rasgos de sus novelas dado un contexto discursivo que presupone una constancia en ciertos intereses humanos. Asimismo, este autor insiste en que suponer una base de constancia en algún aspecto de los intereses y experiencias humanas es un requisito necesario para evaluar la corrección de cualquier tipo de juicio, desde los juicios empíricos a los morales. Y ello porque «si aíslas una afirmación de cualquier tipo presupuesto de discurso, y si suspendes todas las presuposiciones del conocimiento de base apropiado a este tipo de discurso, entonces deviene imposible evaluar la afirmación» (Hampshire, 1989, 91).

[15] Hurley (1989, 38).

[16] Gallie (1956, 171-172, 184).

[17] Sobre este punto, véanse Swanton (1985, 820); Morawetz (1992, 10-11).

[18] Raz (1998, 266).

cede con la idea de rojo, la estructura más compleja del concepto de color haría imaginable (aunque no probable porque éste no es un CEC), la presentación de una caracterización alternativa en función de una ordenación diferente de los elementos subsumidos [19]. En conclusión, el lema que resume esta idea es que a mayor complejidad conceptual mayor posibilidad de disparidad en la explicación del concepto.

c) Los CEC como conceptos argumentativos

Gallie observó que la peculiaridad de los CEC no consiste meramente en ser evaluativos y complejos. Hay algunos conceptos relativos a instituciones sociales que suelen estar envueltos en una permanente controversia. Pero esta controversia no parece concretarse en un mero conflicto de intereses y actitudes, sino en un debate acerca del uso adecuado de los términos que se utilizan [20]. Tanto es así que la propia idea de CEC podría ser vista como un modo de recrear, o dar cuenta de, ciertos debates semánticos que se caracterizan, en primer lugar, por el tipo de desacuerdo existente entre los interlocutores y, en segundo lugar, por la actitud de estos interlocutores ante el desacuerdo. En este sentido, un CEC es un concepto argumentativo.

Para clarificar la idea de concepto argumentativo empezaré por distinguir, siguiendo a Hurley y Stavropoulos, los desacuerdos sustantivos de los desacuerdos conceptuales [21]. Los primeros son discrepancias en torno a cómo describimos algún sector de la realidad social. Los segundos, en cambio, no son genuinas discrepancias porque se producen cuando utilizamos un mismo lenguaje para hacer referencia a estados de cosas diferentes. Un desacuerdo será sustantivo cuando los interlocutores discuten acerca de la misma institución social pero discrepan en cómo caracterizarla y, por consiguiente, en aquello que es relevante para su descripción. En un debate en torno a si el llamado «conceptualismo» es una genuina forma de arte, los interlocutores discrepantes no tienen por qué estar utilizando la palabra «arte» en diferentes sentidos. Su discusión será sustantiva si se centra en qué es el arte en realidad, es decir, en cuál es la mejor forma de caracterizar el arte: la que incluye el conceptualismo o la que lo excluye. En términos de Dworkin, «debaten sobre la adecuación de una palabra o descripción porque están en desacuerdo sobre los tests correctos para usar esa palabra o expresión en cada ocasión» [22]. En un desacuerdo conceptual, en contraste, los participantes están usando una misma palabra o expresión en diferentes sen-

[19] Hurley (1989, 43-46).

[20] Gallie (1956, 169). Véanse también Swanton (1985, 813), Waldron (1994, 530).

[21] Véase Hurley (1989, 30-33, 50-54), y Stavropoulos (1996, 125-128).

[22] Dworkin (1986, 41).

tidos; hablan, pongamos por caso, del derecho a la educación, y mientras unos se refieren al derecho a ser educado otros se refieren al derecho a educar o enseñar. En este contexto, si los que discuten no se percatan de la ambigüedad de su diálogo, su debate carecerá de sentido porque no podrán comprenderse. Pero también podríamos llegar a ver el debate en torno al «conceptualismo» como un desacuerdo conceptual. Percibirlo como un desacuerdo sustantivo o conceptual es una cuestión de grado; en concreto, del grado de intensidad que adquieran nuestras discrepancias respecto a qué es el arte. Si nuestras discrepancias son tan profundas que no compartimos ninguna idea o juicio básico acerca de cómo caracterizar el arte, nuestra discusión acerca del conceptualismo carecerá de sentido. Nuestros discursos serán paralelos y no tendremos genuinas discrepancias porque estaremos utilizando la palabra «arte» en diferentes sentidos. De este modo, mientras que el desacuerdo sustantivo es una forma de comunicación y, por tanto, una divergencia dentro de una misma práctica o forma de vida, el desacuerdo conceptual es un caso de incomunicación y, por ello, una divergencia en la forma de vida [23]. En definitiva, como ha insistido con frecuencia Davidson, para que exista un desacuerdo significativo, necesitamos alguna base mínima de acuerdo [24].

El debate en torno a los CEC resulta ser, al menos en apariencia, un debate de carácter sustantivo. Pongamos un clásico ejemplo de una discusión sobre el concepto de libertad. Supongamos que alguien argumenta que respetar la libertad individual reconocida en el art. 1.1 de la Constitución española requiere que el estado no interfiera en el plan de vida que uno elige como individuo autónomo. Supongamos que su interlocutor considera, por contra, que el respeto a la libertad puede exigir la injerencia estatal en determinadas decisiones autónomas cuando su consecuencia futura puede ser la pérdida de autonomía. Contextos paradigmáticos en los que puede tener sentido esta discusión son la valoración jurídica de decisiones como la de pertenecer a una secta o la de consumir estupefacientes. Esta disputa es relativa al concepto de libertad porque se discute si esta noción incluye aquellas decisiones voluntarias que implican la pérdida de autonomía. Aquí, en tanto que el primer interlocutor toma como relevante la ausencia de impe-

[23] Hurley (1989, 31); Baker y Hacker (1985, 243).

[24] Davidson (1984, 196-197). Quiero advertir que me estoy refiriendo aquí a la cuestión de cuándo un desacuerdo puede ser reconocido como tal por los hablantes que discuten (o de cuándo una discusión puede tener sentido), y creo que Davidson se refería también a esta cuestión. Ello no supone, como muy correctamente apunta Raz, que no podamos afirmar, por ejemplo, que Genghis Khan y Jesús estaban, de hecho, en genuino desacuerdo sobre muchas cosas, a pesar de que seguramente no compartían algunos conceptos y, obviamente, nunca discutieron sobre ello. Véase Raz (1998, 262).

dimentos externos para actuar, el segundo considera más importante la idea de auto-dominio o control racional de la propia vida. En este contexto, las dos posiciones discrepantes están desarrollando teorías o concepciones que establecen diferentes relaciones de prioridad entre los varios aspectos de un concepto complejo. A pesar ello, parece que cada uno puede reconocer las razones ofrecidas por el otro porque éstas se apoyan en alguno de estos aspectos [25].

La observación de Gallie en el sentido de que un CEC no es un concepto «radicalmente confuso» puede entenderse si se advierte este carácter sustantivo de las discrepancias en torno a los CEC [26]. Así, los interlocutores están utilizando el lenguaje para expresar una posición respecto a cuál es el mejor modo de caracterizar un bien que se considera socialmente valioso y discrepan acerca de cuál es concretamente su valor. Sus discusiones no son simples discursos paralelos porque tienen un objeto de discusión; no tratan meramente de explicitar el sentido en el que están usando una palabra, sino debatir acerca de la mejor caracterización del bien social al que asociamos esta palabra. Si, en cambio, estuviéramos ante un desacuerdo conceptual, nos encontraríamos en un contexto de confusión radical en el que no podríamos comunicarnos. Mas adelante efectuaré algún comentario adicional sobre las condiciones que deben darse para que puedan existir estos desacuerdos sustantivos, lo que no es más que preguntarse cuál es la base mínima que debe compartirse para tener desacuerdos significativos. Sólo quiero advertir por el momento que si es plausible asumir la existencia de este tipo de controversias, podremos distinguir entre la controvertibilidad de un concepto del problema de la ambigüedad o aplicación de diferentes conceptos.

Ahora me importa resaltar el segundo aspecto que justifica la idea de que los CEC tienen un carácter argumentativo, aspecto que está relacionado con la actitud de los interlocutores ante el desacuerdo. Hurley indica que en estos conceptos siempre existe competitividad entre los participantes de la discusión. A pesar de que la complejidad de estos conceptos hace comprensible la disparidad en los criterios, lo que caracteriza a estos conceptos frente a otros también complejos es que las diferentes aplicaciones compi-

[25] En esta línea podemos ubicar el comentario de Hurley (1989, 53) de que no podemos otorgar sentido a un esquema de razones para la acción que sea totalmente ajeno al nuestro. Así, indica, «ser una razón para la acción es meramente ser una de nuestras razones». Ciertamente, el comentario de Hurley no presupone que sólo podemos ver como genuinas razones para la acción aquellas razones que nosotros aceptaríamos. Lo único que quiere significar es que sólo podemos ver como tales razones aquellas que nosotros somos capaces de imaginar y tomar en consideración, con independencia de que nos parezcan las más adecuadas.

[26] Gallie (1956, 175, 180).

ten entre sí para ser la mejor aproximación [27]. De este modo, la controversia en torno a su aplicación no se reduce a la mera expresión de desacuerdos, sino a una actitud agresiva o competitiva por parte de los interlocutores [28]. Cada opción semántica pretende haber identificado el uso correcto del término y trata de ofrecer argumentos para mostrar que las opciones rivales son incorrectas, esto es, que son una reconstrucción deficiente de aquello que nombramos con esta palabra.

Esta competitividad inherente a los CEC suele trasladar el núcleo de la discusión semántica a los casos centrales de aplicación del término y no meramente a los casos marginales o situados en su zona de penumbra. En palabras de Waldron, «es una disputa que puede generar paradigmas rivales porque es un debate entre diferentes explicaciones de la esencia o significado central del concepto» [29]. Si tenemos en cuenta este elemento, la controvertibilidad de un concepto debe distinguirse de la vaguedad. La propia idea de controversia competitiva implica que los interlocutores poseen una posición definida en torno a cuál es la mejor caracterización del concepto, y que la defienden frente a otras posiciones. De ahí que todos pretendan haber identificado la respuesta correcta en la aplicación del concepto al caso en cuestión. La existencia de vaguedad, en cambio, presupone un contexto de incertidumbre generalizada acerca de la calificación conceptual de un determinado supuesto [30]. De este modo, mientras que la controvertibilidad tiende a estar vinculada con la certidumbre, la vaguedad viene determinada por la incertidumbre [31]. En definitiva, en las controversias relativas a CEC los interlocutores no basaran habitualmente su argumentación en que se trata de un caso de penumbra. Ello les impediría mantener una posición competitiva acerca de qué alternativa contribuye a una mejor descripción de los estándares a los que se refiere el concepto.

d) Los CEC como conceptos funcionales

Waldron indica que el término «libertad», por ejemplo, no puede verse como una palabra cuyo significado es claro y fuera de toda discusión porque

---

[27] En este sentido, apunta, «los conceptos esencialmente controvertidos difieren de los concebiblemente controvertidos en que, de modo característico, las descripciones correctas de sus rasgos componentes compiten entre sí para influir en su aplicación». Hurley (1989, 46).

[28] Véase Hurley (1989, 46-47). En términos de Gallie, «usar un concepto esencialmente controvertido significa usarlo frente a otros usos y reconocer que el propio uso tiene que ser mantenido contra esos otros usos». Gallie (1956, 172 y 193)

[29] Waldron (1994, 529).

[30] Sobre esta noción de vaguedad, véanse, por ejemplo, Waldron (1994, 513 y 521), Moreso (1997, 108-109), Redondo (1997, 177-196).

[31] Es cierto que alguna de las posiciones que compiten podría defender como respuesta correcta que el caso en cuestión no está excluido de, o incluido en, el concepto que se está dilu-

este término actúa como «una arena verbal en la que resolvemos nuestros desacuerdos sobre la naturaleza de la agencia humana y la autonomía» [32]. Cabría indicar, en este sentido, que la palabra «libertad» contrasta con el término «verde». Este último término, por lo general, no se utiliza como ninguna arena verbal para discutir cuestiones de trascendencia social. Salvo en algún contexto excepcional, no es socialmente relevante si un determinado objeto puede ser calificado como verde o qué gama de verde tiene como color. Por esta razón, no veríamos ninguna dificultad en terminar cualquiera de nuestras disputas acerca del uso de la palabra «verde» mediante una estipulación convencional [33]. Ello no sucede con el término «libertad». Presuponer que podemos zanjar nuestra discusión acerca de cómo usar «libertad» mediante una simple estipulación presupone, como apunta Waldron, no comprender como usamos esta palabra [34].

Un elemento más para comprender la peculiaridad de términos como «libertad» es advertir que la controversia que caracteriza a los CEC, además de ser habitualmente una controversia en torno a casos centrales de su aplicación, contribuye a la propia utilidad del concepto [35]. La existencia de estos conceptos garantiza que se producirán determinados debates porque su función no consiste en generar consenso. Lo que hace que un concepto sea esencialmente controvertido es, precisamente, su dimensión dialéctica: la demanda de justificación de cualquier posición que trate de dar contenido a este concepto [36]. Desde esta perspectiva, podríamos presentar los CEC como un tipo específico de conceptos funcionales [37]. Así, podrían ser entendidos como conceptos que se refieren a estándares cuya existencia va siempre unida a la función dialéctica que cumplen. Esta consideración, en el caso de ser plausible, permite aportar alguna clave adicional para justificar la idea de que un CEC es distinguible de un concepto radicalmente confuso.

---

cidando. Pero ello no nos conduce a un contexto de vaguedad, tal como esta noción ha sido entendida. El ejemplo ofrecido por Dworkin de la calificación de la fotografía como una forma de arte puede ser muy ilustrativo para apreciar la diferencia entre los dos modos de presentar un desacuerdo en la aplicación de un concepto: el de la vaguedad y el de la controversia competitiva. Dworkin (1986, 41-42).

[32] Waldron (1994, 529-530).

[33] Por esta razón, Hurley indica que los usos correctos del término «rojo» no compiten con los usos correctos del término «verde» para decirnos cuál es el color de un objeto. Véase Hurley (1989, 45) y, también, Morawetz (1992, 10, 13, 17).

[34] Waldron (1994, 529).

[35] Gallie (1956, 189-194), Waldron (1994, 530-532, 540).

[36] Véase sobre este punto Waldron (1994, 539).

[37] Siguiendo la terminología de Hare, los «términos funcionales» son aquellas palabras en las que una explicación completa de su significado nos exigen explicar para qué sirve el objeto al que se refieren o qué es lo que hace. Hare (1952, 100).

Como indica Searle, las funciones nunca son intrínsecas a los objetos, sino asignadas o impuestas por usuarios conscientes y, por tanto, relativas al observador [38]. Por esta razón, si tratamos los CEC como conceptos funcionales deberíamos asumir que su comprensión no será completa a no ser que nos ubiquemos dentro de la práctica social en la que estos conceptos son usados y dilucidados. Estos conceptos adquieren todo su sentido en el contexto interno de una práctica humana, entendida de forma amplia como el propósito que asociamos a un ámbito de regularidades de conducta, y que nos sirve para juzgar la adecuación de cada una esas regularidades [39]. Un ejemplo puede ilustrar esta asimetría entre la comprensión externa e interna de un concepto funcional. Imaginemos una práctica simple como la del saludo [40]. Esta práctica consiste en mostrar deferencia a otras personas mediante determinados movimientos corporales. Este propósito lo consideramos valioso, es decir, creemos que debemos mostrar deferencia a las personas conocidas cuando coincidimos con ellas, y también esperamos recibir esta deferencia por su parte. Para cumplir ese propósito solemos realizar movimientos corporales como levantar la mano o hacer un gesto con la cabeza. Y ese propósito general también nos sirve para evaluar si un determinado movimiento es una muestra de deferencia. Seguramente, excluiríamos de la práctica del saludo una acción como la de escupir a la cara. Vistos por un observador externo, los movimientos corporales que realizamos no tienen ningún significado específico: levantar la mano es meramente levantar la mano. Sólo dentro de la práctica del saludo y sólo para los que participamos en la misma, estos movimientos adquieren pleno significado y podemos afirmar, entonces, que levantar la mano ante la presencia de alguien es saludar. Como somos participantes tendremos alguna idea de qué movimientos actúan como saludo y cuáles no. Así, tendremos algún criterio propio para discriminar actos en función de las exigencias de la práctica del saludo. Ello nos permitirá discutir con sentido si, por ejemplo, dar un golpe en la espalda es una muestra de deferencia. Algunos ofrecerían una respuesta afirmativa, en tanto que otros lo negaríamos porque creemos que la idea de deferencia no acoge las actitudes violentas.

Alguien que no sea participante de la práctica del saludo no puede intervenir en esta discusión porque no tiene ningún criterio independiente pa-

[38] Searle (1995, 14). Véase también Hare (1952, 112).

[39] Si aplicamos esta idea de práctica a la aplicación de un concepto en particular podemos indicar que alguien tiene una práctica de uso cuando ejercita una técnica de reunir objetos bajo un mismo concepto. Véase Hurley (1989, 200).

[40] Debo la elección de este ejemplo a Maribel Narváez y a sus inspiradores comentarios acerca de la institución del saludo como juego del lenguaje. Sobre esta asimetría véanse también los ejemplos aportados por Ebbs (1997, 247-254) y que extrae de Hare y Burge.

ra ver un significado en el acto de golpear en la espalda o en el de levantar la mano. Desde un punto de vista externo, sólo se podrán observar movimientos corporales y las opiniones que manifiestan los participantes. Por esta razón, el observador no podrá evaluar el error o el acierto de estas opiniones en el caso de que se manifieste un desacuerdo. Lo único que el observador podrá constatar es que hay un desacuerdo, porque su único criterio respecto a qué conductas forman parte de esa práctica del saludo son los movimientos y opiniones que observa. Los participantes, en cambio, en el caso de desacuerdo, pueden discutir frente a otros participantes si sus opiniones son correctas o equivocadas, precisamente, porque poseen un criterio para determinar cuándo se saluda que no es meramente observar las opiniones y los movimientos corporales de otros participantes [41].

Con los conceptos constitucionales sucede lo mismo que con la idea de saludo. Valga como ejemplo el concepto de intimidad personal, entendido como el ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás [42]. De este modo, el ámbito de la intimidad personal es aquel donde no está justificada la intromisión ajena. Este concepto es interno a una práctica social compleja, siendo uno de los aspectos de la misma. Los actos que realizamos en nuestra esfera privada y las intromisiones a esos actos adquieren significado constitucional a partir de la idea de intimidad personal. Ser participante de esta práctica y tener una comprensión del valor de la intimidad permite evaluar la adecuación a este estándar de actos como, por ejemplo, el del registro personal de reclusos [43] o la investigación técnica de la paternidad [44]. Estos supuestos resultan controvertidos porque hay diferentes posiciones competitivas en torno a qué alternativa supone una mejor descripción de la intimidad como bien protegido. Desde un punto de vista externo a la práctica, un observador sólo podrá percibir un cúmulo de opiniones diferentes, pues carecerá de un criterio como el que poseen los participantes para juzgar el mérito de esas posiciones a la luz de la idea de intimidad. En suma, mientras que un observador externo sólo verá usos divergentes de la palabra «intimidad», lo que le conducirá a concluir que este término carece de un significado unívoco, (es decir, que hay un desacuerdo con-

[41] Es cierto que cada uno de los participantes habrá aprendido el significado de «saludar» a partir de los movimientos corporales que ha observado y de las explicaciones que ha recibido de otros participantes que dominan la técnica de uso. Pero no habrá alcanzado su condición de participante hasta que, a través de su aprendizaje, haya adquirido un criterio propio para discriminar actos en función de la práctica del saludo, esto es, hasta que él mismo no domine la técnica de uso.

[42] STC 209/1988.

[43] STC 57/1994.

[44] STC 7/1994.

ceptual), el participante estará manteniendo una posición en conflicto sobre cuál es la caracterización correcta de la intimidad personal.

Esta asimetría entre una aproximación externa e interna a conceptos de carácter funcional, nos lleva a preguntarnos qué tipo de práctica social está asociada a la idea de CEC. En otras palabras, la cuestión es en qué tipo de práctica los conceptos que se manejan se refieren a estándares cuya existencia va unida a la función dialéctica que cumplen. Creo que los CEC sólo adquieren pleno sentido dentro de lo que solemos conocer como «prácticas deliberativas» [45]. La noción de práctica deliberativa ha sido ampliamente discutida en relación con los problemas de la validez de los juicios morales y la vinculación entre justicia y democracia. Pero no es el objeto de este trabajo abundar en esta discusión. Lo único que me interesa apuntar por el momento es que CEC como, por ejemplo, los de libertad, arte, belleza o justicia, son conceptos típicamente ubicables dentro de prácticas de carácter deliberativo. Estas prácticas, siguiendo la aproximación general de Morawetz, incorporan un discurso con el propósito común de formar y defender argumentos [46]. La participación en este tipo de prácticas se materializa en la elaboración de juicios complejos, discutiendo y defendiendo estrategias argumentativas acerca de la finalidad de la actividad colectiva. Por ello, el discurso se caracteriza por tener una dimensión dialéctica en la que, por una parte, cualquier juicio acerca del contenido de la práctica requiere ser respaldado por razones públicamente reconocibles y, por otra, la corrección de cada juicio se evalúa en función del mérito de las razones que se aportan [47].

---

[45] Aunque la idea de los CEC como conceptos funcionales pueda parecer coincidente con la anterior consideración de que los CEC son evaluativos, creo que esta redundancia no se produce. En primer lugar, podríamos asumir que un concepto es evaluativo sin admitir que sea funcional y, por tanto, considerar que su caracterización es completamente independiente de la práctica dentro de la que este concepto cobra vida. En segundo lugar, adviértase que las prácticas que involucran conceptos evaluativos sólo serían prácticas deliberativas por definición si asumiéramos una visión del razonamiento práctico como razonamiento deliberativo. Y ello no es ni ha sido nunca pacífico. Así, como observa, por ejemplo, Hurley (1990, 226), la posibilidad de una racionalidad deliberativa ha sido frecuentemente cuestionada en favor de una idea del razonamiento práctico como razonamiento meramente instrumental o, para poner otro ejemplo, en favor de perspectivas nihilistas sobre la racionalidad práctica. Por último, una adecuada comprensión de un CEC en particular, dado su carácter funcional, puede exigirnos una concentración todavía más local en el tipo de práctica en la que éste es usado. De este modo, quizá deberíamos tener que distinguir diferentes contextos discursivos (e.g. el jurídico, el estético, el político, el ético) dentro de la categoría más general de las prácticas deliberativas. Pero ello supondría abogar por alguna forma de fraccionamiento del razonamiento práctico, cuestionando la tan defendida tesis de la unidad. Como no estoy en condiciones de explorar aquí esta última cuestión ni entraré en el tema de la relación entre derecho y moral, valga este comentario como una simple posibilidad.

[46] Morawetz (1992, 8-11, 19-23).

[47] También podríamos indicar que la existencia de una práctica deliberativa presupone la creencia compartida de que el diálogo y la discusión, bajo ciertas reglas de juego como la ra-

Una vez caracterizados los CEC como conceptos evaluativos, complejos, argumentativos y funcionales, dedicaré el resto de este trabajo a analizar la vinculación entre estos conceptos y el problema de la indeterminación semántica.

3. UNA SEMÁNTICA PARA LOS CEC

Desde un punto de vista semántico, la cuestión que nos sugiere la idea de los CEC es si, en definitiva, tiene sentido predicar que existen tales conceptos. Esta cuestión surge desde el momento en que se ha indicado que un CEC admite genuinos desacuerdos tanto en los criterios como en los casos paradigmáticos de su aplicación. Tomando literalmente el ejemplo de Waldron,

> «democracia» es esencialmente controvertido porque la gente no está sólo en desacuerdo sobre casos evidentemente marginales como el de Kuwait, sino también sobre si un sistema directo y participativo como el de la Grecia antigua debería ser tomado como paradigma, relegando, digamos, el sistema representativo de los Estados Unidos modernos a una posición de penumbra, o si el paradigma debería ser un sistema representativo como el de Estados Unidos o el de Westminster, con Atenas relegada a una mera peculiaridad histórica [48].

La pregunta que cabe efectuar es si la discusión ejemplificada puede producirse sin que el concepto de democracia se convierta en varios conceptos. Si nuestra respuesta es negativa, estaremos asumiendo que no hay CEC, o bien que son conceptos vacíos. Si nuestra respuesta es positiva, estaremos asumiendo que el significado no depende por completo del acuerdo ni en los criterios ni en los paradigmas.

Centraré mi atención en aquellas respuestas a esta pregunta que vinculan el significado con los usuarios de un lenguaje, sus comportamientos lingüísticos y su contexto discursivo. De este modo, a los efectos de lo que me interesa resaltar, obviaré toda semántica que haga depender el uso correcto de los términos de algo externo a las prácticas humanas en las que estos tér-

---

cionalidad, imparcialidad y pretensión de universalidad, tiene alguna utilidad a los fines de mejorar la comprensión del objeto de discusión. Pero creo que también puede existir una práctica deliberativa sin este presupuesto. De esta suerte, con independencia de la confianza que los interlocutores depositen en el valor instrumental del diálogo, el carácter deliberativo de ciertos juegos del lenguaje puede venir forzado por la relevancia que se atribuye a cualquier movimiento dentro del juego; es decir, por la importancia que pueda tener para los interlocutores llegar a una u otra conclusión acerca de si, por ejemplo, la pena de muerte es un supuesto de trato cruel. Ésta es una de las razones por las que creo que asumir el carácter deliberativo de ciertas prácticas sociales no requiere necesariamente adoptar una determinada posición ontológica y epistemológica dentro del debate filosófico entre el elitismo y el constructivismo epistémico. Sobre este debate véanse las recientes aportaciones de De Lora (1998, 59-92, 258-264) y Ferreres (1997, 164-187).

[48] Waldron (1994, 529).

minos son usados. Hecha esta matización, las diversas respuestas podrían fundamentarse en alguna de las cuatro tesis siguientes:

1. Los criterios explícitos que se comparten dentro de una comunidad lingüística determinan el uso correcto de las palabras. Una controversia generalizada en torno a cómo debe ser usado un término en una ocasión particular manifiesta un desacuerdo en los criterios y, en consecuencia, conlleva la indeterminación semántica.

2. El significado de una palabra se reduce a un conjunto de paradigmas compartidos. Así, al asignar significado lo único que hacemos es identificar casos paradigmáticos y establecer relaciones de analogía con otros casos en función de su similitud con los paradigmas. Si hay desacuerdo acerca de cuáles son los paradigmas, hay indeterminación semántica.

3. El significado de un término depende de los criterios compartidos, pero estos criterios no son siempre explícitos o transparentes para los usuarios. Por esta razón, la controversia en torno a cuáles son los criterios de uso y los supuestos de aplicación puede ser explicada y asumida porque no siempre somos plenamente conscientes de los criterios que compartimos.

4. El significado de un término depende de la mejor teoría o concepción del concepto compartido. El desacuerdo en los criterios y en los casos centrales de aplicación es explicable y asumible porque representa la existencia de caracterizaciones rivales de un mismo concepto.

Como se habrá podido observar, mientras que las dos primeras tesis rechazan la posibilidad de desacuerdos sustantivos sobre el mismo concepto, las dos últimas asumen su viabilidad. Pero las razones que cada una ofrece son diferentes. Exploremos con más detalle cuáles son estas razones y qué implicaciones tiene cada una.

Tesis 1. La primera tesis rechazaría que tenga sentido hablar de CEC como conceptos que asumen desacuerdos sustantivos. Según esta tesis, el significado de un término se agota en los criterios de aplicación que son explícitamente compartidos dentro de una comunidad lingüística. De este modo, si hay un desacuerdo general en las explicaciones que ofrecemos del significado del término, estamos ante un supuesto de indeterminación semántica. Esta tesis tampoco admitiría que pueda surgir una controversia sustantiva en torno a casos paradigmáticos de aplicación de un concepto. Desde esta posición, un desacuerdo sobre cuáles son los casos paradigmáticos sólo puede surgir cuando hay disparidad en los criterios, y esta disparidad presupone la indeterminación[49]. Esta conexión entre paradigmas y cri-

[49] Es claro que nuestro desacuerdo podría simplemente residir en cuál es el caso que estamos discutiendo; pero, una vez identificado el caso, si tenemos divergencias respecto a su inclusión dentro del concepto, estamos ante un desacuerdo en los criterios.

terios puede apreciarse de forma clara si se advierte que esta primera tesis asume una noción de caso paradigmático que podríamos denominar, siguiendo a Bix, «paradigma fuerte» [50]. Un paradigma fuerte es un ejemplo claro de aplicación del concepto, pero el concepto no se agota en ese paradigma o en un conjunto de esos paradigmas. Aquí, «lo importante es el criterio que derivamos de, o asociamos al paradigma, más que el paradigma en sí» [51].

Esta tesis, conocida como «semántica criteriológica» por sus detractores, tiene importantes desventajas [52]. En primer lugar, no admite ninguna flexibilidad en nuestras prácticas lingüísticas, haciendo inviable pensar que nuestra comprensión del significado de un término pueda evolucionar [53]. No nos permite entender cómo nuestras concepciones acerca de la libertad o la crueldad han ido cambiando fruto de una dinámica dialéctica, a pesar de seguir siendo concepciones acerca de la libertad o la crueldad. Ello impide explicar cómo sobreviven sin permanente cambio en su identidad prácticas que tienen una clara proyección temporal como es el caso de la práctica constitucional. En segundo lugar, nos fuerza a asumir que cualquier disidencia en la aplicación de un concepto involucra un problema de comprensión de cómo usar el lenguaje. Por último, nos ofrece la peor versión de nuestra práctica constitucional en lo que concierne a la asignación de significado a las cláusulas abstractas. Dada la controversia que envuelve la aplicación de los conceptos constitucionales, nuestra práctica no sería más que un discurso aparente [54]. Ésta es la versión escéptica que nos ofrece Waldron

---

[50] Véase Bix (1993, 56-57).

[51] Bix (1993, 56).

[52] Como es bien sabido, una de las principales objeciones de Dworkin (1986, 31-46) a la teoría de Hart es que ésta no puede escapar del famoso «aguijón semántico», precisamente, por basarse en una semántica criteriológica. Esta objeción ha sido muy controvertida y discutida a lo largo de los últimos diez años. Muchos, los que defienden a Hart, han tratado de mostrar o bien que Hart asumió una semántica criteriológica que no cae en el aguijón semántico, o bien que no asumió una semántica criteriológica; otros, los que critican todavía a Hart, consideran que mantiene una semántica criteriológica y que cae en el famoso aguijón. Pero, en este contexto, me parece más relevante presentar lo que podría ser una «semántica criteriológica» (o al menos una versión de esta semántica), que asignarla a algún autor o teoría en concreto. Esta versión no tiene por qué coincidir con una semántica basada en condiciones necesarias y suficientes. Una perspectiva criteriológica es claramente compatible con admitir la textura abierta del lenguaje.

[53] Aunque no analizaré la viabilidad filosófica de esta semántica, la asociación entre significado y criterios compartidos tiene dificultades para superar el problema del seguimiento de reglas. Así, el consenso en los criterios acaba actuando como un intermediario entre las reglas y sus instancias de uso, con lo que sucumbe al desafío escéptico de Kripke. Véase Kripke (1982, 13-22, 53-54).

[54] Sobre este punto Dworkin observa que, en aquellos contextos en los que estamos en desacuerdo, una semántica criteriológica acaba convirtiendo nuestra práctica jurídica en una broma grotesca. Dworkin (1986, 44).

de nuestros debates en torno a los CEC. Este autor observa que los interlocutores, a pesar de discutir con pasión, saben que no hay una respuesta correcta porque ninguna de las posiciones en conflicto es mejor que la otra; y saben también que ninguna va a convencer a la otra sobre el mérito de sus razones [55]. Pero la cuestión es si puede ser razonable presentar una versión más caritativa de nuestra práctica constitucional.

Tesis 2. Esta tesis podría ser caracterizada a partir de la noción de paradigma absoluto ofrecida por Bix [56]. Según este autor, el paradigma absoluto, a diferencia del fuerte, define o agota el concepto. De esta forma, sería una contradicción pretender que este paradigma ha dejado de ser un caso de aplicación del concepto. La noción de paradigma absoluto presupone que definimos los términos de manera ostensiva y que relacionamos los diferentes supuestos de aplicación a partir de analogías con los ejemplos señalados. Si nos preguntamos si la fotografía es una forma de arte, lo que realmente nos estaríamos preguntando es si la fotografía es como la pintura o la escultura. El concepto de arte, entonces, se agota en ejemplos como la pintura y la escultura. Lo mismo se suele afirmar del concepto de buena persona en relación con la figura de Jesucristo. Algunos indican que este concepto puede ser definido a partir de nuestra idea de cómo actuaba Jesucristo [57]. En este sentido, cualquier variación en nuestra percepción de cómo se comportó Jesucristo supondrá un nuevo concepto de buena persona. La explicación del concepto se reduce a una explicación de cómo es el ejemplar.

Si se asume la idea de paradigma absoluto y se asocia el significado a aquello que compartimos, deberemos afirmar que el uso correcto de un término reside en la coincidencia en los ejemplos que señalamos. Por ello, la controversia en torno a casos centrales conduce a la indeterminación. Ésta es la perspectiva de Endicott cuando interpreta la semántica de Hart frente al aguijón dworkiniano [58]. Endicott trata de contrarrestar la tesis de Dworkin de que cualquier paradigma puede ser descartado [59]. Su respuesta consiste en asumir que son precisamente los paradigmas aquello a lo que apuntamos y que caracterizamos cuando damos una explicación conceptual. En su opi-

[55] Waldron (1994, 531). Por esta razón, aunque Waldron asume que la utilidad de estos conceptos depende de su dimensión dialéctica, también asume que la contestabilidad de un concepto es un supuesto de indeterminación. De este modo, lo que Waldron estaría valorando en los CEC es la utilidad o los beneficios que pueda tener la indeterminación semántica. Ahora bien, tengo mis dudas respecto a la compatibilidad entre mantener el carácter genuinamente dialéctico de un discurso y, al mismo tiempo, asumir que no hay respuestas más correctas que otras. Véase Waldron (1994, 512, 531-532, 539-540).

[56] Bix (1993, 56-57).

[57] Véanse, por ejemplo, Raz (1998, 256, 267), Bix (1993, 56-57), Waldron (1994, 533).

[58] Véase Endicott (1998, 283-300).

[59] Dworkin (1986, 72).

nión, cuando dilucidamos, por ejemplo, el concepto de derecho, lo que en realidad estamos caracterizando es un ejemplar paradigmático de sistema jurídico [60]. Por este motivo, mantiene que un juicio predicando que x no es un F, cuando el concepto de F se define a partir de resaltar los rasgos salientes de x, carece de sentido [61]. En definitiva, para este autor, cuando hay un desacuerdo en los paradigmas, alguno de los interlocutores tiene que estar hablando de forma irónica o figurativa [62].

Creo que la tesis que he esbozado no es más que una forma algo confusa de defender la tesis 1. La idea de paradigma absoluto no parece una explicación adecuada de qué es poseer un concepto, al menos para nociones distintas a la de juego. Más bien es una forma de explicar cómo aprendemos y llegamos a adquirir una técnica de uso. Ciertamente, los paradigmas son ejemplos a partir de los que aprendemos a usar los términos [63]. Pero son un medio para conocer algo más que los paradigmas mismos. Por esta razón, cuando hemos adquirido el dominio de la técnica de uso (o poseemos el concepto), sabemos qué tienen en común los distintos paradigmas y cómo reconocer supuestos de aplicación. Así, en relación con el concepto de arte, cualquier similitud que pretendamos establecer entre la pintura y la fotografía requiere poseer el concepto de arte. Sin este concepto no podremos discriminar, de entre los múltiples rasgos salientes de la pintura, aquellos que están relacionados con el arte (y ello a pesar de haber identificado perfectamente qué es la pintura). Algo parecido sucede con el concepto de buena persona. Como indica Raz, «para saber de qué formas Jesús era buena persona, uno necesita previamente una comprensión del concepto» [64].

Aclarado este punto, me parece razonable sostener que la noción de paradigma absoluto acaba colapsando con la de paradigma fuerte [65]. De esta forma, la tesis 2 termina asumiendo la tesis 1. Ahora bien, si rechaza la conexión entre desacuerdo en los criterios explícitos e indeterminación, también podría aceptar alguna de las restantes tesis.

Tesis 3. La tercera tesis asocia el significado con los criterios compartidos de uso, pero advierte que estos criterios no son siempre transparentes para cualquiera de sus usuarios. Esta tesis parece ser la que defiende Bayón bajo el rótulo «convencionalismo profundo», y la que también apoya Raz en réplica al aguijón semántico [66]. La posición de ambos autores puede subdi-

---

[60] Endicott (1998, 288).

[61] Endicott (1998, 295).

[62] Endicott (1998, 295-300).

[63] Véanse Wittgenstein (1953, sec. 208), Waldron (1994, 520).

[64] Raz (1998, 256).

[65] Véase Bix (1993, 57).

[66] Bayón (1999, 21-24), Raz (1998, 261-273).

vidirse en dos consideraciones. Por una parte, asumen una tesis semántica anti-individualista: «cada persona entiende que su uso de los términos y conceptos está gobernado por los criterios comunes para su uso (...). Los que piensan que comprenden un término o concepto piensan que tienen al menos algún conocimiento de cuáles son los criterios comunes» [67]. Por otra parte, ambos observan que nuestro conocimiento de aquello que compartimos no tiene por qué ser completo [68]. Estas dos consideraciones permiten admitir desacuerdos en los supuestos de aplicación, y controversias respecto a cuáles son los criterios de uso, porque podemos estar equivocados respecto a nuestros criterios compartidos [69].

Esta tercera tesis tiene algunas ventajas importantes respecto a las anteriores. En primer lugar, posibilita asumir cierta flexibilidad en nuestras prácticas lingüísticas. Nuestra comprensión del significado de un término puede evolucionar en la medida en que adquiramos un conocimiento más completo y articulado de nuestros criterios comunes. En segundo lugar, la disidencia de la opinión mayoritaria no supone necesariamente un desliz verbal porque puede ser explicada, precisamente, en términos de una mejor comprensión de nuestros criterios compartidos [70]. Por último, permite dar cuenta de la existencia de CEC sin tener que asumir que son conceptos vacíos. Esto conduce a una visión más caritativa de nuestra práctica constitucional en la que tenemos genuinas discusiones y no meramente discursos paralelos.

A pesar de sus ventajas, esta tesis contiene alguna ambigüedad en su postulado anti-individualista que, en mi opinión, pueden hacerla cuestionable. Raz indica que el rechazo al individualismo se justifica en que todos los usuarios se responsabilizan de los criterios comunes, «sean éstos los que sean» [71]. Por esta razón, todos entienden que un criterio de uso es correcto si es compartido. Esta idea bien puede significar que los usuarios conside-

---

[67] Raz (1998, 263), también Bayón (1999, 23)

[68] Sobre este punto véase un comentario paralelo de Marmor en torno a la necesidad de distinguir entre la existencia de una convención y el conocimiento de que existe tal convención. Marmor (1996, 354- 355).

[69] Bayón (1999, 23), Raz (1998, 265).

[70] Aunque Bayón (1999, 23), por ejemplo, parece sostener que el convencionalismo profundo no puede asumir que la mayoría puede estar equivocada respecto a cuáles son sus criterios comunes, nada en su posición impide esa posibilidad. Sobre este punto véase de nuevo Marmor (1996, 354-355). Cabe advertir que el convencionalismo profundo puede conducirnos a conclusiones inquietantes desde un punto de vista filosófico. Si la existencia de criterios compartidos es un hecho independiente del conocimiento de la existencia de estos criterios, damos pie a la posibilidad de que el significado acabe trascendiendo nuestras capacidades epistémicas, a pesar de estar vinculado a nuestros criterios comunes de uso. Con ello, volvemos a caer en el problema del desafío escéptico.

[71] Raz (1998, 264).

ran que el criterio para seleccionar entre diferentes criterios de uso reside en su carácter compartido. De esta suerte, sus discusiones sólo se centrarán en qué es lo que, de hecho, compartimos. Si ésta es la afirmación de Raz, nuestra práctica lingüística no es más que un ejercicio de coordinación. Pero el postulado anti-individualista no tiene por qué dirigirnos a aceptar esta última conclusión. A mi modo de ver, la tesis anti-individualista no ofrece ningún criterio para determinar cuándo hemos usado correctamente una palabra. Lo único que trata de resaltar es que nuestros juicios no se producen de forma aislada; esto es, que nuestros comportamientos lingüísticos no pueden separarse de las prácticas en las que participamos, ni explicarse con independencia de nuestro entorno y de lo que compartimos [72]. De ahí no se sigue que el anti-individualismo nos obligue a asumir que, dentro de nuestra práctica de uso, una asignación de significado es correcta cuando coincide con los criterios comunes. Pero quiero destacar otra razón para resistir a la idea de que prácticas lingüísticas como la constitucional son un mero ejercicio de coordinación. Como observa Ebbs, las adscripciones de significado a los términos reflejan las creencias sustantivas y los intereses de los usuarios. Por ello, «qué es lo que cuente para ellos como el uso correcto de un término es inseparable de sus creencias sustantivas» [73]. En el mismo sentido, Postema indica que el análisis conceptual no puede separarse del ejercicio de comprensión de las prácticas en cuyo seno los conceptos cobran vida [74]. De forma similar, Aarnio insiste en que considerar que la interpretación del significado de los términos es una actividad de mera indagación lingüística supone una mala comprensión del lenguaje. En su opinión, el análisis del lenguaje es el análisis de las cosas (*matters*) y, en definitiva, de nuestra forma de vida [75]. Atendiendo a estas reflexiones, sería razonable

[72] Por esta razón, Haker y Backer (1985, 234, 248) observan que el elemento anti-individualista de la semántica de Wittgenstein puede resumirse en la idea de que el acuerdo en las definiciones y en los juicios es una precondición para la existencia de nuestros juegos del lenguaje. Pero este acuerdo no está necesariamente incluido dentro de sus reglas internas ni determina cuándo hemos efectuado un movimiento correcto dentro del juego. Así, aunque lo que compartimos permite explicar por qué nos comportamos de una determinada forma, no justifica nuestro comportamiento lingüístico. Sobre el postulado anti-individualista y las tesis de Putnam y Burge, véanse Ebbs (1997, cap. 7 y 8), Stavropoulos (1996, 39, 147-155, 159-160). Sobre esta cuestión en general véanse, por ejemplo, Postema (1987, 287-289, 296-297, 315), Dworkin (1986, 135-139).

[73] Ebbs (1997, 253). Por esta razón, advierte que la actividad de asignar significado está completamente interconectada con nuestras actividades epistémicas. En una línea parecida y en relación con la noción de autoridad como CEC, Bayón observa que advertir la interdependencia de los planos conceptual y normativo puede ser una buena guía para enfrentarse a esta noción. Bayón (1991, 621).

[74] Postema (1987, 302-306).

[75] Aarnio (1987, 218; 1997, 101-102).

afirmar que el significado de las cláusulas constitucionales no puede ser desvinculado del valor que otorgamos a ciertos bienes sociales, del propósito asignado a la existencia de una constitución y de la relevancia de este juego del lenguaje para nuestras vidas. Y tenemos tanto diferentes formas de especificar cuál es el valor de nuestro ejercicio colectivo, como razones para no ser indiferentes ante los criterios de uso. Esto añade un elemento de controvertibilidad en la asignación de significado y una disponibilidad a discutir cuál es la mejor caracterización de las cláusulas constitucionales [76]. Por esta razón, la cuarta tesis podría ser la mejor opción para dar cuenta de los CEC.

Tesis 4. Esta última tesis asume que una asignación de significado es correcta cuando es el producto de la mejor teoría acerca del «concepto interpretativo». Esta posición puede ser reconducida a la teoría interpretativa de Dworkin, leída en términos semánticos [77]. Desde esta perspectiva, la pregunta por el significado es siempre interna a una práctica de uso [78]. Dentro de esta práctica, cuál sea el uso correcto del término «x» no puede independizarse de qué es para algo ser x. Y esta pregunta no es equivalente a la cuestión de qué es lo que comunmente se acepta cómo x. A pesar de ello, el significado del término «x» no trasciende nuestras creencias y capacidades epistémicas. En la línea interpretativa de Dworkin, cuando asignamos significado estamos desarrollando una concepción del concepto interpretativo. Este concepto es una idea general, abstracta e inarticulada acerca del propósito o valor de nuestro ejercicio colectivo [79]. Esta idea se expresa en proposiciones muy generales que todo participante debe poder considerar verdaderas para que sus juicios tengan sentido como interpretación de la práctica [80]. Así, para poner un ejemplo, si estamos caracterizando el concepto

[76] Por ello, la práctica constitucional contrasta con una práctica como la de identificación de colores. En esta última tendría sentido afirmar que aquellos sujetos que no identifican como verdes aquellos objetos que nosotros calificamos claramente como verdes están usando la palabra «verde» en un sentido diferente. El coste de no llegar a esta última conclusión sería pensar que los que discrepan poseen un esquema de visión diferente al nuestro. Lo que no nos parecería concebible es pensar que tienen el mismo esquema de visión, que utilizan la palabra «verde» en nuestro mismo sentido pero que, en realidad, estamos en desacuerdo sustantivo acerca del mejor modo de caracterizar el color verde. En definitiva, en esta práctica no cabe la posibilidad de concepciones alternativas. Una concepción del color verde que no sea la compartida, no es ninguna concepción. Véanse, Hurley (1989, 42, 45), Morawetz (1992, 10, 17).

[77] Sobre esta lectura semántica de la teoría de Dworkin, véanse, por ejemplo, Raz (1998, 254), Stavropoulos (1996, 129-139, 160-162), Bayón (1999, 3-4), Moreso (1997, 199-200). Una semántica parecida puede encontrarse en Hurley (1989; 1990), Ebbs (1997) y, si obviamos su exceso metafísico, también en Stavropoulos (1996).

[78] Véase Dworkin (1986, 13; 1996, 89-99), Ebbs (1997, 245-254), Hurley (1989, 51-53).

[79] Dworkin (1986, 70-76).

[80] Para Dworkin (1986, 135-139), el acuerdo necesario en este nivel es un acuerdo de convicción y no un consenso convencional. Así, todos deben poseer la convicción de que estas pro-

constitucional de honor, cualquier participante que no asuma que el honor está relacionado con el respeto a la imagen social de un individuo, no es en realidad un participante. Ahora bien, este juicio general no es todavía el significado del término «honor». El concepto interpretativo sólo es el marco a partir del que construimos nuestros argumentos acerca del significado de «honor», esto es, el objeto al que asignamos significado o el punto de unión de nuestra práctica de uso. Podríamos afirmar, en este punto, que el concepto interpretativo delimita el conjunto de razones que son inteligibles dentro de un contexto discursivo. Pero esta idea común es demasiado inarticulada para poder justificar, por sí misma, nuestras conclusiones interpretativas. Cualquier caracterización del concepto de honor requerirá desarrollar una teoría o concepción que establezca cuáles son las relaciones de prioridad entre los varios aspectos de esta noción compleja. Es en este punto donde las perspectivas de los participantes tienden a diferir porque cada uno puede adquirir una forma particular de entender, no ya qué es lo que otros piensan, sino qué es lo que la idea de honor requiere en cada caso concreto. En este contexto, los interlocutores están dispuestos a admitir el error, a argumentar y a ceder ante los mejores argumentos [81]. Ello es así porque la propia idea de participación en una práctica social nos exige poder distinguir entre aquello que la práctica requiere y nuestros deseos e intereses particulares. Interpretar esta práctica social es expresar una comprensión del propósito de nuestras actuaciones conjuntas en un ejercicio que tiene una historia y se proyecta hacia el futuro. En esto consiste, según Dworkin, tener una actitud interpretativa [82].

Ciertamente, si nuestras controversias son tan profundas que afectan al propio concepto interpretativo, perderemos el punto de unión de nuestra práctica de uso y, en consecuencia, desembocaremos en un desacuerdo conceptual y en la utilización de una misma palabra en diferentes sentidos. Pero insisto en que esta conclusión no deriva de considerar que el concepto interpretativo es el significado del término. Compartir este concepto sólo hace inteligibles nuestras discusiones acerca del significado. Si no coincidimos en el concepto interpretativo ni siquiera podremos afirmar que nuestros interlocutores han entendido mal el significado [83]; no sabremos qué es lo que están interpretando o a qué se refieren. En cambio, si nuestros desacuerdos

posiciones generales son verdaderas y no, meramente, tomarlas como verdaderas porque creen que el resto las considera verdaderas.

[81] Véase, a este respecto, la visión dialéctica del significado de Ebbs (1997, 250-254), en una lectura no metafísica de la teoría de Burge. También Dworkin (1983; 289-290, 1986, 78-86).

[82] Dworkin (1986, 46-48, 81).

[83] Véase Hurley (1989, 53).

residen en las concepciones del concepto, estaremos en disposición de indicar que alguien ha captado erróneamente el significado. En este sentido, hay un espacio entre el uso correcto y el no uso, o entre la participación y la incapacidad para participar [84].

Sin embargo, para una semántica interpretativa, la controversia en los casos paradigmáticos de aplicación corre diferente suerte que nuestros desacuerdos respecto al concepto interpretativo. En palabras de Dworkin, «los paradigmas sujetan las interpretaciones, pero ningún paradigma está a salvo de ser desafiado por una nueva interpretación que explique mejor otros paradigmas y deje a éste aislado como un error» [85]. El papel de los paradigmas, en el sentido de paradigmas fuertes, es básico dentro de la epistemología coherentista que subyace a una semántica interpretativa. Así, y dicho de forma muy esquemática, utilizamos lo que en un primer momento parecen ser paradigmas para extraer criterios tentativos de uso. Estos criterios provisionales son cotejados con otros posibles supuestos de aplicación, en un ejercicio holista en el que nuestras hipótesis iniciales pueden verse enriquecidas por la incorporación de nuevos supuestos de uso. Y, como la finalidad de este proceso es la maximización de la coherencia global, la mejor hipótesis o caracterización puede conducirnos a descartar alguno de los paradigmas originales [86].

Asumiendo la tesis 4, a pesar de que no podemos descartar todos los paradigmas sin estar inmersos en otra práctica de uso, podemos llegar a descartar cualquiera de ellos en particular, como es el caso del ejemplo que ofrece Dworkin de sacarse el sombrero ante la presencia de una mujer como paradigma de cortesía [87]. Pero también podemos discrepar en lo que atañe al carácter paradigmático de un supuesto de aplicación, aun cuando coincidamos en otros paradigmas. Pongamos una controversia acerca del concepto de honor. En los últimos años se ha discutido si el menosprecio a un grupo étnico o cultural puede afectar objetivamente al honor de sus miembros. En este contexto han surgido posiciones claramente enfrentadas. Unos consideran que éste es un caso claro de conculcación del honor individual; otros, en cambio, lo consideran un caso de penumbra o un caso excluido de

[84] Hurley (1989, 36-37, 43, 49, 51).

[85] Dworkin (1986, 72).

[86] Sobre este proceso holista véase la magnífica explicación de Bayón (1999, 23-24), la caracterización de Hurley (1990, 222-226) de los cinco pasos en los que se desarrolla la dinámica deliberativa, y, en general, la idea del equilibrio reflexivo de Rawls (1971, 14-21, 43-53 y 578-582). También Dworkin (1983, 293-295; 1986, 65-68, 235-236; 1996, 119), Swanton (1985, 824-827). Adviértase que la posición de Bayón puede ser presentada en términos de una semántica interpretativa, siempre y cuando leamos su postulado anti-individualista en el sentido que he observado en el apartado anterior.

[87] Dworkin (1986, 68-73).

este concepto. Para una semántica interpretativa, éste es un desacuerdo sustantivo porque manifiesta caracterizaciones rivales de la noción de honor. Cada posición atribuye un peso distinto a la importancia del elemento étnico o cultural en la configuración de la identidad individual. Cuál sea la respuesta correcta para este caso dependerá de cuáles sean los mejores argumentos, de cuál sea la opción que mejor relacione las razones en juego.

Esta cuarta tesis tiene importantes ventajas. Por una parte, flexibiliza nuestras prácticas lingüísticas y permite admitir la disidencia sin presuponer un desconocimiento del lenguaje. Por otra parte, puede apoyar la determinación semántica en el terreno de la controversia. En nuestros desacuerdos en torno a los CEC, no compartimos todos los paradigmas ni tampoco nuestras concepciones. Pero si coincidimos en el concepto interpretativo podremos asumir que unas respuestas serán más correctas que otras porque tendremos un objeto de discusión. Ciertamente, esto no implica que no haya un contexto para la indeterminación semántica. En algunas ocasiones deberemos reconocer que estamos ante un desacuerdo conceptual, ya sea porque no se coincide en la idea más abstracta, o porque se desafían demasiados paradigmas. Sin embargo, cuánto desacuerdo pueda soportar nuestra práctica es algo que sólo puede ser percibido a través de nuestra discusión interna.

4. CONCLUSIÓN

Si admitimos que es característico del lenguaje de nuestra Constitución la presencia de CEC, podríamos concluir que las cláusulas constitucionales que los contienen están indeterminadas. De esta suerte, asumiríamos que las decisiones del Tribunal Constitucional en la dilucidación de estos conceptos no son genuinas interpretaciones, sino expresiones de sus convicciones particulares. Esto resulta preocupante porque es difícil justificar que, dentro de un sistema democrático, una élite que carece de legitimación democrática directa pueda imponer su voluntad a la mayoría en cuestiones tan básicas como las constitucionales.

Pero esta preocupación tiene como presupuesto una asociación muy estricta entre los CEC y la indeterminación semántica. Creo que podemos ser más optimistas si rechazamos esta asociación tan estricta, pero ello exige abandonar la semántica de los criterios compartidos para dar cuenta de los CEC. La alternativa por la que yo me inclino consiste en adoptar una teoría interpretativa para este ámbito. Si bien esta semántica no puede garantizar que siempre habrá una respuesta correcta en la interpretación de estas cláusulas constitucionales, nos permite rechazar que cualquier contexto de desacuerdo sea necesariamente un contexto de confusión radical e indeterminación. Ello alivia en parte la objeción democrática ante la justicia consti-

tucional porque traslada el problema de la imposición de valores subjetivos a aquellos ámbitos en los que no cabe articular un argumento constitucional justificado.

Esta perspectiva puede ser criticable pero creo que contiene mucho sentido común. El Tribunal Constitucional siempre tiene la última palabra pero no necesariamente la interpretación correcta. Esta interpretación correcta la debemos buscar en los argumentos, en el mérito de las razones que aportan los participantes competentes de la práctica. De este modo, es preciso exigir al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, que ofrezca los mejores argumentos antes de objetar que nos imponga su voluntad. En palabras de Dworkin:

> «la comunidad jurídica debe evaluar a los jueces con criterios intelectuales. Insistiremos en que elaboren los mejores argumentos que les sea posible, y luego nos preguntaremos si sus argumentos son lo suficientemente buenos. Por supuesto, no hay fórmula que garantice que los jueces no serán influidos por los malos argumentos (...). Todo lo que podemos hacer ante esas malas decisiones es señalar cómo y dónde los argumentos eran malos o las convicciones inaceptables» [88].

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., (1987), *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht.

Aarnio, A., (1997), *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Ashgate, Dartmouth.

Baker, G., y Hacker, P. (1985), *Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity*, Blackwell, Oxford.

Bayón, J. C. (1991), *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bayón, J. C. (1999), «Law, Conventionalism, and Controversy», (manuscrito no publicado).

Bix, B. (1993), *Law, Language, and Legal Determinacy*, Clarendon Press, Oxford.

Bork, R. (1990), *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, The Free Press, New York.

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

Dworkin, R. (1983), «My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels: Please Don't Talk About Objectivity Any More», en *The Politics of Interpretation*, The University of Chicago Press, Chicago.

Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, Fontana Press, Londres.

Dworkin, R. (1994), *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, (trad. Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres).

[88] Dworkin (1994, 191-192).

Dworkin, R. (1996), «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy and Public Affairs*, v. 25. n. 2, pp. 87-139.

Ebbs, G. (1997), *Rule-Following and Realism*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).

Ely, J. (1980), *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, (Massachusetts).

Endicott, T. (1998), «Herbert Hart and the Semantic Sting», *Legal Theory*, v. 4, n. 3, 283-300.

Ferreres, V. (1997), *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Freeman, S. (1992), «Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution», *Philosophy and Public Affairs*, v. 21, n. 1, pp. 3-42.

Gallie, W. B. (1956), «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56, pp. 167-198.

Gray, J. (1978), «On Liberty, Liberalism, and Essential Contestability», *British Journal of Political Science*, 8, pp. 385-402.

Hampshire, S. (1989), *Innocence and Experience*, Oxford University Press, Oxford.

Hare, R. M. (1952) *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford.

Hare, R. M. (1981), *Moral Thinking*, Clarendon Press, Oxford.

Hurley, S. (1989), *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford.

Hurley, S. (1990), «Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent», *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, pp. 221-251.

Kelsen, H. (1988), «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», en Ruiz Manero, J., (ed.) *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, pp. 109-155.

Kelsen, H. (1995), *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid.

Kripke, S. (1982), *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Basil Blackwell, Oxford.

Lora, P. De (1998), *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Lukes, S. (1974), *Power: A Radical View*, Macmillan, Londres.

Marmor, A. (1992), *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.

Marmor, A. (1996), «On Convention», *Synthese*, v. 107, pp. 533-552.

Morawetz, T. (1992), «The Epistemology of Judging: Wittgenstein and Deliberative Practices», en Patterson, D. (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*, Westview Press, Oxford, pp. 3-27.

Moreso, J. J. (1997), *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Prieto Sanchís, L. (1987), *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid.

Postema, G. (1987), «'Protestant' Interpretation and Social Practices», *Law & Philosophy*, v. 6, pp. 283-319.

Raz, J. (1998), «Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison», *Legal Theory*, v. 4, n. 3, pp. 249-282.

Redondo, C. (1997), «Teorías del Derecho e indeterminación semántica», *DOXA*, v. 20, pp. 177-196.

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

Searle, J. (1995), *The Construction of Social Reality*, The Free Press, Nueva York.

Stavropoulos, N. (1996) *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford.

Swanton, Ch. (1985), «On the "Essential Contestedness" of Political Concepts», *Ethics*, n.95, pp. 811-827.

Torbisco Casals, N. (2000), *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*. Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra.

Waldron, J. (1994), «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», *California Law Review*, v. 82, n. 3, pp. 509-540.

Wittgenstein, L. (1953), *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, Oxford, (trad. G. Anscombe).

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

José Juan Moreso
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

I

Juan Ruiz Manero, moderador de esta mesa redonda, nos ha planteado una serie de cuestiones relevantes para una adecuada teoría de la interpretación constitucional. No voy a contestar a todas ellas en esta intervención, aunque debo decir de buen comienzo que el buen tino de Juan en la selección de las cuestiones permite conjeturar que la respuesta a la mayoría de ellas es afirmativa. En realidad, se trata de preguntas retóricas y, seguramente, lo que Juan pretende es que expongamos algunas de nuestras razones en favor de las tesis que él indirectamente presenta. En esta intervención, trataré de mostrar algunas de las peculiaridades de la interpretación constitucional, producidas precisamente por la presencia en nuestros textos constitucionales de conceptos esencialmente controvertidos de determinado tipo. A continuación, me detendré en explicar las dificultades de aplicación de este tipo de textos constitucionales a los casos individuales. En la exposición de estos problemas, desarrollaré una réplica a dos de los argumentos que, surgidos de las filas del positivismo jurídico, pueden argüirse contra las ideas que sostendré, se trata del *argumento de la controversia* y del *argumento de la autoridad*. Deseo señalar de antemano que mis ideas serán presentadas en esta intervención de una forma más bien esquemática y, tal vez, algo especulativa, pero espero que sirvan para el coloquio posterior.

II

Será útil, creo, para la explicación de algunas de las peculiaridades de la interpretación constitucional, distinguir entre *enunciados jurídicos puros* y *enunciados jurídicos aplicativos o subsuntivos*. Llamaré *enunciado jurídico* no a un enunciado del Derecho, sino a un enunciado acerca del Derecho, a enunciados que comienzan con expresiones como («Según el Derecho,...;

o «Jurídicamente,...»). Los enunciados jurídicos puros son aquellos cuya verdad depende únicamente de la existencia de determinadas disposiciones jurídicas. Así, es un enunciado jurídico puro aquel que afirma que según el artículo 12 de la Constitución española los españoles son mayores de edad a los dieciocho años. La verdad de los enunciados jurídicos subsuntivos depende, en cambio, de la existencia de determinadas disposiciones jurídicas y de la verdad de determinadas oraciones fácticas. Así, es un enunciado jurídico subsuntivo aquel que afirma que según el art. 12 de la C.E. Elena es mayor de edad. La verdad de este enunciado jurídico, depende de la existencia de una disposición en la Constitución española con el contenido que conocemos y de la verdad de la oración según la cual Elena es mayor de dieciocho años.[1] El caso anterior de enunciado subsuntivo es uno de los que involucra un supuesto de subsunción individual. Sin embargo, en la interpretación constitucional estamos, a menudo, interesados en casos de lo que puede denominarse subsunción *genérica*, es decir, si un predicado determinado (por ej., «ser mayor de treinta años») está incluido o no en otro predicado (por ej.: «ser mayor de dieciocho años»).[2] La subsunción individual y la subsunción genérica plantean los mismos problemas. Lo que permite conjeturar una explicación de una de las diferencias a menudo señaladas entre la aplicación de la Constitución y la aplicación de la legislación ordinaria; aquella según la cual en el primer caso, a menudo se enjuician normas y, en el segundo, a menudo se enjuician hechos. Aparte de que esto no siempre es así (por ej., los jueces y Tribunales ejercen el control de legalidad de los reglamentos y, por lo tanto, en dichos casos enjuician normas), la diferencia entre ambos casos puede verse a la luz de la distinción entre subsunción genérica y subsunción individual.

Los enunciados jurídicos referidos a la Constitución, llamémosles *enunciados constitucionales*, que plantean problemas no son los enunciados puros como:

---

[1] J. Raz ha distinguido entre *pure legal statements* y *applicative* (o, también, *applied*) *legal statements* en Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 1970, 1980², pp. 49-50 y 218 y *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 62. R. Hernández Marín llamó a estos enunciados *enunciados consecutivos* (Rafael Hernández Marín, *Teoría general del Derecho y de la Ciencia jurídica*, Barcelona: P.P.U., 1989), en su reciente obra *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho,* Madrid: Marcial Pons, 1999, los llama *enunciados subsuntivos*. Vd. también José Juan Moreso*, La Indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 76-77.

[2] Para la distinción entre subsunción genérica y subsunción individual puede verse Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico» en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 308-9.

(1) Según el art. 15 CE, nadie podrá ser sometido a pena o trato inhumano o degradante;

Sino los enunciados subsuntivos como:

(2) Según el art. 15 de la CE, no puede privarse a los reclusos del acceso a las comunicaciones íntimas.

La verdad de (2) depende no sólo de la existencia en el Derecho español de un art. como el 15 de la CE, sino también de la verdad de una oración como

(3) El hecho de privar a los reclusos del acceso a las comunicaciones íntimas es un trato inhumano y degradante.

Ocurre, sin embargo, que (3) contiene un predicado como «trato inhumano o degradante». Tal predicado es un predicado *moral*, en el sentido de que expresa un *concepto moral*. Muchas disposiciones de la CE contienen predicados morales. La cuestión entonces es la siguiente: ¿son aptas para la verdad las oraciones como (3)? Puesto que si no lo son, entonces algunos de los enunciados subsuntivos constitucionales tampoco lo serán.

Esta conclusión no es, para algunos autores, nada sorprendente. Así, para Riccardo Guastini ningún enunciado jurídico subsuntivo es apto para la verdad.[3] Esto conlleva un especial tipo de escepticismo interpretativo que no deseo discutir aquí.

Otros autores, sin embargo, desean distinguir aquellos casos en que la verdad de los enunciados jurídicos subsuntivos depende de oraciones fácticas, de aquellos otros cuya verdad depende de determinadas remisiones a la moralidad. En este segundo supuesto, y dada la amplia discrepancia que existe para determinar el contenido de dichas remisiones, opinan que no es posible atribuir verdad o falsedad a dichas oraciones. Por esta razón, la aplicación de las disposiciones constitucionales que remiten a la moralidad está indeterminada. En dichos casos, los jueces disponen de *discrecionalidad*. Es más, consideran que una posición que acomode estas remisiones a la moralidad socava las tesis iuspositivistas de las fuentes sociales del Derecho y de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Las siguientes palabras de J. Coleman expresan bien esta posición (que Coleman no comparte):[4]

> Los iuspositivistas están comprometidos con la regla de reconocimiento como una regla social. Una regla social está constituida por la conducta convergente aceptada desde el punto de vista interno. Los principios morales que constituyen las fuentes jurídicas obligatorias son inherentemente controvertidos. El

[3] Vd. por ejemplo «Due esercizi di non-cognitivismo» en *Analisi e Diritto 1999*, 277-280.

[4] Jules L. Coleman, «Second Thoughts and Other First Impressions» en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 262.

desacuerdo produce conducta divergente más bien que convergente. Esto es, el desacuerdo o la controversia invariablemente afecta a los principios morales jurídicamente obligatorios socava la tesis de la regla social. El contenido de tal regla viene dado por un argumento sustantivo, controvertido, no por la práctica social convergente.

Este es el argumento que deseo discutir en primer lugar y que voy a denominar *argumento de la controversia*.

III

El argumento de la controversia tiene que ver, fundamentalmente, con la cuestión de en qué medida es posible ofrecer respuestas *objetivas* a cuestiones como la de si determinado trato es o no degradante.[5] Habitualmente el problema de la objetividad en materia moral se ha asociado con el problema del realismo moral, esto es, el de si hay hechos o propiedades morales independientes de nosotros (*ahí fuera*, podríamos decir) capaces de hacer verdaderos nuestros juicios morales. Se ha pensado, creo, que una respuesta negativa a esta cuestión implicaba una respuesta no cognoscitivista en materia moral, es decir, que los juicios morales no son aptos para la verdad. Y que ello comporta que no hay lugar para la objetividad en materia moral, esto es, que no hay lugar para el acuerdo racional en materias morales. Esta era, por ejemplo, la posición del emotivismo moral surgido en el ámbito del positivismo lógico.[6] Creo que hay varios pasos no justificados en dicho razonamiento. Ni el antirrealismo moral implica el no-cognoscitivismo, ni ninguno de ambos implica el rechazo del objetivismo en materia moral. Aunque, parece bastante claro que la asunción del realismo moral conlleva el cognoscitivismo y el objetivismo en materia ética.

Es posible rechazar el realismo moral, negando la existencia de propiedades morales en el mundo. De esta manera, si los juicios morales fueran descriptivos de estas propiedades morales valdría acerca de ellos una *error theory*, como la de John Mackie:[7] así comprendidos todos los juicios mora-

[5] En este punto seguiré las ideas de Bernard Williams, tal y como aparecen en el cap. 8 de *Ethics and the Limits of Philosophy,* London: Fontana Press, 1985; «Ethics» en A. C. Grayling (ed.), *Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 546-582 y «Truth en Ethics», *Ratio* 8 (1985): 227-242.

[6] Así por ejemplo en A. J. Ayer, *Language, Truth, and Logic*, London: Victor Gollancz, 1936. Dicha tesis dependía de la asunción irrestricta del principio de verificación. Como afirma Georg Henrik von Wright (*Norm and Action*, London: Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 104 nota 1): «Todavía no hace mucho tiempo se mantenía seriamente en algunos círculos filosóficos que las formulaciones normativas carecen de significado porque no son susceptibles de verdad o falsedad. Esto ilustra el poder de los dogmas filosóficos – en este caso de la denominada teoría verificacionista del significado- para pervertir el uso del lenguaje filosófico».

[7] Vd. *Ethics. Inventing Right and Wrong*, London: Penguin, 1977.

les son falsos. Parece plausible pensar que los hechos morales no tienen poder explicativo independiente,[8] no integran lo que Bernard Williams ha denominado la «concepción absoluta del mundo».[9] Ahora bien, el rechazo del realismo no conlleva la asunción del no-cognoscitivismo. Tampoco los colores integran la concepción absoluta del mundo y, en cambio, los enunciados acerca de los colores son aptos para la verdad. De manera que hay un espacio conceptual para el antirrealismo cognoscitivista.[10] Y todavía es posible sostener que la analogía entre cualidades secundarias como los colores y las propiedades morales anda desencaminada y no rechazar el objetivismo en materia moral. Es posible sostener que los juicios morales son reducibles a prescripciones y dejar un amplio espacio para la objetividad, entendida como acuerdo racional, en moral. Un caso obvio es el de la teoría kantiana.[11] Para Kant, los juicios morales más básicos son prescripciones y el principio fundamental de la moralidad es literalmente un imperativo. Más recientemente, R.M. Hare ha defendido una posición prescriptivista compatible con el objetivismo moral.[12]

Con este paréntesis metaético trato de mostrar que la objetividad moral es compatible con un amplio abanico de posiciones filosóficas sustantivas y que, por lo tanto, la posibilidad de objetividad en materias morales, de acuerdos racionales, socava el argumento de la controversia. Ahora bien, necesitamos un argumento ulterior para mostrar que es posible predicar verdad y falsedad de oraciones como

(3) El hecho de privar a los reclusos del acceso a las comunicaciones íntimas es un trato inhumano y degradante.

Pues bien, incluso para un enfoque no-cognoscitivista de los juicios morales, es posible mostrar como oraciones como (3) son aptas para la verdad. El enfoque no-cognoscitivista suele tener como referencia juicios morales que usan lo que se han denominado conceptos morales ligeros (*thin moral concepts*) que, tal vez, poseen sólo una dimensión prescriptiva, como «bueno», «correcto» o «deber». Pero el discurso moral, contiene también con-

---

[8] Vd. Gilbert Harman, *The Nature of Morality*, Oxford: Oxford University Press, 1977, cap. 1.

[9] Bernard Williams, *Ethics and Limits of Philosophy,* supra nota 5, pp. 138-140.

[10] Vd., por ejemplo, John McDowell, «Values and Secondary Qualities» en Ted Honderich (ed.), *Morality and Objectivity,* London: Routledge & Kegan Paul, 1985, pp. 110-129.

[11] Vd. Bernard Williams, «Ethics», supra nota 5, p. 558.

[12] Vd., por ejemplo, R. M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press, 1952 y, más recientemente, *Sorting Out Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 1997. Otras posiciones cercanas al emotivismo moral, pero compatibles con el objetivismo son, por ejemplo, Allan Gibbard, *Wise Coices, Apt Feelings,* Oxford: Oxford University Press y Simon Blackburn, *Ruling Passions*, Oxford: Oxford University Press, 1998.

ceptos morales densos (*thick moral concepts*), tales como «honesto», «cobarde», o «trato degradante».[13] Parece difícil negar que pueda haber conocimiento acerca de los conceptos morales densos. Poseemos dichos conceptos y sabemos a menudo a lo que nos referimos cuando los usamos. Una explicación de la aptitud para la verdad de los juicios morales que contienen conceptos densos, en la línea del prescriptivismo hareano, es la que separa claramente dos dimensiones, la descriptiva y la prescriptiva, de ambos conceptos. Su contenido descriptivo tiene condiciones de verdad y lleva aparejada la dimensión prescriptiva. Su contenido descriptivo hace que el concepto sea guiado por el mundo, su dimensión prescriptiva lo hace capaz de guiar la acción, de ofrecer razones para la acción. Otros autores, como el mismo Bernard Williams, se inclinan por pensar que la dimensión evaluativa no puede ser netamente separada del contenido descriptivo del concepto, tal vez, porque piensan que lo evaluativo no puede reducirse totalmente a lo prescriptivo, que evaluar no es únicamente una función de desear y, seguramente, porque desean rechazar lo que se ha denominado *centralismo* en moral, que presupone que los conceptos morales ligeros son los más básicos (como Hare), mientras afirman que las conclusiones que usan conceptos morales ligeros sobrevienen a las que usan conceptos morales densos.[14]

Afortunadamente no es preciso pronunciarse sobre esta delicada cuestión para aceptar que las oraciones que predican conceptos morales densos de determinados comportamientos son aptas para la verdad. Los miembros de la comunidad donde está vigente la Constitución española poseemos el concepto de trato degradante y somos capaces de aplicarlo con verdad a algunos casos. De esta manera, nuestros enunciados constitucionales subsuntivos son aptos para la verdad.

Podría argüirse que el uso de oraciones que contienen conceptos densos por parte de los intérpretes y, también, de los órganos de aplicación del Derecho (como los Tribunales Constitucionales) es un uso *entrecomillado*, un uso que se refiere a lo que en la moral social española se conoce como trato degradante, un uso desprovisto de dimensiones evaluativas.[15] La suerte de este argumento depende de la posibilidad de separar netamente la dimensión descriptiva de la dimensión prescriptiva de los conceptos morales densos. Pero aún si esa posibilidad queda en pie, el intérprete o el aplicador precisan *moldear* el concepto, ponerlo en relación con otros conceptos e, ine-

[13] Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, supra nota 5, cap. 8.

[14] Vd. Susan Hurley, *Natural Reasons,* Oxford: Oxford University Press, 1990, cap. 2.

[15] Vd. Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», supra nota 2, pp. 315-316.

vitablemente, para moldear conceptos morales es preciso disponer de un trasfondo moral sobre el cual trabajar.

IV

En el apartado anterior he tratado de mostrar que la presencia de predicados morales en los textos constitucionales no veda la posibilidad del conocimiento neutral de aquello que nuestras Constituciones exigen. Esta conclusión nos autoriza a concluir que la aplicación de las disposiciones constitucionales que contienen predicados morales no es *siempre* discrecional. Hay casos claros de aplicación del concepto tratos degradantes. Es más, un concepto sin casos claros de aplicación no sería ni siquiera un concepto. Es obvio, sin embargo, que los conceptos morales densos son *conceptos esencialmente controvertidos*.[16] Podemos decir que un concepto es esencialmente controvertido si y sólo si: 1) es valorativo, en el sentido de que atribuye a los casos de aplicación del concepto la posesión de algo valioso o disvalioso, 2) la estructura del concepto es internamente compleja de manera que permite criterios distintos que reconstruyen su significado y que compiten entre ellos y 3) reales o hipotéticos, hay algunos casos que son paradigmas de la aplicación del concepto. Por esta razón, puede haber incertidumbre en la aplicación de un concepto moral denso a un caso individual, diversas *concepciones* de un mismo *concepto* producirán soluciones distintas.[17] De esta manera, habrá *casos difíciles* constitucionales, en los cuales el Derecho queda indeterminado y la discreción judicial es inerradicable. Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que, en el ámbito penitenciario, no son tratos inhumanos o degradantes ni la reclusión en celda aislada por catorce días, prevista por el anterior Reglamento penitenciario (STC 2/1987, de 21 de enero), ni la privación de televisor en la celda al interno clasificado en primer grado (STC 119/1996, de 8 de julio), ni la privación de comunicaciones íntimas a los internos clasificados en primer grado (STC 89/1987, de 3 de junio). Otras concepciones del concepto de trato degradante podrían haber conducido a otras soluciones. Tal vez, estos son casos difíciles.

Es oportuno, sin embargo, recordar aquí un argumento que Joseph Raz, el mayor defensor del denominado *positivismo jurídico exclusivo*, según el cual la identificación del contenido del Derecho nunca puede depender de

[16] El *locus classicus* es W. B. Gallie, «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of Aristotelian Society*, 56 (1955-6): 167-198.

[17] Vd. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, pp. 70-73.

la apelación a criterios de moralidad, sino únicamente a hechos sociales, usa contra el llamado *positivismo jurídico inclusivo*, la posición según la cual la identificación del Derecho aplicable por los jueces presupone a veces –cuando las fuentes sociales del Derecho remiten a la moralidad- el uso de pautas morales. Raz sostiene:[18]

> Los defensores de tal concepción del derecho [se refiere a los defensores del positivismo inclusivo] han de suminisitrarnos un criterio adecuado para separar las referencias legales a la moralidad, que hacen de su aplicación un caso de aplicación de reglas jurídicas preexistentes de los casos de *discreción* judicial en los que el juez, al apelar a la consideración moral, está cambiando el Derecho. No conozco ningún intento serio de suministrar tal criterio.

Ahora bien, al menos para los casos de aplicación de conceptos controvertidos que remiten a la moralidad, el criterio que los positivistas inclusivos podrían usar es el siguiente: dado que dichos conceptos tienen un indiscutible componente descriptivo y que permiten identificar paradigmas, entonces en los casos paradigmáticos, y en los suficientemente cercanos a ellos, los jueces aplican pautas preexistentes y no cambian el Derecho; en los casos en que diversas concepciones compiten y resuelven el caso de forma incompatible, los jueces tienen discreción.

V

Algunas veces, la tesis de que el positivismo jurídico es compatible con el hecho de que la identificación del contenido del Derecho dependa, contingentemente, de determinadas pautas morales, se conoce como *incorporacionismo*.[19] Este término puede inducir a confusión, al sugerir que las remisiones del Derecho a la moralidad convierten las pautas morales en parte del Derecho. No hay razones para adoptar este punto de vista. Al menos, no más razones de las que habría para suponer que cuando una disposición jurídica prohibe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal. Ahora bien, como los autores que defienden esta posición se han encargado de mostrar, es posible distinguir entre la validez

[18] Joseph Raz, «Legal Positivism and the Sources of Law» en *The Authority of Law,* Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 47 nota 8. Vd. también Eleni Mitrophanous, «Soft Positivism», *Oxford Journal of Legal Studies* 17 (1997): 621-642, en p. 642.

[19] Sobre todo en la obra de Jules L. Coleman, así en «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11 (1982):139-162; «Authority and Reason», en R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1996, pp. 287-320; «Incorporatinism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4 (1998): 381-426; «Second Thoughts and Other First Impressions», supra nota 4.

de las normas entendida como *pertenencia* a un sistema jurídico determinado, y la validez de las normas entendida como *aplicabilidad*, es decir, como la obligación jurídica de los jueces de usar determinadas normas para justificar sus decisiones.[20] Cuando el Derecho usa conceptos morales densos o remite a determinadas pautas de moralidad, no convierte con ello en parte del Derecho las normas morales, sino que dichas pautas devienen jurídicamente aplicables para los órganos de aplicación.

VI

Sin embargo, el argumento más importante en contra del positivismo jurídico inclusivo es uno que podemos denominar el *argumento de la autoridad*, y que surge de la concepción de la autoridad de Joseph Raz y de su relación con las tesis centrales del positivismo jurídico tal y como Raz las comprende.[21] De hecho, Raz no comparte el argumento de la controversia, puesto que afirma:[22]

> Que la existencia y el contenido del Derecho es una materia de hecho social que puede ser establecida sin apelar a la argumentación moral ni presupone ni implica la proposición falsa según la cual todas las cuestiones fácticas son no controvertidas, ni la concepción igualmente falsa de que todas las proposiciones morales son controvertidas.

El argumento de Raz es complejo y ha sido ampliamente revisado y discutido. Mi pretensión es sólo presentarlo en una forma muy, quizás demasiado, esquemática y prestar atención a alguno de los pasos del argumento.

Una doctrina filosófica acerca del derecho tiene que servirnos para comprender los rasgos más relevantes de la naturaleza de esta institución social. Una característica distintiva del derecho respecto a otros órdenes coactivos,

---

[20] Para la distinción, vd. Eugenio Bulygin, «Tiempo y validez» en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, supra nota 2, 195-214; José Juan Moreso, Pablo Navarro, «Applicabilità ed Efficacia delle norme giuridiche» en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e Dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli, 1996, 15-36. Con referencia a la remisión a pautas de moralidad, W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 157 (el mejor libro, a mi juicio, sobre esta discusión en el seno del positivismo jurídico); José Juan Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, supra nota 1, 157-8, Jules L. Coleman, «Second Thoughts and Other Personal Impressions», supra nota 4, p. 263 nota 22 y Scott J. Shapiro, «On Hart's Way Out» en *Legal Theory*, 4 (1998): 469-508, en p.506.

[21] Vd., por ejemplo, Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, especialmente cap.2 y «Authority, Law, and Morality» en *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press, 1994, 194-221.

[22] «Authority, Law, and Morality», supra en nota 21, p. 218. Y, por otra parte, una distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad, puede hallarse en Joseph Raz, «The Identity of Legal Systems» en *The Authority of Law*, supra en nota 1, 78-102.

e.g. una banda de gángsters, es la pretensión de autoridad. Las autoridades jurídicas sostienen que sus normas son legítimas, es decir, que ellas pueden imponer obligaciones a los miembros del grupo social. Esto, por supuesto, no garantiza que las autoridades jurídicas sean realmente autoridades legítimas ya que eso depende de pautas morales independientes de las normas jurídicas. Sin embargo, un dato crucial para diferenciar a un asaltante de una autoridad, e.g. un inspector fiscal, son las razones que invocan para respaldar sus exigencias. Atribuir autoridad a un individuo es reconocer su capacidad para vincularnos mediante normas. Por consiguiente, una doctrina filosófica tiene que explicar en qué consiste y bajo qué condiciones es posible que el derecho tenga autoridad.

Según Raz, un enfoque positivista del derecho es la única propuesta apta para dar cuenta del fenómeno de la autoridad del derecho. La estructura central de su argumento es la siguiente.

Las autoridades normativas son autoridades prácticas, es decir, sus normas modifican nuestras razones para actuar. Por ejemplo, nosotros no reconocemos ninguna autoridad a un loco para determinar qué porcentaje de nuestros ingresos deben ser destinados a sufragar los gastos del Estado. Así, aún si el loco declara a viva voz que estamos obligados a tributar un veinte por ciento de nuestras ganancias, su exclamación no genera ninguna razón para hacer aquello que nos exigen. Supongamos, en cambio, que la misma expresión es utilizada por el parlamento. Reconocer que este órgano tiene autoridad significa aceptar que debemos destinar el veinte por ciento de nuestros ingresos a sufragar los gastos del estado.

Las normas válidas son *razones excluyentes*. Ellas desplazan nuestras razones ordinarias del balance de razones. Aceptar una norma significa que admitimos que debemos comportarnos de una cierta manera, incluso cuando este comportamiento vaya en contra de nuestros intereses. En su función normativa, las autoridades ordenan (y no recomiendan o aconsejan) un determinado comportamiento.

Normalmente, las autoridades intentan resolver problemas y conflictos sociales mediante sus normas. La justificación de sus normas se vincula directamente con las razones ordinarias que los individuos tienen para comportarse de una cierta manera. Las directivas de una autoridad se justifican normalmente en las razones que existen para decidir los conflictos de una determinada manera.

De esta manera, Raz denomina a su doctrina «la concepción de la autoridad como servicio». Su rasgo principal es que las autoridades son legítimas sólo si sus directivas nos permiten actuar de conformidad con las razones que deben guiar nuestras acciones de un modo mejor o más acertado que el que podríamos conseguir sin ellas. La autoridad nos presta un servi-

cio al aplicar en fórmulas canónicas (normas) aquellas razones subyacentes que deberían integrar el balance de razones para nuestra acción. Este rasgo es denominado *la tesis de la dependencia*. La concepción de la autoridad como servicio también pone de manifiesto un requisito necesario para superar la objeción de la irrelevancia de las autoridades. La autoridad *sirve* en la medida en que cumplimos mejor con las razones subyacentes cuando nos guiamos por sus directivas antes que por nuestra propia deliberación sobre las razones aplicables en un determinado caso. Este rasgo se denomina *tesis de la justificación normal*. Por consiguiente, reconocer autoridad a un órgano, e.g. el parlamento, implica considerar sus normas como razones para desplazar nuestro juicio o balance de razones sobre una cierta acción. Las normas de la autoridad no son una razón más en nuestra deliberación, sino que su función es precisamente reemplazar a esta deliberación. Por ello, este rasgo se denomina *tesis del reemplazo*.

Un individuo puede ser una autoridad sólo cuando se dan las circunstancias necesarias para tener autoridad. Una de estas condiciones es la posibilidad de comunicar sus decisiones (normas/directivas). Estas decisiones reflejan, cuando la autoridad es legítima, las razones subyacentes para actuar en una determinada situación. Esto implica que las normas de la autoridad, i.e. aquello que ese órgano ha decidido, tiene que ser identificadas sin recurrir al mismo balance de razones que las normas pretenden reemplazar. Se sigue de ello que sólo una teoría del derecho que sostenga que el derecho puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales sobre las razones subyacentes para actuar puede dar cuenta del fenómeno de la autoridad del derecho. Abandonar la tesis de las fuentes sociales implica – según Raz – dejar sin posibilidad de análisis un rasgo crucial del derecho y de su relevancia práctica, i.e. su autoridad. Por ello, la opción entre positivismo y antipositivismo se resuelve a favor del primer enfoque ya que este es el único capaz de explicar la naturaleza del derecho.

Vale la pena recordar que Raz suele iniciar su explicación del argumento de la autoridad apelando al ejemplo de dos personas que confian a un árbitro la resolución de una disputa.[23] Es bastante convincente contemplar la decisión del árbitro como una instancia que se adecua convenientemente a las tres tesis de la autoridad: en particular, la decisión del árbitro es una razón para la acción que resulta de la deliberación entre las razones subyacentes previas y, por otra parte, esta decisión desplaza las razones previamente existentes. Es también obvio, que la decisión del árbitro no puede apelar a las razones subyacentes, una decisión que dijera algo como: «A de-

[23] Vd., por ejemplo, «Authority, Law, and Morality», supra en nota 21, pp. 196-7.

be pagar a B X ptas, si B obró de buena fe», no sería una decisión, puesto que haría falta resolver una de las cuestiones subyacentes en litigio: la buena o mala fe de B. También parece que este argumento da cuenta en el Derecho de las decisiones judiciales y, por lo tanto, de la autoridad de los órganos de aplicación, de hecho la doctrina de la *cosa juzgada* puede entenderse con arreglo al argumento de Raz. Sin embargo, ¿puede comprenderse de esta manera la autoridad de los órganos legislativos? ¿Son las normas emitidas por los órganos legislativos totalmente opacas a las razones subyacentes?[24] Creo que no. Y no sólo porque nuestros textos constitucionales usan conceptos morales apelando así directamente a las razones subyacentes para resolver los casos, sino también porque en el Derecho de la modernidad la presencia de elementos morales en la legislación que remiten a las razones subyacentes es muy clara. Las causas de justificación en el Derecho penal, los vicios del consentimiento en el Derecho civil, etc., representan necesariamente la apelación a pautas morales.[25] ¿O es que para aplicar en un caso de delito el estado de necesidad, o para anular un contrato por error, puede hacerse sin apelar a las razones subyacentes? En este sentido, nuestros textos constitucionales solamente agudizan una tendencia que está presente en todo el Derecho contemporáneo. Raz ha prestado atención a esta objeción, pero sostiene –por razones que no son del todo claras para mí- que algunas autoridades legislativas se asemejan en todos los aspectos relevantes al caso del árbitro y que por lo tanto sus normas están revestidas de autoridad en el mismo sentido que las de éste.[26]

En mi opinión, sin embargo, sólo las decisiones judiciales son totalmente opacas a las razones subyacentes. Tal vez una forma de comprender esta idea, sea recordar cuál es, para John Rawls, el proceso que va desde las razones subyacentes más básicas hasta las razones opacas que son las decisiones judiciales. Rawls imagina una secuencia en cuatro etapas en el establecimiento de las cuestiones de justicia por parte de seres racionales. La primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los dos principios de justicia. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa

[24] Dudas sobre el uso del ejemplo del árbitro para dar cuenta de los rasgos centrales de todas las autoridades jurídicas han sido planteadas también por Yasutomo Morigiwa, «Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory» en *Southern California Law Review*, 62 (1989): 897-913, en p. 901 y W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, supra nota 20, p. 132 y una defensa de Raz contra Waluchow en Tim Dare, «Wilfrid Waluchow and the Argument from Authority» en *Oxford Journal of Legal Studies*, 17 (1997):347-366, en 356-359.

[25] Vd. en este sentido las reflexiones de Francisco Laporta en *Entre el Derecho y la moral*, México: Fontamara, 1993, pp. 60-63.

[26] *The Morality of Freedom,* supra nota 21, pp. 43-52.

tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia -respetados los derechos atrincherados en la segunda etapa, las decisiones deben adecuarse al principio de la diferencia. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los órganos de aplicación. Cada una de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia que, por una parte, permite articular las normas adecuadas para cada sociedad en concreto y, por otra, permite hacerlo de forma justa, puesto que en todas las etapas deben respetarse los principios de justicia.[27] Pues bien, sólo en la etapa de la aplicación del Derecho es posible atribuir a las directivas jurídicas los rasgos de la concepción de la autoridad como servicio. Al parecer, Raz se enfrenta con un dilema: o bien sólo las directivas emitidas por los órganos de aplicación están revestidas de autoridad y las normas generales emitidas por los órganos legislativos carecen de autoridad, o bien debemos rechazar alguna de las tesis centrales de la concepción de la autoridad como servicio. El primer cuerno del dilema comporta la implausible conclusión de que sólo son jurídicas las decisiones judiciales, una posición extraña a otras tesis razianas. Desarrollar una teoría de la autoridad distinta a la de Raz, que acomodara los aspectos que he reseñado, está más allá del propósito de esta intervención.

VII

Dado que ni el argumento de la controversia ni el argumento de la autoridad consiguen socavar la convicción de que es posible guiar el comportamiento de los órganos de aplicación mediante la apelación a pautas morales, parece que es posible defender lo que se conoce como *positivismo jurídico inclusivo*, cercano a lo que también ha sido denominado, *constitucionalismo positivista*,[28] y que dicha posición es compatible con las tesis centrales del positivismo jurídico hartiano.[29] Me complace terminar esta exposición con las palabras de uno de los primeros defensores del positivismo jurídico inclusivo, a menudo ignorado en la discusión anglosajona al respecto, me refiero a Genaro R. Carrió:[30]

> Nada en el concepto de «reglas de reconocimiento» obsta, en consecuencia, para que aceptemos el hecho de que los criterios efectivamente usados por los

[27] John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971, pp. 195-201.

[28] Vd., por ejemplo, Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México: Fontamara, 1997, p. 58.

[29] La posición de Hart al respecto en H.L.A. Hart, «Postscript» en *The Concept of Law*, second edition by P. Bulloch and J. Raz, Oxford: Oxford University Press, 1994.

[30] Genaro R. Carrió, *Dworkin y el positivismo jurídico*, México: UNAM, 1981, p. 39.

jueces para identificar las reglas subordinadas del sistema puedan incluir referencias al contenido de éstas. Puede ocurrir que, en una comunidad dada, las únicas costumbres consideradas jurídicas o jurídicamente obligatorias sean aquellas compatibles con las exigencias de la moral. O bien, los jueces pueden aceptar como válidas sólo aquellas leyes que, además de haber sido correctamente aprobadas por un cuerpo con competencia para ello, no violen un catálogo escrito de derechos y libertades individuales.

DEMOCRACIA SIN DERECHOS
En torno al Kelsen democrático

Anna Pintore
Universidad de Cagliari

1. Kelsen democrático

El Kelsen democrático sigue estando oscurecido por el Kelsen teórico del Derecho, y en cualquier caso en general desatendido. Baste señalar que en los dos trabajos más importantes de los últimos diez años sobre las relaciones entre democracia y Estado de Derecho, *Diritto e ragione* de Luigi Ferrajoli y *Faktizität und Geltung* de Jürgen Habermas, sus ensayos sobre la democracia ni siquiera se mencionan[1].

En realidad, al Kelsen teórico de la democracia no se le ha dedicado demasiada atención ni siquiera en el ambiente cultural que le debería haber sido más favorable: el de la filosofía jurídica y política de inspiración iuspositivista, analítica, laica y liberal. Ello, en mi opinión, no se debe sin embargo al hecho de que sus ideas hayan parecido *equivocadas* o, peor aún, *irrelevantes*, sino a que, al contrario, se han percibido como totalmente obvias y compartibles, al menos hasta tiempos recientes.

Esta sensación de obviedad y de compartibilidad ha impregnado los dos rasgos principales en torno a los cuales giran tales ideas, a saber: en primer lugar, la vinculación establecida entre democracia y relativismo ético; en segundo lugar, la definición de democracia como procedimiento.

Pues bien: me parece que esta impresión de obvia aceptabilidad de la teoría kelseniana de la democracia ha estado alimentada por dos equívocos: el que denominaré *equívoco relativista* y el que denominaré *equívoco procedimentalista*. El equívoco relativista lleva a considerar al relativismo éti-

[1] Véase L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989; J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it. de L. Ceppa, Guerini e Associati, Milán, 1996.

La reciente (e imponente) literatura filosófico-política en lengua inglesa sobre el tema de la democracia ignora absolutamente a Kelsen.

co como una buena justificación (cuando no la justificación por excelencia) de la democracia. El equívoco procedimentalista lleva a sostener que existe una categoría de definiciones *meramente procedimentales* de la democracia, a la cual cabe adscribir también la definición de Kelsen.

Me ocuparé de estos dos equívocos, y ello me dará la oportunidad de discutir si las ideas kelsenianas presentan hoy un interés sólo arqueológico o si, por el contrario, pueden aportar todavía alguna contribución útil al debate contemporáneo sobre la democracia. Dichas ideas aún vienen considerándose «una piedra angular de la teoría contemporánea de la democracia»[2], pero hay que preguntarse hasta qué punto tal diagnóstico es correcto. De hecho, hoy la teoría de la democracia es esencialmente teoría de la democracia *constitucional*, y teoría dedicada al problema crucial de la conciliación entre derechos y soberanía popular[3]. Ese problema permaneció sin embargo, en lo sustancial, ajeno a los horizontes de Kelsen, quien elaboró, ciertamente, una teoría de la constitución, y elaboró además una teoría de la democracia, pero nunca vinculó ambas en una teoría de la democracia constitucional (o, si se prefiere, del constitucionalismo democrático). En este sentido, su contribución a la teoría de la democracia debe considerarse hoy en día algo desfasada, cuando no claramente obsoleta. Sin embargo, creo que todavía merece prestarle mucha atención, ya que en los escritos de Kelsen está implícito un modelo que podría denominarse provocativamente de *democracia sin derechos*, un modelo que puede desempeñar una función de saludable contrapeso frente a los modelos de *democracias saturadas de derechos* actualmente predominantes.

2. Democracia y relativismo ético

Hablemos ya del *equívoco relativista*. Como es sabido, uno de los dos principales argumentos justificativos de la democracia recurrentes en los escritos filosófico-políticos de Kelsen se refiere precisamente al nexo entre democracia y relativismo filosófico[4]. Kelsen nos dice que sólo quien adop-

---

[2] G. Zagrebelski,, *Il «crucifige!» e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, p. 119.

[3] Recuérdese de nuevo a este respecto *Facticidad y validez* de J. Habermas. En lengua inglesa, una defensa entre las más persuasivas del modelo democrático-constitucional se encuentra en S. Holmes, *Passions and Constraints. On the Theory of Liberal Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1995. En Italia el trabajo reciente más significativo sobre el tema es: G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997.

[4] El otro argumento es el que se remite al valor de la autonomía. Sobre el tema, léanse las perspicuas consideraciones de S. Paulson, «Kelsen as Political Theorist, in La Pensée politique de Hans Kelsen», en *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique*, n. 17, Centre de Publications de l'Université de Caen, Caen, 1990, pp. 81-95.

ta, en ética y en filosofía, una actitud relativista, puede tratar la democracia como un valor y defenderla genuinamente.

«Relativismo filosófico» es sin embargo una expresión no unívoca en el léxico de Kelsen, ya que es usada por él para indicar al menos tres tesis diferentes: una tesis gnoseológica, una tesis metaética, y una tesis ética.

En primer lugar, esta expresión es empleada por él para indicar un complejo de asunciones gnoseológicas, que hoy podrían designarse como *empirismo, no cognoscitivismo y constructivismo (moderado)*. Empirismo, o sea: el conocimiento es siempre sólo conocimiento empírico[5]; no cognoscitivismo, o sea: sólo los hechos pueden ser objeto de conocimiento y no los valores, por lo que verdad y justicia son atributos radicalmente heterogéneos[6]; constructivismo, o sea: el conocimiento es siempre relativo al sujeto que lo produce[7].

En segundo lugar, «relativismo filosófico» es una expresión empleada por Kelsen para indicar un complejo de tesis éticas. En sus escritos sobre la democracia Kelsen no tematiza la distinción entre ética y metaética, y por tanto no aclara si, cuando habla de relativismo, hace referencia a una tesis ética sustantiva (los valores son relativos a quien los adopta) o bien a una tesis metaética (no existe un fundamento objetivo de los valores). Sostengo que los dos aspectos están presentes conjuntamente en el relativismo filosófico por él delineado. «Relativismo filosófico» indica por tanto, por un lado, la tesis metaética según la cual los valores no son inmanentes a la realidad y no pueden ser extraídos de ella a través del conocimiento racional: no objetivismo ético[8]; por otro lado, la tesis ética según la cual los valores son relativos a los individuos que los adoptan: relativismo normativo[9].

Entre democracia y relativismo Kelsen establece una multiplicidad de conexiones situadas en planos diversos.

---

[5] H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, pp. 147-8; Id., *I fondamenti della democrazia*, p. 222ss.

[6] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, pp. 223-4.

[7] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, pp. 224-6.

[8] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, pp. 270-1. Obviamente, el aspecto metaético y el gnoseológico del relativismo filosófico se entrecruzan, en el momento en que las tesis gnoseológicas se refieren a los valores: el no cognoscitivismo es el componente (gnoseológico) de una metaética (usualmente no objetivista).

[9] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, pp. 269. La expresión «relativismo normativo» es de W.K. Frankena, *Etica. Un'introduzione alla filosofia morale* (1973), trad. it. de M. Mori, Comunita, Milán, 1981, p. 207ss. Frankena distingue del relativismo nornativo el relativismo descriptivo y el metaético.

En primer lugar, un nexo de carácter psicológico[10]. Para Kelsen no hay solución de continuidad entre relativismo, sea gnoseológico o ético/metaético, y personalidad tolerante; y, viceversa, entre absolutismo y personalidad totalitaria, autocrática.

En segundo lugar, un nexo de carácter histórico: «casi todos los mayores exponentes de la filosofía relativista fueron políticamente partidarios de la democracia, mientras que los seguidores del absolutismo filosófico, los grandes metafísicos, fueron partidarios del absolutismo y contrarios a la democracia»[11].

Junto a estas conexiones de orden fáctico, psicológico o histórico, Kelsen establece otro género de ligamen entre democracia y relativismo. No se trata, dice, de un nexo «necesariamente lógico», sino más bien de una «relación de congenialidad»[12]; de una «íntima relación», de una «coordinación»[13] tal, que se debe admitir que el relativismo es el presupuesto de la democracia[14]: «si yo me pronuncio a favor de la democracia, lo hago exclusivamente (...) a causa (...) del ligamen que existe entre una democracia y una teoría relativista»[15]. Kelsen, a decir verdad, no trata al relativismo como condición suficiente, pero ciertamente lo trata como condición necesaria de la justificación de la democracia. Y, en todo caso, el nexo que él postula no tiene naturaleza puramente fáctica y contingente; tampoco parece tener, sin embargo, carácter necesario e inmanente («necesariamente lógico»): en este sentido, se podría aproximar al nexo que liga a una aserción con sus presuposiciones pragmáticas, las cuales no pueden negarse sin hacer paradójica la aserción misma. Es aquí pertinente, obviamente, el conocido y paradójico ejemplo de Strawson: «llueve, pero no lo creo»; tal afirmación no es en sí lógicamente contradictoria, pero es «extraña» porque viola la regla pragmática que obliga a afirmar sólo proposiciones coherentes con las actitudes proposicionales del emisor. Ahora bien, parecería que Kelsen considerase análogamente paradójico, aunque no contra-

[10] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, p. 243: aquí Kelsen habla de «paralelismo» entre absolutismo filosófico y político.

[11] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, p. 259ss.

[12] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, p. 274.

[13] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, p. 219.

[14] H. Kelsen, *Essenza e valore de la democrazia*, p. 149: «el relativismo es la concepción del mundo que la idea democrática supone».

[15] H. Kelsen, *Essenza e valore de la democrazia*, p. 138. No se ve sin embargo cómo, para un divisionista como Kelsen, el relativismo epistemológico y gnoseológico puedan influir sobre la ética/metaética. El discurso que sigue se limitará a tomar en consideración los nexos entre democracia y relativismo ético y metaético.

dictorio, afirmar: «La democracia es un valor, pero yo no creo en la fundamentación de los valores»[16].

Sea como fuere, las ideas kelsenianas sobre las implicaciones democráticas del relativismo no podían sino gustar al positivismo jurídico, especialmente al analítico, el cual leía en ellas, en el plano metaético, una reafirmación de la ley de Hume (los valores no se pueden fundamentar sobre los hechos); mientras que, en el plano de la ética sustantiva, veía en ellas una manifestación de su propio espíritu laico, pluralista y tolerante.

Sin embargo, por su relativismo democrático, Kelsen ha sido más criticado (por sus adversarios) que elogiado (por sus partidarios). Las críticas, a decir verdad, se han mantenido simétricas a los argumentos criticados, en el sentido de que han reproducido exactamente ese orden de ideas, sólo que dándoles la vuelta. Igual que Kelsen afirmaba el nexo entre relativismo y democracia, los críticos lo negaban oponiéndole uno de signo contrario: no entre relativismo (metaético y ético) y democracia, sino entre objetivismo o verdad de los valores y democracia. Igual que Kelsen sostenía que una visión absolutista de los valores podía poner en peligro la fe en la democracia, así sus críticos le oponían que los peligros para la (justificación de) la democracia derivan precisamente del relativismo, y solo pueden evitarse desde una perspectiva ética objetivista: si no afirmamos la verdad de los valores, el poder queda abandonado a la pura fuerza, aunque sea la fuerza de la mayoría, y se presta un flaco servicio a la democracia, que no queda justificada sino al contrario, debilitada.

Encuentro desconcertante que nunca se haya dicho, como crítica a Kelsen y a los críticos de Kelsen, que ambos se equivocan totalmente.

Se equivoca Kelsen, cuando afirma: «que los juicios de valor tengan una validez sólo relativa –principio basilar del relativismo filosófico– implica que juicios de valor opuestos no estén excluidos ni lógica ni moralmente»[17].

En efecto, él confunde así el fundamento con el contenido de los juicios de valor[18]: una cosa es *qué* valores se adoptan, y otra cosa es si esos valores tienen o no un fundamento, y qué tipo de fundamento tienen. La admisibilidad de puntos de vista y de valores en competencia no procede de una respuesta negativa al problema de la fundamentación de los valores, como sostiene Kelsen, sino que procede exclusivamente del tipo de valores que sean abrazados y defendidos. Por decirlo de otro modo, se puede perfectamente

---

[16] O bien, en la versión del relativismo normativo: «La democracia es un valor, pero es un valor relativo a mí que lo adopto».

[17] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, p. 269.

[18] Sobre esta distinción, precisamente en relación con el relativismo ético, véase A. Ross, *Direttive e norme* (1968), trad. it. de M. Jori, Comunita, Milán, 1978, p. 125.

ser relativista (o sea, no objetivista) en ética, y al mismo tiempo defender valores que «excluyan moralmente juicios de valor opuestos»; y viceversa, se puede perfectamente ser absolutista (o mejor dicho, objetivista), y al mismo tiempo admitir la legitimidad moral de puntos de vista opuestos.

«El relativismo es una teoría metaética, y su verdad o falsedad es cuestión que compete a un observador externo. Defender la tolerancia o ser tolerantes son actividades internas a sistemas morales particulares –actividades de participantes. No hay nada que el relativista *qua* relativista pueda decir a favor o en contra de la tolerancia desde un punto de vista moral. En el momento en que lo haga deja de ser un observador de la moral y se convierte en un usuario de un sistema moral»[19].

Una cosa es el fundamento, y otra el contenido. No hay diferencia alguna en que la tolerancia, por ejemplo, se defienda desde una perspectiva objetivista o desde una perspectiva no objetivista[20]. Cierto es que quien parte de la creencia en la validez objetiva de los (sus) valores tendrá la propensión psicológica a sostener que éstos se deben imponer o que sean impuestos en detrimento de los valores contrarios[21], pero esto no implica necesariamente una actitud imperialista o intolerante. De hecho, el valor que se considera verdadero y que se desearía imponer bien pudiera ser precisamente el valor de la tolerancia, y por tanto de la admisibilidad simultánea de puntos de vista opuestos[22]. Por la otra parte, el relativismo, entendido como posición ética sustantiva, ya no es congenial ni con la tolerancia ni con la intolerancia: el relativista ético defiende sus propios valores, si es que los defiende, exactamente como lo hace el absolutista[23].

---

[19] G. Harrison, «Relativism and Tolerance», en P. Laslett, J. Fishkin (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Fifth Series, Blackwell, Oxford, 1979, p. 286. En el mismo sentido, F. Oppenheim, «Relativism, Absolutism, and Democracy», en *The American Political Science Review*, 1950, pp. 951-960.

[20] En sentido distinto, J. Maritain, *Tolleranza e verità* (1957), en *Il filosofo nella società*, trad. it. de A. Pavan, Brescia, 1976, p. 67, polemizando con Kelsen, observa que «no hay tolerancia real y auténtica sino cuando un hombre está firme y absolutamente convencido de una verdad, o de lo que él sostiene como una verdad, y cuando, al mismo tiempo, reconoce a quienes niegan esa verdad el derecho a existir y a contradecirle, no porque éstos sean libres en relación con la verdad, sino porque buscan a su modo la verdad y porque él respeta en ellos la naturaleza humana y la dignidad humana».

[21] Por tanto, con la reserva enseguida señalada en el texto, se puede concluir que el nexo más prometedor entre relativismo y tolerancia de los tres indicados por Kelsen es si acaso el de tipo psicológico.

[22] Véase A. Spadaro, *Contributo per una teoria della costituzione, I. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milán, 1994, esp. p. 278: «La tolerancia debe fundarse no tanto sobre el presupuesto de que 'nadie' está en situación de conocer la verdad (o fragmentos de la misma), cuanto sobre la idea (...) de que nadie puede imponer su (presunta) verdad».

[23] Kelsen recuerda la bella frase de Schumpeter: «Lo que distingue a un hombre civilizado de un bárbaro es el darse cuenta de la validez relativa de sus propias convicciones y, a pesar de ello, sostenerlas sin echarse atrás» (H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, p. 198).

La distinción entre tolerancia e intolerancia y entre defensa y crítica de la democracia no pasa, pues, por la cuestión de la fundamentación sino por la del contenido de los valores. Ella depende del hecho de que en nuestra ética acojamos o no *metavalores liberales*, como los de tolerancia, autonomía, neutralidad o imparcialidad, sean éstos concebidos o no como dotados de fundamento objetivo. Por eso Kelsen se equivoca cuando afirma que «la tolerancia presupone la relatividad de la verdad sostenida o del valor postulado, y tal relatividad implica que la verdad o el valor contrario no esté completamente excluido»[24].

Kelsen se equivoca pues al establecer un nexo fuerte entre relativismo y democracia. La verdad práctica carece de influencia sobre la democracia y su justificación: tanto quien crea en su existencia como quien no lo crea puede argumentar coherentemente tanto a favor como en contra de la democracia[25].

En particular, la democracia puede ser defendida (y es notorio que ha sido defendida) también desde una perspectiva objetivista, por ejemplo con argumentos de carácter naturalista, como los que insisten en las cualidades veritativas de las decisiones por mayoría[26]; o bien con argumentos de carácter teleológico, como los que tratan el método democrático como el que, a la larga, favorece el descubrimiento de la verdad[27].

Si Kelsen se equivoca, se equivocan también sus críticos, desde el momento en que replican a su tesis pero le oponen otra viciada por el mismo error, argumentando que la democracia puede ser adecuadamente justificada y defendida sólo a partir de valores objetivos, es decir, valores objetivamente fundamentados y objetivamente superiores a los valores opuestos. El discurso poco antes expuesto sobre la irrelevancia del relativismo (ético y metaético) vale de hecho plenamente, *mutatis mutandis*, para lo que Kelsen

---

[24] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, p. 321.

[25] Sobre este punto, véanse los excelentes argumentos de R. Harrison, *La democrazia é un bene?*, trad. it. de M. A. Bogdanovic, Ecig, Génova, 1996, cap. IX.

[26] J.H. Hallowell, *Il fondamento morale della democrazia*, trad. it. de M. Sallusti, Giuffrè, Milán, 1995, p. 140: «estamos obligados a someternos a la decisión de la mayoría no porque ésta represente una voluntad numéricamente superior, sino porque es manifestación del mejor juicio de la sociedad con referencia a una materia concreta en un momento determinado». Hallowell cita a Aristóteles, *Política*, III, 11.2-3: «Puede ocurrir en efecto que los muchos, aun no siendo individualmente excelentes, cuando se reúnen juntos, sean superiores [...] En realidad, siendo muchos, cada uno tiene una parte de virtud y de prudencia, y como cuando se reúnen juntos, en masa, se convierten en un hombre con muchos pies, con muchas manos, con muchos sentidos, se convierten así en un hombre con muchas y excelentes dotes de carácter y de inteligencia. Por tal motivo los muchos juzgan mejor».

[27] J.S. Mill, *Considerazioni sul governo rappresentativo* (1861), trad. it. de M. Prospero, Editori Riuniti, Roma, 1997, p. 40 ss.

llama absolutismo ético, y que nosotros podemos llamar objetivismo y cognoscitivismo. La convicción, en el plano metaético, de que sea posible una fundamentación objetiva (racional, empírica o metafísica) de los valores, no aporta ningún argumento ni a favor ni en contra de la democracia (o de la tolerancia, por permanecer en el orden de ideas de Kelsen): simplemente, porque no dice nada sobre el valor (o disvalor) sustantivo de la democracia; sólo dice que se puede demostrar que los valores que nosotros ligamos a la democracia son verdaderos o falsos. Eso es todo.

También en el caso del objetivista, todo depende de los valores sustantivos adoptados: si el objetivista en cuestión sostiene que los valores verdaderos son la autonomía, la tolerancia, el respeto a las minorías, etc., su ética democrática será sustantivamente idéntica a la kelseniana. La única diferencia será que él la cree verdadera, a diferencia de Kelsen.

No obstante, hay que señalar que el objetivista se encuentra ante a una complicación que es extraña a la posición de un no objetivista *à la* Kelsen. Mientras que, en efecto, este último, dado que excluye de su horizonte los valores objetivos, resuelve –obviamente *in limine*– el problema de su (re)conocibilidad negando que tenga sentido incluso planteárselo, el objetivista se encuentra en el deber de afrontar este ulterior problema: no sólo debe demostrar que existen valores verdaderos, sino que los que él sostiene efectivamente lo son. Dicho con otras palabras, una cosa es sostener que es posible fundamentar objetivamente los valores, y otra cosa es demostrar que los valores que uno prefiere son de verdad los correctamente fundamentados, y no fruto de errores o algo parecido. No basta, evidentemente, creer en la ética verdadera para atribuir una patente de verdad a *nuestra propia* ética[28].

Así pues, los problemas de fundamentación de la ética son en conjunto irrelevantes para la democracia. Esta conclusión podrá desilusionar a aquellos que dicen poder derivar la ética democrático-liberal, y los valores de laicismo, tolerancia, etc., precisamente de la opción por una metaética no objetivista y divisionista. Dicha conclusión podría ser tomada sin más como una «traición» a la metaética analítica.

Pero, bien mirado, las cosas no son así. Una de las principales enseñanzas que uno de los maestros de la filosofía analítica, Uberto Scarpelli, nos ha dejado en herencia se refiere precisamente a las relaciones entre metaética y ética, y puede sintetizarse como el *principio de prioridad de la ética sobre la metaética*. Dicho principio afirma que la metaética no puede fun-

[28] Y sin embargo es irresistible la tentación de dar este paso de la metaética objetiva a la ética verdadera. Es en este plano psicológico en el que se insinúan y se concentran las pretensiones imperialistas del objetivista.

damentar a la ética, y que es en cambio la ética la que ha de justificar a la metaética. No podemos justificar la democracia con una metaética, por la sencilla razón de que ningún valor o sistema de valores sustantivos puede ser justificado, en cuanto a su contenido, por una metaética, cualquiera que ésta sea, sino únicamente por otros valores sustantivos; son precisamente estos últimos los que han de conducirnos a elegir un tipo de metaética con preferencia sobre otro. La metaética, desde esta perspectiva, no desempeña un papel de *justificación* (sobre el contenido), sino de *fundamento* [fondazione] de los valores[29]: nos dice cuál es su status ontológico y epistemológico, su radicación en la realidad natural y social, nos proporciona la sintaxis.

3. La democracia kelseniana como procedimiento. ¿En qué sentido?

Pasemos ahora al «equívoco procedimentalista». En la literatura filosófico-política al uso es habitual encontrarse con la contraposición entre dos concepciones de la democracia (o entre dos definiciones del término «democracia»): una concepción o definición procedimental, y una concepción o definición que, a falta de un nombre mejor, provisionalmente se podría llamar sustantiva. La primera concepción o definición suele habitualmente ligarse, además de al nombre de Kelsen, a los nombres de Schumpeter, de Dahl, de Popper, de Bobbio, y calificarse de concepto «mínimo», «restringido» o «formal»[30] (o, en el lenguaje de sus detractores, «formalista»[31]), procedimental o procedimentalista[32] de democracia.

Kelsen califica la democracia como un «método político», habla de «elemento procedimental» o «procedimiento», y afirma que «como método o procedimiento, la democracia es una 'forma' de gobierno»[33], pero en realidad se detiene poco a discutir de estos rasgos de su definición de democracia, así como de los nexos entre esta última y el relativismo filosófico del

---

[29] U. Scarpelli, «La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica», en *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 106-7: «'Fundamentar' [Fondare] significa inyectar los cimientos de un edificio en un terreno sólido capaz de sostenerlo, o, en filosofía, hallar y poner en claro la razón suficiente; y corresponde a lo teorético. 'Justificar' [Giustificare] significa en cambio mostrar, o constituir, la legitimidad, la corrección, la medida [giustezza] de ciertas operaciones en un contexto de directivas y valores; y corresponde a lo ético».

[30] N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984, p. X, donde se habla de «definición mínima», «procedimental» o «formal» de democracia.

[31] R. Porciello, «Le concezioni 'formalistiche' della democrazia in Kelsen e Popper. Problemi e prospettive critiche», en *Coscienza*, 1991, p. 13ss. P. Barcellona, *Il declino dello stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Dedalo, Bari, 1998, p. 166, habla de «formalismo procedimental».

[32] G. Pecora, *Il pensiero politico di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp. 8-9.

[33] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, respectivamente en las pp. 196 y 198.

que se ha discutido poco antes. Se puede no obstante reconstruir fácilmente esos nexos: dado que los valores son relativos y no susceptibles de fundamentación, la democracia puede justificarse únicamente si no se define en términos de valores y contenidos (necesariamente controvertidos), sino en términos de procedimientos (exentos de valores o contenidos)[34]. Ello, según los críticos, conduciría a relegar la esfera pública a la irrelevancia ética y, en última instancia, a abandonarla a la fuerza de los más[35]; según los defensores, conduce a suplir, con un método decisional en sí mismo digno de valor, una razón que es deficitaria en el terreno de los asuntos prácticos[36].

Cuando hablamos de democracia procedimental o de definición procedimental de democracia, debemos antes que nada preguntarnos qué entendemos por «procedimiento». Método, forma, formalismo, son nociones demasiado comprometidas filosóficamente y en todo caso demasiado elusivas para poder tratarlas como sinónimos satisfactorios de «procedimiento».

En la versión de Bobbio, «democracia procedimental» significa que el concepto de democracia nos da (y debe limitarse a darnos) simplemente las *reglas del juego*, o sea, las reglas sobre *quién* está autorizado a decidir (competencias) y sobre *cómo* decidir (procedimiento)[37]. Y sin embargo esta distinción entre el quién y el cómo, por un lado, y el qué, por el otro, por más que resulte intuitiva, presenta rasgos de incerteza que han de ser aclarados.

Discutiendo en general sobre las tendencias procedimentalistas de las teorías de la justicia contemporáneas, se ha dicho que «el procedimentalismo acentúa la distinción entre principios morales de primer y de segundo orden»[38]. Esta caracterización merece sin duda ser admitida, pero creo que es todavía insuficiente, ya que remite a una ulterior noción que es a su vez equívoca. En efecto, de principios morales de segundo orden se puede hablar en al menos dos sentidos diferentes.

En un primer sentido, se puede hablar de ellos como de principios cuyo contenido remite al contenido de otros principios o normas de conducta mo-

---

[34] En realidad el nexo, en mi opinión, se refiere sólo a lo que Frankena llama relativismo descriptivo; como acertadamente asume Rawls, cuando trata como motivo fundamental de la democracia *el hecho* del ineliminable pluralismo ético y religioso. Véase J. Rawls, *Liberalismo Politico* (1993), trad. it. de G. Rigamonti, Comunita, Milán, 1994, pp. 47, 69, 125, 186.

[35] Véase V. Possenti, «Democrazia e filosofia: le aporie della fondazione della democrazia in Kelsen», en Persona y Derecho, 1991, p. 195: la doctrina kelseniana «configura una democracia procedimental fundamentalmente sin finalidad, un perímetro disponible para contenidos diferentes».

[36] Sobre el procedimiento entendido como sustituto de la razón práctica y de la verdad, véase mi *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Turín, 1996, cap. VI.

[37] N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, p. 4.

[38] Así, S. Chambers, *Reasonable Democracy. Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, Cornell University Press, Ithaca & London, 1996, p. 17.

ral. Por ejemplo, pueden considerarse tales la tolerancia, o la neutralidad, o la imparcialidad, por el hecho de que, para ser empleados, deben «apoyarse» sobre o completarse a través de el reenvío a otros valores o reglas morales, respecto de las cuales se sitúan en un plano metalingüístico o lógicamente superior. Por ejemplo, el principio de la tolerancia establece, digamos, que debemos tolerar los valores morales distintos de los nuestros: de modo que, para que este principio nos pueda proporcionar una guía autosuficiente de conducta, tenemos la necesidad de hacer referencia a *otros valores* (los valores distintos de los nuestros y los opuestos a los nuestros). En este sentido la tolerancia es un metavalor: nos suministra una guía para la acción, pero esta guía es incompleta hasta que no la integremos con los valores de primera instancia. Si queremos encontrar en el Derecho un análogo de este tipo de principios morales de segunda instancia, podemos acudir a las normas de Derecho internacional privado que llevan a cabo un *reenvío recepticio* a normas pertenecientes a otro ordenamiento.

En un segundo sentido, podemos hablar de principios morales de segundo nivel como de principios que no nos dicen nada sobre cómo actuar de modo moralmente recto, y por tanto no nos proporcionan directamente «instrucciones» morales (sean éstas completas o incompletas), sino que se limitan a indicarnos el modo de identificar los principios para obrar de modo moralmente recto[39]. Podremos por tanto llamar *procedimentales* a aquellos principios que no especifican (ni siquiera de modo incompleto) el contenido de los valores a adoptar o de las normas a seguir, sino que solamente indican los criterios de elección de las normas y de los valores, *criterios que no contienen referencia alguna al contenido de las normas y de los valores que habrán de ser preferidos*, sino sólo una remisión a la fuente, por decirlo así, de la cual obtenerlos. El análogo jurídico de tales principios morales sería el de las normas de Derecho internacional privado que llevan a cabo un *reenvío no recepticio* a fuentes jurídicas de otro ordenamiento.

Así pues, la peculiaridad de las éticas procedimentales en el sentido aquí indicado no es tanto el estar *vacías* de contenidos (el ser «formales»), cuanto el proporcionar una guía de conducta exclusivamente indirecta, ya que comprenden únicamente normas de segunda instancia, y han de ser completadas con la elección de las normas de conducta de primera instancia, elección que ha de llevarse a cabo siguiendo precisamente los modos indicados como procedimiento. En este sentido, una ética procedimental es parangonable con un ordenamiento jurídico compuesto exclusivamente por

[39] Este «identificar» [individuare] podrá leerse como un decidir, o como un descubrir, según se adopte una perspectiva no cognoscitivista o una perspectiva cognoscitivista, respectivamente.

metanormas sobre la producción jurídica[40]: podría ser el caso (completamente imaginario, como es obvio) de un ordenamiento recién nacido a raíz de una revolución jurídica, y formado únicamente por la regla de reconocimiento que regula las modalidades de creación de las demás normas, de momento aún no creadas.

El procedimiento así concebido puede ser un procedimiento hipotético o real. En el primer caso, las derivaciones de los principios procedimentales se obtienen a través del experimento mental constitutivo del procedimiento, o sea, mediante un puro razonamiento. El ejemplo celebérrimo de procedimiento hipotético en este sentido es el representado por el método decisional seguido por los contratantes situados en la posición originaria, método ilustrado por Rawls en su *Teoría de la Justicia*. En el segundo caso, las derivaciones de los principios procedimentales se vinculan a la efectiva verificación en el mundo empírico de acontecimientos o comportamientos, considerados por los principios procedimentales como hechos o actos productores de reglas sustantivas. Éste es exactamente el caso de la democracia política, que puede por tanto definirse como «un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas»[41].

Si la anterior es una buena caracterización de los principios procedimentales, de ella se deriva que hablar de «procedimiento» como sinónimo de «forma» acaba siendo engañoso, porque cualquier principio moral, a menos que se trate de una mera tautología, tiene obviamente un contenido. Así también los principios procedimentales tienen contenidos normativos y valorativos, si es que los procedimientos no se indican de un modo totalmente vacuo.

Cuando se dice que la democracia procedimental es también (por ello mismo) formal, o sea, carente de contenidos, se está usando, queriéndolo o no, una fórmula equívoca. La equivocidad radica en no distinguir entre los contenidos del método (digámoslo así) y los contenidos derivados de la aplicación del método. El método, por decirlo como Bobbio, nos indica el quién y el cómo, y son precisamente éstos sus contenidos. El «quién» podría concretarse en «los mayores de edad», «los notables», «los propietarios», etc. El «cómo» podría ser un sorteo, una votación, etc. Precisamente éstos son los contenidos del procedimiento. Y es obvio que estos contenidos pueden ser juzgados *iuxta propria principia*, por su valor (o disvalor),

[40] J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, trad. it. de L. Ceppa, Einaudi, Torino, 1992, pp. 16-17, no por casualidad alude, hablando de éticas procedimentales, a la teoría hartiana de las normas secundarias.

[41] N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, p. X.

sea intrínseco o instrumental[42]. En este sentido, es obvio que los procedimientos nunca son irrelevantes o moralmente neutros, en la medida en que son constitutivos del juego al que se está jugando: son valores (o disvalores) que pueden y deben ser apreciados en sí, también porque pueden contribuir a redefinir los fines a los que sirven: vale aquí el dicho inglés *garbage in garbage out*[43]. De aquí se deriva que el universo del procedimentalista no está vacío de valores y relegado a la irrelevancia ética, como querrían hacernos creer sus críticos.

Kelsen era bien consciente de este aspecto ambivalente de los procedimientos democráticos, como se ve en la siguiente cita: «no obstante, si la democracia es *sobre todo una forma*, de Estado o de gobierno, se debe tener presente que el antagonismo entre forma y sustancia o entre forma y contenido es solamente relativo, y que una misma cosa puede parecer forma desde un punto de vista y contenido o sustancia desde otro»[44].

Cuestión distinta de la de los contenidos de las reglas procedimentales en sí mismas consideradas, es la de los contenidos de las reglas producidas mediante la correcta aplicación de los procedimientos, y la de la relación entre estas últimas reglas y las reglas procedimentales mismas. Respecto a tal relación, nos encontramos frente a la siguiente, bien conocida, alternativa: si la democracia ha de entenderse como un método que puede llevar a

---

[42] Véase C. J. Peters, «Adjudication as Representation», en *Columbia Law Review*, 1997, pp. 312-436, esp. p. 323ss., quien distingue entre un procedimentalismo deontológico, que valora el método democrático en sí mismo, por ejemplo kantianamente o rousseaunianamente como expresión de la autonomía, y un procedimentalismo consecuencialista, que lo valora en vistas a sus resultados. En general, sobre la distinción entre justificaciones intrínsecas e instrumentales de la democracia, véase C. Cohen, «The Justification of Democracy», en *The Monist*, 1, 55, 1971, pp. 1-28, p. 1ss.

[43] El brutal pero realista dicho es empleado por Rawls, «Reply to Habermas», en *The Journal of Philosophy*, 1995, p. 178, precisamente para ilustrar la relación entre los procedimientos y sus resultados.

Este punto ha sido subrayado eficazmente por G. Kateb, *Remarks on the Procedures of Constitutional Democracy*, en J.R. Pennock, J.W. Chapman (eds.), *Constitutionalism*, Nomos XX, New York University Press, New York, 1979, p. 215ss.

Pero, incluso antes, N. Bobbio, *Quale socialismo? Discusione di una alternativa*, Einaudi, Torino, 1976, p. 44ss., observaba: «no sólo los resultados son evaluables sobre la base de criterios que nos permiten distinguir resultados deseables de resultados no deseables, sino que también los procedimientos son susceptibles de juicios de valor, por lo cual es posible distinguir entre procedimientos buenos en sí mismos y procedimientos malos en sí mismos independientemente de sus resultados».

[44] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, p. 198 (cursiva del autor); y añade: «en particular, no existe ningún principio objetivo que establezca una diferencia entre el valor de una y el valor del otro. Para algunos efectos puede ser más importante la forma y, para otros, el contenido o la sustancia».

elegir reglas con cualquier contenido, o bien sólo reglas con determinados contenidos[45].

El tema de los límites de la democracia será abordado dentro de poco, de modo muy conciso, se entiende, dados los límites de esta ponencia. De momento, quiero subrayar que en ambos casos la democracia ha de ser entendida (al menos) como procedimiento, y que por tanto la distinción entre definiciones procedimentales y definiciones no procedimentales de democracia carece de fundamento. Una definición de «democracia» que no incluyese alguna referencia al método decisional se colocaría fuera del campo semántico que ha connotado la historia de esta palabra, tanto en sus acepciones antiguas como en las modernas[46]. Respecto a estas últimas, Bobbio afirma sin medias tintas: «quien no se haya dado cuenta de que por sistema democrático hoy se entiende de entrada un conjunto de reglas procedimentales en el cual la regla de la mayoría es la principal aunque no la única, no ha entendido y sigue sin entender nada de la democracia»[47]. En este sentido, incluso la caracterización del concepto de democracia como *essentially contested concept* es en mi opinión inapropiada[48]. 'Democracia' es un

[45] En el primer caso, la democracia sería un ejemplo de lo que Rawls llama *procedimiento puro* (cualquier resultado al que conduzca es justo); en el segundo caso, sería un ejemplo de lo que Rawls llama *procedimiento perfecto* o *imperfecto* (según que realice siempre, infaliblemente, el fin al que tiende, o bien esté expuesto a fracasos). Véase J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1972), trad. it. de U. Santini, Feltrinelli, Milano, 1982, p. 85ss. No estoy segura, sin embargo, de que las dos distinciones –entre medios y fines, y entre procedimientos y contenidos (derivados de la aplicación de los procedimientos)- puedan superponerse y hacerse coincidir, como hace Rawls. Por el contrario, se podría distinguir entre los contenidos y los fines; si los contenidos no están predeterminados, los fines en cambio podrían estarlo. La democracia podría ser entendida cabalmente como un método que no determina de antemano los contenidos de las normas, y que sin embargo, como procedimiento, realiza puntualmente sus fines, por ejemplo, el fin de la autonomía, o el de la igualdad (¿en este caso se debería quizá hablar de procedimiento puro-perfecto?), o bien que realiza sus fines pero está expuesta a fracasos (¿en este caso se debería quizá hablar de procedimiento puro-imperfecto?).

[46] Así, se sitúa en mi opinión totalmente fuera del campo semántico de «democracia» la definición de «democracia sustantiva» ofrecida por L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 904ss.: «Llamaré democracia *sustantiva* o *social* al 'estado de derecho' dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales». La democracia sustantiva de Ferrajoli es en realidad estado de derecho, no democracia. Comparto las críticas a esta definición hechas por M. Bovero, *La filosofia politica de Ferrajoli*, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 403ss.

[47] N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, p. 55.

[48] La noción de *essentially contested concept* es de W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, en M. Black (ed.), *The Importance of Language*, Cornell U.P., Ithaca-London, 1976, pp. 121-146. La democracia es tratada como *essentially contested concept*, además de por Gallie, también por ejemplo por W.E. Connolly, *The Terms of Political Discourse*, 2ª ed., Martin Robertson, Oxford, 1974-1984, p. 10 y 29ss. En general dudo de que tal noción, a pesar de su fortuna, sirva para identificar una categoría de conceptos dotados de alguna especificidad semántica o pragmática; su utilidad analítica, me parece, solo es la utilidad, banal, de recordarnos que sobre algunos conceptos filosóficamente cruciales las disputas no terminan nunca.

concepto dotado de un núcleo sólido mínimo (método de elección y decisión) no contestado, que representa una condición necesaria de cualquiera de sus usos. Ignorar este núcleo equivale a proponer una definición estipulativa de 'democracia' enteramente novedosa. Pero de una definición novedosa de democracia, por muy interesante que pueda ser, no se ve de momento su utilidad, al menos en filosofía.

Si lo anterior es cierto, resulta desconcertante la contraposición entre democracias que serían procedimentales y democracias que no lo serían; es desconcertante la crítica (y la defensa) de las definiciones y teorías de la democracia *en cuanto que* procedimentales (o no procedimentales). Democracia es (al menos, pero necesariamente) procedimiento (en el sentido arriba indicado), y sin procedimiento la democracia no es.

A decir verdad, a menudo se hace uso de la oposición entre definiciones procedimentales y no procedimentales para indicar de modo oblicuo una oposición bien distinta: la oposición entre *definiciones mínimas* y *más que mínimas* de 'democracia', o sea, entre definiciones que emplean un concepto de democracia circunscrito a su núcleo procedimental, y conceptos (o mejor, concepciones) de democracia que cualifican ese núcleo con ulteriores elementos. En efecto, muchas de las definiciones corrientemente etiquetadas como *procedimentales* estarían mejor calificadas como *mínimas*, para no dar ocasión a los malentendidos que pueden derivarse de la engañosa noción de procedimiento (véase *supra*).

La cuestión, la de si es preferible una definición mínima o bien más que mínima de 'democracia', tiene obviamente implicaciones vastísimas, y no se puede tratar seriamente en pocas palabras. Me limitaré a expresar concisamente mi (en absoluto original) opinión.

Por mi parte, me inclino a sostener que en filosofía política nos deberíamos limitar a utilizar un concepto mínimo de democracia, porque los significados que exceden de ese concepto mínimo son fuertemente controvertidos, y porque cargar el concepto de contenidos ético-políticos controvertidos produce inevitablemente el efecto de disfrazar de disputas sobre significados las disputas de fondo, de cuestiones analíticas las cuestiones sintéticas[49]. Valga aquí la enseñanza de Hart: las teorías no deberían construirse sobre las espaldas de las definiciones, si es que queremos mantenerlas abiertas a la refutación. Usar un concepto mínimo de democracia ofrece la ventaja de trasladar del terreno definitorio al terreno abiertamente normativo las disputas ético-políticas sobre el mejor sistema de gobierno. Los modelos más

[49] En este sentido véase, por ejemplo, F.E. Oppenheim, «Democracy – Characteristics Included and Excluded», en *The Monist*, 1, 55, 1971, pp. 29-50.

que mínimos de democracia podrán ser cualificados con adjetivos: por ejemplo, hablando de democracia constitucional, mayoritaria, populista, liberal, etc., como suelen hacer los politólogos[50].

Volviendo a Kelsen, veamos cómo, si no tiene sentido cualificar su concepto de democracia como procedimental (ya que todos lo son), también es dudoso que se pueda cualificarlo como mínimo, ni tampoco como concepto puramente normativo.

En efecto, Kelsen ciertamente habla de decisión de la mayoría, y de método, no de contenidos. Sin embargo, manifiesta numerosas incertezas y oscilaciones, que sus comentadores han hecho notar puntualmente, acerca de las relaciones entre democracia y liberalismo. Así, a veces admite que se podría seguir hablando de democracia incluso si la libertad individual fuese totalmente aniquilada, y otras veces afirma por el contrario que la democracia no puede separarse completamente del liberalismo, llegando incluso a sostener abiertamente que ambos coinciden[51]. Los derechos de libertad que él considera indispensables para la forma de gobierno democrática parecen ser algo más que el catálogo de los derechos que deberían constituir el presupuesto de la democracia entendida en sentido mínimo[52].

Por otra parte, el concepto kelseniano de democracia tampoco es puramente normativo, ya que no mira sólo a las reglas del método, sino también al orden de la sociedad en la que el método ha de operar. Kelsen subraya repetidamente que la democracia presupone una cierta atmósfera social, una libertad de hecho y no sólo de derecho, una opinión pública libre para expresarse y activa al expresarse[53]. Veremos más adelante cómo Kelsen se aleja del formalismo y del normativismo puro también en otros aspectos significativos.

4. El nexo ausente entre constitucionalismo y democracia

Está bastante acentuada hoy la tendencia a interpretar toda la obra de Kelsen como un *corpus* coherente, bien para subrayar la identidad de los

[50] Véase el interesante trabajo de D. Collier y S. Levitsky, «Democrazia con aggettivi. L'innovazione concettuale nella ricerca comparata», en *Rivista italiana di scienza politica*, 1997, pp. 449-476, donde se plantea el problema de la tasa de especificidad que deben poseer los conceptos de democracia elaborados a efectos de la investigación comparada.

[51] Para un examen de las incertezas de Kelsen sobre el tema, véase G. Pecora, *Il pensiero politico di Kelsen*, p. 15, 50ss., quien critica la calificación que da Kelsen de su propia concepción de la democracia como procedimental, calificación por lo demás oscilante; véase también R. Gatti, *Pensare la democrazia. Itinerari del pensiero politico contemporáneo*, A.V.E., Roma, 1989, p. 64.

[52] Para este catálogo, véase por ejemplo N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, p. 6.

[53] Kelsen, en la *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), tad. It. de S. Cotta y G. Treves, Etaslibri, Milano, 1994, p. 293, llega a afirmar que «una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos», y añade: «En la medida en que la opinión pública puede surgir donde estén garantizadas la libertad de pensamiento, la libertad de expresión, de prensa y de religión, la democracia coincide con el liberalismo político».

presupuestos de la teoría pura y de la filosofía política kelseniana, bien para subrayar cómo la filosofía política de Kelsen impregna su teoría del Derecho.

Este enfoque interpretativo «holístico» se sustancia en una lectura también unitaria de las ideas kelsenianas sobre la constitución y la justicia constitucional, por un lado, y sobre el parlamentarismo y la democracia, por el otro. En este orden de ideas, se ha afirmado por ejemplo que «la teoría pura del derecho elaborada por Kelsen [...] puede ser interpretada como la *doctrina jurídica de la democracia constitucional*». Y además: «La teoría pura del derecho permite así formular *los elementos fundamentales de una teoría constitucional de la democracia contemporánea*, enunciando con claridad los términos de la relación existente entre *democracia y derechos fundamentales*»[54].

Pues bien: esta interpretación a mí me parece inexacta.

En efecto, es cierto que Kelsen escribió, y además durante los mismos años, sobre democracia y sobre constitución, pero nunca produjo una teoría de la *democracia constitucional*, sino sólo, por separado, una teoría de la democracia, y una teoría de la constitución. Nunca elaboró una teoría de la democracia constitucional en el sentido de una concepción que afrontase expresa y sistemáticamente el problema de conciliar los dos polos en perenne tensión en el seno de este modelo: la soberanía popular y la constitución, la democracia y los derechos, la autonomía pública y la autonomía privada[55].

No es que Kelsen ignorara esta tensión; pero lo cierto es que nunca la puso en el centro de sus reflexiones. Así, por ejemplo, él observa que el principio de la separación de poderes representa la negación de la soberanía popular, que quiere todo el poder en las manos del pueblo, pero esta observación está hecha, me parece, únicamente para señalar la distancia entre los ordenamientos políticos históricos y sus modelos ideales (la «metamorfosis» que los ideales sufren cuando descienden a la realidad), y no en cambio la divergencia entre los dos principios, el democrático y el constitucional[56].

---

[54] G. Bongiovanni y G. Gozzi, *Democrazia*, en A. Barbera (ed.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 236 y 237, cursiva de los autores.

[55] Uno de los (raros) pasajes en los que pone sobre el tapete este problema, es el siguiente: «Es importante darse cuenta de que el principio democrático y el principio liberal no se identifican, y de que, es más, existe entre ellos un cierto anatagonismo. En efecto, según el primero, el poder del pueblo es ilimitado [...] el liberalismo, en cambio, significa [...] también la limitación del poder democrático» (H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, p. 196). Y más adelante, en la p. 245: «La democracia moderna no puede separarse del liberalismo político. Su principio es que el gobierno no debe interferir en ciertas esferas de intereses propios del individuo, los cuales han de quedar protegidos por la ley como derechos humanos fundamentales o derechos de libertad», si bien después, en el discurso que sigue, reconduce tales derechos a la tutela de las minorías.

[56] Véase H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, edición de A. Carrino, ESI, Napoli, 1991, p. 34; Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, p. 287.

Más aún, uno de los problemas más críticos de las democracias constitucionales, el relativo a la «objeción contramayoritaria» suscitada por la *judicial review*, es tratado por Kelsen sólo tangencialmente, con la observación de que al final todo depende del modo en que se nombren los miembros del tribunal constitucional: la exigencia de garantizar la composición democrática del órgano de la justicia constitucional puede ser satisfecha fácilmente haciendo electivo el cargo[57].

En general, la cuestión de la compatibilidad entre la garantía de los derechos fundamentales y la soberanía popular, que está en el centro del constitucionalismo democrático, viene afrontada por Kelsen de modo extremadamente conciso y seguramente insatisfactorio. En efecto, como es sabido, él se limita a sugerir que hay que evitar en las constituciones cualquier referencia a conceptos vagos que remitan a valores controvertidos, para conjurar la inevitable consecuencia del desplazamiento de poder del parlamento al órgano de la justicia constitucional y a los órganos de aplicación[58]. Incidentalmente, se puede observar que Kelsen teme el desplazamiento de poder del legislativo al judicial mucho más de lo que teme el desplazamiento de poder del constituyente al legislador. Este último desplazamiento puede de hecho ser neutralizado con el artificio clásico de la división de poderes aplicado al interior del poder legislativo mismo, o sea, separando el poder de hacer leyes del poder de controlarlas, atribuyendo éstos a dos órganos legislativos distintos. Kelsen en cambio no tiene especiales sugerencias que ofrecer para conjurar el traslado de poder del legislador a los jueces, más que la de reducir al máximo el grado de vaguedad de las normas constitucionales. Tal sugerencia no sólo resulta demasiado expeditiva y semánticamente ingenua (véase sin embargo *infra*), sino que también corta de raíz la razón de ser misma del constitucionalismo democrático, cuya máxima cuestión es precisamente la de cómo tutelar los derechos sin frustar la soberanía popular[59]. Pero para Kelsen la constitución en sentido estricto o sustantivo es sólo el complejo de las reglas de la organización estatal, y el Estado de Derecho es simplemente el Estado regulado por el Derecho, no el Estado

[57] Véase H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, en Id., *La giustizia costituzionale*, trad. it. de C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, p. 284ss. El argumento de Kelsen es una réplica a Carl Schmitt, quien tachaba a los tribunales constitucionales de aristocráticos.

[58] H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, en Id., *La giustizia costituzionale*, pp. 189-190. Id., *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, p. 253ss.

[59] «El ideal republicano, que fue la primera forma del ideal democrático moderno, reposa de hecho sobre la asociación de *dos temas, simultáneamente complementarios y opuestos*: el del Estado de Derecho y el de las libertades públicas»: A. Touraine, *L'idea democratica*, en F. Crespi, R. Segatori (eds.), *Multiculturalismo e democrazia*, Donzelli, Roma, 1996, p. 149 (cursiva mía).

vinculado por los derechos. Así pues, parecería completamente ausente en Kelsen uno de los lados de la tensión que atraviesa al constitucionalismo democrático contemporáneo: el lado de los derechos.

Kelsen quizá no tenía mucho que decir sobre esta cuestión; y quizá no fuera por casualidad que sus contribuciones acerca de la democracia se detuvieran hacia la mitad de los años cincuenta: los años en los que se afirma lo que se ha venido en llamar el *paradigma constitucionalista*[60]. Tal vez él no tenía mucho que decir por dos razones.

En primer lugar, porque, aunque es verdad que sus tesis democráticas penetran en su teoría pura del Derecho, también es verdad que la exigencia de pureza normativa penetra en sus reflexiones acerca de la democracia[61]. La democracia es un método de creación del ordenamiento, y el ordenamiento puede tener cualquier contenido: la exigencia de la pureza converge con la definición mínima de democracia.

En segundo lugar, la tensión inmanente en el constitucionalismo democrático está ausente en Kelsen porque, cabe sospechar, él en el fondo cultiva una idea latentemente integracionista de la sociedad y de la política, o por decirlo mejor, alimenta un confiado optimismo sobre la posibilidad de compromiso que la dialéctica entre mayorías y minorías consustancial al método democrático (¿necesariamente?) produce[62]. En este sentido, en la teoría kelseniana de la democracia encontramos atenuada y casi puesta en sordina la antropología pesimista-hobbesiana que para otros efectos cabe atribuir con justicia a Kelsen.

Así pues, en este aspecto Kelsen se mueve todavía de lleno dentro del horizonte del *Rechtstaat* decimonónico. La tensión entre derechos y democracia es extraña a su óptica y a sus preocupaciones. Él no parece darse cuenta de que el «paradigma» constitucionalista ha transformado irreversiblemente las constituciones, convirtiéndolas en necesario punto de confluencia de valores a menudo últimos y más a menudo aún controvertidos. Su sugerencia de evitar en el documento constitucional remisiones a la justicia, a la igualdad, a la equidad, y en general a valores controvertidos, en el

---

[60] Así lo llama L. Ferrajoli, «Diritti fondamentali», en *Politica del diritto*, 1998, p. 28.

[61] Como ilustra muy bien Carrino en su introducción a H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, op. cit.

[62] Por tanto, no me parece del todo correcto el diagnóstico de Gatti, *Pensare la democrazia*, p. 68: «la concepción procedimentalista de la democracia refleja, en el plano de la teoría política, el desencanto ya radical de una época, como la época de la que Kelsen es significativo intérprete, que parece haber perdido la fe en la posibilidad de cualquier acuerdo sobre valores comunes de convivencia y no está en situación de elaborar más alternativa que la constituida por el consenso sobre los 'universales procedimentales', última y descarnada expresión, diríase, de un bien común cuyo significado auténtico se ha ido perdiendo cada vez más».

plano teórico puede considerarse que adolece de reduccionismo semántico[63]; en el plano de los hechos, ha sido frustrada por el curso de la historia desde el momento en que se ha impuesto el modelo de las constituciones largas.

El modelo de Estado que Kelsen tiene presente es el de una organización normativa en la cual los valores y las verdades públicas no están predeterminadas ni siquiera genéricamente en forma de formulaciones de principios; en su modelo, más bien, los valores y los principios son creados y recreados en sede parlamentaria, mediante la confrontación entre mayorías y minorías y la praxis del compromiso[64].

5. Democracia sin derechos

¿Qué interés puede tener, entonces, releer hoy al Kelsen democrático?

El interés viene dado precisamente por el hecho de que la composición entre esos dos elementos tan esenciales para nuestras democracias constitucionales está lejos de haberse realizado. Todos nosotros deseamos tener tanto la democracia como los derechos; el problema es cómo conseguir ambas cosas juntas, sin sacrificar una a la otra. La democracia, como sabemos, es una amenaza potencial para los derechos, en la medida en que la soberanía

[63] Llamo *reduccionismo semántico* a la convicción de poder influir sobre la vaguedad de un discurso *simplemente* sustituyendo los términos vagos por términos menos vagos (o viceversa). Además de querer ignorar la vaguedad de la distinción misma entre términos vagos y no vagos, hay que subrayar el alcance no general de esa tesis, que encuentra precisamente en el lenguaje jurídico un desmentido clamoroso. En efecto, en el Derecho la vaguedad del lenguaje no es tanto la causa, cuanto si acaso el producto de los conflictos interpretativos (que, especialmente en el caso de las normas constitucionales, son conflictos valorativos), y puede disminuir sólo si disminuyen tales conflictos. La vaguedad en el Derecho es por tanto una noción pragmática y no (sólo) semántica, y se encuentra en relación de proporcionalidad inversa respecto del consenso «cuajado» en los documentos jurídicos: crece con el decrecimiento de este último, y viceversa. Véase M. Jori, «Definizioni giuridiche e pragmatica», en *Analisi e Diritto*, 1995, pp. 109-144, quien extrae de esta consideración la conclusión de que el lenguaje jurídico tiene los rasgos pragmáticos de un lenguaje «administrado» por una autoridad. Para una reciente y perspicua formulación de esta idea con referencia a las disposiciones constitucionales, véase R.F. Nagel, *Interpretation and Importance in Constitutional Law: A Re-assessment of Judicial Restraint*, en J.R. Pennock, J.W. Chapman (eds.), *Liberal Democracy*, Nomos XXV, New York U.P., New York, 1983, pp. 181-207.

[64] Observa M. Fioravanti, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 143, a propósito de la concepción kelseniana de la constitución: «La constitución es pues en este sentido la norma fundamental de una sociedad máximamente abierta y pluralista, que escapa a toda definición sustantiva del bien común, así como a todo tipo de "homogeneidad" político-social que no sea la relativa al necesario reconocimiento y respeto de las reglas del juego. Por los mismos motivos, una doctrina de este tipo no nos dice nada acerca de los motivos por los que los diversos sectores sociales deberían ponerse de acuerdo; o mejor, nos dice que eso no es un capítulo del Derecho constitucional, sino de la política entendida como cálculo de conveniencias, de costes y beneficios».

popular no esté restringida por límites. Los derechos, a su vez, son una amenaza para la democracia, tanto en el sentido de que representan una limitación de contenidos al libre despliegue de la soberanía popular, como en el sentido de que se confían a sí mismos –la determinación de su contenido y su tutela– a otros distintos del pueblo soberano, otros que podrían convertirse en los señores de los derechos, los administradores de su contenido y de sus confines.

Pues bien: en los escritos de Kelsen podemos encontrar implícitamente delineado un modelo de *democracia constitucional sin derechos*. La cosa puede sonar grotesca, y ha sido en efecto leída como una negación del espíritu del constitucionalismo democrático contemporáneo[65]. Kelsen consumaría esta traición en el momento en que reduce los derechos a sus garantías, o sea, respectivamente, a las obligaciones y prohibiciones correspondientes a las expectativas-derechos (garantías primarias), y a las sanciones previstas por las violaciones de tales expectativas (garantías secundarias). Con ello condenaría a la inexistencia jurídica en primer lugar precisamente a los derechos fundamentales sancionados en los documentos constitucionales, ya que por lo general es precisamente la formulación de estos últimos la que está desprovista de toda referencia a las garantías primarias y secundarias, cuya determinación viene así a ser demandada a los escalones posteriores del ordenamiento (o sea, principalmente a la buena voluntad del legislador). En este sentido, precisamente los derechos que deberían ser más fuertes y estar mejor garantizados, acaban por ser los más débiles y los menos garantizados: derechos de papel[66].

A mí no me parece que ésta sea una buena crítica a Kelsen. De entrada diré que, si bien es efectivamente inaceptable la reducción kelseniana de los derechos a sus garantías secundarias (sanciones), la reducción de los derechos a las garantías primarias (obligaciones y prohibiciones) es en cambio necesaria y hasta imprescindible, ya que sin ella no se entendería en qué cosa puedan consistir los derechos[67]. Si el contenido de los derechos no puede ser reformulado en términos de obligaciones y prohibiciones a cargo de alguien, resulta incomprensible la definición misma del derecho como expectativa: «expectativa», en efecto, indica una relación, es siempre expectativa

[65] De modo particular, por Ferrajoli. Véase L. Ferrajoli, «Diritti fondamentali», esp. p. 9 y p. 23ss.

[66] La expresión, recogida por Ferrajoli, es de R. Guastini, «Diritti», en *Analisi e diritto*, 1994.

[67] La reducción de los derechos a garantías secundarias se hace necesaria en el modelo nomoestático kelseniano de la norma jurídica como juicio hipotético sancionador. Toda la obra de Kelsen está atravesada por la tensión no resuelta entre la perspectiva nomoestática y la nomodinámica, y es obviamente un fácil juego interpretativo denunciar las disonancias entre ambas.

de algo, y este algo, para un derecho, no puede ser más que un comportamiento de otro normativamente prescrito como debido (o su omisión). No puede existir una expectativa sin aquello que se espera, igual que no puede existir, pongamos, una visión sin aquello que se ve. El anterior argumento es obviamente semiótico o definitorio, y no ontológico: no pretende obtener la existencia de las obligaciones a partir del concepto de expectativa, sino sólo subrayar que se trata de dos caras de la misma moneda.

Mientras que las garantías secundarias de los derechos son condición esencial de su efectividad (si aquéllas son a su vez efectivas, se entiende), las garantías primarias no son otra cosa que el contenido mismo de los derechos, visto desde el lado del sujeto pasivo.

La obligación, pues, no es otra cosa sino el contenido de los derechos. La reducción de los derechos a las garantías primarias operada por Kelsen, lejos de sancionar la «inexistencia» de los derechos constitucionales, comporta que se los lea *inmediatamente* como obligaciones a cargo del legislador[68]. Existe después una garantía secundaria general de tales obligaciones, que es el control de constitucionalidad, y sorprende que esta crítica a Kelsen omita mencionar precisamente la técnica de tutela de los derechos sobre la que él concentró sus energías como teórico, o sea, la anulación de la norma que los viola por parte del tribunal constitucional.

Encuentro además inapropiado y teóricamente engañoso hablar de *laguna técnica* allí donde los derechos estén desprovistos de garantías primarias (es decir, donde las obligaciones del legislador estén insuficientemente determinadas) o secundarias (es decir, estén desprovistos de sanciones ulteriores respecto a la declaración de ilegitimidad constitucional). De laguna técnica en realidad sólo se puede hablar allí donde el Derecho positivo sea incompleto si se lo juzga *iuxta propria principia* (por ejemplo, si la constitución afirma que el derecho de huelga ha de ejercitarse sobre la base de las leyes que lo regulan, pero no se han dictado leyes que disciplinen el derecho de huelga).

---

[68] «Estas garantías constitucionales [o sea, los derechos y las libertades fundamentales] no son de por sí derechos subjetivos, ni simples derechos-reflejo ni derechos subjetivos privados en sentido técnico. Ellas se presentan como prohibiciones de violar (esto es, de abolir o limitar), por medio de leyes o de decretos con fuerza de ley, la igualdad y las libertades así garantizadas. Pero el elemento esencial de estas 'prohibiciones' no consiste en el hecho de que, a cargo del órgano legislativo, pueda ponerse el deber jurídico de no dictar tales leyes, sino en el hecho de que tales leyes, una vez en vigor, puedan ser anuladas mediante un procedimiento especial previsto para este fin, por causa de su 'inconstitucionalidad'": H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. de M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, pp. 163-4. Unas páginas antes (p. 152), se lee que «la opinión tradicional, según la cual el derecho es un objeto de conocimiento jurídico distinto del deber y tiene clara prioridad respecto del deber, bien se puede reconducir a la doctrina iusnaturalista».

La presunta laguna técnica es en realidad una insuficiencia de las obligaciones y de las sanciones previstas por el ordenamiento en tutela del derecho. Ese juicio de insuficiencia, sin embargo, no es teórico sino totalmente ético-político, y habría de presentarse abiertamente como tal, y por tanto la laguna debería calificarse más bien como *laguna ideológica*[69]. Que las garantías primarias estén diseñadas de manera vaga, o de algún otro modo insatisfactoria, equivale a una indeterminación del contenido de los derechos (indeterminación que a menudo, como sabemos, puede ser radical). Que las garantías secundarias sean incompletas o estén diseñadas de manera insatisfactoria o insuficiente, equivale a un déficit de tutela de los derechos.

Una situación, como la que caracteriza a muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, en la que los derechos sean altamente indeterminados (especialmente en cuanto a las obligaciones del legislador y de los demás poderes públicos) o estén insuficientemente tutelados (en cuanto a la sanción por su violación), puede sin duda juzgarse indeseable desde el punto de vista ético-político, pero no puede calificarse desde el punto de vista teórico como un caso de laguna del Derecho positivo. En realidad –conviene subrayarlo una vez más-, sólo se puede hablar de laguna cuando en el Derecho falte algo que debería estar, pero algo que podamos decir *de antemano* qué cosa es, *sobre la base del mismo Derecho positivo*. Sin embargo, no es éste el caso de las garantías (primarias y secundarias) de los derechos, como resulta evidente en cuanto nos hacemos las siguientes preguntas: ¿*cuáles* y *cuántas* obligaciones del legislador serían necesarias (¿o suficientes?) para colmar la laguna? ¿*cuáles* y *cuántas* sanciones serían necesarias (¿o suficientes?) para tutelar eficazmente el derecho? En el momento en que buscamos una respuesta a estas preguntas, se ve claramente que estamos discutiendo acerca de qué concreto *contenido normativo* debería tener el derecho, y acerca de qué concretas *sanciones* deberían establecerse para su tutela; estamos discutiendo de la semántica y no de la sintaxis de los derechos, y estamos discutiendo de semántica normativa, ya que la semántica descriptiva sólo puede proporcionarnos la descripción del contenido (vago) del derecho enunciado en la constitución.

La teoría no puede (ni debe) darnos contenidos precisos ni garantías eficaces: en un Estado democrático, sólo puede hacer esto el legislador democráticamente elegido. Contenidos y garantías podrán reputarse vacíos o incluso ilusorios, y entonces estará bien emprender una «lucha por los derechos»: bajo la forma de exigencia al legislador de leyes de tutela del derecho proclamado en la constitución, o bajo la forma de exigencia de en-

[69] El único juicio teórico, o mejor, descriptivo, puede ser el que se limita a ilustrar el contenido, normalmente vago, de la formulación del derecho.

miendas constitucionales que formulen de modo más satisfactorio el contenido del derecho (o sea, las obligaciones del legislador). Sin embargo, sobre esa lucha, la voz del teórico (iuspositivista) no es una voz cualificada. La crítica de insuficiente tutela de los derechos, en efecto, presupone (no un modelo teórico-sintáctico sino) un *modelo sustantivo* de los derechos, es decir, un *catálogo de derechos normativo y con contenidos*, un catálogo que las constituciones contemporáneas no suministran (sino a grandísimas líneas) y presumiblemente nunca serán capaces de suministrar mientras persista el pluralismo de los valores que caracteriza a nuestras sociedades. En el plano político, la determinación de los contenidos de los derechos no podrá más que ser demandada, en el vago marco de las normas constitucionales, al pueblo soberano, o sea, al parlamento, al poder de reforma constitucional, o incluso al poder constituyente. Esto puede parecerle doloroso a quien albergue una justificada desconfianza hacia las asambleas parlamentarias, o hacia la sutileza de la opinión pública, pero resulta inevitable desde las reglas del juego democrático[70].

Como alternativa al modelo kelseniano, se nos presenta un modelo de derechos teóricamente completo, y las enunciaciones de los derechos presentes en las constituciones como autosuficientes para predeterminar *enteramente* los contenidos normativos y las garantías que deberán disponerse para hacer no ilusoria la tutela de las proclamaciones constitucionales; suficientes hasta el punto de hacer inevitable un juicio de lagunosidad técnica del ordenamiento que no las establezca. El Derecho positivo parece tener así ya trazado el camino por el teórico, o por una constitución leída con las lentes del teórico, como documento que incorpora un catálogo –obviamente implícito[71]– de contenidos normativos esculpidos con precisión en todos sus aspectos[72].

---

[70] J. Waldron, *Rights and Majorities: Rousseau Revisited*, en J.W. Chapman, A. Wertheimer (eds.), *Majorities and Minorities*, Nomos XXXII, New York U.P., New York & London, 1990, pp. 44-75, p. 71, observa que deberíamos tomarnos más en serio el elemento de insulto implicado por la tesis de que los ciudadanos y sus representantes son incapaces de hacer buenas leyes.

[71] No es casualidad que el ensayo de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales, aquí citado varias veces, se cierre con una remisión a Dworkin, a quien ya otras veces se ha aproximado su pensamiento. Véase L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, p. 35ss.; véase también S.C. Sagnotti, *I diritti tra storia e morale. Riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 119.

[72] Esto podría además considerarse un indicio de la presencia de una aporía en ese razonamiento, porque una de dos: o los derechos están ya completos en la constitución, y entonces obviamente no hay laguna técnica, o hay laguna técnica, pero falta el parámetro intranormativo con el que juzgar la pretendida laguna.

Pero esos derechos «encontrados» por el teórico en la constitución acaban por parecer algo muy similar a los postulados de la razón.

Esto plantea antes que nada el problema de su justificación. ¿Cuál podría ser la justificación de derechos concebidos como prevalentes no sólo sobre el juego democrático-parlamentario, sino incluso sobre el mismo poder constituyente[73]? Estos derechos inatacables por considerarse inscritos en el mismo contrato social constitucional acaban por asemejarse irresistiblemente a los del viejo Derecho natural[74]. Naturalmente, este «prejuicio» hacia el Derecho natural podrá considerarse injustificado; pero siempre queda sin embargo el hecho de que «la validación filosófica y la autorización política son dos cosas completamente diferentes. [...] La autorización compete a los ciudadanos que se gobiernan a sí mismos en su comunidad. La validación compete al filósofo que razona por sí solo en un mundo habitado únicamente por él y lleno de los productos de sus especulaciones»[75].

En segundo lugar, esto plantea el problema de su administración: los derechos, totalmente desvinculados de la soberanía popular, deberán no obstante ser administrados en su contenido y en sus implicaciones, en el cálculo de las garantías para su mantenimiento, que obviamente contribuyen a determinar el contenido y a delimitar los confines. Administración de los derechos, es decir, definición/redefinición de sus contenidos, elaboración de sus garantías: ¿a quién deberían corresponder todas estas tareas? La desconfianza hacia el legislador democrático y, en definitiva, hacia la política, impulsa irresistiblemente a confiarlas a los jueces, «dado que las discusiones internas en el poder judicial se asemejan de hecho mucho más que el debate democrático a los argumentos que se despliegan en la república ideal (en la mente del filósofo). Y parece plausible sostener que los derechos pueden ser definidos más correctamente mediante la reflexión de los pocos que mediante el voto de los muchos. [...] La lista filosófica de los derechos [...] pide una actividad judicial que es radicalmente intrusiva en lo que puede llamarse espacio democrático»[76]. El primado de las «listas filosóficas de los

---

[73] Como sostiene Ferrajoli, quien en su *Principia iuris* (en curso de publicación) defiende la tesis del agotamiento del poder constituyente en el acto de su ejercicio, y sostiene que el poder de reforma constitucional podrá ejercerse sólo en la dirección de la ampliación de los contenidos y de las garantías de los derechos ya recogidos en las constituciones.

[74] Que la constitución no coincida con el contrato social y no represente la base última de justificación de nuestras sociedades políticas, sino que requiera a su vez una justificación, está eficazmente argumentado por P. Railton, *Judicial Review, Elites, and Liberal Democracy*, en J.R. Pennock, J.W. Chapman (eds.), *Liberal Democracy*, Nomos XXV, New York University Press, New York, 1983, p. 154.

[75] M. Walzer, «Philosophy and Democracy», en *Political Theory*, 1981, p. 397.

[76] M. Walzer, «Philosophy and Democracy», pp. 390-1.

derechos» se traduce inexorablemente en su encomendamiento a los jueces, y por tanto en una frustración de la democracia.

Kelsen debió haber visto bien todo esto, desde el momento en que, por desconfianza hacia el poder judicial, formulaba la sugerencia, cierto que *naïf*, de redactar las constituciones con rigor semántico.

Con su visión de la pacífica dialéctica parlamentaria orientada a la tolerancia y al compromiso, nos ofrece una indicación quizá inadecuada en su contenido (inadecuada especialmente para sociedades con un altísimo grado de conflictividad como las nuestras), pero todavía muy valiosa en el método: nos indica el espacio irrenunciable de la política. No es cristalizando los derechos en modelos teóricos aptos para medir las lagunas de los Derechos positivos, y confiándolos al terrible y no democrático poder judicial, como se maximiza su tutela. No es presumiendo que las «listas filosóficas de los derechos» están ya incorporadas en las constituciones, como se los concilia con la democracia. No es abandonando el espacio de la política en las manos del filósofo como se protegen ni los derechos, ni la democracia.

(Traducción de Juan A. Pérez Lledó)

MODELO AMERICANO Y MODELO EUROPEO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Alfonso Ruiz Miguel
Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción(*)

En este escrito pretendo poner en cuestión algunas distinciones tradicionalmente consagradas en la comparación entre los dos modelos clásicos de justicia constitucional, el americano de la *judicial review* y el europeo de origen kelseniano. Aunque la convergencia entre ambos modelos ha sido reconocida ya hace tiempo desde el punto de vista de la ciencia política[1], tengo la impresión de que la tendencia tradicional a destacar más los contrastes que las similitudes entre ambos sigue prevaleciendo en la cultura jurídico-constitucional española, con la que las páginas que siguen pretenden dialogar[2].

Para plantear analíticamente la comparación ordenaré la exposición en torno a lo que probablemente sean los tres criterios más señalados con los que suele identificarse el concepto de «jurisdicción», esto es, la caracterización de la función judicial, primero, como procedimiento de aplicación del Derecho frente a la creación jurídica; segundo, por la función de reso-

(*) Reelaboración del texto preparado para la participación en una mesa redonda en el V Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho, celebrado en Alicante los días 21 a 23 de octubre de 1999.

[1] Ya en 1988 el politólogo Brünneck afirmaba que «el grado de coincidencia entre los distintos métodos de revisión constitucional ha aumentado en los últimos decenios. Este proceso probablemente ha sido promovido por los frecuentes encuentros bilaterales y multilaterales entre magistrados constitucionales. La razón decisiva para el aumento de la similitud en las estructuras organizativas de los tribunales constitucionales reside en el hecho de que cumplen eminentemente las mismas funciones en todos los países aquí investigados» (Brünneck 1988, p. 233). Más recientemente, el constitucionalista alemán Peter Häberle ha destacado la importancia que para la integración europea y el desarrollo de un *ius commune constitutionale* tienen, junto a otros factores, las conferencias que celebran los tribunales constitucionales europeos (cf. Häberle 1996, pp. 198-9).

[2] Una apreciación similar, extendida a la doctrina constitucional europea, en Aja y González Beilfuss 1998, pp. 258-9.

lución de controversias de carácter concreto; y, tercero, por la situación de independencia e imparcialidad de sus órganos y decisiones. Analizar el juego de esos criterios en los dos modelos mencionados creo que permitirá revisar también algunos problemas de la justicia constitucional relevantes desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, y tanto en su vertiente teórico-jurídica como filosófico-política. En esta indagación, naturalmente, la reflexión en torno a los tres criterios mencionados es sobre todo una especie de pretexto para plantear tales problemas, entre los que excluyo la pretensión de buscar, y menos de encontrar, esencia alguna de la función judicial[3].

2. Aplicación y creación de Derecho

El primer criterio anunciado, el de que la actividad judicial –como también la administrativa– es eminentemente un procedimiento de aplicación y no de creación del Derecho, está estrechamente relacionado con el diseño democrático-liberal de la división de los poderes estatales, en el que sólo al legislativo, como representante de la voluntad popular, le cumple la función de crear Derecho. Con independencia de la distancia entre este diseño ideal y la realidad de la actividad judicial ordinaria, es en la justicia constitucional donde resulta más ostensible la actividad creadora de Derecho[4].

En efecto, en las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes se pueden observar fácilmente los tres significados básicos en los que los jueces pueden «crear Derecho»: en primer lugar, desde un punto de vista puramente formal, claramente destacado por Kelsen, porque toda sentencia introduce una nueva norma en el sistema (es la norma individual que decide el caso, en cuanto enunciado diferente de otros, con independencia de su contenido significativo); en segundo lugar, desde el punto de vista del contenido, porque al menos algunas sentencias no apliquen mecánicamente el

[3] En efecto, no creo que ninguno de los tres criterios, u otros alegables, sea «esencial» a la función judicial, en el sentido de que pueda encontrarse en todos los casos y sólo en el ámbito de lo que suele y puede considerarse jurisdiccional, que al fin al cabo es un concepto polisémico y sobre el que toda definición útil ha de ser estipulativa. Así, además de los tres criterios citados, ni el carácter contradictorio del proceso, ni la motivación de las decisiones, ni el carácter de árbitro o tercero del juez son rasgos universales de la función judicial, sea porque han existido y existen actividades distintas y aun opuestas a las anteriores que se han considerado judiciales, sea porque actividades distintas a las judiciales también pueden caracterizarse mediante alguno de tales rasgos.

[4] Con cierta exageración, y no sin alguna falta de sensibilidad tanto hacia el realismo jurídico y a la tradición teórica kelseniana como hacia el papel creativo de los jueces ordinarios, se ha llegado a decir que una de las consecuencias del control de constitucionalidad «es que todo acto de aplicación del Derecho es en alguna medida un acto de creación de Derecho. La otra es que la jurisdicción constitucional no es lo opuesto a la política, sino que hasta cierto punto es política» (Grimm 1988, p. 169).

Derecho preexistente sino que lo innoven, bien mínimamente en la medida en que deban elegir entre alguno de los criterios de los que las normas aplicables son marcos abiertos a distintas posibilidades (que es también una idea kelseniana, conectada con su visión del doble carácter de creación y aplicación en el proceso de concreción de los grados inferiores del ordenamiento jurídico), bien incluso, en la forma fuerte de la creación material, porque establezcan *ex novo* criterios que no se reconocieran como existentes previamente; en tercer lugar, en fin, desde el punto de vista de los efectos, porque el criterio adoptado en la sentencia, con independencia de su contenido más o menos repetitivo o innovador respecto de lo que las normas previas establezcan, reciba en el sistema no sólo eficacia para el caso resuelto sino también fuerza *erga omnes*.

Pues bien, donde puede haber diferencias entre los dos modelos de justicia constitucional, el americano y el kelseniano, no es en el primer significado mencionado de la idea de creación judicial, que es puramente formal y dependiente de la convención adoptada sobre el uso del término «norma», sino en los otros dos. Y, en particular, por un lado, dentro del segundo significado, en la forma fuerte de la creación desde el punto de vista del contenido, cuyo comentario voy a dejar pendiente hasta la discusión del punto siguiente, y, por otro lado, en el tercer significado apuntado, bajo el punto de vista de los efectos *erga omnes*, al que me referiré ahora.

La visión más extendida en este último punto viene a diferenciar entre el sistema americano y el europeo de la siguiente manera: mientras en el sistema americano la fuerza *erga omnes* se produce en *toda* sentencia del Tribunal Supremo (al igual que en las de cualquier otro tribunal, respecto de los inferiores) como derivación del valor de precedente que su justificación adquiere para ulteriores casos similares, en cambio, en el sistema austriaco, la fuerza *erga omnes* se predica únicamente, como mero efecto de la cosa juzgada y, con independencia de los fundamentos, sólo del fallo de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una ley, esto es, no en las declaratorias de la constitucionalidad ni, en la variante germana y española, en la resolución de recursos individuales en amparo de derechos fundamentales[5].

[5] La tesis es formulada así por Favoreu, para quien lo que cuenta para hablar de *jurisdicción* constitucional es que «el Tribunal Constitucional diga el derecho con autoridad de cosa juzgada y que sus declaraciones de inconstitucionalidad puedan desembocar en anulaciones con efecto *erga omnes*», a diferencia, añade, del mero reenvío al parlamento para una reconsideración, donde hay consejo más que jurisdicción, o de la reescritura y sustitución positiva de la ley, donde hay más legislación que jurisdicción (cf.Favoreu 1986, p. 23).

En su origen, es muy verosímil que la ausencia del sistema de *stare decisis* hiciera casi impensable la introducción en la Europa continental de un sistema de control difuso de constitucionalidad, que habría generado una gran inseguridad jurídica[6]. Y de ahí no sólo la concentración del control de constitucionalidad en un tribunal diferenciado y especializado, sino también la consideración de éste por Kelsen, su primer defensor y teorizador, como legislador negativo. En efecto, es plenamente significativo en este aspecto que en su famoso artículo de 1928 en defensa de una garantía *jurisdiccional* de la Constitución, Kelsen negara un tanto paradójicamente que un Tribunal Constitucional al modo austriaco ejerciera «verdaderamente una función jurisdiccional». Y lo negó como resultado de la convergencia de dos ideas: de un lado, su caracterización de la diferencia de tal función respecto de la legislativa «ante todo en que ésta crea normas generales, mientras que aquélla sólo crea normas individuales» y, de otro lado, su visión del control de constitucionalidad efectivo como anulación de normas; la suma de ambas ideas, por citar su conclusión literalmente, daba por resultado que «anular una ley es dictar una norma general [...no siendo] por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa»[7]. En cierto contraste con todo ello, reforzando la ambigüedad de sus tesis, Kelsen pudo considerar compatible esta configuración con su defensa de la naturaleza judicial del Tribunal Constitucional, en el sentido de independiente e imparcial, porque creía que la anulación de leyes, a diferencia de la legislación positiva, era, desde un punto de vista sustantivo, aplicación del Derecho y apenas libre creación, hasta el punto de afirmar que aquélla se encuentra «absolutamente determinada por la Constitución»[8], también –no se puede dejar de recordarlo– porque en su diseño quedaba tajantemente excluida la revisión constitucional relativa a principios generales de justicia, libertad, igualdad y moralidad.

---

[6] Cf. von Beyme 1988, p. 30.

[7] Cf. Kelsen 1928, p. 130.

[8] Explica Kelsen: «Aparece en este punto la distinción entre la elaboración y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce, esencialmente, en aplicación de las normas de la Constitución. Está ausente casi por completo aquí la libre creación que caracteriza a la legislación. Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar –y tan sólo por medio de principios o directivas generales–, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución. Y es precisamente por ello por lo que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal, pues se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho y, por tanto, de algo propiamente jurisdiccional» (Kelsen 1928, p. 131).

Ahora bien, en lo que se refiere a este criterio de la aplicación y la creación del Derecho, entre la propuesta kelseniana y el modelo actual de justicia constitucional en sistemas como el alemán, el español y, aunque quizá en menor medida, el italiano me parece que hay ya más diferencias que entre ese modelo y el americano. En efecto, por recoger brevemente fenómenos conocidos[9], las sentencias interpretativas, que establecen significados constitucionalmente válidos e inválidos de un texto legal, han servido para introducir criterios positivos de constitucionalidad a través de sentencias no anulatorias cuyo alcance, además, no se restringe exclusivamente al fallo sino que remite a la argumentación previa; por su parte, las sentencias constructivas, que indican qué modificaciones necesita una ley para ser constitucional, han permitido controlar no sólo las acciones del legislador sino también, aunque en menor medida, algunas de sus omisiones; en fin, en el caso de los tribunales constitucionales alemán y español especialmente, a través de la resolución de los recursos individuales de queja o de amparo, la construcción de una rica y compleja doctrina sustantiva en materia de derechos y libertades ha tenido decisivos efectos en el conjunto del Derecho legislado y del aplicado por el conjunto de los jueces[10]. El resultado natural de este proceso ha sido la progresiva introducción en el sistema europeo de un sistema de precedente, en especial respecto de las decisiones de los tribunales constitucionales, cada vez menos diferenciable del propio del *common law*[11]. El último y más completo eslabón en este proceso de consolidación del principio del *stare decisis* constitucional lo ofrece, me parece, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, aprobada en 1985, que dice: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de proce-*

[9] Cf., por ejemplo, Rubio 1993, pp. 510ss; Jiménez Campo 1997a, pp. 45ss; y Aja y González Beilfuss 1998, pp.276-79.

[10] En tal medida, las decisiones constitucionales declarando esferas de libertad constitucionalmente garantizadas para el ciudadano (p.ej., el aborto en USA), incluidos los derechos procesales ante el Estado (el caso Miranda, la prohibición de usar pruebas ilícitas, las limitaciones a los análisis corporales, etc.) pueden actuar tanto como anulaciones o inaplicaciones de leyes –o de interpretaciones de leyes– cuanto como nuevos criterios positivos que «congelan» ulteriores regulaciones legales (que, en el caso español al menos, han solido respetar hasta limitarse a la mera reproducción de los criterios del Tribunal Constitucional).

[11] Dentro de una construcción tendente a destacar los rasgos específicos del modelo europeo respecto del americano, Pedro Cruz Villalón ha reconocido que el «resultado final [...] puede no ser muy distinto en uno y otro sistema, dada la virtualidad del principio «stare decisis»» (Cruz 1987, p. 35). Sobre el tema, en general, véase MacCormick y Summers 1997.

sos»; y obsérvese que esta referencia final a «las resoluciones en todo tipo de procesos» parece conducir a considerar doctrina aplicable la de cualquier sentencia, sea favorable o contraria al acogimiento de la inconstitucionalidad, e incluyendo también las que resuelven recursos de amparo.

Es verdad que una diferencia que todavía subsiste en alguna medida entre el modelo americano y el europeo reside en el efecto de expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada inconstitucional que se produce en el segundo, efecto que se relaciona con la mayor irreversibilidad de tal tipo de decisiones en ese modelo[12]. Ahora bien, esta diferencia, que es innegable en el plano formal, podría ser mucho más tenue en el plano de la realidad, y tanto porque en el modelo americano los criterios constitucionales consolidados por el Tribunal Supremo tienen de hecho una vinculatoriedad muy fuerte para todos los órganos del Estado, incluidos los legisladores[13], como porque en el sistema europeo no está tan claro, aunque es asunto discutido y abierto, que la expulsión de una norma por inconstitucional tenga o deba tener un carácter tan irreversible como para excluir la aprobación futura de una norma igual o similar[14].

Las anteriores observaciones, que cuando menos tienden a limar las aristas de un agudo contraste entre el modelo americano y el europeo, tal vez permitan abordar bajo una nueva luz el problema de si los tribunales constitucionales europeos deberían poder seleccionar más libremente los recursos individuales sometibles a su decisión. Ante este problema, que se plantea más agudamente en países como Alemania o España cuyos tribunales constitucionales tienen una notable sobrecarga de ese tipo de recursos, creo que la respuesta puede ser netamente afirmativa[15]. La razón fundamental reside en que los teóricos peligros de que en caso de introducción de una especie de *writ of certiorari* en estos sistemas decaería gravemente la posi-

---

[12] Víctor Ferreres ha destacado como «gran diferencia» en este punto el que mientras en el modelo americano es posible, como proceso fisiológico, un cierto grado de desobediencia descentralizada a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el europeo la desobediencia ante la decisión de inconstitucionalidad de una ley ha de concentrarse en el parlamento (cf. Ferreres 1997, pp. 205-6). Cabe precisar, en todo caso, que este último rasgo, en sistemas como el alemán o el español al menos, no afecta a la jurisprudencia en materia de amparo o a la que se deduce de recursos y cuestiones resueltos en favor de la constitucionalidad de las leyes, que puede contener criterios interpretativos que restringen las posibilidades de actuación del legislador.

[13] Cf. sobre ello Gunther 1991, p. 28. Por lo demás, ya en 1966 Cappelletti había precisado que en Estados Unidos el *stare decisis* produce en la práctica no una mera desaplicación para el caso sino que «termina por asumir una verdadera y propia eficacia *erga omnes*», convirtiéndose «en una verdadera y propia *anulación de la ley*», y añade que la posibilidad teórica de resurrección de una norma por *overruling* se ha usado en casos «realmente excepcionales» (Cappelletti 1966, p. 41-42).

[14] Cf. Ferreres 1997, pp. 199ss, así como Aja y González Beilfuss 1998, p. 284.

[15] Sobre ello, ver el documentado trabajo de López Pietsch 1998.

bilidad de tutela efectiva en materia de derechos y libertades son tanto más lejanos cuanto más consolidado esté el actual proceso de respeto a los precedentes del Tribunal Constitucional. En efecto, una adecuada selección de casos permitiría, además de aclarar eventuales jurisprudencias oscilantes, resolver casos dudosos con criterios bien meditados y fundamentados, con un mayor y mejor efecto expansivo *material* en el conjunto de las decisiones judiciales. Ese efecto material, por lo demás, podría reforzarse *procesalmente* mediante la centralización de un recurso general en materia de derechos fundamentales, e incluso de garantías constitucionales, en una sala del Tribunal Supremo con la función específica de unificar jurisprudencia en aplicación de los criterios del Tribunal Constitucional.

3. Abstracción y concreción en el control de constitucionalidad

El segundo criterio de jurisdiccionalidad, la idea de que ejercer justicia consiste en resolver controversias y casos concretos, que estuvo en el centro de la polémica de Carl Schmitt contra la defensa kelseniana de la jurisdicción constitucional[16], ha sido el otro foco principal de contraste entre el modelo de justicia constitucional americano y el europeo. El criterio de que resolver conflictos concretos –o, como decía Tocqueville, «pronunciarse sobre casos particulares», afectando «a un interés individual»[17]– es esencial al poder judicial, presenta en abierto contraste el modelo americano, de justicia constitucional *incidenter*, donde un particular alega el perjuicio de un acto estatal concreto contrario a sus derechos constitucionales, y el modelo europeo, de justicia constitucional *principaliter*, donde una minoría parlamentaria o algún órgano con especial legitimación alegan directamente que se ha dictado una ley en violación de la Constitución y el examen subsiguiente tendría el carácter de un control abstracto, alegadamente del todo diferente al juicio de un caso concreto[18]. Como es sabido, ya el desarrollo de este modelo en varias constituciones europeas[19] introdujo dos mecanis-

[16] Según Schmitt, «una sentencia judicial es [...] la decisión de un "caso" "sobre la base de una ley"» (Schmitt 1931, p. 79), mientras que «[l]a aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real» (quiere decir, a un caso concreto) (*ib.*, p. 84), pues «compáranse entre sí reglas generales, pero no se subsume ni se 'aplica' una a otra» (*ib.*, p. 85).

[17] *De la démocratie en Amérique*, libro I, cap. 6 (en la edición castellana de Eduardo Nolla, *La democracia en América*, Madrid, Aguilar, 1988, Tomo I, pp. 101 y 105); por su parte, también Montesquieu había identificado el «poder de juzgar» con aquel por el que el magistrado «castiga los crímenes o juzga las disputas entre los particulares» (*De l'esprit des lois*, XI, VI).

[18] A la distinción anterior se suele superponer otra diferente, de tipo organizativo: la distinción entre justicia difusa y concentrada, que alude a los órganos encargados del control, según sean todos los tribunales ordinarios o exclusivamente un tribunal único, normalmente especializado.

[19] Así, en las de Austria, Alemania, Italia, España, Bélgica y Portugal.

mos de jurisdicción incidental: en primer lugar, la cuestión judicial de inconstitucionalidad, que un juez ordinario puede presentar ante el Tribunal Constitucional cuando tiene dudas a propósito de una ley aplicable al caso, control que, se ha dicho[20], si bien es concreto en su planteamiento inicial por el juez, es en cambio abstracto en su modo de resolución por el Tribunal Constitucional; y, en segundo lugar, los recursos de queja o de amparo al modo alemán o español[21], que permiten a cualquier ciudadano acudir al Tribunal Constitucional por la aplicación de algún acto estatal contrario a la Constitución y que, tras un determinado procedimiento, pueden llegar a dar lugar a una declaración abstracta de inconstitucionalidad de una ley.

Con independencia de esos desarrollos, el contraste entre esa forma abstracta y la forma concreta o caso por caso, al estilo americano, ha sido presentado como una contraposición tajante, con aristas muy netas, si bien en sentidos opuestos. Así, de un lado, como se mencionó hace poco, el criterio de Kelsen era que la forma abstracta del control de constitucionalidad, mediante el contraste directo entre el texto de la Constitución y el de la ley, había de ser un acto eminentemente aplicativo desde un punto de vista material o del contenido. De otro lado, y justo en la dirección opuesta, Genaro Carrió recogió lo que puede haber llegado a ser una opinión bastante común entre los juristas, cuando frente al recurso de constitucionalidad europeo alababa la *judicial review* americana (también argentina) por ser un tipo de control al por menor, en el que el tribunal no operaría como un «superlegislador que desde una superinvestidura puede derogar una ley entera» y que, por ello, no comportaría «un juicio de valor de alcance amplio, divorciado de una apreciación cuidadosa de los numerosos tipos de situaciones fácticas distintas que esa norma procura reglar»; únicamente el control sobre «ciertos casos concretos mediante decisiones ceñidas a los hechos de éstos y sólo aplicables a ellos» obligaría –concluía Carrió– «a una responsable actividad estrictamente judicial», imparcial, objetiva y limitada a los hechos relevantes[22].

---

[20] Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional español 161/1997, FJ 2; así como Jiménez Campo 1992, p. 17, que remite a Rubio Llorente y Cruz Villalón (pero con mayores matices, cf. Jiménez Campos 1997b, p. 97-100).

[21] El recurso individual en la Constitución austriaca, introducido en 1975, se limita a la posibilidad de impugnar una ley inconstitucional aplicable sin la intervención judicial ni administrativa, por lo que su alcance es de mucho más limitada significación que en los dos casos citados en el texto (cf. Favoreu 1986, p. 42; y Welan 1988, pp. 67-8).

[22] Carrió 1991, pp. 156-7. En buena parte, estas ideas de Carrió pueden rastrearse hasta Tocqueville, que veía en el carácter concreto del control americano de constitucionalidad un contrapeso al peligro del «inmenso poder político» conferido allí a los jueces: «Si el juez hubiese podido atacar las leyes de una manera teórica y general, si hubiese podido tomar la iniciativa y censurar al legislador, hubiese entrado estrepitosamente en la escena política.

Para evaluar estas tesis en contraste no es suficiente, me parece, destacar la importancia que en los sistemas europeos han adquirido procedimientos como los citados poco más arriba, que tienen origen en una controversia concreta, puesto que lo que está aquí en cuestión es la diferencia entre este tipo de procedimientos y los de carácter abstracto. En realidad, a la vista de la práctica, tiendo a pensar que la posición de Kelsen y la de Carrió yerran tanto en la contraposición tan tajante entre el control abstracto y el concreto como en la común suposición de que uno de ellos resulta tendencialmente menos materialmente creativo de Derecho que el otro, por donde termina resultado irrelevante la discrepancia entre ambos autores sobre cuál de las dos formas de control es más aplicativa o más creativa. Para hacer una comparación adecuada entre los dos sistemas conviene mantener distinguidos tres conceptos diferentes: el carácter incidental o principal del procedimiento, el tipo de argumentación y los efectos de la decisión. Los tres aparecen confundidos en los por lo demás claros textos de Carrió, cuando establece sendas correlaciones directas entre el tipo de procedimiento judicial y, de un lado, el tipo de argumentación y, de otro lado, el tipo de efectos de las decisiones judiciales. Sin embargo, las tres son cuestiones diferentes, y ambas correlaciones deben analizarse críticamente.

Así, por lo que afecta a la primera correlación, los razonamientos empleados por un tribunal pueden ser perfectamente del mismo tipo con independencia de que el procedimiento sea concreto y de carácter incidental o

---

Convertido en el campeón o adversario de un partido, hubiese llamado a tomar parte en la lucha a todas las pasiones que dividen el país. Pero cuando el juez ataca la ley en un debate oscuro y en una aplicación particular, oculta en parte a las miradas del público la importancia del ataque. Su sentencia únicamente tiene por objeto afectar a un interés individual, la ley sólo es herida por casualidad. Por otra parte, la ley así censurada no es destruida. Disminuye su fuerza moral, pero su efecto material no queda suspendido. Sólo poco a poco y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, sucumbe finalmente. Además, se comprende con facilidad que al conferir al interés particular la iniciativa de la censura de las leyes, al ligar íntimamente el proceso hecho a la ley con el proceso hecho al hombre, se asegura que la legislación no será atacada a la ligera. En ese sistema no está expuesta ya a las agresiones diarias de los partidos. Al señalar las faltas del legislador se obedece a una necesidad real, se parte de un hecho positivo y apreciable, ya que debe servir de base a un proceso. [...]. Si el juez solamente pudiera atacar a los legisladores de frente, habría momentos en los que temería hacerlo y otros en que el espíritu de partido le empujaría a intentarlo cada día» (*La democracia en América*, I, p. 105).

En la línea de Carrió, aunque desarrollando un argumento algo diferente, apuntado por Klaus Günther y Habermas, Victor Ferreres ha defendido la mayor riqueza del debate público que tiende a producirse cuando la legitimación del recurso la tienen, directa o indirectamente, los particulares y no, como ocurre en el recurso de constitucionalidad europeo tipo, uno u otro órgano o grupo integrado en la organización política (cf. Ferreres 1997, pp. 176-8). Personalmente, sin embargo, no estoy tan seguro sobre la generalización presupuesta en este argumento sobre la mayor capacidad de los particulares sobre la de los distintos representantes parlamentarios para recoger los distintos argumentos relevantes.

abstracto y de carácter principal. Por ejemplificarlo, no me parece que los razonamientos empleados por el Tribunal Supremo de Estados Unidos para resolver un caso concreto como el del castigo a una mujer por abortar (*Roe* v. *Wade*) tengan un carácter menos abstracto y universalista o estén más pegados a la «realidad concreta» –en la medida en que tal expresión no signifique que coincide más con la opinión que nos resulta más querida– que, póngamos por caso, los utilizados por las sentencias de los tribunales constitucionales alemán y español sobre la legislación despenalizadora del aborto. Creo que el grado de concreción o abstracción de un razonamiento judicial y su relación con los casos concretos no depende tanto del procedimiento adoptado como, junto con la mayor o menor profundidad o superficialidad del método argumentativo seguido, de lo que podría denominarse el grado de subsuntividad entre el caso o casos y la norma legal que los incluye y entre esta misma norma legal y el principio o norma constitucional tenido por relevante[23]. En tal sentido, por poner ejemplos claros, la relación de abstracción a concreción entre la norma de la Constitución española que atribuía solamente a los españoles los derechos de participación política excepto que una ley o tratado concediera el derecho de sufragio activo a no españoles y la norma del tratado de Maastrich que confiere también el derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos de la Unión Europea residentes en España, que obligó a una reforma de la constitución tras una consulta al Tribunal Constitucional, es netamente más estrecha e inmediata que, por citar ahora ejemplos de una sentencia americana y otra española, entre la garantía constitucional contra la autoincriminación y el hecho de haber recibido la declaración voluntaria de un detenido sin haberle comunicado sus derechos (el caso *Miranda* v. *Arizona*) o entre el principio constitucional de la tutela judicial efectiva y el criterio que prohíbe utilizar pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales (la sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984).

En cuanto a la otra correlación implícita en la tesis de Carrió, entre el procedimiento y los efectos, ya he comentado que debe reconocerse la diferencia entre, de un lado, el sistema americano de mera inaplicación de las leyes inconstitucionales, que admite abiertamente la posibilidad de *overruling* o revisión en el futuro y la interpretación de su alcance como precedente (restricción a las *rationes decidendi*, *distinguishing*, etc.) y, de otro lado, el sistema austriaco de anulación definitiva y expresa de normas legales, que una vez declaradas inconstitucionales son, en el mejor de los casos, de

[23] Tal grado tiene que ver con la textura abierta del lenguaje y en la zona central es máximo, en la zona de penumbra decreciente y fuera de ella mínimo o nulo, según sea posible o no la interpretación extensiva o la analogía

difícil restablecimiento. Sin embargo, esta diferencia no afecta necesariamente al grado de abstracción o generalidad de los efectos sobre los casos afectados, que es una función variable según las normas sometidas a examen constitucional con independencia de que el procedimiento sea incidental o principal. Por ejemplificarlo, la amplitud de los efectos de *Roe* v. *Wade* o de *Brown* v. *Board of Education*, a pesar de proceder de recursos en casos concretos, fue y ha seguido siendo tan inmensa, si no más, en su alcance como las declaraciones «abstractas» de inconstitucionalidad de un Tribunal Constitucional como el español anulando la norma que autorizaba la entrada policial en un domicilio en casos de flagrante delito sin autorización judicial o la que sometía a un tipo impositivo acumulativo las rentas de los cónyuges. Y si al hablar de los efectos se pensara no en la aplicabilidad a todos los casos similares al decidido, sino en el grado de relevancia o impacto social de éstas, todavía están por llegar en Europa decisiones tan decisivas como las que retrasaron el *New Deal* de Roosevelt o tan devastadoras como *Dred Scott*, cuya protección de la propiedad sobre los esclavos negros encendió la mecha de la guerra civil estadounidense.

Con todo, la conclusión general que de las anotaciones anteriores cabe extraer es que ni el sistema americano ni el europeo de control de constitucionalidad han terminado por realizar una tarea judicial típicamente aplicativa y de reducido alcance en la modificación del Derecho legislado. Una conclusión que, al confirmar con creces la elevada importancia política de la justicia constitucional, conduce directamente al tercero y último punto que pretendía plantear, relativo a la comparación de los sistemas de garantía de la independencia e imparcialidad de los jueces constitucionales en el modelo americano y el europeo.

4. La independencia de los tribunales constitucionales

El tercer y último criterio pendiente de comentario afecta a la situación de independencia e imparcialidad de los órganos y las decisiones en los modelos europeo y americano de justicia constitucional. Si se me permite dejar difuminadas algunas variaciones dentro de los distintos sistemas europeos, entre los elementos comunes de ambos modelos destacan, primero, el carácter del mecanismo de nombramiento de los jueces constitucionales, no burocrático-profesional sino electivo por parte de uno o varios órganos que, al menos en parte, están democráticamente legitimados de manera directa[24],

[24] Digo «en parte» en referencia a la elección por cámaras parlamentarias, que en Europa, con excepciones como la de Francia y Austria, tienden a ser los órganos que mayor número de jueces nombran. Junto a ellos, también pueden tener una cierta capacidad de nombramiento, usualmente menor, los gobiernos y algunos órganos judiciales.

y, segundo, su garantía de inamovilidad durante el período legalmente predeterminado. Cabe observar cómo uno y otro aspecto operan en sentido opuesto respecto del criterio de legitimación, pues si, en parte al menos, la elección produce una cierta legitimación democrática indirecta o derivada, en cierta medida similar a la que recibe el gobierno en un sistema parlamentario, la inamovilidad subsiguiente blinda a los jueces constitucionales respecto de prácticamente toda responsabilidad política y democrática.

Tras el anterior trasfondo básicamente común, las principales diferencias entre el modelo americano y el europeo pueden cifrarse en dos[25]: por una parte, la figura del nombramiento presidencial unido al procedimiento de *advice and consent* realizado mediante la audiencia del Senado en el primero, en contraposición al más o menos extenso sistema europeo de reparto de cuotas con capacidad de vetar nombres entre los partidos políticos con la suficiente capacidad parlamentaria[26]; y, por otra parte, el diferente esquema de inamovilidad, que en el caso americano procede del nombramiento vitalicio y, por tanto, de la imposibilidad ulterior de «castigo» a través de la libre remoción, mientras en el modelo europeo procede del nombramiento con un término preestablecido –bien un período de ejercicio de 6 a 12 años bien la llegada del juez a la edad de setenta años– y, por tanto, de la imposibilidad ulterior de «premio» a través de la reelección. De entre los varios temas que estas diferencias podrían sugerir seleccionaré dos: la primera anima a preguntar por el interés de introducir en el sistema europeo un mecanismo de audiencia pública en el parlamento y la segunda suscita la duda de cuál de los dos sistemas de terminación del cargo es preferible para el objetivo de la independencia de los jueces respecto de las influencias políticas.

Antes de intentar responder a una y otra cuestión aventuraría que entre las dos diferencias que he señalado existe una cierta correlación interna, en el sentido de que, tomando siempre este tipo de generalizaciones como lo que son, el nombramiento presidencial vitalicio con intervención del Sena-

[25] No son las únicas, pues es importante la diferencia sobre el momento y el contexto histórico en que uno y otro se establecen: mientras el control americano surge con influencias inglesas y iusnaturalistas, sin asomo de desconfianza hacia el poder judicial, el europeo es de influencia doctrinal positivista y se construye con una cierta desconfianza hacia los jueces; este último rasgo, por lo demás, ha sido perdurable, hasta el punto de que los tribunales constitucionales, sociológicamente, expresan no el poder de los jueces, sino más bien de los juristas teóricos, un *ProfessorenRecht* (este rasgo puede explicar una de las razones por las que, en España al menos, los juristas teóricos favorecen la existencia del Tribunal Constitucional, pues, frente a una tradición de relativamente escasa o lenta influencia en el Tribunal Supremo, aquél está formado principalmente por profesores y es un medio mucho más receptivo a su influencia y todavía más decisivo en la organización jurídica.

[26] En Austria es la costumbre y no la necesidad la que impone una práctica de pacto entre los dos partidos que han gobernado en coalición.

do americano ha tendido a producir tribunales disociados de las mayorías democráticas sucesivas en mayor medida que en el caso de los tribunales europeos, a lo que probablemente han contribuido tanto la menor frecuencia de las renovaciones parciales en el caso americano como lo que podría denominarse la mayor sintonía media obtenida por la elección parlamentaria por mayorías reforzadas en el caso europeo. Si esto es así, en Europa tendería a ser más difícil que en Estados Unidos la elección de magistrados ideológicamente muy sesgados y caracterizados. Una circunstancia, por cierto, que en este último país se ha producido con notable insistencia a pesar de las audiencias del Senado, que al fin y al cabo termina decidiendo por simple mayoría.

Aun así, la correlación interna que he aventurado no propone una incompatibilidad de principio entre el sistema europeo y la figura de la audiencia parlamentaria, especialmente respecto de los magistrados nombrados mediante elección parlamentaria, que sin duda podrían ser sometidos a dicha audiencia ante una comisión antes de su elección por la cámara correspondiente. El procedimiento parece de articulación constitucional mucho menos fluida, en cambio, para los casos en los que en línea de principio más razonable sería introducir controles externos y democráticos, esto es, para los magistrados designados por órganos distintos al parlamento. Junto a ello, y por echar algunos granos de sal sobre las virtudes democráticas del sistema de audiencia, tal vez no sea ocioso tener cautela ante sus posibles defectos en un país como el nuestro, como la probable división de los medios de comunicación y el consiguiente exceso de politización de las designaciones, el riesgo de mengua de la calidad de los candidatos tras la disminución de la cantidad de los dispuestos a sufrir eventuales calvarios públicos y, en fin, la posible depreciación del cargo de magistrado constitucional y, quizá, hasta el deterioro de las buenas prácticas del propio tribunal. Por lo demás, si considero el balance positivo del sistema en el caso del Tribunal Constitucional español, no me parece que haya especiales razones para que precisamente nosotros, que no estamos entre los más viejos del lugar en la práctica democrática, debamos iniciar los experimentos en este punto.

Me falta comentar, para concluir ya, el tema de la relación entre la independencia y las condiciones de terminación del cargo de juez constitucional, sobre el que sólo quiero esbozar un par de ideas. A primera vista, la independencia está más y mejor garantizada en el modelo americano de jueces vitalicios que en el europeo de exclusión de la renovación en el cargo tras el período preestablecido. El mayor defecto de este segundo sistema parece residir en que el «premio» sigue siendo posible, en especial por la eventual aparición de una práctica de nombramientos para otros cargos

prestigiosos. Frente a esta posibilidad, que puede haberse verificado en alguna medida en la pedestre realidad, se ha argumentado que el peso decisivo para la independencia de los jueces constitucionales reside en la cultura interna de este tipo de tribunales, más basada en el empleo de técnicas jurídicas que en reglas de la práctica política[27].

Es verdad que este tipo de respuestas puede resultar poco satisfactorio para quien crea que es inevitable, absolutamente inevitable, la posesión de una ideología y que, aunque ciertamente con límites, es difícilmente evitable que tal ideología no aliente detrás de la técnica jurídica en las más importantes decisiones que adoptan los jueces constitucionales. Y en tal nivel de exigencia, para el juicio global de la institución es indiferente que esa humana deficiencia –que, por supuesto, es uno de los reparos sólidos de la objeción democrática al control judicial de constitucionalidad–, provenga de la lealtad desinteresada hacia una ideología o de la motivaciones asociadas a «premios» o «castigos» por este o aquel partido en el gobierno. Lo que, junto a una elemental observación comparativa de la realidad, conduciría a la consideración de que tampoco el sistema americano, como por lo demás ningún sistema, puede proporcionar una independencia judicial que esté más allá del bien y del mal. De tomar consideraciones como ésta hasta sus últimas consecuencias, sería la propia justicia constitucional la que saldría mal parada, y tanto en el modelo americano como en el europeo. Pero para quienes consideran razonable y beneficiosa la existencia del control de constitucionalidad, entre la fantasiosa independencia absoluta y la sumisión ciega ante una ideología partidista seguramente hay un espacio para una forma de independencia humanamente razonable, basada en el esfuerzo por el rigor, la profundidad y la calidad de las argumentaciones constitucionales, entre las que debe incluirse la buena filosofía del Derecho. Y en ese tipo de esfuerzo, siempre mejorable, me parece que, en conjunto y una vez más, entre el modelo americano y el europeo las diferencias no son cualitativas.

Bibliografía

Aja, Eliseo y González Beilfuss, 1998: «Conclusiones generales», en Aja, Eliseo (comp.), 1998: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

Beyme, Klaus von, 1988: «The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems», en Lanfried 1988a, pp. 21-38.

Bouzat, Gabriel, 1991: «El control constitucional. Un estudio comparativo», en Nino 1991a, pp. 67-93.

[27] Cf. Pizzorusso 1988, pp. 113-4 y 125.

Brünneck, Alexander von, 1988: «Constitutional Review and Legislation in Western Democracies», en Lanfried 1988a, pp. 219-60.

Cappelletti, Mauro, 1966: *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Carrió, Genaro R., 1991: «Una defensa condicionada de la *judicial review* (Sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina)», en Nino 1991a, pp. 139-70.

Cruz Villalón, Pedro, 1987: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Cruz Villalón, Pedro, *et al.*, 1992: *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional* (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991), Madrid : Centro de Estudios Constitucionales.

Favoreu, Louis, 1986: *Les cours constitutionnelles*, París, PUF.

Ferreres, Víctor, 1997: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC.

Grimm, Dieter: «Comment», en Landfried 1988a, pp. 169-71.

Gunther, Gerald, 1991: *Constitutional Law. Cases and Materials*, 12ª ed., Westbury-N.Y., The Foundation Press.

Häberle, Peter, 1996: «Derecho constitucional común europeo», en Pérez Luño, Antonio-Enrique (comp.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, pp. 187-223.

Jiménez Campo, Javier, 1992: «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», en Cruz Villalón 1992, pp. 13-38.

Jiménez Campo, Javier, 1997a: «Qué hacer con la ley inconstitucional», *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, pp. 15-79.

Jiménez Campo, Javier, 1997b: «Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España», en Ruiz-Rico 1997, pp. 81-109.

Kelsen, Hans, 1928: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*; trad. francesa, «La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justicie constitutionnelle)», en *Revue de Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger*, XXXV, 1928; t. c. de Juan Ruiz Manero «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988, pp. 109-55.

Kelsen, Hans, 1931: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*; t. c. de Roberto J. Brie, supervisión de Eugenio Bulygin, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

Landfried, Christine (comp.), 1988a: *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.

Landfried, Christine, 1988b: «Introduction» a Landfried 1988a, pp. 7-20.

Landfried, Christine, 1988c: «Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany», en Landfried 1988a, pp. 147-67.

López Guerra, Luis, 1997: «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional», en Ruiz-Rico 1997, pp.27-59.

López Pietsch, Pablo, 1998: «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la *Comision Benda* y el debate español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 53, mayo-agosto, pp. 115-51.

MacCormick, D. Neil, y Summers, Robert S. (comps.), 1997: *Interpreting Precedents. A Comparative Study,* Aldershot etc., Ashgate-Dartmouth.

Nino, Carlos S. *et al*., 1991a: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Nino, Carlos S., 1991b: «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», en Nino 1991a, pp. 95-137.

Pizzorusso, Alessandro, 1988: «Constitutional Review and Legislation in Italy», en Landfried 1988a, pp. 109-26.

Rubio Llorente, Francisco, 1993: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (comp.), 1997: *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, tirant lo blanch.

Schmidhauser, John R., 1988: «Judicial Activism and Congressional Responses in the United States», en Landfried 1988a, pp. 39-62.

Schmitt, Carl, 1931: *Der Hüter der Verfassung*; se cita por la t. c. de M. Sánchez Sarto, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

Skouris, Wassilios, 1988: «Constitutional Disputes and Judicial Review in Greece», en Landfried 1988a, pp. 177-200.

Welan, Manfried, 1988: «Constitutional Review and Legislation in Austria», en Landfried 1988a, pp. 63-80.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y POSITIVISMO JURÍDICO

Luis Prieto Sanchís
Universidad de Castilla-La Mancha

1. Introducción. Algunas objeciones, no necesariamente positivistas, a la Justicia Constitucional.

La expresión positivismo jurídico suele usarse con una cierta imprecisión para designar tesis a propósito del Derecho no sólo heterogéneas, sino abiertamente contradictorias [1]. A mi juicio, las tesis más valiosas y que merecen ser conservadas no tienen mucho que ver con la existencia de alguna forma de justicia constitucional: ni la idea de las fuentes sociales del Derecho, ni la que postula la separación conceptual entre el Derecho y la moral, ni, en fin, aquella que vincula el Derecho con la fuerza se resienten o fortalecen por la existencia o no de Tribunales Constitucionales[2]. Mayores problemas presenta la tesis de la discreción judicial que, si bien no es intrínseca a todo positivismo, sí ha sido sostenida en sus versiones más maduras, como las representadas por Kelsen, Hart o Ross [3]. Mi conclusión será también negativa, en el sentido de rechazar una implicación necesaria entre la justicia constitucional y la existencia o no de discreción, pero aquí la respuesta requiere una explicación más detenida, pues, como veremos, el género de interpretación que reclaman las Constituciones actuales pone sobre la mesa una serie de técnicas y argumentos ajenos a la tradición positivista.

---

[1] He tratado este asunto en *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, pp.11 y ss., pero para su mejor conocimiento son esclarecedores los estudios de N. Bobbio, entre ellos, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 30ed., 1977, en especial pp. 101 y ss.

[2] Ya sé que algunos no estarán de acuerdo con esta posición, sugiriendo que la interpretación constitucional es el vehículo mediante el que necesariamente penetra la moral en el Derecho, pero no me ocuparé aquí de esta cuestión. De nuevo me remito al libro citado en nota precedente, pp. 49 y ss.; también A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, C.E.C., Madrid, 1998, pp. 327 y ss.

[3] Me remito aquí al libro de I. Lifante, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, C.E.P.C., Madrid, 1999.

Con todo, a primera vista, si hay algún aspecto del positivismo que aparezca claramente lesionado por la justicia constitucional, éste es el conocido con el nombre de legalismo, esto es, aquella tesis que hace de la ley la única o en todo caso la suprema fuente del Derecho[4]. No obstante, el legalismo puede ser entendio de dos formas: primero, como una afirmación descriptiva de teoría del Derecho y, en este sentido, será verdadera o falsa según sea el sistema jurídico que pretenda describir; por ejemplo, creo que el legalismo que se desarrolla en la ciencia jurídica europea a lo largo del siglo XIX es sustancialmente acertado y que, en cambio, el que hoy pudiera sostenerse resultaría equivocado por la elemental razón, entre otras, de que existe un modelo constitucional garantizado. Pero, en segundo lugar, el legalismo puede ser entendido como una posición de política jurídica o de filosofía política, esto es, como una proposición prescriptiva que postula la soberanía de la ley por reunir ésta una serie de condiciones que la hacen legítima, en particular su fundamento democrático. Me parece dudoso que, concebido en esta segunda acepción, el legalismo sea una tesis positivista, pero en cualquier caso es aquí donde aparece el conflicto entre la Constitución normativa o la justicia constitucional y las prerrogativas del legislador. El nucleo de la cuestón es fácil de adivinar: si la ley es la expresión de la voluntad general y ésta «no puede enajenarse jamás»[5], ¿en nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿qué legitimidad ostenta un cuerpo judicial para limitar o someter a las mayorías parlamentarias?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?.

Estas son antiguas objeciones constantemente renovadas que encierran en sí el nucleo fundamental del problema constitucional y de sus garantías[6]. Como es lógico, no procede aquí reproducir las innumerables aportaciones al debate, últimamente acentuado con los nuevos argumentos de J. Waldron[7]. A título de ejemplo, creo que será suficiente con dar sucinta noticia

[4] Vid., por ejemplo, N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 189 y ss.

[5] J.J. Rousseau, *El contrato social* (1762), en *Escritos de combate*, trad. de G, Masó, Alfaguara, Madrid, 1979, Libro II, I, p.421. Aquí conviene hacer una «pequeña» abstración de las diferencias que separan la democracia rousseauniana de la práctica política de nuestra democracia parlamentaria, pero es indispensable para seguir adelante.

[6] Una aproximación histórica en S. Holmes, «Precommitment and the Paradox of Democracy», en J. Elster y R. Slagstad (eds.) *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Mass., pp.195 y ss.

[7] J. Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», en *Oxford Journal of Legal Studies*, nº 13, 1, 1993, pp. 18 y ss. Desde una perspectiva crítica hacia la justicia constitucional y también con un interesante enfoque histórico de la cuestión vid., R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel,

de una posición interesante al menos por dos motivos: porque aparece en una de las obras de filosofía jurídica y política más citadas de esta década y, sobre todo, porque expresa un punto de vista abiertamente legalista y democrático donde, sin embrago, parece tener cabida alguna forma de justicia constitucional. Me refiero al libro de Habermas, *Facticidad y validez*[8].

De entrada, es evidente que el autor alemán muestra poco entusiasmo por la justicia constitucional, lo que no deja de ser comprensible: en la tensión entre los derechos y la democracia, o también entre una concepción liberal y una republicana de la comunidad política, quienes se sitúan en posiciones más próximas a la primera de las alternativas enunciadas suelen mirar con simpatía el establecimiento de restricciones al principio de mayorías en nombre de la autonomía y de las libertades del individuo, mientras quienes, como Habermas, prefieren la segunda de esas alternativas tienden a subrayar los aspectos de legitimidad vinculados al sistema democrático de producción de las leyes, postergando las formas de control. Así, tras reconocer que un Tribunal Constitucional no tiene más remedio que proceder a interpretaciones constructivas, Habermas añade que «una concepción procedimental del derecho obligaría (al T.C.) a un papel más bien restrictivo»[9]. En concreto, si bien el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad resultan poco problemáticos –afirmación que, como veremos, no deja de ser sorprendente desde una perspectiva kelseniana– , el control abstracto de leyes supone una inaceptable colisión entre el Tribunal y las prerrogativas del legislador, entre un cuerpo elitista y contramayoritario y la decisión legítima de la soberanía popular: «lo que se llama control abstracto (sin referencia a un caso concreto) pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador». La solución es la que cabría esperar y no puede decirse que represente un alarde de originalidad: el autocontrol del legislador, organizado «a modo de tribunal, e institucionalizándolo, por ejemplo, en una comisión parlamentaria», algo que –no sé muy bien por qué– incluso «contribuiría quizá a aumentar la racionalidad del proceso de producción legislativa»[10]. Como veremos, no muy distinta era la posición del Kelsen cuando situaba la justicia constitucional en la esfera de la legislación, no de

---

Barcelona, 1996. Vid. asimismo algunos de los planteamientos más recientes en P. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, C.E.P.C., Madrid, 1999, pp. 55 y ss.; y en el volumen 10 de *Ragion Pratica* «Discutendo di democrazia», con aportaciones de J.J. Moreso, J.C. Bayón, R. Gargarella, A. Guibourg y E. Vitale; también el libro de V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, C.E.C., Madrid, 1997.

[8] Introducción y traducción de la cuarta edición revisada de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

[9] J. Habermas, *Facticidad y validez*, citado, p.525.

[10] Ibidem, p. 314 y s.

la jurisdicción; y, si bien se mira, tampoco es muy diferente la posición de un Tribunal Constitucional como el español, elegido directa o indirectamente por el propio Parlamento que ha de ser controlado.

Sin embargo, la crítica habermasiana no se dirige tanto a las competencias que desempeña el Tribunal Constitucional, cuanto más bien a la autocomprensión que éste tiene de su labor y de los métodos o técnicas que utiliza para resolver los casos. En particular, la censura se centra en uno de los más celebrados hallazgos de la moderna jurisprudencia constitucional cual es la ponderación de bienes como forma de encarar los conflictos entre derechos o principios constitucionales. Haciéndose eco de toda una literatura jurídica que identifica ponderación con libre creación, entiende que la consideración de los derechos fundamentales como bienes o valores que han de ser ponderados en el caso concreto convierte al Tribunal en un negociador de valores, en una «instancia autoritaria» que invade las competancias del legislador y que «aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos»[11]. La alternativa para un tratamiento racional del recurso de amparo consiste en una argumentación deontológica que sólo permita para cada caso una única solución correcta, lo que implica concebir los derechos como auténticos principios, no como valores que pueden ser ponderados en un razonamiento teleológico; se trata, en suma, de «hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posibles desde todos los puntos de vista»[12].

Y es que, para Habermas, la coherencia sistemática que se predica de las normas constitucionales en el plano de su validez parece que puede prolongarse racionalmente en el plano de la aplicación, y por ello un principio no puede tener más o menos peso, sino que será adecuado o inadecuado para regular el caso concreto, y siempre habrá uno más adecuado[13]. Si no me equivoco, este enfoque encuentra su paralelismo en la dogmática de los de-

[11] Ibidem, p. 332.

[12] Ibidem, p. 333.

[13] En efecto, por un lado, resulta que «distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez para el mismo círculo de destinatarios; tienen que guardar una relación coherente, es decir, formar sistema»; y, de otro lado, sucede que «entre las normas que vengan al caso y las normas que –sin perjuicio de seguir siendo válidas– pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en su conjunto», Ibidem, pp. 328 y 333. Este planteamiento no parece hacerse cargo de la existencia de antinomias «en concreto» que no lo sean «en abstracto», que es justamente uno de los pilares de la ponderación. Sobre esa distinción vid. R. Guastini, «Principios de derecho y discrecionalidad judicial», trad. de P. Andrés, *Jueces para la Democacia*, nº 34, 1999, p.43.

rechos fundamentales en aquellas posiciones que, en síntesis, niegan la posibilidad de límites externos a los derechos mediante el expediente de considerar que éstos, en puridad, ya vienen perfectamente delimitados desde un texto constitucional coherente; una posición «coherentista» que, como mínimo, resulta difícil de sostener en el marco de Constituciones pluralistas dotadas de principios y derechos tendencialmente contradictorios, que plantea asimismo dificultades ante los fenómenos de indeterminación y que, a la postre, conduce a una extensión de las potestades normativas de limitación[14]. Probablemente, esta última es también una consecuencia del planteamiento de Habermas.

Pero Habermas parece finalmente encontrar un lugar al Tribunal Constitucional en el marco de su proyecto político. Siguiendo la conocida exposición de J.H. Ely[15], el Tribunal aparece ahora como un «defensor de la democracia deliberativa», que en una «comprensión republicana ha de operar en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa, que son las que fundan legitimidad»[16]. Desde esta perspectiva, «el Tribunal Constitucional sólo puede conservar su imparcialidad si resiste a la tentación de cubrir su ámbito de interpretación con juicios valorativos de tipo moral» o con empresas de dirección política; su función ha de circunscribirse a garantizar «las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes, empezando por las estructuras de comunicación... siguiendo por las efectivas oportunidades de que pueden hacerse oir las voces desviantes y de que se puede hacer uso concreto y efectivo de los derechos de participación...»[17]. La tensión entre la democracia y las garantías constitucionales pretende ser así cancelada: los jueces no están para enmendar la obra del legislador, sino para garantizar que éste sea democrático.

Ahora bien, este programa presenta algunas dificultades y las presenta de modo especial en el caso de Habermas, cuya concepción de la democracia deliberativa no es precisamente formal, ni se mantiene en las fronteras liberales de unos derechos subjetivos de defensa. Porque, aceptando que la ley sea la expresión de la democracia deliberativa y que la función de la justicia constitucional consista en ganrantizar las condiciones de esa democra-

---

[14] No puedo extenderme aquí en estos aspectos, pero alguno abordé en mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 153 y ss.

[15] *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1980. Con razón indica R. Gargarella que suele existir una coincidencia entre la concepción deliberativa de la democracia y las propuestas de Ely, *La justicia frente al gobierno*, citado, p. 161.

[16] J. Habermas, *Facticidad y validez*, citado, p. 348 y s.

[17] Ibidem, p. 338.

cia y no los «contenidos políticos» que de ella derivan, aún queda una cuestión fundamental por resolver, que es determinar hasta dónde llegan tales condiciones y, por tanto, las facultades de un control de constitucionalidad. Creo que Nino lo vio con claridad. Tras afirmar que «lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas», añadía, sin embargo, que «esto puede tener una interpretación muy restringida o una interpretación bastante amplia»[18]. Y es que, efectivamente, si entendemos que requisitos de la democracia deliberativa y en consecuencia de la ley son que se cumpla el procedimiento parlamentario y que no se coaccione al diputado que vota, pero también que el elector tenga pleno acceso a la información y que pueda participar sin restricciones y en pie de igualdad con todos los ciudadanos, si entendemos que es también condición de la democracia la garantía de un nivel aceptable de existencia, de acceso a los bienes materiales y a la cultura, etc., entonces resulta que, en verdad, condiciones de la democracia son casi todas las prescripciones constitucionales que diseñan un modelo social: los derechos civiles que garantizan la autonomía individual, los de participación que hacen del sujeto un ciudadano activo y, por qué no, también los derechos económicos, sociales y culturales (que, por cierto, en la Constitución española se formulan expresamente como principios optimizables) que proporcionan el sustrato material indispensable para el ejercicio de la autonomía y de la participación. Con lo cual el propósito restrictivo en gran parte se esfuma y la justicia constitucional recobra toda su competencia sobre el conjunto de la normativa constitucional, desde aquella que directamente regula el ejercicio de la democracia hasta la que pretende juridificar la política, pasando desde luego por aquella otra que diseña una cierta forma de organización social. Entonces, una vez más, la irremediable sombra de la ponderación hace acto de presencia.

En resumen, Habermas parece abogar por un sistema de justicia constitucional distinto al que hoy conocemos, tanto en Europa como en Estados Unidos, un sistema alternativo que, como sabemos, últimamente está ganando adeptos. Porque, efectivamente, de un lado, Habermas se muestra un firme partidario de que el control abstracto de las leyes no salga de los con-

[18] «Puede tener una interpretación restringida si pensamos que el papel de los jueces debe limitarse a verificar si se dieron las condiciones procedimentales del debate y de la decisión democrática. Pero yo no creo que deba ser así, pues la validez de una decisión mayoritaria depende de muchas cosas. Depende de cuestiones tales como la existencia de una relativa igualdad en los recursos para participar en ese debate democrático, del acceso a la educación...», C.S. Nino, «La filosofía del control judicial de constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989, p. 87.

fines del legislativo; únicamente *in extremis* parece aceptar un esquema de Tribunal Constitucional, si bien subrayando que en ese caso la revisión judicial «sólo conduzca al rechazo de normas, pero no a encargos al legislador, razones pragmáticas y de política jurídica»[19]. De otra parte, por lo que se refiere al «control concreto» a través del recurso de amparo o de la cuestión incidental[20], Habermas propone renunciar a la más poderosa técnica hoy utilizada en defensa de los derechos fundamentales y de los principios materiales de la Constitución para confiar dicha tarea a un Tribunal concebido más bien como la cúspide de la justicia ordinaria, que se encarga de la «unificación y coherentización del derecho»[21] en los términos de una teoría de la interpretación guiada por el respeto a la ley y por la búsqueda de la famosa unidad de solución correcta. Finalmente, coronando todo el sistema, la atribución a la justicia constitucional de una función rigurosamente circunscrita al mantenimiento de los cauces participativos y de las reglas de formación de la voluntad legislativa, sin penetrar nunca en el recinto de los contenidos normativos a través de argumentos valorativos. En suma, un modelo de justicia constitucional «autocontenido» que, salvando algunas distancias, recuerda al propuesto por Kelsen y que seguramente reponde a unas preocupaciones análogas. La cuestión es si el constitucionalismo de nuestros días admite semejante propuesta.

2. El sentido político del modelo kelseniano de Tribunal Constitucional.

Aunque pueda parecer paradójico escuchando las cautelas que expresa Habermas y cuantos ven en la justicia constitucional un riesgo para las prerrogativas del legislador, así como el renacimiento de un incontrolable Derecho natural que cada cual interpreta a su manera, lo cierto es que, al menos en Europa, el modelo de Tribunal Constitucional es el invento de un positivista convencido y, sobre todo, de un defensor a ultranza del legislador democrático frente al activismo judicial y frente a la autonomía del Gobierno.

El contexto de la Europa de los años 30 explica la opción kelseniana y seguramente la opción posterior de las Constituciones alemana e italiana. Dicho contexto venía caracterizado por dos notas fundamentales: el fracaso del Tribunal Constitucional («Staatsgerichtshof») de la República de Wei-

[19] J. Habermas, *Facticidad y validez*, citado, p. 335.

[20] Dicho sea de paso, la cuestión de inconstitucionalidad no forma parte del control concreto, sino abstracto. Es concreto sólo en el sentido de que se formula en el curso de un proceso particular, pero es abstracto porque desemboca en una declaración general sobre la constitucionalidad de la norma dudosa.

[21] Ibidem, p.313.

mar como tribunal de conflictos entre órganos estatales, un fracaso que desde luego obedeció más a motivos políticos que de técnica jurídica y que de hecho culminó en el famoso pleito entre Prusia y el Reich, uno de los primeros triunfos del nacionalsocialismo; y, segundo, el creciente activismo de los jueces ordinarios en el control de la ley[22]. Por lo que se refiere al primer aspecto, la historia es conocida: tras el «golpe de Estado» contra Prusia en 1932, el Tribunal, de acuerdo con su carácter de juez del caso cocreto, se niega a determinar en vía abstracta cuáles son las medidas lícitas que se pueden tomar al amparo del art. 48 de la Constitución. Ante el estado de excepción dictado por von Papen, el Tribunal adopta una solución de compromiso: los ministros prusianos seguían representando al Land, pero los comisarios asumían sus funciones[23]. Poco después Hindenburg dejará sin ninguna competencia a los antiguos ministros, Hitler disuelve el Parlamento de Prusia y el Tribunal no volverá a funcionar.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, tan sólo hay que recordar que será en Weimar cuando llegue a su apogeo la reacción antilegalista y judicialista del Derecho libre: el juez se convierte en el mediador entre el Derecho y una supuesta conciencia popular, pudiendo incluso dictar sentencias *contra legem*[24]. El Congreso de constitucionalistas de Münster en 1926 encontrará la justificación ideal para el desarrollo de ese control difuso: el principio de igualdad consagrado en el art. 109 de la Constitución, de manera que curiosamente será la doctrina jurídica conservadora la que comience a exigir la igualdad de la ley y no sólo ante la ley. Como observa Volpe[25], se habían sentado las bases para que, en el marco de una Constitución democrática, pudiera desarrollarse una instancia de control «aristocrática», que por lo demás tampoco se sentía necesariamente vinculada a la Constitución. La jurisprudencia alemana de los años 30 pone de relieve que el control jurisdiccional de la ley fue realizado como un examen de la «justicia» o justificación de la ley a partir de parámetros extraconstitucionales, como la «naturaleza de la cosa» o la «conciencia jurídica de la comunidad»[26].

---

[22] Vid. G. Volpe, *L´ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di Giustizia Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, pp.99 y ss. y 165 y ss.

[23] Vid. P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, C.E.C., Madrid, 1987, pp. 259 y ss.

[24] He tratado el tema en *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 35 y ss.

[25] G. Volpe, *L´Ingiustizia delle leggi*, citado, pp. 106 y ss.

[26] Una buena exposición del panorama de la época en la Introducción de E. Garzón Valdés a la compilación *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985.

Seguramente es esta experiencia la que en buena medida explica que el diseño constitucional de Kelsen no pierda nunca de vista ni la primacía de la ley ni las prerrogativas del legislador, y de hecho el opúsculo de 1931 en respuesta a Schmitt[27] es un permanente alegato en favor del Parlamento frente al Jefe del Estado, pero también frente a la judicatura. Es más, sustrayendo toda competencia de control a la jurisdicción ordinaria, Kelsen configura un Tribunal que expresamente forma parte del poder legislativo y que, sobre todo, ha de actuar de manera tal que reduzca al mínimo la irremediable dimensión subjetiva o creativa que tiene todo órgano, sea legislativo o judicial. En el Tribunal, escribe Kelsen, «está ausente casi por completo...la libre creación que caracteriza a la legislación. Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes..., la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución... se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho»[28].

Un aspecto que me parece capital para comprender esta propuesta kelseniana de justicia constitucional es la rigurosa exclusión de su esfera de competencia de todo lo que tiene que ver con hechos o intereses concretos, tanto de aquellos que tuvo en cuenta el legislador, como de aquellos otros que contempla el juez ordinario. En palabras de Gascón, «el rasgo definidor del sistema kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la ley»[29]. Y no es que Kelsen no fuese consciente de que la defensa de los derechos fundamentales hubiera requerido juicios concretos y no abstractos[30]; es que consideraba que un Tribunal

---

[27] H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Estudio preliminar de G. Gasió, trad. y notas de R.J. Brie y supervisión de E. Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995.

[28] H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)(1928), en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p.131.

[29] M. Gascón, «La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, p.64.

[30] En la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, UNAM, México, 1986, Kelsen reconoce que «sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitar la eliminación particular o general de la ley que por su contenido lesiona la igualdad o la libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho o libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo», pero añade que «obligar jurídicamente a un órgano legislativo colectivo a no dictar leyes inconstitucionales es ya casi imposible por motivos técnicos, y de hecho no se impone tal obligación», p. 155 y s.

respetuoso con el legislador no podía desarrollar un género de actividad que irremediablemente había de interferir en el ámbito de discrecionalidad legislativa. Como es sabido, el autor austriaco distingue en toda norma una dimensión aplicadora o reproductora de la norma superior y un momento de libre creación, pero todo parece indicar que este segundo momento, que responde a una siempre parcial indeterminación de la norma superior, se hace presente justamente a través de los hechos o intereses que valora el órgano inferior (el legislador ante la Constitución y el juez ordinario ante la ley). Por eso, el Tribunal queda excluido de la consideración de ese segundo momento, de manera que su función debe limitarse al control de la dimensión reproductora, esto es, de lo que efectivamente está determinado.

La insistencia en que el juicio de constitucionalidad se separe o haga abstracción de los hechos o intereses concretos permitiría decir con terminología actual que el Tribunal Constitucional kelseniano se ocupa sólo de los discursos de fundamentación, no de los discursos de aplicación[31] o, lo que puede ser casi lo mismo, se ocupa de las reglas, no de los principios. En efecto, salvo las normas que especifican con total precisión sus condiciones de aplicación, todas las demás aparecen en sí indeterminadas, son aplicables sólo *prima facie* y depende de otras normas su adecuación definitiva al caso concreto. Pero esas normas que son aplicables *prima facie* y que, por tanto, aparentemente entran en conflicto con otras normas, no delatan ninguna incoherencia en el sistema. Por tanto, no es de ellas de las que había de encargarse el Tribunal, sino de las verdaderas incoherencias que se sitúan en el plano abstracto del discurso de validez o fundamentación. En suma, el Tribunal Constitucional kelseniano se mueve exclusivamente en esta última esfera, no en la de aplicación; se mueve en el campo de lo determinado, no en el de lo indeterminado. La indeterminación de la Constitución es el campo de la competencia legislativa, no de la judicial.

Este empeño en que el Tribunal Constitucional limite su actividad a lo que de determinado tiene la ley respecto de la Constitución, sin interferir en el ámbito de discrecionalidad del legislador, así como en excluir de su competencia todo discurso aplicativo en el que no se ventile la validez de las normas, sino sólo su preferencia circunstancial en el caso concreto, es lo que seguramente explica el rechazo kelseniano a la presencia de principios o claúsulas materiales en el seno de la preceptiva constitucional. Como escribe Rubio, hay en Kelsen «una repugnancia a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a

[31] Vid. Günther, K., «Un concepcto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», trad. de J.C. Velasco, *Doxa*, nº 17-18, 1995, pp. 274 y ss.

aceptar la predeterminación del contenido material de la ley»[32]. Pero no sólo eso: hay también una repugnancia a que, por encima de la ley, tales preceptos no puramente organizativos puedan ser tomados en consideración en los discursos de aplicación del Derecho mediante algo así como lo que hoy llamamos ponderación. En este sentido, cabe decir que la jurisdicción constitucional kelseniana se basaba ante todo en una concreta idea de Constitución, que es seguramente el aspecto que hoy más se ha transformado; una idea de Constitución como norma preferentemente formal, de competencia y procedimiento y *sólo hasta cierto punto* (Kelsen lo repite siempre) de contenido. Claramente, pone en guardia frente a ese riesgo que hoy es para muchos una espléndida realidad: lo que hoy llamamos principios «pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc. como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada... en ese caso el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable»[33].

En resumen, creo que el modelo kelseniano de justicia constitucional pretende expresar el máximo nivel de compatibilidad que es posible alcanzar entre dos ideas o criterios que son tendencialmente contradictorios, el de constitucionalidad y el de supremacía de la ley o, dicho de otro modo, el único sistema respetuoso con la tradición legalista del Derecho europeo una vez que la Constitución ya no se concibe en términos meramente retóricos. La configuración del Tribunal como un legislador negativo, la exclusión de los juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las claúsulas indeterminadas y prácticamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea de juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que sólo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que ésta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador. Si cabe decirlo así, el sistema norteamericano está diseñado en favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los

[32] F. Rubio, «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4, 1982, p.40.

[33] H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución», citado, p. 142 y s.

jueces. Ni Kelsen ni la Constitución austriaca de 1920 llegaron a concebir una norma generadora de derechos y obligaciones capaces de imponerse al legislador mediante una garantía judicial; la ley es el horizonte normativo máximo tanto para los jueces como para los ciudadanos, pues la Constitución opera en otro plano, en el plano «interno» de los órganos estatales y su garantía corresponde a un legislador especial, ajeno a las consideraciones políticas o discrecionales propias del Parlamento y ajeno también a la protección de derechos o intereses concretos.

Este modelo kelseniano será el que sirva de referencia a la justicia constitucional europea posterior a la segunda gran guerra, pero sólo en apariencia. Salvo el aspecto estructural de jurisdicción concentrada y algunos otros de carácter procesal, los actuales Tribunales Constitucionales responden más bien al esquema norteamericano de la *judicial review*[34]. Luego tendremos oportunidad de examinar algunas de esas transformaciones, pero tal vez el elemento más decisivo que expresa el abandono de la óptica kelseniana, el primero y el que más poderosamente llama la atención, se cifra en el contenido mismo del documento constitucional, que ha dejado de ser una norma sólo organizativa o procedimental para convertirse en una norma principial o rematerializada. Y, en segundo lugar, unido a lo anterior, la apertura de la justicia constitucional a los discursos aplicativos, a la resolución de casos concretos, lo que supone tanto que el Tribunal Constitucional deja de ser un juez «abstracto», como que los Tribunales ordinarios dejan de encarnar una justicia de mera legalidad para covertirse también en una justicia de constitucionalidad. Precisamente, esa apertura explica y, a mi juicio, hace inevitable la técnica de la ponderación que más tarde intentaremos explicar y que de un modo u otro rechazan tanto Habermas como Kelsen. A partir de ahí, la justicia constitucional de nuestros días entra en abierta pugna con la tradición legalista y con el absoluto respeto a la discrecionalidad del Parlamento que inspiró la primera contrucción europea de un Tribunal Constitucional.

3. Las Constituciones de principios

Como es sabido, la llamada «rematerialización» constitucional es un fenómeno generalmente aplaudido, que para algunos significa nada menos que la prueba palmaria de la reconciliación entre el Derecho y la moral de la modernidad[35]. Sin embargo, desde el punto de vista de las relaciones en-

[34] Sobre esto llama la atención E. García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, 1981, p. 46.

[35] Ya advertí que no nos ocuparíamos aquí de este problema, que he intentado tratar en mi *Constitucionalismo y positivismo*, citado, pp.49 y ss.

tre el legislador y la justicia constitucional, la incorporación de un amplio catálogo de valores, principios y derechos fundamentales tiene unos efectos devastadores que Zagrebelsky anuncia de forma rotunda: «la ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación»[36].

Desde la perspectiva de la discrecionalidad, los principios presentan un rostro jánico. De un lado, y por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas. Sin embargo, de otra parte que es la que ahora más interesa, lo que parecen hacer los principios constitucionales es justamente cercenar la discrecionalidad del legislador. En el esquema del positivismo kelseniano la Constitución era fundamentalmente una Constitución de reglas formales, de manera que allí donde éstas no resultaban concluyentes o sencillamente aparecían como irrelevantes por su falta de contenido material se abría una amplia discreción legislativa no fiscalizable por ningún tribunal. En el esquema del constitucionalismo contemporáneo, en cambio, el sistema queda por así decirlo saturado mediante los principios, hasta el punto de que puede afirmarse que ningún problema o conflicto jurídico más o menos serio dejará de encontrar alguna orientación de sentido en la amplia panoplia de principios; con la particularidad de que estos principios, que antes han limitado la libertad política del legislador, se muestran depués como dúctiles instrumentos en manos del juez. La conclusión puede formularse así: la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional.

En el fondo, lo que se ha producido es una distorsión de aquel modelo jerárquico tan firmemente diseñado por Kelsen: la Constitución ya no es sólo la norma suprema dirigida a condicionar de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social. Como escribe Guastini, la función política de las Constituciones puede entenderse de dos formas: bien como límite al poder, bien como instrumento de modelación del orden social; generalmente, en la primera acepción se considera que las normas constitucionales se dirigen a los órganos supre-

[36] G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil* (1992), trad. de M. Gascón, con epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, p. 40.

mos del sistema, mientras que en la segunda se sugiere su extensión al conjunto de los órganos y en especial a los jueces; asimismo es típico que esta última concepción sea asumida por textos de un denso contenido material, mientras que la primera se correspondería con documentos breves y preferentemente formales[37]. Pues bien, si la Constitución kelseniana se mostraba ante todo como límite al poder, las actuales Constituciones principialistas asumen de forma resuelta la función de modelar el conjunto de la vida social, y por eso las relaciones entre legislación y jurisdicción ya no pueden presentarse de manera estrictamente jerárquica, sino de un modo más complejo que tampoco puede calificarse de simétrico: las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa este último[38]. La jurisprudencia ya no bebe en las fuentes constitucionales a través de la ley, sino que lo hace directamente, sobre todo en aquellas fuentes que incorporan los principios sustantivos y derechos fundamentales.

Siguiendo el lúcido análisis de Fioravanti[39], asistimos a una convergencia de las dos tradiciones del constitucionalismo revolucionario: la norteamericana, que concibe la Constitución como norma fundamental de garantía y que proporciona la idea de que las leyes del Estado pueden y deben ser juzgadas desde una instancia superior, aunque desde esa instancia se renuncie a diseñar el sentido de la acción política del Gobierno; y la francesa, que ve en la Constitución una norma directiva fundamental, y que aporta la idea más sustancialista según la cual los poderes públicos han de perseguir ciertos fines de acuerdo con el modelo social querido por la soberanía popular, aunque tal modelo carecise de hecho de tutela judicial en virtud de una cierta interpretación de la separación de poderes y de la supremacía de la ley. La primera tradición conduce a la doctrina del *gobierno limitado*, mientras que la segunda sostiene la doctrina de los *deberes del gobierno*. Pero la combinación de ambas representa la más vigorosa afirmación del constitucionalismo frente a la omnipotencia y a la autonomía política del legislador;

---

[37] R. Guastini, «Specificità dell´interpretazione costituzionale?», en *Analisi e Diritto*, 1996, p. 170. Un alcance semejante tiene la distinción de E.W. Böckenförde entre el entendimiento de la Constitución como ordenamiento-marco y su concepción como orden jurídico fundamental de la comunidad en su conjunto, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. de J.L. Requejo e I. Villaverde, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 137.

[38] En palabras de L. Ferrajoli, «la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución», *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Introducción de P. Andrés, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p.26.

[39] M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Presentación de C. Álvarez, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, pp. 127 y ss.

frente a la omnipotencia porque, como es obvio, la Constitución como norma de garantía impone un control externo, y frente a la autonomía porque la Constitución como norma directiva pretende imponer a lo largo de amplias esferas de la decisión política qué objetivos corresponde perseguir. Una justicia constitucional que opere a partir de documentos que incorporen ambas tradiciones «destruye el dogma liberal-estatalista de la fuerza absoluta de la ley, y crea así una situación, inconcebible para la doctrina decimonónica, en la que la validez de las normas del Estado está como suspendida, en el sentido de que depende de un juicio de conformidad con la constitución y, en definitiva, con una cierta interpretación de la constitución y de los principios constitucionales»[40].

Conviene subrayar la importancia que para la justicia constitucional tiene la confluencia de esas dos tradiciones y, consiguientemente, la incorporación de principios, derechos y directivas a un texto que se quiere con plena fuerza normativa. Porque ahora esas claúsulas materiales no se presentan sólo como condiciones de validez de las leyes, según advirtió Kelsen de forma crítica. Si únicamente fuese esto, el asunto sería transcendental sólo para aquellos órganos con competencia específica para controlar la ley, lo que en verdad no es poco. Sin embargo, la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley –se entiende, de una ley respetuosa con los mismos– sino hacerlo de forma directa e independiente. Con lo cual la normativa constitucional deja de estar «secuestrada» dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, deja de ser un problema exclusivo a resolver entre el legislador y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones.

Hemos dicho que las Constituciones principialistas de nuestros días asumen la función de modelar el conjunto de la vida social, pero ¿cómo y en qué sentido lo hacen?. Parece que no como una decisión categórica de un grupo o ideología que, desde una filosofía política homogénea, diseña un marco unívoco y cerrado de convivencia; no se trata, para entendernos, de Constituciones comunistas o fascistas, ni siquiera de documentos claramente trasformadores o conservadores. Tampoco se trata en sentido propio de pactos o contratos donde se alcancen puntos indiscutibles mediante distintas aportaciones y recíprocas cesiones; aunque unos preceptos puedan identificarse como de «derechas» y otros como de «izquierdas», todos forman un conjunto unitario con idénticas pretensiones de validez y con la misma vocación ordenadora de la vida social, por encima y con independencia

[40] Ibidem, p.129.

del programa gubernamental de la mayoría. Aquí creo que hay que darle la razón a Zagrebelsky: la Constitución pluralista no es ni un mandato ni un contrato y, por eso, ni la teoría de la interpretación de la ley ni la del contrato resultan satisfactorias; no hay voluntad constituyente que pueda ser tratada como intención del legislador, ni siquiera de unas partes que llegan al acuerdo. Lo que hay son «principios universales, uno junto a otro según las pretensiones de cada parte, pero faltando la regulación de su compatibilidad, la solución de las "colisiones"y la fijación de los puntos de equilibrio»[41].

Me parece que esto es particularmente cierto en el caso de la Constitución española, cuyo título de Constitución del consenso, muy celebrado en los comienzos de su andadura[42], tal vez deba ser matizada. No significa ese consenso un simple acuerdo de mínimos sobre las reglas del juego democrático, tampoco la incorporación de contenidos materiales siempre claros y precisos, aun cuando pudieran ser el fruto de mutuas cesiones, sino que viene a expresar la plasmación de lineas o principios ideológicos heterogéneos y a veces tendencialmente contradictorios que presentan, sin embargo, una idéntica pretensión de validez y de conformación de la sociedad; un ejemplo paradigmático creo que es el derecho a la educación del artículo 27, tantas veces llevado ante el Tribunal Constitucional, cuyos nueve primeros apartados (del décimo y de su desarrollo es mejor no hablar) encarnan los más diversos y opuestos planteamientos de filosofía educativa. Tal vez la cuestión no tendría más importancia si las claúsulas materiales de la Constitución se interpretasen sólo en el sentido de que autorizan a las sucesivas mayorías a realizar sus propias políticas. Pero no es así: en virtud del carácter directamente normativo de la Constitución, dichas claúsulas aparecen como pretensiones de inmediata eficacia, con independencia y por encima de la ley. No cabe hablar en tales condiciones de un orden o sistema de valores, cerrado y jerarquizado, sino más bien de un pluralismo o «desorden» de principios que entran en juego simultáneamente y que, en la medida en que se hallan presentes en los discursos de aplicación –y no sólo en los juicios de validez abstracta– han de ser irremediablemente ponderados por el juez.

---

[41] G. Zagrebelsky, «Storia e costituzione», en *Il futuro della Costituzione*, a cura de G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro y J. Luther, Einaudi, Torino, 1996, pp. 76 y ss. Tal vez esto explique por qué el originalismo y la extraordinaria importancia que en Estados Unidos se concede a las intenciones del constituyente, resultan en cambio de muy escasa relevancia en Europa. Sobre ello llama la atención E. Alonso García, «La jurisprudencia constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, p.208.

[42] Vid., por ejemplo, G. Peces-Barba, *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, con la colaboración de L. Prieto, F. Torres, Valencia, 1981, pp. 13 y ss.

Desde esta perspectiva, creo que es cierto que la teoría de la interpretación positivista –tal vez no la más lograda de sus aportaciones, dicho sea de paso– resulta insuficiente ante una Constitución de principios. En particular, la técnica de la subsunción no es aplicable a los principios y derechos constitucionales que presentan de forma abierta el supuesto de hecho o la condición de aplicación; mejor dicho, no es que no sea aplicable, es que sucede con frecuencia que un mismo caso resulta subsumible en dos derechos o principios tendencialmente contradictorios, como ocurre con la libertad de expresión y el derecho al honor, con la libertad en general y la seguridad colectiva o con el derecho de propiedad y los derechos sociales. Y tampoco resultan operativos los conocidos criterios de resolución de antinomias; no lo son claramente el jerárquico y el cronológico, pero, como veremos, tampoco el de especialidad. Algo semejante puede decirse de los principios entendidos como mandatos de optimización, singularmente con los derechos sociales que expresamente se configuran en España como «principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I): la Constitución no fija con precisión el umbral mínimo de su cumplimiento y, por tanto, el juez carece de una consecuencia jurídica concluyente para aplicar al caso; o ésta se deja a la total discrecionalidad legislativa como en general se viene haciendo, pero entonces tales principios no pueden considerarse normas constitucionales; o es el juez quien establece por sí mismo ese umbral mínimo por debajo del cual empieza a operar la garantía, pero entonces es el juez y no la norma constitucional quien lo hace[43]. Las Constituciones de principio reclaman, pues, nuevas técnicas interpretativas, técnicas que, a mi juicio, no entran en pugna con los postulados básicos del positivismo –aquí fundamentalmente con el de la discrecionalidad– pero que son ajenas a la teoría del Derecho construida por el positivismo.

4. Algunas técnicas de la interpretación constitucional; en particular, la ponderación

Ciertamente, son muchas las diferencias que separan la práctica de los actuales Tribunales Constitucionales y también de los tribunales ordinarios que aplican la Constitución respecto del modelo que fuera diseñado por Kelsen, y aquí sólo procede una sumaria referencia. De entrada, y por lo que se refiere a la jurisdicción constitucional, creo que ha desaparecido aquella rigurosa exclusión de los hechos, de los conflictos e intereses subyacentes a la ley y al caso concreto de la esfera de conocimiento del Tribunal, así como también la neta distinción entre el juicio de constitucionalidad reserva-

[43] Ultimamente he tratado este tema con mayor extensión en «Diez argumentos sobre los principios», en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 52 y ss.

do a un órgano especialísimo y el juicio de legalidad reservado a la jurisdicción ordinaria. Aunque, como herencia de otra época, no es infrecuente que el Tribunal despache algunas inadmisiones o desestimaciones recordando que su función se circunscribe al enjuiciamiento de normas, con abstracción de los hechos, enjuiciamiento cuyo único parámetro ha de ser además la Constitución y no su propia opinión sobre la mejor interpretación de la ley, y aunque incluso algún precepto de la LOTC se hace eco de esa tradición, lo cierto es que irremediablemente el Tribunal Constitucional enjuicia hechos e interpretaciones legales, sobre todo como es lógico en los recursos de amparo y en la cuestiones de inconstitucionalidad[44]. Con lo cual, a la postre, aquí el Tribunal no sólo es garante de la Constitución, sino también de la solución más adecuada al caso; no vigila sólo la validez, sino también la justicia de la decisión. Por lo demás, es absolutamente evidente que la jurisdicción ordinaria aplica la Constitución, y no sólo cuando plantea la cuestión, sino precisamente cuando no lo hace.

Sin embargo, el gran hallazgo de la jurisprudencia constitucional es lo que suele conocerse con el nombre de juicio de razonabilidad y que representa el método característico para la aplicación de las genuinas normas constitucionales, y muy particularmente para la aplicación del principio de igualdad[45]. Existe discriminación cuando «la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable»[46]; para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual «esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable»[47]. Conviene subrayar que la exigencia de justificación del tratamiento legal no sólo ha de aportar alguna razón lícita que pueda ser usada por el legislador, o en su caso por el juez, sino que ha de ser además razonable a juicio del Tribunal: «no basta con que el fin perseguido sea constitucionalmente lícito... sino que han de ser razonables y proporcionados»[48]. Sobre el criterio de la proporcionalidad volveremos más adelante, pero ¿cuál es la fuente de lo razonable?.

La Constitución proclama la igualdad, pero obviamente no establece (sino sólo por aproximación y discutida vía de ejemplo, art. 14) cuándo una determinada circunstancia fáctica puede o debe ser tomada en consideración para operar una diferenciación normativa; esto es algo que primero hace el legislador y luego el Tribunal Constitucional, pero no con base en la

[44] Vid. sobre el particular M. Gascón, «La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción», citado, pp. 66 y ss.

[45] Un análisis del tratamiento jurisprudencial de la igualdad en A. Ruiz Miguel, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Doxa*, nº19, 1996, pp. 39 y ss.

[46] STC 34/1981.

[47] STC 33/1983.

[48] STC 144/1988

Constitución que nada dice de forma concluyente, sino a partir de su propio razonamiento acerca de lo que merece ser tratado de manera igual o desigual. Parece evidente, por tanto, que «no es en la Constitución, sino fuera de ella, en donde el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o ilicitud de la diferencias establecidas por el legislador», y ese otro lugar resulta ser algo tan evanescente como la conciencia jurídica de la comunidad, «sólo en la conciencia jurídica de la comunidad puede buscar el juez el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador...lo que significa sin duda una politización de la justicia»[49]; en otras palabras, en la aplicación de la igualdad no puede haber nada parecido a la subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional. En realidad, la apelación a la razonabilidad en que consiste el juicio de igualdad nos remite a un esfuerzo de justificación racional de la decisión[50] y encierra un conflicto entre principios, pues actúa siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no existen dos situaciones idénticas. Luego si hay razones en favor y razones en contra será preciso ponderarlas o sopesarlas y ver cuál de ellas resulta proporcionalmente más fuerte.

En efecto, una versión más depurada de la genérica razonabilidad nos la ofrece el principio o máxima de la proporcionalidad, que es el método habitualmente utilizado por los Tribunales, constitucionales o no, para resolver la colisión circunstancial entre derechos fundamentales o, en general, el conflicto entre derechos y otros bienes constitucionales. Su importancia es capital por cuanto la proporcionalidad es la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho constitucional[51], desde la decisión gubernamental que prohibe una manifestación en la calle[52] a la resolución judicial que ordena un cierto examen o intervención corporal en un imputado[53], pasando por la ley penal que establece una determinada privación de libertad

[49] F. Rubio, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 31, 1991, pp.30 y ss.

[50] Vid. A. Calsamiglia, «Sobre el principio de igualdad», en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p.109.

[51] He tratado este punto en mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, citado, pp. 139 y ss.

[52] STC 66/1995.

[53] STC 207/1996.

como castigo de cierta conducta[54]. En pocas palabras, la prueba de la proporcionalidad se descompone en cuatro elementos, que deberán ser sucesivamente acreditados por la decisión o norma impugnada: primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos; segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin; tercero, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio del derecho, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo; y finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen a través de la medida limitadora y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho, pues, en palabras de Alexy, «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»[55].

La proporcionalidad o ponderación[56] no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que «en abstracto» todos ellos tienen el mismo peso o importancia. Por eso, la ponderación se resuelve en una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Como explica Guastini[57], la técnica del «bilanciamento» o de la ponderación es la típica para la resolución de los conflictos entre los principios constitucionales, donde no cabe aplicar las reglas tradicionales de resolución de antinomias. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre a la seguridad pública sobre la libertad individual o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no escluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de unos de los

[54] STC 55/1996. Un comentario a ésta y a las sentencia citadas en las dos notas precedentes, en las que el Tribunal Constitucional termina por perfilar claramente el principio de proporcionalidad, en I. Perello, «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», en *Jueces para la Democracia*, nº 28, 1997, pp.69 y ss.

[55] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*(1986), trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1993, p.161.

[56] Muchas veces estas expresiones se usan como sinónimas. En realidad, parece que la ponderación representa la última fase del principio de proporcionalidad, es decir, lo que hemos llamado proporcionalidad en sentido estricto.

[57] R. Guastini, «Specificità dell´interpretazione costituzionale?», citado, pp. 177 y ss.

bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

El principio de proporcionalidad y, sobre todo, el subprincipio llamado de proporcionalidad en sentido estricto en que se resuelve la ponderación de bienes han sido ampliamente criticados como una espita abierta al decisionismo y a la subjetividad judicial, crítica a la que, como vimos, se sumaba Habermas; «la limitación de las libertades a partir de los valores sólo es posible mediante una ponderación de valores en la que cualquier postura puede sostenerse»[58]. No creo que la objeción esté por completo fundada: no es cierto que la ponderación sea un método vacío, ni que pueda conducir a cualquier consecuencia, pues, si bien no garantiza una y sólo una respuesta para cada caso práctico, sí nos indica qué es lo que hay que fundamentar para resolver un conflicto o colisión, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio u otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna. La razón práctica no es un monopolio de los discursos sobre la validez que quede suspendida en los discursos de aplicación; al contrario, la ponderación supone imponer una carga de argumentación que justifique la postergación circunstancial de un principio válido[59]. Como dice Alexy, las objeciones de irracionalidad o subjetivismo «valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional»[60].

Ahora bien, que la ponderación no equivalga a irracionalidad no significa también que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas constitucionales o, dicho de otro modo, que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por la preceptiva constitucional; es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin «red normativa», a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo. La Constitución,

---

[58] I. de Otto, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en L. Martín-Retortillo e I. de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 117. Para la doctrina alemana, donde la cuestión es ampliamente discutida, vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pp. 157 y ss; también J.C. Gavara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, C.E.C., Madrid, 1994, pp. 287 y ss.

[59] Vid. Günther, K., «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», citado, p.284.

[60] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 157.

como es obvio, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos «merece la pena» desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración; valoración en la que –aunque no se quiera– pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia «cuantificación» de costes y beneficios en el caso concreto[61]. Pero esta es una valoración que en parte ya viene hecha por una autoridad precedente (por ejemplo, el legislador[62]) y que es o puede ser sustituida por la del juez de constitucionalidad. En la ponderación, en efecto, hay siempre un conflicto entre bienes constitucionales, pero hay también una ley (o una decisión administrativa o judicial) que ya ha tomado postura, que ya ha valorado y que, como se verá, puede ser eliminada o postergada por una valoración sucesiva que se apoya en un ejercicio de racionalidad, pero propiamente no en un mandato constitucional. En cierto modo, el Tribunal Constitucional parece confesarlo cuando, a propósito de un recurso de amparo en defensa de la libertad de expresión, dice que el juez «no estaba obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego», pero sí a motivar y razonar su decisión sobre la base del reconocimiento de un conflicto[63]. Luego la obligación en cuestión parece derivar, no tanto de una normativa constitucional que nada dice sobre el particular, sino de una exigencia suplementaria de argumentación racional.

Que el de proporcionalidad es un concepto sumamente dúctil que reclama un amplio ejercicio de valoración creo que no ofrece dudas, pero puede quedar mejor ilustrado con el examen comparativo de alguna jurisprudencia constitucional, concretamente la relativa a la proporcionalidad de las penas. Como es conocido, que las penas sean proporcionadas a la gravedad de los delitos es una vieja aspiración de la filosofía ilustrada y garantista que, sin embargo, la Constitución no ha recogido de forma expresa. Ello no ha impedido al Tribunal Constitucional considerar que dicha exigencia debe

[61] Por eso, como observa Guastini, esta tarea comporta una doble discrecionalidad. «Es discrecional la operación consistente en instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en combinar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos prácticos», «Principios de derecho y discrecionalidad judicial», citado, p. 44.

[62] En realidad, el legislador no puede resolver el conflicto entre principios de un modo definitivo, pues eliminar esa colisión con carácter general requeriría postergar en abstracto un principio en beneficio de otro y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir un poder constituyente. Sin embargo, el legislador sí puede establecer regulaciones que privilegien o respondan a cierto principio en detrimento de otro, y son esas regulaciones, que entrañan una primera valoración, las que constituyen el objeto del juicio de ponderación.

[63] STC 104/1986.

ser observada por un legislador penal que, a la postre, cuando impone una pena de prisión está limitando cuando menos la genérica libertad personal del art. 17, sin contar eventualmente la lesión de otros derechos, como la libre expresión, la participación política, etc.; aunque, eso sí, el control ha de ejercerse con extraordinaria cautela, pues resulta imprescindible mantener «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo». El juicio de proporcionalidad corresponde, pues, al legislador, de manera que una hipotética fiscalización sólo es concebible en casos verdaderamente extraordinarios; en concreto, cuando se produzca un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» que lesione «el valor fundamental de la justicia en un Estado de Derecho y de una actividad no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona»[64].

Con este bagaje doctrinal, que representa una de las expresiones más restrictivas del juicio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha rechazado la violación del criterio comentado incluso en algunos supuestos que razonablemente se prestaban a una solución distinta: por ejemplo, consideró que no era desproporcionada la pena de 12 años, 4 meses y un día para un almacenista que se apropió de carne de vacuno congelado propiedad de cierta Comisaría de Abastos, y ello a pesar de que el propio juzgador solicitaba la conmutación de la pena por otra más equitativa; lo que equivale a decir, en un juego de palabras ininteligible, que una pena que se juzga excesiva puede resultar al mismo tiempo proporcionada[65]. Del mismo modo, no se ha encontrado desmesurada una pena superior a dos años de cárcel para quienes de forma reincidente pescaron cangrejos en tiempo de veda[66]. Finalmente, el Tribunal tampoco halló motivo de reproche a la pena de 6 meses a un año para los que se nieguen a la práctica de la prueba (inculpatoria, por cierto) de alcoholemia, y ello aunque esa sanción resulta superior a la prevista para el hecho mismo de conducir bajo la influencia de benidas alcoholicas; algo que, como denunció un magistrado disidente, provoca un resultado paradójico: «si, después, prueba que no condujo bajo la influencia de bebidas... sufrirá una pena superior a la que le hubiera correspondido si acepta el hecho de conducir bajo dicha influencia, lo cual no parece ser conforme a la lógica»[67]. Sin embargo, recientemente se ha decidido que

[64] STC 55/1996.

[65] STC 65/1986.

[66] STC 53/1994.

[67] STC 161/1997.

la pena de 7 años de prisión para el delito de colaboración terrorista puede ser –y, al parecer, lo fue en el caso enjuiciado– desproporcionada[68].

No procede comentar ahora los distintos pronunciamientos de esta última sentencia, a mi juicio tan acertada en el fallo como desafortuna en la argumentación, pero lo cierto es que inaugura una doctrina que de llevarse hasta sus últimas consecuencias –de lo que sospecho no hay peligro alguno– representaría la apertura de una frontera inédita en el control de constitucionalidad de la ley al expropiar una de las competencias más asentadas e indiscutidas en la historia del Parlamento, como es el ejercicio del *ius puniendi* del Estado[69]. Este giro jurisprudencial puede ser interpretado de muchas maneras, incluso desde la perspectiva de un contexto de descubrimiento que aquí tenemos vedado, pero tan sólo quiero destacar un aspecto. Ya he dicho que, en mi opinión, el juicio de proporcionalidad no sólo no es inútil, sino que representa una pieza clave en la protección de los derechos y en la resolución de los conflictos constitucionales; tampoco debería ser capaz de conducir a cualquier resultado, aunque tal vez resulte algo optimista pensar que garantice uno solo correcto. Es cierto que la proporcionalidad permite el desarrollo de distintas argumentaciones, pero me parece que, si se lee atentamente, lo que produce cierta impresión de arbitrariedad no son los razonamientos singulares en que se apela a esa proporcionalidad, sino la consideración conjunta de todos ellos. A lo mejor, al final, el primer imperativo kantiano sigue siendo la mejor garantía y ello tiene una traducción jurídica inmediata: el respeto al precedente y, sobre todo, al autoprecedente[70]. En suma, si se pretende que una Constitución de principios goce de una protección jurisdiccional, la valoraciones son irremediables. Lo deseable es que, dentro de lo que cabe, siempre fuesen las mismas.

Pero desde la perspectiva de la justicia constitucional y de sus relaciones con el legislador el problema no reside sólo en que la ponderación reclame algún tipo de valoración, sino en que abre el juicio de constitucionalidad a los discursos aplicativos, con dos importantes consecuencias. La primera es que, si bien en nombre de la proporcionalidad puede declararse la

[68] STC de 22 de julio de 1999.

[69] En síntesis, el razonamiento de la sentencia es el siguiente: 1) la conducta X (ceder espacios de propaganda electoral para emitir un mensaje de E.T.A.) se integra en el tipo penal de colaboración con banda armada; 2) dicho tipo es en principio irreprochable desde una perspectiva constitucional; 3) no obstante, la sanción aplicada a la conducta X resulta desproporcionada; 4) en consecuencia, el tipo delictivo es inconstitucional sólo en el sentido de que la pena mínima prevista es demasiado severa para todas las conductas que eventualmente puedan quedar comprendidas en el mismo.

[70] Vid. M. Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993. Sobre el precedente en general vid. el nº 6 de *Ragion Pratica* (1996), con trabajos de M. Taruffo, A. Aarnio, S. Eng, J. Marshall, A. Peczenik, R. Summers y M. Troper.

invalidez de una ley, por lo común su juego se traduce en una desaplicación; esto es, en un reconocimiento de que, a pesar de que la ley es constitucional y pertinente al caso, debe sin embargo quedar desplazada en el concreto supuesto examinado. En principio, que ocurra una cosa u otra debe depender del tipo de antinomia que se entable entre la disposición enjuiciada y el derecho fundamental: si aquélla, en todas las hipótesis de aplicación posibles, resulta lesiva para el derecho, lo procedente es declarar su inconstitucionalidad; por ejemplo, si se estima que una ley punitiva establece una pena desproporcionada para la conducta tipificada, o si se juzgan también desproporcionadas las exigencias legales para el ejercicio de algún derecho. Al contrario, si la norma contempla supuestos de aplicación no lesivos para el derecho y otros que sí lo son, entonces la ponderación desemboca en la desaplicación; así, cuando un juez considera que, pese al carácter injurioso de una conducta y pese a resultar de aplicación el tipo penal, debe primar sin embargo el principio de la libertad de expresión, lo que hace es prescindir de la ley pero no cuestionar su constitucionalidad. Algo que, como ya se ha dicho, llega bastante más lejos de lo imaginado por Kelsen, pues implica la postergación circunstancial de una ley (y del principio constitucional que la sustenta, claro está) que se reconoce válida[71].

La segunda consecuencia es que, al abrirse a los discursos aplicativos, la ponderación se ha convertido en un formidable instrumento de justicia constitucional en manos del juez ordinario; como es obvio, éste no puede verificar un control de validez de las leyes, pero sí moverse con relativa libertad meced a la ponderación. Detrás de toda regla late un principio y los principios son tendencialmente contradictorios; por ejemplo, detrás de cada precepto del Código civil (o casi) encontramos bien el principio de autonomía de la voluntad, bien el derecho de propiedad, pero frente a ellos un sistema principialista como el nuestro proporciona el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, al medio ambiente, la «función social» de la propiedad, etc. En suma, la técnica de los principios y con ella la ponderación son aplicables siempre y no sólo en presencia de enunciados dotados de ciertas características, porque siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte.

Que resulte viable un control de racionalidad de las leyes equivale a decir que la racionalidad constituye un requisito exigible en la producción normativa, como ya lo es en las tareas de aplicación del Derecho. Y además

[71] Esto ocurre porque la colisión entre principios o derechos constitucionales es, en terminología de Günther, una colisión externa y no interna, es decir, una colisión que aparece y ha de ser resuelta en el discurso de aplicación, no en el de fundamentación, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», citado, pp. 279 y ss.

esto es algo que encuentra explícito apoyo en la Constitución, cuyo artículo 9.3 establece «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», esto es, no sólo de la Administración y de los jueces, sino también del legislador. Ciertamente, esa interdicción ha de hacerse compatible con la discrecionalidad política del legislador, lo que tal vez explique la notable prudencia que ha mostrado el Tribunal Constitucional cuando se ha visto llamado a enjuiciar una presunta arbitrariedad de la ley, pero en todo caso ese precepto constitucional permite un desarrollo jurisprudencial de amplias consecuencias, y basta pensar en una posible extrapolación de la doctrina ya consolidada en materia de control de la Administración, posibilidad por la que algunos abogan decididamente[72]. En suma, existe una sola noción de racionalidad y ésta es aplicable tanto a la legislación como a la jurisdicción[73], aunque en aquélla aún no haya encontrado la misma virtualidad que en ésta. Cuestión distinta, sobre la que luego volveremos, es que ello obligue a revisar la sacrosanta teoría de la soberanía del legislador.

Finalmente, la idea de que la Constitución, más que un límite al legislador, es una norma que directamente ordena amplias esferas de las relaciones sociales presenta un corolario implícito, y es que la defensa de la Constitución no sólo comporta una legislación negativa que le diga al legislador sólo aquello que no puede hacer, sino que reclama también una legislación positiva capaz de suplir, complementar o corregir al Parlamento en la tarea de hacer realidad el programa constitucional. En cierto modo, las sentencias interpretativas y manipulativas responden a esta filosofía. Las primeras parten de una distinción entre la disposición legislativa y la norma o resultado de la interpretación realizada sobre aquélla[74] que, de entrada, parece suponer una intromisión en el ámbito de la Justicia ordinaria, pues implica que el Tribunal Constitucional determina qué interpretación de un enunciado legal resulta conforme a la Constitución o, al contrario, cuál debe excluirse por incompatible con la misma; y, naturalmente, de establecer la «interpretación constitucional» de un enunciado a presentar la «mejor interpretación» del mismo sólo hay un paso. Con la particularidad de que, al ser las sentencias del Tribunal Constitucional algo más que precedentes autorizados, operando directamente en el ordenamiento a título de legislación, ocurre que esas interpretaciones adquieren la fuerza misma de una disposición legislativa. Dicho de otro modo, las mayores o menores posibilidades her-

[72] Vid. T.R. Fernández, *De la arbitariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998.

[73] Vid. M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 95 y ss.

[74] Una reciente contribución que toma como hilo conductor la mencionada distinción entre disposición y norma es la de F.J. Ezquiaga, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

meneúticas toleradas o queridas por la ley ya no están a disposición de la justicia ordinaria, sino que quedan cercenadas merced a la labor del Tribunal, y esto equivale a legislar. Más lejos llegan las llamadas sentencias manipulativas, sobre todo en su versión «aditiva», mediante las que el Tribunal no sólo opera sobre las interpretaciones de una disposición, sino que en cierto modo lo hace directamente sobre ésta última, añadiendo a la misma aquello que omitió y constitucionalmente no debió omitir el legislador[75].

5. Esquema de conclusiones

Indicábamos al comienzo que la tesis legalista atribuida al positivismo podía ser interpretada bien en clave descriptiva o de teoría del Derecho, bien en clave prescriptiva o de política jurídica. Desde la primera perspectiva, parece evidente que el legalismo es hoy un enfoque equivocado, al menos si lo entendemos en los términos tradicionales que hacían del legislador el señor supremo del Derecho. Y la verdad es que la existencia de una Constitución y de una justicia constitucional como las que acaban de ser descritas es sólo un síntoma y acaso no el más importante de la crisis de la ley: el mantenimiento de la secular pugna con la potestad reglamentaria que hoy adquiere tintes más complejos porque, si bien ya no se discute el principio de jerarquía ni se defienden ámbitos exentos en favor del Ejecutivo, la normativa administrativa, sin embargo, se extiende cada vez más en la amplísima esfera del Estado social donde la ley abdica de sus competencias; la pérdida del valor de la unicidad u homogeneidad de la ley como consecuencia de las autonomías territoriales dentro del Estado, capacitadas para producir leyes diferentes sobre las mismas materias, así como del imparable proceso de «transferencia de soberanía» a la Unión Europea; el desarrollo de nuevas fuentes sociales del Derecho, lo que unido al fenómeno de la desregulación conduce una vez más a la postergación de la decisión legislativa[76]. Todo ello, unido a la actividad (o al activismo dirán algunos) de la justicia constitucional llevada a cabo por jueces especiales y ordinarios hace hoy irreconocible la imagen del legislador omnipotente. Lo cual, por cierto, creo que tampoco significa un cambio de ubicación de la soberanía, tampoco significa que la ley haya cedido su privilegiado lugar a la Constitución, a los jueces o a las instituciones europeas; refleja tan sólo un pano-

[75] Sobre la técnica de las sentencias interpretativas y manipulativas vid. M. Gascón, «La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción», citado, pp. 70 y ss.; también G. Parodi, «Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale» y M.C. Redondo, «Incostituzionalità e lacune normative», ambos en *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, a cura de P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 87 y ss.

[76] Vid. más ampliamente mi trabajo «Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional», en *Ley, principios, derechos*, citado, pp.24 y ss.

rama mucho más complejo que en algunos aspectos recuerda al sistema de fuentes de la Edad Media. Como observa Zagrebelsky, «ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro en que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La "política constitucional" mediante la cual se consigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva»[77].

En la realización de esa «política constitucional» de la que nos habla Zagrebelsky la justicia constitucional en su más amplia significación es una pieza clave. Frente a las cautelas y escrúpulos con que Kelsen abordó el diseño de una justicia constitucional respetuosa con la separación de poderes, con el principio de las mayorías y, en suma, con las prerrogativas del legislador, cautelas y escrúpulos que en gran parte nos recuerda Habermas, la realidad que cabe observar a partir de la sucinta exposición precedente parece alejarse de cualquier legalismo entendido como monopolio en la producción del Derecho. La aplicación judicial del Derecho se halla desde luego sujeta a normas, y a normas a veces muy restrictivas acerca de los supuestos y formas de la intervención, pero es potencialmente ilimitada en el sentido de que, desde el más resonante conflicto político a la más nimia actuación administrativa o incluso relación jurídico privada, no hay esfera en la que la preceptiva constitucional no tenga algo que decir; y son precisamente los jueces quienes lo dicen, empleando para ello delicadas técnicas interpretativas en las que la distancia que separa una argumentación racional a partir de la Constitución de una decisión subjetiva es con frecuencia demasiado tenue. La teoría del Derecho positivista ya no puede ser, por tanto, legalista porque la ley ya no es la única ni la suprema fuente del Derecho; conserva, sin duda, una gran importancia que no es preciso subrayar, pero ahora su función no es «crear» el sistema, sino «integrarse» en un sistema ya dado y en permanente renovación donde su palabra es sólo una de las que pueden pronunciarse, no la única, ni la última. Como escribe Böckenförde, si «los derechos fundamentales se mantienen como normas (objetivas) de principio y se desarrollan como tales, es inevitable la progresión continua hacia el Estado jurisdiccional de justicia constitucional»[78].

Entendido en el segundo sentido, como una tesis prescriptiva defensora de la ley como fuente legítima o más legítima de creación de Derecho, ya he dicho que el legalismo no me parece un aspecto del positivismo, salvo si

[77] G. Zagreblesky, *El Derecho dúctil*, citado, p.14.

[78] E.W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, citado, p.135.

se piensa en un positivismo ideológico que abandone la descripción para asumir funciones de persuasión moral o política. Por otra parte, aquí vienen a primer plano todas las discusiones acerca de si es bueno que exista una Constitución, de si ésta debe o no contener un amplio catálogo de derechos y de principios normativos, de si éstos deben hacerse valer en vía jurisdiccional y en qué forma, etc.; cuestiones todas ellas cuyo tratamiento excede de los propósitos de este trabajo. Con todo, creo que en el fondo la respuesta a estos interrogantes es política y depende en buena parte de la óptica subjetiva de quien trata de responderlos, sin excluir desde luego el diagnóstico de cada uno acerca del estado de la judicatura y de la legislatura.

Por mi parte, y sin prejuzgar cuál haya de ser el modelo más adecuado de justicia constitucional e incluso si ha de existir alguno en el plano del juicio abstracto de leyes o puede ser el propio Parlamento quien se autotutele[79], lo que sí creo es que la defensa de los derechos fundamentales frente a todos y, por supuesto, también frente al legislador representa una exigencia insoslayable del Estado de Derecho entendido como un Estado de garantías. Suscribo en este aspecto la opinión de Ferrajoli: una concepción material de la democracia, o sea, una concepción no meramente procidementalista ha de ser «garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría» y esa garantía sólo puede ser operativa con el recurso a la instancia jurisdiccional[80]. Ahora bien, más allá de esto, decidir qué grado de protagonismo pueden tener los jueces, o ciertos jueces, en la legislación negativa o positiva a través de controles abstractos, es algo más discutible y que puede depender de otras consideraciones circunstanciales, como en primer lugar el juicio sobre la bondad de la rigidez constitucional, sin excluir tal vez las propias expectativas sobre el comportamiento de jueces y legisladores. Me parece que esta es una de las conclusiones de Comanducci cuando dice que «la interpretación "moral" de la Constitución abre la puerta a la discrecionalidad judicial (que, es cierto, siempre se halla presente, aunque puede ser limitada). Esto puede complacer a los progesistas, pero sólo a condición de que los jueces puedan ser progresistas. Es lo que habitualmente sucede hoy en gran parte de los Tribunales Constitucionales... Pero no está dicho que las cosas sean siem-

[79] Este último sistema puede parecer francamente inútil y reiterativo, aunque cabe pensar en algunas garantías suplementarias como las sugeridas por J.C. Bayón en su propuesta de constitucionalismo débil, «Diritti, democrazia, costituzione», en *Ragion Pratica*, nº 10, p. 63 y s.; por ejemplo, que una ley que alterase la tabla de derechos hubiera de ser adoptada en dos votaciones sucesivas y separadas por una convocatoria electoral. Aunque, en verdad, esta previsión parece inscribirse más en el capítulo de la reforma constitucional que en el de su garantía.

[80] L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, citado, p.23 y s.

pre así. Me parece en particular peligroso, en sede de aplicación de la Constitución, la técnica de la ponderación caso por caso de los principios incorporados al texto constitucional. La opción deliberada de no establecer una jerarquía explícita entre los principios al menos para clases de casos... comporta la atribución para el juez constitucional de un margen tan amplio de discrecionalidad que haga de él no sólo un colegislador, sino incluso, en alguinos casos, un coautor de la Constitución misma»[81]. Los peligros de la ponderación en el caso concreto son sin duda reales, pero a mi juicio difícilmente eliminables si se acepta la vinculación directa y universal de los derechos fundamentales[82].

Pero, hablando de legalismo, ha salido a relucir otra tesis positivista que también fue anunciada al principio del trabajo: la tesis de la discrecionalidad judicial. No parece que la discrecionalidad admita en los mismos términos la doble versión descriptiva y prescriptiva que hemos distinguido a propósito del legalismo, pues así como hay firmes partidarios de restaurar la supremacía del legislador, en la literatura reciente no es tan fácil oir voces en favor de la absoluta discrecionalidad del juez. Que los jueces desempeñen una función creadora de Derecho en el sentido fuerte de la expresión, que sus decisiones incorporen al menos una dimensión subjetiva o moral que va más lejos de lo previsto por el Derecho, que, como mínimo, a partir del material jurídico puedan sostener soluciones diferentes a propósito de los mismos problemas fácticos, son afirmaciones que básicamente se interpretan como verdaderas o falsas, no como ideales hacia los que se deba tender. Aun cuando pueda discutirse si un cierto grado de discrecionalidad resulta o no saludable para el funcionamiento del sistema jurídico, lo cierto es que la desvinculación del juez a la ley como tesis prespriptiva es algo que no se defiende desde el llamado Derecho libre[83]. En cualquier caso, que exista una Constitución de principios que todos puedan interpretar

[81] P. Comanducci, «Interpretazione della costituzione» en *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, p.122.

[82] Por otro lado, dice Moreso que la ponderación en los casos concretos, por ejemplo en los conflictos entre derechos fundamentales, no afecta a la regla de las mayorías, «Diritti e giustizia procedurale imperfetta» y «Sulla portata del vinculo preventivo», en *Ragion Pratica*, nº10, pp.13 y ss. y 75 y ss. Tal vez la afirmación podría ser matizada: es cierto que aquí no está en juego la validez de la ley, pero el conflicto entre derechos o principios encubre un conflicto entre algún precepto legal –apoyado en cierto principio– y otro principio constitucional, lo que a la postre se traduce en la no aplicación de tal precepto legal; y esto me parece que lesiona el ferreo criterio de sometimiento del juez a la ley, uno de los corolarios del legalismo democrático.

[83] H. Kantorowicz, en efecto, llega a proponer sentencias arbitrarias, es decir, incontroladas e incontrolables desde la ley, «La lucha por la ciencia del Derecho» (1906), trad. de W. Goldschmidt en el volumen *La Ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aíres, 1949, pp.325 y ss.

y que la justicia constitucional abrace la técnica de la ponderación o de las sentencias manipulativas, ¿es un síntoma del incremento de la discrecionalidad?.

Hay algunos indicios de que la respuesta puede ser negativa, de que, pese a las apariencias, los principios y su aplicación ponderativa reducen y no amplían la discrecionalidad. Así, y aunque el argumento pueda no ser de mucho peso, no deja de resultar significativo que los más empeñados defensores de la tesis de la unidad de solución correcta, como Dworkin, ilustren sus construcciones teóricas mediante los más complejos problemas constitucionales, en los que precisamente una jurisprudencia constructiva a partir de los principios viene a compensar el déficit de racionalidad de un Derecho de reglas o positivista[84]. Por otro lado, dice Habermas que la imagen que hoy tenemos del Derecho decimonónico como un sistema jurídico que podía aplicarse sin tener que recurrir a principios necesitados de una interpretación constructiva es sólo un «espejismo actual»[85], lo cual viene a sugerir que tanto con una Constitución de principios explícitos como con un sistema presidido por principios implícitos –al modo tal vez de los principios generales del Derecho– la situación no es muy diferente y que nuestra opinión al respecto, afirmadora de la discrecionalidad o, como es el caso del propio Habermas, negadora de la misma, no debe alterarse sustancialmente.

Creo que Habermas tiene en este punto algo de razón. Tanto si asumimos la tesis positivista de la discrecionalidad como si nos adherimos al género de interpretación constructiva defendida por el autor alemán, nuestra opinión no tiene por qué ser distinta, exista o no una Constitución abiertamente principialista; es más, algunos podrán pensar que la discrecionalidad de un sistema de reglas puede desaparecer merced a los principios. Por mi parte, como ya he avanzado, creo que los principios y derechos fundamentales desempeñan una función bifronte o de doble sentido. Trataré de explicarlo mejor. Básicamente, el positivismo es una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación, de manera que la relativa indeterminación de las normas se resolvía a través de la discrecionalidad: discrecionalidad del legislador en primer lugar y, sometido a éste, discrecionalidad del juez, y por eso el Tribunal Constitucional kelseniano, siempre respetuoso con el legislador, sólo había de ocuparse de la dimensión reproductora o determinada de la norma inferior respecto de la superior. Pero, en este sentido, la presencia de principios en la Constitución ha venido a imprimir una mayor determinación frente al legislador, pues, por mucho que los principios suelan

[84] Vid. sobre el particular la reciente aportación de M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, C.E.P.C., Madrid, 1999.

[85] J. Habermas, *Facticidad y validez*, citado, p. 325.

calificarse y con razón de indeterminados, lo cierto es que ofrecen pautas o estándares normativos allí donde antes sólo existía la discrecionalidad política[86]. Recurriendo al planteamiento de Moreso, tal vez pueda decirse que los principios son una «pesadilla» por su alto grado de indeterminación, pero que nos acercan al «noble sueño» en la medida en que introducen determinación en una esfera antes confiada a la discrecionalidad; con lo que quizás a la postre nos hallaríamos en ese lugar intermedio que es la «vigilia»[87]. Sea como fuere, la aplicación de principios reclama una teoría de la argumentación especialmente refinada que pueda intentar compensar su déficit de determinación.

Por eso, la pregunta que antes quedó planteada admite una doble respuesta: desde el punto de vista de su aplicación, los principios y la técnica de la ponderación pueden incrementar la indeterminación del Derecho y la discrecionalidad de un juez antes sometido sólo al imperio de la ley, y ello por las razones que indica Comanducci: por su mayor grado de vaguedad, por la ausencia de una moral común y porque en la ponderación falta una jerarquía estable y general entre los principios[88]. Pero desde el punto de vista del legislador sometido al control de constitucionalidad (abstracto o concreto), el mismo fenómeno parece tener justamente el efecto contrario: donde antes existía discrecionalidad política ahora se alzan los principios y, consiguientemente, la ponderación y sus cultivadores, los jueces, porque donde antes existía indeterminación ahora pretende existir determinación, aunque sea la que modestamente ofrecen los principios. Que ello suponga sustituir una discrecionalidad por otra, como pretende el legalismo menos refinado, o que, por el contario, signifique un avance decisivo del Estado de Derecho, de manera que en lugar de decidir el legislador simplemente «lo que quiere» ahora decida el juez «lo que debe», es algo que en buena parte depende de nuestra fe en las posibilidades y alcance de la argumentación jurídica.

---

[86] Este paradójico doble papel de los principios es observado también por Böckenförde. De un lado, en efecto, «el desarrollo de la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales conduce así a una creciente pre-determinación de los contenidos indeterminados... aumenta progresivamente lo pre-establecido normativamente en y a partir de la Constitución»; y ello con la lógica consecuencia de que «la red de lo pre-establecido constitucionalmente se hace para el legislador no sólo más extensa, sino también más túpida; el legislador –respecto a su poder de configuración del Derecho– decae cada vez más en el papel de un poder reglamentario». Sin embargo, de otra parte, «dado que los pre-establecidos constitucionales son indeterminados, el Tribunal Constitucional se convierte, en su labor de concretización de su alcance, de modo específico, en el señor de la Constitución», *Escritos sobre derechos fundamentales*, citado, pp. 135 y ss.

[87] Vid. J.J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, C.E.P.C., Madrid, 1998, en particular el planteamiento sobre la justicia constitucional en pp. 233 y ss.

[88] P. Comanducci, «Principi giuridici e indeterminazione del diritto», en *Assaggi di metaetica due*, citado, p.95.

Con todo, y cualquiera que sea esa fe en la argumentación jurídica, el panorama descrito no puede dejar de proyectarse sobre el modo tradicional de concebir legislación y jurisdicción. Desde la perspectiva de ese modelo, que es basicamente el aceptado por el positivismo, existiría un profundo divorcio entre la racionalidad legislativa y la racionalidad judicial: en la primera triunfan los fines u objetivos, según un esquema teleológico y consecuencialista, de manera que una buena ley es aquella que se propone buenos fines y es capaz de obtenerlos; mientras que la sentencia ha respondido siempre a una racionalidad deductiva o sistemática, en el sentido de que una buena sentencia o, mejor aún, una sentencia correcta es aquella cuya decisión se infiere de sus premisas y, en particular, de una premisa normativa. De ahí que los «considerandos» o la fundamentación sean indispensables en la sentencia y no lo sean en la ley[89]. Pues bien, el constitucionalismo basado en principios y derechos creo que estimula un esquema de racionalidad más compartido[90]. En primer lugar, porque es evidente que la ponderación de bienes y la técnica de la proporcionalidad no responden a un simple esquema lógico deductivo, requiriendo por parte del juez una racionalidad teleológica o lo que algunos llaman despectivamente un «mercado de valores». Y, por otra parte, si bien la ley no puede entenderse ni siquiera idealmente como una mera deducción de la preceptiva constitucional, resulta que tampoco puede entrar en contradicción con ella, y esto requiere efectuar un juicio acerca de su racionalidad normativa no muy diferente del que supone comprobar la legalidad de una sentencia; en cierto modo, el antiguo juicio externo o ético sobre la justicia de la ley se ha transformado en un juicio interno o sobre su validez, algo que ha de estar presente ante todo en la racionalidad legislativa, anticipo de la racionalidad judicial.

Estas consideraciones creo que nos conducen a una última conclusión: si en algo cambia el panorama jurídico tras una Constitución de principios garantizada a través de mecanismos jurisdiccionales, es precisamente en el papel que ha de asumir la argumentación o el razonamiento jurídico; y una teoría del Derecho no puede dejar de levantar acta de este fenómeno. Aun cuando se mantenga viva la tesis de la discrecionalidad y, con ello, se dé la razón a una idea central del positivismo, no puede olvidarse que este último descuidó el cada día más extenso capítulo de la argumentación. Como acabamos de ver, el positivismo consideró que allí donde finalizaba la deter-

[89] Vid. E. Bulygin, «Sentencia judicial y creación de Derecho» (1966), en C. Alchourron y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, C.E.C., Madrid, 1991, p.356.

[90] En favor de una relativización de las diferencias entre racionalidad legislativa y judicial vid. también M. Atienza, *Contribución a la teoría de la legislación*, citado, pp. 98 y ss.

minación del Derecho y aparecían los márgenes de indeterminación sencillamente se alzaba el vacío jurídico y la subjetividad de los operadores jurídicos; subjetividad que, en un marco legalista, correspondía desarrollar de forma primaria al Parlamento y, en un marco judicialista, a los jueces. Pero es ésta la imagen que difícilmente puede mantenerse en pie, pues, cualquiera que sea la fórmula técnica que distribuya las competencias entre ambos sujetos, lo que una Constitución de principios y derechos fundamentales ya no parece tolerar es que cuando aparece la autoridad del legislador calle la razón, ni que cuando finaliza la subsunción se abra paso la subjetividad. Si argumentar equivale en último término a justificar, el nuevo constitucionalismo encarna una exigencia de justificación o, mejor dicho, de mayor justificación: ya no basta apelar a la autoridad del órgano y al procedimiento –que es en sustancia lo que hacía el Tribunal Constitucional kelseniano-, sino que es preciso también acudir a los contenidos[91]. Y con esta extensión de la argumentación y, por tanto, de la justificación creo que se amplían las fronteras del Derecho y del Estado de Derecho en detrimento de la esfera más decisionista o política dominada por la libertad de configuración legislativa o por la intuición subjetiva del juez.

Para terminar, y aunque he prometido no ocuparme de este aspecto, procede advertir que ese saludable reforzamiento de la argumentación a que nos invita el constitucionalismo de principios no equivale a una feliz reconciliación del Derecho y la moral y, por tanto, creo que puede seguir manteniéndose la conocida tesis positivista de la separación. La idea del razonamiento jurídico como caso especial del razonamiento moral, al margen de que presente no pocas ambigüedades, no cancela la citada separación, ni desde la perspectiva de la dogmática constitucional ni, mucho menos, desde la óptica de una teoría del Derecho; de la imperfección del Derecho, técnica pero también moral, no escapa la argumentación[92]. Y, por cierto, los perfiles que presenta el actual debate acerca de quién debe tener la última palabra, si el legislador o los jueces, revelan o, al menos, son un indicio de que el problema central no consiste en determinar el órgano más indicado o mejor dotado para llevar a cabo ese ejercicio de común racionalidad, que sería –creo yo– lo que debería suceder si se confiase en que por la argumentación camina irremediablemente la moral correcta. Lo que se discute son más bien problemas ideológicos y de poder sobre el presupuesto de que los

[91] Vid. sobre estas distintas justificaciones M. Atienza, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pp. 34 y ss.

[92] Vid. sobre el particular A. García Figueroa, «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico», ponencia presentada al IV Congreso hispano-italiano de Teoría del Derecho, Almagro, 1998 y publicada en *Doxa*, núm. 22, 1999, pp. 195-220.

resultados de la racionalidad legislativa y de la racionalidad judicial no han de ser siempre los mismos o, dicho de otro modo, sobre el presupuesto de que el común sometimiento a la Constitución que se predica, no promueve necesariamente una única respuesta, ni jurídica ni moral; tal vez porque, junto al ejercicio de racionalidad que requiere una Constitución de principios, en la legislación y en la jurisdicción queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder.

DERECHO INJUSTO, RETROACTIVIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.

La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*

Robert Alexy
Universidad de Kiel

Desde la reunificación de Alemania se viene discutiendo animadamente si los guardias fronterizos de la RDA, así como sus superiores, e incluso los dirigentes políticos responsables, pueden ser perseguidos criminalmente por el homicidio de fugitivos en la frontera interior alemana. En su primera sentencia sobre los centinelas del muro[1], de noviembre de 1992, transcurridos ya más de dos años desde la reunificación, el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los guardias fronterizos y, desde entonces, se ha mantenido en esta jurisprudencia[2]. Dos años más tarde, en 1994, el Tribunal resolvió que también altos funcionarios de la República Democrática Alemana (RDA) debían responder penalmente por los homicidios en la frontera: los encontró culpables como autores mediatos de homicidio[3]. De nuevo dos años después, el 24 de octubre de 1996, la Sala segunda del Tribunal Constitucional Federal declaró esta jurisprudencia acorde con la Constitución. Pues bien, la cuestión que debemos abordar aquí es si es correcta esta última resolución** del Tribunal Constitucional Federal,

---

* *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg, Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften/Vandenhoeck & Ruprecht, 1997 (Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften e.V., Jahrgang 15, 1997, Heft 3). Traducción: A. Daniel Oliver-Lalana (e-mail: *adoliver@posta.unizar.es*). El traductor, y la revista DOXA, desean agradecer a la Sociedad Científica Joachim-Jungius de Hamburgo el permiso para publicar esta traducción.

[1] BGHSt 39, 1.

[2] BGHSt 39, 168; 39, 199; 39, 353; 40, 48; 40, 113; 40, 218; 40, 241; 41, 10; 41, 101; 41, 149; BGH, StV 1996, 479.

[3] BGHSt 40, 218 (230).

** Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán reciben el nombre de «resolución» (*Beschluß*) cuando no siguen a una vista oral. En caso de haberse producido ésta, la decisión del Tribunal toma el nombre de sentencia (*Urteil*). Véase el § 25 párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* o *BVerfGG*) [N. del T].

con la cual viene a solventarse definitivamente en Alemania la controversia sobre la punibilidad de los centinelas del muro y de las personas que estaban detrás de ellos[4].

I. Los objetos de los recursos de amparo

El objeto de la resolución del Tribunal Constitucional Federal lo constituyen cuatro recursos de amparo interpuestos contra sentencias del Tribunal Territorial de Berlín* y del Tribunal Supremo Federal, uno promovido por un guardia fronterizo y tres por miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA, en concreto por el general del ejército Keßler, último ministro de defensa de la RDA, por el capitán general Streletz, antiguo ministro delegado para la defensa y jefe del estado mayor del ejército popular, y por Albrecht, entonces presidente de la dirección comarcal del Partido Socialista Unificado de Alemania en Suhl.

1. Las sentencias contra los guardias fronterizos

En la noche del 14 al 15 de febrero de 1972, el guardia fronterizo era centinela jefe de una patrulla de frontera, compuesta por él y por otro soldado, destinada entre la orilla del Reichstag y la Rudower Chausse. La frontera seguía aquí el curso del río Spree. Sobre las diez y media de la noche, un hombre de 29 años, natural de Berlín oriental, había saltado al río con la intención de cruzarlo a nado hasta la orilla de Kreuzberg y quedarse en la zona occidental de la ciudad. Cuando los dos guardias fronterizos le descubrieron, había alcanzado ya la mitad del río. Como no reaccionara ante el alto de los soldados, éstos, casi al mismo tiempo, dispararon sobre él desde una distancia de unos cuarenta metros. Las ametralladoras estaban en posición de fuego continuo. El soldado que presenta el recurso de amparo apretó tres veces el gatillo, mientras que el otro lo hizo dos veces, descargando cada uno dos disparos por ráfaga. Ambos dispararon sin apuntar**. Según resulta de la práctica de las pruebas, no pudo refutarse que los primeros disparos fueran de aviso. Los restantes disparos fueron efectuados inmediatamente después. Ambos soldados eran conscientes de que podían herir de muerte al fugitivo, pero asumieron esta posibilidad afirmativamente. Después de las ráfagas ya no pudo verse más al nadador. Había sido alcanzado por un disparo en la cabeza y se había ahogado. Sigue sin aclararse de cuál de ambos soldados provino el disparo letal, pero, en cualquier caso, ambos

[4] La decisión definitiva en Alemania no implica el final de la controversia. Uno de los condenados ha recurrido ante la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo.

* El *Landgericht* es equivalente a la Audiencia Provincial española [N. del T].

** Literalmente, «tiraron de cadera» (*aus der Hüfte*) [N. del T.].

actuaron con el objetivo común de cumplir la orden recibida en el relevo de guardia* e impedir la fuga. Las instrucciones recibidas antes de la incorporación al servicio de frontera establecían, de acuerdo con el número 89 del reglamento de servicio 30/10 del Ministerio para la Defensa Nacional del año 1967, que «la patrulla ... vigilará la frontera estatal con la misión de no permitir que nadie atraviese la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, en su caso, abatir, a quienes traspasen ilegalmente la frontera, así como de garantizar bajo cualquier circunstancia la protección de la frontera estatal»[5].

Ambos soldados fueron esa misma noche relevados del puesto de vigilancia, y al día siguiente se les otorgó una distinción por méritos de servicio y un premio de 150 marcos. A la viuda del fallecido se le comunicó, cuatro semanas más tarde, que se había tratado de un suicidio y que el cadáver había sido ya incinerado.

a) La sentencia del Tribunal Territorial de Berlín

Según la nueva redacción del art. 315.1 de la Ley introductoria del Código penal, recogido en el Anexo I del Tratado de Unificación, en relación con el § 2 del Código penal, la muerte de un fugitivo sólo puede castigarse penalmente cuando, al tiempo de cometerse el hecho, dicha muerte fuera punible de acuerdo con el derecho vigente. Incluso admitiendo que tal es el caso, queda todavía por determinar si debería aplicarse entonces el derecho de la RDA, o bien el derecho federal actual. De acuerdo con la cláusula de la ley más favorable recogida en el § 2.3 del Código penal, esta cuestión debe decidirse por aplicación de la norma más leve. En primer lugar, por lo tanto, todo conduce a la pregunta de si el hecho cometido por los guardias fronterizos fue en su momento punible según el derecho de la RDA. De lo contrario, ambos soldados deberían ser absueltos.

El hecho constituyó un homicidio doloso cometido conjuntamente [coautoría], y ello no sólo de acuerdo con el derecho penal de la República Federal Alemana, sino también con el de la RDA. No obstante, el hecho no sería punible si al tiempo de su comisión hubiera concurrido una causa de justificación. Hasta la entrada en vigor de la Ley de Fronteras de la RDA (DDR-GrenzG), de 25 de marzo de 1982 (DDR-GBl. I, p. 197), y según el § 20.3 de la Ley sobre las funciones y competencias de la policía popular alemana (VoPoG) de 11 de junio de 1968 (DDR-GBl. I, p. 232), los miem-

* La *Vergatterung*, traducida como «relevo de guardia» (en la frase siguiente como «instrucciones»), es propiamente una reunión de tropa en la que los soldados reciben instrucciones antes de proceder al cambio de guardia [N. del T.].

5 Cfr. BGHSt 40, 241 (242).

bros del ejército popular estaban autorizados a «ejecutar las competencias reguladas en esta ley en cumplimiento de las funciones militares de vigilancia, orden y seguridad conforme a las instrucciones del Ministro para la Defensa Nacional»[6]. Según el § 17.2.*a* de la VoPoG, y también conforme al posterior § 27.2.1 de la DDR-GrenzG, podía abrirse fuego para evitar la inminente comisión o la continuación de un hecho punible el cual, en función de las circunstancias, pudiera constituir un delito* (la antigua disposición del § 17.2.*a* VoPoG clasificaba los delitos todavía con más detalle). Pues bien, aquí entraría en consideración un delito contra el orden público, dado que bajo tal rúbrica calificaba el Código penal de la RDA el cruce ilegal de la frontera, esto es, la fuga de la República (§ 213 DDR-StGB).

Llama la atención que tanto el § 17.2.*a* de la VoPoG como también el § 27.2.1. de la DDR-GrenzG coincidan literalmente, al menos en buena medida, con las disposiciones reguladoras del uso de armas de fuego vigentes en la República Federal (cfr. § 10.1. nº 1, *a* UzwG y el § 15.1 nº 1, *a* UzwGBw). Esta circunstancia, y también la de que la Constitución de la RDA de 6 de abril de 1968 (DDR-GBl. I p. 199), según la concepción generalmente admitida, reconociera el derecho a la vida y a la integridad corporal[7], así como el hecho de que existieran abundantes reconocimientos oficiales de los derechos humanos por parte de la RDA[8], hacen que resulte tentador interpretar las disposiciones de la RDA sobre uso de armas de fuego a la luz de los principios del Estado de Derecho. Esta interpretación conduciría a pensar que los disparos mortales en la frontera tampoco estaban amparados por aquellas disposiciones al tiempo de producirse los hechos y que, por tanto, fueron ya punibles según el derecho entonces vigente en la RDA. Los dos problemas principales de los casos de los centinelas del muro desaparecerían entonces de un plumazo. No se plantearía ya la cuestión de la retroactividad, pues un guardia fronterizo habría cometido en la RDA, también en 1972, un hecho punible de acuerdo con el derecho vigente de la

---

[6] Junto a esta ley formal, existía una Orden dictada por el Ministro del Interior y Jefe de la Policía Popular alemana «sobre el orden en los espacios fronterizos y las aguas territoriales de la RDA» de 15 de junio de 1972 (DDR-GBl. II, p. 483), cuyo § 62 establecía que «la utilización de armas de fuego por los miembros de las tropas de frontera... se permite sólo de acuerdo con las correspondientes instrucciones militares del ministro de defensa». «Correspondientes instrucciones militares» hubo bastantes. Esta reglamentación no era sin embargo aplicable a los homicidios cometidos en febrero de 1972.

* Según el § 12 del actual Código penal alemán, estamos frente a un delito (*Verbrechen*) cuando la pena prevista es igual o superior a un año [N. del T.].

[7] Cf. B. Kaden/T. Riemann, en E. Poppe (ed.), *Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesell-schaft*, Berlin, 1980, p. 164; S. Mampel, *Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar*, Frankfurt am Main, ^{2}1982, Art. 30, nº marginal 4.

[8] Cfr. BGHSt 40, 241 (248 ss.).

RDA; y tampoco aparecería el problema del derecho positivo injusto, pues el derecho positivo de la RDA habría prohibido la muerte en la frontera y no habría sido, por lo tanto, un derecho injusto (*Unrecht*).

Ya en el caso que fue objeto de la primera sentencia sobre los centinelas del muro del año 1992, la primera instancia, el Tribunal Territorial de Berlin, había seguido este camino. El Tribunal interpretó entonces el § 27 de la Ley de Fronteras de la RDA (DDR-GrenzG) de acuerdo con los «principios del Estado de Derecho»[9], vinculando su decisión, en especial, al principio de proporcionalidad. Este principio prohibiría «sacrificar la vida, como bien jurídico supremo, frente a otros intereses y, en cualquier caso, frente a intereses de menor valor», aquí a la seguridad de la frontera y con ella, en definitiva, a la razón de Estado de la RDA[10]. También en nuestro caso el Tribunal Territorial de Berlin llega al resultado de que, al tiempo de los hechos y según el derecho de la RDA, no había ninguna causa de justificación que estuviera a disposición de los soldados de la RDA, puesto que habían cometido un hecho punible incluso según el derecho entonces vigente en la RDA. Y así, el § 17.2.*a* VoPoG no hubiera justificado el homicidio en el presente caso, al no haber concurrido uno de los presupuestos decisivos para la utilización legítima de armas de fuego: la presencia de un delito. Y es que ni siquiera se trató de una violación grave, sino tan sólo de un simple caso de cruce ilegal de la frontera (§ 213.1 DDR-StGB). Un caso semejante, de acuerdo con el marco jurídico penal aplicable, no constituiría un crimen (§§ 1.3.2 y 213.1 DDR-StGB), con lo que la causa de justificación del § 17.2.*a* VoPoG no hubiera podido aplicarse. Tampoco existían otras posibles causas de justificación en el sistema penal de la RDA[11]. Por consiguiente, el hecho fue antijurídico, y ello tanto según el derecho de la República Federal, como también conforme al de la RDA. Con esta fundamentación, el Tribunal Territorial condenó al ahora recurrente, por homicidio, a una pena para menores de un año y diez meses, si bien su ejecución fue suspendida condicionalmente[12].

b) La sentencia del Tribunal Supremo Federal.

En su sentencia de 26 de julio de 1994, el Tribunal Supremo Federal desestimó la revisión solicitada por el recurrente contra este pronunciamiento. Ahora bien, aunque confirma el resultado alcanzado por el Tribunal Territorial, no hace lo mismo con su fundamentación. Al igual que en su primera

[9] LG Berlin, NStZ 1992, 492 (494).

[10] Ibid.

[11] Cfr. BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (544 ss.); BGHSt 40, 241 (242).

[12] Cfr. BGHSt 40, 241(241).

sentencia sobre los centinelas del muro[13], el Tribunal Supremo rechaza la construcción fundamental de la decisión de primera instancia, según la cual las muertes eran punibles incluso de acuerdo con el derecho positivo entonces vigente en la RDA. Esto debe aplaudirse con énfasis. Quien interprete hoy el derecho entonces vigente en la RDA a la luz de los principios del Estado de Derecho, incurre, por vía de una maniobra interpretativa *a posteriori* (*nachträgliche Uminterpretation*), en una retroactividad encubierta, que es todavía más grave que la abierta[14]. Se vadean así los auténticos problemas, y los costes jurídicos que uno debe pagar si quiere penar hoy a los centinelas del muro apenas se perciben. La base jurídico-teórica de esta errónea interpretación es una imagen equivocada de lo que sea el derecho positivo. Y es que al derecho positivo pertenece no sólo el correspondiente tenor literal de las normas, sino también, y esencialmente, la correspondiente práctica interpretativa. Justamente en esta práctica ampara el Tribunal Supremo Federal su tesis de que el hecho sí estaba justificado según el entonces vigente derecho de la RDA.

A favor de la justificación mediante el derecho positivo de la RDA vigente al tiempo de los hechos pueden aportarse abundantes argumentos[15]. En la sentencia luego recurrida en amparo, el Tribunal Supremo Federal se limita a un sucinto bosquejo. Y así, en primer lugar, deja abierta la cuestión de si los guardias podrían invocar el § 17.2 letra *a* de la Ley de la policía popular (VoPoG) o, por el contrario, el ya mencionado reglamento de servicio 30/10 de 1967 sobre la «Organización y dirección de la seguridad de la frontera en la compañía fronteriza» servía como único fundamento para el uso de las armas de fuego. En ambos casos, el tenor literal amparaba la muerte del fugitivo, siempre y cuando no hubiera podido evitarse la fuga de otro modo. Hubiera podido encontrarse así, incluso más allá de los ejemplos recogidos por la disposición legal, un caso grave de cruce no permitido de la frontera y, por ende, el delito necesario para asegurar la justificación conforme al tenor de la VoPoG y a la interpretación de la época del § 213.2 DDR-StGB en la redacción vigente antes de la Tercera Ley de modificación del Código Penal de 28 de junio de 1979 (DDR-GBL I, p. 139)[16].

---

[13] BGHSt 39, 1 (10 ss.).

[14] R. Alexy, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht,Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, 1993, p. 10, 30.

[15] Cfr. Alexy, *Mauerschützen*…, pp. 11-22.

[16] BGHSt 40, 241 (243). Cfr. : *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, publicado por el Ministerium der Justiz y la Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft «Walter Ulbricht», Berlin, 1970, tomo II, § 213 anotación 7. El párrafo 2 del § 213 DDR-StBG (DDR-DGBl I, p. 1) se transformó en párrafo 3 mediante la Tercera Ley de modificación del

Maravilla a primera vista que el Tribunal Supremo Federal tome en cuenta, junto a la VoPoG, que es formalmente una ley, un simple reglamento [u orden] militar de servicio como única causa de justificación. Esto sería imposible en el sistema jurídico de la República Federal. En la sentencia recurrida en amparo ya no se fundamenta con mayor detalle esta equivalencia entre ley y orden de servicio como autorización para la intervención (*Eingriffsermächtigung*) y causa de justificación. Sin embargo, en una decisión de la misma Sala del año 1995 esta doctrina viene a recuperarse con toda claridad[17]. Si interesa aquí traer esta cuestión a examen, es por que en este último caso se trataba de un homicidio del año 1962, esto es, no sólo anterior a la Ley de Fronteras (GrenzG) de 1982, sino también a la Ley de la policía popular (VoPoG) de 1968. En ese tiempo, sólo entraban en consideración, como causas de justificación, disposiciones internas de servicio en forma de órdenes del entonces ministro competente. El Tribunal Territorial no apreció aquí una posible causa de justificación puesto que para hacerlo era preciso un fundamento legal, es decir, una ley formal. Esto se desprendería de la primera Constitución de la RDA de 7 de octubre de 1949 (DDR-BGBl I, p. 4), todavía vigente entonces, según la cual sólo mediante ley formal podía limitarse la libertad para salir del país contemplada en aquélla (art. 10.3.2 DDR-Verf. 1949). Pero el Tribunal Federal considera que una aproximación semejante al caso, inspirada en el «modelo del Estado de Derecho», resulta inadecuada para la situación de aquel tiempo. Y es que, de hecho, la división de poderes había caído en un segundo plano y el concepto de ley propio del Estado de Derecho había venido progresivamente desvaneciéndose[18]. Esto sustentaría la idea de que de la existencia de la policía popular y de la tarea de velar por la seguridad fronteriza se había derivado la competencia de hacer uso de las armas de fuego según los cri-

---

Código penal. También se elevaron, de cinco a ocho años, las penas máximas para los casos graves. La lista de circunstancias que determinaban «especialmente» la existencia de un caso grave fue modificada, y se completó añadiendo la comisión del hecho «con especial intensidad» (§ 213.3.3 DDR-StGB). De acuerdo a la «Posición común respecto a la aplicación del § 213 StGB de 15 de enero de 1988» del Tribunal Supremo y de la Fiscalía General de la RDA -instrucción por cierto de difícil clasificación en el sistema de fuentes (era un escrito a máquina multicopiado y distribuido internamente, sobre todo, a los tribunales y autoridades de persecución penal de la RDA)-, debía apreciarse especial intensidad, entre otros, en el caso de «cruce a nado de aguas fronterizas» (*Informaciones del Tribunal Supremo de la RDA*, Nr. 2/1988, S. 14). Todo parece indicar que aquí sólo se transcribió lo que venía ya considerándose, respecto de la vieja redacción del § 213 DDR-StGB, como un «caso grave».

[17] El Tribunal Supremo Federal afirma en la nueva sentencia que ahora no hace sino aclarar lo que en la sentencia anterior había ya insinuado (BGHSt 41, 101 (103)).

[18] Cfr. R. Alexy, «Walter Ulbrichts Rechtsbegriff», en J. Eckert (ed.), *Die Babelsberger Konferenz von 2./3. April 1958*, Baden-Baden, 1993, pp. 198 ss.

terios de disposiciones interiores de servicio. De ahí que meras órdenes pudieran constituir causas de justificación[19].

Cuando menos en lo fundamental, daremos por buena esta argumentación. Lo que sea el derecho positivo depende no sólo de lo que ha sido debidamente positivizado, sino también de lo que es eficaz socialmente[20], teniendo en cuenta, además, que lo socialmente eficaz puede a su vez influir en los criterios de la positividad válida y formalmente establecida*. Con este trasfondo, el Tribunal Supremo Federal, en la decisión recurrida en amparo, llega a la conclusión de que tanto el § 17.2.*a* VoPoG como el Reglamento de servicio 30/10 justificaban los disparos mortales, y ello tanto según su tenor literal como según la «práctica estatal de la RDA al tiempo de los hechos», en tanto que integrante del derecho positivo entonces vigente[21].

Pues bien, a la luz de lo antedicho, el problema se nos presenta ya con nitidez: el guardia fronterizo sólo puede ser penado, en primer lugar, si hay algo que elimine o neutralice la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA entonces vigente y, en segundo lugar, si esta eliminación no conculca el principio de irretroactividad. Ambas cuestiones atañen a los fundamentos del Derecho.

En cuanto a la primera cuestión, se trata de determinar si la justificación otorgada entonces por el derecho positivo puede ser eliminada mediante un derecho supra-positivo. Esto es lo que Tribunal Supremo Federal afirma recurriendo a la Fórmula de Radbruch, la cual el propio tribunal había ya esgrimido en su jurisprudencia sobre el derecho injusto del nacional-socialismo[22], y cuya aplicación a las muertes en la frontera interior alemana sostiene con ahínco[23], enfrentando así –por lo demás, con pleno acierto[24]– abundantes voces críticas de la doctrina. La Fórmula de Radbruch es expresión de un concepto no positivista del derecho. Según este concepto, lo que sea el derecho viene determinado no sólo por la positividad válida y formal-

---

[19] BGHSt 41, 101 (103 ss.). Esto constituye una respuesta relativamente clara a la pregunta de Adolf Arndt «¿es válida la afirmación de que el Führer podía hacer cualquier cosa, excepto suprimir el Diario Oficial del Reich?» («Gilt etwa der Satz, der 'Führer' hätte alles gekonnt, nur nicht das Reichsgesetzblatt abschaffen?») (A. Ardnt, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit ehemaliger Richter an Sondergerichten», NJW 1960, p. 1141).

[20] Cfr. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, [2]1994, p. 29 ss. [R.Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, trad. J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, [2]1997, pp. 14, 21 ss.].

* J. M. Seña ha traducido esta expresión (*ordnungsgemäße Gesetzheit*) como «legalidad conforme al ordenamiento» (R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 13) [N. d. T.].

[21] BGHSt 40, 241 (243 ss.).

[22] BGHSt 2, 173 (177); 2, 234 (237 ss.); 3, 357 (362 ss.).

[23] BGHSt 41, 101 (106 ss.).

[24] R. Alexy, *Begriff und Geltung...*, pp. 71 ss.; R. Alexy, *Mauerschützen...*, pp. 22 ss.

mente establecida y por la eficacia social, sino también por su contenido [de justicia material]. Lo que tiene de especial la Fórmula de Radbruch es que postula una conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos. Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el [concepto de] derecho. Según ella, el derecho positivo sólo pierde su validez (*Geltung*) cuando, como dice Radbruch,

> la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que «derecho injusto» (*'unrichtiges Recht'*), ha de ceder ante la justicia[25].

Tal es el caso cuando se traspasa el umbral del derecho extremadamente injusto. Podemos por tanto dar a la fórmula de Radbruch esta redacción abreviada:

El derecho extremadamente injusto no es derecho[26].

Desde su primera sentencia sobre los centinelas del muro de 1994, el Tribunal Supremo Federal ha desarrollado una jurisprudencia que ya a estas alturas deberíamos llamar «constante» o «permanente». Según ésta, y pese a las innegables diferencias[27] que median entre del derecho injusto del nacionalsocialismo y el de la RDA, la citada fórmula ha de aplicarse también a los homicidios en la frontera interior alemana. Pues bien, otro tanto ocurre en el presente caso[28]. La justificación de la muerte del fugitivo, resultante del derecho entonces vigente en la RDA, es declarada ineficaz a causa de su «agresión abierta e insoportable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional». En casos semejantes, «el derecho positivo ha de ceder ante la justicia»[29].

También en esta decisión encontramos esa singular mezcolanza de criterios de justicia con el Derecho internacional que ya caracterizaba la aplicación de la Fórmula de Radbruch en la primera sentencia sobre los centi-

---

[25] G. Radbruch, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» (1946), en Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, editado por A Kaufmann, Heidelberg, 1990, tomo III, p. 89 [cf. G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México/Madrid/Buenos Aires, FCE, 1974, pp. 178-180]. Sobre la delimitación de la citada «fórmula de insoportabilidad» respecto de la «formula de negación», también defendida por Radbruch, véase R. Alexy, *Mauerschützen*..., p. 3 ss.

[26] Cf. R. Alexy, *Mauerschützen...,* p. 4.

[27] Sobre este particular, véase BGHSt 39, 1 (16); 41, 101 (107).

[28] BGHSt 39, 1 (16); 39, 168 (184); 40, 218 (232); 41, 101 (105); BGH, StV 1996, 479 (481).

[29] BGHSt 40, 241 (241).

nelas del muro. Esto encierra el peligro de que la cuestión que la Fórmula de Radbruch pone sobre la mesa, a saber, si estamos ante un derecho injusto insoportable o extremo, venga a reemplazarse inadvertidamente por la cuestión de si ha sido lesionado el derecho internacional positivamente vigente[30]. En esta dirección no vamos a profundizar aquí. En cualquier caso, el Tribunal Supremo Federal pone suficientemente en claro que tan sólo invoca la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 como «punto de referencia»[31] para, o que la concibe como «concreción» de, «lo que es entendido como convicción jurídica común a todos los pueblos sobre el valor y la dignidad de las personas»[32]. En líneas generales, esto resulta del todo plausible, y se corresponde además con la tesis de Radbruch de que «el trabajo de siglos... ha producido un sólido acervo, y lo ha reunido en las llamadas declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano con un acuerdo tan amplio, que tan sólo un provocado escepticismo puede mantener la duda en relación con algunos de ellos»[33]. En cualquier caso, por lo que hace a la amplia redacción de la cláusula general de limitación del número II del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[34], hubiera sido deseable que se fundamentara con mayor consistencia la existencia de derecho extremadamente injusto en el caso de los homicidios en la frontera interior alemana. De todas formas, aunque aquí dejemos esta cuestión sin resolver[35], queda claro que el Tribunal Supremo Federal hace fracasar la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA confrontándola con criterios suprapositivos especificados por medio de los derechos humanos.

Todo dependerá entonces de que la neutralización, por medio de derechos humanos suprapositivos, de la justificación otorgada al tiempo de los hechos por el derecho positivo de la RDA, vulnere o no la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental y, con ella, un derecho humano fundamental[36]. Pues bien, en el presente caso, el Tribunal Supremo

---

[30] Cf. R. Alexy, *Mauerschützen*, p. 27.

[31] BGHSt 40, 241 (244).

[32] BGHSt 40, 241 (248).

[33] G. Radbruch, «Fünf minuten Rechtsphilosophie» (1945), en Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, editado por A Kaufmann, Heidelberg, 1990, tomo III, p. 79.

[34] Art. 29.II DUDH: «En el ejercicio de sus deberes y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

[35] Cf. sobre este particular R. Alexy, *Mauerschützen*, pp. 29 ss.

[36] Cf. arts. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966 (BGBl. II 1973, p. 1534). [Ratificado por España el 13 de abril de 1977].

Federal reitera su cuestionable argumento de la primera sentencia sobre los centinelas del muro[37]. Según éste, las disposiciones sobre uso de armas de fuego hubieran sido aptas para una interpretación favorable a los derechos humanos, conforme a la cual «la muerte de un hombre no puede supeditarse al interés del Estado en impedir el cruce no autorizado de la frontera interior alemana»[38]. El guardia fronterizo, como precisa el Tribunal en su decisión posterior, no sufriría entonces ningún engaño en su confianza en la vigencia (*Fortgeltung*) de las reglas legales, sino exclusivamente en su confianza en la permanencia de una determinada interpretación del derecho escrito, que no era otra que la práctica estatal contraria a los derechos humanos. Ahora bien, una confianza semejante, según el Tribunal Supremo, no es ya digna de tutela en el sentido del art. 103.2 de la Ley Fundamental, pues éste ampara tan sólo la confianza en el derecho legal escrito[39] (*geschriebenes Gesetzesrecht*).

Ciertamente, hay que convenir con el Tribunal Supremo Federal en cuanto a la conclusión de que el art. 103.2 de la Ley Fundamental no resulta lesionado por la exclusión de la causa de justificación. Ahora bien, lo que no puede aceptarse, siquiera en su forma refinada, es la fundamentación aducida para ello. Si una muerte en la frontera interior alemana, como por ejemplo la del primer caso de los centinelas del muro resuelto por el Tribunal Supremo Federal, y también la que aquí nos ocupa, se mantiene dentro del marco del tenor literal de las determinaciones legales justificantes, y si la aceptación de esta justificación refleja la práctica interpretativa totalmente dominante, entonces el recurso a una interpretación favorable a los derechos humanos –que quizá fuera posible según el tenor literal, pero que contradecía el derecho entonces vigente en la RDA– supone vadear el art. 103 de la Ley Fundamental a través de un maniobra interpretativa retroactiva, lo cual constituye una retroactividad encubierta[40]. Otro tanto vale decir respecto de una justificación anterior a la Ley de policía popular, basada, no ya en una ley formal, sino en ordenanzas y reglamentos de servicio. Si aceptamos estas normas como causas de justificación de derecho positivo válidas en el momento de producirse los hechos, habremos de incluirlas también bajo el amparo del art. 103.2 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, todo esto en nada altera el hecho de que, por cuanto al resultado, el Tribunal Supremo Federal tenga razón. Aunque no lo haremos

---

[37] BGHSt 39, 1 (29 ss.).

[38] BGHSt 40, 241 (249 ss.).

[39] BGHSt 41, 101 (111 ss.).

[40] R.Alexy *Mauerschützen*..., p. 30.

aquí[41], pueden aducirse buenas razones para no aplicar el art. 103.2 de la Ley Fundamental a causas de justificación especiales, constitutivas de derecho extremadamente injusto y establecidas por Estados injustos*. Para ello sólo habría que integrar el art. 103.2 LF, toda vez que, pese a estar garantizado ilimitadamente según su tenor literal, una cláusula limitativa no escrita excluiría de su protección una causa de justificación de esa índole[42]. El resultado coincidirá así con el alcanzado por el Tribunal Federal. La diferencia radica en que se muestra entonces, sin ambages, el precio que debe pagarse por ello[43].

Tras construir la justificación a partir del derecho entonces vigente de la RDA, eliminar luego esa justificación mediante la Fórmula de Radbruch concretada desde el punto de vista de los derechos humanos, y constatar que esto último no contradice la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental, al Tribunal Supremo Federal le resta sólo el examen de la culpabilidad. Ya que el recurrente actuó bajo una orden y, según resulta de las pruebas practicadas, no tenía conciencia de violar una norma penal, sólo le alcanzará la culpabilidad si esta violación de la norma penal fue «evidente» para él, en el sentido del § 5.1 de la Ley penal militar (WStG) o del § 258.1 del Código penal de la RDA. El Tribunal Supremo Federal entiende que tal es caso, y recurre a una fórmula desarrollada a tal efecto en la primera sentencia sobre los centinelas del muro. Según esta fórmula, «la muerte de un fugitivo desarmado por fuego continuo, en las circunstancias dadas, constituyó un actuar de tal modo horrible y privado de cualquier justificación racional, que la violación de la elemental prohibición de matar fue sin más, incluso para un hombre adoctrinado, comprensible (*einsichtig*) y,

---

[41] Cf. R.Alexy, *Mauerschützen...*, pp. 30 ss.

* Literalmente, «Estados de derecho injusto» *(Unrechtsstaaten)* [N. del T.].

[42] Se abandona con esto la concepción de que «basta una interpretación restrictiva compatible con el tenor del art. 103.2 de la Ley Fundamental» (defendida en R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 35).

[43] El propio Tribunal Federal ha manifestado reiteradamente, desde su primera sentencia sobre los centinelas del muro, que está dispuesto a pagar ese precio cuando una ley haya sido tan perversa que no admita en modo alguno una interpretación favorable a los derechos humanos (BGHSt 39, 1, 30; 40, 241, 250). En casos de esta índole, ni siquiera el art. 103.2 de la Ley Fundamental podría evitar la punición (BGHSt 41, 101(112)). Con todo, si uno toma en serio el tenor literal del art. 103.2 de la Ley Fundamental en lo tocante a la determinación *legal* de la punibilidad, la punición sólo resulta posible a través de la inserción de una cláusula de excepción no escrita. Pero si se permite en cualesquiera casos una limitación del Art. 103.2 a causa del derecho extremadamente injusto de una causa de justificación, se debería entonces extender la limitación a todos los casos de justificaciones extremadamente injustas que se mantuvieran en el marco del tenor literal de una ley o de cualquier otra norma que sirviera de justificación al tiempo de los hechos.

en consecuencia, evidente»[44]. Sobre la cuestión de si esta conclusión del extremo carácter de derecho injusto basado en su propia evidencia puede realmente aplicarse a los entonces jóvenes centinelas del muro[45], el Tribunal Supremo Federal no se pronuncia. Y con ello se fija el resultado: la revisión del caso no está justificada. El Tribunal confirma la condena condicional a una pena para menores de un año y diez meses.

2. Las sentencias contra los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA

El objeto del proceso seguido contra los tres miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA, Keßler, Streletz und Albrecht, lo constituyeron un total siete homicidios en la frontera interior alemana entre 1971 y 1989. Uno de los fugitivos, que en su mayoría eran todavía muy jóvenes, murió por una mina terrestre contrapersonal, mientras que cuatro murieron por minas de fragmentación* y dos a disparos de los guardias fronterizos. Una de las muertes por disparos había sido ya objeto de la primera sentencia de los centinelas del muro del año 1992[46], en la que se enjuició a los guardias fronterizos que efectuaron los disparos letales[47]. De donde fácilmente se colige que el Tribunal Territorial de Berlín y el Tribunal Supremo Federal apenas tenían algo nuevo que decir sobre los miembros del Consejo Nacional de Defensa en cuanto a la antijuridicidad de los homicidios en la frontera interior alemana. En efecto, el Tribunal Supremo Federal se limita en este punto a remitirse escuetamente a su anterior jurisprudencia y a la recién mencionada sentencia sobre nuestros guardias fronterizos[48], que fue dictada en el mismo día. La única novedad es la inclusión de las minas, que se realiza con esta sucinta frase: «no rige otra cosa para la utilización de las minas»[49]. El problema central de las dos sentencias contra los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA no es la antijuridicidad, sino la autoría y la participación. El Tribunal Territorial de Berlín condenó a Keßler y Streletz por inducción al homicidio, y a Albrecht por cooperación. Keßler mereció una condena de siete años y seis meses, Streletz de cinco años y seis meses, y Albrecht de cuatro años y seis meses. El Tribunal Supremo Fe-

---

[44] BGHSt 40, 241 (251).

[45] Sobre esto, críticamente, R. Alexy, *Mauerschützen...*, pp. 36 ss.

* Las *Splitterminen*, minas de fragmentación (o de metralla), son un tipo de mina anti-persona [N. del T.].

[46] BGHSt 39, 1.

[47] Cf. R.Alexy, *Mauerschützen…*, pp. 7 ss.

[48] BGHSt 40, 218 (231 ss.)

[49] BGHSt 40, 218 (232).

deral modificó la sentencia con motivo de la revisión instada por el ministerio fiscal, encontrando culpables a los tres como autores mediatos del homicidio y elevando la pena para Albrecht a cinco años y un mes[50]. Esto supuso un cambio muy atendido de la doctrina del Tribunal Supremo Federal sobre la autoría mediata en supuestos de instrumento (*Tatmittler*) ilimitadamente responsable; cambio de orientación doctrinal cuyo significado trasciende con mucho los casos de los centinelas del muro, si bien no procede examinarlo aquí con mayor detalle[51]. Lo decisivo para la determinar la autoría de los tres imputados fue que, en calidad de miembros del Consejo Nacional de Defensa, pertenecían a un órgano cuyas resoluciones constituían el presupuesto necesario para las órdenes fundamentales sobre las que se erigía el régimen fronterizo de la RDA. Sabían que las órdenes basadas en las resoluciones del Consejo Nacional de Defensa habían sido cumplidas y ejecutadas; las notificaciones sobre las víctimas obraban en su poder. Ellos poseían el dominio del hecho, mientras que los soldados cuyas acciones condujeron materialmente a las muertes actuaron como subordinados dentro de una jerarquía militar en la que su papel estaba predeterminado[52].

3. Sobre la fundamentación de los recursos de amparo

Como de costumbre, los cuatro recurrentes exponen un nutrido ramillete de argumentos para fundamentar sus recursos de amparo[53]. El argumento central reposa en la afirmación de que la aplicación de la Fórmula de Radbruch a las causas de justificación contenidas en el derecho positivo de la RDA vulnera la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental. El guardia fronterizo arguye además que se lesiona el principio de culpabilidad: la violación de norma penal no habría sido evidente para él. Los miembros del Consejo Nacional de Defensa alegan además que, como antiguos detentadores de altos cargos gubernamentales y miembros de un órgano constitucional de la RDA, disfrutaban de inmunidad. Luego tampoco podrían ser penados por autoría mediata. Junto a estos argumentos encontramos otros, de menor importancia, que no han de interesar aquí.

II. La decisión del Tribunal Constitucional Federal

Los recursos de amparo se dirigen contra decisiones judiciales. El Tribunal Constitucional Federal acostumbra a anteponer a su fundamentación en sentido estricto algunas consideraciones sobre la extensión de su com-

[50] BGHSt 40, 218 (230 ss.).

[51] Cf. C. Roxin, *Urteilsanmerkung*, JZ 1995, pp. 49 ss.

[52] BGHSt 40, 218 (237 ss.).

[53] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (543 ss.).

petencia [objetiva] (*Prüfungskompetenz*). Esto ocurre también aquí. El Tribunal recalca que no es una instancia superior de revisión. No tiene que examinar otra vez si las decisiones recurridas son defectuosas desde el punto de vista penal o procesal. Antes bien, su defecto debe consistir precisamente en la inobservancia o vulneración (*Nichtbeachtung*) de los derechos fundamentales. Por regla general, ésta se produce sólo «cuando se hace visible un defecto basado en una concepción esencialmente incorrecta del significado de un derecho fundamental, en especial sobre la extensión de su ámbito de protección, o bien cuando la aplicación jurídica defectuosa ya no es cohonestable con una consideración razonable de las ideas informadoras de la Ley Fundamental»[54]. Para el Tribunal Constitucional, esta limitación de la competencia es igualmente válida cuando, como aquí, la calificación jurídico-penal depende también de un ordenamiento jurídico extranjero. El Tribunal Constitucional Federal, según esto, «no tiene tampoco que comprobar si el Tribunal Penal ha interpretado o aplicado adecuadamente disposiciones de la RDA» [55]. De acuerdo con este criterio, el Tribunal estima que nada puede objetarse a las decisiones recurridas desde el punto de vista de la corrección constitucional (*von Verfassungs wegen*)*.

1. La validez «absoluta» o «estricta» del artículo 103 párrafo 2 de la Ley Fundamental

En el centro de la decisión del Tribunal Supremo Federal se encuentra la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental. Según ésta, un hecho puede «ser penado sólo si la punibilidad está determinada legalmente con anterioridad a la comisión del hecho», lo cual corresponde al clásico principio «nullum crimen, nulla poena sine lege». El art. 103.2 de la Ley Fundamental es el prototipo de una regla de validez estricta[56]. Cuando concurre el supuesto de hecho, esto es, cuando la punibilidad de un hecho no ha sido determinada legalmente antes de su comisión, surge obligatoria y definitivamente la consecuencia jurídica, a saber: la punición esta prohibida. Aquí, a diferencia de lo que normal y necesariamente sucede con otros derechos fundamentales, no tiene lugar ponderación alguna. La mera subsunción basta para establecer definitivamente el resultado.

---

[54] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (547).

[55] Ibid.

* En la sentencia, el Tribunal añade aquí: «[Las sentencias recurridas] no lesionan derechos fundamentales y tampoco garantías fundamentales equiparables de los recurrentes» [N. del T.].

[56] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, [2]1994, pp. 92 ss. [*Teoría de los derechos fundamentales,* trad. E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1993, pp. 99 ss].

El Tribunal Constitucional Federal, del todo en este sentido, remarca la validez estricta del art. 103.2 de la Ley Fundamental, y la refiere asimismo, expresamente, a las causas de justificación vigentes reguladas legalmente al tiempo de la comisión del hecho. Pero, por otra parte, pese a la existencia de una causa de justificación, como dijimos, «en parte normada y en parte basada en una orden y una práctica estatales», no aprecia ninguna violación del art. 103.2 de la Ley Fundamental[57]. Esto último, como ya ha sido expuesto, es correcto en cuanto al resultado. Ahora bien, ¿cómo ha de conjugarse la punibilidad de los centinelas del muro y de quienes estaban detrás de ellos con la validez estricta de la prohibición de retroactividad, que abarca también causas de justificación reguladas legalmente? ¿Puede excluirse la justificación amparada por el derecho positivo de la RDA respetando la validez estricta del art. 103.2 de la Ley Fundamental? En realidad, estas preguntas conducen al mayor problema que suscita la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

La solución del Tribunal Constitucional Federal pasa por circunscribir la validez estricta de la prohibición de retroactividad –que también designa como «absoluta»,[58] y más en detalle caracteriza como «formalización estricta»[59]– al «supuesto común» o «normal» en el que imperan la democracia y la división de poderes y rigen los derechos humanos. Bajo estas condiciones, habría que contar fundamentalmente con que el derecho penal satisfaga las exigencias de la justicia material. Como dice el Tribunal, éste es «el presupuesto sobre el que el Estado de Derecho (*rechtstaatliche Anknüpfung*) puede sustentar la estricta y absoluta protección de la confianza amparada por el art. 103.2 de la Ley Fundamental[60]. Pero todo esto ya no rige, como expone el Tribunal, en esta «situación completamente especial», en la que la punibilidad ha de enjuiciarse conforme al derecho de un Estado que «no respeta ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales». De donde surge, entonces, un conflicto entre el mandato de justicia material del Estado de Derecho y la «prohibición absoluta de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental». A juicio del Tribunal, este conflicto se resuelve cuando aquel Estado dicta un «derecho estatal extremadamente injusto», «tipificando supuestos de hecho penales para las violaciones criminales más graves (*Bereich schwersten kriminellen Unrechts*), pero excluyendo sin embargo la punibilidad mediante causas de justificación para ámbitos parciales, e invitando así, por encima de las normas es-

[57] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (548).

[58] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (538, 548).

[59] Ibid.

[60] Ibid.

critas, a este derecho injusto, favoreciéndolo, y conculcando de forma muy grave los derechos humanos reconocidos con carácter general en la comunidad internacional»[61]. Y ello porque desaparece entonces el «fundamento especial de confianza» que, en condiciones de democracia, división de poderes y derechos fundamentales, se encuentra ligado a la validez estricta de la prohibición de retroactividad. En una palabra: «la protección estricta de la confianza mediante el 103.2 de la Ley Fundamental debe inaplicarse»[62] cuando, en primer lugar, ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales sean respetados (*verwicklicht*) y, en segundo lugar, cuando bajo estas circunstancias se prevean causas de justificación que amparen derecho extremadamente injusto, sin olvidar el hecho de que el Estado «incite, por encima de las normas escritas, a un derecho injusto semejante, favoreciéndolo»[63], hecho que debe jugar un papel que discutiremos más adelante.

De una parte, todo esto suena razonable, pero, de otra, resulta irritante. Es razonable que no se aprecie conculcación del art. 103.2 LF en el no reconocimiento de las causas de justificación especiales de un régimen injusto y que encubren derecho extremadamente injusto. Pero lo que irrita es que el Tribunal se refiera, reiterada y sistemáticamente, a la estricta y absoluta prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental. Y es que una prohibición absoluta o estricta se define, precisamente, por no conocer ninguna limitación y por no entrar nunca seriamente en conflicto con otros mandatos, puesto que, a causa de su carácter estricto y absoluto, prevalece desde un principio y no debe ceder en ningún caso. Sin embargo, el Tribunal habla de «limitaciones de la prohibición absoluta de retroactividad del art. 103 párrafo 2 LF»[64], así como de un «conflicto entre los mandatos irrenunciables del Estado de Derecho contenidos en la Ley Fundamental y la prohibición absoluta de retroactividad del art. 103.2 LF»[65]; lo cual quiere decir, en suma, que la «protección estricta de la confianza mediante el art 103.2 LF debe ceder»[66]. Esto suena contradictorio. ¿Cómo puede algo ser absoluto pero limitado; regir estrictamente y, en cambio, estar en conflicto con otros mandatos «irrenunciables»; estar dotado de carácter absoluto y estricto y, sin embargo, tener que ceder o inaplicarse?

---

[61] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549).

[62] Ibid.

[63] Cfr. *infra*, pp. 20 ss.

[64] BVerfG,EuGRZ 1996, 538 (548).

[65] BVerfG,EuGRZ 1996, 538 (549).

[66] Ibid.

El Tribunal Constitucional Federal hubiera podido evitar estas irritaciones si hubiera diferenciado más certeramente y hubiera argumentado de forma más abierta. Apenas puede discutirse que lo que la decisión del Tribunal Constitucional Federal significa es que la prohibición de retroactividad del art. 103.2 LF no rige con carácter absoluto en todas las situaciones[67]. En efecto, de verificarse en la actualidad la sanción penal, resulta que para los guardianes del muro, en tanto que autores legitimados entonces por el derecho positivo, así como para los autores mediatos que estuvieron detrás de ellos, dicha prohibición no rige, ni estricta ni absolutamente. Lo que reclaman ellos precisamente es una validez referida a todas las situaciones, esto es, una validez que sea verdaderamente absoluta, que no conozca limitación alguna y, por tanto, que incluya también la confianza en la justificación mediante el derecho injusto legal. Para Hart, el gran crítico de Radbruch, era evidente que la prohibición de retroactividad abarcaba también estos casos grises o de penumbra. En caso de no aceptarlo –a favor de lo cual, como ya mencionamos, pueden aducirse buenas razones– Hart reivindica que, al menos, no se oculte*: «los casos en los que la vida nos obliga a escoger el mal

[67] La única posibilidad de discutir esta lectura sería afirmar que la condena actual de los centinelas del muro, y de quienes estaban detrás de ellos, no afecta al ámbito de protección del art. 103.2 LF, es decir, que no afecta a la prohibición contenida en éste, y que, por tanto, deja del todo intacto su carácter estricto y absoluto. Hay dos posibilidades de construir este argumento. La primera radica en cuestionar (*Bestreiten*) la existencia misma de un problema de retroactividad. Para ello sólo debería argüirse que los todos los recurrentes, ya según el derecho entonces vigente (*geltendem*) en la RDA, eran merecedores de sanción penal. En ausencia de retroactividad, el art. 103.2 LF no sería aplicable en ningún caso, y tampoco las condenas actuales lo vulnerarían en modo alguno. Su carácter estricto o absoluto estaría a salvo. Debe saludarse que el Tribunal Constitucional Federal no siga este camino, tal y como muestra la referencia a «limitaciones», «un conflicto» e «inaplicación». Como ya se expuso antes (pág. 4), el Tribunal vadea el problema por un sendero muy escarpado desde el punto de vista de la Teoría del Derecho. La segunda construcción pasa por aceptar la retroactividad, pero sin que ésta afecte al ámbito de protección del Art. 103.2 LF. Este ámbito incluiría sólo la confianza en el mantenimiento de la vigencia (*Fortgeltung*) de una regulación legal, pero no la confianza en la existencia de una práctica interpretativa estatal, que sería lo único que se vería modificado retroactivamente. La interpretación favorable a los derechos humanos, invocada por el Tribunal Constitucional Federal para fundamentar la compatibilidad de su interpretación con el art. 103.2 LF, apunta igualmente en esta dirección, como también la proyección de un «modelo de Estado de Derecho» sobre el entonces derecho de la RDA, proyección que el propio tribunal rechaza en otros contextos (BGHSt 41, 101 (103, 111 f.)). Contra tan estrecha concepción del ámbito de tutela del art. 103.2 LF pueden aducirse las mismas razones que contra la negación (*Bestreiten*) de toda retroactividad. Las referidas manifestaciones del Tribunal Constitucional Federal muestran que toma en serio el problema de retroactividad, y que no recurre a semejantes estrategias para su negación o rodeo. Ahora bien, tan pronto como el art. 103.2 LF sea considerado aplicable, el problema de su carácter estricto o absoluto se presenta con todas sus aristas.

* «La reacción adecuada frente a un conflicto de este tipo es no ocultarlo» (H.L.A. Hart, «El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 48) [N. del T.].

menor entre dos males deben abordarse como si fueran ortigas: con plena conciencia de lo que uno hace»[68]. Uno de los males es aquí rechazar la punición de los centinelas de la muerte y de quienes estaban detrás de ellos; el otro es eliminar la validez estricta o absoluta -en sentido pleno- de la prohibición de retroactividad. Se le pueden dar vueltas y más vueltas, y todo lo que uno quiera, pero al final deberá pagarse uno u otro precio[69]. Cuando, por una parte, el Tribunal Constitucional Federal aprueba la jurisprudencia del Tribunal Territorial sobre los centinelas del muro, y, por otra, antepone a su decisión, como principio, la tesis de la validez estricta o absoluta del art. 103.2 LF, entendida además sin limitación alguna, pareciera que pueden obtenerse ambas cosas: la punición del derecho extremadamente injusto y la integridad del art. 103.2 LF. Y esto desprende un aliento de falta de sinceridad.

El proceder seguido por el Tribunal Constitucional Federal resulta, por otra parte, plenamente comprensible. Quería evitar que el art. 103.2 LF fuera arrastrado al remolino de las omnipresentes ponderaciones del Derecho constitucional. Tal y como exigen los escépticos de la ponderación, con carácter general, para los derechos fundamentales, aquí también debe levantarse «un cortafuegos»[70]. Claro que esto podría haberse logrado de una forma menos irritante. Para ello, hubiera debido diferenciarse entre una validez incondicionalmente absoluta o estricta, y una validez condicionadamente absoluta o estricta. Mediante la decisión del Tribunal Constitucional Federal se elimina la validez incondicionalmente absoluta o estricta, y por tanto valedera en cualesquiera circunstancias, del art. 103.2 LF. Tal exclusión puede hacerse de dos formas. Estamos frente a la primera cuando el art. 103.2 LF es situado, con carácter general, bajo una reserva de ponderación. Esto significaría que no se abandona por completo el carácter absoluto y estricto del art. 103.2 LF. Pero el Tribunal Constitucional Federal escoge, con razón, un segundo camino. Permite que el art. 103.2 LF rija como regla general y añade a esa regla una cláusula de excepción claramente definida: la de la causa de justificación especial de un Estado injusto que ampara dere-

---

[68] H.L.A. Hart, «Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral», in *Recht und Moral*, Göttingen, 1971, p. 44. [«El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 48].

[69] Un tercer precio consistiría, o bien en negar la existencia misma de un problema de retroactividad, lo cual resultaría insostenible desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, o bien en una construcción restringida -y dogmáticamente cuestionable- del ámbito de tutela del art. 103.2 LF que no abarcara los casos de los centinelas del muro. Como ha quedado dicho (nota 67), no es justamente [con razón] esto lo que está en el horizonte de las reflexiones del Tribunal Constitucional Federal.

[70] Cf. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, [4]1994, p. 315 [*Facticidad y Validez*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 326].

cho extremadamente injusto. Esto no supone una validez absoluta o estricta incondicional, valedera en cualquier circunstancia, sino una validez estricta o absoluta de tipo condicionado. Cuando no se cumple la relativamente clara cláusula de excepción, el resultado se determina a través del tenor literal del art. 103.2 LF. Ya no tiene lugar ponderación alguna. El art. 103.2 LF se mantiene como regla general y no se convierte en principio[71]. Nada cambia por el hecho de que la inserción de una cláusula de excepción sea el resultado de una ponderación. A esta ponderación llega el Tribunal Constitucional Federal al considerar el art. 103.2 LF como «manifestación del [principio del] Estado de Derecho»[72]. Según la jurisprudencia constante del Tribunal, éste no sólo incluye el principio de seguridad jurídica, sino también la justicia material[73]. Estos dos principios son precisamente un ejemplo clásico de pareja de colisión, en el que, en casos como el presente, el principio de seguridad jurídica toma la forma de principio de protección de la confianza. Cuando se trata de una sanción penal, la ponderación conduce, siendo razonable, a una estricta prioridad del principio de protección de la confianza. Así surge la regla del art. 103.2 LF. Sólo bajo la singular circunstancia de que en un Estado injusto existan causas especiales de justificación que encubren derecho extremadamente injusto, ha de invertirse esta relación de prioridad. En tales condiciones, dado que la confianza no disfruta de ninguna protección, debe prevalecer la justicia material. Así surge la excepción a la cláusula del art. 103.2 LF. Con lo cual, la ponderación conduce a una validez absoluta o estricta condicionada. El art. 103.2 LF debe ser elástico, pero sin dejar de ser una norma dura. Esto podría ser lo que quiere decir el Tribunal Constitucional Federal con su algo indiferenciada exposición sobre la validez estricta o absoluta. Debe convenirse pues con el resultado al que llega el Tribunal. Al mismo tiempo resulta claro que las ponderaciones, de una parte, y el derecho aplicable sin más (*hartes Recht*), de otra, son plenamente compatibles.

Podría objetarse contra esta solución que vulnera el tenor literal de la Constitución, toda vez que el art. 103.2 LF no contiene cláusula de excepción alguna; antes al contrario, garantiza, sin reservas, un derecho fundamental o *cuasifundamental**. De donde sólo por la vía de un cambio constitucional, y no por una construcción de la jurisprudencia, sería lícito intro-

---

[71] Sobre los conceptos de regla y de principio, cuyo conocimiento ha de presuponerse aquí, véase R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 75 ss. [81 ss].

[72] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (548).

[73] Cf. por ejemplo BVerfGE 45, 187 (246).

* Aunque no se encuentra en el catálogo de derechos fundamentales, tanto su rango como su nivel de protección son equivalentes (*grundrechtsgleich*) [N. del T.].

ducir una cláusula de excepción[74]. Esta objeción ha de tomarse muy en serio. Nos remite a la pregunta de si el art. 79.1 LF permite en algún modo decisiones de los Tribunales, incluido el Tribunal Constitucional Federal, que vayan contra el tenor literal de la Ley Fundamental, habida cuenta de que dicho artículo sólo autoriza los cambios que modifiquen expresamente o completen el tenor literal de la Ley Fundamental, cuando éstos se producen mediante una ley, siendo además necesario para ello una mayoría cualificada de dos tercios tanto en el *Bundestag* como en el *Bundesrat** (art. 79.2 LF). El Tribunal Constitucional Federal ha resuelto claramente esta cuestión respecto de los derechos fundamentales garantizados sin reserva del catálogo de derechos fundamentales. Desde su pronunciamiento sobre la objeción de conciencia de 1970, el Tribunal aplica la fórmula de que «también los derechos ilimitables» pueden ser limitados, conforme al principio de proporcionalidad, siempre que así lo exijan «derechos fundamentales de terceros» u «otros valores jurídicos dotados de rango constitucional»[75]. Esta fórmula trae a colación la idea de la interpretación sistemática según la cual las normas de un nivel, aquí el constitucional, pueden delimitarse mutuamente, lo cual se corresponde asimismo con la idea de unidad de la Constitución. Pues bien, esta fórmula también resulta aplicable al derecho cuasifundamental del art. 103.2 LF, regulado en la Ley Fundamental fuera del catálogo de derechos fundamentales propiamente dicho, pero protegido, al igual que éstos, por el recurso de amparo. El valor jurídico contrapuesto dotado con rango constitucional es aquí el principio de justicia material, anejo al principio del Estado de Derecho. Es éste un principio muy general y abstracto, y su realización constituye tarea prioritaria del legislador, también del legislador que modifica la constitución. De ahí que sólo pueda desplegar una eficacia limitativa bajo circunstancias extremas. Pero ocurre que tales circunstancias se han dado en nuestro caso, lo cual, sumado al hecho de que el art. 103.2 LF conserve el carácter de regla y con ello una validez, aunque condicionada, absoluta o estricta, impide que surja ninguna objeción contra su aplicabilidad al art. 103.2 LF; objeción que podría estar cimentada en las diferencias que sin duda median entre el art. 103 LF y, por ejemplo, las libertades de culto, o de creación artística y científica, donde sí pueden aducirse muy buenas razones para aplicar esta fórmula. Resulta interesante que el Tribunal Constitucional Federal no considere necesario pronunciarse sobre el hecho de haber desatendido el tenor literal del art. 103.2

[74] B. Pierrot, «Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit», en VVDStRL 51 (1992), p. 104.

* Cámara de representación territorial («Consejo federal»).

[75] BVerfGE 28, 243 (261).

LF. Aunque, en vista de la pertinaz afirmación de su validez absoluta o estricta, este problema sólo se atisba entre líneas.

2. La Fórmula de Radbruch

En el centro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal se encuentra la Fórmula de Radbruch, concretada a través de los derechos humanos. Según esta jurisprudencia, las causas de justificación del derecho positivo de la RDA no fueron derecho, ya desde un principio, porque, y en la medida en que, constituían derecho extremadamente injusto. Con la aplicación de la fórmula de Radbruch, por tanto, no se altera retroactivamente la situación jurídica, sino que sólo se constata cómo era ésta en el momento de los hechos[76]. Esto no significa que el art. 103.2 LF no deba atenderse. El art. 103.2 LF protege también la confianza en el correspondiente derecho escrito positivizado y eficaz, con independencia de que la situación jurídica sea o no alterada retroactivamente.

El Tribunal Constitucional Federal considera que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, basada en la fórmula de Radbruch, es compatible con la Ley Fundamental[77]. Sin embargo, en el presente caso, su actitud frente a la Fórmula de Radbruch no queda del todo clara.

Ya el tratamiento de sus propios precedentes es peculiar. El Tribunal Constitucional Federal se había declarado partidario de la fórmula de Radbruch en una serie de decisiones –la última en 1980– si bien nunca se trató de su aplicación en derecho penal[78]. Ahora el Tribunal Constitucional, en general tan afín a los precedentes, menciona esta jurisprudencia, pero tan sólo lo hace después de haber desarrollado completamente el «criterio jurídico-constitucional»[79] aplicable a los casos que nos ocupan. En esta misma línea, la presentación de los precedentes se hace en un apartado sobre «situaciones de conflicto similares (...) en el enjuiciamiento del derecho injusto nacionalsocialista», en concreto después de exponer la jurisprudencia atinente a este problema de la Corte Suprema para la Zona Británica y del Tribunal Supremo Federal*. Este engarce resulta notable, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal difícilmente puede jugar el papel de precedente que el Tribunal Constitucional Federal deba tener en cuenta, toda vez que éste se ocupa, precisamente, del control de aquélla.

---

[76] R. Alexy, *Mauerschützen*…, p. 33.

[77] BVerfG,EuGRZ 1996, 538 (549).

[78] BVerfGE 3, 58 (119); 3, 225 (232 f.); 6, 132 (198); 6, 389 (141 f.); 23, 98 (106); 54, 53 (68). Cf. además BVerfGE 6, 309 (332).

[79] BVerfG,EuGRZ 1996, 538 (549).

* Apartado C.II.1.b.*cc)* [N. del T.].

La presentación de la jurisprudencia propia comienza con la afirmación de que el Tribunal Constitucional Federal «ha tomado en consideración que, en el caso de una contradicción insoportable entre el derecho positivo y la justicia, el principio de seguridad jurídica puede ser peor valorado que el de justicia material»[80]. La locución «tomado en consideración» admite varias acepciones. En las tres decisiones citadas a este efecto, el Tribunal Constitucional Federal ha aducido la fórmula de Radbruch como criterio o parámetro, pero no lo ha empleado para neutralizar las normas que debían ser examinadas respectivamente, a saber, el art. 117.1 LF[81], la legislación de la función pública del estado nacional-socialista[82] y el –ya hace mucho derogado– § 175 StGB[83]. Por eso puede entenderse que ahora sí ha tomado en consideración que las mencionadas normas son enervadas (*scheitern*) por la fórmula de Radbruch. Ahora bien, surgiría una imagen falsa si uno toma como base una segunda acepción y entiende que el Tribunal, en estas decisiones, ha tomado en consideración la fórmula de Radbruch como tal, esto es, que exclusivamente ha considerado su validez (*Geltung*). La habría declarado como criterio vinculante y exclusivamente habría negado que en los casos concretos concurriera el presupuesto implicado por la fórmula, esto es, la existencia de derecho extremadamente injusto. Con todo, resulta sumamente desconcertante que el Tribunal afirme que el principio de seguridad jurídica, en caso de una contradicción insoportable del derecho positivo con la justicia, «pueda» ser peor valorado que el de justicia material. Y es que en tales casos, de acuerdo con la Fórmula de Radbruch, una ley «tiene que» ceder ante la justicia[84]. No es que el principio de seguridad jurídica *pueda* entonces sólo ser peor valorado que el de justicia material, sino que también *debe* serlo. Quien tome en cuenta, exclusivamente, la mera posibilidad de su peor valoración en el caso de una contradicción insoportable con la justicia, no toma en consideración la Fórmula de Radbruch, sino algo comparativamente más débil. Pero eso ya no es lo que el Tribunal Constitucional Federal había hecho en su anterior jurisprudencia, la cual, al menos según sus propias palabras, se limita a presentar y no modifica. La ulterior descripción de los precedentes propios, en primer lugar, se liga a lo antedicho mediante un «en este caso» (*Dabei*), liberándose entonces del «tomar-en-consideración». Así y todo, al citarse en estilo indirec-

[80] Ibid.

[81] BVerfGE 3, 225 (232 ss.).

[82] BVerfGE 6, 132 (198 s.).

[83] BVerfGE 6, 389 (414 ss.).

[84] G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht*…, p. 89.

to* incluso la clara aplicación de la Fórmula de Radbruch en la resolución de la ciudadanía del año 1968[85], el Tribunal mantiene un cierto distanciamiento. Nada de esto supone renegar de la fórmula de Radbruch, pero el convencimiento que sobre ella mostraba el Tribunal ya no parece ser tan firme como antes.

Yendo todavía más lejos, una lectura superficial de la frase «para la fundamentación de la punibilidad no es preciso aquí el recurso a principios jurídicos suprapositivos»[86], que el Tribunal enuncia más tarde, podría parecer incluso una negación expresa de la Fórmula de Radbruch. Y es que la Fórmula de Radbruch presupone el derecho suprapositivo[87]. En el núcleo de los casos de los centinelas del muro encontramos precisamente que la justificación amparada por el derecho positivo de la RDA era nula desde un principio, ya que conculcaba unos principios que rigen con independencia del derecho positivo correspondiente. Sólo así podía llegarse a la punibilidad en los casos de los centinelas del muro. En suma, pese a la citada frase (*For-*

---

* Literalmente, en modo «conjuntivo» (*Konjunktiv*), que se emplea en este caso para referir lo expresado por otro, pero sin asumirlo como propio. De ahí que «se mantenga cierto distanciamiento» [N. del T.].

[85] BVerfGE 23, 98 (106).

[86] BVerfG,EuGRZ 1996, 538 (550).

[87] R. Alexy, *Mauerschütze*..., p. 26. Arthur Kaufmann ha objetado que esto no puede ser correcto, toda vez que, amén de no coincidir con las intenciones de Radbruch, no existe aquí ningún derecho suprapositivo, sino sólo derecho positivo (A. Kaufmann, «Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht», NJW 1995, p. 85). Kaufmann entiende como derecho suprapositivo «el derecho natural cásico..., que pretende validez (*Geltung*) para todos los hombres y tiempos». En lugar de éste, Kaufmann quiere, con Radbruch, recurrir a un derecho supralegal, que por demás, como todo derecho, sólo podría ser derecho positivo. Como fuentes «más significativas en la práctica» de este derecho supralegal pero positivo aduce, muy en la línea de Radbruch -y también de lo dicho aquí- los derechos humanos. Estos deben tener validez positiva (*positiv gelten*) «por razón de criterios similares a los del derecho consuetudinario», sin que para ello sea preciso un anclaje legal (A. Kaufmann, «Die Radbruchsche Formel...», p. 86). Ciertamente, el derecho consuetudinario es sin duda derecho positivo. Su positividad se basa, no obstante, en su vigencia social (*longa consuetudo*) [en la civilística española, también *usus*], a la que debe añadirse luego el convencimiento de su corrección (*opinio iuris*). Sin aquella vigencia social, no surge derecho consuetudinario alguno. Sin embargo, el derecho a salir del país y el derecho a la vida, en la forma de un derecho a no recibir la muerte (*getötet zu werden*) en el intento de obtener el negado derecho a salir del país mediante el simple cruce de la frontera carecían de una vigencia social semejante en la RDA (R. Alexy, *Mauerschützen*..., pp. 17 ss. y 29 s.). Aquello que contravenían las normas del derecho de la RDA, que en su interpretación mediante la práctica estatal justificaban los disparos mortales, no era por tanto, en la RDA, derecho positivo. Y ya que no existía en la RDA otra suerte de derecho positivo que pudieran vulnerar aquellas normas, sólo podrían vulnerar entonces, si es que vulneraban algo, un derecho suprapositivo. Este derecho no es ni rígido ni inmutable, pero posee en cambio un núcleo que trasciende un tiempo y un espacio concretos (R. Alexy, «Law, Discourse and Time», en *ARSP*-Beiheft 64 (1995), pp. 104 ss.).

mulierung) del Tribunal Constitucional Federal, para fundamentar aquí la punibilidad se precisa inexorablemente del recurso a principios jurídicos suprapositivos.

Una aproximación más detallada muestra, sin embargo, que el contexto confiere a la frase en cuestión un significado con el que pierde su fuerza lesiva contra la Fórmula de Radbruch, y que incluso la protege y refuerza. Se trata de la pregunta planteada por Arthur Kaufmann sobre «qué derecho debe asumir el lugar del derecho injusto legal que se considera inválido»[88]. Esta pregunta sería significativa si la Fórmula de Radbruch, al calificar del derecho extremadamente injusto como nulo, provocara [la aparición de] una laguna. Pero no es este el caso. El derecho penal de la RDA contenía al tiempo de los hechos, en los §§ 112, 113 del Código penal (DDR-StGB), una extensa prohibición jurídico-penal del homicidio doloso. Esto basta, en caso de nulidad de la causa de justificación, para fundamentar la punibilidad de los homicidios en la frontera[89]. A la vista de este sencillo resultado, no alcanza a comprenderse bien por qué el Tribunal Constitucional Federal entiende que «en lugar de apelar a principios jurídicos suprapositivos» se podría «recurrir a la *valoración* (*Wertung*) que la propia RDA había tomado como base de sus disposiciones penales»[90]. Y es que, tras desaparecer la causa de justificación, de lo único que se trata aquí es de que las disposiciones penales de la RDA pueden ser aplicadas sin más (*schlicht*). Hablar de una «valoración... que la propia RDA había tomado como base...» encierra el peligro de dar equivocadamente a entender que la punibilidad de los centinelas del muro ya estaba, en suma, prevista por el derecho de la RDA, lo cual, como hemos expuesto, no es el caso. De esta forma, en una interpretación correcta no sólo no se dice nada contra la Fórmula de Radbruch, sino que incluso sale a la luz algo que habla en su favor: si bien mediante ella se excluye una causa de justificación, no se genera ningún nuevo supuesto de hecho penal, lo que en cualquier caso vulneraría el art. 103.2 LF[91].

Hasta ahora se trataba de las dos posibles fuentes de irritaciones en lo que concierne a la actitud del Tribunal Constitucional Federal sobre la Fórmula de Radbruch. Pero es que, si miramos la argumentación propiamente dicha, constataremos que, en puridad, el Tribunal está presuponiendo la Fórmula. Tanto en la fundamentación como en la aplicación de sus criterios, el Tribunal habla del «derecho estatal extremadamente injusto»[92]. Esto co-

[88] A. Kaufmann, «Die Radbruchsche Formel...», p. 85.

[89] Cf. BGHSt 41, 101 (112 s.).

[90] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (550). Cursiva del autor.

[91] Cf. R. Alexy, *Mauerschützen*..., p. 31 s.

[92] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549).

rresponde exactamente a la versión abreviada de la Fórmula de Radbruch expuesta más arriba*. Es evidente que el Tribunal Constitucional Federal, al aplicar sus criterios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, comparte la concepción de éste de que «la causa de justificación que amparaba, conforme a la práctica estatal, el homicidio de quienes "quebrantaran la frontera" (*Grenzverletzern*)... no es atendible», porque constituye «derecho estatal extremadamente injusto»[93]. El Tribunal habla incluso de la inaplicabilidad o «inatendibilidad» (*Unbeachtlichkeit*) de la causa de justificación[94].

Desde luego, uno podría ser de la opinión de que la mera clasificación de la causa de justificación como inaplicable, por constituir derecho extremadamente injusto, todavía no implica aceptar la Fórmula de Radbruch. Según ésta, las causas de justificación que constituyan derecho extremadamente injusto pierden desde un principio su carácter y validez jurídicos. Son nulas *ab initio*. No obstante, la inaplicabilidad de la que habla el Tribunal podría entrañar, no ya la nulidad y por ende la inaplicabilidad desde el principio, sino tan sólo una inaplicabilidad actual. Parece que, en este sentido, pueden aducirse algunas manifestaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional Federal cuando fundamenta su interpretación del art. 103.2 LF. Así, el Tribunal entiende que «la administración de justicia penal de la República Federal entraría en contradicción con las premisas del Estado de Derecho que la inspiran» si no hiciera retroceder la protección de la confianza en caso de derecho extremadamente injusto. Asimismo, esto implica que «al ciudadano, sometido ahora al poder punitivo de la república federal, le está vedada la invocación de semejante causa de justificación»[95]. La referencia a las premisas del Estado de Derecho que inspiran la administración de justicia penal de la República Federal, así como la consideración genérica de la justicia material como un aspecto del principio de Estado de Derecho podrían comprenderse en el sentido de que la antigua causa de justificación vulnera el derecho actual y, por tanto, ya no puede hacerse valer. La antigua justificación seguiría vigente, pero simplemente ya no podría ser utilizada ahora. Su invocación estaría, como dice el Tribunal, «vedada».

Ahora bien, pese a que esta construcción es concebible, difícilmente puede admitirse que sirva en realidad como base de la sentencia. En primer lugar, resulta innecesariamente complicada. Imaginar una causa de justificación que, si bien existe, no debe en cambio aplicarse o tenerse en cuenta, conduce a la coexistencia de dos situaciones jurídicas contradictorias entre

* «El derecho extremadamente injusto no es derecho» [N. del T.]

[93] Ibid.

[94] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (550).

[95] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549).

sí, lo cual supone un enriquecimiento innecesario del universo jurídico. Y es que, en esta causa, la nulidad radical constituye de suyo una importante fundamentación para limitar el art. 103.2 LF. Si por ser derecho extremadamente injusto y normalmente, por tanto, serlo de forma evidente, una causa de justificación es nula *ab initio*, entonces substancialmente no existe retroactividad alguna[96]. Frente al art. 103.2 LF ya sólo ha menester fundamentar el que no se proteja la confianza en una causa de justificación amparada por una ley nula. Si uno toma esto en consideración y también el hecho de que la argumentación del Tribunal Constitucional Federal tiene lugar en el marco de la fundamentación de una limitación del art. 103.2 LF, para la cual naturalmente sólo pueden aducirse normas opuestas o limitativas de la propia Constitución, todo indica entonces que a la actual limitación del art. 103.2 LF le corresponde una nulidad radical de idéntico alcance que se proyecta sobre las causas de justificación del derecho de la RDA. Con lo cual, la nulidad radical se correspondería con la inatendibilidad de la que habla el Tribunal Constitucional Federal. Esto significa entonces que la Fórmula de Radbruch, interpretada de modo que aparezca de la forma más racional posible, sirve en efecto de base a la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

Existe en torno a la Fórmula de Radbruch, junto al tratamiento algo peculiar de los precedentes y a la actitud, no demasiado clara, respecto del papel del derecho suprapositivo, un tercer problema: un equívoco discurso sobre el derecho escrito de la RDA. Como ha quedado dicho, el Tribunal Constitucional Federal habla en un lugar central, en concreto cuando aduce razones para la inaplicación del fundamento de confianza especial, de que el Estado en la RDA había excluido la punibilidad «mediante causas de justificación para ámbitos parciales, incitando a un derecho injusto semejante, y favoreciéndolo, *más allá de las normas escritas*»[97]. Luego esta afirmación forma parte de esa tercera tesis[98] que parece defender el Tribunal en relación con el derecho escrito de la RDA. Ahora bien, si uno toma esto al pie de la letra, parecería entonces como si el ir más alla (*das Hinausgehen*) de las normas escritas fuera una condición *necesaria* para la desaparición del fundamento especial de confianza y, con ello, para limitar el art. 103.2 LF. En esta dirección parece apuntar también el discurso sobre la «postergación del derecho escrito frente a las exigencias de la conveniencia política»[99].

El ir más allá de lo escrito no puede ser, sin embargo, una condición necesaria para la limitación del art. 103.2 LF. Hay casos en los que los homi-

---

[96] Alexy, *Mauerschützen*..., p. 32 ss.

[97] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549). Cursivas del autor.

[98] BVerfG,EuGRZ 1996, 538.

[99] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (550).

cidios constitutivos de derecho extremadamente injusto se mantienen dentro del tenor literal de la causa de justificación. El sexto de los casos imputados a los miembros del Consejo Nacional de Defensa[100], en el que se trataba del primer caso de los centinelas del muro del Tribunal Supremo Federal[101], es tan buen ejemplo[102] de ello como el de nuestro simple guardia fronterizo[103]. Con estos supuestos sólo cuadra una formulación diferente, que igualmente encontramos en la resolución del Tribunal Constitucional Federal, a saber: que el régimen fronterizo fue manejado «sin agotar el margen legal de interpretación», el cual hubiera permitido un tratamiento más cuidadoso[104] (*schonendere*). Pero si incluso bajo estas circunstancias resulta posible limitar el art. 103.2 LF, entonces es sumamente equívoco hablar de que falta el fundamento especial de confianza cuando se ocasiona o ejercita derecho extremadamente injusto «más allá de las normas escritas». Y entonces el traspaso del tenor literal de las causas de justificación es lo que menos importa.

Desde luego, frente a la concepción del Tribunal Supremo Federal y a lo recién expuesto, el problema desaparecería si los homicidios de unas personas cuya única intención era traspasar las instalaciones fronterizas (*Grenzanlagen*) no se hubieran mantenido dentro del marco de las causas de justificación reguladas legalmente. La cláusula «más allá de las normas escritas» se cumpliría entonces con cada homicidio de una de esas personas, y podría desempeñar el papel de una condición necesaria. Ahora bien, la opinión que se sostiene plenamente, como muestran por ejemplo las sentencias del Tribunal Territorial de Berlin antes[105] mencionadas, es que asesinatos como los del primer caso de los centinelas del muro resuelto por el Tribunal Supremo Federal y como los del caso del guardia fronterizo recurrente en amparo ya no se mantenían dentro del marco del derecho de la RDA. Puede intentarse fundamentar esto interpretando el derecho de la RDA a la luz de a los derechos humanos, o mediante una interpretación estricta de sus normas desde el punto de vista del Estado de Derecho. Aquí lo de menos es que pueda replicarse que esto último no afecta a lo que fuera derecho positivo en la RDA[106]. El punto decisivo es, más bien, que la cláusula «más allá de las normas escritas» podría todavía ser salvada, como formulación de

[100] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (539).

[101] BGHSt 39, 1.

[102] Cf. R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 9 ss.

[103] BGHSt 40, 241.

[104] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (551).

[105] Vid. pp. 3-4.

[106] R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 10 ss.

una condición necesaria, sosteniendo una interpretación del derecho entonces vigente en la RDA que siguiese la línea de las mencionadas sentencias del Tribunal Territorial de Berlín, aunque para esto debería pagarse un precio que el Tribunal Constitucional Federal no puede pagar si quiere ser consecuente. El precio consiste en que debería entonces adoptar una interpretación muy determinada y totalmente dudosa del derecho a la sazón vigente en la RDA. Lo cual, como digo, contradiría sus propias indicaciones (*Ausführungen*) sobre el alcance de su competencia enjuiciadora, así como su esfuerzo, manifestado clara y variadamente en la resolución, por mantener la cautela [competencial] propia del Tribunal Constitucional (*verfassungsgerichtliche Zurückhaltung*). Por ello, hubiera sido más acertado que el Tribunal Constitucional Federal bien hubiera renunciado al empleo del giro «más allá de las normas escritas» en sus pasajes (*Formulierungen*) más importantes, o bien hubiera dejado claro que con ello no pretendía afirmar que ese «ir los asesinatos más allá de lo escrito» constituyera una condición necesaria para la inaplicación del fundamento especial de confianza y, con ello, para la limitación del art. 103.2 LF.

Por último, resulta un tanto desagradable que el Tribunal Constitucional Federal hable, en el centro de su exposición, exclusivamente de causas de justificación «normadas» o «reguladas»[107], mientras que tan sólo de refilón habla una vez de los «márgenes de interpretación legal»[108] (*Auslegungsspielräumen*). En el caso de la colocación e instalación de minas, y también en el de los disparos, anterior éste a la aprobación de la VoPoG del año 1968 y la GrenzG del año 1982, no había ninguna causa de justificación *legal*. El Tribunal Supremo Federal admite en estos casos, como ya se expuso, que órdenes o reglamentos de servicio y ordenanzas (*Aufgabenormen*) sean suficientes como causas de justificación, y ello, justamente, debido al alejamiento de la RDA del «modelo de Estado de Derecho»[109]. Sin embargo, conforme a su tenor literal, el art. 103.2 LF ampara sólo la confianza en la determinación legal de la punibilidad y no, por tanto, la confianza en causas de justificación no amparadas por ley. El Tribunal Constitucional ha dejado abierta la cuestión de si «causas de justificación no escritas» entran dentro de la protección del art. 103.2 LF[110]. Esto es correcto. Sea como fuere, los casos que debían decidirse hubieran dado ocasión de plantear la pregunta de si también normas escritas de rango inferior al legal, e incluso normas de derecho interno y normas sobre el desempeño de funciones, que en la prác-

[107] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549 s.).

[108] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (551).

[109] BGHSt 41, 101 (103).

[110] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (548).

tica estatal de un Estado injusto juegan el papel de causas de justificación, entran en el ámbito de protección del art. 103.2 LF. En cualquier caso, esta pregunta podría responderse afirmativamente, de manera implícita, sin que sea preciso haberla traída a colación.

3. El principio de culpabilidad

Ya el propio tratamiento del problema principal que nos ocupa, la posibilidad de limitar del art. 103.2 LF, comparado con otras decisiones del Tribunal –por lo común más bien dado a los pormenores– resulta por su extensión algo sucinto. Pero todavía otros puntos reciben, con mucho, tratamiento más breve. Así, el Tribunal desestima la alegación, por parte de los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA, de una inmunidad preservada en calidad de antiguos detentadores de altos cargos gubernamentales y miembros de un órgano constitucional de la RDA. Y ello aduciendo que la «doctrina del acto de Estado» (*act of state doctrine*) que dicha alegación pretende hacer valer no es una regla general del derecho internacional en el sentido del art. 25 LF, «puesto que en ningún caso es reconocida fuera del ámbito jurídico angloamericano»[111]. Además, «una inmunidad» no puede perdurar más allá «de la existencia del Estado al que el afectado pertenece»[112].

En cuanto a la autoría mediata de los miembros del Consejo Nacional de Defensa, el Tribunal tan sólo señala que esta calificación, basada en el derecho de la República Federal, conduce globalmente a una solución más favorable que la resultante de aplicar a los autores el derecho de la RDA, lo cual se corresponde con el principio de retroactividad de la ley favorable (*Meistbegünstigunggrundsatz*) del § 2.3 StGB y no lesiona el art. 103.2 LF[113]. El Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre la autoría mediata como tal, siguiendo inteligentemente el principio que había antepuesto a su fundamentación, a saber, que la interpretación y aplicación del derecho ordinario (*einfachem Recht*) es asunto que sólo incumbe a los tribunales ordinarios.

Así y todo, el Tribunal Constitucional Federal sí examina con mayor detalle el principio de culpabilidad, vinculándolo, no sin cierta confusión, tanto a la garantía de la dignidad humana y al art. 2.1. LF*, como también al principio del Estado de Derecho[114]. En puridad, se trata de resolver si la an-

---

[111] Cf. ya BVerfGE 92, 277 (322).

[112] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (547 s).

[113] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (550).

* Derecho al libre desarrollo de la personalidad [N. del T.]

[114] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (551). Podría ser preferible la vinculación o agregación (*Zuordnug*) del principio de culpabilidad al derecho general de la personalidad amparado por la Constitución, a partir de la clara -y ya con el tiempo consabida- combinación del art. 2.1 con

tijuridicidad del hecho fue «evidente» para los guardias fronterizos en el sentido del § 5.1 de la Ley penal militar (WStG). Tal es el caso, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, cuando la violación jurídico-penal se encuentra «más allá de toda duda»[115]. Indiscutiblemente, y ahí debe convenirse con el Tribunal Constitucional Federal, esta interpretación satisface el principio de culpabilidad. Tan sólo su aplicación resulta problemática. Como ya se mencionó, el Tribunal Supremo Federal fundamentaba la naturaleza ostensible (*Offensichtlichkeit*) [que la violación jurídico-penal tuvo] para los jóvenes guardias fronterizos mediante el expediente (*Schluß*) de considerar que el extremo carácter de derecho injusto se infería de su propia evidencia[116]. En lo esencial, una conclusión semejante ha de admitirse, aunque no siempre[117]. Debemos saludar por ello que el Tribunal Constitucional Federal estime que Òfundamentar la evidencia de la violación jurídico-penal para los soldados sólo mediante la existencia ¿objetiva? de una violación grave de los derechos humanos» resultaría incompatible con el principio de culpabilidad. La existencia objetiva de una violación grave de los derechos humanos no es suficiente. Adicionalmente, debería «explicarse por qué el soldado individual, a la vista de su educación y su adoctrinamiento, así como de otras circunstancias, estaba en disposición de reconocer indubitadamente la violación jurídico-penal»[118]. A renglón seguido, el Tribunal Constitucional señala, con acierto, que los tribunales penales no han discutido los hechos bajo este punto de vista. Uno hubiera esperado, en consecuencia, que constatara asimismo que el principio de culpabilidad, por este motivo, no había sido tomado en cuenta de manera satisfactoria. Sin embargo, en lugar de eso, el Tribunal Constitucional Federal repite con desviaciones mínimas la fórmula que venía siguiendo el Tribunal Supremo Federal desde la primera sentencia sobre los centinelas del muro, según la cual «el homicidio de un fugitivo desarmado mediante fuego sostenido (*Dauerfeuer*) ..., en las circunstancias constatadas, fue un actuar de tal modo horrible y privado de cualquier justificación posible que la viola-

---

el art. 1.1 de la Ley Fundamental. Para sostener la prohibición de una pena excesiva (*Übermaßverbot*) como elemento del principio de culpabilidad no es preciso, además, recurrir expresamente al principio del Estado de Derecho, pues esta prohibición está ya contenida en el principio de proporcionalidad que resulta «de la esencia de los mismos derechos fundamentales». Cf. BVerfGE 19, 342 (348 s.); 65, 1 (44); 76, 1 (50 s.), así como R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 100 ss. [111 ss.].

[115] BGHSt 39, 1 (33).

[116] Cf. *supra*, pp. 9 ss.

[117] R. Alexy, *Mauerschützen*...,p. 24 d. y 37. Cf. Aquí también BVerfGE 82, 316 (320): lo evidente no tiene por qué estar a la vista (*auf der Hand*): puede también ser «el resultado de un examen previo y a fondo», esto es, puede ser el resultado de una argumentación o reflexión.

[118] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (551); cf. aquí R. Alexy, *Mauerschützen...,* pp. 37 s.

ción de la proporcionalidad y la elemental prohibición de matar fue, sin más, comprensible (*einsichtig*) y con ello evidente, incluso para un hombre adoctrinado»[119]. Pero esta es precisamente el mismo expediente que fundamenta el carácter objetivamente extremo de derecho injusto en su evidencia para cualquiera, que apenas dos frases antes había sido rechazado. El Tribunal Constitucional Federal no hubiera debido reemplazar el examen de esta fórmula por su mera aceptación. Hay demasiados argumentos para sostener que no estaba al alcance de un gran número de jóvenes guardias fronterizos[120] la determinación del punto a partir del cual podía considerarse «más allá de toda duda» que los disparos junto al muro, aun con estar amparados por el derecho positivo vigente entonces, no sólo eran derecho injusto, sino además derecho extremadamente injusto, lo que por ende constituía el presupuesto de su antijuridicidad.

Salvo la solución del problema de la culpabilidad, la decisión del Tribunal Constitucional Federal es correcta en cuanto al resultado. Sin embargo, constituye un palmario y clásico ejemplo de que un resultado correcto no basta allí donde lo que importa es la fundamentación. Y es que, aunque la indeterminación y la falta de claridad pueden favorecer ocasionalmente el consenso, lo cierto es que no hacen justicia a la gravedad de un verdadero debate público sobre lo correcto, el cual no sólo es atractivo por sí mismo, sino que también constituye un presupuesto de la estabilidad política duradera.

Abreviaturas

ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BGBL	Bundesgesetzblatt [Diario oficial de la RFA]
BGH	Bundesgerichtshof [Tribunal Supremo Federal]
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen [Sentencia del Tribunal Supremo Federal en causas penales] (tomo, página)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitucional Federal]
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [Sentencia del Tribunal Constitucional Federal] (tomo, página)
DDR-GBl.	Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik [Diario Oficial de la República Democrática Alemana]
DDR-GrenzG	Grenzgesetz der Deutschen Demokratischen Republik [Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana]

[119] BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (551); cf. BGHSt 39, 1 (34).

[120] Cf. R. Alexy, *Mauerschützen*…, p. 37 s.

DDR-StGB Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik [Código Penal de la República Democrática Alemana]

DDR-Verf. Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik [Constitución de la República Democrática Alemana]

DV Dienstvorschrift [reglamento u orden de servicio]

EGStGB Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch [Ley introductoria del Código Penal]

EuGRZ Europäische Grundrechte-Zeitschrift [Revista Europea de Derechos Humanos]

JZ Jurististenzeitung

LF/GG Ley Fundametal/Grundgesetz

LG Landgericht [Tribunal Territorial - Audiencia Provincial]

NJW Neue Juristische Wochenschrift [Nuevo Semanario Jurídico]

NStZ Neue Zeitschrift für Strafrecht [Nueva Revista de Derecho Penal]

StGB Strafgesetzbuch [Código Penal]

StV Strafverteidiger [defensor penal, abogado defensor]

UZwG Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes [Ley sobre la compulsión directa en el ejercicio de poder público por agentes ejecutivos de la Federación]

UZwGBW Gesetz ubre die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befügnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen [Ley sobre la compulsión directa y el ejercicio de competencias especiales por soldados del ejército federal y vigilantes civiles].

VVDStRL Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [Publicaciones de la Unión de Profesores de Derecho Estatal alemanes]

VoPoG Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Deutschen Volkspolizei [Ley sobre las funciones y competencias de la Policía popular alemana]

WStG Wehrstrafgesetz [Ley penal militar]

De la traducción

§ parágrafo

§ 27.2.1. § 27 Abs. 2 Satz 1 (parágrafo 27 párrafo 2 frase o proposición 1)

§ 17.2.*a* § 17 Abs. 2 lit. a (parágrafo 17 párrafo 2 letra a)

§ 10.1. nº 1, *a*	§ 10 Abs. 1. Nr. 1 lit. *a* (parágrafo 10 párrafo 1 número 1 letra a)
***, [...]**	[nota/aclaración/número de páginas de las obras citadas traducidas al español]

(Trad. de A. Daniel Oliver-Lalana)

FUNCIONALISMO, TEORÍA DE SISTEMAS Y DERECHO PENAL

¿DOGMÁTICA PENAL SISTÉMICA? SOBRE LA INFLUENCIA DE LUHMANN EN LA TEORÍA PENAL[1]

Juan Antonio García Amado
Universidad de León

El objeto de mi análisis será el examen que de los fundamentos del derecho penal realizan Günther Jakobs y sus discípulos (fundamentalmente H. Lesch) desde planteamientos próximos, al menos inicial o superficialmente, a la teoría de sistemas de Luhmann. Tras una breve exposición de los elementos luhmannianos que aparecen en dicha doctrina, trataré de sustentar la tesis de que dichos autores no pueden ir más allá en la incorporación de elementos sistémicos porque tal cosa supondría o bien renunciar al cultivo de una dogmática penal estándar, o bien asumir consciente y abiertamente que su discurso tiene que desdoblarse en dos análisis distintos, que serían, por un lado, la explicación de la razón de ser y el fundamento del sistema jurídico-penal, en clave de lo que podríamos denominar un punto de vista externo, y, por otro, el cultivo del discurso propio de la teoría interna de dicho sistema, haciendo abstracción de las consecuencias del análisis anterior y asumiendo que practican una comunicación que sólo puede pretenderse «verdadera» y fundamentada en el seno de dicho sistema, esto es, como si aceptaran que se trata de jugar un juego en el que todas las reglas son puramente instrumentales para el rendimiento de ese sistema que anteriormente han desmitificado en cuanto a sus pretensiones últimas. El hecho de que Jakobs y sus seguidores no distingan entre esos dos niveles de su discurso o análisis y de que más bien pretendan fundar el segundo en el primero, les conduce a verdaderas aporías y a más de una inconsecuencia. Esto último trataré de mostrarlo atendiendo especialmente al papel y el estatuto del sujeto en su doctrina penal. En el trasfondo quedará la pregunta de cuánto podría aportar a la teoría del derecho penal una asunción más profunda y rigurosa de los planteamientos de Luhmann.

[1] El presente trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación DGICYT PB97-0859.

Unas dosis de funcionalismo aderezado con sistemismo

El enfoque funcionalista del derecho penal inquietará desde su mismo punto de arranque a los bienpensantes que ponen en la base del sistema jurídico la protección de los valores que en cada ser humano se encarnan y de los bienes constitutivos de la posibilidad de realizarse como sujeto portador de una innata dignidad, pues con dicho enfoque el derecho penal (y el derecho todo) deja de estar al servicio del orden de lo materialmente justo y se justifica por su prestación para el mantenimiento del todo social. Y esto en un tiempo en que el tránsito entre la individualidad y la sociabilidad se halla ya despojado del metafísico teleologismo aristotélico, que no veía en la segunda sino la desembocadura natural y la realización de la primera. El racionalismo moderno rompió la naturalidad de esa transición y colocó al individuo como núcleo de toda legitimidad, con lo que el derecho se justifica sólo al servicio de la libertad individual y la legitimidad de toda forma social se basa únicamente en el libre consentimiento de los individuos. El valor supremo es entonces la libertad individual, máxima expresión de la dignidad ínsita en todo ser humano, y, como consecuencia, la clave de toda legitimación de lo social va a ser el consentimiento. El individuo es constitutivamente anterior a lo social y toda formación social se considerará admisible únicamente si respeta y se asienta en ese valor previo del sujeto humano. La sociedad política ya no es un fin en sí misma ni la realización automática de una tendencia natural del individuo. Por tanto, el derecho que se quiera legítimo no puede proteger lo colectivo antes que lo individual y sólo puede protegerlo en lo que sirva a la plenitud de los intereses individuales.

El planteamiento funcionalista choca frontalmente con esos presupuestos del racionalismo individualista, y por eso no es extraño que el propio Jakobs insista en que sin la inserción en una sociedad el individuo no es nada muy distinto de un animal y no puede desplegar ninguna capacidad que lo especifique frente a los seres abruptamente naturales, al tiempo que introduce el elemento relativístico de afirmar que lo que el individuo pueda llegar a ser y desarrollar dependerá enteramente de los caracteres que adopte la respectiva sociedad. Ahí el planteamiento del racionalismo individualista aparece ya invertido, pues resulta que es la sociedad la que se erige en constitutiva de lo humano al aportar las referencias (comenzando con el lenguaje) con las que el individuo puede simultáneamente entenderse a sí mismo y entender a los demás [2].

Sobre esos presupuestos cobra sentido la caracterización del funcionalismo jurídico-penal como «aquella teoría según la cual el Derecho penal

[2] Por extenso en Jakobs 1999.

está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad» (Jakobs 1996a, 9), y la afirmación de que con el derecho se resuelve siempre «un problema del sistema social» (Jakobs 1996a, 12). La función del derecho penal se refiere, por tanto, primariamente al mantenimiento de la identidad de la sociedad, de la «configuración social básica» (Jakobs 1997a. 12). El conflicto al que la norma penal responde es, así, un conflicto entre una actitud individual y la sociedad, y con la pena la sociedad defiende su persistencia frente a las consecuencias disolventes que para la misma tienen ciertos modos de proceder de los individuos. El delito no es, en su explicación última, un enfrentamiento entre individuos o grupos a propósito de sus bienes particulares, del tipo que sean, sino un cuestionamiento del orden social, por lo que su comprensión requiere trascender de lo intersubjetivo a lo suprasubjetivo y de lo psicológico a lo «sociológico» [3]. El derecho se explica, por tanto, por su función social y no como mero correlato necesario de la convivencia entre conciencias individuales libres y plenamente dadas con antelación a esa convivencia organizada. La convivencia no sirve a la individualidad sino que la constituye, ya no es tributaria de los fines preestablecidos de aquélla, sino que asignándolos los hace posibles. Estamos así en las antípodas de las doctrinas que estos autores denominan «naturalistas» [4].

Dentro de la explicación funcional del derecho, se trata de ubicar el cometido preciso del derecho penal. Para comprenderlo se ha de partir de la idea de que la sociedad se constituye precisamente a través de normas y, en consecuencia, a partir de esas normas alcanzan su identidad también los propios sujetos individuales (Jakobs 1996a, 16). Al derecho penal le correspondería la función de velar por la parte más esencial y básica de tales normas y, por tanto, solventar el problema social básico: la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social. Es la preservación de la sociedad el objetivo que da sentido al derecho penal, con lo que la práctica jurídico-penal es un ejercicio de autopreservación de la sociedad y, mediatamente, de preservación de la identidad individual que sólo es una identidad

[3] «La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual «persona singular», sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de la relación social» (Jakobs 1997a, 12).

[4] Véase por ejemplo (Lesch 1999a, 185). En palabras de Jakobs, «jurídico-penalmente no interesa, o en cualquier caso no interesa en primer término, el contexto psicológico, sino el social, y en este contexto encuentran su sitio tanto voluntad como el simple dejar-que-suceda, hecho como omisión, causalidad como no-salvar; sin embargo, tal contexto apenas es aprehendido cuando el comportamiento imputable se desglosa en elementos naturalistas» (Jakobs, 1996b, 29). Está este autor ahí criticando la línea que va de Binding a Radbruch y de éste a Armin Kaufmann.

social, inserta en unas concretas referencias que son sociales y normativas a un tiempo. Sin tal función, el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos. Es la identidad de la sociedad [5] la que permite la identidad de los sujetos singulares.

Con lo dicho se explica el temor que este tipo de planteamientos suelen suscitar. Es fácil sospechar que se está abriendo la vía para justificar cualquier tipo de sistema penal que en, nombre del mantenimiento de la colectividad, someta al individuo sin traba ni límite. Ante lo habitual de esta acusación, se imponen rápidamente algunas puntualizaciones. En primer lugar conviene no perder de vista la índole del discurso que se lleva a cabo. Un discurso que se pretenda descriptivo del funcionamiento de algo, tiene que juzgarse en términos de su mayor o menor verosimilitud y de la utilidad heurística del modelo que nos ofrece del objeto descrito, pero no tiene por qué subordinarse lo que del mundo se puede explicar a lo que para el mundo se deba postular a fin de que nos resulte más grato. El propio Jakobs insiste en que su teoría pretende ser descriptiva, que no da en ningún momento el salto de considerar que lo que es así así debe ser [6], y asume que su exposición es neutra y está al margen de todo planteamiento utópico (Jakobs 1996a, 49).

Que el derecho penal cumpla esta función en cualquier sociedad, sea democrática o totalitaria, no es sino una forma de afirmar la obviedad de que tanto en una como en otra existe un sistema jurídico-penal y lo que la explicación funcionalista proporciona es un porqué de tal fenómeno. Y Jakobs aclara reiteradamente que la configuración concreta que cada sistema jurídico-penal adopte no depende, por tanto, de esa función que es común, sino de las particulares coordenadas sociales que en cada ocasión sean determinantes. El derecho penal protege siempre la identidad básica de la sociedad, pero cómo se configure en concreto esa sociedad no depende del derecho penal, por lo que podríamos añadir que la lucha para cambiar esa configuración tiene que ser conscientemente una lucha en otra clave. Renunciando a describir có-

[5] «La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad» (Jakobs 1996a, 11).

[6] Vid. por ejemplo, Jakobs 1996a, 49; más claramente aún, frente a la acusación de que con esta concepción se instrumentaliza al ciudadano que va a ser penado, afirma que «sólo se trata de la descripción de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo» (Jakobs 1997b, 387-388).

mo funciona un elemento de la sociedad no se transforma ese elemento, todo lo más se encubre su verdadero papel bajo un manto de piadosos deseos.

Quizá ayude a situarse en esa misma discusión otro elemento crucial de la teoría de estos autores. El derecho penal es expresión de un conflicto, pero es preciso delimitar en qué consiste éste. Si pensamos que lo hasta ahora expuesto se traduce en que dicho conflicto es entre un bien o interés individual y un bien o interés grupal, una disputa, por ejemplo, acerca de si vale más la vida de un sujeto singular que el progreso del Estado, estaremos alejándonos de este peculiar funcionalismo y aproximándonos, en efecto, a un pensamiento organicista, que personifica a la sociedad y la pone a jugar como un individuo más, sólo que superior y más valioso, frente a otros individuos en la disputa por ciertos bienes concretos y materiales. Ahí sí acecharía el totalitarismo. Mas para Jakobs y su escuela el conflicto penal no es un conflicto sobre bienes, sino un conflicto simbólico, de símbolos, de significados. Aquí la presencia de Luhmann es bien visible.

Efectivamente, el giro más importante que da esta escuela tiene que ver con lo que podemos denominar la ubicación del fenómeno jurídico-penal. Éste puede contemplarse como inserto primariamente en las conciencias individuales y/o en el dato fáctico de la disputa de ciertos bienes. Ambas alternativas son rechazadas y se opta por ubicar lo penal en el plano de la comunicación. «El Derecho penal –dice Jakobs– no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación» (Jakobs 1996a, 49).

¿A qué se alude con esa idea de comunicación? Para la teoría sistémica la sociedad existe en cuanto los individuos pueden coordinar sus acciones, y tal coordinación es posible únicamente sobre la base de que los actos, gestos, etc. son algo más que eventos empíricos, poseen un significado, tienen una relevancia comunicativa, expresan un sentido. A cada gesto o palabra no puede asociarse cualquier cosa, sino sólo aquello de lo que es expresión con arreglo al correspondiente código comunicativo. Cuando dos personas se encuentran y se tienden la mano, ambas entienden (en nuestra civilización) ese movimiento corporal como manifestación de consideración y saludo pacífico y no como amago de agresión, intento de robo o, simplemente, reflejo instintivo sin significación social alguna. A través de esas comunicaciones es posible la sociedad y es la sociedad la que así está funcionando por intermedio de los individuos, con lo que éstos son partícipes y ejecutores de una comunicación que los trasciende, sus actos son expresión de un sentido social, más que plasmación de una psicología o una conciencia individual independiente [7]. Esa conciencia psicológica individual opera co-

[7] Puesto que la comunicación constituye sociedad, por servir de puente para la transmisión intersubjetiva de criterios de selección, la comunicación, según Luhmann, «sólo es posi-

mo un sistema autónomo, ciertamente, uno más con arreglo a sus claves, pero el sistema social se constituye al margen y no puede ver ninguna conciencia como conciencia puramente individual [8], sino que sus manifestaciones sólo las puede percibir e interpretar como manifestación de sentido social, como comunicación social. Así pues, el sistema social o sociedad se compone, en términos de Luhmann, sólo de comunicaciones y de todas las comunicaciones [9].

Es la comunicación lo que posibilita la existencia de expectativas. Desde el momento que cada gesto tiene un sentido, cada protagonista sabe lo que puede esperar del curso de acción consiguiente. Aquel a quien le tienden la mano de cierta forma sabe que puede esperar un comportamiento amable y respetuoso y no que el movimiento siguiente sea una bofetada, por ejemplo. Como luego veremos, esta expectativa, que es una expectativa normativa, puede ser defraudada, pero tal defraudación no es la regla, sino la excepción, y, además, el sistema social puede reaccionar y reacciona respaldando tal expectativa incluso en caso de su puntual defraudación. Por tanto, cada individuo interviniente en la comunicación social conoce qué expectativas se siguen de los comportamientos ajenos y conoce también qué expectativas se forjan los demás a partir de sus propios comportamientos, tiene expectativas de expectativas a partir del sentido común de los actos y gestos, con lo que el caos de lo imprevisible, la total contingencia, se ve sustituido en la convivencia social por el orden de lo esperable.

Otra forma interrelacionada de explicar esto es mediante la noción de reducción de complejidad, noción luhmanniana que no aparece en los autores que analizamos. Complejidad es el conjunto de todos los sucesos posibles [10].

---

ble como evento que trasciende la clausura de la conciencia, como síntesis de algo más que el contenido de una sola conciencia» (N. Luhmann, *The Autopoiesis of Social System*, Florencia, IUE, Autopoiesis Colloquium Papers, multigr. –Doc. IUE 328/85-Col.81–, p. 25-26. Este trabajo se recoge también en F.Greyer/J. van der Zouwen, eds., *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems*, Londres-Beverly Hills, 1986, pp. 172-192). De ahí que la comunicación no se agote en la dimensión psicológica o individual, pues aquella función de la comunicación sólo se cumple en tanto a la transmisión (*Mitteilung*, *utterance*) con pretensiones de información que un individuo lleva a cabo le siga la comprensión (*Verstehen, understanding*) por parte de, al menos, otro individuo. Sólo así se habrá realizado la comunicación. Sólo así se constituye sociedad. Allí donde la comunicación se agotara en la dimensión individual que la acción representa no existiría sociedad, sino un conglomerado de seres solipsistas. Y si la comunicación es sociedad reproduciéndose a sí misma, quiere decir también que es la sociedad la que comunica, y no las conciencias individuales. Éstas no se componen de comunicaciones, como prueba el hecho de que sin sociedad no comunicarían, pero no por ello dejarían de existir. «La sociedad –dice Luhmann– no se compone de personas, sino de comunicaciones entre personas» (Luhmann 1981b, 20).

[8] Es más, «tampoco hay contacto inmediato entre distintas conciencias como sistemas». «Ninguna conciencia tiene un acceso directo a otra conciencia» (Luhmann 1995, 58).

[9] Véase, por ejemplo, Luhmann 1983a, 356; 1983b, 311; 1983c, 137.

[10] Véase, por ejemplo, Luhmann 1974, 115.

En el supuesto hipotético de que dos individuos se encontraran en pleno y total estado de naturaleza, la complejidad sería total, pues ninguno sabría lo que puede esperar del otro, cualquier acontecer sería posible en una situación así. La sociedad, constituida en y por la comunicación, precisamente es posible a base de reducir esa complejidad. Cuando aquí y ahora dos personas se encuentran el abanico de reacciones posibles es sumamente previsible, y tanto más cuanto más «socializadas» estén esas personas, cuanto más participen de los códigos comunicativos comunes. Por tanto, la sociedad es viable en cuanto compuesta de comunicaciones y es la participación en esas comunicaciones lo que convierte al individuo en social, y a su través la sociedad se comunica, esto es, se constituye y mantiene.

Pero a medida que la complejidad es reducida mediante la comunicación, puede también surgir más complejidad. Dicho muy simplificadamente, cuantos más problemas podemos resolver, más problemas nuevos podemos plantearnos. Un ejemplo sumamente elemental: cuando podemos coordinarnos para cazar en equipo, podemos pasar a plantearnos cómo repartir el objeto de la caza. Pues bien, a medida que la sociedad va reduciendo complejidad se va pudiendo hacer más compleja. Pero cuando esa complejidad, y su consiguiente necesidad de reducción, alcanza un nivel alto, se requieren comunicaciones especializadas para resolver los diferentes ámbitos de problemas, para reducir la complejidad. De ese modo dentro del sistema social global o sociedad se decantan subsistemas que tienen por cometido asumir para su resolución un ámbito específico de problemas, acotar para su procesamiento parcelas de complejidad. Así es como se constituyen como (sub)sistemas sociales la ciencia, el derecho, la economía, la moral, etc. Cada uno de esos sistemas opera con comunicaciones (por eso son parte del sistema social, que se compone de todas las comunicaciones) y se especifica con arreglo a un código propio y un programa propio. Así, por ejemplo, la ciencia opera con el código verdadero/falso y la asignación del respectivo valor se realiza con arreglo a criterios (programas) que son propios de ese sistema. Por seguir con el ejemplo, que algo sea verdadero en ciencia es independiente de que sea jurídico o antijurídico, moral o inmoral, rentable o no rentable y, además, algo que es verdadero en ciencia puede ser falso en religión [11], pero eso nada importa. Un ejemplo más pró-

[11] Posiblemente un buen ejemplo de esto es el rechazo que ciertas sectas cristianas hacen de la teoría de la evolución de las especies, tildándolo de falso. Ahí la verdad propia del sistema científico es reemplazada por la verdad del sistema religioso. Un ejemplo jurídico, arriesgando un poco más en la interpretación: cuando desde posiciones religiosas se aduce la invalidez jurídica de una norma permisiva del aborto o del divorcio, por mucho que haya sido dictada con todos los parabienes formales. En este caso el sistema que se ve obstruido desde el religioso es el jurídico. En el primer caso la «verdad» científica y en el segundo la «verdad» jurídica son reemplazadas por la «verdad» religiosa.

ximo: la determinación de la paternidad puede y suele funcionar con resultados distintos en el derecho y en la ciencia, pero con ello simplemente ocurre que cada sistema está dando la respuesta que corresponde al tipo de problema que cada uno ha de resolver.

Insisto en que todo lo anterior no aparece expresamente recogido en Jakobs y sus discípulos, aunque en buena medida debe darse por presupuesto para que sus postulados cobren pleno sentido y capacidad explicativa. Y llegamos así al derecho. Para Luhmann, como ya sabemos, el origen de los sistemas sociales estriba en la solución del problema de la doble contingencia por medio de la formación de expectatiavas de expectativas, que permiten a los individuos orientarse y hallar vías de interrelación en medio del enorme campo teórico de posibilidades que se abre ante cada relación. Pues bien, esa seguridad que hace esperable el comportamiento propio y ajeno bajo pautas comunes, no sería posible sin el derecho. El derecho permite la generalización de esas expectativas de expectativas, les da un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada interrelación particular, permite su vigencia como estructuras sociales [12]. Desde el momento en que se sostiene que las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, se introduce un elemento de inseguridad, pues siempre cabe que las expectativas se vean defraudadas. Tiene que existir, por consiguiente, algún mecanismo que permita a los sistemas mantenerse aun en tales casos. Dos son, según Luhmann, las posibilidades de que disponen al efecto, y ambas tienen que ver con el modo de configurar esas expectativas. Una solución consiste en que se presenten como expectativas cognitivas, con lo cual su frustración sirve como nueva fuente de conocimientos y germen de una nueva expectativa, que sustituye a la anterior: si un día se comprueba que no todos los cuerpos caen con la aceleración previsible con arreglo a la ley de la gravedad, habrá que sustituir esta ley por otra que sea capaz de integrar las excepciones. La otra estrategia posible consiste en que las expectativas defraudadas no se varíen, sino que se mantengan y se refuercen. Son expectativas normativas. Aquí los sistemas ya no se adaptan a las circunstancias, sino que defienden sus estructuras contra ellas: la constatación de que hay conductores que circulan en las autopistas en sentido contrario al debido no lleva a modificar la obligación, y la consiguiente expectativa general, de circular por carriles de sentido único, ni a admitir excepciones al carácter general de esa obligación, sino que se mantiene la expectativa original y se busca la recomposición de su efectividad eliminando la infracción. Si en toda sociedad no existiera un amplio entramado de tales expectativas que no cambian ante cualquier frustración, la posibilidad de orientación intersubje-

[12] Vid. Luhmann 1983a, 31ss.

tiva de las conductas desaparecería, y las estructuras sociales se harían evanescentes, quedando sin solución el problema de la doble contingencia: las prestaciones contractuales sólo se harían efectivas mientras no dejaran de cumplirse, los conductores circularían por la derecha únicamente mientras no se les antojase circular por la izquierda, etc. Es para asegurar esas expectativas no modificables por actos particulares de los individuos por lo que existe el derecho, el sistema jurídico. Por eso afirma Luhmann que la función del derecho se aplica como «estabilización contrafáctica de expectativas de comportamiento» [13], con lo cual las normas jurídicas serían «expectativas de comportamiento contrafácticamente estabilizadas» [14]. El derecho no es, en la concepción de Luhmann, tanto un medio de evitar conflictos cuanto de preverlos y prepararlos, pero encauzados. En la propia estructura de sus normas va implícita la previsión del conflicto, pues siempre se plantean como alternativa de cumplimiento e incumplimiento. Es el conflicto precisamente, el incumplimiento, el que ejerce el efecto paradójico de reforzar la expectativa normativizada, pues desencadena los mecanismos tendentes a la imposición contrafáctica de esa expectativa, que aparece así reforzada de cara a los casos futuros.

Como antes indiqué, estos muy elementales trazos de la teoría de Luhmann se encontrarían en buena medida, al menos, en el trasfondo de la caracterización que del derecho penal y sus fundamentos hacen Jakobs y sus seguidores, pues sólo presuponiendo tal teoría cobrarían sentido coherente y pleno los dos aspectos en que más insisten: la función comunicativo-simbólica del derecho penal y su carácter de refuerzo de las expectativas normativas básicas.

La función del derecho penal al servicio de la estabilización contrafáctica de expectativas es, sin duda, el asunto que más claramente toman estos autores de la construcción y el lenguaje luhmannianos, especialmente del Luhmann de la *Rechtssoziologie*. En esto no se apartan de lo que al respecto y por referencia a Luhmann acabo de sintetizar en los párrafos anteriores [15].

Retomemos el primero de aquellos asuntos, la función comunicativo-simbólica del derecho penal, a través de la cual cumple ese cometido de estabilización contrafáctica de expectatiavas. Explica Jakobs, citando expresamente a Luhmann, que la misión de la pena no es evitar lesiones de bienes jurídicos, sino «reafirmar la vigencia de la norma» (Jakobs 1997a, 13). La relación entre delito y pena no es, por supuesto, ningún tipo de automa-

[13] Luhmann 1981a, 117.

[14] Luhmann 1983a, 43.

[15] Para un examen más preciso de la recepción de tal idea en estos autores pueden verse, por ejemplo: Jakobs, Jakobs 1997a, 9ss; Lesch 1999a, 186ss., Vehling 1991, 91ss.

tismo causal materialmente determinado, pero tampoco reacción consiguiente a un comportamiento que se estima dañoso para un bien positivamente evaluado en el plano moral, económico, político, etc.[16] Esa relación se establece en un plano puramente simbólico, donde los comportamientos se miden por el sentido que expresan respecto de las normas y la aplicación de éstas no es sino reafirmación de su sentido propio. Pero esto necesita una explicación más pormenorizada. En palabras de Lesch, el injusto jurídico-penal se explica «no ya como un ataque externo a bienes jurídicos, sino como comunicación referida al Derecho. Se trata de una defraudación de expectativas normativas, es decir, un comportamiento mediante el cual el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma en una situación concreta. Esto significa, que para la interpretación del injusto penal no se está a la *valoración de sucesos del mundo exterior*, sino al *significado* de éstos para la *vigencia de la norma*» (Lesch 1995, 40). Y añade que «el derecho penal, al igual que lo pretendido con la sanción, no se despliega en el campo de los daños a bienes jurídicos, sino en el de los daños a la vigencia, esto es, en un plano inmaterial, demostrativo-simbólico» (Lesch 1995, 41).

En consecuencia, la oposición que se da entre delito y pena no es la expresión de dos contrapuestos sistemas de valores materiales a propósito de un bien de cualquier tipo, y menos aún de dos formas de concebir el recto y materialmente justo comportamiento humano. Con esto tanto el ilícito como la pena se explican al margen de cualquier planteamiento moralizante y se sitúan en las antípodas del servicio necesario a cualquier ética material o a cualquier concepción antropológica. Ese es el tinte especial de todo plan-

[16] Con esto no se quiere decir que los contenidos de las normas penales, su objeto de protección, lo que se considere bienes que deben ser tutelados, sea algo que caiga del cielo u obedezca al azar. Por supuesto, tales contenidos se rellenan desde consideraciones morales, políticas, económicas, etc. Lo que sucede es que la prestación específica del derecho penal acaece una vez que ese material está dado desde los correspondientes sistemas ajenos al penal, especialmente el político. Creo que esto lo han visto con agudeza Peñaranda, Suárez y Cancio, quienes, interpretando a Jakobs, afirman que «la decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una «tarea puramente política, no jurídico-penal» en la que a la ciencia del Derecho penal sólo correspondería determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas» (Peñaranda/Suárez/Cancio 1999, 38). Y añaden más adelante que «como ha señalado MÜSSIG, la teoría de la prevención general positiva no desplaza la doctrina del bien jurídico, pues ambas se mueven (hasta cierto punto, matizaríamos nosotros) en niveles diferentes: la una en el plano de la explicación de la función social de la pena, la otra en la determinación de los criterios materiales de legitimación de la incriminación de comportamientos en una sociedad de unas determinadas características» (ibid., 57). En esta cuestión se muestra lo adecuado de la denominación de «normativista» que Jakobs y sus seguidores dan a su teoría, y es fácil pensar en que un normativismo de corte kelseniano realizaría idénticas críticas a cualquier intento de condicionar la validez de las normas penales a criterios materiales extrajurídicos.

teamiento funcional, y más del sistémico, y ahí es donde se produce el choque con las justificaciones de que habitualmente se vale el sistema para autolegitimarse ocultando su razón de ser y de existir bajo el ropaje de la ideología. El verdadero juego del sistema jurídico-penal no transcurre a modo de diálogo entre conciencias autónomas e ilustradas ni como interrelación de hechos desnudos que, todo lo más, son valorados por esa autónoma conciencia. Donde la infracción de la norma y la pena se sitúan es «en la esfera del significado» (Jakobs 1997a, 13). El comportamiento delictivo y la pena no cuentan por lo que son en sí (producto de una psique, hechos resultantes de encadenamientos causales, expresión de sistemas de valores morales, etc.) sino por lo que representan o significan para el sistema.

Tal planteamiento obliga a reformular los conceptos de partida del derecho penal. Así, las normas penales no son imperativos dirigidos a una voluntad, sino previsión de una reacción simbólica [17] frente a otra expresión simbólica; son «estructuras simbólicas generalizadas» (Lesch 1995 85). Más claramente, las normas ponen de relieve que una expectativa de comportamiento está fundada, es sostenible, y la sanción que prevén es estipulación de una respuesta que refuerza dicha expectativa y la muestra como válida cuando es defraudada en un caso. Por tanto, el objetivo último de las normas es respaldar la confianza en que los sujetos actuarán de determinado modo, con un cierto «sentido», y la razón de ser de la sanción que las normas recogen es reafirmar esa confianza [18]. En consecuencia, «*misión de la pena es*

[17] «El deber-ser de la norma de que se trata en derecho penal no es un imperativo, sino un *símbolo* para la expectativa de *vigencia* contrafáctica de la norma. Contrariedad a ésta no significa pues la realización corporal (o la no-realización) de un comportamiento que representa lo contrario al *contenido* fijado por el deber-ser de una norma de determinación (preventivo-directora del comportamiento). Así por ejemplo, la contrariedad a la norma no se determina a través del contenido descriptivo «tú no debes golpear a nadie mortalmente», esto es, no mediante la realización corporal de uno de los comportamientos valorados por tal norma como no-deber-ser, en definitiva, no a través de la ejecución de un homicidio final. La *contrariedad normativa* genuinamente *jurídico-penal* no se refiere a aquel contenido de la norma localizado en el campo de la *defensa frente a peligros* (esto es, en el ámbito del *derecho de policía*), sino que sólo se refiere a la *vigencia* de la norma, y muestra con ello la negación de su obligatoriedad para la situación de hecho. Nuevamente mediante el ejemplo anteriormente presentado: «cuando él mata, afirma como universal, que es permitido matar». Esta contrariedad normativa genuinamente jurídico-penal no se constituye mediante las disposiciones individuales-psíquicas del autor, sino a través de la comunicación y de la imputación» (Lesch 1995, 48).

El mismo Lesch expone que «el símbolo del *deber* (*Sollen*) expresa en primer lugar la *expectativa de validez contrafáctica*, sin someter a discusión esa cualidad de expectativa» (Lesch 1999a, 188). Y agrega que «las normas de las que trata el derecho penal están estructuradas como *expectativas contrafácticamente estructuradas*; no prometen un comportamiento adecuado a la norma, pero protegen a aquel que lo espera. Esta protección se basa en la *generalización social* de las expectativas. Precisamente a través de la generalización de normas se facilita la concreta aceptación del comportamiento social plural, en cuanto que de antemano está establecido qué se puede esperar» (Lesch 1999a, 188-189).

[18] «La pena tiene lugar para *ejercitar en la confianza hacia la norma*» (Jakobs 1997a, 18).

el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma» (Jakobs 1997a, 14).

Pero si la norma es ante todo reacción significativa frente a un hecho que se cataloga como delito, el hecho mismo cuenta también por su significado y sólo por eso. El hecho, en lo que al derecho penal importa, no es un puro dato empírico, sino una afirmación, un acto de comunicación: es «afirmación que contradice la norma» (Jakobs 1996a, 11). El delito «no se ha de entender como un acontecer causal en el mundo exterior, es decir, un suceso de la naturaleza que se pueda establecer en abstracto y de modo desligado de su autor, sino como *comunicación*, es decir, como *expresión de sentido* de una persona formalmente racional» (Lesch 1999a, 211). Por tanto, la oposición que delito y norma manifiestan no es la oposición entre dos cursos de acción contrapuestos, la de dos eventos materialmente contrarios o moralmente contradictorios, sino, entre dos significados distintos, entre dos comunicaciones que expresan lo contrario: el delito, que la pauta de comportamiento es una –la del delincuente–, y la pena, que dicha pauta es otra –la general–. Oigamos cómo lo explica Jakobs: «*Esta contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma*. Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación. La determinación exacta de cuándo concurre una contradicción a la norma es el problema de la teoría de la imputación, en especial de la imputación en calidad de comportamiento típico y antijurídico» (Jakobs 1997a, 13). Y aún con mayor claridad queda la índole de la relación entre delito y pena retratada por Lesch: «la pena es una réplica demostrativo-simbólica frente al significado demostrativo-simbólico del hecho punible. De este modo el injusto *penal* a neutralizar a través de la pena consiste en un esbozo individual del mundo realizado por el autor (...) concerniente a la validez de las normas, es decir, en un comportamiento mediante el cual el autor pone de manifiesto que la norma, para la situación del hecho, no marca la pauta. Pero las normas, como estructuras simbólicas generalizadas, no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación» (Lesch 1995, 85).

Por consiguiente, la relación entre delito y pena se da en un plano simbólico, comunicativo, ambos tienen su razón de ser no en lo que son en sí, sino en lo que expresan para el sistema social [19]. Delito y pena son manifes-

[19] Insiste una y otra vez Jakobs en que la pena no debe considerarse meramente como un suceso exterior, «sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: se le priva de medios de organi-

tación de dos actitudes frente a las referencias sociales compartidas, frente a las pautas de la interacción. El delincuente expresa con su conducta que se guía por patrones diversos de los comunes, con lo que su modo de actuar no puede ser generalmente previsible y defrauda expectativas; el delincuente se comunica con sus semejantes en un registro diverso al de éstos, «va por libre». Y la pena expresa que los sujetos pueden seguir confiando en el registro establecido y común y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas deliberadamente. Pero hay que insistir nuevamente: no se trata de que con la pena se le reproche al delincuente su modo de ser o de actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla. El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de los ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro. Por eso tiene sentido que Jakobs afirme que la pena funciona «a costa» del delincuente, en lugar de decir que opera en su contra o como reproche o desvaloración del mismo. El delincuente no importa como individuo, sino que importa sólo lo que su conducta simboliza por relación a la vigencia de la norma (a la fiabilidad de la expectativa, por tanto), en perfecto paralelismo con lo que importa del que cumple la norma: que su conducta manifiesta, simboliza, que la norma funciona y que la correspondiente expectativa es fiable. Tanto el que delinque como el que cumple la norma se comunican con el todo social mediante sus actos, si bien con «sentido» distinto.

Nos falta todavía un dato crucial para la especificidad del derecho penal con arreglo a esta doctrina. Hemos visto que el derecho penal opera en clave de comunicación, opera con estructuras de sentido que sirven, al tiempo, para reforzar un sentido que es el sentido social que permite la formación de expectativas de conducta. Pero, como ya hemos visto, esto es común a todo el derecho. Lo particular del derecho penal es que protege aquellas comunicaciones, aquellas conformaciones de sentido que son básicas para el mantenimiento de la constitución social, que determinan la identidad concreta de una sociedad. El sistema jurídico-penal es aquella parte del sistema jurídico que funciona como salvaguarda última del propio sistema jurídico y, por extensión, de las expectativas sociales a que éste sirve. Es la relevancia de las estructuras de sentido lo que determina qué ha de ser objeto de la protección penal. En palabras de Jakobs, «jurídico-penalmente sólo se ga-

---

zación. *Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor*, es la pena» (Jakobs 1997a, 13).

rantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica» (Jakobs 1997a, 12). Y más: «la prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad» (Jakobs 1996a, 11).

Si expresamos todo lo anterior diciendo que, por tanto, el derecho penal tiene como misión el mantenimiento del orden social, se nos puede aparecer de nuevo el fantasma del conservadurismo como fácil imputación a esta doctrina. No vamos a repetir aquí las anteriores consideraciones sobre la diferencia entre una teoría que trata de describir cómo funcionan las cosas y una doctrina que nos dice cómo debería ser el mundo para que resultara maravilloso. Pero sí conviene puntualizar que con todo lo anterior no se pretende legitimar ningún orden jurídico-penal concreto, sino explicar cómo funciona cualquiera de ellos, especialmente en una sociedad moderna y en un mundo desmitificado, o, como diría Luhmann, en una sociedad en la que se ha producido la diferenciación de los distintos subsistemas sociales para la reducción de complejidad. Por eso hay que diferenciar entre el orden social como valor prácticamente sinónimo de la existencia de sociedad, de cualquier sociedad, y el valor de un orden social determinado desde parámetros morales, políticos, religiosos, etc. El sistema jurídico-penal, cualquier sistema jurídico-penal, sirve a lo primero, pero si nos preguntamos por las condiciones del sistema jurídico-penal legítimo, es decir, valorativamente aceptable con arreglo un sistema material de valores que consideremos preferible, entramos ya en un discurso distinto del que hasta aquí venimos reflejando. Eso es harina de otro costal. Lo que ocurre es que los autores que analizamos no siempre son suficientemente claros y contundentes al diferenciar estos extremos. Tal vez lo que lo que hemos dicho es lo que quiere expresar Jakobs cuando afirma que «la pena sólo puede legitimarse mediante el valor del orden en favor de cuyo mantenimiento se pune» (Jakobs 1997a, 21); o Lesch, al aclarar (?) que «lo que aquí se ha desarrollado siguiendo a Hegel [20] es un Derecho penal *cívico o civil* de la culpabilidad. Pero puede que las circunstancias sean de tal modo que el referido Derecho penal cívico de la culpabilidad se encuentre en situaciones límite en las que la función de seguridad del Estado ocupe un primer plano. El Derecho penal funciona en el sentido hegeliano descrito sólo en una sociedad que en líneas generales se encuentra intacta, con un orden relativamente estable. Así,

[20] Más adelante haré alguna consideración sobre cuál puede ser la razón de que, pese a partir de un entramado conceptual en buena medida luhmanniano, estos autores mencionen y se apoyen mucho más en Hegel.

puede que el desmoronamiento de la sociedad civil (cívica) no mantenga el Derecho penal cívico» (Lesch 1999b, 51-52).

Luhmann diría que el dotar de contenido concreto a las normas penales, el construir esa red de normas básicas que estructuran la sociedad, no es el cometido que funcionalmente identifica al sistema jurídico, sino labor de otros (sub)sistemas, y paradigmáticamente el político. Por eso la discusión al respecto es política y no jurídica o jurídico-penal. El sistema jurídico trabaja con lo que le llega de otro sitio, aplicando su código binario, jurídico/antijurídico, a unas normas (programas) que se rellenan de contenido en otra sede sistémica. Algo de esto parece que recoge Vehling, otro discípulo de Jakobs, cuando frente a la manida acusación de conservadurismo y filototalitarismo responde que «desde el punto de vista de una comprensión del derecho no ingenuamente naturalista y positivista no es cometido del científico jurídico-penal el ponderar utilidades colectivas frente a libertades individuales. Esta es tarea del órgano legislativo democráticamente legitimado. El material que el dogmático penal ha de tratar se limita a una serie de preceptos positivamente condensados en el código penal como resultado de un proceso, generalmente largo, de discusión político criminal. Es el legislador el que determina qué sea lo necesario para la estabilización del orden social, pues él es el que valora cuáles de las normas constitutivas de lo social son las centrales» (Vehling 1991, 109).

Incurrirían en inconsecuencia estos autores si dejaran que en sus planteamientos se colaran consideraciones discordantes con ese su enfoque expresamente neutro y descriptivo, que quiere simplemente mostrar estructuras y no postular valores. Y creo que superan con éxito esa prueba, si bien encontramos de vez en cuando en sus obras afirmaciones que reflejan tomas de partido en pro de ciertos presupuestos valorativos condicionantes del sistema penal que se quiera legítimo[21]. Ahora bien, estas afirmaciones se pueden salvar desde el momento en que los autores no se limitan (más bien al contrario) a hacer una descripción en clave funcional o sistémica del sistema jurídico-penal, sino que hacen, sobre todo, dogmática del sistema jurídico-penal alemán actual y, desde ahí, es explicable que jueguen con los concretos presupuestos normativos de tal sistema, que son presupuestos ma-

[21] Algunos ejemplos. Dice Jakobs que «en un Estado de libertades le debe estar permitido al ciudadano también tener opiniones críticas sobre las leyes penales con tal que las observe; por eso, los delitos tipificados para proteger determinado clima son señal de déficit de libertades» (Jakobs 1997a, 60). O que «las intervenciones de la gravedad de las sanciones penales requieren en una Democracia la legitimación democrática más directa posible» (Jakobs 1997a, 80). O que el derecho consuetudinario no puede fundar la punibilidad, pues «el Derecho consuetudinario no lo ha creado una instancia legitimada lo más directamente posible de modo democrático» (Jakobs 1997a, 89). O, por último, que «culpabilidad material presupone normas legítimas» (Jakobs 1997b, 386).

teriales que tienen que ver con una determinada concepción de la sociedad, cristalizada en principios constitucionales y derechos fundamentales [22]. Incurrirían en incoherencia teórica solamente si confundieran la descripción de un concreto sistema jurídico-penal de libertades con la postulación de esas libertades como condicionantes de toda descripción posible de lo penal. Su problema, como luego veremos, no está tanto ahí como en que para practicar esa dogmática tienen que negar en obra buena parte de lo que presupone su teoría sistémica de partida y tienen que dar el trato de real a lo que desde el punto de vista de la teoría de sistemas no serían sino ficciones instrumentales de los sistemas jurídico-penales actuales, como es, ante todo, la categoría del sujeto.

Aporías de una dogmática penal sistémica

Hasta aquí he intentado presentar las bases generales del pensamiento jurídico-penal de Jakobs y su escuela. Tales bases se construyen con elementos perfectamente identificables con la teoría de sistemas de Luhmann, si bien hay que decir que dicha teoría se recoge de modo muy fragmentario y sin apenas mención al último Luhmann, el Luhmann de la autopoiesis [23]. Pero que no esté todo lo de Luhmann que podría estar para dar pleno sentido a la exposición de estos autores, no quita para que ésta sólo pueda comprenderse cabalmente desde sus presupuestos luhmannianos. Por mucho que, cada vez más, se remitan a Hegel y los juristas hegelianos como los primeros que dieron del derecho penal una explicación como la que ahora quiere recuperar, creo que se trata o bien de una lectura luhmanniana de Hegel, y como tal extemporánea, o bien, y sobre todo, de una vía para evitar, mediante la remisión a un pensamiento jurídico-penal anterior y clásico, por mucho que caído en un cierto olvido, las consecuencias radicales que para la dogmática penal o para el modo de cultivarla tendría la plena y congruente asunción de los presupuestos sistémicos.

Trataré de mostrar que una aplicación consecuente de los postulados luhmannianos de partida tendría que llevar a Jakobs y sus seguidores a hablar el lenguaje de la dogmática con plena y explícita conciencia de que tal lenguaje no describe ni se basa en un mundo «real» de hechos y datos sino que contribuye a conformar una ficción que sólo tiene de realidad lo que corresponde a la operatividad efectiva de un sistema, el jurídico-penal, que construye sus conceptos y categorías no para reflejar el mundo de los suje-

[22] Muy acertadamente al respecto, Peñaranda/Suárez/Cancio 1999, 34ss.

[23] Hay que mencionar que Jakobs expresamente reconoce que parte de Luhmann, pero sin ser «en absoluto» consecuente con su teoría ni serlo siquiera en todas las cuestiones fundamentales (Jakobs 1996a, 10).

tos y los acontecimientos tal como son, sino tal como deben suponerse para que el sistema funcione y cumpla con su labor de reducción de complejidad. Es decir, el teórico de sistemas que cultive al tiempo la dogmática penal tendría que hacerlo sabiendo y dejando claro que al pasar de uno a otro registro cambia de mundo porque habla desde sistemas distintos, de modo que lo que desde uno de ellos dice tiene un sentido completamente diferente desde el otro. Y en la medida en que la teoría de sistemas explicaría las claves del funcionamiento del particular sistema que es el jurídico-penal, estaría mostrando también que lo que desde éste y su dogmática (que en términos luhmannianos sería parte de la autodescripción del propio sistema como forma de constituir su sentido particular) se dice no es sino parte de la ficción operativa mediante la que se constituye. Expresándolo a propósito del asunto que tomaremos como ejemplo, podemos decir que desde la teoría de sistemas el sujeto individual, en tanto que sujeto de la acción social, no existe como tal ni posee atributos constantes al margen de como lo constituya, de como lo vea, el respectivo sistema (jurídico, moral, religioso, científico, económico, etc.). Pero el dogmático penal tiene que hablar de la acción libre, la imputabilidad, la culpabilidad, etc. haciendo como si no hablara de una invención del propio sistema para cumplir su cometido, sino de un dato que se muestra en su ser al propio sistema. Y veremos cómo nuestros autores oscilan entre esos dos polos sin pauta clara y creando, por tanto, confusión tanto desde el punto de vista de la teoría del sistema como del de la teoría penal. Es el resultado de ser radicales en las premisas pero no querer serlo en las consecuencias.

Pero antes de entrar en este asunto convendrá que mostremos, aunque sea muy superficialmente, de qué modo se plantea en Luhmann la cuestión del sujeto [24].

No es que en Luhmann los sujetos desaparezcan para dejar su lugar al autodespliegue de los sistemas. En realidad, cada sistema será el sujeto de sí mismo y para sí mismo. Lo que se esfuma es la idea del sujeto individual como centro de todo sistema. Cada individuo es sujeto para sí mismo, para el sistema autorreferencial particular y propio en que consiste su conciencia. Pero no hay ningún sistema de sujetos. Tampoco hay un sujeto (en cuanto conciencia individual o colectiva) de los sistemas sociales.

La sociedad y sus subsistemas, según Luhmann, no se componen de individuos, sino de comunicaciones. La define como «un sistema de comuni-

[24] Para ello, en lo que sigue, reproduciré algunas páginas de un ya viejo trabajo mío: J.A. García Amado, «La société et le droit chez Niklas Luhmann», en *Niklas Luhmann observateur du droit*, París, LGDJ, pp. 101-145. Las páginas que recogemos son las 154ss. de la versión española, contenida en el libro: J.A. García Amado, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

caciones que integra selectivamente el potencial físico, químico, orgánico y psíquico de la humanidad, y en la conducción de esa selectividad encuentra su propia realidad y su autonomía como sistema» [25]. Como ejemplo, de cómo no todo lo perteneciente al individuo como entidad biológica o psicológica pertenece por ello al sistema social, menciona Luhmann el siguiente: «la presencia de arsénico en la sangre o un estado de excitación psicológica no son eventos sociales; sólo devienen tales cuando se transforman en comunicaciones, siempre que y en la medida en que el sistema societario lo consienta. Si éste no predispone los medios para que tales hechos vengan comunicados y recibidos, éstos no pasan de ser puros eventos biológicos sin ninguna resonancia sobre la sociedad» [26].

Lo anterior no significa que la sociedad pudiera existir si no existieran individuos, en su doble dimensión, biológica y psicológica. Éstos son un presupuesto necesario. Lo único que ocurre es que no forman parte, como tales, de la autorreferencialidad del sistema. Los individuos no forman parte de los sistemas sociales, sino de su medio, de su *Umwelt*. Ningún individuo pertenece por completo, como identidad total, a un sistema [27]. Cada sistema funcional abarca bajo su perspectiva a todos los individuos, pero no en su integridad, sino sólo en la dimensión de su existencia que importa para cada sistema. Puntualiza Luhmann que esto no significa restarle importancia a los hombres para la sociedad. Para que puedan existir la sociedad y sus subsistemas la existencia del medio respectivo es tan importante como la de los propios elementos del sistema [28]. Los sistemas no existen en el vacío.

La noción de sujeto individual que subyace a las anteriores apreciaciones es la del sujeto como conciencia individual pensante, que arranca de Descartes y se erige en distintivo de la edad moderna. Es de este sujeto del que niega Luhmann su pertenencia a los sistemas sociales. Es más, semejante concepción moderna del sujeto tendría su razón de ser en el proceso de decantación de los (sub)sistemas sociales como sistemas funcionales, sería uno de sus presupuestos. Antes, cada sujeto formaba parte de un sistema social único, segmentado primero, estratificado después, del que recibía su identidad como consecuencia de su posición en él. La identidad individual de la persona coincidía con su identidad social. Esto desaparece con los modernos sistemas funcionales [29]. En una sociedad que se estructura sobre la base de las relaciones entre sistemas, y no de las relaciones entre individuos,

[25] Luhmann 1978, 31.

[26] Luhmann 1985b, 30.

[27] Cfr. Luhmann 1983d, 36.

[28] Cfr. Luhmann 1984, 288-289.

[29] Para la historia de esta noción moderna de sujeto véase Luhmann, 1981c, 235-244.

cada persona ha de poseer acceso a todos los sistemas sociales y no a uno solo de ellos, «ya no puede seguir siendo radicada permanentemente en un subsistema de la sociedad y sólo en uno» [30]. La misma persona, cada persona, funcionará como sujeto de derechos, consumidor, partícipe en política, fiel de una religión, etc.

Cada persona encierra un sistema psíquico como sistema autopoiético diferente de los sistemas sociales. Sus elementos no son comunicaciones, sino conciencia (*Bewusstsein*). El sistema psíquico no persigue nada que no posea la forma de conciencia. Los sistemas sociales en cuanto tales, y sus elementos, le son ajenos, son su medio. Esa circularidad operativa de la conciencia es lo que constituye, según Luhmann, la individualidad [31].

¿Hay que interpretar todo esto como una desconexión total y una ausencia completa de influencias entre los sistemas psíquicos y los sistemas sociales? La respuesta de Luhmann es negativa. Siempre una modificación en el medio implica alguna reacción en el sistema, y ya hemos visto que sistemas psíquicos y sociales son recíprocamente medio. Para explicar sus relaciones desarrolla Luhmann el concepto de interpenetración. Ésta se da entre aquellos sistemas que recíprocamente se perciben como complejidad irreductible pero se toman como dato para su respectiva estructuración interna, y constituyen así su propia complejidad, manteniéndose constante esa relación de recíproca dependencia como condición de la propia autonomía [32].

Ahora bien, si esa forma de contacto es posible será porque concurre algún elemento de enlace entre la autorreferencialidad de semejantes sistemas. Ese elemento de mediación es el sentido. Sólo a través del sentido puede el sistema servirse de los individuos como vehículo y centro de imputación de acciones y expectativas. Y ello se logra por el cauce del lenguaje, que «traduce complejidad social en complejidad psíquica» [33].

Con todo esto queda aún sin aclarar por qué los conceptos de persona o personalidad parecen mostrarse como datos con relevancia social inmediata, como si se tratara de realidades en sí que limitaran los márgenes de actuación de los sistemas. Piénsese, por ejemplo, en el especial papel que en el sistema jurídico se otorga a los llamados derechos de la personalidad.

Lo primero que Luhmann muestra al respecto es que con tales conceptos no se alude a una percepción real por los sistemas de la autopoiesis de las conciencias, sino a constructos de los propios sistemas, como recurso para orientar sus procesos selectivos. Los sistemas se estructuran sobre la

---

[30] Luhmann 1985a, 16.

[31] Cfr. Luhmann 1984, 346ss y 354ss.

[32] Cfr. Luhmann 1981d, 155ss; 1981c, 275ss; 1984, 289ss.

[33] Luhmann 1984, 368.

base de expectativas que tienen como referencia al individuo. Pero éste existe para el sistema no como tal, como sistema orgánico y psicológico, sino únicamente como centro de identificación de un haz de expectativas. Por eso dice Luhmann que «personas» para el sistema significa *collages* de expectativas en el sistema funcional, como punto de referencia para ulteriores selecciones [34].

Se ha de explicar también por qué los individuos asumen como propia esa su personalidad, que ya no será tanto exigencia de autorrealización, cuanto necesidad sentida desde un sistema que busca sede fiable para las expectativas que genera. Si la identidad del sujeto individual se constituye, como la de todo sistema, como diferencia frente a un medio, pero el medio es plural y sus claves fluctuantes, las constantes identificadoras se buscarán en la consistencia de la acción individual, en la localización de criterios autoidentificadores del propio comportamiento. Y esto es la personalidad. Las posibilidades de comportamiento son en cada ocasión prácticamente ilimitadas, pero el individuo elegirá aquellas que no desdigan de sus conductas anteriores, que permitan su autopresentación coherente, como identidad y no como contingencia. Con ello está en realidad el individuo renunciando a su libertad, está restringiendo los márgenes de sus comportamientos posibles, máxime por cuanto que los roles posibles a asumir por el individuo y las reglas de interrelación entre ellos están socialmente prefijados [35].

Ya hemos indicado que es prioritariamente un interés social el que se liga a la existencia de «personalidades» como sedes de comportamientos previsibles e imputación de expectativas fiables, por lo que es el propio sistema social el que asume la protección de ese ámbito del que precisa. Así se explicaría la salvaguarda de las libertades básicas del individuo en el seno de ese mecanismo general de protección de la autonomía de los sistemas personales y sociales que serían los derechos humanos.

Veamos ahora hasta qué punto llegan Jakobs y sus seguidores a reflejar estos presupuestos de la teoría sistémica en lo que a la figura y el papel del sujeto se refiere.

Para Jakobs la imputación tiene lugar «a través de la responsabilidad por la propia motivación: si el autor hubiera sido motivado predominantemente por los elementos relevantes para evitar un comportamiento, se habría comportado de otro modo; así pues, el comportamiento ejecutado pone de manifiesto que al autor en ese momento no le importaba la evitación predominantemente» (Jakobs 1997a, 13). Menciona el ejemplo de quien conduce sabiendo que está bebido y sin tener en cuenta las consecuencias perjudi-

[34] Luhmann 1984, 178.

[35] Cfr. Luhmann 1974, 100; 1981a, 333ss; 1965, 53ss.

ciales que su conducta puede tener para otros, con lo que pone de manifiesto que no es la norma penal que prohíbe tal hacer lo que guía su actuar. *«Esta contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma»*, dice Jakobs (Jakobs 1997a, 13). Sólo con esto comienza ya a mostrarse el dilema en que nos movemos o, cuando menos, lo equívoco del lenguaje que se emplea. En efecto, desde el momento que esa contradicción a la norma en que el delito consiste no es, como ya sabemos, mera contradictoriedad entre dos cursos de acción opuestos o incompatibles, sino oposición entre dos sentidos de la conducta, entre dos pautas de actuación del sujeto (la suya personal y la que la norma expresa), nos hallamos, si seguimos al pie de la letra lo relatado por Jakobs, ante la impresión de que lo que el delito expresa es un sentido emanante de una conciencia individual y anclado en una «motivación» subjetiva, sentido que se opone al social manifestado en la norma. Mas entonces parece que estamos dando por cognoscible lo que la teoría sistémica afirma que el sistema no puede ver en su específica configuración: la conciencia del individuo.

Esa misma impresión se refuerza con muchas más afirmaciones de estos autores. Así, cuando al hablar de la culpabilidad dice Jakobs que «el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante –por eso es antijurídica–, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma. *Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad*» (Jakobs 1997a, 566). La pregunta aquí volvería a ser si esa responsabilidad es la contrapartida de postular y asumir una real conciencia autónoma, libre, o si, por el contrario, es el resultado de una imputación de esa libertad –y de esa su contrapartida– por el propio sistema jurídico-penal, en cuyo caso libertad y responsabilidad (y con ello la culpabilidad) serían construcciones de sistema mismo, con lo cual lo que se tiene por sujeto sería verdaderamente un puro objeto de tal sistema, una mera pieza de su mecánica funcional. Si es lo primero, se contradicen los presupuestos sistémicos de que se parte; si es lo segundo, el concepto de culpabilidad pierde su anclaje en ideas valorativas generales de la persona y de su libertad y se convierte en concepto puramente instrumental, con lo que la exigencia de culpabilidad se parece más a una instrumentalización de ciertos sujetos en aras del sistema que a una actitud de respeto a ciertos atributos propios del individuo[36].

[36] Véanse las críticas que respecto de esta posible instrumentalización plena del sujeto resume M. Pérez Manzano 1986, 170ss. En particular, es muy atendible el argumento de que si

Algo semejante podríamos pensar a propósito de la idea de que la base de la culpabilidad es un «defecto volitivo» (Jakobs 1997b, 367). ¿Se habla del querer real de un sujeto, de un contenido verdadero y cierto de su conciencia? La cosa no se aclara demasiado con párrafos como el siguiente, por mucho que parezcan decirnos que al juicio de culpabilidad no le importa lo que el autor realmente quiso, sino lo que debió querer, pues también esto presupone una conciencia con posibilidades de elegir, y la capacidad del sistema para evaluar ese juego real de la conciencia: «La imputación culpabilista es la imputación de un defecto volitivo (...) Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que deba ubicarse allí, y esto ocurre siempre que el autor hubiese evitado de haber concurrido una motivación dominante de evitar infracciones del derecho. Por consiguiente, «defecto volitivo» siempre debe entenderse como «déficit de voluntad», y concretamente como déficit de motivación fiel al Derecho. Incluso en el caso de un hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación» (Jakobs 1997b, 383-384). Otras veces la expresión que nos desconcierta es «buena voluntad»: «Esta estabilización de expectativas se encuentra circunscrita a ámbitos en los que la causación de una defraudación es evitable poniendo buena voluntad, y tiene que hallarse circunscrita a dichos ámbitos porque si la estabilización desborda la buena voluntad dejaría de tolerarse. Esta es la razón por la que la imputación se reconduce a los procesos motivacionales, bien sean reales o normativamente construidos» (Jakobs 1997b, 91). Hábil salida por la vía de la indefinición, porque precisamente las consecuencias teóricas son diametralmente diversas según que estemos hablando de unos procesos motivacionales que son reales o que son normativamente construidos.

Planteemos en otros términos el interrogante que nos ocupa: dado que tanto pena como delito son comunicaciones, ¿se comunica el sistema penal a través de la pena con los individuos en tanto que sujetos reales libres, autónomos y dueños de sus actos, o, por el contrario, mediante pena y delito se comunica el sistema consigo mismo, como parte de su autopoiesis, de su

---

es el sistema mismo el que atribuye al sujeto todas las condiciones que van a ser relevantes para considerarlo imputable, hay que afinar mucho al señalar qué razones puede tener el sistema para no penar, por inimputables, a los locos o menores, o para considerar exonerar de castigo en los casos de inexigibilidad, dado que esas razones nunca podrían ya relacionarse con datos de merecimiento subjetivo individual (vid. ibid., pp. 172-173). Sobre ese riesgo de que los planteamientos de Jakobs puedan justificar una «imputación desmedrada», véase también Schünemann 1996, 46.

permanente autoconstitución, utilizando al sujeto únicamente como vehículo de una parte de esa comunicación y, por tanto, construyéndolo según convenga al sistema? Sospecho que esto último es lo más luhmanniano, pero Jakobs y los suyos no llegan tan lejos, se quedan a medio camino; pues ir tan lejos supondría el efecto, disolvente para la dogmática, de afirmar que el derecho penal no toma en cuenta al ser humano de carne y hueso (y conciencia), sino que sólo postula para él lo que le interesa para seguir cumpliendo su función de mecanismo ciego que no tiene más razón de ser que la de reducir complejidad.

Digo que estos autores se quedan en un terreno intermedio porque, pese a las abundantes referencias del tenor de las que acabamos de citar[37], muy numerosas son también las ocasiones en que parece que conceden que es el sistema mismo el que «imputa» a los sujetos las condiciones que hacen su comportamiento punible o no, con lo que no se castigaría penalmente al individuo que realmente delinque (con su imputabilidad, su culpabilidad, etc., en cuanto atributos de su específica individualidad que lo hacen por sí mismo acreedor del castigo), sino al sujeto que el sistema edifica como delincuente. Con otras palabras, al individuo no se le castigaría por ser como es, sino por ser visto como el sistema lo ve, puesto que, en buena lógica sistémica, el sistema no puede verlo como realmente es[38].

---

[37] Incluso Lesch, que parece más radical que Jakobs tanto en su impronta sistémica como en su tinte hegeliano, acaba haciendo mención de esa voluntad que parece que es y no es psicológica al mismo tiempo. Un ejemplo: «un concepto funcional de delito se dibuja esencialmente a través de tres momentos: la *imputabilidad* del autor, la expresión de una *especial voluntad*, y el *cuestionamiento jurídico-penal* de esa expresión. Con el momento de la imputabilidad se trata de la cuestión de si el autor posee la competencia para expresar un sentido jurídicopenalmente relevante. Este sentido jurídicopenalmente relevante es la especial voluntad del sujeto, cuya objetivación conforma el momento *material* del concepto de delito y que, por tanto, no designa un dato psíquico-subjetivo, en particular no designa el dolo (...), sino la ley individual del autor que en la situación del hecho reemplaza a la norma general» (Lesch 1999a, 212). Amén de en la oscuridad, se muestra Lesch hegeliano también en la capacidad para jugar con la dialéctica de los contrarios. En efecto, parece que esa voluntad de la que se habla no es un dato psicológico, pero ¿no es partir de un dato psicológico el afirmar que el sujeto se da a sí mismo su propia ley conociendo que ésta se opone a la ley general?

No olvidemos que Lesch dice también, como antes recogimos, que la norma penal no es un imperativo dirigido a la voluntad, sino una reacción simbólica a una expresión simbólica. ¿Significa todo esto que la ley que el individuo se da a sí mismo, y que simboliza un sentido opuesto al de la norma, no emana de su voluntad, sino que es puro símbolo sin sustrato consciente cognoscible?

[38] Posiblemente esto suene un tanto fuerte o excesivo. Sin embargo, y sin ánimo de defender el valor de la explicación sistémica del derecho penal, me atrevo a dar un ejemplo muy simple: en cuanto a capacidad para autogobernarse, para valorar sus acciones y las consecuencias de las mismas, y también el sentido de las normas, un individuo de quince años puede en muchos casos estar mejor dotado que uno de dieciocho. Pero para el sistema sólo el segundo puede ser «sujeto» penal.

Mostremos algunos testimonios de lo que parecería la recepción del enfoque sistémico del sujeto en nuestros autores.

El sistema jurídico-penal trata con personas. ¿Entienden por persona algo similar a lo que vimos en Luhmann? En muchas ocasiones parece que sí [39]. Comencemos con una larga cita de Jakobs, que presenta, además, avalada por una cita de Luhmann: «en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa. Ni siquiera es que frente a ella se formule la expectativa de que se autodetermine a favor del derecho en un sentido psicologizante –cómo el sujeto psicofísico asuma su rol es asunto suyo, en principio– sino que se le trata –en principio– como un sujeto que se autodefine como ciudadano. Mientras sea posible demostrar a través del tratamiento comunicativo de la asignación de culpabilidad la validez de esta definición, la comprensión social es que el delincuente es materialmente culpable, que su hecho es la expresión de una autocontradicción (aunque ésta no debe entenderse de manera psicologizante); y es que entonces es considerado como ciudadano de pleno derecho, y frente a la perspectiva desde la cual tiene lugar esa valoración no hay alternativa en el ámbito comunicativo. Dicho de otro modo: en un sistema de imputación en funcionamiento

[39] Y en esto, cuanto más próximos a Luhmann más infieles al Hegel que tanto invocan. Hay una confusión entre el carácter social de la «persona» en Luhmann y en Hegel. En Luhmann es el concepto mismo de persona el que es construido por y desde los sistemas sociales funcionalmente diferenciados, no desde una sociedad como todo estructurado en torno a ciertos valores, ideosincrasia, ideología, etc. En Hegel la persona es el sujeto individual poseedor de una determinada identidad cuyo contenido material, cuyas señas, le vienen dados por su inserción en una sociedad determinada. En Hegel la conciencia individual no es un algo incognoscible para el sistema (los sistemas) social(es), sino un dato real que se rellena con los valores sociales, comunitarios. Por tanto, la afirmación de que el derecho penal desempeña un papel social tiene un sentido muy distinto en Hegel y en Luhmann. En el primero quiere decir que se protege la identidad comunitaria, las señas materiales de identidad; en el segundo, que se salvaguarda la dinámica operativa de los sistemas funcionales. En el primero proteger las señas de identidad social es proteger la posibilidad del individuo de ser de una determinada manera, de la que es aquí y ahora; en el segundo, proteger la dinámica funcional de los sistemas es respaldar el modo en que éstos imputan identidades diversas y simultáneas (a un referente individual cuyo «ser en sí», cuya identidad real, no puede conocerse desde lo social y que sólo se ve en cuanto sujeto construido desde cada sistema y distinto para cada uno de ellos - por ejemplo, para la ciencia psicológica yo soy visto como individuo causalmente determinado por una serie de estímulos, vivencias y circunstancias; para el sistema jurídico-penal como sujeto imputable; para el sistema económico como consumidor; para el sistema moral como poseedor de una conciencia libre que hace mis acciones merecedores de reproche o alabanza; para el sistema político como elector, etc.). No es extraño, pues, que la recuperación de Hegel en la actual filosofía política la esté llevando a cabo el comunitarismo, ni que una rama del hegelianismo (o más de una) acabara desembocando en un pensamiento totalitario. Por la vía de fundamentar en Hegel el servicio del derecho penal al orden social sí que existe peligro de que cobren razón de ser las habituales acusaciones de conservadurismo que a estos autores se hacen. El luhmannismo consecuente conduce a un profundo escepticismo; no así Hegel respecto del valor material de lo comunitario.

queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación antes de la sociedad» (Jakobs 1997b, 387).

Y permítaseme que abuse de las citas en pro de la claridad: «Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo subjetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad» (Jakobs 1996a, 35). «La subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes» (Jakobs 1996a, 36). «Los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho como personas» (Jakobs 1996a, 37).

Por tanto, lo que el sistema jurídico-penal ve de cada individuo es sólo lo que le imputa de sujeto general, no lo que en verdad lo identifica como ser único, su conciencia. Dicho de otra forma, la parte de conciencia individual con que el sistema trabaja es conciencia «social», entendimiento «social» de la conciencia o, con más precisión, entendimiento de la conciencia desde el particular sistema social que es el derecho, con los perfiles que, además, especifican al sistema (social) jurídico-penal. Desde ahí, mucho mejor que desde forzadas reconstrucciones en clave hegeliana, se aprecia el sentido de la insistencia de Jakobs en que la imputación del delito al delincuente significa tratarlo como un igual [40]. Esto no es un homenaje a una igual dignidad constitutiva, ni nada por el estilo, sino la igualación de lo desigual a efectos funcionales y por obra del propio sistema funcional. Si el derecho tuviera que adaptar sus respuestas a la diversidad real de los individuos, decaería su función de respaldo de expectativas compartidas [41]; por

[40] Vid. Jakobs 1997b, 385.

[41] «Todo aquel que niegue su racionalidad de forma demasiado evidente o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho» (Jakobs 1996a, 50). «La pluralidad extrema diluye con lo que tenemos en común también la igualdad personal, quedando en el territorio perdido el intento de un entendimiento mutuo instrumental, convirtiéndonos entonces recíprocamente en elementos de la naturaleza, o, en la nomenclatura de Rousseau, en salvajes» (Jakobs 1996a 50-1). Siempre la proximidad a Luhmann y siempre el matiz que le resta coherencia: no es que nos convirtamos en «salvajes» cuando no nos entendemos. Puesto que sólo nos entendemos a través del sistema social, a través de las comunicaciones de las que el sistema se compone, es el sistema el que nos imputa la condición de «salvajes» (o de locos; o de inimputables) cuando no puede realizar sus comunicaciones a través de nosotros. Y poco más adelante un nuevo guiño a Luhmann, con cita expresa: «Desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas» (Jakobs 1996a, 59).

eso tiene que igualarlos y funcionar con sólo dos categorías: los que son «personas» con arreglo al sistema, sujetos, y que, por tanto, se configuran a efectos de lo que importa como iguales, y los que no lo son y respecto de los cuales renuncia a pronunciarse el sistema en sus términos propios, esto es, calificando su comportamiento como penalmente «antijurídico»/penalmente «jurídico».

El asumir que el sistema no opera con el conocimiento real de la psicología del individuo lleva a concebir de determinada manera, constituyéndolo e igualándolo abstractamente, no sólo al delincuente, sino también al que acata la norma. Creo que así es como se puede interpretar la afirmación de Lesch de que la función que la norma tiene como refuerzo de expectativas no hace referencia a efectos empíricamente contrastables en la psicología de cada individuo, sino que al actuar sin contravención de la norma se le asigna por el sistema el significado de que el sentido de la norma se asume como modelo de orientación [42]. El porqué de cada uno que no vulnere la norma al derecho penal le trae sin cuidado.

Estamos, a partir de todo esto, en terreno perfectamente abonado para desvincular el concepto de culpabilidad de la cuestión del libre albedrío. La determinación de la culpabilidad se da «con independencia de suposiciones sobre si el autor, en el momento del hecho, está dotado de libre albedrío. También un determinista puede estar de acuerdo en que para la distribución de responsabilidad no hay alternativa, si es que se quiere mantener el orden» (Jakobs 1997a 584-5). La afirmación del libre albedrío como base de la culpabilidad sólo es necesaria cuando con la culpabilidad se liga no, o no sólo, un efecto social, «sino también una desvaloración del indidividuo («reprochabilidad»). Pero si nos limitamos al aseguramiento del orden social, en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente, y no sólo desde una determinación normativa, una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado» (Jakobs 1997a, 585). «El ámbito en el que se puede ser culpable es, pues al mismo tiempo, un ámbito libre, de autodeterminación, pero ésta no en el sentido de libre albedrío, sino en el de falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de orga-

[42] «Todos deben persistir en sus expectativas; pueden confiar en la vigencia de la norma (...) Esto no debe ser entendido como si la finalidad del Derecho penal fuese un «ejercicio en la confianza normativa» en un sentido real-psicológico, demostrable empíricamente (...) Por el contrario, se trata tan sólo de mostrar que en el futuro también uno *puede continuar* orientándose según la norma; que uno se encuentra *en consonancia con el Derecho* cuando confía en la vigencia de la norma» (Lesch 1999b, 49-50).

nización» (Jakobs 1997a, 586). O sea, y a fin de cuentas, que somos culpables porque el sistema nos trata como culpables, y lo hace así cuando no tiene alternativa [43]. Si, por ejemplo, a nuestro comportamiento se puede asignar el sentido de que estamos locos, en lugar del sentido de que somos voluntaria y libremente refractarios frente a la norma, en lugar de castigarnos penalmente se nos puede encerrar en un manicomio [44].

Todo lo anterior, como ya se está viendo, tiene repercusiones inevitables sobre conceptos cruciales de la dogmática penal. No puedo (ni sé) pararme aquí en todos ellos. Pero, por ejemplo, creo que resulta coherente con lo dicho el sostener que la imputación siempre es objetiva, que el hecho y el autor son dos caras de la misma moneda y que una teoría funcional tiene que tratar el injusto penal, la culpa y el delito como sinónimos [45]. Lesch acaba

---

[43] De todos modos, las dificultades expresivas de Jakobs, o su intento por no ser en exceso heterodoxo, conducen a menudo a la oscuridad: «La función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío; ni siquiera depende de que tenga sentido plantear esta cuestión. La culpabilidad es falta de fidelidad al Derecho manifestada. La culpabilidad formal presupone que el sujeto competente siquiera pueda ser representado como persona, esto es, como titular de derechos y destinatario de obligaciones. Hay culpabilidad material mientras no haya alternativas plausibles al orden concreto, por tanto, mientras no haya otra vía que la de presumir la autodefinición de los sujetos sometidos a la norma como miembros de *este* orden. Bien es cierto que la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la libertad de la voluntad, con el libre albedrío, sino con la libertad de autoadministrarse, esto es de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios. La culpabilidad sólo es posible en un orden en el que no todos los procesos son dirigidos de manera centralizada, esto es, que es administrado descentralizadamente» (Jakobs 1997b, 392). Pues si resulta que son cosas distintas el libre albedrío y la libertad de autoadministrarse, o de ser fiel o infiel a la norma jurídica, resulta que o somos capaces de establecer con claridad en qué consiste la diferencia o estamos afirmando lo que negamos, y viceversa. Sería más sencillo decir que el libre albedrío lo imputa y constituye el sistema penal mismo y lo entiende como conviene a su función. Al fin y al cabo, Jakobs no repara en afirmar que el sujeto libre «estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad» (Jakobs 1996a, 20).

[44] Pero la ciencia psicológica podría mostrar que, en algún sentido, todos estamos locos. Mas si el derecho aceptara esto desaparecería y dejaría de prestar su función. Por tanto, los locos, para el derecho, sólo pueden ser una minoría exigua, con lo que hay que extremar los criterios internos y propios de selección. Para el derecho penal, por tanto, todos somos en principio cuerdos, en la misma medida en que todos somos en principio libres, aunque tal vez sea una quimera el libre albedrío. El sujeto jurídico tiene que ser por definición «normal», o sea, «persona». Para el derecho no somos lo que somos, sino lo que le parecemos. Igual que para la psicología no somos sujetos jurídicos, sino entramados de impulsos, estímulos y complejos. No hay más sujeto normal que el que sea normal para cada (sub)sistema. Por citar otro ejemplo, para el sistema religioso somos también culpables antes de toda posible libertad, por obra del pecado original; o libres aun cuando estemos predestinados. Conviene no olvidar estos detalles comparativos, por si acaso nos parece muy «opresiva» o escandalosamente contradictoria la imagen del sistema jurídico que está resultando.

[45] «*Culpabilidad* es siempre culpabilidad del *hecho*, no *culpabilidad del autor*» (Lesch 1999a, 207). «Culpabilidad jurídico-penal, injusto penal y delito (acción penal) (*Straftat*) en un

sosteniendo, aun con la oscuridad acostumbrada, que la voluntad del sujeto respecto de la pauta normativa que la norma expresa le es atribuída (*zugeschrieben*), y que es la imputabilidad (*Unterstellbarkeit*) de una tal voluntad lo que convierte al autor en un sujeto con la competencia de contradecir la norma en cuestión, «pues sólo bajo esa presuposición se puede interpretar su comportamiento como comunicación de un sentido jurídico-penalmente relevante (...), como expresión de una voluntad que *materialmente* es sólo particular, pero que *formalmente* está unida a la pretensión incondicional de universalización», es decir, de convertirse en ley general distinta de la ley general que la norma expresa (Lesch 1999a, 213). Desde ahí quizá se puede entender mejor la tesis de que el delito es tal en cuanto cuestionamiento de la validez de la norma general. Nada más lejos posiblemente del pensamiento del delincuente, casi siempre, que entrar en disquisiciones sobre la validez de una norma. Sólo faltaba. Pero lo que aquí se viene a mantener es que así es como el sistema «interpreta» ciertas conductas y por eso reacciona frente a ellas. Añade Lesch que con la imputabilidad «se trata por tanto no de la *conceptual-real* libertad del sujeto, sino de la libertad *formal*, es decir, de su capacidad para reconocer la norma que viene al caso y para elevarla a máxima rectora de su conducta. Esta potencia no es real-psicológica ni ontológica, sino el producto de una *atribución* (*Zuschreibung*) jurídica, un dato enteramente *normativo*, dependiente del respectivo estado de la sociedad» (Lesch 1999a, 214).

Y, en suma, atacan continuamente el concepto psicológico de culpabilidad, argumentando que «el fallo de culpabilidad no se refiere a un individuo en su propio ser, sino a una persona social», y se explica por cuanto que «los sistemas sociales tienen determinadas condiciones de subsistencia a las que nadie se puede sustraer» (Jakobs 1997b, 388). El concepto de culpabilidad se funcionaliza y la culpabilidad no es reprochabilidad del individuo por ser como es, sino por actuar como actúa, sin motivarse positivamente en la norma [46]. Pero volvemos a las andadas: si esa motivación subjetiva es pu-

sistema jurídico-penal *funcional* sólo pueden ser reformulados adecuadamente como sinónimos» (ibid., 207). Hay que superar la separación tradicional entre injusto y culpabilidad como fundamento de la pena (ibid.). Se ha de rebasar la bipartición entre «Tat» y «Täter», entre un suceso por sí dañoso jurídicamente y negativamente valorable y el sujeto responsable del mismo (ibid.).

[46] En esta concepción de la culpabilidad, expone Lesch, «se trata exclusivamente de la negación del hecho, no de la desvaloración del autor, la culpabilidad es siempre, por tanto, culpabilidad del hecho, esto es, no una errónea conformación de la voluntad, no una errónea «conducción de los impulsos internos», no un equivocado proceso de motivación, no una posición o actitud del autor frente al derecho negativamente valorable (...), sino errónea (es decir, no la que debe ser) realización de la voluntad, la perturbación social misma, o sea, la contradicción de la norma, la particular voluntad, la ley individual del autor que en la situación sustituye a la expectativa irrealizada» (Lesch 1999a, 277).

ra atribución del sistema conforme a sus claves propias y al margen totalmente del dato psicológico real, estamos ante disquisiciones un tanto innecesarias y ante juegos de palabras, porque valdría igual decir que la reprochabilidad que la doctrina psicológica de la culpabilidad propugna es por igual un puro artificio del sistema (por la vía de la teoría con la que el mismo se autodescribe), pues sus defensores hablarían, superficialmente además y sin datos, de algo de lo que no saben, como es la psicología individual. Da igual que digamos que el delincuente es castigado porque con su acción antijurídica revela que tiene una deficiente motivación o porque no es todo lo bueno que debe o debería ser. Y si con aquella motivación aludimos a un dato que mínimamente tenga que ver con un componente real de la psicología del individuo, estamos reconociendo aquello que se venía negando, es decir, que no todo es atribución por el sistema de la cualidades subjetivas que le interesan, que hay reconocimiento de algún dato preexistente de conciencia; y entonces abrimos las vías al rival, a las teorías psicológicas de la culpabilidad. No podemos estar en la procesión sistémica y repicando con el individualismo ilustrado.

A modo de epílogo

He tratado de entresacar en la obra de Jakobs y su escuela los elementos de teoría de sistemas de tinte luhmanniano a que acuden para fundar su pretendida teoría funcional del derecho penal. No lo he hecho desde los habituales prejuicios que llevan a rechazar cualquier intento de ese calibre como reo de conservadurismo y cosas peores, pues no comparto tales interpretaciones pseudopolíticas de las tesis de Luhmann. No me parece rechazable, por consiguiente, el propósito que los mueve. Sin embargo, mi juicio no puede dejar de ser crítico, por dos razones que ya apunté al inicio. En primer lugar, porque puestos a ser luhmannianos no lo son suficientemente, suficientemente para lograr el objetivo de construir una teoría penal funcional coherente, completa y sin extrañas adherencias e impostaciones. «Sistémico», como marxista, no es fácil serlo a medias o sólo en lo que conviene o «epata». Traté de ilustrar esto reflejando los vaivenes del sujeto en esta doctrina. Podrían responder que no pretenden ser sistémicos, sino funcionalistas. Pero en ese caso deberían haber recurrido a las doctrinas funcionalistas, y no a la de Luhmann, que supera ampliamente el funcionalismo sin negarlo.

La segunda razón de mi crítica requiere en este momento una breve explicación. Lo que les reprocho es que no hayan tomado en consideración lo que Luhmann expone sobre la *función* de la teoría y la dogmática. Esto les hubiera evitado mezclar en sus escritos niveles u órdenes discursivos diversos y emplear un lenguaje equívoco. Como ya se ha mencionado, Luhman

explica que la teoría del derecho y la dogmática jurídica son parte del propio sistema jurídico, elementos mediante los que el sistema se autodescribe y marca sus límites de sentido [47]. La misma función cumple la teoría de la ciencia para el sistema de la ciencia, o la ética para el sistema de la moral, o la teología para el sistema religioso, etc. Por tanto, cuando se hace teoría o dogmática del derecho penal no cabe alejarse de los otros datos o elementos del sistema (sus normas, su código, su modo de operar, etc.) si no es a riesgo de que la doctrina en cuestión resulte totalmente incomprendida y rechazada, totalmente irrelevante, o de que, si se impone, contribuya a cambiar los perfiles mismos del sistema (o a disolverlo). En cambio, cuando se analiza con parámetros de teoría de sistemas el funcionamiento de la sociedad o de un sistema determinado dentro de ella, se trabaja en otras claves, no se fundamenta ni se critica ningún elemento del sistema en cuestión, sino que se describen estructuras y operaciones, se construyen modelos con propósito puramente descriptivo. En suma, se está en un «sistema» distinto. Por eso una misma «realidad» (la práctica jurídico-penal, por ejemplo) se ve de distintas maneras desde uno y otro lado, y se explica con distinto lenguaje, con diferentes conceptos. No son verdades que compitan o se complementen, son simplemente verdades distintas. Tan verdad es para la teoría de sistemas afirmar que el sujeto individual lo inventa cada sistema social, como para el sistema (la dogmática) penal sostener que el sujeto penal existe y es constitutivamente libre. En la medida en que tal se afirma, el sujeto penal es libre, o el sistema penal funciona como si lo fuera y ningún dogmático penal podrá negarlo por completo sin convertirse, para el sistema jurídico-penal (que no olvidemos que incluye su teoría establecida), en

[47] Para controlar su propia selectividad y sus límites frente al medio, el sistema autorreferencial ha de hacer uso de su propia identidad, ha de percibirse a sí mismo como sistema. Manejando su propia identidad constituye el sistema su diferencia frente al medio y mantiene su autonomía. Esta inclusión de la propia identidad como referencia central de las operaciones del sistema tiene dos dimensiones: autoobservación y autodescripción del sistema. En primer lugar, el sistema realiza sus operaciones observándose a sí mismo. Por ejemplo, el sistema jurídico clasifica actos como legales/ilegales a partir de la observación de lo que en el propio sistema jurídico se tiene por tales. Pero es preciso también que el sistema posea un dominio directo sobre sus propios límites, sobre su diferencia constitutiva frente al medio, y no sólo en el momento concreto de sus operaciones. Así es como el sistema lleva a cabo su autodescripción: se describe a sí mismo describiendo sus límites, con lo que contribuye a determinar estos límites, es decir, a determinarse a sí mismo. La descripción se convierte en parte de lo descrito. El sistema se hace reflexivo, por cuanto que el sistema que describe es parte del sistema descrito. Para esa autodescripción general los sistemas producen «artefactos semánticos» y teorías reflexivas. Éstas no se limitan a proporcionar una descripción externa de su objeto, sino que describiéndolo lo conforman al mismo tiempo. Son un momento de la autopoiesis del sistema. La teoría del derecho proporcionaría un ejemplo prototípico. Cuando la teoría del derecho habla por ejemplo de derecho subjetivo está usando uno de esos artefactos semánticos mediante los cuales el sistema se configura y se describe al mismo tiempo.

un teórico «inimputable». El teórico *de* cualquier sistema tiene que creer los postulados básicos sobre los que el sistema se constituye (el dogmático penal tiene que creer en una conciencia que puede ser culpable; el teórico general del derecho tiene que creer que hay algo llamado validez jurídica de las normas que permite diferenciarlas de otros fenómenos de lo real; el teólogo tiene que creer en dios; el teórico de la física tiene que creer que existe la materia, mal que le pese a Platón, etc.); y si no lo cree tiene al menos que disimular mientras quiera jugar al juego de esa teoría. La alternativa es la esquizofrenia teórica: negar y afirmar lo contrario al mismo tiempo y dentro de una misma disciplina. No me atrevería a imputar a Jakobs y su escuela ni esquizofrenia teórica ni disimulo. Más bien creo que su loable fe de dogmáticos penales les lleva a refrenar a tiempo sus afanes sistémicos. A tiempo para que sus colegas no se escandalicen en exceso y para que sus cátedras no pasen a serlo de sociología o de cosas peores, como la filosofía del derecho. Un escarceo con Luhmann y unos guiños a Hegel están muy bien. Pero nunca abandonarán completamente a von Listz, aunque ya no esté para muchos trotes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jakobs, G., 1996a. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, traducción de M.Cancio y B.Feijoo.

– 1996b. *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, traducción de J.Sánchez-Vera.

– 1997a. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Civitas, 2ª ed., traducción de J.Cuello Contreras y J.L. Serrano.

– 1997b. *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas, traducción de E.Peñaranda, C.J. Suárez y M.Cancio.

– 1999. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlín, Duncker & Humblot, 2ª ed.

Lesch, H.H., 1995. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, traducción de J. Sánchez-Vera.

– 1999a. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, etc., Carl Heymanns.

– 1999b, *La función de la pena*, Madrid, Dykinson, traducción de J. Sánchez-Vera.

Luhmann, N. 1965. *Grundrechte als Institution*, Berlín, Duncker & Humblot.

– 1974. *Soziologische Aufklärung 1*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 4ª ed.

– 1978. «Soziologie der Moral», N.Luhmann, S.P. Pfürtner (eds.), *Therietechnik und Moral*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1978.

– 1981a. *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt M., Suhrkamp.

– 1981b. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München/Wien, G.Olzog.
– 1981c. *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft 2*, Frankfurt M., Suhrkamp.
– 1981d. *Soziologische Aufklärung 3. Soziales System, Gesellscacht, Organisation*, Opladen Westdeutscher Verlag.
– 1983a. *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2ª ed.
– 1983b. «Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System», *Zeitschrift für Soziologie*, 13.
– 1983c. «Die Einheit des Rechtssystems», *Rechtstheorie*, 14.
– 1983d. *Politische Planung. Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*, Opladen, Wetsdeutscher Verlag, 3ª ed.
– 1984. *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt M., Suhrkamp
– 1985a. *El amor como pasión. La codificación de la intimidad*, Barcelona, Península.
– 1985b. «I problemi ecologici e la società moderna», *Mondoperario*, 6.
– 1995. *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, Westdeutscher Verlag.

Peñaranda, E./Suárez, C./Cancio M. 1999. Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C., Cancio Meliá, M., *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Pérez Manzano, M. 1986.*Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena,* Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

Schünemann, B.1996. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Vehling, K-H. 1991. *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt M., Suhkamp.

TEORÍA DE SISTEMAS, FUNCIONES DEL DERECHO Y CONTROL SOCIAL.
Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal

Evaristo Prieto Navarro
Universidad Autónoma de Madrid

1. Una introducción polémica

En los últimos tiempos, la dogmática penal y las teorías del control que desde ella se postulan han sufrido una drástica transformación. A las finalidades clásicas de control del comportamiento, que se cifraban en la intimidación de cara a las presumibles conductas infractoras (prevención general negativa) se añaden otros efectos sociales de carácter más exigente y de intención más profunda. Así, las llamadas teorías de la prevención general positiva o «prevención-integración» resaltan que la pena afirma la vigencia del Derecho como mecanismo regulador de las conductas y lo restablece en su calidad de tal ante las amenazas que el delito trae consigo e incluso, más allá, que la pena actuaría como mecanismo de conformación de la conciencia jurídica colectiva, dado que su aplicación restablece al cabo la confianza y la fidelidad del ciudadano a la norma jurídica[1].

La nueva comprensión que se gesta de las funciones del Derecho penal, y de los rendimientos potenciales que la pena alberga de cara a la prevención de conductas y la reparación de los daños que el delito trae consigo, no queda reducida a este ámbito jurídico. La reelaboración de las posibilidades de la pena y de la idea del control que a esta técnica social se adhieren sugiere asímismo una nueva asociación entre ciencia jurídica y ciencia social general, allende las formas en que tradicionalmente esta colaboración ha venido adoptando. Superado el primitivismo teórico que las dogmáticas penales tradicionales traicionaban, parece abrirse un nuevo espacio de encuentro con las últimas elaboraciones de la sociología, que habrían de aportar una mejor pintura de las realidades sociales de las que las normas parten, y a las que al

[1] Debo manifestar mi deuda con el libro de Mercedes Pérez Manzano *Culpabilidad y Prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena.* Madrid, Ediciones de la UAM, 1990, por su valiosas observaciones sobre los fundamentos y alcance de las teorías penales de la prevención general positiva.

cabo revierten, junto con una más ajustada percepción de las virtualidades que los mecanismos de control punitivo podrían tentativamente alentar.

En el arsenal de teorías y visiones de la realidad social que se prestan al diálogo, llama a la atención especialmente la vigorosa apuesta que la mejor dogmática penal actual ha hecho por la teoría de sistemas. Es cuando menos llamativo el hecho de que la ciencia penal se haya decantado por un planteamiento tan exigente y radical en sus miras e intenciones, y tan equívoco y ambiguo en sus posibilidades y resultados. La fuerte contestación con que la teoría de sistemas ha sido recibida en los ambientes académicos, hace que la sombra de la sospecha contamine a todo enfoque disciplinar que trate de movilizar sus instrumentos e intuiciones conceptuales en provecho propio. No otra cosa sucede con la teoría de la prevención general positiva, en parte, justo es admitirlo, como consecuencia de su peculiar visión de la realidad de la pena, el delito y el funcionamiento de los mecanismos penales como estrategias de control de la conducta, pero también, en gran medida, a consecuencia de las amistades teóricas con las que va de la mano, y que constituirían su fundamento conceptual, metodológico, y hasta epistémico.

El abanico de las dudas y perplejidades se abre, pues, originariamente, en la teoría de sistemas, sobre todo a propósito de su formulación podría decirse que «canónica», en la obra de Niklas Luhmann[2]. Pasaremos revista a algunas de estas críticas, y trataremos de desentrañar la raíz del malestar que planteamientos como el de Luhmann provocan. Pero, igualmente, apuntaremos a otras causas del malestar teórico que actualmente embarga a la ciencia jurídica penal, que no se reconducen sin esfuerzo al empleo cabal de la teoría de sistemas, sino a motivos que han de apuntarse inequívocamente en su haber profesional. Pues las dudas que la prevención general positiva plantea alcanzan a la recepción particular que ha venido practicando de la teoría de Luhmann, no siempre justificable, y por lo que en ella no es en modo alguno sistémico, pese a las seducciones terminológicas que pudieran inducir a aceptar lo contrario.

La objeción sobre la legitimidad y posibilidades de la recepción de la teoría de sistemas alcanza a tres aspectos. En primer lugar, albergo dudas más que

[2] Otras manifestaciones o, mejor dicho, abiertas reelaboraciones de la teoría de sistemas, consiguen bordear algunos de los inconvenientes que la crítica plantea, pero al precio de sacrificar la coherencia, el poder explicativo y el aliento teórico ambicioso del planteamiento de Luhmann. Entre estos intentos derivados merecen especial atención los que salen de la pluma de Günther Teubner y Helmut Willke, en relación con el ámbito del Derecho. No puede ocultarse, por mor de la coherencia, que las hibridaciones, al tiempo que se liberan de estrecheces y corsés conceptuales tan rigurosos como los que acompañan a Luhmann, dejan un regusto oportunista francamente incómodo. Es la sensación que embarga a los que leemos las propuestas de estos dos autores a propósito de las posibilidades de control que las herramientas jurídicas pueden pretender.

indiciarias sobre la supuesta fidelidad con que las tesis de Luhmann han sido acogidas en la ciencia del Derecho penal. No objeto que las teorías puedan ser extrapoladas con intención abiertamente instrumental, siempre que la violencia de tal traslación no las desfigure hasta tornarlas irreconocibles. Esto se ve agravado cuando se pretende mantener la filiación teórica estricta al original sistémico más allá de la metáfora casual y puede que feliz en su efecto retórico. Conviene prestar atención al hecho de que ciertos conceptos, hipótesis y métodos de trabajo poseen un inequívoco parecido de familia con la teoría de sistemas, y que sólo desde el interior de este planteamiento alcanzarían su sentido más reconocible y fructífero. Urge pues, por todo lo apuntado, esclarecer el sentido y alcance de las categorías aparentemente sistémicas en el seno de la prevención general positiva, dando cuenta de sus posibilidades, o imposibilidades, de su alcance y sus limitaciones, de sus promesas y rendiciones anticipadas.

Al hilo de lo anterior, y esa sería la segunda de mis objeciones, conviene llamar la atención de que algunas de las propuestas funcionales de la prevención general positiva, que se han identificado como inequívocamente sistémicas en su aliento por parte de los críticos, no lo son, o al menos, no pueden reconocerse como estrictamente sistémicas a la luz del último giro que la teoría de Luhmann emprendió desde principios de los ochenta (Derecho como sistema autopoiético). Tras estos planteamientos dogmáticos habrá que sospechar otros parentescos menos patentes, que autores como Müller-Tuckfeld, ya se han ocupado de ventilar de modo convincente[3]. No estarían, en esta línea, en la intención teórica de Luhmann las funciones, adscritas a la pena, de protección de la integridad del ordenamiento, de la fidelidad expresada hacia el mismo, o de refuerzo de la conciencia normativa que el delito ha puesto en peligro. Los presupuestos teóricos de partida del planteamiento sistémico lastran gravemente la posibilidad de apuntar tales posibilidades en su haber funcional.

En tercer lugar, no puedo ocultar mi descreimiento sobre las posibilidades que, de modo entusiasta, los partidarios de la prevención general positiva creen entrever, para la dogmática penal, en el enfoque ya sí estrictamente luhmaniano. Lejos de ello, creo que las predecisiones teóricas y con-

[3] Müller-Tuckfeld, en su obra *Integrationsprävention. Studien su einer Theorie der gesellschaftichen Funktion des Strafrechts.* Frankfurt, Peter Lang, 1998, subraya la conexión inequívocamente durkheimiana de la teoría de la prevención general positiva. Cualquier lector mínimamente atento de *La División del Trabajo Social* coincidirá con este autor en que algunas funciones, como el refuerzo de la conciencia normativa y la identidad social generada por el Derecho se retrotraen al sociólogo francés. Notoria es igualmente la adscripción hegeliana, admitida por Jakobs y expuesta con claridad y concisión en la obra de Heiko H.Lesch *La Función de la Pena*. Madrid, Dykinson, 1999.

ceptuales, metodológicas, epistémicas, y hasta ontológicas, que vertebran la propuesta de interpretación de la realidad de la teoría de Luhmann, perjudican decisiva e irremisiblemente las posibilidades de construir una teoría del control tan exigente como la que ofrece el enfoque de la prevención general positiva.

Caso de perseverar en la apuesta por este planteamiento dogmático-penal, habríamos de buscar una fuente de inspiración y préstamo bien diferente. Y en el supuesto de querer mantenerse del lado de las teorías de Luhmann, nos veríamos forzados a concebir un modelo bien distinto de relación entre el sistema jurídico, el sistema social y los individuos – o sistemas psíquicos, en la terminología de Luhmann. La reivindicación perseverante en los planteamientos sólo presuntamente sistémicos de la teoría de la prevención general positiva nos conduce, consecuentemente, allende las intenciones originarias del planteamiento de Luhmann. Tal insistencia obcecada en las posibilidades constructivas de esta teoría nos urgiría a buscar una versión tan modificada de ésta, tan revisada y maltrecha por las necesarias deformaciones estructurales a que habría de someterse, que la harían enteramente irreconocible.

2. El Derecho como sistema autopoiético. Posibilidades y limitaciones

2.1. La función del Derecho. Código y clausura operativa

La categoría básica de la función nos sitúa ante la referencia que todo sistema diferenciado guarda con relación a un problema social global. Su centralidad se refuerza a la luz del papel sistemático que está llamada a desempeñar en la reflexión de Luhmann. La función explica, en primer término, la emergencia de un sistema diferenciado de comunicaciones en el seno de la sociedad como sistema general y omniabarcante. Se atribuye en exclusiva a este sistema, y es, al tiempo, el fundamento de la reproducción de las operaciones (comunicaciones) del mismo. La clausura operativa de los sistemas sociales, lo que Luhmann denomina su *autopoiesis*, se cimenta precisamente sobre el cumplimiento cabal de la función asignada.

En el caso de los sistemas sociales, tomados genéricamente, la clausura operativa tiene lugar sobre el expediente de las comunicaciones. También Jakobs hace suya esta intuición, cuando entiende que el Derecho penal no es sino un sistema de comunicaciones, y que la pena misma no es sino una comunicación que resulta cualificada en atención a un servicio funcional determinado[4]. La clausura operativa nos indica, por el momento, que sólo

[4] Jakobs plantea una teoría comunicacional de la pena. Así, en la pág. 18 de su libro *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid, Civitas, 1996.

las comunicaciones integran el contenido y se incorporan a la reproducción de los sistemas sociales, que no puede hablarse rectamente de aportes externos a la hora de plantear el funcionamiento de los sistemas. Tal clausura obra también en el seno de cada uno de los sistemas sociales que se diferencian funcionalmente: Derecho, sistema económico, sistema educativo, sistema de la ciencia, etcétera. El Derecho, por su parte, se estructura como sistema de comunicaciones que atiende a la función de protección de expectativas normativas de conducta.

La función de garantía de expectativas normativas, que Luhmann atribuye al sistema jurídico, es lo que explica su emergencia, lo que enraiza su carácter propio y necesario, y lo que explica la exclusividad y autonomía que detenta el Derecho en el cumplimiento de su tarea. Pues la función privativa de cualquiera de los sistemas no puede ser cumplida por otros sistemas diferentes, ni siquiera en parte. No hay, pues, garantía alguna de mantenimiento de expectativas al margen de la cobertura que extiende el ordenamiento jurídico. Toda vez que las comunicaciones sociales que las expectativas normativas representan ingresan en el ámbito del Derecho, son procesadas y respondidas en el interior del Derecho. La expectativa es reconocida y amparada en el interior del sistema jurídico, y su tratamiento, de principio a fin, y todas las comunicaciones que a ella se asocian, tienen lugar únicamente aquende los límites del Derecho.

Las expectativas que protege el Derecho son las que denominamos *normativas*, frente a las que Luhmann llama *cognitivas*[5]. Las expectativas normativas son aquéllas que han de ser mantenidas incólumes ante la decepción que pueden sufrir eventualmente a manos de una realidad que a menudo les es refractaria. Esperamos algo normativamente cuando ante la aparación de la frustración, de la contradicción de los hechos, podemos seguir legítimamente manteniéndonos en la validez de nuestra expectativa, sabiendo que contamos con el respaldo institucional a tal acto de resistencia. La normatividad no es otra cosa que contrafacticidad, susceptibilidad de no aprendizaje ante la falta de ajuste con la realidad, frente a la cognitividad, que favorece y hasta demanda un estilo abierto al aprendizaje de lo nuevo. Como puede bien intuirse, la normatividad, con su estilo refractario y cerrado ante las realidades, se compadece bien con la clausura autopoiética propia del sistema jurídico. El Derecho puede así entenderse como un orden continuo de reproducción de comunicaciones normativas, que se asocian recursivamente sin poner en peligro su carácter contrafáctico.

[5] Sobre las expectativas, deben consultarse el artículo «Normen in soziologischer Perspektive», en *Soziale Welt*, 20, 1, 1969, págs. 28-48, y su ya clásico *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 3ªed, 1987, págs. 40-53.

También el código jurídico[6] nos sitúa en la misma línea de consideraciones. El código es una simplificación que los sistemas ponen a su base para agilizar el funcionamiento de su autopoiesis, la recursividad de sus comunicaciones propias. Es al mismo tiempo una retícula de observación y construcción de las realidades: cada sistema modaliza la infinitud de referencias posibles de sentido de acuerdo a una distinción originaria, que marca su ámbito privado de existencia y pone en marcha su autopoiesis. La unidad de los sistemas, en este sentido, se fundamenta en una distinción[7], que sirve al tiempo como criterio de pertenencia de las comunicaciones en torno a las que se conforma. En el caso del Derecho, el código fundador es el que discierne lo jurídico de lo antijurídico (Recht-Unrecht). Todas las comunicaciones sobre expectativas normativas (dimensión funcional o sustancial de delimitación del sistema) han de adherirse, para su elaboración a uno de los dos polos del código. Y a partir de ellos, comienza la historia propia de la interacción, y se van confirmando y condensando cursos particulares, que a su vez pasan a sedimentarse en la memoria propia del sistema, en sus estructuras o programas. La dogmática[8], sin ir más lejos, cumple su cometido precisamente en la garantía de la continuidad de las asociaciones que se vinculan a determinadas comunicaciones del sistema jurídico, en la necesaria continuidad que ha de prestarse a la recursión de operaciones a lo largo del tiempo. En el mismo tenor, la justicia[9] no es para Luhmann algo distinto de esa igualdad de tratamiento que ha de preservarse ante las potenciales mutaciones que el entorno social experimenta.

2.2. Clausura y apertura. Posibilidades e imposibilidades de contacto entre sistemas.

La clausura operativa en torno a la función y el código no conllevan, sin embargo, la negación de la apertura del sistema de referencia con relación a su medio. La autopoiesis afecta sólo a la operación, y no a cualquier posibilidad de observar el entorno y acoger esta percepción como base de posteriores reelaboraciones internas de sentido. La clausura, paradójicamente,

---

[6] Sobre código y función, «Codierung und Programmierung», en *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, págs. 165-214. Asímismo, «Die Codierung des Rechtssystems», en *Rechtstheorie*, 17 (1986), págs. 171-203.

[7] «Unidad como diferencia». Véase, «Die Einheit des Rechtssystems», en *Rechtstheorie* 14 (1983), págs. 129-154.

[8] Luhmann consagra al papel social de la dogmática su libro *Sistema jurídico y Dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

[9] «Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft», en *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, págs. 374-418, y «Kontingenzformel Gerechtigkeit», en *Das Recht der Gesellschaft*, op.cit. págs. 214-238.

no perjudica la apertura, sino que la hace posible. Esto se logra por intermedio de la incorporación de la distinción originaria, entre sistema y entorno, en el seno de uno de los polos, el representado por el sistema[10]. Como resultado de distinguir entre sistema y entorno en el interior del sistema, obtenemos a su vez la distinción, pertinente a efectos de autoobservación de las comunicaciones jurídicas, entre autorreferencia y heterorreferencia. Con posterioridad, las comunicaciones asociadas al vector autorreferencial se adensan para conformar la identidad del sistema frente al entorno, si bien conviene no olvidar que la referencia al entorno que se obtiene de esta guisa es siempre una referencia internamente construida, es una construcción interna de una realidad que se toma como externa[11]. En el caso del Derecho, es notorio que el entorno es siempre jurídicamente relevante o irrelevante, de acuerdo a las necesidades que ocasionalmente planteen las comunicaciones del sistema jurídico[12]. La atención al entorno da cuenta, precisamente, de la dimensión cognitiva de todo sistema jurídico –la *responsivity* a que autores como Nonnet y Selznick aluden[13]– de su asimetría en relación al medio al que ha de adaptarse y presentar respuestas evolutivamente adecuadas[14].

---

[10] Es lo que Spencer Brown (en *Laws of Form...*), a quien Luhmann debe gran parte de su cálculo autorreferencial, llama *re-entry*. Se trata de incorporar lo distinguido en uno de los polos de la distinción. En este caso, el entorno, como opuesto al sistema, se incorpora en éste, pero no ya para la constitución del sistema, sino para permitir su autopoiesis posterior sobre la base de la observación de la diferencia entre sistema y entorno. La diferencia entre sistema y entorno es así reproducida por el sistema como distinción entre autorreferencia y heterorreferencia. Con posterioridad, la observación de lo que se adhiere al polo de la autorreferencia permite representarse la identidad del sistema frente al entorno, y discernir sus operaciones propias frente a las que no pertenecen a su ámbito funcional. La observación, pues, es necesaria como orientación del modo de operación del sistema, para la recursión de comunicaciones, y este requerimiento funcional explica otros artefactos semánticos internamente generados, como la imputación, la acción, la culpabilidad o la persona.

[11] Esta es la base de la epistemología constructivista de la teoría de sistemas. No hay en ningún supuesto un contacto ni tampoco un conocimiento directo de la realidad externa a los sistemas, al margen de las comunicaciones y procesamientos de sentido que tienen lugar internamente a ellos. Las observaciones que atañen a la realidad exterior aparecen así necesariamente modeladas por los requerimientos del código, y por las demandas conectivas de las operaciones del sistema. Luhmann añade que «el punto de partida es la tesis de que un sistema autorreferencial sólo puede reproducir y crear asociaciones para sus operaciones propias sobre el fundamento de una autoobservación y autodescripción continuas» en «Recht als soziales System», pág. 8.

[12] En este sentido, se insiste en que es el sistema jurídico mismo el que engendra los conflictos que precisa para su evolución y el mantenimiento de su autopoiesis, y ello en razón de la necesidad de representación de la realidad con el auxilio de las distinciones de que internamente disponga.

[13] En su obra clásica *Law and Society in Transition*, London, 1978.

[14] No otra cosa está detrás de la preocupación luhmaniana por la «adecuación social de la dogmática jurídica». Puede verse sobre este particular, el capítulo tercero de *Sistema jurídico y Dogmática jurídica*.

Las estructuras del sistema jurídico, en particular los programas normativos, se enderezan a la generación de sensibilidades específicas ante las irritaciones que se perciben del entorno, tanto interior (otros sistemas sociales) como externo (sistemas psíquicos, por ejemplo). El sistema jurídico aparece de este modo dotado de sensores específicos, de canales de irritación que se dejan alterar por variaciones determinadas que se imputan heterorreferencialmente al entorno. En los casos en que el acompasamiento es más urgente entre distintos sistemas, se llega evolutivamente a la constitución de auténticos *acoplamientos estructurales*, genuinos mecanismos intrasistémicos que permiten una sensibilización recíproca ante las variaciones que en cada uno de los polos sistémicos pueda tener lugar[15].

Así pues, la clausura normativa va de la mano de la apertura cognitiva del sistema jurídico o, formulado de otra guisa: el Derecho está abierto a información cognitiva pero cerrado a control normativo[16]. La unidad del sistema jurídico como orden de comunicaciones específicamente encaminadas al cumplimiento de una función social demanda de la clausura operativa, mientras que la susceptibilidad de elaborar informaciones procedentes de su entorno psíquico o social, postula una apertura al entorno sobre el vector (interno, insisto) de la heterorreferencia[17]. Siendo así las cosas, lo verdaderamente determinante es el modo en que ambas dimensiones, cognitiva y normativa, resulten combinadas a través de las operaciones del sistema, lo que puede lograrse con el auxilio de diferentes recursos: dogmática adapta-

[15] La Constitución, o la propiedad privada, constituyen ejemplos de tales acoplamientos estructurales. En el primer caso, se trata de un acoplamiento entre el sistema jurídico y el sistema político. A través de los acoplamientos estructurales, los sistemas abren canales específicos de irritación a determinadas variaciones estructurales del entorno, con lo que se produce una rápida traducción de lo que se imputa a ese entorno particular, como información, en el interior del sistema acoplado. La coevolución que se auspicia por este cauce es más rápida y eficaz que la que se deja librada al mero azar de los contactos entre sistemas, o a la más tenue «conservation of adaptation», que supone tan sólo que los sistemas están normalmente adaptados entre sí hasta tanto las perturbaciones en el entorno alcanzan tal magnitud que el sistema resulta directamente amenazado de desaparición. Es lo que sucede, por ejemplo, en la interpenetración de los sistemas sociales y los sistemas biológicos. Nótese además que, pese a la identidad aparente de la estructura, ésta tiene un papel funcional diferente en cada uno de los sistemas acoplados, por lo que, cabalmente, no puede hablarse de coincidencias de sentido. Más información puede obtenerse, por lo que hace a los acomplamientos estructurales en general, en *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, págs. 776-788, y en lo relativo al caso específico del sistema jurídico y su entorno intersistémico, en *Das Recht der Gesellschaft*, op.cit. págs. 440-495.

[16] «Self-reproduction of Law and its limits», en *Essays on Self-Reference*, New-York, Columbia, 1990, pág. 229.

[17] No existe ni la necesidad ni la posibilidad de una autodeterminación completa del contenido de las decisiones jurídicas. La lógica adaptabilidad a los requerimientos de la evolución del entorno presupone la apertura como condición de supervivencia funcional.

da a la realidad, jurisprudencia consecuencialista, cambios legislativos, programación condicional o finalista, empleo de conceptos jurídicos indeterminados y así un largo etcétera.

Esta primera precisión funcional sobre el Derecho, compartida en algún lugar por Günther Jakobs, arrastra varias predecisiones de calado, y obliga a la postergación de muchas atribuciones al funcionamiento del sistema jurídico que entretanto se han hecho clásicas. Si se sigue con una mínima atención el lento desenhebrarse del planteamiento de Luhmann, se ve a las claras cómo sus presupuestos conceptuales de partida lastran todo lo que se va decantando como resultado de la teoría. La clausura operativa, en esta línea, prohibe cualquier suerte de contacto intersistémico, cualquier transvase de comunicación entre el sistema jurídico y otras realidades que se emplazan en su entorno. El problema no es ni mucho menos baladí, y se agrava en el campo que nos toca, el Derecho penal, donde precisamente se parte de la existencia de flujos de información y control desde la periferia de los sujetos individuales, como productores de conductas desviadas, y el sistema jurídico, como provisor de respuestas comunicativas que al cabo alientan la modificación efectiva de aquéllas.

Luhmann no analiza cómo las expectativas, que se generan en gran medida individualmente, como consecuencia de los deseos o intenciones que albergan sujetos particulares, pueden traducirse en el lenguaje del Derecho, y recibir una elaboración extrapsíquica. El problema alcanza incluso el supuesto en que las expectativas rebasan el ámbito de lo psíquico, de la elaboración en sistemas que operan sobre las operaciones de la conciencia, y atañe directamente a otros sistemas sociales. A tenor de la clausura que también éstos exhiben, no se ve cómo podrían trasladarse de modo reconocible expectativas generadas y cristalizadas en el interior de un subsistema social como el de la economía, al interior del sistema jurídico. La presuposición de acoplamientos estructurales, por su parte, torna sensible a los sistemas entrelazados de cara a irritaciones específicas, los sincroniza en el tiempo y permite que las elaboraciones propias sean aprovechadas de algún modo por parte del otro sistema. Pero no parece claro cómo este acompasamiento tan tenue, que no va más allá de la sensibilidad mutua y el solapamiento temporal de acontecimientos, pudiera dar razón de la aparente reproducción que de las relevancias de un sistema se hace en el colindante.

Los heterodoxos de la teoría de sistemas han llegado a admitir la existencia de posibilidades reales de contacto, influencia y control intersistémico, o al menos la presencia incontrovertible de mecanismos de circulación de informaciones entre distintos ámbitos sociales y personales. Lo curioso es que el mismo Luhmann parece abonar tal especie de relación ampliada con relación a los expedientes arracimados en torno a la heterorreferencia

interna, los acoplamientos estructurales, la sincronización temporal y la «conservación de la adaptación». En su última obra, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Luhmann sugiere la posibilidad de establecer acoplamientos *operativos*, junto a los meramente estructurales. Sabemos ya que los últimos respetan escrupulosamente la autopoiesis de los sistemas acoplados, la construcción de la realidad de acuerdo a sus relevancias internas respectivas, y que limitan por todo ello drásticamente cualquier posibilidad de contacto y mucho menos, de influencia recíproca. No pueden atisbarse operaciones externas para el acoplamiento, ni sistemas intermediarios con una autopoiesis propia. Los acoplamientos operativos, no obstante, vendrían a alterar esas premisas de funcionamiento: en el caso de distintos sistemas *sociales* –que comparten, pues, el modo operativo de clausura, las comunicaciones– cabe utilizar este fundamento autopoiético genérico para postular contactos y traducciones mutuas a una mayor celeridad que la que permiten los acoplamientos estructurales[18]. Los acoplamientos operativos «condensan y actualizan las irritaciones recíprocas y permiten una subsiguiente ganancia de información, de modo más rápido y mejor, en los sistemas participantes»[19].

A salvo de esta última posibilidad, cuerpo extraño en la teoría del último Luhmann, y nunca desarrollada por éste, no parecen poder predicarse más posibilidades de auténtico contacto intersistémico. Al margen de estas consideraciones, quedan tan sólo las posibilidades de observación propias de cada uno de los sistemas. A través de tales observaciones los sistemas se hacen capaces de atender a las distinciones con que ellos mismos u otros sistemas operan (autoobservación, observación externa) haciendo visible lo que, en el curso de la operación básica, permanece oculto. Se accede a la contemplación, por así decirlo, de lo que no se puede ver cuando se ve[20]. En

[18] Luhmann cita los casos de sistemas políticos de negociación corporativa, y de los «círculos de conversación» en el ámbito de la industria farmacéutica sobre temas relacionados con la investigación, el Derecho de patentes, etc. Creo que esto representa una alteración sustancial de los presupuestos de constitución y funcionamiento de los sistemas sociales, sobre la base del empleo de un lenguaje reconocible por todos los actores involucrados en una interacción más o menos estable en su carácter. La misma dificultad, como veremos, está presente en la traducción de pensamientos conscientes al sistema social a través del lenguaje, en el caso de acoplamientos estructurales entre sistemas psíquicos y sociales. Pese a los intentos de Luhmann, si ha de haber intersubjetividad del reconocimiento de sentido, aquiescencia a lo elaborado por un sistema y asunción de tal significado en forma de premisa de una comunicación, ha de postularse algún género de contacto o input, lo que pondría en jaque a la autopoiesis. No otra cosa es la que critica Habermas en *Faktizität und* Geltung, Frankfurt, Suhrkamp, 1994, 2ªed, capt. 2 y la que ha propuesto Günther Teubner, en las filas sistémicas.

[19] *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, pág. 788.

[20] A propósito de este desarrollo de la epistemología constructivista, remitimos al lector a los trabajos de *Soziologische Aufklärung,*volumen 5, Opladen, Westdeutscher, 1990, en especial, págs. 31-58.

el caso del sistema jurídico, un observador externo, por ejemplo, un observador sociológico, puede establecer una relación entre las comunicaciones propias del sistema jurídico y la influencia que las mismas reciben y despliegan en el entorno, psíquico o social[21]. Se constata así que los sistemas operan de modo ciego en el cumplimiento de su autopoiesis, y que precisan de una observación de segundo orden[22] para así poder orientar su dirección operativa, o incluso para constatar el hecho de que tales comunicaciones poseen un referente funcional de cara al sistema social general. De ahí la necesidad de las observaciones para la reproducción operativa, y de ahí la misma necesidad de asociar descripciones a los actos básicos del sistema para poder establecer el curso de las asociaciones comunicativas posteriores. Ese papel es cumplido por las acciones y por la persona, artefactos semánticos que garantizan la posibilidad de observar e imputar las comunicaciones propias del sistema[23].

3. Consecuencias dogmático-penales del planteamiento de Luhmann. Especial atención a la «paradoja del control»

Deseo emplear el resto del artículo para esclarecer algunas de las consecuencias que se derivan de estos presupuestos epistémicos y metodológi-

---

[21] Las posibilidades de este análisis se detallan en *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt, Alfred Metzner, 1986 y, muy recientemente, en el ensayo póstumo «Die Rückgabe des zwölften Kamels», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 21 (2000) H.1, págs. 3-60. De especial interés e importancia es contemplar en qué medida cabe una reintroducción controlada de estas observaciones en el funcionamiento operativo propio del sistema, por ejemplo, a propósito del afinamiento de las categorías dogmáticas (autoobservación del sistema) como retícula de observación y adaptación a la realidad social.

[22] Las observaciones son siempre operaciones, que ponen a la base una distinción propia, que por eso mismo, resulta invisibilizada, hecha latente, para el sistema que observa. Lo crucial en una mirada constructivista es ver cómo se ve, ver cómo lo necesario para la operación de un sistema se hace contingente desde la contemplación externa, que se sirve de otras relevancias. La mirada funcional y la construcción de la teoría de sistemas no son sino eso, gigantescos dispositivos de observación o mejor, autoobservación de la praxis de la sociología. por ese motivo, la teoría sociológica se termina disolviendo en una epistemología constructivista de lo social, pues en Luhmann, toda ontología está en el fondo mediatizada por la consideración del cómo de lo observado frente al qué de la observación. Las remisiones sobre esto son múltiples. Por escoger dos de ellas, reenviamos al lector a *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1990 y a su última obra de gran aliento teórico, la ya citada *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Para una introducción, me permito a lo ya dicho en otras ocasiones por este autor, en «El Derecho y la moderna Teoría de Sistemas», en *La Joven Sociología jurídica en España. Aportaciones para una consolidación*, J. L. Domínguez y M.A. Ramos (coord.) Oñati, IISL, 1998; y «La Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann y el Derecho», en *El Derecho en la moderna Teoría Sociológica,* J. A. García Amado (ed), Dykinson-IISL, en prensa.

[23] También Jakobs se apercibe del carácter puramente construido de la imputación y de la gestación de la categoría de la persona en el Derecho penal, consecuencia necesaria de la comprensión del sistema jurídico como sistema de comunicaciones. Así, en *Norma, persona...* págs. 50 y ss.

cos de Luhmann de cara a una recta comprensión de las funciones y limitaciones del Derecho penal.

El Derecho protege, como función propia y privativa que justifica su autonomía social, expectativas normativas de conducta. Permite la extensión de éstas en la dimensión temporal, su integridad y una eventual respuesta institucional en el supuesto de su infracción. En otros lugares, Luhmann habla más bien de generalización congruente de expectativas de comportamiento en las dimensiones temporal, objetiva y social, pero lo cierto es que la normatividad alude mayormente a la primera de las referencias, al mantenimiento de las expectativas en un futuro aún incierto. Se garantizan las expectativas, y nunca la conducta conforme a tales expectativas. El Derecho no puede asumir el rol de garante de lo que esperamos, del contenido de nuestras proyecciones normativas. Protege un estilo de espera, la refractariedad al aprendizaje ante la frustración, la certeza de que nuestra expectativa es correcta a través de una comunicación de tipo especial.

El delito cumple tal requisito, en cuanto hace visible cuándo se ha obrado contrariamente a lo esperado por intermediación de una comunicación institucional. La pena, en su consideración comunicativa, sirve para individualizar el eslabón en el que se dio lugar a comunicaciones antijurídicas. Ni más ni menos que eso. El delito pone en marcha una cadena de comunicaciones que se adhieren y se despliegan sobre uno de los polos del código, el *Unrecht*. A partir de ahí, se conforma una historia propia, de acuerdo a las estructuras programáticas propias del sistema (normas), y a su memoria dogmática (interpretaciones), que permite arribar a una decisión final.

Es pertinente hacer notar que el delito, como comunicación antijurídica, no supone un disvalor moral que precise de reparaciones especiales en el interior del sistema jurídico. No hay, frente a lo que sostienen los partidarios de la prevención general positiva, al menos no en el seno del sistema jurídico, vulneraciones morales que hayan de ser expurgadas enérgicamente para restablecer una sana conciencia jurídica. Luhmann persigue con saña tales contaminaciones morales en el interior de sistemas ajenos a la ética. Lo relevante en la comunicación que representa el delito es tan sólo que suscita ulteriores comunicaciones en la dimensión de lo antijurídico, y que la respuesta debe atender a esta historia de la interacción ya delineada en los patrones de memoria del sistema. Que el sistema ha de ser capaz de discriminar con nitidez esta singularidad en la comunicación, poniendo en marcha una recursión especial para el caso, sin interrumpir en ningún momento su autopoiesis. Y que el valor conectivo de la comunicación antijurídica es igual a la que representa una conducta observante para el sistema. Crucial es sólo la discriminación binaria del código, el hecho de que no puede

transitarse de lo jurídico a lo antijurídico[24], que no puede aprenderse que la comunicación sobre expectativas defraudadas da lugar a respuestas en el polo de lo amparado por el Derecho, o que a la comunicación antijurídica no puede seguir en ningún caso la necesidad de aprender la desviación de modo cognitivo[25].

¿Qué significado puede tener entonces, la exigencia de preservar la conciencia normativa frente al delito a través de la comunicación especial que la pena representa? A tenor de lo apuntado, únicamente que la igualdad de respuesta ha de garantizar las expectativas de los sujetos, tanto observantes cuanto infractores, y que siempre han de ponerse en condiciones de saber en qué polo de la comunicación se cristalizan las comunicaciones que sus actos representan. La confirmación normativa alcanza sólo a la recursión de comunicaciones, y nunca se extiende a efectos psicológicos externos que debieran ser estimulados en un sujeto receptor de tales mensajes. El Derecho es indiferente ante los efectos psicológicos que eventualmente pudiera desplegar en su modo de operación, ya que su función le recluye a las expectativas como comunicaciones, y sólo toma cuenta de éstas en el momento en que ingresan en su esfera de funcionamiento a través de su transformación en comunicaciones relativas a uno de los valores del código. El antes o el después de ese procesamiento puede ser en su caso observado externamente por el sociólogo, o ser recogido, drásticamente limitado, a través de las irritaciones que se imputan, heterorreferencial e internamente, al sistema psíquico, pero no constituyen ni un origen ni una meta de la autopoiesis del sistema jurídico.

Esta consecuencia de la luhmaniana «sociedad sin hombres» es una de los resultados más contraintuitivos de su teoría, y ha provocado asperezas y rechazos sin término. Los reproches de deshumanización, ceguera, pasividad o conservadurismo político tampoco se han hecho esperar, en modo alguno refrenados por la confesión del mismo Luhmann de que su propuesta no pretendería otra cosa que proteger el ámbito de la subjetividad de los em-

[24] Luhmann escribe que el código es, desde la perspectiva interna, una paradoja (en el caso del Derecho, que la distinción entre lo jurídico y lo antijurídico ha de pensarse como jurídica, y no como antijurídica) que ha de ser desplegada o desparadojizada por el mismo sistema en su autopoiesis (de nuevo en nuestro caso, a través de la contemplación de lo paradójico como contradictorio: lo jurídico no puede ser antijurídico). Se pasa, en palabras de Luhmann, de la paradoja de que lo jurídico lo es en virtud de lo antijurídico, a la afirmación, ya desparadojizada, de que lo antijurídico se opone a lo jurídico. Consideraciones de esta índole conforman el núcleo de su importante ensayo, ya citado, «Die Rückgabe des zwölften Kamels: zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts», en especial, págs. 22-3.

[25] La combinación de los códigos jurídico-antijurídico, normativo-cognitivo es la que enhebra la historia de la comunicación que el delito o en su caso, la comunicación sobre comportamientos observantes, pone en marcha.

bates furibundos de la normatividad social incontrolada[26]. Lo cierto es que se hace tremendamente dificultoso concebir un Derecho al margen del control o de los efectos psicofísicos que provoca en su operación, centrado de modo autista en su autopoiesis, hurtándose la mirada al mundo si no es a través del espejo de su autorreferencia. La misma perplejidad que suscita el abandono de otras funciones que se consideraban otrora connaturales al Derecho, como el control de la conducta o el logro de la integración social.

Es justo admitir que estas tareas clásicas del Derecho reingresan por la vía de la prestación (*Leistung*), que el sistema jurídico produce de cara a otros sistemas en su entorno. La prestación es entendida por Luhmann como «la observación de otros subsistemas en el entorno social interno (o también: de otros sistemas en el entorno externo)»[27]. Las prestaciones son resultado del crecimiento de la complejidad que la diferenciación funcional trae consigo, esto es, de la imposibilidad de que cada uno de los subsistemas resultantes pueda llevar a cabo cualesquiera funciones de mantenimiento y garantía de la estabilidad. La prestación apunta a la dependencia de cada sistema con relación a las prestaciones, simultáneas y complementarias, que son realizadas en otros sistemas, y a la renuncia consiguiente de la redundancia funcional[28]. Y en especial, refuerza la disposición a las irritaciones en el interior de los sistemas, a tornarse perceptivos ante cualquier atisbo de comunicación creada en el entorno del sistema, de cara a las que ahora se desarrollan internamente sensores y acoplamientos específicos[29]. En lo que afecta al Derecho penal, las interpenetraciones entre el sistema psíquico y el jurídico no pueden ser ni mucho menos postergadas, aunque

---

[26] Amén de que Luhmann cree que los sujetos reingresan en el dominio de lo social por medio de la inclusión de referencias inviduales (a título de descripción, de semántica) en todos y cada uno de los subsistemas sociales. Pero, claro está, de nuevo condicionada por los rasgos que en cada caso debieran estilizarse para satisfacer los requisitos funcionales de la autopoiesis del sistema de referencia. Habría así un *homo economicus*, distinto del *homo juridicus*, y la dificultad radicaría en delimitar la base de su unificación al margen de sus redefiniciones funcionales.

Puede observarse que no es algo muy diferente lo que subyace a la interpretación de la persona como ciudadano obediente en Jakobs, desprovista de cualquier rótulo identificador al margen de su rol de cumplimiento de normas.

[27] *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, pág. 757.

[28] Luhmann caracteriza a los sistemas tanto como «dependientes de las prestaciones» de otros sistemas (*Leistungsabhängig*), cuanto como en disposición de rendir prestaciones a favor de esos sistemas adyacentes (*Leistungsbereitschaft*).

[29] Es lo que sucede, por ejemplo, en las relaciones entre sistema político y sistema jurídico. El último descansa en la provisión de legitimación que de que goza el sistema político, y se hace especialmente susceptible frente a las erosiones que ésta pudiera sufrir. También el sistema político se torna sensitivo frente a las formas que el Derecho adopta, y de cara a las reelaboraciones que la dogmática suministra (piénsese, por ejemplo, en la importancia que adquieren las interpretaciones de principios constitucionales, sin ir más lejos).

los efectos psíquicos y de control hayan de quedar al margen de la mirada funcional del Derecho.

Lo característico de las funciones, frente a las prestaciones, es la ausencia de equivalentes sistémicos de cara a su satisfacción. Así, la función de garantía de expectativas normativas de comportamiento es algo que sólo al Derecho compete, y no puede en modo alguno venir servida, ni siquiera a título derivativo o parcial, por ningún otro subsistema de la sociedad. Y sin embargo, con las prestaciones sucede justo lo opuesto: pueden buscarse equivalentes funcionales a la realización de una prestación por parte de cualquier sistema. Las funciones jurídicas de control de la conducta se encuentran precisamente en esta tesitura: pueden ser perfectamente reemplazadas por la operación de otros sistemas. Pensemos en el sistema de la educación, con su generación de susceptibilidades de obediencia individual, o en el sistema político, en la medida en que absorbe competencias de dirección de la conducta o resolución de conflictos.

La perspectiva funcional del control es sobremanera significativa en la discusión de las teorías penales de la prevención, ya sea ésta positiva o negativa. Lo que caracteriza a la primera frente a la segunda es, sin lugar a dudas, una apertura a la generación de influencias sobre la conducta de un modo refinado y rico en perspectivas, frente a la linealidad y adustez de la prevención negativa, que fía demasiado a los mecanismos de la coacción y la disuasión que el empleo de la fuerza representa. Sin embargo, lo que ahora nos importa resaltar en colores vivos es el hecho, incontrovertible desde el enfoque sistémico, de que el control, en cualquiera de sus manifestaciones y virtualidades, no pertenece como tal al dominio funcional del sistema jurídico, y que no puede, por eso mismo, ser alentado como una función propia y definitoria de lo normativo[30]. El Derecho, en Luhmann, ha de conformarse con lo que puede cabalmente garantizar en su operación: el mantenimiento de las expectativas ante la decepción, y esa refractariedad viene servida, en la mayoría de los casos, por una abierta y manifiesta indiferencia frente a los actos de desviación de la conducta, frente a lo antijurídico[31]. El

[30] Recojo por su contundencia la afirmación con que se despacha en su escrito póstumo «Die Rückgabe...», pág. 31: «...el control tan sólo es control, entendido como la comparación del presente con el pasado, pero no cotejo del presente con el futuro. Precisamente, el incremento de la capacidad de control hace patente que las posibilidades de una conformación planificada del futuro no puede encontrar sustento alguno. Para ello se requeriría una comparación entre input y output que el control no puede ciertamente proporcionar». Por el mismo motivo, toda regulación es, necesariamente, autorregulación.

[31] Reproche que amplía Baratta a las teorías de la prevención positiva. Alessandro Baratta, «Integración-Prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1984, pág. 548. El artículo de Baratta sigue conservando plena vigencia en los reproches que dirige a la teoría de sistemas, pero también en las

impacto del futuro, incierto en sus exigencias y en los cursos que adopta, ha de ser aminorado, pues la complejidad que traería consigo un intento, siquiera atenuado, de predecir las consecuencias de las acciones, multiplicaría la complejidad determinable allende los límites y capacidades del sistema. Tal inmunización simbólica del Derecho frente a las decepciones es la que, en consecuencia, nos permite mantener nuestras formulaciones de expectativas y la integridad de las normas que sobre ellas se enraizan[32].

Luhmann, pese a la contundencia con que asimila el sistema jurídico a la protección de expectativas, es perfectamente consciente de que no puede postergarse sin más la consideración del control o influencia de las conductas efectivas que toda norma alienta, con lo que se ve forzado, más allá de las constricciones funcionales de su teoría – un sistema, una función – a dotar de un espacio propio para la observación de lo que efectivamente acaece en la vida social de la expectativa. Conviene advertir que la perspectiva de control a la que se atiende es exigüa en su alcance: sólo la que tiene como objeto expectativas dañadas en su integridad. Con tal limitación, el Derecho se ve remitido a un trato reactivo con los conflictos, lejos de toda pretensión de planificación, que cae del lado de otros sistemas sociales (singularmente, el político). El futuro reaparece así en conexión con la memoria del sistema, con sus estructuras normativas, que son las que al cabo determinan su vigencia limitada a los supuestos almacenados en las expectativas cristalizadas.

Si bien la perspectiva temporal accede al primer plano de la reflexión de Luhmann, como amenaza principal de complejidad, conviene no dejar precipitadamente de lado las inseguridades que engrosan otras dos formas de contingencia: la objetiva y la social. Así, la proliferación de interpretaciones divergentes y a menudo contradictorias de las expectativas, irreductible en demasiadas ocasiones por vía dogmática o con el expediente tajante de la decisión[33], y el fenómeno inabarcable de la doble contingencia y de la ex-

posibilidades entrevistas en el planteamiento funcionalista del primer Luhmann, y no movilizados por las teorías de la prevención positiva.

[32] El tema de la trivialización simbólica de las desviaciones cumple un papel sistemático de primer orden en la reflexión jurídica de Luhmann, y ha sido objeto de trato recurrente desde su *Rechtssoziologie.* Más recientemente, pueden leerse las consideraciones vertidas en los artículos consagrados a la delimitación funcional del Derecho en *Ausdifferenzierung des Rechts*, págs. 73-91 y *Das Recht der Gesellschaft*, págs. 124-164.

[33] Luhmann reitera la necesidad de consolidar la consistencia objetiva de las decisiones como medida para conjurar la complejidad que implicaría una dispersión inabarcable a la mirada entrenada del jurista. La dogmática ha de erigirse en garante de una mínima igualdad interpretativa, y esa congruencia en las respuestas interpretativas es la que está a la postre tras la relectura de la justicia y la que hace avanzar la adecuación social de la dogmática.

pansión de los contactos intersubjetivos a escala planetaria representan sendas amenazas a las ínfulas de control jurídico de las conductas.

El control vendría a colmar el *desideratum* de apertura de todo sistema jurídico, como opuesta a la clausura operativa que la recursividad de comunicaciones normativas vendría a representar. El sistema jurídico se asimetriza a través de las funciones y las prestaciones que ha de cumplir, se abre –bien que informacionalmente– de cara a su entorno, lo que delata la tensión inherente al planteamiento luhmaniano, entendido en su pureza radical. Pues la función, conviene tenerlo presente, es siempre función social, función de cara al entorno, con todo lo que esta idea arrastra de posibilidad de comunicaciones y tareas puestas en común, y repartidas entre sistemas. La asimetría que el sistema crea ha de incorporar, a mi entender, algo más que el despliegue de las posibilidades de observación del sistema con arreglo a observaciones de segundo orden, a través del vector de la referencia externa. Parece plausible el mantener el carácter primariamente interno del tratamiento de las comunicaciones y la reconstrucción particular de las interacciones y conflictos en el seno de cada sistema de referencia. Pero el vedar, junto con ello, cualquier susceptibilidad de influencia desde y sobre el entorno exterior, cualquier atisbo de comunicación compartida y trasladada, al margen de los acoplamientos estructurales[34], parece forzar el planteamiento hasta extremos en que la misma orientación funcional y el discurso sobre las prestaciones carecería de auténtica plausibilidad explicativa.

Lo cierto es que el discurso del normativismo, entendido como contrafacticidad de las expectativas, está preñado de dificultades para comprender exigentemente la contingencia modal que el futuro nos trae. Parece insuficiente tratar de cerrarlo en falso sobre la disyunción entre los polos de la juridicidad y la desviación antijurídica, como se plantea desde la autopoiesis del Derecho. El rechazo del consecuencialismo veda otras opciones, por su incompatibilidad con la rigidez del planteamiento teórico. La cuestión es la

[34] La necesidad de reconstruir internamente lo que se recibe por vía de acoplamiento refuerza la sospecha de que nos movemos circularmente en torno a las seducciones del solipsismo, todo lo refinado que se quiera. El acoplamiento no permite contacto alguno, sino mera irritabilidad reforzada, mera atención a lo que tiene lugar sincronizadamente en un lugar del entorno topológico, en medio del ruido generalizado de las comunicaciones que tienen lugar en otros sistemas. La comunidad de sentido entre los rendimientos cognitivos de los sistemas acoplados no se logra, aún cuando algunas sugerencias, relativas al papel del lenguaje o del sentido como rendimiento reductor de la complejidad común a sistemas psíquicos y sociales pudieran hacer sospechar lo contrario. Lo mismo que sucede con los acoplamientos operativos a que hice mención más arriba. Creo que las coacciones que la autopoiesis como opción de partida plantean impiden que Luhmann se atreva a ir más lejos. Lo que no ha sido obstáculo para que otros autores de filiación sistémica transiten otras vías. Por todos, el artículo conjunto de Willke y Teubner, «Kontext und Autonomie: gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6, n.4, 1984.

de si una sociedad funcionalmente diferenciada y en rápida transformación puede permitirse una forma tan rudimentaria de trato con la complejidad desbordante que un futuro abierto imprime. La multiplicidad de cursos posibles y alternativos de acción y de vivencia parecen vedar cualquier posibilidad de respuesta puntual al entorno, por lo que se demandan nuevas formas de elaboración de las informaciones. La necesidad de responder adaptativamente, de iniciar procesos de aprendizaje ante lo novedoso[35], nos ponen ante los ojos la duda de si el Derecho podrá seguir contando, en la misma medida en que lo ha venido haciendo, como expediente de reducción y manejo de la complejidad social, en sus vertientes objetiva, social y temporal.

Luhmann no ha ignorado la dificultad de fondo que la paradoja del control pone sobre el tapete: éste es al mismo tiempo más complejo, y más perentorio. Las soluciones internas al funcionamiento autopoiético de los sistemas, tales como la observación externa sobre la heterorreferencia, las irritaciones y aperturas informacionales al entorno, los acoplamientos estructurales, etc. parecen haberse revelado como claramente insatisfactorias, al menos desde mi modesta perspectiva. Otras soluciones planteadas han venido de la mano de una supuesta diferenciación interna, a efectos de la competencia de la elaboración de comunicaciones, entre las instancias legislativas y las judiciales. A las primeras correspondería una orientación más netamente consecuencialista, abierta a las transformaciones del entorno social y externo, mientras que los decisores judiciales habrían de encargarse de las correcciones que vulneraran el tenor de la normatividad cristalizada en las estructuras. El problema recae de nuevo en la definición de la unidad del sistema sobre la reproducción de la normatividad, y atañe a la concepción razonable de los límites a la apertura al entorno. En última instancia, una orientación consecuencialista parece amenazar con desdibujar los límites que se trazan entre los sistemas político y jurídico, lo que no parece preocupante de ordinario, pero sí es potencialmente destructivo en un planteamiento como el de Luhmann.

Más problemas plantea otra de las soluciones apuntadas por Luhmann, tanto por su endeblez como por sus riesgos antidemocráticos. En algún lugar, Luhmann plantea que podría reservarse un trato cognitivo con los acontecimientos a las instancias encargadas de la decisión jurídica, cerrando tal elaboración a los destinatarios últimos de las decisiones, la ciudadanía. El juez podría así ver ampliado su radio de acción, lo que parece compadecerse bien con el nuevo estilo dogmático y con los instrumentos legislativos

[35] El problema del sentido positivo de las desviaciones, de lo que, en términos cibernéticos se conoce como «retroalimentación positiva» se compadece mal con un estilo puramente normativo de expectativa.

que se ponen a su servicio (cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, legislación finalista, etc.), colindante ahora con el reconocido al legislador. El ciudadano usuario del Derecho obtendría, cínicamente, la ventaja de saber que sus expectativas mantendrán su estabilidad a lo largo del tiempo y que no sufrirán modificaciones ni manejos arbitrarios como precio por mantenerse en su desnuda afirmación.

El condicionamiento[36] es otra de las perspectivas que se plantean para dar entrada a la consideración activa del entorno en el interior del sistema. Este mecanismo permitiría que las normas y las decisiones internas al sistema se pusieran en marcha únicamente si llega a a constatarse la aparición de determinados acontecimientos imputados al entorno. De nuevo, la reserva se establece sobre el hecho de que, primero, la percepción es percepción internamente modelada, ajustada a los criterios de relevancia cognitiva del sistema, y en razón de lo que podríamos llamar principio de conservación de la autopoiesis. Esto es, el condicionamiento nunca podría vulnerar el sentido de la reproducción de las comunicaciones, ni violar las previsiones estructurales, ni facilitar un cruce[37] entre los polos del código básico del sistema. Esta propuesta, encaminada a la combinación de normas y cogniciones en el interior del sistema jurídico, parece de nuevo quedarse demasiado corta en su aspiraciones de flexibilizar el estilo de las expectativas que conforman el núcleo del Derecho.

Quizás la salida más promisoria al dilema del control sea la que viene de la mano de las colaboraciones intersistémicas, posibilidad ésta que Luhman no proscribe, pero que limita drásticamente. El terreno infranqueable es de nuevo el relativo a la función central del sistema, que no admite equivalentes funcionales más allá de sus límites. Los sistemas, en lo que a esta orientación fundamental atañe, son órdenes autosustitutivos, y sólo pueden proveer alternativas desde las posibilidades que ya les son inherentes[38]. El Derecho podría, en esta línea, indagar posibilidades de sustituir a las sanciones como medio de garantía de expectativas, dando entrada a otros remedios institucionales menos gravosos para los destinatarios[39].

---

[36] Sobre el condicionamiento, *Soziale Systeme*, págs. 44-5 y «Self-reproduction of Law and its limits», pág. 234.

[37] «Crossing» en el sentido de Spencer Brown, de tránsito de uno a otro valor del código.

[38] En relación con la autosustitución, nos remitimos a las consideraciones dispersas y fragmentarias en «Self-reproduction...», págs. 236-7.

[39] Otras propuestas, en la línea del «continuo de materialidad» entre el sistema psíquico y el social, avalado por el estilo reductivo de la complejidad compartido (sentido) y por la aludida «conservación de la adaptación», no pueden ser detalladas aquí. Tampoco puedo desplegar las consideraciones relativas a las posibilidades y limitaciones de las interpenetraciones entre ambos sistemas, que ponen en evidencia las incongruencias a que se ve abocado un planteamiento tan rígido como el de la autopoiesis para garantizar un mínimo contacto intersistémico,

La última de las respuestas a la posibilidad de control es la más genuinamente luhmaniana: la comprensión del Derecho como «sistema inmunitario». Toda vez que hemos arribado a la irremediable conclusión de que no pueden darse contactos intersistémicos, y de que el Derecho no puede reproducir internamente la plétora de acontecimientos y posibilidades que proliferan en el entorno, le resta tan sólo hacer un uso inteligente de su memoria sistémica para desplegar patrones de respuesta aproximada ante «infecciones» del medio. Los anticuerpos (estructuras) de que dispone se movilizarían así, por medios dogmáticos principalmente, con el fin de asimilar (fagocitar) aquellos casos en que la estabilidad de la autopoiesis del sistema se viera amenazada. La correlación puntual se reemplaza así por la similitud reproducida internamente, con lo que la argumentación, en tanto aminora el efecto de sorpresa que toda novedad invoca, constituye el mejor expediente para la generación de la tranquilizadora redundancia[40].

En resumen, no parece que puedan abrirse demasiadas perspectivas sin vulnerar, siquiera tenuemente, las constricciones que impone la clausura autopoiética y el solipsismo consiguiente a que se ven irremisiblemente arrojados los sistemas en su trato recíproco. Y con este lastre, epistemológico a la par que interaccional, ni hay influencia, ni tan siquiera lo que pudiera reconocerse como un diálogo.

4. Recapitulación: posibilidades del sistemismo para la teoría de la prevención general positiva

Hora es ya de comenzar nuestra recapitulación, reconduciendo las reflexiones apuntadas a modo de esbozo al campo de la reflexión penal. La teoría de sistemas, en primer término, plantea una redefinición de las funciones y de las categorías de la dogmática penal de tal calado que albergo serias dudas sobre la oportunidad de su apropiación. El adelgazamiento funcional del Derecho como sistema, a la resolución de conflictos de expectativas por la vía de su reafirmación, y la indiferencia del sistema jurídico ante las repercusiones en la esfera psíco-física de sus prestaciones de control, muy atemperadas por su parte, constituye una dificultad de gran magnitud, casi decisiva. El catálogo jakobsiano de funciones de la pena se estilizaría hasta casi la desaparición, cuando no se torna trivial, tras una relectura en clave luhmaniana de estricta observancia.

---

al menos para garantizar una unidad de referencia entre lo que se piensa (cognición, pensamiento) y su correlato comunicativo en el sistema social. *Soziale Systeme*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984, capt. 6, págs. 286 y ss.

[40] *Das Recht der Gesellschaft*, págs. 338-406.

Jakobs entiende su propuesta teórica, la prevención general positiva, como ejercicio de reconocimiento de la norma, a través una dimensión trimembre: ejercicio en la confianza en la norma, en tanto que todos los hombres son destinatarios de las normas y deberían por eso mismo conocer si pueden tener expectativas o no; ejercicio de fidelidad en el Derecho, dado que la pena persigue que el delito no se erija en alternativa de conducta susceptible de aprendizaje, y, finalmente, ejercicio de aceptación de las consecuencias, pues con la pena se aprende la conexión entre la conducta y el deber correlativo de soportar sus costes[41], que a través de la pena se logra, frente a la amenaza de la fidelidad y la confianza en el Derecho que el delito plantea. Desde la perspectiva de la norma, el ordenamiento jurídico resulta preservado y fortalecido mediante la imposición de las sanciones penales en el caso de violaciones normativas. No otra cosa ha de entenderse tras el principio de conservación del Derecho, o de defensa del ordenamiento jurídico. Por último, desde la perspectiva de la sociedad que pune, la pena alienta una función de pacificación de la conciencia social[42].

El Derecho penal, y la pena que se constituye en su instrumento privilegiado, cumplirían así funciones diversas, si bien íntimamente entrelazadas, a la luz de las referencias subjetivas a que se dirigen. Así, con relación al ciudadano, destinatario de las normas, el Derecho penal persigue la gestación de una conciencia fiel al Derecho, a través del efecto de socialización

La confianza en la norma adquiere nuevos contornos, al verse despojada de toda finalidad socializatoria. Ni cabe pedagogía a través del Derecho, pues eso rebasa en mucho sus competencias funcionales, ni puede alentarse una conciencia fiel al mismo. La fidelidad se retraduce exclusivamente en la confianza de que la expectativa goza de respaldo institucional, y la pena, no representa otra cosa que una comunicación de que el individuo esperó correctamente, y de que el Derecho se lo hace saber a costa del infractor. La pena, al igual que el delito, se entienden como comunicaciones, asociadas y proseguidas sobre el polo de lo antijurídico. Pero no acarrean, como piensa Jakobs en clave hegeliana, disvalor moral o socializatorio alguno, al menos, ningún disvalor que pueda ser reputado relevante en la esfera de lo jurídico. La irrelevancia sistémica de los efectos psicofísicos que el Derecho comporta se ve así añadida a la indiferencia moral de las comunicaciones jurídicas. Luhmann no pretende con ello negar cualquier posibilidad de asociación de tales efectos y enjuiciamientos a las decisiones y argumentos

[41] Puede encontrarse el desglose de este planteamiento en su obra clásica *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Springer Verlag, 2ªed, 1991, págs. 9 y ss.

[42] Un análisis detallado es el que expone Pérez Manzano, en su obra citada, págs. 18 y 21-23.

del Derecho por parte de un observador externo, sino únicamente advertir de su marginalidad en la mirada interna que el Derecho se dirige.

Pena y delito son dos momentos de la comunicación, y pertenecen, en sentido propio, a la autodescripción que ésta practica sobre sí misma para guiar su autopoiesis, su prosecución asociativa. Los delitos, en cuanto comunicaciones antijurídicas, son discriminados en su valor conectivo propio, con lo que inauguran una secuencia de acontecimientos que no puede ser revertida ni vuelta hacia lo jurídico. De esto se derivan ciertamente efectos de cara a los individuos, en la medida en que les permiten garantizarse una seguridad de orientación, pero de nuevo esto parece extirparse del Derecho[43].

Las autodescripciones y autoobservaciones son inderogables para el funcionamiento guiado de la autopoiesis, pero eso no consolida sin más la primacía de las que el delito y la pena representan. El Derecho puede recurrir a otros equivalentes funcionales, a otros modos de autoentendimiento sin que sufra menoscabo en sus virtualidades operativas, en su funcionamiento eficaz.

Por lo que hace a la integridad del Derecho que se busca preservar a través de la imposición de sanciones, tampoco la teoría de sistemas permite una lectura como la que Jakobs tiene en mente. La integridad por la que éste apuesta es de tipo, si se me permite, hegeliano o durkheimiano: la integridad jurídica entendida como signo sensible de la fortaleza del tejido moral, de la identidad social en un sentido normativo, fuerte. En Luhmann, recuérdese, la normatividad es pura facticidad sociológica (contrafacticidad, en este caso). No existen imágenes de perfección que puedan y deban ser eventualmente alentadas desde el Derecho. Ni cabe tampoco representarse una identidad como trama subjetiva que gesta un sentido e interpreta la biografía, que sirve de base a autocomprensiones y auspicia proyecciones colectivas. La identidad es tan sólo una observación de tercer orden: la observación de lo que se condensa, en forma de comunicación repetida, en el polo autorreferencial; lo que el sistema se imputa a sí mismo con continuidad (temporal) y contigüidad (espacial). Ni más ni menos que eso. La deriva hegeliana del último (o quizás sólo penúltimo) Jakobs parece dar cuenta de es-

[43] No veo cómo podría hacerse esto razonablemente, si es que deseamos seguir hablando de una orientación funcional de los sistemas sociales. Para evitar todo antropomorfismo «vetero-europeo» (alt-europäisch, descalificación favorita de Luhmann con relación al pensamiento social anterior), habría que comenzar reconsiderando el empleo de vocablos como vivencia o expectativa en la teoría de sistemas o, más profundamente, redefiniendo la categoría del sentido en términos menos marcadamente fenomenológicos.

ta intuición, así como la precipitación con la que se excusa por adherir, aunque sea a modo de metáfora, categorías sistémicas[44].

Algo similar ocurre en el discurso sobre la estabilidad, que auspiciaría la aplicación correcta de penas ante desviaciones de conducta lesivas. La estabilidad, en Luhmann, es pura estabilidad autopoiética, la simple reproducibilidad sin cesuras temporales de las operaciones del sistema. Y, por último, similar advertencia cabe a propósito de la confianza[45], mero expediente para la reducción de la complejidad social y que deriva, no del aseguramiento de un comportamiento conforme, o del resarcimiento o restablecimiento del estatus normativo tras la infracción, sino únicamente del cumplimiento cabal de la función de garantía de las expectativas. Justo es añadir, no obstante, que un incumplimiento masivo no se compadece con la función garante del Derecho, que es lo que al cabo, explica la presencia de la sanción junto a las expectativas formuladas[46]. La sanción, no obstante lo anterior, debe entenderse fundamentalmente en clave comunicativa, como declaración de que se ha frustrado una expectativa y de que el conflicto se resuelve a costa del sujeto responsable. Con su concurso, el riesgo de decepción resulta aminorado, pero no sobre el control del comportamiento desviado, sino sobre la mera garantía de las expectativas[47].

Podríamos seguir desglosando imposibilidades y restricciones que derivan de un esquema conceptual y metodológico tan inflexible y exigente como el de Luhmann. No obstante, las dificultades han de retrotraerse al fondo de la propuesta teórica que el sistemismo alberga, a su constructivismo epistémico, a las coacciones ontológicas de que parte, y a la rigidez del principio autopoiético de construcción de lo social. En suma, ni Luhmann es la respuesta a las exigencias de control del Derecho penal, ni su teoría

---

[44] En el prólogo de *Norma, persona y sociedad en una teoría de un Derecho penal funcional*, pág. 16, Jakobs se preocupa por advertir que pese a la cercanía de algunas de las categorías empleadas a la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, «...un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales». Y, sin embargo, la cercanía o hasta la abierta coincidencia con Luhmann son, en algunos lugares, mayores de lo que al mismo Jakobs sin duda le resultaría cómodo. Así ocurre en su concepción comunicativa de la pena o de la persona.

[45] El tratamiento exhaustivo de la confianza, como mecanismo de reducción de la complejidad social, en la monografía homónima *Vertrauen. Ein Mechanismus zur Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart, Enke, 3ªed, 1989, en especial los capítulos 1, 5 y 7.

[46] Luhmann lo advierte a propósito del mantenimiento de la confianza sistémica, en *Vertrauen*, pág. 62.

[47] En *Rechtssoziologie*, pág. 43.

puede dar cabida ilimitada a las intuiciones teóricas de un planteamiento tan polícromo como el de la prevención general positiva[48].

[48] En la actualidad, preparo un trabajo, en el marco de un libro colectivo, sobre las bases sociológicas del pensamiento penal de Jakobs, que verá la luz el próximo año. A él me remito para consideraciones más exhaustivas y de mayor enjundia.

SOBRE LA INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO Y LA TEORÍA DE SISTEMAS EN LAS ACTUALES CONCEPCIONES DE LA PENA Y DEL CONCEPTO DE DELITO*

Enrique Peñaranda Ramos
Universidad Autónoma de Madrid

I

1 En una primera aproximación, el tema de esta ponencia se presta a la dificultad de determinar qué cabe denominar como funcionalismo en derecho penal y en qué se caracterizan y distinguen las concepciones funcionalistas del Derecho penal de aquellas otras que no muestren tal carácter. *Silva Sánchez* identifica por ejemplo tales concepciones con aquellas orientaciones de la dogmática jurídico-penal que intentan construir las categorías del sistema a partir de los fines del Derecho penal. Las concepciones «funcionalistas» así entendidas no constituirían pues un fenómeno de moda, sino que se remontarían al menos hasta la irrupción de las sistemáticas teleológicas inspiradas en el neokantismo. Funcionalismo equivaldría así a orientación a fines (sociales) y se opone básicamente a las dogmáticas ontologicistas y, en particular, a la concepción de Welzel y su Escuela. Bajo esta perspectiva es desde luego funcionalista Jakobs, pero también lo son destacadamente, entre otros, Roxin y sus numerosos seguidores[1].

---

* Ponencia presentada en el Seminario celebrado en León los días 8 y 9 de junio de 2000.

[1] Cfr. en este sentido J. Mª SILVA SÁNCHEZ, *Introducción a* B. SCHUNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50°aniversario,* Madrid, 1991, pp. 19 s. Según Silva Sánchez, las diferencias entre Roxin y Jakobs no residen tanto en el método, en todo caso teleológico o funcional, como en las concretas premisas político-criminales que cada uno de ellos toma como referencia: así la concepción fuincionalista «moderada» del primero se caracterizaría por uua consideración más global de esas finalidades político-criminales, que no se reducen a los fines de la pena, la orientación «radical» del segundo se distinguiría en cambio por una (excesivamente) categórica vinculación a la fuinción de prevención general positiva atribuida a la pena. Vid. también J.MS SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Barcelona, 1992, pp. 67 ss. T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal,* 1996, pp. 434 s., señala críticamente que «la eclosón del funcionalismo en la dogmática penal ha provocado un fervor reconstructivo según el cual casi cualquier cosa puede resultar un precedente del funcionalismo». Este autor, por su parte, realiza una distinción, análoga a la de Silva, entre

Uno de estos seguidores de Roxin, *Schünemann,* sitúa aún más lejos el origen de las corrientes funcionalistas en Derecho penal: éste se hallaría ya en el pensamiento penal de la Ilustración que, al reconstruir el Derecho penal como medio para la evitación de daños sociales, vendría a asentarlo sobre una base funcionalista. Concebido de este modo, el funcionalismo abarcaría prácticamente todo el espectro de la doctrina penal actual, desde el «funcionalismo normativista» de Jakobs hasta la Escuela (jurídico-penal) de Frankfurt (a la que Schünemann provocativamente sitúa bajo la denominación de «funcionalismo individualista»), quizá con la sola excepción de aquellos autores que como Wolff, Köhler o Zaczyk fundan su entendimiento del Derecho penal en la filosofía del sujeto y del Derecho del idealismo alemán[2]. En una línea similar, *Neumann* ha designado como concepción funcional del Derecho penal aquella que orienta el empleo de sus instrumentos característicos al cumplimiento de fines o a la producción de consecuencias sociales, mientras que sería normativa aquella otra concepción que basa el Derecho penal no en consideraciones de utilidad social, sino en criterios o principios de justicia[3]. A la vista de todo lo anterior no es extraño que, precisamente en un coloquio dedicado a analizar la oposición en el ámbito del Derecho penal entre funcionalismo y el pensamiento basado en principios de la vieja tradición europea, *Lüderssen* pusiera de manifiesto las perplejidades que suscita la aplicación del concepto de funcionalismo en el ámbito del Derecho penal[4].

«funcionalismo teleológico» (que ejemplifica en la posición de Roxin) y «funcionalismo estratégico» (del que sería su mejor ejemplo Jakobs): cfr. ibidem, pp. 437 ss. La diferencia entre ambos estriba, según Vives, en una cuestión de coherencia: «el funcionalismo teleológico es "moderado" porque no acaba des ser funcionalismo» (p. 449). Pero tampoco parece ser del todo funcionalista el «funcionalismo estratégico» de Jakobs: «El Tratado de Jakobs es un Tratado de Derecho Penal –advierte Vives– porque desarrolla no una idea, sino dos: la idea de sistema de Luhmanny la idea de injusto personal de Welzel» (p. 450). No considero correcta la caracterización del funcionalismo de Jakobs como «estratégico», desde el momento en que la atribución de culpabilidad entraña en él (como en el propio Vives: vid. *ibidem*, p. 487) una actitud participativa o dialógica, en el sentido de Strawson, frente al infractor, esto es, su trato como persona y no como objeto de un simple cálculo estratégico (vid. infra al final de este trabajo).

[2] B. SCHUNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia jurídico-penal alemana,* trad. de M. Cancio Meliá, ADPCP 1996, pp. 205 ss.

[3] U. NEUMANN, *Vom normativem zum funktionalen Strafrechtsverstandnis,* en H. JUNG/H. M0LLERDIETZ/U. NEUMANN (eds.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung,* 1994, p. 57.

[4] Cfr. K. LUDERSSEN, *Das Strafrechtzwischem Funktionalismus und «alteuropaischem» Prinzipiendenken.Oder Verabschiedung des «álteuropaischen» Strafrechts?,* ZStW 107 (1995), pp. 887 ss.

Con mucha más claridad de la que se acostumbra, *Jakobs* ha calificado su propia concepción como funcionalista porque en ella la prestación del Derecho consiste en garantizar la identidad normativa, la constitución misma de la sociedad[5]. En esta línea se encuentra el criterio que sirve de base a esta ponencia: únicamente serán aquí consideradas aquellas concepciones que parten explícitamente de una visión de la sociedad como un conjunto o sistema de elementos en equilibrio y que asignan dentro de ella al Derecho (penal) la función de contribuir al mantenimiento o a la reproducción de dicho orden[6]. Paradigmática en este sentido es la concepción de Jakobs que constituye el intento más radical y acabado hasta ahora de construir la teoría de la pena y del delito en términos de funcionalidad para el mantenimiento del sistema social. Puesto que en ella se ilustran por tanto del modo más pleno las posibilidades y los límites de una construcción semejante la teoría de Jakobs sobre el Derecho penal constituirá el centro de esta exposición.

2. Antes de entrar en ello, conviene recordar otras propuestas más o menos similares, a fin de destacar en qué consiste la singularidad del pensamiento de aquel autor. De entre estos otros intentos de incorporar al Derecho penal una consideración sociológica de corte funcionalista merecen ser mencionados, ante todo, aquellos planteamientos, como los de Calliess y Amelung, que, basándose expresamente en algunas aportaciones de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, relacionan delito y perturbación del funcionamiento del sistema social, a través de los conceptos de lesión de bienes jurídicos y de dañosidad social[7]. Sobre esta base *Amelung* intentó establecer, en efecto, una teoría de la dañosidad social para el Derecho penal, según la cual, «socialmente dañoso es, en este sentido, un fenómeno disfuncional, esto es, un fenómeno social que impide o dificulta que el sistema social de la sociedad resuelva los problemas relativos a su subsisten-

---

[5] G. JAKOBS *Das Strafrecht zwischem Funktionalismus und «alteuropaischem» Prinzipiendenken.-Oder Verabschiedung des «aiteuropaischen» Strafrechts?,* ZStW 107 (1995), pp. 843 ss. (hay traducción española de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez con el titulo *Sociedad, normay persona en una teoría del Derecho penalfuncional,* Madrid, 1996, pp. 15 ss.). En adelante se cita por esta traducción.

[6] Vid. en este sentido M. ATIENZA, *Introducción al Derecho,* Barcelona, 1985, pp. 59 ss.

[7] Acerca de estas cuestiones cfr. también últimamente W. KARGL, *Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena,* traducción de R. Ragués i Valles, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación del Derecho Penal* (edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, 2000, pp.49 ss. Kargl se remite para ello también «a los análisis de sociología julıdica de LUHMANN, pero conservan(do), en oposición a este autor, un punto de vista normativo» (ibidem, p. 58, n. 52), por el que entiende un enfoque crítico (referido las necesidades de desarrollo personal de los individuos y dotado por tanto de un fundamento moral) de la teoría de la estabilización social por él propuesta (pp. 54 ss. y 59)

cia», y «el delito un caso especial de los fenómenos disfuncionales», cuya disfuncionalidad deriva de consistir en la «contradicción de una norma institucionalizada ... que resulta necesaria para resolver los problemas de subsistencia de la sociedad». «La función del Derecho penal» habría de ser, en consecuencia, «reaccionar frente a ello como un mecanismo de control social»[8]. *Calliess*, por su parte, considera que el Derecho penal no protege, como venía sosteniendo la doctrina tradicional del bien jurídico, valores o bienes cuasi cosificados (Substanzialien), ni derechos o intereses concretos de los individuos, sino más bien la seguridad general de las expectativas[9].

En ambos autores es pues decisiva para la determinación de la punibilidad de una conducta su «dañosidad social», entendida como capacidad para generar desorganización social, así como la consideración de la prestación funcional que la sanción penal despliega para el mantenimiento de las condiciones de existencia del sistema social[10]. Común a ambos es también que este planteamiento se completa y concreta con la referencia a un orden social y un sistema jurídico determinado: el correspondiente al Estado social y democrático del Derecho consagrado en la Constitución alemana. Hay algunas diferencias sin embargo. En el caso de Calliess, al análisis de la función del Derecho basado en planteamientos propios de la teoría de sistemas se superpone, para el sistema correspondiente a dicho modelo de Estado, una concepción dialógica del Derecho, que viene a modificar el propio concepto de dañosidad social y el contenido de los bienes jurídicos. Estos pasan así a configurarse como posibilidades de participación en los sistemas sociales (Partizipalien) y la estructura social misma se define como una red de distribución de tales posibilidades[11]. Un planteamiento funcionalista similar, desarrollado precisamente a partir del de Calliess, sostiene en España Mir Puig[12]. En el caso de Amelung, las referencias a la legitimación

---

[8] K. AMELUNG, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft,* 1972, p.361 y passim.

[9] Cfr. R.P. CALLESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion,* 1974, pp. 135 ss (especialmente p. 143) y *passim.*

[10] K. AMELUNG (nota 8), p. 388; y R. P. CALLESS (nota 9), p. 153.

[11] R.P CALLIESS (nota 9), pp. 133 ss., 143 ss. En esta línea se mueve igual mente la propuesta de W. KARGL (nota 7), passim.

[12] Conforme a la terminología que él mismo propone la concepción de Mir Puig se enmarcaría dentro de un funcionalismo valorativo (que incluye una perspectiva crítica sobre el sistema) y no puramente normativo como el de Jakobs: «El Derecho penal ha de entenderse como instrumento funcional de configuración social, pero al servicio, a su vez, de los valores propios de la sociedad y del modelo de Estado en que se inscribe. Si estos valores son rechazables, lo será también el Derecho penal en que se manifieste. Nuestra sociedad admite los valores de un Estado social y democrático de Derecho, tal y como se consagra en la Constitución ... La teoría del Derecho penal debe tratar de explicar sus funciones a partir de tales valores» (S. MIR PUIG, *Recensión a la obra de G. Jakobs: Sociedad, norma y persona en una teoría*

a través de la Constitución de la República Federal alemana, obligan a respetar en la solución de los problemas de subsistencia del sistema ciertos límites liberales, básicamente derivados del valor que en este tipo de sociedad se ha de conceder a la dignidad de la persona, pero nada de ello produce una reformulación del concepto de bien jurídico: dañosidad social, en cuanto perturbación de las condiciones de subsistencia del sistema, y afectación de un bien jurídico, en cuanto frustración del concreto fin de protección de la norma, son así exigencias distintas, aunque, complementarias en el análisis de la fundamentación del castigo de un determinado comportamiento[13].

También la concepción de *Hassemer* tuvo como punto de partida un estudio dedicado al análisis del concepto de bien jurídico y se ha ido transformando con el correr del tiempo en una concepción más general fuertemente influída por teorías sociológicas del control social[14] al estilo de las propuestas en los EEUU por autores como George Herbert Mead y John Dewey[15]. Para Hassemer, el control social es «una condición básica irrenunciable de la vida social. Con él asegura todo grupo, cualquier sociedad, las normas, las expectativas de conducta sin las que no podría continuar existiendo como grupo o sociedad ... No hay alternativas al control social ... Sí hay sin embargo diversas alternativas a las concretas formas de control social» que se diferencian ante todo por su grado de formalización. El sistema jurídico-penal forma parte de ese control social y se caracteriza por ser un sector del mismo dotado de un elevado grado de formalización y por su particular intensidad[16]. Dentro de la literatura española mantiene un punto de vista muy próximo al de Hassemer *Muñoz Conde*[17].

---

de un derecho penalfuncional, en RDPC, 2ª época, nº 2 (1998), pp.447 s.). Para una valoración de la influencia del funcionalismo en el pensamiento de este autor vid. también S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método,* Barcelona, 1976S pp.36 ss.S 88 ss. y 124 ss. (especialmente 134 ss.); e IDEM, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho,* 2ª edición, 1982S pp. 41 s., con expresa referencia a Amelung y Calliess.

[13] Cfr. K. AMELUNG (nota 8), pp. 388 ss., 393 ss. y passim.

[14] Una aproximación a este planteamiento puede encontrarse ya en W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens,* 1973, pp. 130 ss., 196 ss. y 232.

[15] Cfr. al respecto J.C. MULLER-TUCKFELD, *Integrationsprävenhon. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, pp. 69 ss. Vid. también IDEM, *Strafrecht und die Produktion von anerkennung, Hypothesen zur normativen Integration durch Strafrecht und deren Theorisierung,* en K.-D. BUSSMANN/R KREISSL (eds.), *Kritische Kriminologie in der Diskussion. Theorien, Analysen, Positionen,* 1996, pp. 132 ss.

[16] W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal,* traducción y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, 1984, pp. 390 ss.

[17] Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social, 1985, passim;* y, por último, F. MUÑOZ CONDE/M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general,* 4ª ed., 2000, pp. 29 ss.

Hay que hacer notar que la «funcionalización» del Derecho penal se limita, en la dirección representada por Hassemer y Muñoz Conde, a la definición de su orientación general y a la explicación del modo en que operan sus instrumentos, pero no conlleva una definición funcional de las propias reglas de imputación del sistema. Como advierte Hassemer, así se puede explicar que sea todavía válida la pretensión de von Liszt de que el Derecho penal constituya «la barrera infranqueable de la política criminal»: por Derecho penal se entiende en esta frase el conjunto de los principios de imputación que formalizan el control social ejercido a través del Derecho penal y limitan por tanto su aplicación[18]. En ello, resaltado también últimamente por *Neumann*[19], residiría precisamente la diferencia entre las concepciones teleológicas o funcionales moderadas y esa versión extrema del funcionalismo que postula también la orientación de tales reglas o principios de imputación (por ejemplo, el principio de culpabilidad) a la función social del Derecho penal.

II

A partir de este punto concentraré mi exposición en la concepción de Jakobs, que es presentada generalmente como el paradigma de lo que hoy se denomina funcionalismo en el Derecho penal. Esta concepción se ha ido separando progresivamente de los postulados de la doctrina final de la acción que se encuentra en su origen, hasta el punto de que resulta ya difícil identificar en ella algunos rasgos del modelo inicial. En lugar de la Dogmática ontologicista de *Welzel, Jakobs* propugna decididamente, sobre todo desde la primera edición de su Tratado, fechada en 1983, una completa renormativización de los conceptos jurídico-penales con el propósito de orientarlos precisamente a la función que a su juicio corresponde al Derecho penal. Como consecuencia de ello, «no sólo sucede que los conceptos de culpabilidad y de acción ...se convierten en conceptos de los que no se puede decir absolutamente nada sin referencia a la misión que ha de cumplir el Derecho penal, sino que *incluso el concepto de sujeto al que se imputa se muestra como un concepto funcional*».Y en el Prólogo a la segunda edición de esa misma obra *Jakobs* advierte que el programa formulado en la primera se ha seguido desarrollando sin interrupción: «El universo de los conceptos jurí-

[18] Cfr. W. HASSEMER, *Über die Berücksichtigug von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze,* en *Festschrift far Hellmuth Coing*, 1982, pp. 522 ss.; IDEM, *Prävention im Strafrecht,* JuS 1987, pp. 264 s.; IDEM, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre,* en L. PHILIPPS/H. SCHOLLER, Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag,1989, pp. 85 s.; y W. HASSEMER/F. MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal,* 1989, pp. 173 s.

[19] U. NEUMANN (nota 3), pp. 57 s. y 65 ss.

dico-penales tiene que ajustarse a la función social del Derecho penal y no a fenómenos naturales o de otro modo ajenos a lo social».

1. El elemento central de esta concepción es la función que atribuye a la pena. *Jakobs* sostiene que el Derecho penal encuentra su fundamento en su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquéllas de las que depende la propia configuración o identidad normativa de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contacto social[20]. *Jakobs* no ha descrito siempre del mismo modo, sin embargo, la forma en que, más concretamente, el Derecho penal presta tal garantía a la sociedad. En particular, se han ido produciendo variaciones muy significativas en lo referente al papel que juega un elemento particularmente discutido, el del «ejercicio de la fidelidad en el Derecho» (el aprendizaje como alternativa inaceptable de conducta del comportamiento defectuoso al que se asocian consecuencias desfavorables), en su concepción de la prevención general (positiva).

Inicialmente tal aspecto aparecía fuertemente destacado, hasta el punto de que *Jakobs* parecía llegar a identificarlo con el concepto mismo de la prevención general positiva que mantiene[21], aunque en otros lugares ésta es presentada en otros términos: concretamente en el sentido de preservación o mantenimiento de la confianza en la norma[22]. Ambas manifestaciones del pensamiento de la prevención general positiva se encontraban entonces superpuestas, sin establecer con claridad en qué relación se encuentran entre sí y con el concepto de prevención general manejado. Pero posteriormente, en su Tratado, *Jakobs* expuso su concepción de la prevención general de una forma más compleja y articulada. La función de la pena estatal para garantizar las expectativas sociales esenciales se resume en producir «prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma». Esta prevención general, que denomina positiva porque no es meramente intimidatoria, se manifiesta en tres aspectos diferentes. Por un lado y ante todo, la pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción («ejercicio de confianza en la norma»). En segundo

---

[20] Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2ª ed., 1991, 1/4 y ss.; 1/14; y 2/1 (hay traducción al español a cargo de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo con el título: Derecho penal. Parte General, 2ª ed., 1997).

[21] G. JAKOBS, *Schuld und Pravention,* 1976, p. 10 [=Culpabilidad y prevención, traducción de C: Suárez González, en G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal,* traducción y Estudio preliminar de E. Pefiaranda Ramos, C. Suárez González y M. Cancio Meliá, 1997, p. 79].

[22] G. JAKOBS, *Schuld und Pravention* (nota 21), pp. 32 y s. [=*Estudios* (nota 21), pp. 98 s.].

término, la pena se orienta al «ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho» en el sentido antes mencionado. Y, por último, mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales («ejercicio en la aceptación de las consecuencias»)[23]. Este planteamiento de la prevención general positiva pone especialmente de relieve la primera de dichas facetas, situando en un segundo plano las restantes, incluida la relativa al ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho.

El realce así producido de la función de mantenimiento o restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma frente a otros eventuales efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual de la pena no es casual, sino que se corresponde plenamente con una característica de la concepción general del Derecho penal de *Jakobs*: la relevancia cada vez menor que *Jakobs* atribuye a la relación interna entre el autor (potencial) del hecho y la norma, cuestión central para el finalismo (y en especial para su orientacion más radicalmente imperativista), y su preocupación, paralelamente creciente, por la significación social de la vigencia de las normas y de su infracción[24]. En el contexto que aquí se señala esto se traduce en el hecho de que, para *Jakobs (*en contra, por ejemplo, de lo que suponen quienes asignan a la pena una función intimidatoria), la pena no se dirige principalmente a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene más bien por destinatarios a todos los ciudadanos para confirmar en ellos la vigencia de la norma infringida[25]. Desarrollando este punto de

---

[23] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/15.

[24] Cfr. en este sentido especialmente G. JAKOBS, *Tätervorstellung und objektive Zurechnung,* en *Gedachtnisschrift flir Armin Kaufmann,* 1989, pp. 273 y ss. [=*Representación del autor e imputación objetiva,* traducción de C. Suárez González, en Estudios (nota 21), pp. 225 ss.] . Vid. En el mismo sentido K.-H. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch,* 1991, p.56. Justamente en el rechazo de una concepción imperativista de las normas y en su sustitución por una visión institucional de las mismas, en la que no se trata tanto de dirección o regulación inmediata de conductas como del establecimiento y estabilización en la sociedad de redes de expectativas recíprocas de comportamiento fundamenta B.J.A. MUSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsguter und abstrakter Rechtsguterschutz,* 1994, pp. 89 s. y 140 ss. Ia función de la pena y del Derecho penal en la estabilización de tales expectativas cuando son esenciales para el mantenimiento de la configuración concreta de la sociedad. Y de ello deriva también Mussig su preferencia por un modelo de prevención general positiva limitado a ese objetivo de garantía de las estructuras sociales elementales, frente a las versiones de la prevención general de integración que apuntan, a través del ejercicio de la fidelidad hacia la norma, a un proceso de disciplina de los individuos concretos que se desarrolla eventualmente en el plano de la psicología profunda y que está todavía vinculado a la consideración de las normas como instrumentos de orientación directa de conductas (*ibidem*, pp. 142, nota 9, y 146 y s.).

[25] Cfr. G. JAKOBS (nota 20)1/15 y 31. Vid. también IDEM, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97 (1985), p. 775 [=*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, traducción de E. Peñaranda Ramos, en Estudios (nota 21), pp. 314 s.].

vista, en un escrito posterior, dedicado significativamente a reflexionar sobre la situación actual del Derecho penal «entre el funcionalismo y el pensamiento orientado a principios de la antigua tradición europea», *Jakobs* ha vuelto a insistir en que la prestación que el Derecho penal realiza para el mantenimiento del sistema social consiste en reafirmar que, pese a la infracción producida, la sociedad se mantiene en la vigencia de sus normas esenciales y se niega a concebirse conforme a otras reglas. Pero, a diferencia de sus posiciones anteriores, aquí el mantenimiento o fortalecimiento de la fidelidad hacia el Derecho ya no se presenta como equivalente a la prevención general (positiva), ni tampoco como uno de sus aspectos más o menos destacados, sino justamente en el mismo plano al que ya anteriormente quedaba relegado el efecto de intimidación general o especial: en el nivel de los efectos secundarios que se puede desear que la pena produzca, pero que son ajenos a lo que constituye propiamente su misión[26]. «Ciertamente –dice *Jakobs*– puede que se vinculen a la pena ciertas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o fortalezca la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena significa ya algo con independencia de estas consecuencias: significa una autoconfirmación» de la sociedad[27].

La evolución del pensamiento de Jakobs no se ha detenido sin embargo en este punto, sino que ha avanzado en la línea de una presentación cada vez más abstracta de esta función de la pena. En ello su discípulo *Lesch* ha cumplido el papel de adelantado[28]. Lesch ha rechazado incluso que la denominación «prevención general positiva» resulte adecuada a la función de la pena así definida: ésta se agota en una retribucion de la culpabilidad por el hecho, no absoluta, sino «funcional», en cuanto que dirigida a cancelar o saldar (*«ausgleichen»*), la perturbación social (respecto de las expectativas de vigencia de la norma) provocada por el hecho (teoría funcional de la retribución)[29]. De forma similar, en la exposición de la teoría de la pena que hace Jakobs en su libro «Norm, Person, Gesellschaft», ésta ya *sólo* tiene para

---

[26] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/16.

[27] G. JAKOBS (nota 5), p. 18. Vid. tambien ahora IDEM, *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung,* en U. NEUMANN/L. SCHULZ (eds.) Verantwortung in Recht und Moral ARSP Beiheft 74 (2000), pp. 59 s. Cfr. ya en esta dirección el trabajo del discípulo de Jakobs H.H. LESCH, *Zur Einfuhrung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens*, JA 1994, pp. 510 ss. y 590 y ss.

[28] Vid. la nota anterior.

[29] Así ahora H.H LESCH, *Der Verbrechensbegriff Grundlinien einer funktionalen Revision* (escrito de habilitación de Bonn), l999, pp. 203 ss. Cfr. también IDEM, *La función de la pena,* trad. de Javier Sánchez-Vera, 1999, pp. 11 ss. y 45 ss.

él la *función de caracterizar el delito como delito*, lo que expresado en otros términos, significa que la pena sólo sirve a la *autoconfirmación de la identidad de la sociedad*. En particular, la pena no previene la comisión de delitos. Lo que previene es más bien que éstos se dejen de concebir como tales en el futuro. Más aún: «la sanción no tiene un fin, sino que es en sí misma la obtención de un fin, *scil*. la constatación de la realidad inmodificada de la sociedad»[30]. Si Jakobs no presenta aún la pena como una sanción absoluta, sino relativa o preventiva, ello se debe a que sigue encontrando su fundamento en la necesidad social de impedir que el hecho contrario a la norma pueda ser entendido como máxima alternativa de conducta hacia el futuro.

2. Paralelamente a esta progresiva tendencia a identificar la función de la pena con una pura expresión simbólica de la desaprobación del hecho, *Jakobs* ha ido también concediendo cada vez una menor importancia a cualquier diferenciación analítica de los tradicionales elementos de la teoría jurídica del delito y, particularmente, a la distinción entre injusto y culpabilidad. Si se entiende que lo que al Derecho penal específicamente importa (y contra lo que en verdad reacciona) es la «desautorización de la vigencia de la norma» (*Desavouierung der Normgeltung*), lo decisivo será siempre (en un Derecho penal regido por el principio de culpabilidad) la culpabilidad misma o su ausencia, pues en esta categoría terminan por confluir todos los ingredientes que hacen que una conducta pueda dañar aquella vigencia. Esta orientación, ya perceptible en obras anteriores, se ha hecho más explícita en sus últimos escritos, en los que los conceptos de quebrantamiento de la norma y de daño a su vigencia sólo son la abreviatura de que concurren en el hecho la totalidad de los presupuestos de la imputación de una pena, lo que conduce a una teoría de la imputación, como la de Hegel, en la que la culpabilidad termina convirtiéndose en presupuesto de la acción[31]. Llevando este planteamiento hasta su extremo, *Lesch* ha llegado a proponer una «revisión funcional del concepto de delito» en el que el injusto (hecho antijurídico) no puede ser ya ni siquiera un concepto auxiliar para la constatación de la culpabilidad[32], sino que se identifica con la culpabilidad misma.Con ello, toda la sistemática del delito se termina resumiendo en lo que bien cabría denominar un «tipo total de culpabilidad», del que formarían

---

[30] G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft,* 1997, p. 106 [=*Sobre la teoría de la pena,* traducción de M. Cancio Meliá, Poder Judicial 47 (1997), p. 157]. Cfr. ya antes IDEM (nota 5), p 18.

[31] G. JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff,* 1991, [=*El concepto jurídico-penal de acción,* traducción de M. Cancio Mehá, en Estudios (nota 21), pp. 121 ss.]. Cfr. también IDEM, *Norm* (nota 21), pp. 103 ss. [PJ 47 (1997), pp. 154 ss.].

[32] Así todavía G. JAKOBS, en *Estudios* (nota 21), pp. 122 ss. (124).

parte inescindiblemente, como elementos objetivos y subjetivos, la totalidad de las características del delito, en una conexión «dialéctica» y «circular»[33]. La tradicional ordenación de las catergorías del delito a lo sumo podría tener ya un mero valor técnico[34]. Aunque hasta ahora no se ha pronunciado al respecto de un modo tan tajante, el propio *Jakobs* ha afirmado también, muy recientemente, que la determinación de «cuáles de entre los presupuestos de la responsabilidad se ubican en el injusto y cuáles en la culpabilidad es un problema de la didáctica, pero no del concepto de delito»[35].

3. Antes de examinar las valoraciones, generalmente críticas, que ha suscitado la concepción de *Jakobs* sobre la función de la pena, conviene detenerse, para entender mejor su alcance, en la noción de quebrantamiento de la norma que, como hemos visto, adquiere en este contexto una importancia esencial. Basándose explícitamente a este respecto en las aportaciones de la teoría de sistemas de *Luhmann*, *Jakobs* sostiene que el quebrantamiento de una norma no tiene significación para el Derecho penal por sus consecuencias externas, pues no puede remediar tales consecuencias cuando ya se han producido, ni es necesario tampoco que las mismas se produzcan para que un quebrantamiento normativo tenga lugar. El dato decisivo de la conducta penalmente relevante no consiste, por tanto, a su juicio, en constituir un desencadenante de procesos causales nocivos, sino en su capacidad para expresar un determinado *sentido o significado*: al sujeto que actúa de un modo contrario a la norma se le imputa la formulación de una máxima de comportamiento incompatible con aquélla, que la desautoriza como modelo general de orientación en el contacto social. El quebrantamiento de la norma consiste pues en esta contradicción con lo que ella establece y en la desautorización de la misma que conlleva[36]. La pena, en cuanto *respuesta* al quebrantamiento de la norma se sitúa en el mismo contexto de significado que ésta y simboliza, a su vez, la contradicción de dicho quebrantamiento o, dicho en términos positivos, que la norma infringida continúa siendo, pese a su quebrantamiento, la regla de comportamiento en que se puede seguir confiando hacia el futuro. La pena sirve precisamente para que las expectativas normativamente fundadas no queden anuladas por su defraudación en el caso concreto; para su mantenimiento «con-

---

[33] Cfr. H.H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff* (nota 29), pp. 190 ss., 203 ss., 274 s. y 276 ss. (especiaimente

[34] *Ibidem*, p. 280 (tesis 12).

[35] G. JAKOBS, *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, en Festschrift für Hirsch,* l 999, p. 63, con n. 55. En ARSP Beiheft 74 (2000), p. 72 Jakobs expresa esta misma idea del modo siguiente: «La dogmática jurídico-penal se agota en la diferenciación de sentido (culpabilidad) y naturaleza. A esta diferenciación se reconducen todos los institutos dogmáticos».

[36] G JAKOBS, (nota 20), 1/9.

trafáctico», es decir, para su mantenimiento pese a la evidencia de su defraudación *de facto*, mediante la definición como defectuosa de la conducta del autor y no de la expectativa de que éste se comportase conforme a la norma. La pena consiste, por tanto, en una contradicción del quebrantamiento de la norma que se ejecuta a costa de su autor[37].

De todo ello deduce expresamente *Jakobs* una desvinculación de la misión del Derecho penal respecto de la función de protección de bienes jurídicos que comúnmente se le viene asignando: «En correspondencia con la localización de quebrantamiento de la norma y pena en el plano del significado, no se puede considerar como misión de la pena la evitación de lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien la confirmación de la vigencia de la norma»[38]. Esa desvinculación se produce, pues, mediante la distinción que este autor efectúa entre *bien jurídico* (objeto de protección de *algunas* normas en la concepción de *Jakobs*) y *bien jurídico penal*, que sería el aseguramiento de las expectativas normativas esenciales frente a sus defraudaciones[39].

III

1. La teoría de la prevención general positiva de Jakobs ha sido objeto de una generalizada crítica, que, por lo que a la doctrina española se refiere, fue decisivamente impulsada por la publicación en nuestro país de un escrito de *Alessandro Baratta* en el que se vertían opiniones muy adversas sobre la teoría de la prevención de integración, a la que, sin detenerse en mayores matizaciones, se consideraba globalmente vinculada a la teoría de sistemas[40]. En él se tomaban también como punto de referencia los planteamientos funcionalistas de otros autores, como *Amelung*, *Otto* o *Roxin*, pero el centro de atención lo ocupaba la posición mantenida por *Jakobs*, hasta tal punto que se puede decir que se trataba de una recensión de los fundamentos de su concepción tal y como acababan de ser expuestos en la primera edición de su Tratado.

El grueso de la argumentación de *Baratta* se orientaba a tratar de demostrar que en la concepción de la prevención positiva de *Jakobs* se hallarían reunidos e incluso acentuados todos los defectos que, a su juicio, afectan a la teoría de sistemas de *Luhmann*. Estaríamos pues ante una concep-

[37] G. JAKOBS, (nota 20), 1/6, 9 y 10.

[38] G. JAKOBS, (nota 20), 1/11.

[39] Cfr. G. JAKOBS, (nota 20), 2/2 y 5.

[40] A. BARATTA, *Integración-prevención: Una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica,* traducción de Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas, CPC 24 (1984), pp. 533 y ss.

ción conservadora, tecnocrática e incluso autoritaria, «funcional respecto respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal» y promotora de «la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes» y, en particular, de la forma tradicional de abordar desde el Derecho penal los conflictos de desviación[41]. Ello se manifestaría, ante todo, en la «sustitución del principio de resocialización por el de la prevención general positiva» que habría tenido lugar no sólo en la obra de *Jakobs*, en cuanto representante para el Derecho penal de la teoría de *Luhmann*, sino en los restantes autores que se pronuncian en favor de la prevención general de orientación positiva o integradora[42]. Más allá de estos defectos inmediatamente derivados de la orientación teórica de partida, la construcción de la prevención general positiva o de integración habría quedado incluso, según *Baratta*, por debajo de las posibilidades de desarrollo crítico de la teoría de sistemas[43], al no tomar supuestamente en cuenta la posibilidad, puesta de relieve por dicha teoría, de que una misma función, en este caso la de estabilizar los sistemas sociales complejos, sea cumplida por instituciones diversas que aparecen entre sí como «equivalentes funcionales», despreciando así de antemano posibles alternativas radicales al sistema penal y ofreciendo una respuesta meramente represiva o sintomatológica a los conflictos allí donde se manifiestan, en lugar de donde se producen.

2. Estas mismas críticas, sin variaciones sustanciales, se han extendido por la doctrina en lengua española hasta la actualidad. Así se insiste en el supuesto carácter acrítico, conservador y tecnocrático de la prevención general positiva[44], con su corolario de despreocupación por la idea de resocialización[45]; en su formalismo[46]; y en su idoneidad para potenciar la expansión del Derecho penal[47]. Sólo ocasionalmente las valoraciones críticas del planteamiento de *Jakobs* desbordan el marco establecido por *Baratta*. Han de

---

[41] Cfr. *ibidem*, pp. 544 y s., 550 y *passim.*

[42] Cfr. *ibidem*, pp 537 y 547.

[43] Vid., en lo que sigue, *ibidem*, pp. 545 y s.

[44] Cfr. entre otros S. MIR PUIG, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva,* ahora en IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho,* 1994, p. 138; y M. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena,* 1990, pp. 169 y s.

[45] Cfr. M. PÉREZ MANZANO (nota 44), p. 256.

[46] ASÍ D. M. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales,* 1970, p 16, n. 23; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social,* 1985, pp. 26 y ss.; y M. PÉREZ MANZANO (nota 44), pp. 52 y s. y 169, relacionando inmediatamente este juicio, concebido como reproche, con los que generalmente se vierten sobre la teoría de sistemas.

[47] Cfr.A. GARCÍA PABLOS, *Derecho Penal. Introducción,* 1995, p. 93, con referencias.

mencionarse aquí, por su particular interés, dos de ellas que apuntan en la misma dirección. Por un lado, *Mir Puig*, abundando en la idea de que en dicho planteamiento habría quedado «sin explicar por qué la estabilización de expectativas ha de tener lugar por medio de la imposición de un castigo y no por otros medios menos lesivos y funcionalmente equivalentes», ha formulado la cuestión de por qué la confirmación de la confianza en las normas se ha de producir de la ejecución de un mal empírico, como ineludiblemente es la pena[48]. Por otro lado, *Pérez Manzano*, ha señalado que «la tesis de Jakobs sólo sirve para fundamentar que a la frustración de una expectativa debe seguir ?una? consecuencia jurídica, pero no dice nada ni sobre el tipo ni sobre la intensidad de la consecuencia» y, por tanto, no explica «el Derecho penal, sino cualquier forma de Derecho»[49].

IV

No es posible sostener ya esa mecánica correlación que se tiende a establecer entre la concepción de Jakobs y la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, pues la Sociología del Derecho de Luhmann es sólo uno de los materiales del edificio erigido por aquel autor. La influencia desde luego existe y nunca ha sido negada, aunque sí matizada, por Jakobs[50]. Pero junto a esa influencia, se manifiesta abierta y crecientemente en la concepción de la prevención general positiva de *Jakobs* el influjo, en modo alguno menor, de una tradición filosófica que se remonta al menos hasta *Hegel* y el de una corriente de pensamiento más específicamente jurídico-penal que recorre casi todo el siglo XIX y llega hasta nuestros días.

1. Ambas influencias han sido también expresamente reconocidas por *Jakobs*. En cuanto a la primera, ha admitido que la imagen que muestra la teoría absoluta de la pena en *Hegel* no se distingue en gran medida de su propia concepción; la diferencia estribaría propiamente en que el punto de referencia en la fundamentación hegeliana de la pena es el concepto abstracto de Derecho, mientras que en *Jakobs* ese punto de referencia viene constituido por las condiciones de subsistencia de la sociedad, de una determinada sociedad[51]. En cualquier caso, esa aproximación a la concepción de la pena de Hegel no implica la asunción de un entendimiento del Estado, al modo de éste, como «universo ético» o como «realidad de la idea ética».

---

[48] S. MIR PUIG (nota 44), p. 26. Vid. en esta misma dirección la observación de *B. Schünemann* en F. ZIESCHANG, *Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock*, ZStW 107 (1995), pp. 926 y s.

[49] M. PÉREZ MANZANO (nota 44), p. 257.

[50] Cfr. G. JAKOBS (nota 5), p. 16.

[51] G. JAKOBS (nota 20), 1/21.

Tal entendimiento ha sido expresamente rechazado por Jakobs, pues en sociedades pluralistas, como son hoy las nuestras, «ya no existe un programa de Derecho natural que obligue al ser humano a perfeccionarse moralmente»: aquí ya no se puede sostener que el Estado sea aquella institución que administra «objetividad, verdad y eticidad», sino que «en el mejor de los casos, ... garantiza (sc. a los individuos) las condiciones externas para ello»[52]. Con el punto de vista antipluralista de Hegel «no se puede administrar la sociedad actual», esto es, en una sociedad con un Estado que garantiza a través de derechos fundamentales el pluralismo y el individualismo y con ello privatiza la eticidad[53]. Como ha señalado recientemente Alcácer Guirao, refiriéndose tanto a Jakobs como a Luhmann, la comprensión del Derecho por parte de estos autores no implica una concepción orgánica y ética de la sociedad, en cuanto que cohesionada en torno a valores y convicciones comunes, ni que la incidencia de las normas sobre la sociedad persiga la integración o el fortalecimiento de su *identidad moral*, sino tan sólo el respeto de su *identidad normativa*[54].

La evolución del pensamiento de *Jakobs* muestra, por lo demás, un constante alejamiento de una visión del Derecho penal que podría tener aquellas características: la que se expresa en la conocida tesis de *Welzel*, según la cual la pena tendría la misión de expresar «la vigencia inquebrantable de los valores positivos de acción», de «conformar la conciencia ético-social de los ciudadanos» y de reforzar «su permanente actitud interna de fidelidad al Derecho»[55]. Ahora el mantenimiento o fortalecimiento de la fidelidad hacia el Derecho no es para Jakobs más que, a lo sumo, un efecto secundario, pero no la función que la pena está llamada a cumplir. Por ello la crítica que a veces se hace globalmente a la teoría de la prevención general positiva, en el sentido de que no respeta la autonomía moral del individuo e infringe el mandato de neutralidad moral por parte del Derecho[56],

---

[52] G. JAKOBS, *La organización de autolesión y heterolesión,* en IDEM, *Estudios* (nota 21), p. 395. Cfr. también H.H. LESCH, *La función de la pena* (nota 29), p. 51.

[53] G. JAKOBS, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición. Estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículos nº 4 (1996), en n. 4 y *passim*.

[54] Cfr. R.ALCÁCER GUIRAO, *Facticidad y normatividad en Derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica,* Nueva Doctrina Penal 1998/B, pp. 413 ss. (416 ss.).

[55] H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht,* l l2 ed., 1969, p.3.

[56] Cfr. ante todo en este sentido, ampliamente, J. Mª SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 1), pp. 226 ss. Para otras referencias e implicaciones de esta cuestión vid. E. PEÑARANDA RAMOS/C. SUÁREZ GONZÁLEZ/M. CANCIO MELIÁ, *Estudio preliminar*, en G. JAKOBS, *Estudios* (nota 21), pp. 39 ss. Vid. ahora también, en la línea de lo que a continuación se expone en el texto, MÜLLER-TUCKFELD (nota 15), p. 69, n. 265.

afecta menos a la concepción actual de Jakobs que a otras versiones de este pensamiento, a las que corresponde mejor la denominación de prevención general de integración porque asignan a la pena una función de psicología o pedagogía social, mientras que en el caso de *Jakobs*, tal dimensión muy presente al principio ha ido declinando, como ya ha quedado expuesto, hasta desaparecer por completo.

2. *Jakobs*[57] ha reconocido igualmente el parentesco de su concepción sobre la función de la pena con la doctrina del «daño intelectual del delito», muy difundida en Alemania a lo largo del siglo XIX[58], pero también fuera de ese espacio geográfico. Precisamente una manifestación de esta doctrina resulta de particular interés para el propósito de estas consideraciones sobre la concepción de Jakobs, pues, mostrando una extraordinaria similitud con ella (si prescindimos de la terminología propia de la época en la que se expresa), difícilmente puede verse afectada por los reproches que se dirigen contra aquella de entrañar una visión tecnocrática, conservadora o, incluso, autoritaria del Derecho penal. Se trata de la concepción de *Francesco Carrara*, máximo exponente de la *scuola classica* italiana, que desarrolló en el ámbito del Derecho penal los principios de la Ilustración. *Carrara* ya sostuvo en aquel contextoque el delito, más allá del daño material que pueda ocasionar a un individuo particular, provoca un daño de otra naturaleza, «un daño mediato o reflejo» sobre el orden externo de la sociedad, que explica el «carácter político», esto es, público, de todos los delitos, y legitima con ello la intervención del Derecho penal. Ese daño intelectual consiste en que «por una ofensa causada a la seguridad de uno solo, todos los demás sufran por la disminución de la confianza en la propia seguridad». La función de la pena sería, pues, reparar no aquel daño material, sino éste intelectual, restaurando el orden conmovido por el delito (la vigencia de la norma, se dice ahora). La pena por tanto se dirige a actuar más sobre los otros que sobre el culpable del delito[59]

---

[57] G. JAKOBS (nota 20), 1/11, n 13

[58] Este parentesco ha sido puesto de relieve por H. MÜLLER-DETZ, *Vom intellektuellen Verbrechenschaden,* GA 1983, pp.481 ss. Vid. también MÜLLER-TUCKFELD (nota I 5), pp. 23 ss.

[59] Cfr. F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale, Parte generale 1,* 11ª ed., 1924, §§ 118 s., 619 y 621. Sobre las semejanzas de esta concepción con la de Jakobs, cfr. E. PEÑARANDA/C. SUÁREZ/M: CANCIO, *Estudio preliminar,* en G. JAKOBS, *Estudios* (nota 21), pp. 25 s. Sobre la orientación político-criminal de Carrara se puede recordar el juicio de G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General,* Madrid, 1977, pp. 21 s.: «la escuela clásica defendió una política criminal acorde con la ideología del Estado liberal de Derecho»; y cabe añadir a ello lo que afirma N. BOBBIO, *Prólogo* a: L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 1995, p. 18: «la gran tradición del pensamiento ilustrado y liberal ... en el campo del Derecho penal va de Beccaria a Francesco Carrara».

3. ¿En qué consiste entonces la influencia de Luhmann y su teoría de los sistemas sociales en la concepción del delito y de la pena de Jakobs? Ante todo en la incorporación a la base de su construcción de la concepción de la norma como una «expectativa de conducta contrafácticamente estabilizada»[60], a partir de la distinción adoptada por Luhmann entre expectativas cognitivas y expectativas normativas[61]. Ello no sólo tiene consecuencias para la descripción de la función de la pena[62], sino también para la construcción de las categorías de la teoría del delito y, particularmente, de la culpabilidad, cuyo criterio rector se orienta a dicha distinción[63]. En relación con esto es también notoria la influencia que ejerce sobre Jakobs la consideración de Luhmann de que a las normas jurídicas no corresponde tanto la función de dirigir las conductas, sino más bien la de asegurar las expectativas de conducta[64]. Y junto a todo lo anterior es sin duda patente y expresamente admitida por Jakobs la influencia de Luhmann en su comprensión de la sociedad como compuesta no de sujetos, sino de comunicaciones entre ellos[65]. Ambos coinciden también en que, por tanto, no todo lo que corresponde al individuo como realidad biológica o psicológica, como sistema psicofísico, pertenece sin más al sistema social, sino que ello depende nuevamente de la comunicación[66]. No deja de observarse por último el influjo

---

[60] N. LUHMANN, *Rechtssoziologie,* 3ª ed., 1987, p.43; G. JAUKOBS (nota 20), 1/4 ss.

[61] N. LUHMANN (nota 60), pp. 42 s.; G. JAKOBS (nota 20),1/5. La distinción procede de J. GALTUNG, *Expectation and interachon processes,* Inquiry 2 (1959), pp. 213 ss.

[62] Cfr. por ejemplo G. JAKOBS (nota 20), 1/9 ss.

[63] La distinción entre culpabilidad e inculpabilidad (exculpación) discurre, según Jakobs, por el mismo cauce que lo hacen sentido y naturaleza, sociedad y medio (o entorno: Umwelt): cfr.ahora en esta dirección G. JAKOBS, ARSP Beiheft 74 (2000), pp. 69 ss. Cfr. también N. LUHMANN, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general,* 2ª ed. en español (trad. de S. Pappe y B. Erker, coord. por J. Torres Nafarrete), 1998, p.303, con n. 153.

[64] Vid. supra n. 24 y el texto correspondiente. Cfr. también G. JAKOBS, Norm (nota 30), pp. 50 ss. Para la perspectiva sociológica es esencial la distinción en este sentido de Th. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts,* 1964, pp. 101 ss., entre «seguridad de orientación» y «seguridad de realización». Sobre la importancia de esta distinción para la detemination de la función del derecho por parte de Luhmann, cfr. A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell ópera di Niklas Luhmann,* 1975, pp. 79 s.

[65] Cfr. para esto y lo que sigue en el texto J.A GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, 1997, pp. 154 ss. Vid. también G. JAKOBS (nota 5), p. 12: «lo que se intenta comprender es la sociedad, es decir, un sistema de comunicación nonnativa, no el medio que la circunda».

[66] En esta línea establece G. JAKOBS (nota 5), pp. 50 ss. la distinción entre *persona* (como centro de imputación de expectativas dentro del sistema social) y sujeto (como sistema psicofísico diferente del sistema social y situado en el entorno de éste): «El Derecho penal reacciona frente a una perlurbación social; ésta no puede (precisamente, al ser una perturbación *social*) disolverse de modo adecuado en los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en ténninos imperativistas (como se correspondería, especiahmente, con el programa de Armin KAUFMANN). Por el contrario, hay que partir de los correspondientes

de Luhmann en la abstracción y el formalismo con que, en principio, Jakobs aborda el problema de la función del Derecho penal desde el punto de vista prioritario de la seguridad de las expectativas normativas, independientemente del contenido de las normas correspondientes y de los demás valores implicados[67].

V

1. Comenzando por esto último, ciertamente una concepción de la función de la pena que se mueve en los niveles de abstracción en que lo hace Jakobs está necesariamente abocada al formalismo. *Jakobs* no ha dejado nunca de reconocerlo. Ya desde el comienzo advierte que su atención se dirige, en primer término, a establecer cuáles son los rasgos comunes que permiten hablar unitariamente de pena, de su concepto, en los más diversos Ordenamientos, pese a las enormes diferencias que pueden existir en su configuración concreta en función del tipo de sociedad de que en cada caso se trate (por ejemplo Estados envueltos en agudas crisis existenciales o firmemente estabilizadas, sociedades elementales limitadas a un escaso número de contactos o sociedades complejas caracterizadas por contactos masivos y altamente diferenciados) y de la forma en que en ella se entienda el Derecho (v. gr. como instrumento de dominio de una clase o como un orden racional fundado en el contrato social)[68]. Y, por otra parte, su propósito declarado consiste en desarrollar ese análisis conceptual *para el Derecho vigente*, esto es, para el Código penal de la República Federal de Alemania[69]. En correspondencia con ello, *Müssig*, un discípulo de *Jakobs,* ha podido decir que «la teoría de la prevención general positiva», que ambos comparten, «es en un modelo formal o positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad»[70].

---

conceptos sociales: de los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir, de la persona, del ámbito de cometidos adscrito, es decir, de la competencia, y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada» (p. 50). Cfr. también IDEM, *Norm* (nota 30), pp. 44 ss. Cfr. con ello cuanto afirma N. LUHMANN en Sistemas sociales (nota 63), pp. 288 s. Sobre esta separación de individuo y persona y la identificación de persona y sociedad en Luhmann y Jakobs, cfr. W. KARGL, *Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte? Anmerkungen zu den «Rechtsphilosophischen Vord berlegungen» von Gunther Jakobs,* GA 1999, 53 ss., 62 s., críticamente.

[67] En relación con Luhman cfr. en este sentido A. FEBBRAJO (nota 64), pp. 134 ss. y 153 ss., y M. ATIENZA, *El futuro de la dogmática jurídica,* en El Basilisco, n9 10, pp.68 s. Reapecto de Jakobs (y tmbién de Luhmann), cfr. R. ALCÁCER GUIRAO (nota 54), pp. 426 ss.

[68] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/1 y 2.

[69] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/3.

[70] Cfr. B.J.A. MUSSIG (nota 24), p. 238.

¿Quiere esto decir, como frecuentemente se achaca a *Jakobs*, que con ello se venga a legitimar todo aquello que resulte funcional al mantenimiento de un sistema social dado, con total independencia de las características que el mismo presente?[71] O ¿que la teoría de la prevención general positiva puede, de este modo, contribuir a la justificación tanto de Ordenamientos jurídicos que respetan las garantías propias del Estado de Derecho, como de regímenes injustos, autoritarios o dictatoriales?[72]. *Jakobs* ha salido reiteradamente al paso de tales suposiciones. En relación con algunas críticas orientadas al carácter formal de su planteamiento[73] y a la necesidad, por tanto de rellenarlo luego con decisiones[74], ha advertido que ciertamente se necesita ese complemento para su aplicación a una sociedad concreta, pero que en esa misma necesidad se encuentra cualquier concepción que se mueva en igual nivel de abstracción: así, si se afirma, por ejemplo, que el Derecho penal protege bienes jurídicos, se incurre en idéntico «formalismo» hasta que no se determine qué es un bien jurídico en esa concreta sociedad[75]. En este mismo contexto y en el de la réplica a la crítica de ambivalencia o relativismo de su modelo de análisis funcional, ha señalado, por lo demás, que de acuerdo con él, en efecto, no se puede negar que el orden más injusto, en la medida en que efectivamente funcione, podría encajar en las descripciones por él mismo realizadas[76] y que el punto de vista escogido,

---

[71] Así, por ejemplo, B. SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo,* en IDEM (nota 1), p. 167: «en la práctica ... un principio normativo derivado de la teoría de los sistemas acaba cayendo en una apología del sistema de que se trate en cada caso» (en referencia a la posición de *Jakobs* en materia de culpabilidad).

[72] Vid. en esta línea, R. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 56; AK-HASSEMER, n.m. 254, antes del § 1; y AK-SCHILD, n.m. 73, antes de los §§ 20 y 21. Llevando la crítica hasta su extremo E.R. ZAFFARONI, *El funcionalismo sistémico y sus respectivas jurídico-penales,* en Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor, 1989, pp.747 y ss, especialmente 759 y ss., pretende demostrar, nada menos, que «la versión alemana (sc. del funcionalismo sistémico) se acerca peligrosamente a un equivalente central de la llamada "doctrina de la seguridad nacional" y "que sus consecuencias jurídico-penales" (en alusión a las establecidas en la obra de *Jakobs*, pero también en la de *Amelung* y *Roxin*) llevan al ocaso del llamado "derecho penal liberal"».

[73] Según H.J. H1RSCH, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht,* ZStW 106 (1994), p. 753, el formalismo de la concepción de *Jakobs* conduce a que las normas deban ser protegidas como un fin en sí mismas, para lograr su mantenimiento con idependencia de su contenido.

[74] Cfr. B. SCHUNEMANN, *Krihsche Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft,* GA 1995, pp. 220 s., que considera que el método normativista de *Jakobs,* al remitir para la interpretación de los conceptos penales únicamente a su funcionalidad respecto del sistema positivo, conduce al establecimiento de enteras cadenas de círculos viciosos en la argumentación y, en definitiva, a un puro decisionismo.

[75] Cfr. G. JAKOBS, ZStW 107 (1995), pp. 847 y s, n. 10.

[76] G. JAKOBS (nota 20), 1/20, n. 24 (respecto de las críticas de *Zacyk* y *Schild*: vid. supra n. 54).

que trata de comprender el fenómeno de «la normatividad en sí», no garantiza que las normas de las que se trate sean «normas en sentido enfático», es decir, normas legítimas[77]. Pero de ahí a suponer que, en su concepción, la funcionalidad de un determinado elemento del sistema (por ejemplo la pena orientada a la prevención general positiva) para el mantenimiento del correspondiente sistema social fundamente ya su legitimidad media una gran distancia, contra cuyo desconocimiento también previene expresamente *Jakobs*. El punto de vista funcionalista que mantiene no ahorra ni desplaza las cuestiones de legitimación, pero, a su juicio, éstas no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho penal: el Derecho penal no vale más que el orden social que contribuye a mantener y, por lo tanto, sólo puede extraer su legitimidad en última instancia de la existencia de normas legítimas[78]. En esta misma línea ha señalado *Müssig* que la cuestión acerca de los criterios de legitimación material de las normas penales desbordaría el cauce formal (y positivista) de la prevención general positiva y remitiría al análisis de los criterios materiales de identidad de una determinada sociedad[79]. En la imagen que ambos parecen querer transmitir de la Dogmática jurídico-penal, tal análisis no corresponde, sin embargo, al «intérprete» del Derecho penal. Para éste «no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que el sistema jurídico ha generado por diferenciación». La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una «tarea puramente política, no jurídico-penal» en la que a la ciencia del Derecho penal sólo correspondería determinar cuales son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas[80]

---

[77] ZStW 107 (1995), p. 848, n. 10.

[78] Cfr. en este sentido, por ejemplo, G. JAKOBS (nota 20), 1/1 ss., 1/8 y especialmente 1/18 (el modelo defendido «presupone que el orden social merece los costes que se imponen al infractor de la norma»), l/20 («la pena sólo puede ser legitimada por el valor del Ordenamiento para cuyo mantenimiento se castiga»), y 1/24 (la prevención puede quedar limitada por la atribución de un rango superior a otros fines, ya que «la profilaxis de delitos no es el fin más elevado»). Vid. también IDEM, ZStW 107 (1995), pp 25 ss., 33 ss. y 37.

[79] Cfr. B.J.A. MUSSIG (nota 24), pp. 137, 142 s., 157 ss., 165 ss., 230 y s.

[80] Cfr. G. JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 855, apoyándose en el punto de vista deMax Weber para justificar esta visión de la ciencia del Derecho. Hasta aquí parece justificado el diagnóstico de MÜLLER-TUCKFELD (nota 15), p. 68, de que «el planteamiento de Jakobs es más positivista que funcionalista». Sobre su pretensión metodológica de separar tajantemente dogmática y política criminal, vid. C. SUÁREZ GONZÁLEZ/M. CANCIO MELIÁ, *La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva. Estudio preliminar,* en G. JAKOBS, *La imputación objehva en Derecho penal,* 1996, pp. 79 y s. (con n.167), quienes se muestran razonablemente escépticos sobre la viabilidad de tal propósito.

La impresión que así se obtiene de la orientación metodológica de *Jakobs*, no se ve totalmente confirmada, sin embargo, ni siquiera cuando su exposición se mantiene en el elevado nivel de abstracción que corresponde a la definición de la prevención general positiva. Las deducciones no se obtienen aquí siempre a partir de una descripción neutralmente valorativa del fenómeno de la normatividad en sí, ni del sentido y funcionamiento de la pena, según su propio concepto, en cualquier sociedad imaginable. Las conclusiones obtenidas se deben también, en parte, a la anunciada concreción del análisis a las particulares condiciones del Derecho vigente en Alemania, pero tomado no sólo en su calidad de Derecho positivo, sino también de Ordenamiento legítimo, produciéndose de este modo una cierta síntesis entre una justificación funcional o final y una legitimación racional o valorativa[81].

Ello se pone especialmente de manifiesto allí donde *Jakobs* define su modelo de prevención general- frente a otras concepciones sobre el sentido y el fin de la pena. Así, por ejemplo, la concepción de las teorías absolutas es impracticable, a su juicio, porque « conduce a *valoraciones que no tienen un lugar legítimo en el marco de una pena estatal*»[82], en alusión directa a la conocida crítica de que tal entendimiento de la pena, con su apelación a un imperativo categórico, representa, por emplear una expresión de *Carrara,* «una fórmula vasta que autoriza a la sociedad a vincular la moralidad *interna*, más que la *externa*»[83]. Y también en contra de la posibilidad de configurar la prevención general negativa (intimidación general) o la prevención especial como fin de la pena utiliza *Jakobs* argumentos que remiten a una visión de la sociedad inspirada en los principios liberales del Estado de Derecho[84].

VI

1. En cuanto a los restantes argumentos que se han vertido contra el pensamiento de la prevención general positiva en *Jakobs*, resulta especial-

---

[81] Cfr. en este sentido AK-SCHILD, n.m. 73 (p.714). Vid. también IDEM, *Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff,* GA 1995, pp. 101-120, l l9. Sobre la referencia de la concepción de *Jakobs* al sistema social y jurídico-politico vigente en Alemania, cfr. también C. SUÁREZ GONZÁLEZ/M. CANCIO MELIÁ (como en n. anterior), p. 80, n. 166.

[82] G. JAKOBS (nota 20), 1/23.

[83] F. CARRARA (nota 60), p. 545. Vid., en el mismo sentido y casi en idénticos términos, C. ROXIN, CPC 30 (1986), pp. 688y s.; y también C.S. NINO, Éticayderechos humanos. Un ensayo de jushficación, 1989, p. 450y ss.; e idem, La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos, Doctrina Penal, 1989, pp. 43 y s.

[84] Cfr. sobre el particular, más ampliamente, E. PEÑARANDA/C. SUÁREZ/M. CANCIO, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs,* en G. JAKOBS, *Estudios* (nota 21), pp. 29 s.

mente sorprendente que se censure su supuesta incompatibilidad con la idea de la resocialización del delincuente, cuando aquél sostiene expresamente que la prevención especial puede constituir, también en el marco de un modelo orientado primariamente a la prevención general positiva, «una estrategia alternativa para la resolución del conflicto y además el único punto de vista conforme al cual se puede configurar el deber de soportar los costes que pesan sobre el autor de un modo que resulte razonable también para él»[85]. El pensamiento de la prevención especial, en su vertiente de resocialización, está pues plenamente integrado en la concepción de *Jakobs* y sometido en ella a las mismas o parecidas cautelas que, precisamente desde la perspectiva del Estado (social y democrático) de Derecho, plantean algunos de sus críticos españoles[86]. No se aprecian pues en Jakobs las reticencias que en cambio manifestó siempre *Luhmann* hacia la posibilidad de integrar la idea de resocialización en una construcción específicamente jurídica de la reacción frente al delito[87].

2. Tampoco es exacto decir que en la concepción de Jakobs falte una consideración de alternativas («equivalentes funcionales») a la pena: en su Tratado aparece un un amplio elenco de «otras posibilidades de solución del conflicto», que van desde desde la renuncia a la expectativa defraudada, hasta la suspensión de la condena, pasando por sanciones de carácter jurídico-civil, etc.[88]. Más aún: difícilmente se puede sostener que su planteamiento sólo ofrezca una respuesta represiva al fenómeno de la desviación y que desconozca la posibilidad de atajarla allí donde se produce, en lugar de donde se manifiesta, cuando Jakobs señala abiertamente que para obtener finalidades preventivo-especiales no es el procedimiento más adecuado la imposición de una pena, sino la prestación de medidas asistenciales» o, en términos más generales, que «sólo desde una perspectiva normativa es el autor la causa decisiva del conflicto», por lo que «puede ofrecer mejores po-

[85] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/47 y 50 y ss.

[86] Para Jakobs (*ibidem*), «el Estado no tiene –a su juicio– legitimación alguna para optimizar la actitud de los ciudadanos, sino que se ha de conformar con la observancia externa del Derecho (relegalización)», teniéndose que «limitar la prevención especial principahnente a la liberación de las presiones externas e internas» que aquejen al delincuente y «sólo con el empleo de medios que resulten legítimos frente a cualquier otro ciudadano no incurso en responsabilidad penal» Puede compararse, por ejemplo, este planteamiento con el formulado entre nosotros por S. MIR PUIG, *¿Qué queda en pie de la resocialización?,* ahora en IDEM, *El Derecho penal del Estado socialy democrático de Derecho,* 1994, pp.l41 y ss.

[87] Según N. LUHMANN, *AusdifferenzierurZg des Rechts,* 1981, 79, 90 s., el hecho de que se atienda a la «rehabilitación del delincuente» en lugar de a la «rehabilitación del Derecho», constituye un síntoma de una merma de diferenciación del sistema Derecho respecto de otros (sub)sistemas sociales, que pondría en peligro la subsistencia de aquél.

[88] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/12 y ss.

sibilidades de éxito iniciar la prevención de los delitos mediante una reorganización en ámbitos que no sean precisamente la esfera del autor»[89].

Esta amplia consideración de «equivalentes funcionales» de la pena permite relativizar la objeción de que un planteamiento funcionalista (y en particular el de Jakobs) remite necesariamente a una visión demasiado estática y armónica de los sistemas sociales[90]. Como se ha advertido reiteradamente, el análisis funcional, no es incompatibe con un análisis crítico, ni con una teoría crítica de la sociedad, aunque sí lo sea «la pretensión de totalidad» del funcionalismo y de la teoría de sistemas[91].

3. No es por tanto la falta de consideración de estrategias de resolución del conflicto alternativas a la pena lo que cabe criticar en el enfoque de la prevención general positiva de Jakobs, sino más bien, en la línea de lo señalado entre nosotros por Mir Puig y Pérez Manzano, precisamente la escasez de criterios normativos que orienten firmemente esa elección, es decir, de criterios que indiquen por qué y cuándo es necesaria precisamente una sanción de las características de la pena y en qué circunstancias se puede o se debe prescindir de ella y realizar un tratamiento diferente del conflicto. Este déficit de la formulación de la prevención general positiva ha sido admitido por *Müssig*, quien concede, que «ciertamente de este planteamiento no se deriva para la caracterización sociológica de la pena más que la necesidad de una reacción demostrativa para la la estabilización de la norma», pero a continuación añade que «la configuración de la sanción, su drástica intensidad, así como la necesidad de reaccionar con pena y no hacer operar otros mecanismos de procesamiento (sc. del conflicto) han de de-

---

[89] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/42 y 47, irlfine.

[90] Sobre esa crítica, distanciándose de ella, K. AMELUNG (nota 8), pp. 365 s. Según este autor la concepción social de la teoría de sistemas muestra una cierta neutralidad respecto de las diversas teorías políticas. Así «el conservador se remitirá a las funciones de una institución, el progresista a su sustituibilidad por equivalentes funcionales, el colectivista resaltará las necesidades del sistema social y el individualista las cargas que para la conducta del individuo lleva aparejada la solución del problema». No obstante reconoce la posibilidad de que, pese a lo anterior, el planteamiento funcionalista no sea igualmente fructífero para todas las posiciones políticas. Como señaló el Profesor Atienza en la discusión que siguió a esta ponencia, el funcionalismo puede favorecer más bien un punto de vista conservador que un punto de vista progresista o reaccionario; que ello haya de considerarse positiva o negativamente depende de las características del orden que se pretenda mantener o cambiar y de en qué sentido se plantee este cambio.

[91] Cfr. en este sentido, por ejemplo, N. BOBBIO, *El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas,* en IDEM, *Contribución a la teoría del Derecho* (ed. a cargo de A. Ruiz Miguel), 2ª ed. 1990, pp. 262 s.; y R ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. de M. Atienza e I. Espejo), 1989, pp.46 y 132. Sobre ello también J.A. GARCÍA AMADO, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación, en Anuario de Filosofla del Derecho*, 1986, p. 178. En el ámbito del Derecho penal así también, recientemente, MÜLLER-TUCKFELD (nota 15), pp. 68 s.

terminarse a partir de la estructura concreta de la sociedad, es decir, que son producto del ¿acuerdo normativo? en una concreta sociedad y dependientes, por tanto, de los criterios normativos de la identidad de tal sociedad»[92].

La raíz de esta relativa falta de conexión interna entre el concepto preventivo-general manejado y la pena se encuentra ya, sin embargo, en una insuficiente atención a lo ésta tiene de específico en el conjunto de los instrumentos de control social. El propio *Jakobs* parece haber advertido dónde se sitúa propiamente la cuestión cuando señala que «*también* para los equivalentes funcionales de la pena se generan *costes* (en el sentido de pérdidas de bienes de cualquier naturaleza), *que tienen que ser repartidos*», y que sólo han de ser soportados por personas a la las que incumba el conflicto[93]. La selección de la forma de control y de tratamiento de los conflictos sociales, bien a través de la pena (que impone costes al transgresor, por su transgresión) o bien a través de otras alternativas (que desplazan, eventualmente, esos costes a otras personas o a la sociedad en su conjunto), constituye, en efecto, un problema de distribución social de las cargas correspondientes. Y en la resolución de ese problema no se puede ignorar que la opción en favor de la utilización del instrumento «pena» no hace descansar unilateralmente todas las cargas sobre el infractor, sino que, como ha señalado *Hart*, supone, frente a otras técnicas, de carácter manipulatorio o de simple incapacitación de sujetos con tendencias antisociales, la asunción de un riesgo para la sociedad, al posponer ésta la intervención «hasta que el daño ya se ha producido; su operación consiste, simplemente, en anunciar ciertas pautas de comportamiento y en asignar penas a la desviación, haciéndola así menos atractiva, y, sólo entonces, dejando a los individuos que elijan. Es éste –concluye *Hart*– un método de control social que, de diversos modos o quizá en sentidos diferentes, maximiza la libertad individual en el marco de la estructura coactiva del Derecho»[94].

VII

1. El defecto más grave que, a mi juicio aqueja a la concepción de la prevención general positiva, en la versión ofrecida por Jakobs, aunque no sólo

[92] B.J.A. MUSSIG (nota 24), pp. 145 y s. En el caso de Müssig, esta remisión se traduce en una interesante orientación de tales criterios a la Constitución para tratar de determinar –a la luz no sólo de su catálogo de derechos fundamentales, sino también de sus principios organizativos esenciales– los posibles contenidos legítimos de las nonnas penales y la necesidad o no de su garantía con los instrumentos del Derecho penal (cfr. *ibidem*, pp. 168 y ss., con una amplia adhesión a los principios de formalización de la reacción penal planteados por *Hassemer*).

[93] Cfr. para lo que sigue G. JAKOBS (nota 20), 1/13 y 2/27.

[94] H.L.A. HART, *Introducción a los principios de la pena*, traducción de J. Betegón, en J. BETEGON/ J.R. DE PÁRAMO (eds.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos,* 1990, pp. 176 y s.

en ella, se encuentra directamente relacionada, conforme a lo que acabo de apuntar, con una particularidad del modelo teórico de los sistemas sociales en el que se inspira. La tendencia a considerar la pena sólamente en un plano simbólico o comunicativo, como «respuesta» al delito o como «manifestación» de la voluntad de vigencia del Derecho frente a lo injusto, hace que se pierda de vista lo que también es la pena y de un modo eminente: un mal que se ejecuta sobre quien ha cometido el delito con el propósito precisamente de privarle de alguno de sus bienes jurídicos más preciados y que precisa, en cuanto mal que es, de una específica legitimación respecto de quien ha de soportarlo. *Mir Puig* ha señalado, en este sentido, que «si sólo importa» en la pena «su significado comunicativo de negación del delito y (de) afirmación de la norma, ¿por qué no habría de bastar la sola manifestación verbal de desacuerdo con el delito y (de) confirmación de la norma? ¿Por qué hay que añadir el mal empírico que implica la pena si este mal es en sí mismo irrelevante?»[95] Esta cuestión afecta efectivamente al núcleo del pensamiento de la prevención general positiva: la falta de consideración de la pena como un mal y la consiguiente ausencia de un análisis profundo del sentido que este contenido aflictivo tiene para el cumplimiento de su función ha perturbado seguramente también el tratamiento de la problemática de la culpabilidad como criterio específico de asignación de responsabilidad penal, pues en ella se ha de atender no sólo a lo necesario para la afirmación de la vigencia de la norma, sino ante todo a una fundamentación suficiente del deber de soportar la pena por el autor como consecuencia de su infracción[96]. Ciertamente, en la versión de la teoría de la prevención general positiva mantenida por *Jakobs* en su Tratado, había aún alguna respuesta (aunque muy poco desarrollada) a aquella cuestión: «al menos –decía entonces *Jakobs*–, por medio de la pena se aprende la conexión entre el comportamiento y el deber de soportar los costes, aunque la norma pueda ser infringida pese a lo aprendido»[97]. Pero en la evolución posterior del pensamiento de Jakobs incluso esa leve referencia se fue perdiendo, hasta desaparecer por completo[98].

---

[95] S. MIR PUIG, RDPC, 2ª época, n° 2 (1998), p. 4. Vid. también J.C. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationspravention* (nota 15), pp. 67 ss., con otras referencias.

[96] Cfr. E.PEÑARANDA/C. SUÁREZ/M. CANCIO (nota 84), pp. 33 s. y 52 ss.

[97] G. JAKOBS (nota 20), 1/15

[98] Las respuestas ofrecidas a la cuestión planteada, mientras no se ha abandonado tan elevado nivel de abstracción han sido en efecto insatisfactorias. Este juicio merece, desde luego, la respuesta de H.H. LESCH, *Der Merbrechensbegriff* (nota 29), pp. 190 ss., que se mueve en la más estricta ortodoxia hegeliana: la restricción de los derechos del penado se basa en una retribución por la cual un equivalente del mal causado se vuelve contra quien lo causó conforme a la ley de su propia voluntad («Talión que opera por equivalencia valorativa»,«wertgleiche Talion»). G. JAKOBS, *Norm* (30), p. 108, considera, sin embargo, con razón, que con una explicación de este

2. Los problemas que suscita este entendimiento de la pena en un plano puramente simbólico tienen su origen en que en él se extrema un principio que sin esa radicalidad resulta razonable. Que la función de la pena haya de ser contemplada fundamentalmente desde la perspectiva del perjuicio que el delito irroga a la víctima y al conjunto de la sociedad y no en atención de la ventaja que el hecho produzca a su autor (como de un modo u otro se supone si predomina la lógica de una prevención general negativa o intimidatoria) es una opción preferible a la contraria, tanto desde consideraciones de principio[99], como en lo que se refiere a la explicación del Derecho vigente, que gradúa la gravedad de las penas atendiendo al carácter más o menos disvalioso del delito correspondiente y no al beneficio que de él se pretendiera obtener. Ya por este motivo parece más adecuado tomar como punto de partida la idea de que las normas penales se orientan a poner de manifiesto a todos el desvalor del hecho y que se puede seguir confiando en que habrán de ser respetadas, por más que ocasionalmente se produzca su infracción. Pero que la norma penal anuncia también un mal a quien infringe lo que en ella se prescribe es algo tan evidente que no puede ser seriamente discutido.

3. La negación de este dato discurre en paralelo con la también infundada pretensión de eliminar de las normas cualquier función de dirección de conductas (como por ejemplo hace Lesch[100]). Recientemente *Müller-Tuckfeld* ha señalado la inviabilidad de tal pretensión: «el aseguramiento de expectativas puede ser considerado analíticamente como el cometido primario del Derecho», pero esa función no puede ser desgajada de la de dirección

---

tipo no se puede construir una teoría de la pena «pues el delincuente en su racionalidad sólo formal ... no puede imponer a la sociedad cómo ésta ha de proceder. De este contexto no se deduce más que un deber de soportar la pena», que ha de ser fundamentada en su cualidad y entidad de otro modo. No obstante, la explicación del propioJakobs en este contexto (*ibidem* p. 105 s.) no parece en principio mejor: a su juicio, mediante la pena «se debe hacer imposible de un modo efectivo que el hecho (sc. delictivo) suscite a&esión, convirtiéndose en permanente en el mundo externo». La cuestión es por qué la imposibilidad de que el hecho suscite una adhesión depende de la imposición de un castigo, esto es, de un mal físico. Puesto que inmediatamente se piensa en el efecto disuasorio para el penado o para terceros que puede tener la imposición de la pena, *Jakobs* se ve obligado a salir al paso de esta (aparente) contradicción: «esto no tiene nada que ver con intimidación, corrección o aseguramiento del infractor de la norma o de otras personas»; pero las aclaraciones sucesivas dejan más bien la impresión contraria: lo único que queda flrme es que la medida de la pena se debe determinar por la gravedad del hecho y no por lo que sea más adecuado para la intimidación, la corrección o el aseguramiento. Una crítica similar a la que aquí se dirige a *Jakobs,* referida en cambio a la concepción de la pena de Kohler y Herzog, fuertemente influida también por el pensamiento de Hegel, puede verse en M. BAURMANN, *Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie des positiven* Generalprävention, GA 1994, p. 383, n. 28.

[99] Vid. en este sentido A. von HIRSCH, *Censurary castigar* (trad. de E. Larrauri), 1998, p. 33.

[100] Cfr. H.H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff* (nota 29), p. 203.

de conductas, porque las expectativas no pueden ser (contrafácticamente) «estabilizadas a la larga si la facticidad de la norma es continua y manifiestamente transgredida». Por ello la dirección de conductas ha de ser una «segunda función del Derecho, de carácter derivado» de la anterior[101]. Esta era, por cierto y sin mayores matices, la tesis que mantuvo Luhmann en su Sociología del Derecho[102] y también el punto de partida que había sostenido en un artículo dedicado específicamente a la cuestión[103], en el que, no obstante, se observaban ciertas tensiones o dificultades para combinar en un sólo instrumento, las normas, esas dos funciones. Ambas no se excluyen mutuamente; más bien, la norma jurídica sirve precisamente para su combinación, asegurando, de una parte, contrafácticamente aquello que se puede esperar y justificando, de otra, reacciones que tienen como fin producir una realidad conforme a la norma a través de la prevención de la desviación o de la reparación del daño. El problema consistiría sin embargo en determinar en qué *nivel de pretensión* ambas funciones resultan todavía combinables, pues podría suceder que una política del Derecho excesivamente inclinada al aseguramiento del efecto (el cumplimiento del contenido de la norma) destruyese la seguridad de la expectativa o viceversa[104]. A esta cuestión dedicó también Luhmann algunos pasajes del capítulo tercero de su obra póstuma «Das Recht der Gesellschaft», donde la respuesta es, a primera vista, más tajantemente negativa. Aquí Luhmann sostuvo el Derecho sólo cumple una función[105]: «la función de la norma no reside en la dirección de motivos (...), sino en una estabilización contrafáctica»; por tanto, «la norma no garantiza una conducta conforme a ella, pero protege al que esto espera» en su confianza[106]. Sin embargo, la posición de Luhmann es también aquí más matizada que la que parece desprenderse de estas afirmaciones y, en realidad, termina por coincidir, desarrollándola, con la que anteriormente había mantenido. Esta matización tiene lugar a través del análisis de los efectos que en relación con esa función produce la posibilidad de sufrir esa sanción en caso de incumplimiento de la norma. Por una parte, en un concepto funcional de la norma como expectativa de conducta estabilizada contrafácticamente no existe ninguna decisión previa acerca de los motivos por los que

---

[101] J.C. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationspravention* (nota 15), p. 64. En el mismo sentido ya R.P CALLIESS (nota 9), pp. 22 y 26 s. Vid. también R. ALCÁCER GUIRAO (nota 54), pp. 419 s.

[102] Cfr. N. LUHMAdNN, *Rechtssoziologie,* 2ª ed., 1983, pp. 1 14 y 219 s.

[103] N.LUHMANN, *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssicherung?*, en IDEM, *Ausdifferenzierung* (nota 87), pp.73 ss.

[104] *Ibidem*, p. 74 y *passim*.

[105] N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, 1993, pp. 132 s.

[106] *Ibidem,* p. 135.

aquélla es cumplida o incumplida. Lo uno o lo otro puede suceder por desconocimiento o por la existencia de informaciones especiales; porque la norma se considera o no bien fundada (legítima, etc.) o coincidente con las propias valoraciones morales, etc. Y, «naturalmente», –concluye Luhmann– operan también las expectativas de sufrir una sanción: aunque hay hoy coincidencia en que el concepto de norma no puede ser definido por la conminación y, menos aún, por la imposición de una sanción, «la probabilidad de sanciones pertenece al instrumental simbólico que permite reconocer si existe o no una expectativa en el sentido del Derecho»[107]. Por otra parte, aunque la función del Derecho es posibilitar la seguridad de las expectativas precisamente en atención a que previsiblemente habrá casos en que su defraudación no pueda ser evitada, el incumplimiento de la norma pone en peligro la seguridad de orientación y, por ello, el Derecho tiene, al menos, que ofrecer y que poder llegar a imponer sustitutivos de su cumplimiento espontáneo, como son las penas o la reparación del daño[108]. Las prestaciones que el Derecho efectúa en orden a la «seguridad de su realización», analíticamente consideradas, han de ocupar sin embargo, a juicio de Luhmann, una posición subordinada respecto de la función de «seguridad de la orientación»[109]: «hay buenas razones –afirma– para limitar la imposición del Derecho a aquello que es necesario para posibilitar la existencia de expectativas resistentes a su decepción y conformarse para lo demás con la diferencia de funciones que corresponden al sistema jurídico y al político[110].

Si no se ha producido un cambio sustancial en sus puntos de vista a este respecto, cabe preguntarse por qué no ha mantenido Luhmann su anterior opinión de que la dirección de conductas habría de ser considerada como una segunda función derivada de la de aseguramiento contrafáctico de expectativas. Las razones por las que finalmente sostuvo que ésta es la única función del Derecho y aquélla sólo una prestación secundaria que el Derecho efectúa para el mantenimiento de las expectativas normativas y para otras numerosas funciones sociales se encuentra ya en parte en la diferencia, antes apuntada, del nivel de pretensión que en relación con lo uno o lo otro caracteriza al sistema jurídico (en el que está indicada una optimización de la función de estabilización contrafáctica de expectativas normativas, pero al que se cargaría en exceso con funciones de otros sistemas si se pretende que produzca una óptima prestación de dirección de conductas) y también en la mayor exigencia conceptual que adquiere la noción de fun-

[107] *Ibidem*, pp. 134 S.

[108] *Ibidem*, pp 152 s.

[109] Sobre estos conceptos vid. supra n. 64.

[110] N. LUHMANN (nota 105), p. 153.

ción en Luhmann tras el giro autopoiético introducido últimamente en su concepción. De acuerdo con ésta, sólo mediante *una* función se produce la clausura operativa de un determinado sistema respecto de su medio: en el caso del Derecho su única prestación específica, aquélla para la que no existen equivalentes funcionales, es la de que se pueda confiar, contrafácticamente, en las expectativas como tales expectativas (y no en cuanto prognosis de conducta)[111].

4. Todas estas consideraciones resultan también de interés cuando, superando el marco de la teoría de sistemas de Luhmann, se trata de aprovechar su análisis funcional para ofrecer una visión más crítica y, a mi juicio, también más completa del papel que pueden jugar en una concepción de la prevención general positiva la estabilización en el plano comunicativo de la vigencia de la norma y la conminación y ejecución del mal empírico en que la pena necesariamente consiste. Aquí puede darse muy bien el fenómeno señalado por Luhmann de que un intento de optimizar la dirección de conductas mediante una intensificación de la amenaza penal pueda dañar la estabilización de la norma por otros motivos. Ello no implica, sin embargo, que haya de verse en la conminación e imposición de la pena tan sólo un símbolo de desaprobación del hecho delictivo, sino que es imprescindible tomar también en consideración un elemento de desincentivación, de desaliento de la realización de ese hecho. Ello se relaciona con una debilidad congénita de todo Ordenamiento jurídico que no sea absoluto[112], sino que respete el pluralismo o el mandato de neutralidad del Derecho respecto del motivo de la obediencia a sus normas: la legalidad, el comportamiento externo conforme a la ley, puede ser exigida incluso por la fuerza, pero las razones de la obediencia deben dejarse al arbitrio de cada uno[113]. Esto no quiere decir que esas razones tengan para el Derecho, en todos los sentidos, el mismo valor. El recurso a la fuerza instrumental o a la amenaza de ella es imprescindible para garantizar un mínimo de obediencia fáctica del Derecho, pero sólo de forma secundaria. Un ordenamiento jurídico, que se presume a sí mismo legítimo, pretende prioritariamente el reconocimiento racionalmente motivado de sus normas. La peculiaridad del modo de validez del Derecho estriba en que se orienta simultáneamente a dos polos: a la facticidad de la observancia regular de las normas, que en su caso se obtiene también mediante coerción, y a la legitimidad de la regla misma, que pue-

---

[111] Cfr. *ibidem*, pp. 156 ss. y *passim*.

[112] Cfr. G. JAKOBS, *El principio de culpabilidad,* en IDEM, *Estudios* (nota 21), p. 382.

[113] Cfr. U. KINDHÄUSER *Rechtstreue als Schuldkategorie,* ZStW 107 (1995), pp. 701 ss (=IDEM *La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad,* en D.-M. LUZÓN PEÑA/S. MIR PUIG, *Cuestiones actuales de la teoría del delito,* 1999, pp. 185 ss., por donde en adelante se cita).

de producir su observancia por el propio respeto hacia ella[114]. Como consecuencia de esta prioridad para el ordenamiento de la perspectiva de la legitimidad, pese a la neutralidad respecto de la motivación concreta que impulse al agente a cumplir la ley, en los casos de incumplimiento está vedado un trato puramente instrumental con el infractor, si en él se supone la capacidad para una motivación que atienda a la legitimidad de la norma. En particular ello significa, en relación con (la amenaza de) la pena, que ésta no puede ser de tal intensidad que desplace en la práctica la posibilidad de que el cumplimiento se produzca por aquella motivación que no puede ser impuesta: por la propia vinculación a la pretensión de legitimidad contenida en la norma. La gravedad de la sanción no puede establecerse por lo que resulte instrumentalmente necesario para obtener una obediencia a su vez estratégicamente orientada, lo que conduciría a la constatación paradójica de su insuficiencia en cada infracción efectivamente producida (y a un deslizamiento por la pendiente de una cada vez mayor punición), sino por lo que racionalmente pueda ser aceptado también como legítimo en una perspectiva intersubjetiva como expresión del desvalor del hecho[115].

5. A una comprensión semejante de la prevención general positiva, que desborda evidentemente -en una perspectiva crítica- el puro análisis funcional, se aproxima en los últimos años un número creciente de autores en la doctrina jurídico-penal. En esta línea se mueve por ejemplo la propuesta de Baurmann y Kuhlen de considerar la pena estatal como medio para fomentar un cumplimiento libre o voluntario de las normas[116] y muy especialmente la concepción de la pena recientemente divulgada entre nosotros por *An-*

---

[114] Cfr. J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Introducción y traducción sobre la cuarta edición revisada de M: Jiménez Redondo), 1998, 90 ss., y U. KINDHAUSER (nota 113) pp. 201 s. Vid. también R ALEXY (nota 91), pp. 208 ss.; y J.C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, 1991, pp. 738 ss.

[115] Así también U. KINDHAUSER (nota 113) pp. 215 ss., y A. von HIRSCH (nota 99), pp. 34 ss., especialmente p. 40 (vid. también infra). De igual opinión es en definitiva J. Mª SILVA SÁNCHEZ, *Eficiencia y derecho penal,* p. 105, cuando se inclina por admitir que el efecto disuasorio de las normas penales no radica «únicamente en el factor intimidatorio de la amenaza a la pena, sino también en el aspecto de comunicación del valor, relativo a la gravedad del hecho. Aquí se trataría de elementos de convicción mediante la determinación conforme a sentido», lo que vendría impuesto por «una imagen del hombre como persona». Cfr. también R. ALCÁCER GUIRAO (nota 54)19981B pp. 418 ss.: particularrnente interesante es la relación que en esta línea establece entre prevención general de la pena y el modelo del hombre político como destinatario de las normas. Parcialmente en esta dirección BJ. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995,* 1997, p. 71.

[116] Cfr. M. BAURMANN, Voriiberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalpravention,, GA 1994, pp. 368 ss., y L. KUHLEN, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, pp. 347 ss.

drew v. Hirsch[117]. Según este autor, la pena expresa en primer término, siguiendo a *Strawson*[118], una desaprobación o censura sobre el hecho, suministrando a su autor, considerado como agente moral, razones para desistir de su realización, pero le suministra también, en segundo lugar, razones prudenciales para resistir la tentación de ejecutarlo si aquellas otras razones le son insuficientes. Entre ambos aspectos existiría una relación en virtud de la cual la función de desaprobación tendría primacía, operando la función preventiva sólo dentro del marco definido por aquélla[119]. A este punto de vista subyace una concepción de la naturaleza humana que yo personalmente comparto, aunque difiera de prejuicios muy arraigados también en el ámbito del Derecho penal. Como dice *A. von Hirsch*: «los penalistas tienden a ver con excesiva facilidad a los delincuentes como especies aparte del ciudadano obediente, como personas que son bastante impermeables a los mandatos morales y que necesitan ser intimidados o refrenados para respetar la ley. Yo no acepto esta visión. Un sistema de penas no debiera ser diseñado como algo que "nosotros" hacemos para prevenir que "ellos» delincan. Más bien debería ser algo que los ciudadanos libres diseñan para regular *su* propia conducta ... Un sistema penal en una sociedad democrática debiera ser del tipo del que la gente aceptaría como forma de ayudarles a vencer sus propias tentaciones, al tiempo que respeta su capacidad para elegir»[120].

6. La consecuencia que de todo ello cabe extraer es que la pena, desde una perspectiva de prevención general positiva y no (preferentemente) intimidatoria, ha de garantizar la vigencia de las normas dispuestas para proteger los bienes jurídicos esenciales[121] mediante la asignación de consecuencias negativas a su infractor como *motivo complementario* para su cumplimiento. Pero, posiblemente se piense que llegados a este punto nos hemos apartado ya en exceso del objeto de las anteriores consideraciones, que estaban referidas ante todo a comprobar la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en la obra de *Jakobs*. Las críticas que generalmente ese

---

[117] Cfr. A. von HIRSCH (nota 99), pp. 34 ss. y *passim*.

[118] P.F. STRAWSON, *Freedom and Resentment,* en IDEM (ed.), *Freedom and Resentment and OtherEssays,* 1974, pp. 1 ss.

[119] A. von HIRSCH (nota 99), p. 39.

[120] *Ibidem*, pp. 28 s.

[121] Sobre la necesidad de la noción de bien jurídico como «término teórico» a través del cual se introduce una perspectiva crítica sobre la legitimidad de aquellas normas cuyo quebrantamiento se sanciona penalmente, cfr. E. PEÑARANDA/C. SUÁREZ / M. CANCIO (nota 84), pp. 34 ss. En cuanto a la interpretación del concepto de bien jundico como «término teórico» vid. C.S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, 1974, pp. 66 ss.

han proyectado contra este autor y en particular contra su concepción funcional de la culpabilidad parecen dar a entender, en efecto, su incompatibilidad con una reconstrucción de la teoría de la pena como la que se acaba de proponer, en cuanto que tales críticas se resumen en la idea de que un concepto de culpabilidad semejante no puede representar límite alguno para las necesidades de prevención general, puesto que se construye en función de ellas, y permite la completa instrumentalización de la persona para tales necesidades[122].

En esas críticas se pasa por alto sin embargo que el punto de vista de Jakobs, sobre todo en sus últimos escritos dedicados a esta cuestión, dista mucho de coincidir con un planteamiento puramente instrumental tendente a justificar la imposición de una pena sólo por su necesidad o utilidad social. Frente a ello, el propio Jakobs ha puesto de relieve que su reconstrucción de los principios y conceptos fundamentales del Derecho penal (y entre ellos, de forma destacada, el principio de culpabilidad) conserva, con su insistencia en la noción de persona y de comunicación personal, numerosos elementos pertenecientes a la vieja tradición europea. Esta afirmación queda manifiestamente corroborada con la contraposición que Jakobs establece entre comunicación instrumental y comunicación personal y la vinculación a esta última de su noción de culpabilidad. En la primera clase de comunicación, característica por ejemplo de las teorías de la prevención general negativa o de intimidación, el otro es objeto de un cálculo estratégico al servicio de una determinada finalidad y recibe el mismo trato, por tanto, que una máquina. En la comunicación personal, en cambio, el otro es reconocido como un igual, como alguien a quien se atribuye la capacidad de efectuar expresiones de sentido con validez general. Si, como ha señalado acertadamente *Burkhardt* remitiéndose a las correspondientes distinciones de Strawson, lo característico de cualquier teoría puramente preventiva de la culpabilidad consiste en la consideración como objeto del individuo a quien se atribuye la responsabilidad penal, frente a la «actitud dialógica» o «participativa» que sería coherente con su reconocimiento como persona[123], la construcción de la culpabilidad de Jakobs apunta manifiestamente hacia una síntesis entre finalidades preventivas y consideraciones deontológicas, derivadas éstas últimas del status reconocido al autor.

---

[122] Cfr. para esto y lo que sigue, ampliamente, E.PEÑARANDA / C. SUÁREZ/M. CANCIO (nota 84), pp. 47 ss., con numerosas referencias.

[123] Cfr. en este sentido B. BURKHARDT, *Charaktermangel und Charakterschuld,* en K. LUDERSSEN/F. SACK, *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissensschaften für das Strafrecht,* t. I, 1980, pp. 186 ss. Vid. también supra n.1 .

No deja de ser significativo, en este sentido, que el propio Jakobs, recuperando de una forma modificada la concepción de la pena que había expuesto en su Tratado, haya acabado por aproximarse también en su último escrito sobre la cuestión a la visión de la prevención general positiva que se ha descrito en el epígrafe anterior: la pena tiene ahora, en su opinión, una función manifiesta, de comunicación personal de la pretensión normativa, y funciones latentes (¿o quizá complementarias o secundarias?), de dirección instrumental de la conducta a través de la motivación. *Jakobs* advierte que una y otra funciones tienen destinatarios distintos que podrían ser caracterizados, al modo de Kant, como *homo noumenon* y *homo phaenomenon*, respectivamente[124]. Mejor sería decir, probablemente, en la línea de lo que anteriormente se ha expuesto, que la pena se dirige a los seres humanos en cuanto seres inteligibles y sensibles *a la vez*[125], aunque con predominio de la primera de estas dos perspectivas.

[124] G. JAKOBS, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, (trad. de T. Manso Porto), en Escuela Judicial/Xunta de Galicia, Estudios de Derecho Judicial 20 (1999), pp. 136 s.

[125] Esta «definición híbrida» del destinatario de la pena, que I. KANT, *La Metafísica de las costumbres* (trad. y notas de A. Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), 1989, pp. 33 s. [226 s.], había de considerar necesariamente «falsa», puede constituir sin embargo la clave para una fundamentación más racional de la pena.

SOBRE LA GÉNESIS DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA*

Günther Jakobs
Universidad de Bonn

I. Concepto de obligación

Siguiendo la costumbre de los juristas, comenzaré con un ejemplo imaginario [1]: dos seres humanos, que no han tenido contacto con anterioridad de manera directa o de un modo mediato determinable, se encuentran casualmente en un lugar solitario, no sometido al dominio de nadie, por ejemplo, en alta mar. Constatan que disponen de objetos susceptibles de intercambio y acuerdan una permuta, por ejemplo, de oro a cambio de instrumentos náuticos. Una vez ejecutado el negocio, *uno* de los seres humanos comprueba que el otro no dispone de armas. Inmediatamente, le quita al otro lo entregado con un gesto mostrando su armamento, y se aleja con el oro y los instrumentos náuticos. ¿Sucede esto en contra de una obligación existente, o, como también se dirá en lo que sigue, en contra de un deber existente?

Para poder contestar esta pregunta, aquí se comenzará con algunas consideraciones acerca de qué es lo que ha de entenderse por obligación o deber. La obligación aquí no es entendida como la coacción a la que está expuesto un individuo que en una determinada situación debe hacer algo para maximizar su satisfacción o minimizar su insatisfacción. Diciéndolo con ejemplos, ni la tormenta crea la obligación de abrir el paraguas, ni –en uno de los casos más famosos de la filosofía social[2]– ni la pistola del ladrón la

---

* Traducción del texto «Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit» (manuscrito) de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

[1] De modo similar G. HUSSERL, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, 1925, p. 39; sobre ello RÖHL, en: KAULBACH *et al.* (ed.), *Recht und Gesellschaft* (Festschrift für Schelsky), 1968, pp. 435 y ss., 459 con nota 60, con ulteriores referencias.

[2] AUGUSTINUS, *De Civitate Dei*, libro IV, 4; HUME, *Ein Traktat über die menschliche Natur*, traducción de LIPPS, libro III, *Über Moral*, 1906 (reimpresión 1978 con el libro II), pp. 273 y s.; ROUSSEAU, *Vom Gesellschaftsvertrag*, en: FONTIUS (ed.), *Kulturkritische und politische Schriften in zwei Bänden*, tomo 1, s.f., pp. 381 y ss., libro I, 3; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª edición, 1960, pp. 45 y ss.; también SPINOZA, *Tractatus Theologicus-Politicus*, ed. a cargo de GAWLICK, 1979, p. 475.

obligación de entregar cosas de valor. En correspondencia, por mencionar otro ejemplo, la amenaza de los gobernantes de la antigua República Democrática Alemana de disparar sobre quienes huyesen del país no creó *per se* una obligación de permanecer en su territorio. Obtener una conducta por *coacción* y poder vincular mediante *obligación* a realizar un comportamiento son dos cosas distintas.

Por el contrario, aquí se hablará de obligación cuando se espera de una persona un determinado comportamiento sin que se tenga en cuenta la constitución del individuo, dicho de otro modo, cuando la ordenación de la conducta no es descrita en función del esquema satisfacción/insatisfacción (o conforme a un esquema subordinado a éste, como estímulo muscular/inacción), sino de acuerdo con un esquema distinto, un esquema de deber, que si bien no contradice necesariamente en todo caso el esquema satisfacción/insatisfacción, sí lo hace ciertamente en supuestos individuales. Desde la perspectiva del esquema de deber, la pregunta que entonces se impone, acerca de cómo siquiera podrá producirse un comportamiento de determinada configuración sin encontrar una condición suficiente en el esquema satisfacción/insatisfacción, es contestada afirmando que es asunto de la persona misma procurarse las condiciones de esa configuración; cuando la persona no logra una acción debida o ejecuta una acción no debida, ello le es imputado como defecto. Dicho con un ejemplo: cuando se discute si resulta aconsejable que un científico, después de un experimento fracasado, opte sencillamente por falsear los datos, por un lado, puede analizarse la situación de motivación del científico, en particular, determinar si no sucede que el daño que se produciría en caso de descubrirse el falseamiento resultaría tan masivo que en términos de balance no puede alcanzarse una ventaja. Por otro lado, sin embargo, también se puede argumentar que aunque todo parezca ser propicio para el falseamiento, un científico debe omitirlo; pues éste queda definido por el intento de comunicar algo cierto, o al menos plausible, en todo caso, por no mentir, mientras que no forma parte de su figura la maximización de bienes de fortuna. Esta segunda valoración de la situación, que parte del rol de un científico, se fundamenta en una obligación del científico, precisamente, en la configuración de su rol, que no tiene en cuenta los intereses individuales.

También ha de limitarse este ámbito restante de orden normativo en sentido estricto: en lo que sigue, quedan aquí excluidos todos los deberes religiosos. Por ejemplo, que los dos permutantes en el ejemplo mencionado al principio puedan estar obligados a la fraternidad en cuanto criaturas de *un* creador queda fuera de consideración. Además, tampoco se tendrán en cuenta las configuraciones secularizadas de tales deberes religiosos, es decir, los deberes contra uno mismo; en lugar de ofrecer una fundamentación,

queda hecha una remisión, en esta medida, a *Schopenhauer*[3]. Por lo tanto, en lo que sigue únicamente se tratarán los deberes de una persona frente a otra, debiéndose representar los intervinientes como no constituidos religiosamente; a efectos de delimitación, puede hablarse de deberes sociales.

II. El contrato como fuente

Deber social es la denominación para la relación entre un obligado y un derechohabiente. En esta relación, no es necesario que el titular sea el favorecido; así, puede suceder que alguien tenga frente a otro el deber de favorecer a un tercero, por ejemplo, un súbdito frente a un señor el deber de favorecer a otro súbdito. Sin embargo, en el ejemplo mencionado al principio no hay ningún tercero, de modo que cabe concretar la cuestión a resolver en los siguientes términos: ¿tiene *uno* un deber específico frente al *otro* de dejarle la cosa que le ha dado en permuta, es decir, de respetarle como propietario? Dicho de otro modo, ha de poder mostrarse un orden en cuanto orden determinante mediante el cual el *otro* sea definido como propietario y *uno* como sujeto que respeta esto. Parece sencillo mostrar tal orden: tanto el *uno* como el *otro* han querido la permuta y la han ejecutado, es decir, han elegido un orden en el que cada uno de ellos ha de quedar como propietario de la cosa obtenida en la permuta y perder la propiedad de la cosa entregada.

Esta constatación, que a primera vista parece clara como la luz del día, sin embargo, entra en penumbra –al principio, leve, y, después, más intensa– en cuanto se formula claramente que la *voluntad* de los permutantes es un hecho psíquico, que, precisamente, al ser un hecho, viene y va, y que una vez que se ha ido, como sucede en el caso de *uno* de los seres humanos, después de que descubriera que el *otro* estaba desarmado, ya no puede tener efecto alguno.

Sin embargo, el argumento de que lo que sucede es que la voluntad de permutar habría finalizado podría quedar neutralizado precisamente por la conclusión de la permuta: pues la permuta consistía precisamente en sustituir la indeterminación de la voluntad futura por la determinación de una atribución de los objetos, dicho de otro modo, se pretendía que únicamente fuera determinante la distribución de los bienes acordada en la permuta, y no lo que se quisiera en el futuro. Pero tan indudable como resulta que éste es el contenido de la permuta, tan dudoso es por qué vincula ese contenido en una permuta llevada a cabo bajo las condiciones descritas.

---

[3] *Die beiden Grundprobleme der Ethik*, en: VON LÖHNEYSEN (ed.), *Sämtliche Werke*, tomo III, 1962, pp. 483 y ss., 652 y ss., 783; sobre la filosofía moral como moral «teológica disfrazada» en los deberes contra uno mismo: p. 691.

Si se busca una razón de la obligación, el deber, parece ofrecerse en primer lugar como criterio determinante la autorrepresentación de los intervinientes, especialmente de *uno* de ellos, que no quiere ser coherente: él mismo se ha comportado como permutante, y por lo tanto debe quedar vinculado a ello. Este camino, sin embargo, no conduce a la meta; pues ese *uno* de ningún modo negará haberse comportado de ese modo, pero sí que ese episodio del pasado le ataña en algo. «... la voluntad vinculante es la voluntad de ayer»[4]. El resultado de esta perspectiva del individuo hacia la sociedad (formulado con claridad por primera vez por *Hume*[5]) se corresponde con el de una perspectiva de la sociedad hacia el individuo: *Durkheim* fue el primero en elaborar con toda claridad los presupuestos no contractuales, sino institucionales del contrato, llegando a la conclusión de que «el contrato no se basta por sí mismo; tan sólo es posible gracias a una reglamentación del contrato que es de origen social. El contrato presupone tal reglamentación, puesto que tiene mucho más la función de aplicar reglas generales, fijadas con anterioridad, a casos individuales, que la de crear reglas nuevas.»[6]

Si existiera un deber *a priori* de procurarse un *curriculum vitae* coherente, el *uno* estaría vinculado, pero ¿de dónde ha de tomarse ese deber? ¿Que ninguna sociedad puede vivir sin él?[7] Bien, pero el sujeto despojado, aislado, no constituye una sociedad. Ciertamente, el *uno* ha afirmado con la permuta antes realizada una institución social, una institución que no ordena nada, es decir, que no es tal institución si puede verse seguida inmediatamente del robo; por lo tanto, la permuta y el robo se encuentran en dos mundos distintos, la primera en un mundo social, el segundo en el mundo del individuo aislado que roba. Quien lleva a cabo una permuta, afirma un mundo social. Pero en el ejemplo, este mundo social sólo existe porque ambos intervinientes en la permuta lo esbozan mediante el acto de permuta. Que este mundo permanezca como real o sólo sea capricho de un momento no queda determinado sólo con ese esbozo; pues el *otro* se encuentra so-

[4] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5ª edición, a cargo de E. WOLF, 1956, p. 245. – Exhaustivamente sobre la diferencia entre voluntad individual de vincularse y vinculación JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, pp. 14 y ss., 20 y s. y *passim*.

[5] Cfr. al respecto *infra* texto correspondiente a la nota 8.

[6] *Über soziale Arbeitsteilung*, 1988, pp. 256 y ss., 272; vid. también p. 450 y *passim*; IDEM, *Physik der Sitten und des Rechts*, 1991, pp. 237 y ss., 245: "El contrato es ... una fuente de variaciones que presupone un fondo jurídico básico que tiene un origen distinto". Exhaustivamente al respecto RÖHL (nota 1), pp. 45 y ss.; además KÖNIG, en: KÄSLER (ed.), *Klassiker des soziologischen Denkens*, tomo 1, *Von Comte bis Durkheim*, 1976, pp. 312 y ss., 323; GEPHART, *Gesellschaftstheorie und Recht*, 1993, pp. 329 y ss.; KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, pp. 39 y ss.

[7] LUHMANN, *Rechtssoziologie*, tomo I, 1972, pp. 74 y s.

lo con la defraudación que le produce el *uno* mediante el robo: esta defraudación ni siquiera es ya un suceso social, sino tan sólo sufrimiento individual. Dicho de otro modo: ninguna socialidad se compone de sólo dos personas; pues entonces, la desvinculación de una de las personas ya no puede ser concebida comunicativamente como defecto.

Sin embargo, también en un caso menos drástico que el configurado al principio, es decir, también en caso de intervenir más de dos individuos, la promesa de permuta en el plano de los individuos es tan sólo un hecho que debe tenerse en cuenta por inteligencia práctica, y no genera una vinculación, puesto que el individuo no conoce la vinculación, sino sólo el esquema de satisfacción e insatisfacción. Correspondientemente, dice *Hume* que nos resulta «tan imposible modificar por nosotros mismos nuestros sentimientos como los movimientos del cielo». Y resume: «una promesa *por naturaleza* es un completo sinsentido»[8]. Y del mismo modo argumentó ya *Spinoza*[9]: «...cualquier contrato sólo es válido en virtud de su utilidad ... Si ésta desaparece, también decae el contrato y pierde su validez. Por ello, es estúpido exigir de otro fidelidad eterna si no se procura al mismo tiempo que el quebrantamiento del contrato a concluir le produzca más daño que beneficio».

Partiendo de esta situación, tampoco los argumentos utilitaristas sirven de ayuda. Por ejemplo: ¿que ese *uno* en algún momento deberá confiar en la constancia de otro? De acuerdo, pero este caso futuro no lo puede dirigir mediante su conducta actual. – ¿Quizás el *otro* descubre pronto una debilidad de ese *uno* y le devuelve el ataque? Igualmente de acuerdo, pero una cosa es producir de modo poco inteligente su propio daño y otra lesionar un deber social. El utilitarismo enseña qué acción es inteligente o estúpida, pero no lo que se debe y lo que no se debe.

Resumiendo, esto significa: los permutantes pueden desear la constancia del otro, también es posible que de ser lo suficientemente fuertes puedan obtener esa constancia coactivamente. Si les falta la fuerza o si su cálculo es erróneo, su deseo puede no realizarse. De ello podrán aprender para comportarse de modo más inteligente en la siguiente ocasión. No hay nada más que decir en el plano de los individuos.

---

[8] Op. cit. (nota 2), p. 264; sobre ello LAHNO, *Versprechen. Überlegungen zu einer künstlichen Tugend*, 1995, pp. 39 y ss., 49 y ss.; IDEM, en: HEGSELMANN *et al.* (ed.), *Moral und Interesse*, 1997, pp. 47 y ss., 49 y ss.

[9] Op. cit. (nota 2), p. 475; IDEM, *Politische und ökonomische Essays*, introducción y edición de BERMBACH, 1988, volumen 2, pp. 301 y ss., 316 y ss. - Respecto de la ausencia de normas en la existencia individual con más detalle JAKOBS, op. cit. (nota 4), pp. 9 y ss., 14 y ss., 24 y ss.

III. Formulación de lo general por el individuo: el imperativo categórico de *Kant*

El *uno* cuya conducta aquí sirve de ejemplo resulta en todo caso inatacable si puede retirarse a su posición de un individuo que determina su propio ser, es decir, a su pura facticidad. Pero ¿por qué se le ha de permitir que lo haga? ¿No puede ser tomado como ser racional que no resulta definido por la invocación de satisfacción o insatisfacción, sino, precisamente, por su racionalidad? Dicho de otro modo, en vez de discutir la asocialidad *real* del *uno*, podría hablarse de su vinculación *virtual* en una socialidad. Se trata, como es evidente, del punto de partida de *Kant*, del que *Verdroß* ha dicho con razón que en él «todos los seres racionales» son imaginados como «unidos en un vínculo espiritual»[10]. Sin embargo, para *Kant*, al menos en lo que se refiere a los deberes *jurídicos*, nunca se trata *sólo* de la ordenación de un «reino espiritual»; por el contrario, los seres racionales actúan a través de los cuerpos de seres sensuales, de modo que han de ordenarse racionalmente estos objetos. Más aún: puesto que los seres racionales en la *praxis* sólo pueden entrar en colisión con sus cuerpos, para que una conducta sea adecuada a Derecho en el pensamiento de *Kant* basta su legalidad, es decir, que la configuración del cuerpo sea adecuada al plan de la parte externa de un orden racional, pero no es necesario que sea emprendida precisamente por la racionalidad, en virtud de un deber. La moralidad, el motivo del deber, lo atribuye *Kant* a la ética: «El convertir el actuar conforme a Derecho en mi máxima es una exigencia que me plantea la ética»[11].

Pero esta renuncia del Derecho a aparecer en la cadena de motivación, mientras la configuración externa sea adecuada al plan, no significa que los principios, las máximas del orden puedan obtenerse sólo con base en las condiciones de la configuración externa; por el contrario, se trata de máximas de seres racionales, y ello aun en el caso de que estas se destruyan externamente, como es conocido, por ejemplo, respecto de la prohibición categórica de la mentira de *Kant*[12]. Para *Kant* la obligación precisamente no se genera de un cálculo inteligente de la fortuna, dicho en términos modernos, de la calidad de vida, sino que, por el contrario, «obligación es la necesidad

---

[10] *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2ª edición, 1963, p. 146; WITTMANN, en: HAFT *et al.* (ed.), *Strafgerechtigkeit (Festschrift für Arthur Kaufmann)*, 1993, pp. 363 y ss., 370: «La ley general en el imperativo categórico de *Kant* es ... una generalización dentro de una comunidad presupuesta por *Kant*, compuesta de todos los seres racionales».

[11] *Metaphysik der Sitten*, en: *Werke in 6 Bänden*. ed. a cargo de WEISCHEDEL, tomo 4, pp. 301 y ss., 338.

[12] *Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen,* en: op. cit. (nota 10), pp. 635 y ss.

de una acción libre bajo un imperativo categórico de la razón»[13]. Es este imperativo categórico el que vincula entre ellos a los seres racionales, es decir, el que media entre lo general y lo individual. Citaré brevemente el camino de tal mediación:

Los seres sensuales actúan en función de su situación de satisfacción/insatisfacción en cada momento, lo que significa que actúan en virtud de condiciones contingentes: depende de qué sea aquello a lo que se dirija en cada caso la satisfacción y qué sea rechazado por insatisfacción. Por ello, según *Kant* no cabe formular más que imperativos hipotéticos para los seres sensuales, es decir, proposiciones si-entonces[14]; dicho a modo de ejemplo: «si alguien desea emborracharse, ha de procurarse alcohol» – pero de este modo no cabe determinar nada acerca de la justificación del deseo, ésta se establece con carácter hipotético. Frente a ello, la conducta moral en cuanto conducta de seres racionales precisamente no se rige con base en la situación de satisfacción/insatisfacción en cada momento, y por la independencia frente a esa contingencia *Kant* llama a los imperativos morales categóricos. Más aún, puesto que la racionalidad es la misma racionalidad en todos los seres humanos, la actuación racional debe ser susceptible de ser formulada como ley general sin más. «Por lo tanto, el imperativo categórico es uno solo, que es éste: actúa sólo conforme a aquella máxima a través de la cual al mismo tiempo puedas desear que se convierta en ley general»[15].

En el ejemplo mencionado al principio, la máxima al realizar el despojo es la siguiente: ha de tomarse aquello que se tiene poder para tomar. La existencia de propiedad sería incompatible con esta máxima, lo que, sin embargo, *per se* no conduce a una conclusión válida, pues la famosa cuestión planteada por *Hegel* frente a *Kant* puede formularse -con una modificación marginal– también aquí: que no hubiera propiedad (en *Hegel*: depósito), ¿qué contradicción supondría[16]? *Hegel* prosigue[17]: «si se parte de la deter-

---

[13] Op. cit. (nota 11), p. 327.

[14] *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, en: op. cit. (nota 11), pp. 7 y ss., 43 y ss., 57 y s., 51.

[15] Op. cit. (nota 14), p. 51. - Una exposición que afirma la posición de *Kant*, muy clara, es la ofrecida por SCHMUCKER, en: OBERER (ed.), *Kant. Analysen - Probleme - Kritik*, tomo 3, 1997, pp. 99 y ss.

[16] *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts etc.*, en: GLOCKNER (ed.), *Sämtliche Werke*, tomo 1, 1958, pp. 435 y ss., 466. - En una discusión, P. BAUMANNS me indicó acertadamente que la crítica que sigue se construye sobre una interpretación de la filosofía práctica de *Kant* tomada aisladamente, sin intentar una comprensión desde la perspectiva del fundamento de su sistema en su conjunto (desde su metafísica); sobre ello IDEM, *Kants Philosophie der Erkenntnis. Durchgehender Kommentar zu den Hauptkapiteln der «Kritik der reinen Vernunft»*, 1997, pp. 20 y ss., 382 y ss.

[17] Op. cit. (nota 16), p. 467; sobre ello BOHNERT, ZphilF 35 (1981), pp. 531 y ss., 537 y s.

minación general de la propiedad, puede formularse con ello la siguiente proposición tautológica: la propiedad es propiedad y nada distinto; y esta producción tautológica es el legislar de esa razón práctica: la propiedad, si hay propiedad, debe ser propiedad. Pero si se parte de la determinación opuesta, negación de la propiedad, se obtiene mediante la legislación de esa misma razón práctica la siguiente tautología: la no-propiedad es no-propiedad; si no hay propiedad, aquello que quiere ser propiedad debe ser eliminado. Pero precisamente el interés está en demostrar que debe haber propiedad; se trata únicamente de aquello que queda fuera de la capacidad de esa legislación práctica de la razón pura: de decidir cuál de las determinaciones opuestas es de la que hay que partir. Pero que esto haya sucedido ya antes y que una de las determinaciones opuestas haya sido tomada *a priori* es lo que exige la razón pura; y sólo después puede ejecutar su legislación, ahora superflua.» Por consiguiente, es necesaria una suposición adicional, precisamente, la de que debe haber propiedad, si se quiere que la máxima produzca un resultado – pero ésta ya no es necesaria en absoluto una vez que se ha asumido la suposición.

Ahora bien, sólo con esta crítica aún no se ha demostrado la inidoneidad del intento de *Kant*; pues el primero de los seres humanos en el ejemplo inicial ha fijado él mismo con la entrega de las cosas la máxima de que debe haber propiedad. Su identidad como persona que reconoce la propiedad, sin embargo, se diluye en su posterior comportamiento bajo la máxima opuesta, y sin vinculación a la autorrepresentación la sociedad como tal es imposible, al menos como sociedad de personas libres – aunque puedan seguir siendo posibles las organizaciones coactivas. Ciertamente, la pregunta de *Hegel* a *Kant* es válida también aquí: que no hubiera sociedad de libres, ¿qué contradicción supondría? Que la pérdida no resulta deseable es aún mucho más evidente que en el caso de la propiedad, pero en términos puramente formales ambas posibilidades –sociedad de personas libres; ausencia de tal sociedad– son correctas. Por consiguiente, es necesario de nuevo llevar a cabo una suposición adicional –debe haber una sociedad de personas libres– para llegar a un resultado, y con la introducción de esa suposición queda establecida la necesidad del carácter vinculante de una autorrepresentación.

Kant clarifica a qué se refiere con la ley general con una segunda versión del imperativo categórico, en la que se habla de la idoneidad de la máxima para ser generalizada en cuanto ley natural[18]. Por lo tanto, la máxima

[18] Op. cit. (nota 14), p. 51.

es acorde a la razón cuando la acción que de ella deriva, si se la[19] imagina como motivada conforme a la naturaleza, no dejaría nada que hacer a la moralidad, puesto que ya por naturaleza se habría alcanzado «una armonía sistemática de los fines»[20]. Aquí se dejarán de lado algunos puntos poco claros de esta fórmula[21]; su aplicación al caso descrito al principio en todo caso conduce a la conclusión de que la máxima que es tomada como base en el robo, de que la propiedad no es posible en términos de ley natural, contradice la de la permuta, de que la propiedad es un resultado de la voluntad de la ley natural: la naturaleza sería contradictoria si se llegara a la transformación en leyes naturales; la ley natural quedaría colapsada. Ahora bien, una vez más, no supondría contradicción alguna que la naturaleza, en lo que se refiere a la propiedad, estuviera sencillamente organizada caóticamente. Por lo tanto, de nuevo es necesaria una suposición adicional, precisamente, que la propiedad debe poder existir conforme a las leyes naturales, para que el imperativo categórico pueda conducir a un resultado, y de nuevo precisamente esa suposición adicional conduciría ya a esta conclusión, de que no debe ser el caos, sino la posibilidad de propiedad.

---

[19] Debe tratarse de motivación de acción (del deseo de hacer algo), y no de leyes naturales que desplieguen sus efectos al margen del ser humano o a través de él con *vis absoluta*: de lo contrario, no habría ningún obstáculo para seguir cualquier máxima que recompense a alguien merecedor de fortuna y castigue a un indigno - una judicialización general del mundo que como constelación de la naturaleza supondría un ideal, pero como comportamiento social implicaría una catástrofe.

[20] PATON, *Der kategorische Imperativ*, 1962, p. 180.

[21] Se trata de si la formulación conduce a un falseamiento de las condiciones reales de acción, ya que el sujeto que actúa vive en un mundo irremediablemente imperfecto, en el que, como enseña la experiencia, los seres humanos se comportan con frecuencia de modo irracional: así WITTMANN, op. cit. (nota 10), p. 369. Dicho con un ejemplo: a un deudor, para satisfacer su deuda puntualmente, no le queda otra solución que llamar a un lacayo desconocido de la calle y entregarle la suma con el correspondiente encargo. Naturalmente, esto es, como ser sensual, el lacayo desaparece sin dejar rastro con la suma, y el deudor ahora carece del dinero para al menos pagar la deuda con algo de retraso. Mediante la entrega al lacayo, el deudor ha establecido la máxima de que los deberes deben cumplirse bajo toda circunstancia puntualmente. Si esta máxima se transformara mediante la acción en ley natural, todo estaría en orden, pues el lacayo, naturalmente, es decir, sometido a la nueva ley natural, entregaría lo recibido. Puesto que el asunto fácticamente no quedó en orden y ello también era previsible, la máxima siempre muestra una actitud interna correcta, pero sólo produce en pocas ocasiones la ordenación correcta de las relaciones externas. - Frente a ello habrá de objetarse, sin embargo, que la máxima se ha configurado de modo incorrecto: pues el deudor ha de elegir una máxima que a su vez sería *idónea* para ser ley natural, pero no tiene que partir de que de hecho aquella se *establezca* como tal. La formulación, por lo tanto, debería entenderse en el sentido de que debe hacerse posible una «armonía de los fines», pero no tomarla como ya existente. Sólo esta interpretación casa con las consideraciones de *Kant* de que en el estado natural una desconfianza mutua no es «en absoluto injusta», ya que de otro modo se aprendería mediante «triste experiencia» (op. cit. [nota 11], pp. 424 y s.).

Las cosas no cambian si se añaden las consideraciones de *Kant* sobre el «principio práctico supremo»[22]. «La naturaleza racional existe como fin en sí mismo»[23], éste es su «principio objetivo»[24], su ineludible condición de existencia, de modo que cualquier sujeto racional queda constituido por esta característica de *toda* naturaleza racional de ser un fin en sí mismo como una piedra queda constituida por la fuerza de la gravedad. Esta es la antes mencionada vinculación de todos los seres racionales. Por consiguiente, una naturaleza racional, a causa de su racionalidad, debe comportarse de acuerdo con el siguiente imperativo: «Compórtate de tal modo que en todo momento uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, al mismo tiempo como fin, nunca sólo como medio»[25]. Si se examina la conducta del ladrón del ejemplo inicial con base en el criterio del imperativo categórico en esta formulación, parece evidente que no trata al *otro* como fin en sí mismo, como ser con el que hay que relacionarse de manera racional, sino como objeto que debe tratarse según el capricho del momento, es decir, como medio. Esto, sin embargo, sólo es evidente si la suposición adicional se encuentra en el concepto de fin: el otro debe autodeterminarse y quiere mantener su propiedad.

Pero si dejamos de lado todas estas objeciones -que, por lo demás, no son nada nuevo-, y suponemos que se trata de una conducta contraria a deber de quien toma lo que ha prometido entregar definitivamente, de acuerdo con la posición de *Kant* no se trataría tan sólo de la infracción de un deber de la virtud, sino, también, de un deber jurídico; pues quedaría lesionado «el derecho que le asiste a cualquier ser humano por su humanidad», es decir, «la libertad (independencia del arbitrio coactivo de otro) en la medida en que pueda coexistir con la libertad de todos los demás conforme a una ley general»[26].

Sin embargo –con independencia del problema de la necesaria suposición adicional– dudo de que un deber jurídico fundamentado del modo expuesto conduzca a algo más que una interpretación *posible* del mundo, pero no fundamentada en lo que se refiere a su validez. En primer lugar, resulta poco satisfactorio que *Kant* encuentre en la teoría de la felicidad sólo imperativos hipotéticos, reservando lo categórico para el orden racional. Ciertamente, una teoría de la felicidad ha de tener en cuenta las múltiples y continuamente cambiantes condiciones de la naturaleza física y psíquica,

[22] Op. cit. (nota 11), p. 60.

[23] Op. cit. (nota 11), p. 61.

[24] Op. cit. (nota 11), p. 61.

[25] Op. cit. (nota 11), p. 61.

[26] KANT, op. cit. (nota 11), p. 345.

pero ello de acuerdo con la *ley*[27] constituida en la naturaleza de los individuos de perseguir lo que produce satisfacción y evitar la insatisfacción. El hecho de arrastrarse es para el gusano tan ley como es categórico el imperativo para el ser racional. Puesto que la ley existe en virtud de la naturaleza, no tiene que ser formulada como máxima de comportamiento, como imperativo. Pero constituye el *daimon* del individuo, como la característica de ser un fin en sí mismo es –*sit venia verbo*– el *daimon* del ser racional. – Además, no se entiende por qué ha de ser el ser racional un fin en sí mismo, pero no el ser natural, el ser sensual. La persecución de la satisfacción no es menos fin en sí mismo que la razón. Ciertamente, la razón –a diferencia de la naturaleza– hace posible la autonomía; pero sólo con esta demostración aún no se ha demostrado que la autonomía sea el verdadero objetivo final.

Si se unen ambos elementos, es decir, que, en primer lugar, *Kant* no formula *lo* categórico, sino las condiciones de constitución de los seres racionales junto a las de los individuos naturales, y que, en segundo lugar, no denomina *el* fin en sí mismo sino el sistema de la razón en cuanto fin en sí mismo *junto* al sistema de satisfacción e insatisfacción en cuanto fin en sí mismo, queda claro qué es lo decisivo en la contraposición entre moralidad y fortuna: *Kant* coloca junto al esquema de interpretación del mundo satisfacción/insatisfacción con sus consecuencias individualizantes el esquema de interpretación del mundo razón/sinrazón, entendiéndose la razón como nexo de unión, como vínculo espiritual. Aun teniendo en cuenta todos los avances que ello comporta, en particular, que ahora cabe formular normas *sociales* junto a las reglas de una administración vital inteligente de carácter *individual*, queda completamente abierto, como se ha expuesto, por qué razón ha de ser determinante el esquema de interpretación de la razón y no el de la satisfacción, dicho de otro modo, *Kant* fundamenta la posibilidad de un esquema, pero no su carácter vinculante, sino que, por el contrario, se queda, en esa medida, en un plano completamente abstracto.

En este sentido, el sujeto ávido de propiedades del ejemplo mencionado al principio contestará a la deducción de *Kant* del imperativo categórico que la generalidad de la razón en un encuentro único fuera de cualquier dominio establecido es una hipótesis intelectual como pueden imaginarse otras muchas, pero no un esquema de interpretación de necesaria aplicación.

IV. Establecimiento de un poder mediante contrato *(Hobbes)*

La respuesta clásica a la cuestión de cómo una interpretación posible del mundo se convierte en una interpretación necesaria, válida, es la siguiente:

[27] SPINOZA, op. cit. (nota 2), p. 471; HUME, op. cit. (nota 2), pp. 263 y s.

imponiéndola. Esta respuesta ha sido ofrecida especialmente por *Hobbes*; aquí, de momento, interesa menos su punto de partida en las reglas de inteligencia –y no, como en el caso de *Kant*, en la (capacidad de) autonomía– y sí su camino, a través del poder del Estado. De acuerdo con *Hobbes*, en la situación previa al Estado todos tienen derecho a todo. Puesto que los demás también tienen derecho a todo, también podría decirse, por lo tanto, que nadie tiene un derecho subjetivo a nada, pero que tampoco nadie está obligado a nada; dicho de otro modo, todos son libres, también en aquellos casos en los que su libertad va a costa de los demás. Para *Hobbes*, la salida de ese vacío normativo total sólo está en el sometimiento a un poder, que regula autoritariamente las relaciones entre los seres humanos; tal poder se genera –así parece a primera vista– mediante un contrato de los que se someten entre ellos, no con el futuro señor. Por lo demás, *Hobbes* pone distintos puntos de gravedad en el contenido del contrato a lo largo de la evolución de su filosofía social[28]. En un primer momento, en *De Cive* (1642), el contrato se dirige principalmente a una renuncia a derechos de los contratantes[29], lo que significa que en lugar de la libertad natural total aparece una igualmente total falta de libertad conforme al contrato, de la que puede dispensar el señor, mediante otorgamiento de libertad, hacia una libertad estatal. Más adelante, en el *Leviathan* (1651), *Hobbes* modifica el contenido del contrato, pasando de la renuncia recíproca de derechos a la autorización recíproca del señor para hablar en nombre de los contratantes[30], lo que significa –a diferencia del modelo de la renuncia– que la libertad de los sometidos puede ser tomada por el señor a su antojo; a causa de la autorización, ello debe entenderse en todo caso como autolimitación, pero en la medida en que (aún) no la haya tomado, la libertad persiste[31].

Dejemos de momento de lado los distintos contenidos del contrato, es decir, que la obligación se genere como limitación de la libertad –así sucede conforme al modelo de la autorización– o que la obligación sea el supuesto base de las relaciones en el Estado –así de acuerdo con el modelo de la renuncia-. Sea como fuere, ¿cuál es la razón de la obligación? Después de lo expuesto, es evidente que la respuesta de que es el contrato la razón

---

[28] KERSTING, op. cit. (nota 6), pp. 83 y ss.; IDEM, en: IDEM (ed.), *Leviathan*, 1996, pp. 211 y ss., 216 y ss.; DIX, *Lebensgefährdung und Verpflichtung bei Hobbes*, 1994, pp. 27 y ss.

[29] *Vom Menschen. Vom Bürger (Elemente der Philosophie II/III)*, ed. a cargo de GAWLICK, reimpresión de la 2ª edición de 1966, 1977, p. 128: cada uno cede al señor «el derecho a su fuerza y a sus capacidades», pero ya aparece la fórmula de que «la voluntad de éste (del señor) vale por la voluntad de todos los individuos».

[30] *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates,* ed. a cargo de FETSCHER, 1984, p. 136.

[31] GAUTHIER, *The Logic of Leviathan*, 1969, pp. 125 y s., 149 y s.

no puede resultar satisfactoria; pues de las condiciones de existencia de un individuo no deriva una vinculación a las declaraciones. Tampoco es que *Hobbes* trate el contrato como una magnitud normativa, que obligaría al sometimiento en el futuro; por el contrario, el contrato es el esquema de interpretación dentro de un dominio que se está gestando o ya existente; por lo tanto, el contrato carece de relevancia sin el hecho de aquel dominio, es mera palabrería. Ciertamente, *Hobbes* dice que la autorización recíproca, el contrato, es «la génesis de aquel gran Leviatán»[32], pero como fundamentación no se aduce que ahora existiría un *deber* de sometimiento, sino que a través del sometimiento no sólo prometido, sino realmente llevado a cabo el Leviatán «dispone tanto poder y fuerza que le han sido transmitidos que mediante el terror que ello genera está en disposición de... dirigir la voluntad de todos hacia la paz dentro del Estado y hacia la ayuda recíproca frente a enemigos exteriores»[33]. Dicho de otro modo, no es el contrato el que fundamenta las obligaciones, sino el hecho a él vinculado o previo a él del sometimiento, que es irreversible.

Siendo esto así, ¿qué significa, entonces, el contrato? Nada esencial, como se puede apreciar, por ejemplo, en que *Hobbes* coloque junto al «Estado político», es decir, el «Estado mediante nombramiento», como igualmente válido aquel Estado que se genera «mediante apropiación», lo que significa, entre otras cosas, que ello sucede «cuando alguien somete a sus enemigos a su voluntad dejándoles la vida bajo esa condición»[34]. Por lo tanto, no es un contrato fundacional la fuente del orden estatal. Por el contrario, el contrato es una metáfora de que un individuo realiza un cálculo inteligente si no se opone a un orden efectivamente establecido que le garantiza su vida[35]. Este orden establecido *per se* no es más que un aparato coactivo. Puede que este aparato sirva a los individuos como limitación de sus propias posibilidades que por inteligencia conviene aceptar – esto, sin más, no modifica en nada su carácter coactivo. Por ello, respecto de las normas

---

[32] Op. cit. (nota 30), p. 134.

[33] Op. cit. (nota 30), p. 134.

[34] Op. cit. (nota 30), pp. 135, 155 y ss.

[35] Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones se le atribuye más relevancia al contrato; así, por ejemplo, SIEP, en: BERMBACH *et al.* (ed.), *Furcht und Freiheit. Leviathan - Diskussion nach Thomas Hobbes*, 1982, pp. 129 y ss., 131: «fundamento de la comunidad verdaderamente política, no de carácter natural, sino basada en actos de voluntad racionales». KERSTING, *Leviathan* (nota 26), p. 221: «Hobbes vió... que en una época secularizada las competencias de dominio sólo pueden fundamentarse en el plano de la filosofía básica sobre una autovinculación contractual de los individuos». - Frente a ello, aquí se asume que *Hobbes* quería colocar bajo un común denominador la inteligencia individual y la *autoorganización* del Estado; JAKOBS, op. cit. (nota 4), p. 26.

[36] Op. cit. (nota 30), pp. 264 y s.

promulgadas por el Estado no cabe hablar de una obligación en el sentido en el que *Kant* hablaba de los deberes del ser racional. *Hobbes* no se ocupa de un ser racional, sino de seres sensuales que se arreglan de modo inteligente, y eso es lo que siguen siendo los seres humanos como ciudadanos del Estado. Las normas estatales –en una hermosa imagen de *Hobbes*[36]– son líneas de arbustos que no pretenden obstaculizar a los ciudadanos, sino conducirles a una configuración vital lo más efectiva posible: los individuos, libres en términos *máximos* antes de la fundación del Estado, y que se obstaculizaban mutuamente, se convierten mediante la fundación del Estado en individuos libres en una medida *óptima* que viven unos al lado de los otros; pero siguen siendo individuos; no hay vínculo espiritual que los una a los seres humanos a su lado.

Aunque el Estado determine lo que es justo e injusto, no crea una unión de los ciudadanos, sino tan sólo un presupuesto de la vida agradable de los individuos. No exige de seres racionales la aceptación de la corrección de lo determinado, sino de seres sensuales la aceptación de la necesidad de una determinación. *Ludwig Feuerbach* formuló la crítica de que en *Hobbes* no existe la unidad del Estado como unidad de la razón organizadora de todos, sino como unidad «arrogante», que se coloca en forma del arbitrio del señor en el lugar de aquello que ha de unirse. «Frente a tal *unio*, los *cives* siguen siendo... una mera multitud, una *multitudo dissoluta*... El fin del Estado, cuyo principio fue hecho mediante la negación del estado de naturaleza, al ser precisamente el bienestar físico de la multitud, esto es, la existencia empíricamente agradable de los seres humanos, en cuanto individuos solos, sensuales, lo que está determinado como tal fin, es en lo esencial de nuevo un estado de naturaleza, aunque ahora agradable, liberado de las molestias y los daños de una guerra general, y de acuerdo con su concepto esencial, en esta medida vuelve a eliminarse la diferencia entre Estado y estado de naturaleza»[37].

Por muy correcta que sea esta interpretación de *Hobbes* por parte de *Feuerbach* en sí misma, es incompleta; pues deja de lado que el contrato de autorización en el Leviatán al menos comporta *nominalmente* una transformación de los individuos en ciudadanos: el actuar del Estado vale como voluntad de los ciudadanos. Al reunir la renuncia a la autorregulación la voluntad de todos los individuos en la voluntad del señor, los individuos al mismo tiempo pasan a ser en lugar de administradores de intereses individuales administradores del cometido político. *Kersting* afirma acertadamente que la proposición «rex est populus» de *Hobbes* ya contiene todo el

[37] *Geschichte der nueren Philosophie*, en: *Sämmtliche Werke*, tomo 4, 1847, p. 110.

[38] Op. cit. (nota 6), p. 93.

material del que *Rousseau* pudo componer la proposición «populus est rex»[38]; el nexo de unión entre el absolutista *Hobbes* y el demócrata absoluto *Rousseau* es la condición, aceptada por ambos, de una unidad del Estado. De este modo, en el Leviatán de *Hobbes*, aunque la posibilidad de una obligación en sentido estricto no se encuentra realizada, sí se halla implícita. Si los ciudadanos en el Estado no sólo son concebidos como individuos que administran sus intereses, sino como personas que –aunque sea mediante la administración de intereses individuales– aportan a algo común, es decir, si los ciudadanos no sólo son concebidos como personas mediante una construcción normativa, sino también en su idiosincrasia y en la concepción del señor, como personas que encuentran en la voluntad política del señor su propia voluntad, entonces se genera obligación, una vinculación a un rol que no sólo es una reproducción de lo individual, precisamente, al rol de *citoyen*, y ello especialmente cuando el señor es constituido como sujeto colectivo en el que participan los sometidos, es decir, de modo democrático, lo que *Hobbes* no excluye[39].

V. Unión en lo general *(Rousseau)*

El Estado de *Rousseau* exige materialmente lo que en el Estado de *Hobbes* sólo es nominal: la definición del ciudadano como *citoyen*: la coacción en el Estado es coacción «de ser libre»[40]. Esta realización de normas como libertad abarca también, a diferencia de lo que sucede en *Hobbes*[41], la vida, puesto que el fin del Estado no es un cálculo individual de beneficios, sino, precisamente, la libertad: «Si el gobernante le ha dicho: es urgente para el Estado que mueras, ha de morir, porque sólo bajo esa condición vivió hasta ese momento en seguridad y su vida ya no es sólo un bien de la naturaleza, sino un regalo condicionado del Estado»[42]. Por lo tanto, ha de descartarse por completo el cálculo individual de beneficios. «Quien dentro del orden civil quiere mantener su originalidad natural no sabe lo que quiere»[43], pero la renuncia es ricamente recompensada: «...qué felicidad puede ser más dulce que la de sentirse incardinado en un sistema en el que todo es bueno»[44].

---

[39] «...autorizo... esta asamblea de personas», op. cit. (nota 30), p. 134; con más detalle IDEM, op. cit. (nota 29), pp. 148 y ss.

[40] Op. cit. (nota 2), I, 7 *in fine*.

[41] Op. cit. (nota 30), p. 171.

[42] Op. cit. (nota 2), II, 5.

[43] *Emil, oder: Über die Erziehung*, ed. a cargo de L. SCHMIDTS, 7ª edición, 1985, p. 13; sobre ello FETSCHER, *Rousseaus politische Philosophie*, 3ª edición, 1968, reimpresión 1975, pp. 111 y s.

[44] Op. cit. (nota 43), p. 308, aunque allí con referencia a la incardinación en el cosmos.

El Estado de *Rousseau* sin duda está en condiciones de generar obligación, puesto que en el Estado se espera la conducta de un *citoyen* y ya no se habla del individuo. Al afirmar *Hegel* respecto de *Rousseau* que éste toma como punto de partida la voluntad individual[45], ello es en sí mismo correcto, pero deja de tener en cuenta que la voluntad individual ha de crear algo que sencillamente la engulle. El contrato no genera la obligación *per se*, sino al eliminar su base, el albedrío contratante, y hacer posible la formación de una *volonté générale*. Si se logra esta formación, y ello, además, no como coacción, sino como orden aceptado, concurren completamente las condiciones para la existencia de deberes: quien es entendido por la opinión pública como *citoyen* es *citoyen*, lo quiera o no. Nadie ha resaltado nunca con mayor claridad la contraposición entre el mercadeo individual, en particular, en forma de una conspiración de los ricos contra los pobres[46], y el rol público, lo que significa libertad pública y obligación pública, que *Rousseau*.

Sin embargo, la construcción de *Rousseau* es con mucho demasiado abstracta para que quepa esperar que su realización se producirá en forma de un orden aceptado, y lo contrario del orden aceptado es la fuerza, que degrada una obligación a coacción. Por ello, *Hegel* grava a *Rousseau* con todos los terrores de la Revolución francesa[47]: «Por ello, desarrolladas en violencia, estas abstracciones, por un lado, han producido el primer espectáculo inmenso desde que sabemos de la humanidad, la constitución de un gran y real Estado con revolución de todo lo existente y dado, para empezar desde el principio y desde la *idea*, *queriendo* darle como base sólo lo *aparentemente racional*, y, por otro lado, porque sólo son abstracciones sin idea, han convertido la tentativa en el suceso más terrible y llamativo.»

VI. Insuficiencia de cualquier contractualismo

No es coincidencia que todos los modelos presentados hasta el momento no pueden fundamentar un deber social, sino, en todo caso, construirlo abstractamente; pues en la medida en que siquiera se ocupan de relaciones sociales (el modelo tratado en primer lugar, de un sujeto aislado y ansioso de propiedades, renuncia a ello), intentan desarrollar estas relaciones con

---

[45] *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder: Naturrrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, en: op. cit. (nota 16), tomo 7, 1952, § 258, anotación.

[46] Como tal entiende ROUSSEAU el Estado de LOCKE: ROUSSEAU, *Abhandlung über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit zwischen den Menschen*, en: op. cit. (nota 2), pp. 185 y ss., 255 y s.; IDEM, *Abhandlung über politische Ökonomie*, en: op. cit. (nota 2), pp. 335 y ss.; pp. 370 y s.; sobre ello KERSTING, op. cit. (nota 6), p. 143; CASSIRER, *Das Problem des Jean Jacques Rousseau*, reimpresión 1970, p. 21.

[47] Op. cit. (nota 45), § 258, anotación.

base en la racionalidad (*Kant*) o las necesidades (*Hobbes*) o la representación de la libertad (*Rousseau*) de *individualidades*. Con ello ya se yerra el primer ojal: se pretende construir lo general con individualidades, y de sus propias leyes, de su objetividad no se habla, o sólo en el sentido de que ello debe ponerse en marcha por las individualidades – en el imperativo categórico (*Kant*), en el reconocimiento del albedrío del señor como propio (*Hobbes*) o en la construcción de un Estado que elimina a sus fundadores definiéndolos como *citoyens* (*Rousseau*). Todo ello son intentos de modificar el punto de vista de uno mismo levantándose, como el Barón de Münchhausen, tirando de la propia coleta. – Ahora puede valorarse concluyentemente el ejemplo mencionado al principio: no se genera una obligación, puesto que en la permuta no concurre nada más que el albedrío congruente de individuos.

La obligación social no se genera por los emprendimientos de individuos, sino o aparece genuinamente como esquema de interpretación *social* o no existe. La respuesta a la pregunta que ahora se impone, acerca de cómo se genera entonces el contenido determinante, es la misma que a las preguntas de cómo se genera la conciencia o la orientación a la satisfacción de necesidades o la coordinación de las funciones vitales del ser humano: al autoorganizarse el correspondiente sistema. Esto casi coincide con la conclusión de *Hume* de que «las promesas son inventos humanos que se fundamentan en los intereses o necesidades de la sociedad»[48], sólo que –por ello «casi»– precisamente no se trata de inventos *humanos*, sino de la *sociedad* misma. Ciertamente, tal autoorganización sólo podrá llevarse a cabo en un entorno –visto desde el correspondiente sistema– favorable, y en cuanto entorno favorable para un sistema social las construcciones mencionadas de los individuos muy posiblemente resulten idóneas. En particular, el establecimiento de un dominio efectivo puede configurar un entorno favorable para un entendimiento comunicativo acerca de ese dominio en cuanto esquema de ordenación, especialmente, si el dominio se abstiene de excesos.

Las construcciones mencionadas constituyen un entorno favorable aún más en la medida en que a pesar de su formulación individualizante están acompasadas a lo que socialmente va esbozándose; aún más: sólo ante tal horizonte resulta posible concebir tales construcciones. Esto se demuestra si se plantea la cuestión acerca de en qué situación escriben los autores mencionados: la fuerza generadora de unidad de la religión se perdió por el cisma de las confesiones, dicho más exactamente, la posibilidad de tal cisma es un indicio de tal pérdida; mientras se siguió buscando el vínculo de

[48] Op. cit. (nota 2), p. 266; sobre ello LAHNO, op. cit. (nota 8), pp. 18 y ss.

unión en la religión, las guerras de religión fueron la consecuencia necesaria; pero como estas guerras no condujeron a la renovación de la unidad, hubo que sustituir a dios, y *Hobbes* lo sustituye por el «dios mortal», el Leviatán. Sin embargo, en la contraposición absolutista que con ello se legitima entre señor y súbdito, al súbdito le queda más espacio para la posibilidad de un existencia burguesa[49]. *Rousseau* le da una existencia pública al representar lo político, la *volonté générale* como algo que le incluye. *Kant* se dirige igualmente contra el cálculo utilitarista de una existencia burguesa, pero atribuye aquello que en *Rousseau* sólo puede ser llevado a cabo por el colectivo, la determinación del contenido de la libertad (ésta entendida no como albedrío, sino como libertad racional), a todo ser humano. Todo ello es en cada caso una parte de «tiempo aprehendido en ideas», pero, precisamente, sólo *una* parte, ya que falta el marco que es el que garantiza la plausibilidad para el paso de evolución; en lugar de ello, lo dependiente del marco es representado como si fuera algo absoluto.

De este modo, es decir, quedándose corto, procede el contractualismo moderno[50]: que se ha entrado en un contrato justo y que el resultado es vinculante no es de ningún modo una afirmación universal, sino una afirmación vinculada al espíritu de un determinado tiempo. Este espíritu del tiempo presenta a los sujetos como sujetos que se autoadministran, es decir, libres, además, como vinculados a su autorrepresentación, es decir, capaces de entrar en sociedad. Contra la primera tipificación habla una tradición que se remonta a *Aristóteles*, conforme a la cual la subjetividad sólo es posible dentro de una comunidad, y contra la segunda la necesidad, ineludible incluso para contractualistas, de un poder central ordenador. Y si el contractualismo a pesar de ello goza de cierta plausibilidad, es porque el espíritu del tiempo deja de lado lo opuesto. Pero esta necesidad de dejar de lado, de excluir, debe a su vez ser objeto de reflexión, si no se quiere que aparezca como algo absoluto lo que es un paso en un proceso.

VII. La obligación como relación entre personas

Después de estas consideraciones sobre cómo no se genera la obligación, se intentará esbozar lo que, cuando se genera, tiene como contenido, las relaciones sociales entre *personas*, y sobre cuándo estas relaciones son *reales* teórica y prácticamente. Para ello, no se destacará de modo especial

[49] MACPHERSON, *Die politische Theorie des Besitzindividualismus von Hobbes bis Locke*, trad. de WITTEKIND, 2ª edición, 1980, pp. 15, 21 y ss.

[50] La crítica que sigue asume el esquema de argumentación que utiliza BAUMGARTNER contra la teoría del consenso de la verdad; en: OELMUELLER (ed.), *Transzendentalphilosphische Normbegründungen*, 1978, pp. 149 y s.

lo jurídico de la obligación, sino que se partirá de ello, al hablar de la obligación en el marco de un orden estatal.

Tanto *Rousseau* como *Kant* vieron que entre el individuo con su esquema de satisfacción e insatisfacción (en *Rousseau* el ser humano originario-natural, en *Kant* el *homo phaenomenon*) y el ser que es titular de una obligación existe una diferencia categorial; pero mientras *Rousseau* parte probablemente de que esta diferencia es superada psíquicamente por la transformación del ser humano originario-natural en un ciudadano[51], en *Kant* aparece ya prácticamente completamente desarrollado el entendimiento de que se trata de la diferencia de dos esquemas de interpretación para un mismo suceso: «...todas las acciones del ser humano en su manifestación están determinadas con base en su carácter empírico y las demás causas coeficientes conforme al orden de la naturaleza, y si pudiéramos investigar todas las manifestaciones de su albedrío hasta el fondo, no existiría ni una sola acción humana que no pudiéramos predecir con seguridad y reconocer como necesaria con base en sus condiciones preexistentes... Pero si valoramos la misma acción con relación a la razón, y concretamente... en la medida en que la razón es ella misma la causa de generarla; dicho brevemente, si la comparamos con intención práctica, encontraremos unas reglas y un orden completamente diversos del orden natural. Pues en este ámbito quizás no debería haber ocurrido todo aquello que, sin embargo, conforme al curso natural ha sucedido, y que conforme a sus razones empíricas debía suceder de modo ineludible»[52]. Sólo (¡pero al menos!) en la descripción de la razón como capacidad de «generar ella misma» la acción existe aún un puente entre el mundo sensual y el mundo racional, y este puente debe permanecer, en la medida en que se trate de ordenar racionalmente el mundo *exterior*; por lo demás, ambos mundos están separados: en un mundo, rige el principio de causalidad, realizado psíquicamente como esquema de satisfacción/insatisfacción, en el otro, el deber ser.

Una ordenación del mundo con base en el deber ser, es decir, con base en normas, significa que no se espera que el mundo se desarrollará como esté condicionado en cuanto mundo empírico, sino que se desarrollará de una manera determinada por el contenido del deber, y, en caso de que ello no suceda, no se tratará de un defecto de quien tiene la expectativa, sino de un defecto de otra persona, precisamente, de la persona a la que le compete el desarrollo conforme a deber[53]. El otro queda ahora abarcado por el concep-

[51] FETSCHER, op. cit. (nota 43), pp. 110 y ss.

[52] *Kritik der reinen Vernunft*, en: op. cit. (nota 11), tomo 2, p. 500.

[53] LUHMANN, op. cit. (nota 7), pp. 40 y ss.

to de persona, porque le incumbe al menos el cumplimiento de *una* de tales expectativas normativas. Tal interpretación del mundo tiene la ventaja evidente de descargar la expectativa del conocimiento del entramado contingente de condiciones de los factores reales de una acción, ya que en lugar de este conocimiento se coloca el conocimiento de los contornos de la persona. En lugar del acecho recíproco se coloca la confianza en la constancia del rol, y los contactos anónimos pasan a ser posibles, con tal de que se conozca el rol del otro, y el rol mínimo de un ciudadano decente siempre se conoce en tiempos normales. Esto no significa que sea *necesario* dejar de lado el entramado cognitivo del mundo –no resulta posible demostrar la personalidad como necesaria, y su elección es poco prometedora en términos de éxito en algunos contextos (por ejemplo, será más seguro desarrollar un gran negocio internacional poco a poco en tracto sucesivo que a través de una amplia confianza en la constancia personal)-, pero un mundo personal también ofrece posibilidades de las que carece un mundo cognitivo.

Dicho con una imagen: cabe imaginar en la «relación de dominio y sumisión» que de acuerdo con *Hegel* constituye el principio «externo o aparente de los Estados»[54] que el señor asigna a los siervos determinados cometidos, como herrero armero o campesino; esta asignación, especialmente si permite a los siervos la supervivencia, puede llegar a ser con el paso del tiempo tan natural que los afectados quedan definidos por las tareas; su actuar aparece entonces como cumplimiento de deberes existentes en interés del grupo, y, con ello, ellos mismos aparecen como personas.

Todo orden personal comienza con deberes, con deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden. Los derechos se generan donde son necesarios para poder cumplir deberes: el herrero armero debe poder tener una fragua, el campesino trabajar la tierra y el artesano recibir materias primas. En todo caso, hay que excluir que la personalidad comience con un derecho frente al grupo: ¿por qué éste habría de producir una constitución que *a él* nada le aporta? La norma originaria, por lo tanto, es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo. HEGEL enuncia la siguiente norma originaria: «...sé una persona y respeta a los demás como personas»[55]. Esta es una norma, ciertamente, para un estado jurídico ya desarrollado, en el que existen deberes entre las personas, y no, al menos no sólo, hacia el señor: a través del trato entre ellas, por ejemplo, el comercio, las personas sirven a lo general. Lo mismo sucede respecto de la concepción de HEGEL de que el contenido mínimo de la norma originaria se

[54] *System der Philosophie, Teil 3, Die Philosophie des Geistes*, en: op. cit. (nota 45), tomo 10, 1958, § 433.

[55] Op. cit. (nota 45), § 36.

dirige a no lesionar al otro[56]. Ello está referido a un Estado saturado, seguro de su existencia, liberal, pero incluso aquí es demasiado poco: quien se limita a no lesionar puede quedar fuera sin daño para el grupo, lo que significa que sólo quien aporta algo positivo contribuye a la existencia del grupo. En este sentido, es evidente que hasta el momento actual el rango de una persona viene determinado por los deberes que le competen o que cumple o de los cometidos que ha cumplido más allá de sus obligaciones, es decir, sacrificando sus derechos. Y, por ejemplo, en la insatisfacción de la persona desempleada –aunque con su situación material asegurada– se percibe que el *status* de una persona sin contribución conforme a deber al todo empieza a ser inseguro. El hoy común discurso de los derechos de la persona sólo acierta a designar algo mediado; una mano invisible hace que el saldo del ejercicio de derechos sea positivo para el grupo; en esta medida, incluso puede hablarse del deber de hacer uso de sus derechos.

¿Cómo llega la persona al cumplimiento del deber? Como se expuso al principio, esto es asunto suyo, y puede considerarse que la gracia del orden normativo está en que lo convierte en asunto suyo. Pero puesto que el ser persona no elimina el ser individuo, los ciudadanos abandonarán al Estado si no otorga a los individuos una supervivencia suficiente. Podría evitar ese abandono por la fuerza, pero entonces se convierte de un orden normativo en un orden cognitivo basado en la fuerza. Para ello, lo que es una supervivencia suficiente es relativo. *Hobbes* exigía como prestación segura sólo la garantía de la vida[57], y teniendo en cuenta catástrofes acabadas de superar ello puede ser suficiente. Sin embargo, un Estado a cuyo alrededor florezcan otros Estados tendrá que ofrecer más. Por ello, en un orden normativo desarrollado que se mantenga, a grandes rasgos la conducta personal al mismo tiempo satisfará las necesidades de un individuo. Pero ello no puede garantizarse respecto de todos los casos individuales, piénsese en deberes como, por ejemplo, el servicio de armas o el deber de responder de su conducta errónea, es decir, de deber soportar una pena, para ver hasta qué medida pueden estar alejados el deber personal y el cálculo individual[58].

Puede que en los sucesos cotidianos un orden de normas externamente no se diferencie de una dirección de los individuos impuesta de modo puramente cognitivo. ¿Cómo puede determinarse, partiendo de esta situación, que un orden normativo es real? Esto se decide en función de qué es lo que

---

[56] Op. cit. (nota 45), § 38.

[57] Op. cit. (nota 30), p. 171 y *passim*.

[58] De hecho, los servicios con riesgo para la vida y la pena de muerte constituyen para *Hobbes* un problema en la medida en que los intereses individuales reservados entran en colisión con la razón de Estado; sobre ello Dix, op. cit. (nota 28).

es tratado comunicativamente como esquema de interpretación. Ahora bien, cualquier conducta puede ser interpretada en función de cualquier orden de deber ser. Especialmente, se puede superponer el orden propio a otros grupos, para entonces constatar el pecado y la desviación de la verdad. Sin embargo, en la comunicación de los otros grupos esta superposición es irrelevante o es rechazada; en todo caso, el orden superpuesto no dirige el desarrollo, es decir, que no se convierte en real sólo por la mera superposición.

Sin embargo, de tener suficiente poder, el sujeto que superpone su propio orden a otros podría sancionar las infracciones. De este modo, conseguirá que algunos individuos respeten el orden, y los infractores serán castigados. Pero si no sucede nada más, con ello no se ha establecido un orden normativo, sino se ha instalado un aparato coactivo que dirige a los individuos; quien detenta el poder puede tratar sus normas como normas, y una camarilla a su lado puede que lo apruebe, de modo que en la comunicación de *esas* personas las normas puedan estar vigentes[59] – para los sujetos sometidos a coacción no son más que coacción, precisamente porque sólo son entendidas como coacción.

Kelsen tomó otra decisión: de acuerdo con su posición, cualquier sistema de reglas sociales que a grandes rasgos sea efectivo es un orden normativo válido, ya que entonces habría que suponer la existencia de una norma fundamental correspondiente[60], lo que fundamentaría el «sentido» específicamente «jurídico» del sistema de reglas, la normatividad del «esquema de interpretación»[61]. Sin embargo, para *Kelsen* es efectivo también aquel sistema con base en el cual tan sólo se orientan los juristas. Más aún, puede que la gran mayoría de los juristas sólo imponga la ley de modo obligado, y el grupo director puede que viva su arbitrariedad en sus instrucciones – una imagen que al menos en la fase final del nacionalsocialismo tuvo su ejemplo. De acuerdo con esto, quien puede coaccionar crea Derecho[62]. Sin embargo, de acuerdo con la concepción aquí mantenida, no es cierto que una secuencia regular a grandes rasgos de conducta y sanción sea indicio de un orden normativo; por el contrario, puede que se trate de una organización coactiva plenamente cognitiva, explicable con base en las preferencias individuales. La norma misma –y no la sanción– ha de convertirse en el esquema determinante de interpretación del mundo, y ello además no para una

---

[59] Así JELLINEK, *Allgemine Staatslehre*, 3ª edición, 7ª reimpresión, 1960, p. 334, nota 1.

[60] Op. cit. (nota 2), pp. 196 y ss., 200 y ss., 204 y ss.; respecto de esto más bien con una perspectiva positiva PAWLIK, Rechtstheorie 25 (1994), pp. 451 y ss.; más bien crítico JAKOBS, op. cit. (nota 4), p. 57.

[61] Op. cit. (nota 2), p. 3.

[62] Con detalle sobre las teorías coactivas SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966, pp. 70 y ss., 133 y ss. (sobre *Kelsen*).

clase jurídica, sino dentro del grupo en su conjunto. Una norma que ya nadie considera legítima menos la policía, aunque ésta de modo determinado, fuera de la policía no es una norma válida, sino una fórmula de las condiciones de la aplicación de la coacción.

Por lo tanto, un orden normativo sólo es real cuando y en la medida en que dirija la comunicación[63], pudiéndose hablar de tal dirección sólo si determina el proceso de fundamentación, y no sólo el resultado de la comunicación. Dicho con un ejemplo: el cálculo expresado abiertamente, y que encuentra aprobación, de que no merece la pena el hurto, porque el riesgo de sufrir una pena es demasiado alto, de modo que por ello nadie debería temer un hurto, no tiene nada que ver con un entendimiento normativo, sino es la comunicación de una orientación puramente cognitiva de un individuo. Pero si el entendimiento es que el hurto es erróneo porque a todos compete reprimir los correspondientes deseos, es la norma la que dirige el contenido de la comunicación.

En lo anterior, «comunicación» se usa como sinónimo del entendimiento general sobre el sistema de reglas aplicado. La interpretación directora de ese sistema es lo determinante, y no el tenor literal de declaraciones. Por ejemplo, si en un orden basado sólo en la coacción el coaccionado es además obligado a negar la coacción y a ensalzar el orden como óptimo con independencia de todas las sanciones, es decir, cuando un ladrón callejero obliga a los asaltados a ensalzarlo como libertador de cargas materiales de la posesión, tales declaraciones son parte del sistema de violencia, pero no un entendimiento acerca de ese sistema. Sin embargo, si se logra que los coaccionados se acostumbren de tal modo al orden que siguen las reglas sin tener en cuenta las sanciones que amenazan, el orden coactivo cognitivo se ha convertido en un orden de normas. En este sentido, es posible que algunos Estados de orientación fundamentalista sean representados en la comunicación de súbditos laicos como órdenes coactivos, pero como órdenes normativos en la comunicación de los fundamentalistas. Dicho brevemente: no decide lo que se dice, sino el espíritu.

Una norma puede dirigir la comunicación también cuando es quebrantada. Mientras el hecho sea tratado como quebrantamiento de la norma y no como normativamente indiferente, este tratamiento demuestra la vigencia de la norma. Por consiguiente, la realidad de la norma no se confunde con su seguimiento; si la norma no fuera real también en su infracción, no se trataría de una infracción. La realidad tampoco depende de que el infractor la reconozca: no es su conciencia, sino la comunicación acerca de su hecho lo que determina la realidad. Si, por ejemplo, la comunicación determinante, la que se impone, es dirigida por la norma de que –como sucede en el caso de Guillermo Tell– hay que hacer una reverencia frente al sombrero colocado

[63] JAKOBS, op. cit. (nota 4), pp. 51 y ss.

en el palo, la norma rige, por muy anticuada y necesitada de revisión que parezca a los extraños.

Una cuestión completamente distinta es cómo se establece el carácter determinante de una comunicación – el capricho del momento, desaparecido mañana, no dibuja líneas permanentes, y muchas líneas de una constitución que fue normativa puede que con el tiempo deban ser entendidas sólo cognitivamente, aunque ello no se haya articulado aún con claridad. Peor aún, hay mucho que en cuanto arreglo de los poderes no ha sido nunca otra cosa que coacción camuflada. ¿Cuándo estamos, entonces, ante fantasmas de normas más o menos maquillados y cuándo ante verdaderas normas? La respuesta debe consistir en la descripción del espíritu del tiempo sólido, con fuerza histórica: las normas que sean conformes a él son reales. Así se corresponde con la teoría de *Hegel* del Derecho como espíritu objetivo, así como con su versión psicologizante, que llega –parcialmente (¡no más!)– a los mismos resultados en la teoría general del reconocimiento, conforme a la cual lo decisivo para la validez del Derecho es la convicción jurídica «de la media de un pueblo»[64]. Respecto de esto se intentará finalmente un esbozo, que, sin embargo, en este lugar[65] sólo puede hacerse a grandes rasgos.

Una persona se realizará tanto más en sus deberes y se definirá como parte del todo en cuanto se deshaga así de preocupaciones individuales: la existencia personal es querida por dios y promete recompensa en el más allá, o ya en este mundo no sólo es acorde al deber, sino también individualmente agradable. El Estado moderno elige el camino enunciado en segundo lugar; apoya a las personas anunciándoles que quien cumpla con su deber, podrá vivir también en el plano individual de modo cómodo. Mientras que este anuncio, por ejemplo, en *Locke*, consiste en una referencia a leyes naturales, o al menos a reglas de la experiencia, conforme a las cuales se producirá el resultado apetecido, tratándose, por lo tanto, de una información sobre la valoración cognitiva de la situación, el Estado de prestaciones ha asumido el aseguramiento normativo de la previsión vital necesaria para una vida cómoda. Si no llega a producirse esa vida cómoda, la razón de ello no está en circunstancias excepcionalmente adversas, sino en que el Estado ha cometido un error; el Estado debe procurar –en sentido normativo– la previsión vital.

Puesto que el Estado no genera él mismo valores, sino, por lo tanto, sólo puede repartir lo que previamente ha quitado a alguien, mediante su definición como Estado de prestaciones es colocado en dependencia de la economía; sólo puede cumplir su promesa si la economía funciona. Ahora bien, la economía moderna no es una actividad nacional que esté expuesta a la intervención segura del Estado por quedar limitada al interior del mismo; su

[64] JELLINEK, op. cit. (nota 59), p. 334, nota 1; sobre ello SCHREIBER, op. cit. (nota 62), pp. 109 y ss.

[65] Cfr. JAKOBS, op. cit. (nota 4), pp. 112 y ss.

ámbito de acción es el mercado internacional, y ello tanto en lo que se refiere a la producción como a la distribución. Por ello, necesariamente ha de convertirse en objetivo del Estado que promete previsión vital la creación en su territorio de un mercado adecuado, y ello se logrará en mayor medida en cuanto deje decidir a la economía cómo han de ser las condiciones marginales, lo que significa, especialmente, qué precio puede tener la previsión vital, pero que va mucho más allá: también la educación, el apoyo a la investigación, la seguridad interior y otros elementos hasta llegar al Derecho penal («criminalidad económica») entran en este torbellino. Dicho de otro modo, el Estado se convierte en el departamento de infraestructuras de la economía, a la que no puede defraudar si no quiere perder su razón de legitimación «previsión vital».

Hegel dice respecto de la relación entre economía y Estado lo siguiente: «Frente a la esfera del Derecho privado y del bienestar privado, de la familia y de la sociedad civil, el Estado es, por un lado, una necesidad externa y su poder superior, a cuya naturaleza están subordinados tanto sus leyes como sus intereses y de quien dependen.»[66] En lugar de esta segura superioridad del Estado se ha colocado un movimiento pendular entre una defensa de la ubicación de elementos económicos en el territorio y una defensa de la legitimación del Estado como proveedor de previsión vital, de cuyas oscilaciones en una u otra dirección se informa en los medios de comunicación diariamente como así llamada política.

Esto debería ser suficiente para poder mostrar que al Estado se le ha presentado en la economía un competidor en la determinación de lo que debe hacerse conforme a deber, es decir, de lo que es la configuración de la persona. La lucha por la ocupación de los mercados ha ocupado el lugar de las guerras de conquista, con la consecuencia de que el fracaso de las empresas ubicadas en el territorio del Estado significa una catástrofe nacional, a saber, una provincialización económica, comparable a la provincialización política después de una guerra perdida según la antigua usanza.

Que hoy en día la economía genere de modo determinante deberes, es decir, que defina personas, conduce al problema de cómo ha de procederse con aquellos que no pueden cooperar en la economía, bien porque son incapaces de ello, bien porque la economía no los necesita. Cuando los desempleados se quejan de que se les ubica en una segunda clase, ello no sucede por una actitud quejumbrosa, sino porque han comprendido que una persona es alguien que es necesitado para cumplir un cometido. Que los quiebros que se producen hasta ahora hayan podido resolverse con pagos en dinero y postulados de igualdad no podrá suponer un modelo de solución cuando exista una crisis que se agrave.

---

[66] Op. cit. (nota 45), § 261.

El carácter dominante de la economía queda demostrado de modo especial en el caso de jóvenes desempleados, que nunca tuvieron la oportunidad de aprender e internalizar la conducta de una persona que es necesaria en una profesión: a falta de deber, no son persona, y a falta de costumbre de comportarse como persona tampoco se comportan como si lo fueran, sino se ocupan de sus intereses exclusivamente individuales; lo que no les aporta un beneficio individual les es indiferente, o, si cuesta esfuerzos, lo ven de modo negativo – evidentemente, el fin de lo general. Y no cabe esperar otras reacciones de no-personas, más aún, si tuvieran lugar estarían sencillamente inmersas en la mentira. Aquel al que no se necesita se le excluye de la obra común, y cuando ha entendido esto sólo le queda la retirada hacia la mera individualidad. En tal situación, puede que el individuo aún perciba que el ordenamiento jurídico es una organización que aún para él mismo es a grandes rasgos útil, pero permanecerá la reserva secreta de que habrá que quebrantarlo siempre que tal comportamiento prometa mayores beneficios. Quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma. Por lo tanto, cuando quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo, ello sólo es consecuente: es que no vive en el mundo de las personas.

Sin embargo, el carácter dominante de la economía no sólo trae nuevos problemas, sino que resuelve algunos problemas antiguos[67]. En este sentido, la competencia dentro de la economía sustituye la competencia antes existente, pero hoy adormecida, entre los Estados. Una empresa que se hunde si no se perfecciona continuamente necesita trabajo, de modo que generará personas. Frente a ello, en el clima tranquilizador de Estados seguros de su recíproco reconocimiento, nada hay que exigir del ciudadano, y todo se le puede otorgar. Por lo tanto, la sociedad protege de obligación en una comodidad generalizada.

VIII. Resumen

Resumo: la obligación jurídica no es un concepto del espíritu subjetivo, sino del espíritu objetivo. Por ello, no puede deducirse de un contrato de individuos, sino que sólo se genera cuando a una persona –que precisamente por ello es persona– se le impone conforme al entendimiento general un cometido en interés de lo general. El entendimiento general de que la tarea debe soportarse por la persona no puede ser sustituido por la mera coacción. En la actualidad puede decirse que la economía es el generador de obligación.

(Trad. de Manuel Cancio Meliá)

[67] Vid. JAKOBS, op. cit. (nota 4), pp. 120 y ss.

A R T Í C U L O S

¿QUÉ DERECHOS TENEMOS?

Liborio L. Hierro
Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción [1]

Hace poco más de doscientos años, cuando los derechos humanos eran una idea balbuciente, el señor Thomas Paine alzó su voz contra la muy autorizada de su antiguo amigo el señor Burke –el cual se había referido a los «*despreciables papeles emborronados que hablan confusamente de los derechos del hombre*»– y se atrevió a responderle: «*¿Es que con esta frase quiere el señor Burke negar que el hombre tenga algunos derechos? Si éste es su propósito, tiene que decir que que no existen tales cosas como derechos en ningún lugar y que él mismo no posee ninguno*» (Paine [1791-2] 1986, p. 58). Paine tenía razón, por lo menos, en el aspecto de que si nos importan nuestros derechos, simplemente si nos atrevemos a invocarlos, entonces quiere decir que afirmamos que existen derechos y, entonces, no preocuparse de los derechos ajenos podría ser una inconsecuencia de graves consecuencias. En el siglo que acaba ahora así ha ocurrido, según se expresó en el Preámbulo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*,[2] y lo pe-

[1] Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación PB97-1434 financiado por la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica. Originalmente, en una versión más breve, fue el texto de una conferencia pronunciada el 16 de Marzo de 1999 en la Facultad de Derecho de la Universidad Ramon Llull de Barcelona, en el Seminario Permanente de Derechos Humanos que anualmente organiza el Dr. Antonio Marzal; allí fue comentada por el Prof. García Manrique. Será publicado como parte de un libro colectivo que la Facultad de Derecho de ESADE edita periódicamente con los materiales del Seminario bajo la responsabilidad, como editor, de Antonio Marzal con cuyo consentimiento lo publico aquí. La casualidad hizo que también pronunciase aquella conferencia el día anterior en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, en las jornadas conmemorativas del 50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos organizadas por la asociación de estudiantes CEINP. Posteriormente fue objeto de discusión en una sesión del Seminario del Área de Filosofía del Derecho de la U.A.M. Agradezco a Ricardo García Manrique y a todos mis compañeros del Área sus comentarios críticos que han servido para corregir, al menos en parte, sus deficiencias.

[2] Su segundo párrafo, como es generalmente conocido, afirma: «Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad...».

or, como dijo el mismo Paine, es que «*lo que ha acontecido puede acontecer de nuevo*» (ibidem, p. 215).

A pesar del medio siglo transcurrido desde que se proclamó la *Declaración Universal de Derechos Humanos* dudo que tengamos todavía la perspectiva necesaria para ser conscientes de lo que ha supuesto. Lo que pretendo hacer a continuación bien podría considerarse una glosa de la Declaración aunque apenas hablaré de ella. Como tantas veces se ha puesto de relieve, el desarrollo de la «retórica de los derechos» ha corrido mucho más deprisa que el de la elaboración teórica y todavía hoy lo sigue haciendo con tal ritmo que parece conducirnos a una imparable inflación de derechos al precio de dejarnos atrapados en las redes de la trivialidad.[3] Por ello lo único que pretendo ahora es dar cuenta de lo que a mi entender sería el estado actual de una Teoría moral de los Derechos Humanos.

Cuando –en la invitación que originalmente dio lugar a este trabajo– se me sugirió desarrollar la idea de un «núcleo duro» de los Derechos Humanos tal sugerencia me suscitó dos posibles interpretaciones. En una primera interpretación la cuestión parecería ser una cuestión de limpieza semántica: esto es, ¿cómo definir lo que entendemos por «derechos humanos», a los que parece corresponder una exigibilidad moral particularmente fuerte, evitando la inflación semántica que obviamente padecemos? Pues, en efecto, la idea de que los «derechos humanos» tienen una especial importancia moral ha generado un especial «pedigrí» de tal modo que cualquiera que pretende hoy el respeto de cualquiera de sus deseos, la protección de cualquiera de sus intereses o la satisfacción de cualquiera de sus necesidades prefiere formularlos como «derechos» que asumir la costosa carga de demostrar por qué sus deseos han de ser respetados, sus intereses protegidos o sus necesidades satisfechas. Parece como si al calificar ese deseo, ese interés o esa necesidad como un «derecho» uno quedase automáticamente exento de tener que demostrar su exigibilidad. Se produce una especie de ecuación semántica: es mi «derecho», luego debe ser respetado o satisfecho. Este sencillo atajo semántico es el que nos ha conducido a esa inflación de los «derechos humanos» entre los que hoy parecen incluirse junto a aquellos modestos derechos «naturales» del hombre –como el derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad– que Jefferson consideraba evidentes por sí mismos y que sólo exigían que el Estado se abstuviese de actuar contra ellos, los más exigentes derechos llamados sociales o de «segunda generación» como el derecho al trabajo, a la educación o a la vivienda, que exigen que el Estado actúe en su satisfacción, y los nuevos derechos de «tercera» e incluso «cuarta» generación entre los que florecen todo tipo de pretensiones y todo tipo de pretendientes. Se habla, hoy, de derechos humanos en virtud de condiciones o situaciones especiales, como de los derechos de la mujer en atención al gé-

[3] Vid. F. Laporta 1987, p. 23 y p. 44; L. W. Sumner 1990, p. 1 («Like the arms race the escalation of rights rhetoric is out of control») y p. 15.; M. Walzer 1993, p.13.

nero, de los derechos del niño o de los derechos de los ancianos en atención a la edad, o de los derechos de los discapacitados en atención a sus condiciones físicas, y se habla también de los derechos de colectivos humanos como pueblos, razas o etnias, así como de los derechos de los no nacidos, de las generaciones futuras, de los animales e incluso de los derechos de la naturaleza[4]; se habla, por otra parte, de cosas tales como el derecho a la paz, el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la calidad de vida, el derecho al medio ambiente, etc. etc.; porque, como decía, parece que cualquier cosa o situación que necesitemos, nos interese o simplemente nos apetezca queda más perentoriamente reclamada si decimos que es «nuestro derecho». Así que mi primera interpretación de la cuestión sería la siguiente: ¿es posible delimitar un catálogo estricto de los derechos humanos? ¿es posible establecer claramente en qué consiste el «pedigrí» de los derechos humanos y, en consecuencia, conceder tan noble denominación a determinados deseos, intereses o necesidades y negársela a otros?

Pero hay –me parece– una segunda posible interpretación de aquella sugerencia. Consistiría en saber si, dado un catálogo de los «derechos humanos», hay entre ellos algunos que tienen una especial jerarquía o una especial resistencia de modo que, en caso de conflicto, unos (los más fuertes) prevalecerían sobre los otros (los más débiles). De ser esto así, podríamos decir que los primeros, los derechos más fuertes, más resistentes o –por decirlo más claramente– «más valiosos» constituirían el núcleo duro de los derechos humanos y los otros, los más débiles, menos resistentes o «menos valiosos», constituirían su periferia.

Ambas posibles interpretaciones de la invitación suscitan sendas cuestiones que, en principio, son independientes entre sí porque, por un lado, sea cual fuere el número de los «derechos humanos» podría haber dentro de ellos dos o más categorías de importancia y, por otro lado, si alguna razón nos impidiese distinguir dentro de ellos categorías diferentes esta conclusión ni aumentaría ni reduciría por sí sola el número de candidatos al «pedigrí» de «derechos humanos». Consecuentemente parece que ambas cuestiones han de tratarse con independencia. Podría ocurrir, sin embargo, que de la respuesta a la primera pregunta se derivase la respuesta a la segunda, es decir que una cierta reconstrucción teórica de lo que entendemos por «derechos humanos» y de la fundamentación de su peculiar importancia moral y política arrastrase necesariamente una determinada ordenación jerárquica de los derechos.

---

[4] La presentación está obviamente simplificada. Sin duda cuando hablamos de derechos de la mujer la distinción por género es relevante en tanto en cuanto la mujer viene padeciendo una amplia discriminación precisamente por razón de género; en el caso de niños o mayores la distinción por edad es relevante bien por previa discriminación o bien por diferencia de condiciones físicas, o por ambas. Un cuadro general, especialmente por lo que se refiere a animales y naturaleza, puede verse en Silvana Castignone, *Nuovi Diritti e Nuovi Soggetti*, Edizioni Culturali Internazionali Genova, Genova, 1996.

Me gustaría rechazar desde un principio una razón puramente intuitiva que parece abonar la idea de que los «derechos humanos» deben ser muy pocos. Es la intuición «económica» de acuerdo con la cual el valor de algo tiene una estrecha dependencia con su escasez. Como es sabido la ciencia económica nació vinculada a la observación empírica de que el precio de los bienes depende más de su escasez que de su aptitud para satisfacer necesidades básicas y eso fue lo que obligó a distinguir entre el valor de uso y el valor de cambio, distinción que Adam Smith resumió en la paradoja del agua y los diamantes (Smith [1776] 1987, p. 30). Esta constatación se ha extendido de tal modo en nuestros paradigmas culturales que es general la idea de que si algo vale mucho ha de ser escaso o que si algo es abundante entonces vale poco. Pero esta intuición incide en la falacia de confundir valor y precio. Las cosas nos valen, no sólo en sentido moral pero también en sentido moral, por su importancia para satisfacer nuestras necesidades, como nos vale el agua que bebemos o el oxígeno que respiramos, sea cual fuere su abundancia y, por ella, su precio. Pienso, por tanto, que no debemos acercarnos a la primera cuestión –esto es: ¿cuántos son los derechos humanos?– con un prejuicio elitista que diría algo así como «si son pocos, son mejores».[5] Lo que sí debemos hacer es acercarnos a la cuestión con una preocupación antiinflacionista, es decir huyendo rigurosamente de la tentación contrapuesta que diría algo así como «si son buenos, que sean muchos».

Por lo tanto quiero plantear esta primera cuestión sin ningún prejuicio cuantitativo. Lo que me parece interesante es intentar delimitar rigurosamente qué entendemos por «derechos humanos», intentar justificar rigurosamente cuál es el fundamento moral de tales «derechos humanos» y, entonces y sólo entonces, concluir cuáles son los candidatos aptos para tan noble título. La cuestión así planteada implica, sin embargo, tal cantidad de problemas de concepto, fundamentación y consecuencias normativas que difícilmente se podrían abordar en el limitado espacio de este trabajo. Necesariamente habrá que dar algunas cuestiones por sabidas y otras por discutidas para poder presentar unas hipotéticas conclusiones.

2. ¿Qué son los «derechos humanos»?

Se ha puesto de relieve por muchos autores que cuando utilizamos conceptos normativos resulta casi imposible separar la delimitación conceptual

[5] Laporta ha defendido la tesis de que los derechos humanos han de ser pocos si se les ha de atribuir una especial fuerza moral. Pérez Luño le ha opuesto un argumento empírico conforme al cual la experiencia práctica demuestra que la mayor extensión de los derechos va acompañada de una mayor intensidad en su protección. Laporta ha replicado sugiriendo una relación entre la opulencia en el disfrute de los derechos por unos y la correlativa miseria de otros: aun cuando aquella opulencia no sea la «causa directa» de ésta miseria, señala Laporta, sí que implica considerables recursos económicos y el riesgo de un desprestigio de los derechos humanos si «para tener dignidad moral hay que tener fortuna geopolítica de nacimiento» (Laporta 1987, p. 23; 1987 (2), pp. 74 y 77; Pérez Luño 1987, p. 61).

del problema de la fundamentación, es decir separar el nivel de la descripción del nivel de la justificación (Laporta 1987, p. 23). Creo, sin embargo, que la cuestión conceptual es, al menos analíticamente, previa. Los derechos humanos parecen ser un tipo o especie del género de los «derechos subjetivos». La noción misma de «derecho subjetivo» es relativamente moderna y aparece ligada a la afirmación del individuo como soberano sobre sí mismo, afirmación que se desarrolla paralelamente a la del Estado como soberano colectivo.[6] El derecho subjetivo en su origen es el ámbito de soberanía que cada uno tiene sobre sí mismo y sobre sus bienes, o sea un derecho de propiedad. Parece que fue en el siglo XIV, en las obras de Guillermo de Occam y de Jean Gerson, cuando se equipararon por vez primera el «dominium» y el «ius» aunque el acta de nacimiento del concepto moderno de derecho subjetivo es unánimemente atribuido a un pasaje de Hugo Grocio que consagraba esta misma identidad.[7] Desde entonces quedó fuertemente arraigada en nuestra cultura jurídica la idea de que un derecho subjetivo es un poder de la voluntad y esta es la idea que subyace en las declaraciones de derechos del período de las revoluciones. La cultura jurídica del positivismo asumió y desarrolló esta tesis y hubo de pasar más de un siglo para que se pusiera en cuestión. Fue a partir de la crítica de Ihering al voluntarismo y del aparato analítico ofrecido por Hohfeld cuando pudimos empezar a concebir los derechos subjetivos de forma más amplia y más

---

[6] No parece ocioso recordar, a estos efectos, que para el mismo Bodino «la verdadera felicidad de una república y la de un individuo son una y misma cosa» que se reduce a alcanzar las virtudes intelectivas y contemplativas (Bodino [1576] 1973, p. 14).

[7] Además de la reconstrucción histórica, ya clásica, de Richard Tuck (Tuck 1979, pp. 26-27 y 58 y ss.) puede verse H. Matsuo 1995, p. 12: «Thus the definition of dominium as power or faculty infiltrated into that of ius, and at the same time such a concept of ius as one´s own faculty came to be distinct from law (lex) and assimilated with liberty (libertas).» Ha sido Michel Villey quien ha afirmado con mayor contundencia que la «cuna» del derecho subjetivo fue la orden franciscana (Villey 1964, p. 98: «le berceau du droit subjectif fut l´ordre franciscain») y quien ha considerado que Occam fue el «padre» de la noción de derecho subjetivo (ibidem, p. 98) por su análisis conceptual de las diversas formas de potestad (derivadas del «ius poli» o del «ius fori») y de su carácter facultativo, lo que constituyó el núcleo teórico de su enfrentamiento con Juan XXII en el debate sobre la pobreza franciscana. En efecto, la afirmación del carácter facultativo y por ello renunciable de las potestades constituiría el núcleo del *Opus nonaginta dierum* de Occam, contestación a la bula pontificia *Quia vir reprobus* que Juan XXII había dirigido contra el general de la orden franciscana Miguel de Cesena.

El pasaje clásico de Grocio es aquél en que, tras establecer un primer significado de «derecho» como aquello que es justo, afirma: «Ab hac juris significatione diversa est altera, sed ab hac ipsa veniens, quae ad personam refertur: quo sensu jus est, Qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum... Facultatem Jurisconsulti nomine sui appellant, *nos posthac ius proprie aut stricte dictum appellabimus*; sub quo continentur potestas, tum in se, quae libertas dicitur, tum in alios; ut patria, dominica: Dominium, plenum sive minus pleno, ut ususfructus, jus pignoris: & creditum, cui ex adverso respondet debitum.» (Grocio [1625] 1987, p. 54). Debe notarse que aparecen en Grocio claramente enunciadas algunas de las modalidades de derecho subjetivo que hoy desarrollamos siguiendo a Hohfeld: las de libertad, potestad (o competencia) y pretensión (o crédito).

acorde con el uso habitual que se había ido desarrollando en el lenguaje jurídico. Hoy sabemos que lo que denominamos «derechos subjetivos» son posiciones normativas, esto es posiciones o situaciones de un sujeto cuya conducta está regulada por normas, y que denominamos «derechos» a aquellas posiciones normativamente establecidas en que un sujeto tiene una libertad protegida para actuar, una pretensión protegida para beneficiarse de una conducta ajena, una potestad establecida para ordenar la conducta de otros, o una inmunidad protegida frente a la potestad de otros. Y la idea de que son «derechos» implica la convicción, siquiera sea desde el punto de vista interno a las normas, de que son situaciones que favorecen la capacidad de acción del sujeto. Enfrente de ellas se encuentran los deberes que son, en términos de Hohfeld, correlativos: la obligación de abstenerse de interferir la libertad ajena, la obligación de satisfacer la pretensión de otro, la sujeción a una potestad o la incompetencia para ordenar la conducta del otro. Estas son las situaciones a las que denominamos «deberes» y que implícitamente consideramos situaciones negativas porque limitan la capacidad de acción del sujeto.[8]

Afirmar que los «derechos humanos» son una especie del género de los derechos subjetivos, es decir un conjunto de libertades, pretensiones, inmunidades y potestades no es un simple alarde teórico. Es, en realidad, una afirmación necesaria para ganar la primera batalla en la lucha por los derechos humanos en el frente de la Teoría. Porque la Ciencia Jurídica ha servido como parapeto unas veces y como obstáculo otras contra su desarrollo jurídico positivo con el fácil expediente de negar que los «derechos humanos» fuesen «derechos» en sentido propio. Incluso entre autores nada sospechosos de desafección a los derechos humanos el problema teórico les ha obligado a conceder que los «derechos humanos» eran sólo principios, o criterios, o pretensiones ideales, o buenos propósitos pero en ningún caso «derechos subjetivos» hasta que un Ordenamiento Jurídico los declaraba e instrumentaba de forma positiva.[9]

De este modo podemos establecer una primera conclusión. Los derechos humanos son derechos subjetivos aun cuando sean derechos subjetivos morales lo que sólo significa que del mismo modo que un derecho subjetivo jurídico-positivo es una posición normativa que se deriva de una norma jurí-

[8] El tratamiento conceptual de los derechos y deberes como posiciones o situaciones normativas procede, como es sabido, de W. N. Hohfeld, *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, Yale Law Journal, 23, 1913; tuvo un desarrollo particularmente relevante en A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, Londres, 1958 (Capítulo V) y *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968 (Capítulo V, & 27, 28 y 29); la literatura posterior es extensísima (vid., en la literatura española, L.L. Hierro 1982, M. Atienza 1986-7, J.R. Páramo 1986-7 y J.R. Páramo 1996).

[9] Vid. por todos, Ross 1971, p. 129 y Hart 1982, p. 192. Entre nosotros, la vinculación conceptual del «derecho subjetivo» con el «Derecho objetivo» ha llevado a G. Peces-Barba a sostener una teoría dualista (Peces-Barba 1980, pp. 24-27; 1991, pp. 95-97 [donde considera que el nivel moral y el jurídico han de completarse con el de la eficacia] y 1995, p. 187).

dica, un derecho subjetivo moral es una posición normativa que se deriva de una norma o de una razón moral.[10] Es claro, sin embargo, que ni todos los derechos subjetivos jurídicos (que puedan encontrarse en la tierra del Derecho Positivo) ni todos los derechos subjetivos morales (que puedan ser soñados por los teóricos o los filósofos del Derecho) son candidatos iguales a la denominación de «derechos humanos», por lo cual la segunda parte del desafío conceptual consiste en establecer cuál es la característica específica que convierte a algunos «derechos» (a algunas libertades, pretensiones, inmunidades y potestades) en «derechos humanos», es decir en derechos a favor de cuya protección legal hay particulares razones morales. Porque parece que es ésta la característica moralmente definitoria de lo que se denomina «derechos humanos»: la exigencia moral de que sean jurídicamente protegidos. Sin duda yo puedo sostener que cualquiera tiene una pretensión moralmente legítima a que sus amigos le sean fieles (es decir, tiene el derecho moral a la fidelidad) pero yo no sostendría, ni conozco a nadie que lo haga, que tal derecho moral debe ser especialmente protegido por el sistema jurídico. ¿Qué derechos son, entonces, los que ostentan esa peculiar característica?

Aquí la tarea se complica porque uno puede limitarse a constatar qué es lo que otros, sea que se trate de cualificados autores o de la mayor parte de la gente en un contexto dado, han utilizado o utilizan como razones relevantes, o bien puede aspirar a proponer por su cuenta una o varias . Si opta por esta segunda posibilidad abandona el cómodo terreno de la descripción de valores y normas y se compromete a tomar parte en el incómodo juego de valorar y prescribir. Pero esta es la única forma de decir cosas interesantes y, naturalmente, implica la introducción en el campo de la definición de compromisos valorativos. Creo que para delimitar lo que deberíamos entender por «derechos humanos» son necesarias dos restricciones. En primer lugar lo que debemos entender por «derechos humanos» no son todos los deseos, intereses o necesidades relevantes de un agente humano sino sólo aquellos deseos, intereses o necesidades que pueden instrumentarse normativamente como derechos subjetivos, esto es como libertades, pretensiones, inmunidades o potestades lo que excluye, por ejemplo, cualquier pretensión imposible de satisfacer (Hierro 1982, pp. 54 y 59); en segundo lugar, tampoco son todas las posiciones que jurídicamente pueden instrumentarse co-

[10] Vid. J. L. Mackie 1984, passim; J. Feinberg 1980, p. 154; L. W. Sumner 1990, pp. 132-151; C. Wellman 1995, p. 48; en España: F. J. Laporta 1987, pp. 33-35; y A. Ruiz Miguel 1990, passim.

E. Fernández (1984, pp. 104-110) utiliza los términos «derechos morales» pero con una referencia idéntica a la teoría dualista de Peces-Barba; A. E. Pérez Luño (1984, pp. 177-180) señala la falta de claridad del calificativo «morales» y defiende su equiparación a «derechos naturales»; N. Bobbio (1991, pp. 19-20) ha expresado sus dudas frente a la recepción de la locución anglosajona «derechos morales» y R.J. Vernengo (1989, passim) ha desarrollado una crítica completa y radical de la expresión «moral rights» («un hueso duro de tragar»).

mo derechos subjetivos sino sólo aquellas que tienen una cierta característica moral, a saber: que son condición necesaria para que una persona, un ser humano, pueda desenvolverse como agente moral en un contexto dado.

Que son condición necesaria significa que la definición *incluye* todas y cada una de aquellas situaciones o posiciones normativas positivas cuya negación o desconocimiento normativo implicarían una limitación sustantiva del sujeto paciente para desenvolverse como agente moral en ese contexto. Significa también, por otra parte, que la definición *excluye* cualquier posición o situación normativa cuyo reconocimiento o satisfacción no es necesaria para que el sujeto se desenvuelva como agente moral en ese contexto. Por ilustrarlo con sólo dos ejemplos. La inclusión supone, por ejemplo, que en un contexto social con un alto grado de comunicación escrita, la pretensión de recibir una alfabetización que permita operar en condiciones básicas de competencia comunicativa se convierte en un derecho humano; la exclusión supone, por ejemplo, que en un contexto social en que el conocimiento del idioma ruso no es un requerimiento básico para la competencia comunicativa la pretensión de recibir una enseñanza del idioma ruso no es un derecho humano.

Un segundo elemento caracterizador de lo que se viene entendiendo por «derechos humanos» es su carácter fundamental lo que suele entenderse como que sirven de fundamento legitimador de los sistemas jurídicos.[11] Es una vieja idea acuñada por el iusnaturalismo racionalista que supo resumir lapidariamente el señor Jefferson en el Preámbulo de la «Declaración de Independencia»: «*que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados*». Puesto que no pretendo ofrecer una definición nominal o meramente explicativa, sino una definición estipulativa de carácter valorativo he de señalar que, en ella, este segundo carácter que podríamos denominar el «carácter legitimador» tiene una función subordinada a la del carácter anterior. Es decir, sólo asumiendo que el primer valor moral se sitúa en la autonomía del individuo (Mackie 1984, p. 176; Alexy 1995, p. 26) sólo entonces los derechos humanos tienen carácter fundamental (o legitimador) y ofrecen una respuesta completa a los tres grandes problemas teóricos de la Justicia: por qué es justo ordenar (la Justicia como legalidad), quién está justificado para ordenar (la Justicia como legitimidad en origen) y qué es lo que está justificado ordenar (la Justicia como legitimidad en contenido). Los derechos humanos ofrecen una respuesta completa porque en base a un mismo principio resuelven las tres cuestiones: las normas son le-

[11] Aunque es frecuente hoy reservar el apelativo «fundamentales» para aludir a los derechos humanos positivizados, con un rango especial, en un orden jurídico (Pérez Luño 1984, p. 31) históricamente parece anterior la idea de que eran fundamento del orden jurídico-político (ibidem, p. 30) y derivada de ella la idea, posterior, de que requerían un puesto especial en el sistema jurídico «generalmente en el nivel superior de la jerarquía normativa» (Peces Barba 1980, p. 14, donde también se refiere a su carácter legitimador).

gítimas porque son necesarias para el desarrollo de la autonomía individual, la competencia normativa es legítima si y sólo si deriva del ejercicio de la autonomía por los destinatarios de las normas (esto es, del consentimiento) y las normas son justas si y sólo si tienen como contenido la protección y la promoción de esa misma autonomía. Este fuerte carácter «fundamental» de los derechos humanos remite inevitablemente al problema de su fundamento moral, lo que significa algo así como desvelar el fundamento del fundamento. Antes de aventurarme en este terreno me atrevería a resumir esta primera discusión conceptual ofreciendo una definición, que es al fin y al cabo lo que pretendía encontrar.

(1) Los derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico.[12]

3. El fundamento moral de los derechos humanos

Resulta arriesgado discrepar de uno de los mejores filósofos del Derecho de este siglo como lo es Norberto Bobbio, siendo además uno de los maestros de mi generación, pero creo que se equivocó doblemente en esta cuestión. Tanto por negar que el problema de la fundamentación fuese relevante como por negar que pudiese encontrarse un fundamento único (Bobbio 1991, Capítulo III). No me parece necesario extenderme en explicar la primera discrepancia: fundamentar nuestros juicios de valor es una consecuencia de nuestra racionalidad reflexiva y fundamentar juicios de valor de carácter moral es además un requisito necesario de su pretensión de universalidad. Parece conveniente recurrir a una distinción sencilla y muy generalmente aceptada para dividir, previamente y bajo el punto de vista metaético, las diferentes fundamentaciones morales de los derechos humanos en dos grandes grupos: de un lado las de carácter cognoscitivista, que incluirían fundamentaciones iusnaturalistas en sentido estricto, fundamentaciones historicistas o fundamentaciones intuicionistas (como la que parecían albergar los redactores de la Declaración de Independencia), y de otro lado las

[12] Esta tesis desarrolla lo que sostuve en Hierro 1982 y creo que coincide sustancialmente con las dos conclusiones de Gewirth 1990 (el original es de 1981), p. 145. «Lo que hemos tratado de mostrar en este ensayo –dice– es que todos los derechos humanos *tienen un fundamento racional en las condiciones necesarias o necesidades de la acción humana*, de modo que ningún agente humano puede denegarlas o violarlas so pena de autocontradicción. Así, las demandas que los derechos humanos hacen a las personas se justifican por el PCG (Principio de Consistencia Genérica) en cuanto principio supremo de la moralidad. Es también a través de las exigencias morales establecidas por este principio *como el orden político y jurídico recibe su justificación central en cuanto provisor de la protección de los derechos humanos*» (resaltados míos). No cabe afirmar que los derechos humanos son, además de condición necesaria, condición «suficiente» para realizarse como sujeto moral –como me hizo ver R. García Manrique– porque han de darse otras condiciones extranormativas como, por ejemplo, ciertos niveles mínimos de salud física y mental.

de carácter no cognoscitivista. Pues bien, cuando uno se aleja de la pretensión reiteradamente falsada de que los juicios de valor expresan conocimiento se aleja también necesariamente de la pretensión de formular una Teoría de la Justicia de carácter sustantivo o teleológica en la que los derechos humanos podrían entenderse como estados de cosas o situaciones buenas y a las que, por ello, las normas jurídicas deberían encaminarse. Alternativamente, la cuestión procedimental parece convertirse entonces en la cuestión central, es decir en la única posibilidad de reconstruir una fundamentación racional de lo que es bueno o justo porque se deriva de un procedimiento racionalmente correcto de evaluación y decisión. En esta alternativa se situarían las fundamentaciones contractualistas y constructivistas de raíz kantiana.[13] En otro lugar he tratado de demostrar, sin embargo, que todas estas teorías que podríamos denominar «procesales» de la Justicia y que en su mayoría abocan a una fundamentación consensual de los derechos humanos tienen necesariamente en común, aunque no siempre de forma explícita, una determinada concepción normativa de la persona como agente moral (Hierro 1998). En el caso de Rawls lo que inicialmente no estaba explícito terminó por hacerse conscientemente explícito y él mismo declaró que toda su teoría se apoyaba en esa concepción normativa de la persona. Lo mismo sucede, de forma explícita desde un principio, en la teoría de los derechos de Ronald Dworkin o cuando Robert Alexy propone una fundamentación de los derechos humanos en la ética discursiva para concluir que tal construcción teórica se apoya en una concepción de la autonomía de la persona.[14]

La concepción moral de la persona como agente autónomo es cabalmente el prerrequisito de toda argumentación moral, como Kant dejó establecido, y es el fundamento necesario, suficiente y unitario de los derechos humanos cuando éstos son entendidos precisamente como las situaciones normativas que constituyen condición necesaria para que la persona se desenvuelva como agente moral en su contexto. La difusa pero poderosa idea de la dignidad humana (Dworkin 1984, p. 295) estriba precisamente en esa afirmación de la autonomía personal sin la cual cualquier discurso moral simplemente carece de sentido.

4. ¿Qué derechos tenemos?

Existe una larga tradición que reduce los derechos humanos básicamente a tres valores, principios o criterios: la libertad, la igualdad y la seguridad (Fernández 1984, p. 120). No discutiré ahora las pretensiones de algunos

[13] Sobre las diversas fundamentaciones es imprescindible el libro de L. W. Sumner, *The Moral Foundations of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

[14] Vid. particularmente Rawls 1989, Dworkin 1984 y Alexy 1995. Gewirth (1990, pp. 129-130 y 145) sostiene que hay una inferencia lógica necesaria entre las condiciones necesarias de la acción humana y su exigencia como derechos por cualquier agente.

nuevos candidatos, como la solidaridad, sino que me limitaré a tratar de reformular estos tres valores o principios como derechos subjetivos básicos en sentido propio y a desvelar su contenido en cuanto candidatos a una nómina completa de derechos humanos.

4.1. El derecho a la libertad

Tres cuestiones continúan básicamente siendo disputadas en torno a la libertad como derecho humano. Si existe o no un derecho general a la libertad, cuáles son y cómo se relacionan las formas de la libertad y el carácter cualitativo de la libertad.

Sabemos que no es concebible un derecho a una libertad general si por esto se entiende a una libertad de acción sin límites, una especie de permiso irrestricto para actuar como uno quiera. El primer límite de una libertad relacional[15], es decir normativamente protegida en relación con los demás, es el de la igual libertad ajena. La libertad natural –si es que tal cosa existe– sólo es normativamente concebible en los términos en que Kant formuló el imperativo categórico para el Orden Jurídico (Kant [1797] 1978, pp. 80-81). Sin embargo ello no significa que, contra cierta conclusión precipitada a que podría llevarnos la opinión de Dworkin (Dworkin 1984, pp. 380 y ss.)[16], no pueda afirmarse un derecho moral general de libertad esto es un permiso general para hacer todo aquello que las normas «legítimamente» no nos prohiben hacer u obligan a hacer de modo expreso. Si la autonomía personal es, como es, un prerrequisito del discurso moral y si la libertad del agente es, como es, un prerrequisito del significado prescriptivo de las normas, entonces a cualquier agente moral ha de reconocérsele y protegérsele su libertad para hacer o no hacer aquello que no está prohibido o es obligatorio so pena de cancelar su condición de agente moral. La idea de un «permiso débil» de carácter general (en el sentido de Von Wright [Von Wright 1979, p. 101]) o la idea de una «norma general excluyente» (en el sentido de Zittelmann) se convierten así en un derecho moral básico. Naturalmente que es concebible un orden normativo que estableciese una norma general excluyente de carácter prohibitivo[17] y todavía más frecuente es, en el terre-

[15] Doy por supuesto el carácter relacional de los derechos en cuanto posiciones normativas. Vid. Hierro 1982 y Alexy 1993, p. 201.

[16] Como es sabido, la negación de un derecho general a la libertad es el eje de la argumentación de Dworkin (1984, Capítulo 12) para sostener la prioridad del derecho a la igualdad. Vid. la discusión de la tesis de Dworkin en J. L. Mackie 1984, pp. 177-178.

[17] Durante años busqué sin éxito algún ejemplo para mis estudiantes de norma general excluyente de carácter prohibitivo. Al cabo del tiempo encontré uno meramente literario en las memorias de Koestler cuando cuenta que «dentro de la vida normal, se permite todo lo que no está prohibido por la ley. En mi infancia, se prohibía todo lo que no estaba expresamente permitido» (A. Koestler 1973, p. 45). Recientemente un abogado amigo me facilitó un ejemplo real, de mínima importancia pero muy gráfico. Se trataba del Reglamento Técnico del Campeonato de España de Fórmula Renault de 1997 (una competición deportiva de carácter federativo oficial) que contenía una cláusula preliminar del siguiente tenor: «Todo aquello que no

no de los hechos, que un ordenamiento jurídico no garantice efectivamente este principio general de libertad. En ambos casos se estaría negando la autonomía como carácter moral originario de los sujetos de tales sistemas y, por ello, su condición humana de agentes morales.[18]

Isaiah Berlin teorizó genialmente la vieja distinción de Constant entre dos formas de libertad: la libertad negativa y la libertad positiva (Constant [1819] 1988 y Berlin 1974).[19] Sin embargo dejó sumida en la confusión la relación entre ambas. Insistió mucho, como es sabido, en que se trataba de dos cosas distintas y llegó a concluir que «*no hay una conexión necesaria entre la libertad individual y el gobierno democrático*» (Berlin 1974, p. 227). La libertad negativa consiste, en términos de Berlin, en poder actuar sin obstrucciones de otros; la libertad positiva consiste, según él, en que quiero ser mi propio amo (ibidem, pp. 217 y 229). Lo que Berlin niega insistentemente es que sean la misma cosa. Creo que en cierto modo se equivocó. Libertad negativa y libertad positiva son dos posiciones normativas distintas pero ambas consisten en el ejercicio de la autonomía individual, si bien en diferentes contextos. La autonomía se puede ejercer individualmente en multitud de aspectos con el sólo limite de la igual libertad ajena. La autonomía, sin embargo, no puede ejercerse individualmente en aquellos ámbitos en que las decisiones son interdependientes. Con un ejemplo sencillo: yo puedo decidir con perfecta autonomía si esta tarde voy al cine o al teatro. Pero si mi decisión individual autónoma es pasar la tarde con mi mujer y mis dos hijos, y sus tres decisiones individuales autónomas son recíprocamente iguales, entonces la decisión de qué hacer aparece como una decisión de segundo orden que ha de tomarse en situación de interdependencia. No es ya posible que ninguno de los cuatro decidamos individual y

---

esté expresamente autorizado en este Reglamento, en el Manual de Reparación [...] entregado a cada piloto inscrito en el campeonato, en los boletines técnicos susceptibles de ser difundidos [...] durante la temporada 1997: *está prohibido*.»

[18] En este mismo sentido se pronuncia Rawls (1990, p. 34): «Hay, ciertamente, una presunción general contraria a la imposición de restricciones a la conducta –legales o de otro tipo– sin una razón suficiente. Pero esta presunción no determina una prioridad especial a ninguna libertad en particular.»

[19] Por lo que respecta a la idea de una tercera forma de libertad, la libertad real o libertad como capacidad, creo –con Berlin, Aron y Laporta, entre otros– que se trata de una idea errónea pues una cosa es la libertad y otra las condiciones para ejercerla (por todos, Laporta 1983, pp. 29-31) aunque tales condiciones «afectan a la valía de la libertad», como señala Rawls (1990, p. 71). En consecuencia distingo sólo dos formas de libertad: la libertad negativa entendida como ámbito de actuación no interferido por actos ajenos ni por normas y la libertad positiva entendida como participación en la elaboración de las normas (Laporta 1983, p. 32). Laporta, siguiendo a Berlin, admite que no hay implicaciones lógicas entre una y otra aunque sí afirma –contra Berlin– las implicaciones políticas entre ambas. Por mi parte trato de demostrar que tales implicaciones son mucho más fuertes, en el sentido de que tanto la libertad negativa como la libertad positiva expresan y realizan el mismo valor moral (el de la autonomía personal) en diferentes contextos de decisión por lo que la satisfacción de la autonomía personal requiere simultáneamente el reconocimiento de la libertad negativa y de la libertad positiva (vid. Gewirth 1990, p. 137).

autónomamente qué hacer si queremos satisfacer nuestra preferencia primaria de pasar la tarde juntos. La alternativa berliniana parece obligarnos a abandonar el ámbito de la libertad individual negativa y entrar en un contexto que no tiene ninguna conexión «necesaria» con él; esto es lo que ocurriría si, ante la nueva situación, decidimos que la autonomía es inviable y que, por ello, debe decidir el cabeza de familia, o el suegro (dado su particular carisma), o el azar (por ser más igualitarios). Ninguna de las tres soluciones respeta la autonomía de nadie salvo la primera que sólo respeta la autonomía de uno. Pero esta alternativa es falsa. Si creamos un contexto que permite a los cuatro exponer sus razones, tratar de convencer a los demás, y –caso de no llegar a un consenso– decidimos por mayoría, entonces hemos permitido el mayor ejercicio posible de la autonomía individual de cada uno de los cuatro en esa situación de interdependencia. Naturalmente el problema se vuelve simplemente más trágico si la situación de interdependencia no es voluntaria sino necesaria pero el escenario es el mismo, y la respuesta es precisamente el escenario de la libertad positiva. No en vano la teoría de la democracia nació de representar la vida en sociedad como si se tratase de una interdependencia voluntaria, es decir de un «contrato social». La libertad positiva no es, por tanto, otra cosa que el ejercicio de la autonomía personal en condiciones de interdependencia.

Si unimos esta conclusión a la inmediatamente anterior podremos concluir fácilmente que la libertad como derecho humano implica un principio de conservación de la libertad general que puede enunciarse así: no ha de someterse al escenario de la libertad positiva ningún ámbito de la acción de una persona que no requiera decisiones interdependientes.

Hay un último rasgo relativo a la libertad que merece una referencia. Se trata del carácter cualitativo de la libertad que puso de relieve John Mackie (Mackie 1984, p. 178). El valor de la libertad no depende de la cantidad de conductas permitidas menos la cantidad de conductas obligatorias y prohibidas, sino de la cualidad de las unas y las otras. Hay ámbitos de la acción inmediatamente vinculados con el desenvolvimiento de la persona como agente moral, como el ámbito de las creencias, de las convicciones, de las preferencias internas, de la comunicación, de la elaboración de planes de vida, etc. y ámbitos muy distantes de esa cualidad moral, como las costumbres, las modas, las preferencias externas, etc. Aunque para mí fumar se ha convertido en una mala costumbre muy arraigada y probablemente no fumar me haría transitoriamente poco feliz, no tendría sentido afirmar que, existiendo alguna razón relevante de coordinación social como la salud ajena o el gasto sanitario, una norma que me prohibiese fumar me limitaba como agente moral. Ese carácter cualitativo es el que obliga a convertir determinados ámbitos de la libertad general en inmunidades frente a la propia voluntad mayoritaria (Rawls 1990, pp. 88 y 115).

El derecho a la libertad o, por mejor decir, la libertad como derecho moral básico podría, en consecuencia, enunciarse en estos términos:

(2) Todo ser humano tiene derecho al conjunto de libertades necesarias para desenvolverse como agente moral así como un derecho general a que su libertad de acción sólo sea limitada por razones necesarias de coordinación social y mediante su consentimiento directo o representado.

4.2. El derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad, esto es a ser tratado con la misma consideración y respeto, deriva asimismo de forma necesaria de la atribución de valor moral a las personas por su igual condición de agentes morales. La igualdad reviste también dos formas que solemos denominar como igualdad ante la ley (o igualdad formal) e igualdad en las oportunidades o en la satisfacción de necesidades básicas o en las capacidades (o igualdad material). En el caso de la igualdad parece que también nos encontramos ante dos formas distintas. La igualdad formal se reduciría básicamente a la inmunidad frente a tratamientos discriminatorios del legislador que se vería así privado de competencia normativa para discriminar. La igualdad material, por su parte, consistiría en la pretensión de obtener una cierta cantidad de prestaciones en alimento, sanidad, condiciones de vida, educación, información, y capacitación para desenvolver la propia autonomía en similares condiciones de partida; consiste –podríamos decir– en disponer de un conjunto equitativo de condiciones para ejercer la libertad. La idea poco afortunada de «libertad real» (o «libertad material») se remite en realidad a esta idea de condiciones equitativas para ejercer la libertad (vid. supra nota 19). Sin embargo tanto la igualdad formal como la igualdad material son expresión de la misma idea normativa de que cualquier ser humano tiene el mismo valor moral que cualquier otro.

El gran problema de la igualdad, sin embargo, quedó perfectamente planteado desde Aristóteles y estriba en que la idea misma de igualdad es comparativa y requiere por ello tratar igualmente a lo que es igual y desigualmente a lo que es desigual. Para formularlo en los términos en que Bobbio lo ha dejado planteado el problema de la igualdad permite cuatro respuestas: «tratar igualmente» a todos en todo, a todos en algo, a algunos en todo o a algunos en algo (Bobbio 1993, p. 83). La primera incógnita parece hoy despejada. Como señaló Peter Singer «*el principio de que* todos los seres humanos *son iguales es hoy parte de la ortodoxia ética y política dominante*» (Singer 1984, p. 28), pero parece importante destacar que tras la constatación de este bienaventurado dato de nuestra moralidad positiva se halla una «verdad» ética o, por decirlo más correctamente, una exigencia de la racionalidad ética que se deriva de la universalización de la dignidad última que yo mismo me atribuyo como agente moral y que, por ello, he de reconocer a todo agente moral. Se abre aquí, por supuesto, el problema de los infantes (es decir, los que todavía no se expresan) y de los seres humanos que no han alcanzado o han perdido la agencia moral (digamos llanamente que «no son personas»), problema del que en este momento no me

ocuparé, aunque me he ocupado parcialmente, respecto a los niños, en otros momentos (Hierro 1991, 1996 y 1999).

Respecto a la segunda incógnita puede constatarse que cualquier pretensión de igualdad en todo –lo que suele denominarse de igualdad en resultados– resulta contradictoria con la idea de autonomía moral del agente y su consiguiente responsabilidad. Sólo si hacemos tabla rasa de la responsabilidad moral del agente podemos redistribuir a todos y cada uno la misma cantidad de bienes o de bienestar. El propio respeto a la autonomía moral requiere, por lo tanto, una igualdad en las oportunidades que por su propio sentido implica un desigual tratamiento de sus necesidades y, posteriormente, un desigual tratamiento de sus desiguales aptitudes y méritos. El respeto de la autonomía personal más el respeto del igual valor moral de cada uno nos obliga a adoptar un principio general de igualdad de oportunidades que en otro lugar he enunciado de esta forma: «nuestro ideal de igualdad es la igualdad entre todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las necesidades básicas, de forma que permitan a todos y cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma y libre su propio plan de vida» (Hierro 1995, p. 137), pero al mismo tiempo nos obliga a utilizar criterios relevantes de tratamiento desigual en diferentes esferas (Walzer 1993)[20]. Este doble principio se traduce, según creo, en un enunciado del contenido básico del derecho a la igualdad en los términos siguientes:

> (3) (3.1) Todo ser humano tiene derecho a un igual trato legal y a unas iguales oportunidades para desenvolverse como agente moral. (3.2) La diferenciación por rasgos distintivos relevantes sólo procede cuando la no discriminación por rasgos irrelevantes está satisfecha. (3.3) La diferenciación en resultados sólo procede cuando la igualdad en oportunidades está satisfecha. (3.4) Una sociedad, sus normas e instituciones, satisfacen el derecho a la igualdad cuando sus posiciones y bienes están abiertos a todos en virtud del principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades y sólo establece tratos desiguales en virtud de criterios relevantes y adecuados al caso, a saber: (3.4.1) el criterio de necesidad vale para diferenciar en la igualación de oportunidades y en la redistribución de resultados; (3.4.2) el criterio de mérito vale para atribuir premios, recompensas y castigos a las acciones voluntarias y en la atribución de resultados; (3.4.3) el criterio de aptitud vale para atribuir cargos y funciones que no sean representativas; (3.4.4) el criterio de status vale sólo si es reducible a algu-

[20] La gran aportación de Walzer es, en mi opinión, la demostración de que la igualdad es un valor complejo que requiere la utilización de criterios diferentes para esferas diferentes. Sin embargo me parece que «*Las esferas de la Justicia*» adolece de una demostración mínimamente sistemática de cuáles son las razones que sustentan el criterio que debe regir en cada esfera, defecto que, con toda seguridad, es el precio del «comunitarismo» de Walzer que le conduce a una conclusión tan desilusionante como ésta: «Así como es posible describir un sistema de castas que cumpla con los parámetros (internos) de la justicia, es posible describir un sistema capitalista que cumpla con la misma finalidad» (Walzer 1993, p. 324).

no de los anteriores, e incluye la discriminación inversa en función de la igualación en oportunidades. [21]

4.3. El derecho a la seguridad

Respecto a la seguridad se repite una vez más el inevitable dualismo. Distinguimos habitualmente dos diferentes aspectos de la seguridad: la seguridad jurídica y la seguridad frente al riesgo. En este caso, sin embargo, no creo que ambos aspectos se refieran a o manifiesten un mismo derecho moral básico. El derecho a la seguridad jurídica es una necesidad derivada de la autonomía. Se trata de una inmunidad frente a la arbitrariedad y se traduce en los requerimientos para que la persona y la libertad personal estén garantizadas normativamente frente a la acción ajena (como en el mal llamado «derecho a la vida» que en realidad es un derecho a «conservar» la vida, o en el derecho a la integridad física, etc.) así como en que los límites a la libertad personal están establecidos por normas generales, preestablecidas, irretroactivas, públicas y eficaces, lo que ha desplegado toda su virtualidad en la institucionalización del «rule of law» o «imperio de la ley» en sentido estricto (Laporta 1994). Más problemático parece cómo situar el segundo aspecto de la seguridad cuando éste se entiende como un derecho «social» o de segunda generación a prestaciones en caso de sucesos más o menos azarosos como la enfermedad, el desempleo, la incapacidad, etc. Creo que claramente este aspecto de la seguridad se ha de situar en uno de los renglones del derecho a la igualdad, esto es en la redistribución desigualitaria de resultados en virtud del criterio de necesidad.

Si esto es así, como pienso, el derecho a la seguridad podría enunciarse a su vez en la siguiente forma:

> (4) Todo ser humano tiene derecho a la protección normativa de su vida, su integridad física y moral y su libertad de acción frente a la acción ajena y a que los límites de su libertad estén establecidos por reglas generales claras, preestablecidas, públicas, irretroactivas y eficaces.

5. Derechos morales, derechos constitucionales y derechos universales

Algunos autores han señalado la paradoja de que unos derechos que se predican como universales en el sentido de que moralmente hablando co-

[21] «Sólo procede» debe entenderse aquí como una aserción en el plano moral; significaría que «sólo tiene un justificación moral completa». Por supuesto la imperfección de las estructuras sociales reales y la dinámica de la realidad hacen imposible cualquier pretensión de suspender toda diferenciación en resultados (en razón del mérito) hasta que haya una perfecta igualdad de oportunidades. Lo que el principio expresa es que tal diferenciación en resultados no tendría una justificación moral completa en tanto en cuanto no se diera una perfecta igualdad de oportunidades. No parece inútil tener claro quiénes son moralmente los deudores y quiénes los acreedores en una sociedad en la que no se haya podido llegar a cancelar toda discriminación por rasgos irrelevantes y/o no se haya podido satisfacer perfectamente la igualdad de oportunidades.

rresponden a todos y cada uno de los seres humanos hayan de satisfacerse por ordenes jurídicos particulares. Otros, de forma más sofisticada, han sostenido que los derechos morales básicos son derechos «prima facie» cuya realización normativa exige un proceso de institucionalización que los convierta en derechos finales y que en ese proceso puede haber decisiones consensuadas de segundo orden que contextualizan estos derechos.[22] El denominado proceso de positivación parecería ser la respuesta histórica a esa necesidad de concretar en forma jurídica aquellos derechos morales (Pérez Luño 1984, Capítulo 2), y el denominado proceso de internacionalización parecería responder a la necesidad de institucionalizar a nivel supranacional la referencia y el control de tales procesos de positivación en los ordenamientos jurídicos internos (ibidem, p. 82 y Peces Barba 1991, p. 153). Esta parece que fue, en efecto, la inmensa aportación de la Declaración Universal que recientemente hemos conmemorado: institucionalizar unas ideas morales en forma de moralidad política positiva y apuntar algunos instrumentos de control. Pero no es este aspecto del pasado histórico del que ahora quiero ocuparme, sino de las posibilidades que ofrece el futuro. En otro lugar he planteado con más detalle el que me parece problema fundamental de la universalización de los derechos (Hierro 1995), que es el siguiente: mientras la libertad y la seguridad son condiciones que normativamente un sujeto puede tener o no tener reconocidas y garantizadas, o tener reconocidas y garantizadas en mayor o menor grado, la igualdad es tanto en su aspecto formal como en su aspecto material una cualidad o un tratamiento comparativo. Lo que significa esta diferencia conceptual –que Bobbio puso

[22] Que los derechos humanos son derechos «prima facie» es algo que se afirma con frecuencia pero al menos en dos sentidos diferentes. Unas veces quiere decirse que no son derechos «absolutos» porque pueden entrar en conflicto y, si bien se consideran como «triunfos» 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 (Gewirth1984, p. 92 donde divide la *infracción* de los derechos en *violación*, como infracción injustificable, e *invalidación* (overriding), como infracción justificable. Vid. también Laporta 1987, pp. 40-41). En este sentido la idea de derechos «prima facie» se opone a la de derechos «absolutos». Otras veces quiere decirse que los derechos humanos o «fundamentales» requieren compromisos institucionales para convertirse en derechos «finales». Estos compromisos sirven también para equilibrar las tensiones entre unos derechos y otros (Mackie 1984, p. 177) pero 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, p. 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, publique listas, establezca colegios, etc. 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. etc. En este sentido la idea de derechos «prima facie» se opone a la de derechos «finales».

de relieve con su habitual claridad (Bobbio 1993, p. 54)– es que en un mundo ideal pero posible en el que todos los Estados reconociesen y protegiesen efectivamente la libertad y la seguridad de sus ciudadanos todos los hombres podrían ver satisfechos ambos derechos morales. Pero, sin embargo, ello no parece posible respecto a la igualdad. En su aspecto formal porque la propia estructura del Estado exige distinguir en algo a sus nacionales de los extranjeros y esta diferencia necesaria parece ser particularmente exigente respecto a la propia definición de nacional y de extranjero y por ello a la cualidad de «miembro» de la comunidad política (Walzer 1993, p. 44); en su aspecto material porque el ámbito de los nacionales parece ser el que define en sentido ético, político y jurídico el número de los candidatos a ser tratados igualmente[23], a disponer de una igualdad de oportunidades y a disfrutar por ello de una redistribución de los resultados. El horizonte de una igualdad entre todos los seres humanos parece exigir, por ello, una especie de ciudadanía universal que –como en el caso de la construcción europea– implica enseguida una caída de las fronteras y una libertad de movimientos que redujera la nacionalidad a un rasgo irrelevante así como una especie de igualación universal de las oportunidades mediante una redistribución universal de los recursos. Alguien ha dicho con autoridad que este panorama nos conduce a magnitudes inconmensurables que exceden nuestro horizonte ético (Fishkin 1986). Alguien más cercano a nosotros, a quien ya cité cuando me ocupé de esta cuestión, ha contestado: «*una cosa es la incapacidad de nuestro razonamiento práctico para alumbrar una posición moral coherente y otra muy distinta nuestra escasa disposición a aceptar un principio moral que quiebra nuestra buena conciencia y exige un serio sacrificio de nuestros intereses*» (Bayón 1986, p. 54).

6. El orden nominal de los derechos y la nómina de los derechos

En un esbozo –como pretende ser éste– de una «Teoría de los Derechos Humanos» han quedado necesariamente fuera infinidad de problemas. Pero hay al menos dos que tienen un carácter central para responder la pregunta que al principio quedó planteada. Se trata, en primer lugar, de saber si entre la libertad, la igualdad y la seguridad hay una relación jerárquica de algún tipo que, de haberla, sirviera también como criterio de solución de los con-

[23] En Hierro 1995, p. 147, decía yo que el Estado se convertía en el ámbito de realización de la igualdad y que ello tenía tres graves consecuencias: una ideológica o epistémica al definir el ámbito de los iguales como el de los nacionales; una ética al cerrar en el nivel del Estado el ámbito de institucionalización de nuestros deberes y una jurídica al delimitir del mismo modo lo jurídicamente exigible. Atienza apuntaba, entre otras críticas, que la segunda consecuencia sólo vale en relación con cierta moral social pero no respecto a una moral crítica (Atienza 1997, p.21). Tiene toda la razón. Cuando señalé aquellas tres consecuencias, que califiqué de graves, me refería a consecuencias que se producen en la ideología dominante, en la moralidad positiva dominante y en los ordenamientos jurídicos positivos en relación con el Derecho Internacional en su estado actual. Creo que se deduce muy obviamente del contexto.

flictos entre derechos. Una ordenación lexicográfica entre el principio de libertad y el principio de igualdad ha sido defendida por Rawls (Rawls 1971, pp. 61, 89, 244, 301 y 302) y sería sencillamente aplicable al enunciado de estos dos principios de justicia como derechos morales. Como es sabido Rawls propone dos reglas de prioridad (Rawls 1971, pp. 302-303). Conforme a la primera de ellas, los principios de justicia –yo traduciría ahora: los derechos humanos– han de ser jerarquizados en un orden léxico en virtud del cual la libertad sólo puede ser restringida en aras de la libertad; conforme a la segunda, la justicia es previa a la eficiencia, y la igualdad de oportunidades es previa al principio de diferencia (ibidem). Puesto que creo haber incluido ya esta segunda parte de la segunda regla de prioridad en la definición propuesta del derecho a la igualdad, me referiré ahora sólo y brevemente a la primera regla de prioridad y a la primera parte de la segunda.

La primera parece establecer una prioridad de la libertad y, como consecuencia, que la libertad sólo puede limitarse en aras de ella misma. Amartya Sen ha tratado de encontrar una argumentación empírica a favor de esta misma tesis demostrando que no hay ejemplos reales en que la limitación de la libertad se traduzca en una condición necesaria para incrementar la igualdad o la riqueza (Sen 1995, pp. 207-209). Sólo quiero ahora señalar que estas tesis, que comparto, sólo son sostenibles una vez que uno ha extraído del derecho a la libertad lo que, en su preciso origen, se sostuvo como su manifestación primaria, es decir la propiedad privada de bienes productivos. Una vez dado este paso es correcta –creo– la ordenación nominal. La libertad es previa y sólo debe ser limitada en aras de la igual libertad de cada uno. Este orden no hace sino reproducir el orden de fundamentación de los derechos a partir de la idea normativa de la persona como agente libre y, por ello, moral.[24]

La primera parte de la segunda regla, esto es la prioridad de la justicia sobre la eficiencia, nos sitúa en el último de los problemas a los que quería hacer referencia, es decir: la posibilidad de cerrar la nómina de los derechos morales básicos. He sostenido ya en otro lugar que en cierto sentido esto no es posible (Hierro 1998). No lo es en la medida en que las necesidades del sujeto para desenvolverse como agente moral son necesidades relativas al

[24] Requeriría una discusión mucho más extensa qué conclusiones se derivan del orden lexicográfico propuesto por Rawls ya que él mismo admite que la estricta exigencia derivada de tal ordenación léxica (es decir que « this is an order which requires us to satisfy the first principle in the ordering before we can move on to the second, the second before we consider the third, and so on» (Rawls 1971, p. 43) sólo es aplicable en una sociedad bien ordenada y bajo circunstancias favorables (ibidem, p. 245). En condiciones no ideales, esto es dadas ciertas limitaciones naturales o ciertas contingencias históricas, el orden léxico es sólo una guía o un «equilibrio a largo plazo» que puede requerir ajustes (ibidem, pp. 246 y 247: «To accept the lexical ordering of the two principles we are not required to deny that the value of liberty depends upon circunstances»). Como ha señalado posteriormente Rawls la «división de papeles entre los dos principios de justicia no es sino parte de un marco orientador de la deliberación» (Rawls 1996, p. 406).

contexto. Rawls las ha denominado «bienes primarios» y ha dicho que son «condiciones necesarias para realizar las facultades de la personalidad moral» (Rawls 1986, pp. 193-194 y Rawls 1996, pp. 222-224) [25] y ha incluido entre ellos las libertades negativas y positivas y ciertos niveles de renta, riqueza y autoestima. Creo que todos los bienes primarios básicos, en sentido rawlsiano, se corresponden con los derechos morales básicos, esto es las libertades e inmunidades que constituyen el ámbito de la libertad negativa, las potestades, libertades y pretensiones de participación que constituyen el ámbito de la libertad positiva, y las pretensiones a prestaciones que aseguren las capacidades para desenvolverse que constituyen el ámbito del derecho a la seguridad y de los derechos llamados económico-sociales y, muy particularmente, el último renglón de Rawls, donde se refiere a las bases sociales del respeto de uno mismo lo que parece constituir el ámbito de la igualdad como derecho (Rawls 1986, p. 190 y Rawls 1996, p. 214 y 356). Lo que esto exige no es una igualdad en los resultados, en el bienestar, en la renta o en la riqueza; lo que requiere tan sólo es una igualdad en la satisfacción de las necesidades o derechos básicos que permitan a todas las personas desenvolverse como agentes morales en un contexto dado pero implica, a su vez, una desigualdad en le redistribución de recursos para compensar desventajas de carácter natural o social (lo que Dworkin ha llamado desventajas en las dotaciones) (Dworkin 1981, p. 299). Pues bien, si pudiésemos establecer cuál es ese mínimo básico de necesidades que deben ser satisfechas, o incluso más relativamente el mínimo básico en una sociedad de riqueza y capacidad productiva determinadas, entonces este renglón de la Justicia como satisfacción de los derechos sólo requeriría que todos y cada uno tuviesen satisfecho tal mínimo. Pero resulta que si –continuando el argumento de Rawls– la auotestima depende de ciertas bases sociales que permitan a cada uno ser un miembro cooperador normal de la sociedad en que vive, entonces las necesidades mínimas que han de ser satisfechas, desde el aporte diario de calorías hasta el nivel de educación, son una construcción social que es función de las posibilidades de satisfacción en un contexto dado, es decir que cada uno experimenta como una necesidad básica aquello que, si hubiese sido tratado con igual consideración, hubiera podido llegar a alcanzar en su contexto. La conclusión es entonces que no es posible establecer un mínimo fijo como medida de la justa satisfacción de las necesidades del sujeto como agente moral sino que este mínimo se ve arquimédicamente empujado hacia la posición de los que más han alcanzado y entonces la igualdad como derecho requiere movimientos redistributivos constantes. Esto significa que aunque podamos cerrar nominalmente el catálogo de los derechos humanos no podemos llegar a cerrar la cantidad y calidad de los bienes necesarios para satisfacer esos derechos. Que los de-

[25] Una teoría sistemática de las necesidades puede verse en Doyal y Gough 1994.

rechos o, por así decirlo, su contenido se expanden al mismo ritmo al que se expande la riqueza material y cultural de una sociedad.[26]

Y me resta añadir, aunque no lo desarrollaré ahora, que en mi opinión un orden lexicográfico de los derechos debiera empezar por el derecho a la seguridad en los términos en que lo he definido con lo cual, y aunque esta no sea obviamente la razón para hacerlo, Hobbes recuperaría el lugar que le corresponde en la historia de los derechos humanos.[27]

7. Conclusión frente a algunas objeciones

De las muchas objeciones que sin duda pueden oponerse a un esbozo teórico como éste quisiera afrontar, como conclusión, las dos que me parecen más relevantes. La primera es la objeción de que una teoría moral normativa pueda basarse exclusivamente en los derechos. Joseph Raz ha demostrado, entre otros, que una moral basada en derechos sólo puede defenderse como una moral «estrecha» que se limite a «*incluir sólo todos aquellos principios que restringen la prosecución del individuo de sus objetivos personales y su fomento de su propio interés*» (Raz 1984, p. 198). La objeción, en este aspecto, me parece totalmente admisible porque una Teoría de los Derechos Humanos puede constituir, según creo, una teoría completa de la Justicia pero no un diseño completo del ideal de vida buena.

La segunda objeción viene, sin embargo, estrechamente derivada de la anterior y es una objeción que crece, o renace, amenazadoramente en la última década. Se trata de la objeción anti-individualista que ha tomado cuerpo en las posiciones comunitaristas.[28] Sin duda alguna una Teoría de los Derechos es individualista en el nivel metodológico aunque no lo es, necesariamente, en sus consecuencias políticas y jurídicas; más bien sería todo lo contrario porque, en los términos aquí planteados, conduce a requerimientos fuertes de organización, cooperación y redistribución. Ello no obstante, uno de los argumentos centrales del comunitarismo pretende que el individualismo metodológico que fundamenta la Teoría de los Derechos y el igualitarismo liberal que de ella se deriva, así como sus pretensiones de universalidad, son sólo una imposición eurocéntrica (hoy, yanquicéntrica) sobre la diversidad de modelos culturales que configuran las muy diversas formas de ser-individuo-humano: una especie, al fin y al cabo, de colonialismo cultural y, por ello, una negación del auténtico universalismo. Prescindiendo ahora del pequeño detalle de que el comunitarismo sea tan occidental (y tan yanqui) como este igualitarismo liberal, cabe una contestación. Uno de los

---

[26] He desarrollado estas ideas con algo más de detalle en Hierro 1998, pp. 168-177.

[27] Además del denominado derecho a la vida y del derecho a la integridad física y moral, la propia seguridad jurídica aparece entonces como una necesidad primaria de la autonomía personal (vid. Laporta 1994, passim y Hierro 1996 (2), pp. 288-290).

[28] Vid. una exposición general del problema en A. Ruiz Miguel, *Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate*, Doxa 12, 1992, pp. 95-114.

problemas que el comunitarismo comparte con su pariente próximo, el nacionalismo, es el de delimitar el ámbito de la comunidad relevante para establecer las identidades y las decisiones colectivas. Hay religiones, y comunidades dentro de las religiones, y sectas dentro de las comunidades... Hay naciones-estado, y grupos nacionales dentro de ellas, y comunidades locales dentro de ellas... Y así sucesivamente. Pues bien, una de las características del mundo configurado tras la Segunda Guerra Mundial es su progresiva integración económica, política, comunicativa y cultural. Y en este mundo integrado a nivel universal todos los países han suscrito de mejor o peor grado una *Declaración Universal de Derechos Humanos* –cuyo cincuenta aniversario acabamos de conmemorar– que es básicamente esta concepción liberal igualitaria de las condiciones políticas del bienestar humano y que precisamente se expresa como «declaración de derechos». Siendo esto así resulta que nuestro nivel más amplio de comunidad –la comunidad universal humana– comparte hoy una concepción que delimita nuestras opciones sobre el bien político y, por ello, cualquier comunitarista consecuente debiera admitir que, a fuer de comunitarista, no tiene otro remedio que asumir como propia, como parte constitutiva de su propia identidad cultural, precisamente esta concepción liberal igualitaria que se encierra en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Referencias bibliográficas

Alexy, Robert: 1993 *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. (Orig: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Berlin, 1986).

– 1995 *Discourse Theory and Human Rights*, en *Varios* 1995 (Tomo II), pp. 22-28.

Atienza, Manuel: 1986-7 *Una clasificación de los derechos humanos*, Anuario de Derechos Humanos 4, pp. 29-43.

– 1997 *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, Isonomía 6, Abril 1997, pp. 7-30.

Bayón, Juan C.: 1986 *Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites*, Doxa 3, pp. 35-54.

Berlin, Isaiah: 1974 *Dos conceptos de libertad*, en *Quinton* 1974, pp. 216-233.

Betegón, Jerónimo y Páramo, Juan R. (edits.): 1990 *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona.

Bobbio, Norberto: 1991 *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid.

– 1993 *Igualdad y Libertad*, Paidós/ICE-UAB, Barcelona. (Orig: *Equaglianza-Libertá*, voces en la *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, pp. 355-364 y vol. III, pp. 994-1004, Istituto dell´Enciclopedia Italiana, Roma, 1977 y 1979).

Bodino, Jean: 1973 *Los seis libros de la República*, selección de P. Bravo, Aguilar, Madrid, (Original de 1576).

Castignone, Silvana: 1996 *Nuovi diritti e nuovi soggetti*, Edizioni Culturali Internazionale Genova, Genova.

Constant, Benjamin: 1988 *Del espíritu de conquista (y De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos)*, Tecnos, Madrid, (Original de 1819).

Doyal, Len y Gough, Ian: 1994 *Teoría de las necesidades humanas*, Fuhem/Icaria, Madrid. (Orig: *A Theory of Human Needs*, Tha MacMillan Press, Londres, 1991).

Dworkin, Ronald: 1981 *What is Equality? Part 2. Equality of Resources*, Philosophy and Public Affairs 10, pp. 283-345.

– 1984 *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona. (Orig: *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co., Londres, 1977).

Feinberg, Joel: 1980 *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, Princeton (NJ).

Fernández, Eusebio: 1984 *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid.

Fishkin: 1986 *Las fronteras de la obligación*, Doxa 3, pp. 69-82.

Gewirth, Alan: 1984 *Are there any Absolute Rights?*, en *Waldron* 1984, pp. 91-109.

– 1990 *La base y el contenido de los derechos humanos*, en *Betegón-Páramo* 1990, pp. 125-145. (Orig: *The Basis and Content of Human Rights*, Nomos XXIII, New York University, New York, 1981)

Grocio, Hugo: 1987 *Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y de la paz*, selección de P. Mariño, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (Original de 1625).

Hart, Herbert L.A.: 1982 *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford.

Hierro, Liborio L.: 1982 *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*, Sistema 46, pp. 45-61.

– 1991 *¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño*, Revista de Educación 294, Enero-Abril 1991, pp. 221-233.

– 1995 *Las huellas de la desigualdad en la Constitución*, en *Mate* 1995, pp. 131-150.

– 1996 *Los derechos de la infancia. Razones para una ley*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, vol. IV pp. 5473-5493.

– 1996 (2) *El imperio de la ley y la crisis de la ley*, Doxa 19, pp. 287-308.

– 1998 *Justicia, igualdad y eficiencia*, Isonomía 9, pp.129-171.

– 1999 *Il bambino e i Diritti dell´uomo*, Materiali per una Storia della cultura giuridica XXIX, Junio 1999, pp. 189-205.

Hohfeld, Wesley N.: 1913 *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, Yale Law Journal 23, (hay traducción española: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968).

Kant, Inmanuel: 1978 *Introducción a la Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (Original de 1797).

Koestler, Arthur: 1973 *Flecha en el azul*, Alianza, Madrid.

Laporta, Francisco: 1983 *Sobre el uso del término «libertad» en el lenguaje político*, Sistema 52, pp. 23-43.

– 1987 *Sobre el concepto de derechos humanos*, Doxa 4, pp. 23-46.

– 1987 (2) *Respuesta a Pérez-Luño, Atienza y Ruiz Manero*, Doxa 4, pp. 71-77.

– 1994 *Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, Doxa 15-16, vol. 1 pp. 133-145.

Mackie, John L.: 1984 *Can There be a Right-based Moral Theory?*, en *Waldron* 1984, pp. 168-181.

Mate, Manuel-Reyes (edit.): 1995 *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Argentaria/Visor, Madrid.

Matsuo, Hiroshi: 1995 *Historical and Theoretical Intimacy between the Concepts of Rights and Property*, en *Varios* 1995 (Tomo III), pp. 11-17.

Paine, Thomas: 1986 *Los Derechos del Hombre*, Fondo de Cultura Económica, México, (Original de 1791-92).

Páramo, Juan R.: 1986-7 *El concepto de «derecho»: una introducción bibliográfica*, Anuario de Derechos Humanos 4, pp. 199-218.

– 1996 *Derecho subjetivo*, en *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 11*, edición de E. Garzón Valdés y F. J. Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 367-394.

Peces-Barba, Gregorio: *Derechos fundamentales*, Latina, Madrid.

– 1991 *Curso de derechos fundamentales I (Teoría General)*, Eudema, Madrid.

– 1995 *Los derechos humanos ante los problemas clásicos de la Filosofía del Derecho*, en *Varios* 1995 (Tomo II), pp. 183-192.

Pérez-Luño, Antonio E.: 1984 *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.

1987 *Concepto y concepción de los derechos humanos. Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta*, Doxa 4, pp. 47-66.

Quinton, Anthony: 1974 *Filosofía Política*, Fondo de Cultura Económica, México.

Rawls, John: 1971 *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford.

– 1986 *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia*, edición de M. Angel Rodilla, Tecnos, Madrid.

– 1989 *Justice as Fairness. A Guided Tour*, Harvard University, Cambridge (texto fotocopiado, no publicado).

– 1990 *Sobre las libertades*, Paidós/ICE-UAB, Barcelona. (Orig: *The Basic Liberties and their Priority*, Tanner Lectures on Human Values, vol. 3, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1982).

– 1996 *El liberalismo Político*, Grijalbo Mondadori, Barcelona. (Orig: *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993).

Raz, Joseph: 1984 *Right-based Moralities*, en *Waldron* 1984, pp. 182-200.

Ross, Alf: 1963: *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, (Orig: *On Law and Justice*, Stevens & Sons, Londres, 1958).

– 1971 *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971 (Orig: *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968).

Ruiz Miguel, Alfonso: 1990 *Los derechos humanos como derechos morales*, Anuario de Derechos Humanos 6, pp. 149-160.

– 1992 *Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate*, Doxa 12, pp. 95-114.

Scanlon, T.M.: 1984 *Rights, Goals, and Fairness*, en *Waldron* 1984, pp. 137-152.

Sen, Amartya: 1995 *Legal Rights and Moral Rights. Old Questions and New Problems*, en *Varios* 1995 (Tomo II), pp. 203-214.

Singer, Peter: 1984 *Ética práctica*, Ariel, Barcelona. (Orig: *Practical Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979).

Smith, Adam: 1987 *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Fondo de Cultura Económica, México, (Original de 1776).

Sumner, Lawrence W.: 1990 *The Moral Foundationsof Rights*, Clarendon Press, Oxford.

Tuck, Richard: 1979 *Natural Rights Theories. Their origin and development*, Cambridge University Press, Cambridge.

Vernengo, Roberto J.: 1989 *Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), Buenos Aires.

Villey, Michael: 1964 *La genèse du Droit Subjectif chez Guillaume d´Occam*, Archives de Philosophie du Droit IX, pp. 97-127.

Von Wright, G. Henrik: 1979 *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid. (Orig: *Norma and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963).

Waldron, Jeremy (edit.): 1984 *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford.

Walzer, Michael: 1993 *Las esferas de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, (Original: *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983).

Wellman, Carl: 1995 *Real Rights*, Oxford University Press, Oxford.

Varios: 1995 *Challenges to Law at the End of the 20th Century*, Cooperativa Libraria Universitaria Editrice Bologna, Bolonia.

EN TORNO A LA LIBERTAD, LA IGUALDAD Y LA SEGURIDAD COMO DERECHOS HUMANOS BÁSICOS (Acotaciones a Liborio Hierro)

Ricardo García Manrique
ESADE-Universitat Ramon Llull (Barcelona)

1. Sentido de la contraponencia

El texto de Liborio Hierro que precede a éste constituye una aguda reflexión sobre los aspectos centrales de una teoría moral de los derechos humanos y, sin duda, una atractiva respuesta a la pregunta que vertebraba el seminario en el que se presentó como ponencia: ¿Cuál es el «núcleo duro» de los derechos humanos? Mi propósito consiste simplemente en formular una serie de acotaciones con el deseo de que ayuden a iluminar un poco más algunas de las cuestiones que se propone resolver. De este modo prolongaré la función de contraponente que desempeñé en aquel seminario, celebrado en abril de 1999. El trabajo de Liborio Hierro tiene un alcance muy amplio, por lo que renuncio de antemano a comentarlo de forma sistemática e integral. A cambio, he seleccionado algunas de las tesis que propone, las que me parecen más interesantes, sobre las cuales versarán mis observaciones. Esas tesis contienen:

(1) Una forma de plantear la pregunta acerca de cuál es el núcleo duro de los derechos humanos.

(2) Una definición de los derechos humanos.

(3) La identificación de los tres derechos humanos más importantes, la determinación del contenido de cada uno de ellos y la fijación de unas reglas que permitan ordenarlos entre sí.

2. La forma de plantear la pregunta

La forma en que Liborio Hierro aborda la pregunta del seminario me parece acertada por dos razones: en primer lugar, porque, en efecto, encierra dos cuestiones diferentes, a saber: ¿cuál es el pedigrí de los derechos humanos? y ¿qué jerarquía existe entre éstos?; en segundo lugar, porque muy probablemente sea cierto que la respuesta a la segunda pregunta depende de la respuesta a la primera, de modo que parece que ambas forman parte de un único argumento. «Núcleo duro», en el primer caso, significa «esencia»

de cada uno de los derechos, aquéllo que está presente en todos los derechos humanos y no en el resto de los derechos, noción a través de la cual, por tanto, podemos distinguir a unos de otros. En el segundo caso, «núcleo duro» significa «esencia» del conjunto de los derechos humanos; en este caso, se trata de determinar qué derechos humanos son especialmente relevantes (esenciales) por alguna razón. La diferencia entre una y otra pregunta se aprecia muy bien en el contenido de la respuesta: en el primer caso, el núcleo duro será algún carácter presente en los derechos humanos; en el segundo caso, el núcleo duro será un grupo de derechos humanos. Pues bien, parece que sólo indagando en la esencia de los derechos humanos podremos determinar cuáles son los derechos humanos esenciales.

Sin embargo, es posible que, aun determinando correctamente ambas preguntas y la relación entre ellas, no sea posible responder a alguna de las dos. En mi opinión, esto es lo que sucede, que es posible responder a la primera, pero no a la segunda. En síntesis, creo que es correcto determinar la esencia de los derechos humanos a partir de la idea de autonomía moral, pero me parece que ello no permite identificar un grupo de derechos humanos como derechos humanos «esenciales», puesto que todos ellos constituyen un conjunto *indivisible* de técnicas al servicio de dicha autonomía moral.

3. La definición de los derechos humanos

Liborio Hierro propone la siguiente definición de los derechos humanos, de carácter estipulativo:

> Los derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico.

Esta definición contiene un elemento formal y un elemento material. El elemento formal define la estructura normativa de los derechos («libertades, inmunidades, pretensiones y potestades») y el elemento material define el contenido de los derechos, en este caso por remisión a la vinculación con la realización de los individuos como sujetos morales y a la justificación de un sistema jurídico[1]. De esta definición quiero destacar tres aspectos encadena-

[1] De acuerdo con Luis Prieto, un concepto «funcional» o «formal» de los derechos no permite determinar cuáles son sino cómo son: «los derechos no son éstos o aquéllos, sino el soporte o recipiente institucional que pretende traducir en requerimientos jurídicos esas exigencias morales importantes»; un concepto «material», por el contrario, se pregunta por cuáles son esos derechos, o bien qué elementos debe reunir una pretensión o un derecho subjetivo para convertirse en derecho humano (Prieto 1994, 183). La definición de Liborio Hierro, aunque contenga un elemento formal, da lugar a un concepto material de derechos humanos, porque el elemento formal se limita a incluirlos en la categoría más amplia de los derechos subjetivos, pero el elemento definidor específico de los derechos humanos no es formal sino material.

dos entre sí. En primer lugar, los derechos humanos son definidos como una clase de los derechos subjetivos (y, más concretamente, como una clase de los derechos subjetivos morales). Esto implica que no podrán incluirse entre ellos ciertos objetivos sociales que no puedan configurarse bajo la forma del derecho subjetivo, lo cual tiene alguna consecuencia importante que indico a continuación. En segundo lugar, los derechos humanos son definidos como «condición necesaria» de la realización moral de los individuos. Liborio Hierro da cuenta en la nota 12 de una observación que le hice: los derechos humanos no pueden ser condición necesaria *y suficiente* de la realización moral de los individuos; pero no sólo, como él indica, «porque han de darse otras condiciones extranormativas como, por ejemplo, ciertos niveles mínimos de salud física y mental», sino también porque creo que no todas las condiciones normativas requeridas para la realización moral pueden revestir la forma de derechos subjetivos (estoy pensando en objetivos sociales tales como la conservación del medio ambiente, la promoción de la cultura o la destrucción de las armas nucleares). En tercer lugar, la satisfacción de los derechos humanos es considerada «condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico»; pues bien, la observación inmediatamente anterior permite poner en cuestión la condición suficiente: un sistema jurídico no se justificaría *sólo* por garantizar la satisfacción de los derechos humanos, sino que tendría que garantizar también la satisfacción de otros objetivos sociales [2].

4. La elección de los derechos básicos

Liborio Hierro propone la libertad, la igualdad y la seguridad como «candidatos a una nómina completa de derechos humanos». En sentido estricto, no se trata, por tanto, de la determinación de un «núcleo» de derechos humanos básicos, sino de un catálogo cerrado de derechos humanos. Las tres nociones (libertad, igualdad y seguridad) aparecen en la mayoría de teorías de los derechos humanos, pero no siempre como derechos. El propio autor cita a Eusebio Fernández, pero éste no «reduce los derechos humanos básicamente a tres valores, principios o criterios», sino que entiende que los derechos humanos *se fundamentan* en estos tres valores, en el sentido de que son mecanismos jurídicos que sirven a su realización [3]. La diferencia, al

[2] Además, la justificación de un sistema jurídico requeriría, en todo caso, razonar la necesidad de recurrir a la coacción para lograr los fines propuestos, puesto que, cuando menos, cabe imaginar la posibilidad de que esos fines pudieran alcanzarse sin recurrir a una técnica intrínsecamente negativa desde un punto de vista moral como es la coacción; justificar un sistema jurídico requiere examinar dicha posibilidad y rechazarla. Liborio Hierro no se ocupa de esta cuestión, así que yo tampoco lo haré.

[3] Fernández 1984, 120. Similar es la teoría de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba, en el sentido de que distingue valores y derechos (Peces-Barba 1995, 209).

menos en principio, parece importante: una cosa es afirmar que de la autonomía moral individual se deducen tres valores que constituyen la carga moral completa de una teoría de los derechos humanos [4]; otra cosa distinta es asumir que dichos valores son en realidad derechos humanos en sentido estricto, y que *no hay más derechos humanos* que los tres indicados. El significado de la expresión en cursiva debe ser aclarado, porque el propio Hierro se refiere más adelante a otros derechos, e incluso afirma que la nómina de derechos no puede cerrarse definitivamente. Habrá que entender, por tanto, que existen dos categorías de derechos, pero no en el sentido de que unos sean distintos de otros (aunque más importantes), sino en el sentido de que unos incluyen a los otros: libertad, igualdad y seguridad incluirían al resto de los derechos, que serían especificaciones de estos tres (derechos «derivados», si se me permite la expresión). Así, por tanto, habría que modificar la primera impresión y reconocer que, en efecto, Liborio Hierro sí define un núcleo duro de derechos humanos, integrado por tres de sus miembros.

Ahora bien, si se establecen dos categorías de derechos humanos, creo que sería necesario aclarar en qué se diferencian unos y otros derechos, si esta diferencia se refiere sólo a su alcance moral o si también afecta a la forma de su articulación jurídica, por ejemplo. También, dado que los derechos humanos básicos son considerados por el autor como derechos *prima facie*, si esta consideración se extiende también a los derechos humanos derivados, y en qué aplicaciones técnico-jurídicas se traduce. En tercer lugar, Hierro afirma que no es posible cerrar la nómina de los derechos morales básicos, dado que «las necesidades del sujeto para desenvolverse como agente moral son necesidades relativas al contexto»; ¿se refiere sólo a los derechos derivados o también a la nómina constituida por la libertad, la igualdad y la seguridad? En definitiva, lo que me estoy preguntando es qué consecuencias concretas se deducen del hecho de considerar a la libertad, la igualdad y la seguridad como auténticos derechos subjetivos y no sólo como valores, teniendo en cuenta además la existencia de otra categoría de derechos (los derechos derivados). Creo que Liborio Hierro debería precisar más el alcance de esta distinta calificación.

En cualquier caso, hay que señalar que la libertad, la igualdad y la seguridad no pueden identificar un núcleo *duro* de derechos humanos si no son definidas en términos más precisos. Es difícil imaginar una teoría de los derechos humanos que estuviera dispuesta a rechazar que alguna de las tres

[4] Para saber si esa carga moral es, en efecto, *completa*, habría que discutir si la solidaridad debería figurar al lado de la libertad, la igualdad y la seguridad (cuestión aludida pero no desarrollada por Liborio Hierro), tal como propone Peces-Barba (Peces-Barba 1995, 213 y 261-282, y Peces-Barba 1993, 294-318). Sobre el estatuto normativo de la solidaridad, véanse también González Amuchastegui 1991 y De Lucas 1993.

formen parte de su contenido, puesto que hay una conexión muy próxima entre cada una de ellas y alguno de los presupuestos de todo ese grupo de teorías: la libertad es correlato de la autonomía individual que se predica como fundamento de los derechos; la igualdad deriva del dato fáctico de la semejanza de todos los seres humanos que toda teoría de los derechos acepta (con algunos matices a que después haré alusión); la seguridad es un elemento lógico de todo sistema normativo, y lo que trata de favorecer cualquier teoría de los derechos es precisamente el establecimiento de un sistema normativo. Por tanto, un núcleo con el que estarían de acuerdo desde Hobbes hasta Rawls no puede ser muy duro, sino más bien blando. La dureza habrá que ir a buscarla en la definición precisa del contenido de cada uno de los tres derechos, donde se encontrará lo que de específico pueda tener la propuesta de Liborio Hierro.

5. El derecho a la libertad

Liborio Hierro se ocupa de tres cuestiones en relación con la libertad: «si existe o no un derecho general a la libertad, cuáles son y cómo se relacionan las formas de la libertad y el carácter cualitativo de la libertad». Comentaré alguna cosa respecto de las dos primeras.

El derecho general de libertad. La opinión de Hierro es que, en contra de la tesis de Dworkin, sí existe un derecho general a la libertad. Lo que no sé es si Hierro piensa en ese derecho del mismo modo en que lo hace Dworkin. La divergencia radica, creo, en la distinta forma de usar el término «derecho». Para Hierro, el derecho general de libertad consiste en hacer todo lo que las normas no prohíben expresamente, y nada más, puesto que, dado el carácter cualitativo de la libertad, que Hierro asume más adelante, ese derecho general cede ante «razones necesarias de coordinación social». Para Dworkin, un derecho es una posición normativa especialmente fuerte, al menos tanto como para no tener que ceder ante razones necesarias de coordinación social, y el derecho general a la libertad no constituye una posición normativa tal [5]. Por lo tanto, el desacuerdo entre Hierro y Dworkin no afecta al contenido del derecho general de libertad, sino al uso de la categoría «derecho» para esa libertad general, que Hierro acepta y Dworkin rechaza.

También cabe considerar la posibilidad de que esa libertad general, tal como Hierro la define, más que un derecho, sea esa regla lógica propia de los sistemas normativos que dice: «todo lo no prohibido está permitido», re-

[5] Dworkin 1984, 380-388. Dworkin escribe expresamente (pág. 384): «Si alguien tiene derecho a algo, está mal que el gobierno se lo niegue, aunque negárselo favoreciera el interés general», y además: «No creo que el derecho a la libertad significara mucho (...) si se apoyara en algún sentido más débil que el citado».

gla que, por cierto, bien podría formularse al revés («todo lo no permitido está prohibido»); en este caso, según Hierro, «se estaría negando la autonomía como carácter moral originario de los sujetos», pero puede ser que eso dependa de los términos en que se definan las prohibiciones y los permisos respectivamente, de manera que quizá un sistema normativo que acepte la primera norma general pueda restringir más la autonomía que uno que acepte la segunda. Esto sucedería si las prohibiciones del primer sistema se definieran en términos muy amplios (quedando poco margen para la actuación de la regla general de permiso) o si los permisos del segundo sistema se definieran en términos muy amplios (quedando poco margen para la actuación de la regla general de prohibición). Lo que estoy planteando es la posibilidad de que esta cuestión tenga un carácter más lógico que moral.

Las formas de la libertad. La tesis de Hierro en este punto es aceptar que las formas de la libertad son dos: la libertad positiva y la libertad negativa, y en insistir, en contra de Berlin, en que ambas están relacionadas, además de rechazar la noción de libertad *real* o *material*, idea que califica como «poco afortunada» y «errónea». En cuanto a la vinculación entre libertad negativa y positiva, creo que lleva razón Hierro cuando afirma que «ambas consisten en el ejercicio de la autonomía, si bien en diferentes contextos», definidos por la posibilidad de que ese ejercicio se pueda desarrollar individualmente (libertad negativa) o tenga que serlo colectivamente (libertad positiva); «la libertad positiva –concluye Hierro– no es, por tanto, otra cosa que el ejercicio de la autonomía personal en condiciones de interdependencia». La relevancia de esta conexión radica en que impide la opción por una de las dos libertades en detrimento de la otra, dado que ambas sirven a un mismo objetivo: la maximización de la autonomía. No cabría, por tanto, *preferir* la libertad negativa a la libertad positiva si se admite que ambas son instrumentos necesarios para el desarrollo de la autonomía individual.

En cuanto a la libertad real o material, Hierro rechaza que constituya una modalidad de la libertad, puesto que «una cosa es la libertad y otra las condiciones para ejercerla». Siendo así, me pregunto cómo aplicar estas categorías en un ejemplo como el que sigue. Supongamos que en un país determinado sólo existen escuelas privadas. *X* e *y* son dos individuos en edad escolar y residentes en dicho país. La familia de *x* tiene el dinero suficiente para pagar el precio de una escuela privada y la familia de *y* no lo tiene. Por tanto, el primero puede educarse y el segundo, no. ¿Qué deberemos decir? Según lo visto, que ambos tienen la libertad para educarse y que sólo *x* reune las condiciones para ejercerla. Sin embargo, yo me pregunto si *y* tiene en verdad dicha libertad en el mismo sentido en que la tiene *x*. Si *y* se acerca a la escuela, le será vedado el paso, puesto que la escuela tiene el derecho para ello, en virtud de una norma que dice algo así: «toda escuela podrá vedar

el acceso a todos aquellos que no aporten el dinero necesario para pagar la matrícula establecida». Este impedimento es, evidentemente, jurídico, puesto que ha sido establecido por una norma jurídica (del mismo modo que la propiedad de bienes no es una situación natural, sino el resultado de la aplicación de normas jurídicas), y se parece mucho al que establece una norma como ésta: «toda escuela podrá rechazar el acceso a las niñas». Cabría alegar que las niñas no han elegido serlo (alegar que el sexo forma parte de la «identidad no negociable»), pero parece que los niños pobres tampoco han elegido la pobreza, y en determinados contextos dejar de ser pobre parece tan difícil o más que dejar de ser mujer. Por tanto, si en el caso de la discriminación sexual decimos que no existe libertad de educación para las niñas (y no que estas personas «no reúnen las condiciones para ejercer la libertad»), no veo por qué no hemos de decirlo en el caso de la discriminación económica. De aquí deduzco que no está tan claro que el concepto de libertad real o material sea tan desafortunado, si al menos sirve para poner de manifiesto un cierto tipo de discriminaciones en el disfrute de la libertad; soy consciente de que se me puede acusar de no haber comprendido la distinción entre *libertad* y *capacidad* trazada por Berlin, Oppenheim, Hayek o Aron, pero precisamente esa distinción es la que no veo tan clara[6].

6. El derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad, tal como lo establece Liborio Hierro, reviste dos formas: la igualdad formal o igualdad ante la ley, y la igualdad material, o igualdad de oportunidades. Me pregunto si es necesario configurar a la igualdad como derecho (o como valor) para formular una teoría de los derechos humanos, esto es, me pregunto si la igualdad tiene un estatuto axiológico equivalente al de la libertad. Con el fin de proponer una respuesta, supondré tres premisas que creo necesarias para cualquier teoría de los derechos humanos, que permiten calificarla como una teoría igualitaria:

(1) Una teoría de los derechos humanos es una teoría normativa (en el sentido de que su objetivo consiste en proponer normas).

(2) Una teoría de los derechos humanos es una teoría de la justicia.

(3) Los seres humanos son básicamente iguales, en tanto igualmente capaces para la autodeterminación moral.

Cada una de las tres premisas contiene una referencia a la igualdad que permite afirmar, en tres sentidos, que la teoría de los derechos humanos es igualitaria. En la primera, la igualdad aparece como elemento lógico de la idea de norma. Toda norma es un esquema de interpretación de la realidad[7]

---

[6] Véase la exposición y defensa de la distinción en Laporta 1983, 29-31.

[7] Cf., por ejemplo, Ross 1997, 34-42.

que permite tratar conjuntamente una serie de casos, extrayendo de todos ellos un elemento común, esto es, suponiendo que, en algún aspecto, todos ellos son iguales. La aplicación de normas es, por tanto, una conducta regular o, en otros términos, exige tratar igual los casos iguales (de acuerdo con el criterio de igualdad necesariamente presente en toda norma). En este sentido, la igualdad es una idea necesaria para entender la idea de norma y, por eso, en tanto teoría que se propone formular normas, la teoría de los derechos humanos es una teoría igualitaria.

En la segunda premisa, la igualdad aparece en tanto elemento constitutivo de la justicia («médula de la justicia», la denomina Radbruch[8]). La idea de justicia no es una idea que forme parte de una teoría de los derechos humanos; más bien, una teoría de los derechos humanos es una teoría de la justicia, esto es, una teoría que responde a las dos preguntas que es necesario resolver para actuar justamente. Recordemos el concepto clásico de justicia: justicia es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales[9]. Pues bien: hace falta saber, primero, en función de qué son iguales o desiguales las personas, y, segundo, qué tratamiento merecen. Sólo actuaremos de acuerdo con la justicia si antes respondemos correctamente a estas dos preguntas, y una teoría de los derechos humanos no es sino un intento de definir el contenido de las dos respuestas[10]. A la primera pregunta, responde: las personas son iguales en su dignidad y, por tanto, tienen que ser tratadas igualmente en función de dicha dignidad; a la segunda pregunta responde: todas las personas merecen la titularidad de un cierto conjunto de derechos (los derechos humanos). El caso es que, en tanto teoría de la justicia, la teoría de los derechos humanos es, en el sentido indicado, una teoría necesariamente igualitaria.

En la tercera premisa, la igualdad aparece como un dato de hecho: todos los seres humanos *son* iguales porque son igualmente capaces para la autodeterminación moral. Rawls, por ejemplo, lo expresa con estas palabras:

> Son precisamente las personas morales las que tienen derecho a una justicia igual. Las personas morales se distinguen por dos características: la primera, que son capaces de tener (y se supone que de adquirir) un sentido de su bien (expresado por un proyecto racional de vida); y segunda, que son capaces de tener

[8] Radbruch 1974, 31.

[9] El concepto se encuentra ya en Aristóteles (1985, 243-245 y 1989, 83); la fórmula del texto es de Radbruch (1974, 33), resumiendo la que incluye en su *Política* el propio Aristóteles: «Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales, y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales» (1989, 83).

[10] No obstante, Radbruch cree que esas respuestas ya no forman parte de la idea de la justicia (que, por esa razón, es una idea formal), sino de la idea de «adecuación a fin» (Radbruch 1974, 34-35).

> (y se supone que de adquirir) un sentido de la justicia (...) Doy por supuesto que la capacidad de un sentido de la justicia es poseída por la abrumadora mayoría de la humanidad (...) No hay raza ni grupo reconocido de seres humanos que carezca de este atributo. Solamente los individuos dispersos no gozan de esta capacidad, o de su realización en un grado mínimo, y la imposibilidad de realizarla es la consecuencia de circunstancias sociales injustas o deterioradas, o de contingencias fortuitas [11].

Obsérvese que esta igualdad debe entenderse como un hecho, independientemente de que resulte valiosa la circunstancia respecto de la cual los seres humanos son iguales; es decir, todos somos iguales en cuanto capaces de desarrollar una actitud moral, y eso, en sí, no es bueno ni malo, sino un hecho [12]. Una teoría de los derechos humanos es, por tanto, igualitaria en este tercer sentido.

Tenemos, pues, tres apariciones de la igualdad: la primera es una igualdad lógica, la tercera es una igualdad fáctica, y sólo la segunda es una igualdad axiológica, pero incluso en este caso parece más conveniente reservar el carácter axiológico para la justicia. La cuestión es saber si una teoría de los derechos humanos requiere, además de estas tres igualdades, alguna más, esto es, si requiere configurar la igualdad como valor o como derecho autónomo. Para ello, examinaré la igualdad ante la ley y la igualdad de oportunidades, que son los dos candidatos propuestos por Liborio Hierro para definir el derecho a la igualdad, con el fin de determinar si pueden ser consideradas como derivaciones lógicas de las tres premisas avanzadas.

La igualdad ante la ley puede significar dos cosas: en sentido amplio, consiste en que las normas (las leyes) sean aplicadas igualmente a todos los sujetos, sin tener en cuenta otras circunstancias que las establecidas por la propia norma; en este sentido amplio, parece que la igualdad ante la ley no es otra cosa que la igualdad lógica contenida en la premisa (1). Kelsen escribe, en este sentido:

> No hay que confundir el principio de igualdad, postulado por la autoridad que crea la ley con la intención de hacerla igualitaria, con el principio de igual-

[11] Rawls 1985, 557-559. Véase, en general, todo el epígrafe 77, «La base de la igualdad». Otros, sin embargo, consideran que «la posesión de una personalidad moral no constituye una base satisfactoria para el principio de que todos los seres humanos son iguales» (Singer 1991, 30), por dos razones: porque la posesión de personalidad moral es una cuestión de grado y porque algunos seres humanos no la tienen en absoluto (los niños y ciertos enfermos). Singer, propone, en cambio, el principio de igual consideración de los intereses como base de la igualdad humana.

[12] En contra de la consideración fáctica de la igualdad en este contexto, véase De Lucas 1996, 493-494 («La igualdad no puede ser sino un constructo, un artificio. La naturaleza (...) no nos ha hecho iguales (...) Por eso, decir igualdad exige otro punto de vista que el descriptivo (...) La igualdad sólo puede ser admitida como concepto normativo, como idea, como respuesta»). De Lucas da la sensación de estar más cerca de Singer que de Rawls en este punto.

> dad ante la ley, destinado a las autoridades que aplican la ley a casos concretos. Los órganos que aplican la ley, al decidir un caso, no establecen ninguna diferencia que no se encuentre en la ley que se va a aplicar, es decir, aplican la ley tal como se debe hacer según su significado. Éste es el principio de legalidad, de la legitimidad inmanente a cualquier orden legal. A veces se presenta este principio como justicia de la ley, pero en realidad no tiene nada que ver con la Justicia [13].

(1) [14] En sentido estricto, la igualdad ante la ley tiene un sentido histórico muy concreto, como Bobbio ha puesto de relieve [15]. Surge como respuesta a la discriminación estamental propia del Antiguo Régimen, y consiste en afirmar que las personas no pueden ser tratadas desigualmente en función del estamento al que pertenecen (ni, tampoco, ulteriormente, en función de su raza, de su sexo, etc.); esto es, la igualdad ante la ley no es más que otra forma de expresar que los seres humanos no son desiguales en función de ciertas circunstancias que, hasta un momento histórico determinado, sí se consideraban relevantes. El contenido concreto actual de la igualdad ante la ley es el resultado de considerar que determinadas circunstancias son irrelevantes para la creación y aplicación de normas, mientras que otras sí lo son (por ejemplo, la posesión de una nacionalidad determinada). En este segundo sentido, creo que la igualdad ante la ley es una conclusión lógica de las premisas (2) y (3), dado que si los individuos no se diferencian de manera relevante por su raza, sexo, creencias, etc.,no sería justo que estas circunstancias fueran tenidas en cuenta en la elaboración de las normas [16].

En cuanto a la igualdad material, entendida como igualdad de oportunidades, cabe razonar así: si las personas merecen un determinado tratamiento precisamente en función de aquéllo en que son iguales (su autonomía moral, o su capacidad para desarrollarla), entonces no hay motivo para discriminarlas en dicho tratamiento y sí para tratarlas igualmente; afirmar esto no requiere añadir una nueva forma de igualdad, sino simplemente reflexionar sobre lo que las personas merecen en función de lo que tienen en co-

---

[13] Kelsen 1991, 51. Véanse también Sadurski 1986, 132; Laporta 1985, 6-7; Peces-Barba 1995, 284-285; y Hierro 1998, 104. En defensa del valor axiológico de la igualdad ante la ley, véase Ruiz Miguel 1997.

[14] Si no lo interpreto mal, el propio Liborio Hierro sostiene esta tesis (Hierro 1998, 104); también Laporta (1985, 6-7) y, con matices, Peces-Barba (1995, 284-285).

[15] Bobbio 1993, 72; también De Lucas 1996, 496.

[16] El Tribunal Constitucional español, a la hora de interpretar la igualdad ante la ley establecida por el artículo 14 de la Constitución española, entiende que significa dos cosas diferentes: igualdad en el trato dado por la ley (o igualdad en la ley) e igualdad en la aplicación de la ley; la primera se corresponde con el que he llamado «sentido estricto» de la igualdad ante la ley, y la segunda, con el «sentido amplio» de la misma (cf. STC 49/1982, FJ 2º y STC 144/1988, FJ 1º); véase también esta distinción en Sadurski, 1986 y Ruiz Miguel 1995, 111-116.

mún. Una vez definido lo que merecen (por ejemplo, determinados derechos), no hay razón alguna para atribuírselo a unos y negárselo a otros. Creo que a partir de aquí puede cuestionarse la distinción tradicional entre derechos de libertad y derechos de igualdad, puesto que éstos también *son* derechos de libertad [17]. Cuando se dice de los derechos sociales que son derechos de igualdad, o que sirven a la igualdad, creo que lo que se quiere decir es que sirven a la igualación de la libertad, aunque, para asumir esta afirmación, quizá haya que aceptar el uso de la categoría de la libertad «real» (recuérdese lo señalado más arriba). La libertad de expresión, la libertad de residencia o de circulación, etc., hacen a las personas más libres; pero el derecho a la educación, a la seguridad social, a la asistencia sanitaria, también. Desde este punto de vista, no veo qué diferencia hay entre unos y otros: si acaso, que el segundo tipo de derechos beneficia más a unas personas que a otras, mientras que el primer tipo de derechos beneficia a todas por igual, pero eso sucede sólo porque existen normas jurídicas anteriores que generan discriminación en el disfrute de la libertad (por ejemplo, las que protegen la propiedad privada). En una sociedad desigualitaria, es lógico que unos derechos sirvan a todos y otros, sólo a algunos; pero una sociedad desigualitaria es normativamente incompatible con una teoría coherente de los derechos humanos [18].

En resumen, creo que sería interesante reconsiderar si es necesario establecer un derecho a la igualdad además del derecho a la libertad, dado que, asumidos los presupuestos de una teoría de los derechos humanos, ese derecho a la libertad tiene que atribuirse a todos los seres humanos por igual; y cuando se afirma el derecho a la igualdad, en realidad no se dice nada más que eso [19]. Históricamente, la afirmación del derecho a la igualdad ha servido para oponerla a una concepción elitista o clasista de la libertad, dominante durante algún tiempo en la filosofía política liberal, y vinculada con la defensa de los intereses de la burguesía; pero si lo que se quiere es generalizar el disfrute de la libertad, me parece mejor camino modificar la defi-

---

[17] Véase recientemente Gargarella 1998, donde se ofrecen argumentos para cuestionar la distinción entre derechos individuales y derechos sociales; también Prieto 1998, 77-78.

[18] Llamo «sociedad desigualitaria» a una sociedad donde los recursos y las oportunidades vitales están desigualmente repartidas, siempre que esta desigualdad no sea consecuencia de la aplicación de un criterio éticamente justificado. Una forma parecida de enfocar la relación entre derechos sociales, libertad e igualdad aparece en De Asís, 2000, 153.

[19] Liborio Hierro escribe: «nuestro ideal de igualdad es la igualdad entre todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las necesidades básicas, de forma que permitan a todos y cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma su propio plan de vida». Insisto en que, para aceptar esta afirmación, no hace falta recurrir al derecho a la igualdad: basta con recordar cuál es el fundamento de la teoría de los derechos humanos propuesto por el propio Hierro: la igual autonomía moral de todos los seres humanos.

nición de la libertad que oponerle el valor de la igualdad. De hecho, tratar de plantear ciertos problemas jurídicos o políticos en términos de conflicto entre la libertad y la igualdad suele llevar a callejones sin salida lógica y suele servir para justificar intereses ilegítimos, como el de favorecer la libertad de unos más que la de otros (en el abstracto nombre de la libertad) o el de perjudicar la libertad de todos (en el abstracto nombre de la igualdad).

7. El derecho a la seguridad

Liborio Hierro distingue dos posibles formas de la seguridad: la seguridad jurídica y la seguridad frente al riesgo, y rechaza ésta como candidata a constituir un derecho porque considera que pertenece, más bien, al derecho a la igualdad (o al derecho a la libertad, si se acepta mi razonamiento de párrafos anteriores), de manera que interpreta la seguridad como seguridad jurídica y define el derecho correspondiente con estos términos:

Todo ser humano tiene derecho a la protección normativa de su vida, su integridad física y moral y su libertad de acción frente a la acción ajena y a que los límites de su libertad estén establecidos por reglas generales y claras, preeestablecidas, públicas, irrectroactivas y eficaces.

A mi juicio, la seguridad jurídica no debe ser considerada como un derecho humano ni tampoco como un derecho subjetivo de otro tipo sino que, más bien, debe entenderse como «eficacia de un sistema jurídico en tanto sistema normativo». Hablando en general, la seguridad debe considerarse como el resultado que se obtiene al aplicar determinadas técnicas (generalmente normativas, aunque no sólo) a diversos aspectos de la vida de las personas. Si tenemos en cuenta el Derecho en particular (una particular técnica social normativa), de él se predica seguridad (seguridad jurídica) porque se trata de una técnica que obtiene un cierto grado de previsibilidad de los comportamientos humanos; pero eso sólo significa que el Derecho es técnicamente apropiado para la consecución de determinados fines (la previsibilidad de la conducta; de la misma forma puede decirse que el conocimiento genera seguridad porque torna previsibles acontecimientos que no lo serían si no fueran objeto del mismo)[20]. Dicho esto, creo que la seguridad jurídica no conlleva una carga axiológica propia, sino que ésta descansa en aquellos bienes que están asegurados por el uso de la técnica del Derecho. Cosa distinta es defender la bondad ética del uso del Derecho si éste sirve para garantizar un determinado nivel de seguridad en el disfrute de dichos bienes, pero aquí se predica la bondad ética de aquéllos que recurren al uso

[20] Estoy suponiendo que, dada la conexión necesaria entre técnica normativa y seguridad, no es posible imaginar un sistema jurídico que no genere seguridad. Sí es posible, en cambio, que los distintos sistemas jurídicos la generen en distinta medida, y es correcto calificar como técnicamente mejor al que más genera.

de la técnica apropiada para fines éticos, y no la bondad ética de la técnica jurídica en sí, dado que ésta podría servir igualmente a fines éticamente incorrectos [21]. Por supuesto, lo que aquí está en juego es el debate sobre el valor moral intrínseco del Derecho, pero no es éste el lugar oportuno para desarrollarlo. A mi juicio, los derechos derivados del derecho a la seguridad pueden configurarse sin problemas como derechos derivados del derecho a la libertad, puesto que su función es precisamente asegurar modalidades de la libertad y no cualquier otra cosa.

Obsérvese también que la forma de definir el derecho a la seguridad es problemática desde un punto de vista lógico por dos razones, ambas relativas al hecho de que la idea de seguridad no puede situarse en el plano de los valores o derechos a proteger por el ordenamiento jurídico. La definición dice dos cosas: en primer lugar, que «todo ser humano tiene derecho a la protección normativa de su vida, su integridad física y moral y su libertad de acción»; pues bien, la protección normativa de la vida, la integridad física y moral y la libertad de acción puede traducirse como «el derecho a la vida, a la integridad física y moral y a la libertad de acción», luego lo que está diciendo el primer renglón de la definición es: «todo ser humano tiene derecho al derecho a...»; siguiendo el mismo criterio, podríamos estipular otro derecho, así definido: «todo ser humano tiene derecho al derecho al derecho a...» (derecho que podríamos denominar «derecho a la seguridad de la seguridad»), y así hasta el infinito; pero no veo cuál es el sentido de postular estos, por así decir, «derechos de segundo grado» que se pueden extender indefinidamente. Si una persona tiene un derecho, lo que se está diciendo precisamente es que tiene derecho a que se establezcan las normas oportunas para proteger un determinado bien. Si se acepta esto, creo que postular un derecho a la seguridad es redundante e innecesario. Por otra parte, no veo por qué el derecho a la protección normativa alcanza sólo a la vida, la integridad física y moral y la libertad de acción, y no también a otros bienes valiosos, como la educación, la salud, la vivienda, etc. (salvo que se entiendan incluidos en esos tres). En segundo lugar, la definición dice: «todo ser humano tiene derecho a que los límites de su libertad estén establecidos por reglas generales y claras, preestablecidas, públicas, irrectroactivas y eficaces»; mi opinión es que si los límites de la libertad estuvieran establecidos de otro modo, simplemente *no estarían establecidos* y, en consecuencia, la propia libertad no quedaría establecida. Por tanto, lo que el segundo renglón dice es: «todo ser humano tiene derecho a que su libertad quede establecida (normativamente)», lo cual parece innecesario, en función del argumento propuesto en este mismo párrafo.

[21] Esta última tesis es discutida por muchos, señaladamente por Fuller (1969).

Sería interesante describir el proceso mediante el cual la seguridad jurídica ha pasado a ser considerada como un valor moral por parte de la tradición jurídica occidental, pero me limitaré a señalar que en este proceso es clave la necesidad de encontrar un expediente objetivo que justificase la obligación de obedecer el Derecho en los tiempos de auge del relativismo moral. Entiendo que la obligación de obedecer el Derecho nunca puede justificarse con base en la seguridad jurídica sino en los valores materiales que el Derecho efectivamente protege. Insistir en este punto permite denunciar el habitual recurso a la misma para tratar de fundar (incorrectamente) una obligación moral de obediencia al Derecho [22].

8. Observaciones finales

El carácter tentativo de las acotaciones anteriores no permite hablar de conclusiones, pero añadiré dos observaciones más para terminar. Primero, quiero recordar que el trabajo de Liborio Hierro me parece excelente y lleno de aciertos, aunque yo me haya dedicado a comentar algunos de sus aspectos que me parecen problemáticos. Entre sus aciertos, yo destacaría: la forma de abordar la cuestión, ya comentada al principio; la defensa de la autonomía individual como fundamento único, necesario y suficiente de los derechos humanos; la conexión que establece entre la libertad positiva y negativa; la defensa de la igualdad de oportunidades como elemento necesario de una teoría de los derechos humanos; y la renuncia a incluir en dicha teoría al derecho de propiedad privada y a otros vinculados con él (herencia y libertad de empresa, por ejemplo).

Segundo, respecto de si existe un núcleo duro de derechos humanos, mi opinión es la siguiente: sí existe si lo entendemos como elemento esencial de todos y cada uno de los derechos humanos; no existe si lo entendemos como un grupo especialmente importante de derechos. Los derechos humanos forman un entramado único al servicio de la autodeterminación individual; cualquier pieza del entramado es necesaria para dicha autodeterminación, y sólo el conjunto es suficiente (a veces se habla de «indivisibilidad» de los derechos humanos para expresar esta idea). Si defendemos la mayor importancia de unos u otros derechos, estaremos favoreciendo la autodeterminación de unos individuos y perjudicando al tiempo la de otros, y ello no está autorizado por el presupuesto igualitario de toda teoría de los derechos humanos. La razón por la cual en distintos contextos espaciales y temporales se reclaman unos u otros derechos como más importantes radica en el hecho de que, en cada contexto, son derechos diferentes los que están en peligro o se echan a faltar.

[22] Véase el argumento en González Vicén 1979, 376-385.

Bibliografía citada

Aristóteles, 1985: *Ética nicomáquea* (Madrid, Gredos, trad. J. Pallí).

Aristóteles, 1989: *Política* (Madrid, Gredos, trad. J. Marías y M. Araujo).

N. Bobbio, 1993: *Igualdad y libertad* (Barcelona, Paidós, trad. P. Aragón Rincón).

R. Dworkin, 1984: *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel; trad. M. Guastavino).De Asís, 2000: «La igualdad en el discurso de los derechos», en *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho* (edición de J. A. López García y J. A. del Real, Madrid, Dykinson), 149-168.

J. De Lucas, 1993: *El concepto de solidaridad* (México, Fontamara).

J. De Lucas, 1996: «La igualdad ante la ley», en *El Derecho y la justicia* (edición de E. Garzón Valdés y F. Laporta, Madrid, Trotta), 493-500.

R. Dworkin, 1984: *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel; trad. M. Guastavino).

E. Fernández, 1984: *Teoría de la justicia y derechos humanos* (Madrid, Debate).

L. L. Fuller, 1969: *The Morality of Law* (New Haven y Londres, Yale University Press).

R. Gargarella, 1998: «Primeros apuntes para una teoría de los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?», en *Jueces para la Democracia*, 31, 11-15.

J. González Amuchastegui, 1991: «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad», en *Sistema*, 101.

F. González Vicén, 1979: *Estudios de filosofía del Derecho* (Universidad de La Laguna).

L. Hierro, 1998: *Estado de Derecho: problemas actuales* (México, Fontamara).

H. Kelsen, 1991: *¿Qué es justicia?* (Barcelona, Ariel, trad. A. Calsamiglia).

F. Laporta, 1983: «Sobre el uso del término *libertad* en el lenguaje político», en *Sistema*, 52, 23-43.

F. Laporta, 1985: «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema*, 67, 3-31.

G. Peces-Barba, 1993: *Derecho y derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

G. Peces-Barba, 1995: *Curso de derechos fundamentales* (Madrid, BOE/Univ. Carlos III).

L. Prieto, 1994: «Nota sobre el concepto de derechos fundamentales», enJ. M. Sauca (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales* (edición de J. M. Saúca, Madrid, BOE), 181-189.

L. Prieto, 1998: *Ley, principios, derechos* (Madrid, Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas).

G. Radbruch, 1974: *Introducción a la filosofía del Derecho* (México, Fondo de Cultura Económica, trad. W. Roces).

A. Ruiz Miguel, 1995: «Las huellas de la igualdad en la Constitución», en *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica* (edición de M. R. Mate, Madrid, Visor/Argentaria), 109-129.

A. Ruiz Miguel, 1997: «Equality before the Law and Precedent», en *Ratio Juris*, 10/4, 372-391.

W. Sadurski, 1986: «Equality Before the Law: A Conceptual Analysis», en *Australian Law Journal*, 60, 131-138.

J. Rawls, 1985: *Teoría de la justicia* (México, Fondo de Cultura Económica, trad. M. D. González).

A. Ross, 1997: *Sobre el Derecho y la justicia* (Buenos Aires, Eudeba, trad. G. R. Carrió).

P. Singer, 1991: *Ética práctica* (Barcelona, Ariel, trad. M. Guastavino).

UNA FUNDAMENTACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Ulises Schmill O.
Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM)

A Stanley Paulson

1. Ámbito del presente trabajo

La delimitación de nuestro ámbito de estudio es una tarea preliminar que no debemos evitar. Se trata de establecer la finalidad teórica que perseguimos con este ensayo.

La democracia, como toda institución social, puede ser objeto de las más diversas consideraciones, llevadas a cabo desde perspectivas muy diferentes, determinadas por los intereses del sujeto que haga esas consideraciones. Por lo tanto, la primera distinción que deberemos hacer se encuentra relacionada con el principio de «neutralidad valorativa» de Weber [1] o su expresión equivalente en la teoría de Kelsen: el principio de la pureza metódica.[2] Mantendremos con toda pulcritud la distinción entre consideraciones descriptivas o explicativas y consideraciones valorativas y excluiremos de nuestros intereses éstas últimas. En este ensayo no nos proponemos hacer una apología de la democracia o hacer vilipendio de ella, a la manera como los oligarcas griegos criticaban la democracia ateniense como el dominio de la masa, de los muchos, de los pobres, tal como puede leerse en el texto del Viejo Oligarca, atribuido a Jenofonte[3], o en los textos de Platón y Aristóteles.[4]

De manera análoga, con base en la diferenciación entre el estudio dogmático de una pluralidad de normas y el análisis de los hechos reales históricamente determinables de su aplicación, las siguientes líneas se apartarán de hacer descripciones de la forma en que las instituciones democráticas, vigentes en un Estado determinado, en un tiempo y lugar concretos, han sido aplicadas. No haremos reflexiones y análisis que pertenezcan a la jurisprudencia dogmática ni explicaciones causales sociológicas de la apli-

[1] Cf. Weber CV(pp. 221 y ss).

[2] Cf. Kelsen (TGE. p. VIII. PTL1. p. 7; PTL2. p. 1).

[3] Xenophon (CA. p. 37); Cf. Ober (PDDA. pp. 17, y ss).

[4] Ober (PDDA. Cap 4 y 6).

cación de las normas positivas de un Estado que establecen una constitución democrática.

Frente a una pluralidad de normas se puede asumir una postura teórica reconstructiva, que tiene dimensiones explicativas. Se trata de comprender el contenido de las normas positivas que constituyen una institución determinada, haciendo explícitos los conceptos presupuestos, no formulados normativamente, que determinan esos contenidos normativos como un todo pleno de significado. Nos referimos a la «ideología» [5] que se encuentra en la base de muchas instituciones y que permite la comprensión unitaria de sus contenidos. Estas bases ideológicas serán usadas para comprender el contenido de la institución jurídica de la que nos ocuparemos en este trabajo, la democracia, y no serán usadas para justificarla. Es posible describir con objetividad estas ideas subyacentes, estas «ideologías», sin tomar una posición valorativa. Se trata de establecer las ideas subyacentes que permiten la comprensión como un todo significativo de la institución de la democracia como forma de Estado.

2. Teoría de la identidad del Derecho y el Estado

Con las teorías de Weber [6] y Jellinek [7] estaba preparado el camino para que Kelsen formulara su teoría de la identidad del Derecho y del Estado. Esta teoría no debe entenderse en el sentido de que el Derecho, como conjunto de mandatos o normas obligatorias y el Estado, como poder o cuadro coactivo que tiene su propio orden, son uno y el mismo objeto, porque ello conduciría a la identificación de dos objetos, que de antemano se han considerado como distintos. Si el Estado es el poder de un cuadro coactivo que garantiza la obligatoriedad del conjunto de normas constitutivas del Derecho, la tesis de la identidad de ambos es imposible y contradictoria, pues se ha partido del supuesto de que el Derecho y el Estado son dos objetos distintos y dos objetos distintos no pueden ser idénticos.

El concepto que se tenga del Derecho determina la aceptación o el rechazo de la teoría de la identidad del Derecho y del Estado. Toda teoría sobre el Derecho que excluya de su concepto la nota esencial de la coactividad, se cierra de antemano la posibilidad de aceptarla. Hay una larga tradición jurídica que concibe al Derecho positivo relacionándolo con el concepto de la coacción. Ihering dice que la coacción del Estado es el criterio absoluto del Derecho, aunque la considera como «un elemento exterior al

[5] Ober (MEDA. pp. 38-40).

[6] Weber (ES. pp. 39 y ss)

[7] Jellinek (TGEJ. pp. 130-147).

Derecho».[8] En esta afirmación se encuentra consignada la tesis de que el Derecho sólo puede ser concebido con el concepto de coacción, acercándose de manera muy estrecha a las concepciones de Weber y Jellinek. El Derecho y el Estado se implican, se relacionan de manera esencial: la coacción del Estado permite definir a la norma jurídica, pero es un «elemento exterior» al Derecho.

En contraposición parcial, Kelsen, desde su primera obra, *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, Desarrollados con Base en la Doctrina de la Proposición Jurídica*[9], presenta de manera enfática la hipótesis fundamental: la norma entendida como un enunciado hipotético, que dispone el ejercicio de la coacción por los órganos del Estado. El Derecho, en resumen, es entendido como un orden coactivo de la conducta humana. Kelsen lleva a cabo un cambio fundamental: en vez de concebir a la coacción estatal como un elemento externo al Derecho, la concibe como parte integrante de la norma jurídica. Esto es posible porque su teoría es el resultado de haber realizado un procedimiento intelectual que he denominado *interiorización de la coacción en la norma jurídica.* Esta interiorización tiene que producir un cambio fundamental en la concepción de la forma de la norma jurídica: la norma no es concebida como un imperativo, como una regla que prescribe una determinada conducta, a la manera como lo hacen las normas del Decálogo: ¡Haz X!, ¡No hagas Y! Si la coacción se introduce dentro de la norma de manera que ésta dispone el ejercicio condicionado de la voluntad coactiva del Estado, es claro que su forma debe tener carácter hipotético o condicional: sólo bajo ciertas condiciones o supuestos deben ejercerse, como consecuencia, actos coactivos de unos hombres contra otros hombres. Carece de sentido un imperativo cuyo contenido fuera el ejercicio de la coacción. Su formulación sería así: «¡Coacciona!», lo que, en rigor, es totalmente inadecuado, pues está ordenando el ejercicio de la coacción en todo caso. La coacción, determinante del concepto del Derecho, deja de ser un elemento que se encuentra *fuera* del contenido de la norma, como un elemento social o natural o psíquico o de cualquier carácter que se quiera. En esto se encuentra la diferencia fundamental entre Kelsen y todos los demás autores que hablan de la coacción estatal. Con esto, toda la problemática sobre la coacción y el monopolio de la fuerza y la violencia[10] se ha transformado pues, en vez de concebirlas causalmente y como elementos naturales externos al Derecho que garantizan su cumplimiento, adquiere carácter normativo y pierde esa dimensión socio-

[8] Ihering (FED. pp. 159-160).

[9] Cf. Kelsen (HP).

[10] Weber (PV. p. 83).

lógica naturalista. El Derecho no es sólo un conjunto de normas que imponen obligaciones, con la garantía externa de un cuadro coactivo, sino un conjunto de normas que facultan al cuadro administrativo para imponer sanciones, incluso coactivamente[11], a otros sujetos, los cuales son o están obligados por las normas jurídicas precisamente por ser el objeto de actos de coacción. Estar obligado y ser objeto de un acto de coacción ordenado condicionalmente por una norma, son expresiones sinónimas. El llamado «acto antijurídico» debe, entonces, formar parte integrante de la norma, debe ser un elemento integrante del contenido del Derecho, pues constituye la condición o supuesto de la sanción. Con ello, el delito pierde su característica de ser algo ajeno al Derecho, algo que lo ataca o intenta destruir, algo anómico, para convertirse en el supuesto del acto coactivo estatal, pues éste se ejerce contra el sujeto o sujetos que realizaron el acto que aparece como condición de la norma.

Podemos sacar de modo inmediato la siguiente conclusión: si el Estado es un cuadro coactivo y el Derecho es un orden coactivo, y tomando en cuenta que el cuadro coactivo del Estado posee un orden con base en el cual es posible hacer la imputación de ciertos actos a su unidad, *ergo* el Estado es idéntico al Derecho.

Una consecuencia inmediata de lo anterior es que todos los problemas relacionados con el Estado, en la concepción tradicional, al quedar incorporados en la norma jurídica, se han convertido en problemas normativos y el Estado es concebido como el mismo orden jurídico.[12]

La identidad del Derecho y del Estado significa, en el fondo, que todo problema referente al Estado es un problema jurídico y debe resolverse en función de las normas jurídicas. Este es el sentido teórico de la teoría de la identidad del Derecho y del Estado.[13]

3. Teoría jurídica de las formas de Estado

Jellinek había observado que las divisiones de las formas de Estado que se han propuesto en el curso de la historia no tenían en cuenta el «elemento peculiar» del Estado que lo distingue de todas las demás formaciones sociales: el poder.[14] Jellinek considera que el criterio que debe ser utilizado para determinar las formas del Estado sólo puede hallarse en el «fundamento

[11] Kelsen (TGE. p. 62): «Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá que prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición»

[12] Cf. Kelsen (SJS); Kelsen (CTGE. p. 116-7).

[13] Kelsen (CTGE. pp. 131-2).

[14] Jellinek (TGEJ. p. 538). Para mostrar la falta de un criterio sistemático para clasificar las formas del Estado, expone las siguientes clasificaciones: «Algunos ejemplos darán una idea del subjetivismo y confusión que reina en esta materia: despotismo, teocracia, Estado de dere-

de las relaciones constantes de voluntad que alcanzan en él su expresión».[15] Esto significa, en terminología más moderna, la forma como se ejerce el poder dentro del Estado, lo que se manifiesta en una división jurídica sobre «el modo de formación de la voluntad del Estado».[16] Con esto orienta su proceder teórico por un camino correcto, con base en la brújula del Derecho, a la que por cierto desconoce cuando hace la aplicación correspondiente, pues considera que puede clasificarse a los Estado conforme la Constitución establezca la formación de la voluntad estatal «mediante un proceso psicológico, esto es, natural, o por un proceso jurídico, esto es, artificial».[17]

Si la teoría del Estado es teoría jurídica, en el sentido de que todos los problemas relativos al Estado deben plantearse y resolverse primeramente de manera normativa, entonces la determinación de las formas del Estado debe ser planteada y resuelta con base en el Derecho positivo. ¿Cuál es el criterio jurídico que nos permite tipificar las diferentes formas del Estado? Preguntamos por el principio con arreglo al cual las formas estatales pueden ser tipificadas. Ya desde la antigüedad se utiliza el criterio del número de personas que se encargan de la creación del orden estatal y de las cualificaciones para ejercer esas funciones.

4. Determinación formal de la democracia y la autocracia

La democracia y la autocracia como formas del Estado pueden concebirse de manera puramente formal, haciendo referencia a los conceptos derivados de una concepción dinámica del Derecho. En esta determinación de carácter formal, es necesario enfatizarlo, no interviene elemento ideológico, deóntico o valorativo alguno. Es neutral en relación con cualquier clase de valor, estimativa o preferencia. Por ello, es puramente descriptiva y operacional: el concepto determina cuáles son las notas que poseen los objetos a

---

cho (*Welcker)*; repúblicas, autocracias, despotismo (*Heeren*); Estados orgánicos y mecánicos; y entre los primeros, Estados nómadas y agricolas; entre los últimos, jerarquías e ideocracias, regímenes militaristas, plutocracias (*Leo*); Estados idólatras, individualistas, de razas, formales (*Rohmer*); particulares, patrimoniales, Estado antiguo, Estado de Derecho en la época moderna (*Mohl*); soberanía de uno, que se divide en monarquías y repúblicas monocráticas y pleonocráticas (*Gareis*). En el libro de Schwarcz, *Elemente der Politik*, pág. 79 y sigs., se hallarán infinidad de divisiones de la literatura moderna, según las distintas direcciones: aristocracias, timocracias, democracias puras, democracias de cultura y formas mixtas; dominaciones hereditarias y Estados libres; Estado policía y Estado de derecho; Estados centralizados y Estados organizados tomando por base el *selg-goverment*; Estados que descansan sobre la autonomía provincial y municipal, y formas mixtas; Estados con una sola lengua, con varias; territoriales, nacionales y de nacionalidades; Estados homodoxas y polidoxas, en infinidad de otras subdivisiones». (*Ibidem*)

[15] Jellinek (TGEJ. p. 539).

[16] Jellinek (TGEJ. p. 540).

[17] *Ibídem*.

los que se les califica de democráticos o autocráticos, sin pretender justificarlos. Es una especie de geometría social. Estos conceptos formales son insatisfactorios emotiva y conceptualmente. Los hombres demandan más de un concepto social, sobre todo cuando su vida y sus intereses más preciosos se encuentran sujetos a los órdenes sociales o estatales a los que se refieren esos conceptos formales. De la descripción queremos pasar a la explicación, o mejor, a la reconstrucción conceptual. Si hay peste en Tebas, entonces se demanda que el oráculo dé la explicación de los sufrimientos del pueblo tebano. Esta explicación pueden proporcionarla los dos conceptos de «libertad», entendido como libertad política, y de «igualdad», como lo veremos en el apartado siguiente.

Para darnos a entender con mayor pulcritud y con objeto de tener un esquema de lo que se dice, quiero representar el acto de creación de una norma de la siguiente manera, que es la más simple posible:

(NP) a(n) Norma positiva

Como todo acto, el de creación de una norma se lleva a cabo por un sujeto (p), tiene un cierto contenido o significado (m), y acontece en un tiempo específico (t) y en un espacio determinado (e). Si incorporamos en nuestro esquema estas *dimensiones de realización* del acto de creación de una norma, tenemos

(DR) a(p, m(=n), t, e) Dimensiones del acto normativo

La dimensión material m de un acto de emisión de una norma, *i.e.,* el sentido del acto de habla de emisión de una norma o mandato, es el contenido de la misma, como significación ideal. Esto explica que la dimensión de realización material m del acto de creación normativa sea la misma norma.

Cuando las dimensiones de realización de un acto normativo están determinadas en una norma, reciben el nombre de *ámbitos de validez de la norma*. Por lo tanto, toda norma al regular la conducta humana determina las dimensiones de realización de ésta, *i.e*.,

(AV) n(p, m, t, e) Ámbitos de validez normativa

Una pluralidad de normas que forman un orden **ON**[18] se describen indicando cuáles son sus ámbitos de validez normativa.

La democracia, desde un punto de vista formal, puede caracterizarse si se relacionan las *dimensiones de realización* de los actos creadores de un orden normativo **ON** con los ámbitos de validez de este propio orden norma-

[18] Por el momento prescindimos de analizar la estructura interna de este orden normativo **ON**. Puede estar constituido por una norma o por una pluralidad de normas, del mismo o de diferente grado.

tivo, en especial por lo que respecta al ámbito personal de validez. Formalmente hablando, democrático es aquel orden normativo en el que existe identidad de los sujetos creadores del orden normativo y los sujetos sobre los cuales es válido dicho orden. Aquí el concepto determinante es el de la identidad entre los sujetos creadores y los sujetos sometidos al orden (o lo que es lo mismo, los sujetos para los cuales dicho orden es válido). Es el resultado de relacionar la *dimensión personal de realización* del acto creador de las normas con el ámbito personal del orden normativo creado. Utilizando los esquemas anteriores, podemos representar este concepto de la siguiente manera:

(D) $a_i(p^c, m(=ON[p^s, m, t, e]), t, e)$ Democracia o autocracia
$|_____|$
$= \text{ó} \neq$

lo cual significa que los sujetos que llevan a cabo el proceso creador del orden normativo ON, p^c, son o no son los mismos que los que constituyen el ámbito personal de validez del orden normativo creado por dicho procedimiento (los súbditos), *i.e.,* p^s. Es decir, si existe la identidad mencionada, estamos frente a un orden normativo democrático:

$p^c = p^s$ ó $\mathbf{I(p^C, p^S)}$ — democracia.

En cambio, si tenemos como estructura formal

$p^c \neq p^s$ ó $\neg(p^c = p^s)$ ó $\mathbf{\neg I(p^C, p^S)}$ — autocracia.

estamos frente a todas las formas de Estado que no son democráticas, las que podemos denominarlas genéricamente con el nombre de «autocracia», pues en ellas no existe la identidad de los sujetos creadores del orden con los sometidos al mismo, que es la *conditio per quam* de la democracia, definida formalmente.

De estos principios se dejan derivar todas las formas de Estado, que siempre han tenido como concepto determinante el número de aquellos que ejercen el poder, es decir, de aquellos que llevan a cabo el procedimiento de creación del orden normativo **ON**.

5. Democracia directa

Si la dimensión personal de realización del acto creador de las normas jurídicas es idéntica al ámbito personal de validez del orden normativo creado y si ambos son idénticos al pueblo, *i.e.,* si $p^c = p^s$ y s = pueblo, estamos frente a una democracia directa: es el pueblo en su totalidad el que crea las normas integrantes del orden normativo en cuestión.

$a_i(p^c, m(=ON[p^s(= pueblo= p^c), m, t, e]), t, e)$

De la observación de este esquema puede surgir la pregunta de cuál es el fundamento de considerar a ciertos actos, de la multiplicidad de ellos observable, como los creadores del **ON**, debemos decir que se consideran sólo aquellos cuya ejecución es empíricamente verificable, es decir, de aquellos que, conforme al sentido subjetivo de los mismos, logran que los demás se comporten. La eficacia de un orden normativo **ON** es el criterio determinante teóricamente para la identificación de ciertos actos como los constituyentes del orden jurídico de un Estado en particular. La formulación de este criterio en *la forma de una norma* llevó a Kelsen a postular su «norma fundante básica» o «norma fundamental hipotética», a la que podemos simbolizar como «**nF**». Con ello, el anterior esquema se transforma en el siguiente:

$nF\{a_i(p^c, m(=ON[p^s(= p^c), m, t, e]), t, e)\}$

De este último esquema podemos derivar que el orden normativo en cuestión, cuyo grado de democracia se está juzgando, es caracterizado como democrático por la existencia de un conjunto de normas **nF** que establecen el proceso de creación de **ON** de manera democrática. Este conjunto de normas que establecen la forma de creación democrática del orden en cuestión, son normas que establecen facultades, en la medida que determinan el proceso de creación de **ON**, en el que los sujetos que ejercen estas facultades son idénticos a los sujetos sometidos al mismo. Este es un tipo ideal. Luego veremos las restricciones que este tipo ideal debe sufrir para acercarse a la descripción de los órdenes normativos reales, determinables históricamente. Lo que debe quedar claro es que esta **nF** es solamente la formulación del criterio de la existencia de un orden normativo, mediante la proyección de un modelo de las normas sobre los actos de poder observables.

Es necesario analizar brevemente las distintas votaciones que pueden darse dentro de un cuerpo colegiado que emite una norma, con objeto de establecer el *modus operandi* de las votaciones y los significados asociados a ellas.

Con la teoría del contrato social se ha estimado que el acto fundatorio del Estado debe realizarse estando de acuerdo la totalidad de la sociedad, es decir, se exige que exista unanimidad de votos aprobatorios en el acto de creación del contrato fundatorio. Esto ya está claro en Rousseau, como veremos posteriormente cuando expongamos la tesis de la libertad como el fundamento de la democracia. El esquema del principio de unanimidad para la creación del orden normativo **ON** en cuestión sería el siguiente:

(U) $nF\{a_i(p^c_{(100)}, m_{(100\%\ (+)}(=ON[p^s(= p^c), m, t, e]), t, e)\}$ Unanimidad

La razón por la cual ponemos la votación unánime dentro del ámbito material de validez es porque la unanimidad se refiere a la uniformidad en la aceptación del contenido normativo puesto a discusión: se vota afirmativamente por un cierto contenido. La materia de cada acto recibe un sí en el proceso de votación; por lo tanto, se requiere 100% de síes, la totalidad de los votos son aprobatorios. Empleando la terminología de Kelsen, la totalidad de los votos tienen el mismo contenido, en el caso, el contenido es aprobatorio de una cierta propuesta por el 100% de los que participan.

Cuando se exige la unanimidad de votos y existe un sujeto que vota en contra, se presenta la siguiente situación: no hay aprobación del orden normativo **ON**, es decir, no hay creación de las normas.

(VD) $nF\{a_i(p^c{}_{(100)}, m_{(99\%\,(+)\,+\,(1\%(-)}(\text{ØON} = \text{Æ}), t, e)\}$ Voto del disidente

En el caso de que se requiera para la aprobación de **ON** una votación de mayoría calificada, por ejemplo, del 75 %, el esquema del mismo sería el siguiente:

(MC) $nF\{a_i(p^c{}_{(100)}, m_{(\min\,75\%\,(+)\,+\,\max\,25\%(-)}(=ON[p^s(=p^c), m, t, e]), t, e)\}$

En este caso, los sujetos que votan la aprobación del orden normativo en cuestión, **ON**, se divide en dos grupos: una mayoría del 75% o mayor y una minoría del 25% o menor. La mayoría vota a favor de la propuesta normativa y la minoría en contra, lo que está representado por los signos «(+)» y «(-)».

La mayoría simple o absoluta tiene el siguiente esquema que se explica por sí mismo:

(MA) $nF\{a_i(p^c{}_{(100)}, m_{(\min\,51\%\,(+)\,+\,\max\,49\%(-)}(=ON[p^s(=p^c), m, t, e]), t, e)\}$

En el caso de que se considere una mayoría relativa, en el caso de que existan tres proposiciones de creación normativa, su esquema sería el siguiente en el caso más simple:

(MR) $nF\{a_i(p^c{}_{(100)}, m_{1(\min\,34\%\,(+))} + m_{2(\max\,33\%(+))} + m_{3(\max\,33\%(+))}$ $(=ON[p^s(=p^c), m, t, e]), t, e)\}$ Mayoría relativa

En este caso, no existe una única proposición que ha de ser votada, sino por lo menos tres, en relación con las cuales se divide la votación y se aprueba aquella que obtenga el mayor número de votos. En el esquema está representada la votación mínima del ganador. Es claro que si el ganador obtiene una votación mayor que la mínima, lo hace a costa de cualquiera o ambas de las otras posibilidades.

El ámbito personal de validez de las normas que establecen los actos creadores de Derecho en una democracia, puede encontrarse más o menos

modalizado, en el sentido de que puede contener cualificaciones especiales para que los sujetos integrantes del pueblo estén facultados para participar en los proceso democráticos. En Grecia sólo los ciudadanos atenienses tenían estas facultades, estando excluidos los esclavos, los extranjeros, los locos, las mujeres y los infantes. Estas modalidades han sido tomadas en cuenta para hacer clasificaciones de las formas de Estado, como tuvimos oportunidad de indicar brevemente más arriba.

6. Democracia indirecta o representativa

Hemos presentado la democracia directa en la que los sujetos creadores del **ON** son los mismos que los sujetos que estarán sometidos al mismo y en la que participa todo el pueblo. Pero en las democracias parlamentarias o representativas, estos esquemas no pueden aplicarse directamente, porque el proceso de creación del orden normativo está dividido por lo menos en dos etapas: una, referida al ámbito personal de validez de las normas que establecen el proceso de creación del **ON**, *i.e.,* a la elección de los sujetos que realizarán los actos del proceso creador del orden y, otra, al proceso mismo de la creación del conjunto de normas, por ejemplo, el proceso legislativo.

(DR) $nF\{a_0(p_{(10^7)}, m_{(U\ v\ MA\ v\ MC\ v\ MR)} \rightarrow p^c_{(100)}, t, e), a_i(p^c_{(100)}, m_{(51\%(+) + 49\%(-)} (=ON\ [p^s_{(10^8)}, m, t, e]), t, e)\}$ Democracia representativa

¿Qué significa este esquema? La norma que establece la facultad **nF** contiene dos procesos de creación normativa: $a_0(\ )$ y $a_i(\ )$. a_0 está orientada a la constitución del ámbito personal de validez del procedimiento de creación de **ON**, es decir, p^c, a la determinación de los sujetos que integran el órgano creador del orden normativo **ON**, por ej. los titulares del órgano legislativo, es decir, los diputados y los senadores. Se trata del proceso electoral del órgano legislativo, el cual puede tomar cualquiera de las modalidades expuestas más arriba U, MA, MC, ó MR. Como toda facultad prevista en una norma contiene sus ámbitos de validez: p se refiere al conjunto de sujetos, generalmente los ciudadanos que ejercerán esas facultades eligiendo a los sujetos que van a llevar a cabo el proceso de creación del orden normativo en cuestión **ON**. En el caso, se supone que son en cantidad de 10^7, o sea, 10 millones de electores, los cuales van a elegir a x número, representado por 100. Todas las cualificaciones jurídico-positivas necesarias para ser ciudadano y para ejercer las facultades electorales están simbolizadas aquí. El ámbito material es el contenido del acto a_0, que se refiere a los sujetos que resultarán electos por el ejercicio del derecho político. Es claro que la elección se lleva a cabo en un lugar y en un tiempo determinado, lo que especifica las letras t y e que se encuentran dentro del paréntesis de a_0. Estamos en presencia de la que constituye la democracia representativa. Las di-

versas modalidades de la elección de los sujetos que ejercerán las facultades de creación del orden normativo, como el sistema proporcional, se pueden representar aquí.

Las otras formas de Estado se dejan derivar de nuestros esquemas fundamentales, atendiendo tanto a la cualificación de los sujetos que llevan a cabo el proceso de creación del **ON**, como a la forma de designación de él o ellos.

$nF\{a_0(p_{(\text{herencia, designación, etc.})}, m \rightarrow p^c, t, e), a_i(p^c_{(\text{uno o varios con cualificaciones})} \neq p^s, m(=ON[p^s, m, t, e]), t, e)\}$

Esto significa que siempre existe empíricamente un acto de designación o nombramiento o elección a_0 tomando como parámetros para ello cualquier criterio menos la elección popular. El sujeto facultado para crear **ON** es uno o varios, los cuales se encuentran específicamente cualificados, en ciertos sentidos, ya sea por sus cualidades de nacimiento, por pertenecer a una clase, etc., *i.e.,* $\in \mu$, donde μ es una variable para designar esas cualificaciones.

7. Teoría de la representación [19]

Debe hacerse una distinción entre el concepto de representación y el concepto de órgano de un orden, pues comúnmente se confunden. La representación supone la existencia de dos sujetos **A** y **B,** los cuales tienen la capacidad, jurídica o de otra clase, para realizar un acto determinado y se encuentran en una relación determinada que más adelante especificaremos. En cambio, ser órgano de un orden significa que un sujeto **A** tiene la facultad de crearlo o ejecutarlo, pero no existe esa peculiar relación entre dos sujetos. Cierto, se acostumbra afirmar que el órgano representa a la persona colectiva constituida por ese orden, pero entonces se está haciendo uso de la ficción de la persona. Expresado lo anterior con las enérgicas palabras de Kelsen, se diría:

> La organización (en sentido jurídico-esencial) no es representación, porque ésta es una relación material entre distintos hechos (o entre los hombres que la realizan), mientras que la primera es la relación de un hecho con un orden o sistema de hechos. Es una aplicación radicalmente equivocada de la idea de representación a la relación del Estado con sus órganos, el considerar a aquél como un hombre que, a la manera del niño y del loco, carece de «voluntad» y sólo puede «querer» a través de sus órganos, que son sus «representantes» legales, pues la voluntad del «Estado» es algo esencialmente distinto de la voluntad que un hombre manifiesta al realizar un hecho. …Sólo la hipóstasis de la unidad personificada del orden jurídico puede llevar a desviaciones tan grotescas.[20]

---

[19] Para un análisis de los diversos conceptos sobre la representación Cf. Fenichel (CR).

[20] Kelsen (TGE. p. 400). Jellinek afirma que la relación de representación se da entre un órgano primario (en nuestra terminología A) y uno secundario (en nuestra terminología B). Jellinek (TGEJ. p. 478).

La teoría de la representación de Kelsen es la siguiente:

> En virtud de determinación positiva, la voluntad del representante B «vale» como voluntad del representado (A). Pero esto no significa sino que si B realiza el hecho X, éste ha de tener la misma consecuencia (Y) que si lo hubiera realizado A. Si, por ejemplo –para poner un caso de representación legal–, el tutor celebra, en calidad de tal, un contrato, comprometiéndose a ciertas prestaciones, el incumplimiento lleva aparejada la ejecución en el patrimonio del pupilo. Es una abreviación decir que, dentro de esta relación, la voluntad del tutor es voluntad del pupilo. Se parte del siguiente principio general de Derecho: si alguien contrae una obligación contractual por propia voluntad (y ningún contrato es posible si no se trata de una manifestación de voluntad «propia», auténticamente libre), en caso de incumplimiento debe seguirse ejecución en su patrimonio (esto es, en el del que realizó el contrato). Aplicando los signos convencionales anteriores, la fórmula de este principio es como sigue: si A realiza el hecho X, debe aplicarse la consecuencia Y; y el contenido de esta consecuencia se dirige contra A. Pero esta regla tiene excepciones. Hay casos en que la manifestación de voluntad de otro tiene las mismas consecuencias que la propia. Para la exposición, es más fácil no formular este caso excepcional como regla autónoma, y no señalar expresamente las consecuencias. Se dice: si B realiza el hecho X, se aplican las mismas consecuencias que si lo hubiera realizado A. En el caso de que B realiza el hecho X, se remite –para las consecuencias– al caso de que ese hecho sea realizado por A, porque se considera que la regla del segundo caso es limitación de la del primero, que es la regla fundamental y capital.[21]

El siguiente esquema expresa esta teoría:

(R) Si A(X) → Y/A; si B(X) → Y/A, entonces B es representante de A.

La exposición es muy clara. La representación es la relación entre dos hechos distintos, relacionados de manera específica. Las mismas consecuencias jurídicas en contra del patrimonio de A se realizan o deben realizarse para el caso en que realice A la conducta X, pero también para el caso en que la realice B, *i.e.,* A(X) v B(X) àY/A. Si esto es establecido contractualmente estamos frente al negocio jurídico del mandato. Si está establecido legalmente, sin que intervenga la voluntad de A, estamos en presencia de la representación legal.

En principio, el sujeto **A** está en posibilidad jurídica de llevar a cabo o realizar el hecho **X** que tiene la consecuencia **Y/A**. No siempre es esto posible y la representación, o mejor, el modelo de la relación de representación se extiende a casos en los cuales se considera que ciertas personas no pueden llevar a cabo, por circunstancias especiales, los hechos que son el supuesto de estas relaciones, es decir, hay sujetos o personas que no se encuentran en capacidad de llevar a cabo la manifestación de voluntad que constituye el supuesto de la creación del contrato y sus consecuencias. Es-

[21] Kelsen (TGE. p. 398).

ta relación de representación se encuentra relacionada con el concepto de responsabilidad, relación que no explicaremos en este lugar. En este caso, se dice que el sujeto representado sólo quiere por conducto de su representante, que manifiesta su voluntad a través de sus representantes. A los sujetos jurídicos, a las personas que carecen de voluntad psicológica generalmente se les da un representante, para que por conducto de éste manifiesten su voluntad. Claramente aquí puede percibirse una ficción. Lo que acontece es que el representado no está en capacidad de realizar **X**, es decir, no se da ni puede darse el caso **A(X)**, porque el sujeto **A**, por ser menor de edad o loco, no tiene la capacidad de manifestar su voluntad para obligarse. Se dice que **B** es su representante, por ser el único que puede manifestar su voluntad, que no vale como propia, sino como del representado, puesto que las consecuencias del incumplimiento recaen sobre el patrimonio de éste y no de aquél. El esquema sería:

Si ¬A(X) y B(X), entonces Y/A

En este esquema, **A(X)** no puede realizarse, aunque podría llegar a realizarse, por ser una persona, y **B(X)** se presenta de manera que tendría la misma consecuencia que lo hubiera realizado **A**, entonces hay una relación de representación legal, no convencional. Podría decirse que **A** responde por la conducta de **B**, su representante. Como esto va en contra de los sentimientos jurídicos normales se atenúa este disgusto diciendo que **A** ha querido por conducto o a través de su representante. Subyace el concepto de que **A** por ser persona podría querer, tiene la posibilidad abstracta de querer. Si esta posibilidad abstracta se simboliza con el signo de la posibilidad **(M)**, entonces podríamos escribir

Si ¬A(X) y MA(X) y B(X), entonces Y/A

Con ello, se acallan los inconvenientes de situaciones tan contrarias a nuestro sentimiento de conveniencia práctica y de diversa otra índole, como criterios de justicia, pues en principio choca con estos criterios que un incapaz sea responsable por los actos de su representante.

Si el sujeto **A** por sus características no puede jurídicamente, en ningún caso, realizar el hecho **A(X)**, pero sin embargo se quiere poder imputarle las consecuencias al mismo, lo más cómodo es aplicar el concepto de la relación de representación y decir que aunque no puede querer, lo hace por conducto de su representante. Así se ha formado la idea de que el Parlamento es el representante del pueblo. En realidad, el pueblo no está jurídicamente capacitado para ejercitar la facultad legislativa, pues el proceso de creación de las leyes sólo lo puede realizar el conjunto de personas que integran al Parlamento. La afirmación de que el pueblo es el legislador, que tiene la fa-

cultad de legislar, es simplemente falsa, pues conforme a las constituciones modernas, sólo otorgan esa facultad a las personas que han sido electas por medio de los sufragios de las personas con el Derecho para hacerlo. Habría representación del pueblo por el Parlamento

> …que la voluntad del Parlamento es la voluntad del pueblo, y que éste no puede querer sino a través de aquél…(sería esta afirmación justificada sólo) si existiese una regla positiva de Derecho que diera a todas las decisiones del «pueblo» el carácter de leyes, y sólo por excepción pudiera el parlamento adoptar resoluciones con la misma eficacia que si hubiesen sido adoptadas por el pueblo. Esto ocurre en la constituciones que establecen la democracia directa. Allí, la legislación corresponde directamente a la asamblea popular. Si ésta no puede reunirse, actúa en su nombre (por vía excepcional) un *collegium* elegido por ella. De sus resoluciones puede decirse que valen como si fueran adoptadas por el pueblo (o mejor, por la asamblea popular), en el mismo sentido en que se dice que la voluntad del tutor vale como voluntad del pupilo. Esa legislación es el fruto de una especie de mandato imperativo; la entidad de que procede es un órgano del pueblo o de la asamblea popular. Pero, en las constituciones de las democracias «representativas», el pueblo está excluido en principio de la legislación, la cual se encomienda al parlamento elegido por él. Aquí no hay regla positiva que llame al pueblo a legislar; por lo que la competencia legislativa del parlamento no es la excepción, como en el caso anterior. Pero la teoría afirma que el parlamento es un órgano secundario del pueblo, que la voluntad de aquél no es sino la voluntad de éste; ahora bien, esta afirmación no se basa en Derecho positivo, sino en un dogma político: el dogma de la soberanía popular, que afirma que el poder legislativo corresponde «por naturaleza» únicamente al pueblo; por lo cual la atribución al parlamento de la competencia legislativa es una limitación de la regla general. Justamente por esto la teoría de la soberanía popular es una ficción: el dogma político está en contradicción con la realidad política.[22]

Cuando no existe la posibilidad jurídica de que **A** realice **X**, *i.e.*, cuando no se da **MA(X)**, no puede afirmarse que hay representación. Si se hace la afirmación sobre la existencia de la relación de representación en el caso de que no pueda darse **MA(X)**, entonces la representación afirmada entre **A** y **B** es simplemente falsa y constituye una ficción.

Lo anterior es el fundamento para sostener que no existe la relación de representación entre un orden normativo y sus órganos. El Estado no es representado por sus órganos. Hay una organización, no una representación.

> La organización (en sentido jurídico-esencial) no es representación, porque ésta es una relación material entre distintos hechos (o entre los hombres que la realizan), mientras que la primera es la relación de un hecho con un orden o sistema de hechos.[23]

---

[22] Kelsen (TGE. p. 401). Sartori dice: «Una elección, en cuanto tal, no crea un representante. El Papa es elegido por un colegio de cardenales y no es en modo alguno un representante de sus electores». Sartori (TD. T. 1. p. 53)

[23] Kelsen (TGE. p. 400).

Solamente bajo el supuesto de una personificación del orden jurídico, es decir, únicamente si se considera al Estado como persona capaz de querer es posible comprender la organización, dotar de órganos a un orden, como una relación de representación. Es claro que esta relación no puede darse más que como la aplicación de una ficción, la ficción de la persona jurídica.

8. La libertad como fundamento conceptual reconstructivo de la democracia y el principio de mayoría: teoría de Hans Kelsen

Desde la antigüedad clásica, en especial, desde la Grecia del Siglo V a. C., se ha intentado fundamentar conceptualmente a la democracia con base en dos conceptos importantísimos: la libertad y la igualdad. Ambos están estrechamente relacionados, de modo que uno no puede entenderse sin el otro. Sin embargo, es posible enfatizar uno en detrimento del otro, obteniéndose de esta manera dos fundamentaciones posibles de las formas del Estado: con base predominante en el concepto de libertad o con base predominante en el concepto de igualdad.

Nuevamente Kelsen es el autor que con mayor precisión enfrenta el problema, aportando un conjunto de ideas con las que pretende esclarecer, en verdad, la problemática en torno al principio mayoritario.

Para Kelsen, la fundamentación conceptual de la democracia se encuentra en el concepto de la libertad, entendido en su dimensión política.

> La idea o ideal que ha servido desde antiguo para clasificar las formas estatales, es la libertad. Es el contrapunto de toda especulación social, a pesar de que lo social es, por naturaleza, unión y vinculación y, en consecuencia, negación de la libertad. La naturaleza se rebela contra la sociedad, contra la coacción consiguiente a todo orden social, contra el tormento de la heteronomía y pide libertad. La carga de la voluntad ajena, impuesta por el orden social, se hace tanto más insoportable cuanto de modo más inmediato se manifiesta en el hombre el sentimiento primario de su propio valor, cuanto más elemental es el impulso que mueve al súbdito contra el que le manda: si es un hombre como yo, yo soy su igual: ¿dónde está su Derecho a mandarme? De este modo, la idea negativa de la igualdad se pone al servicio de la idea, igualmente negativa, de la libertad.[24]

[24] Kelsen (TGE. p. 409). Entre los griegos, en la época clásica de Atenas, los conceptos de libertad e igualdad constituían el fundamento de su orden político y social. La dignidad y la confianza que los atenienses mostraban en sus tratos privados y en sus relaciones internacionales, derivaban de la conciencia que tenían de su propio valer y del hecho fundamental de que los ciudadanos se consideraban a sí mismos como sujetos que gozaban de libertad. En la Oración Fúnebre de Pericles, tal como la reconstruyó Tucídides, podemos leer: «En nuestras relaciones con el Estado vivimos como ciudadanos libres y, del mismo modo, en lo tocante a las mutuas sospechas propias del trato cotidiano, nosotros no sentimos irritación contra nuestro vecino si hace algo que le gusta y no le dirigimos miradas de reproche, que no suponen un perjuicio, pero resultan dolorosas». (Tucídides, II, 37-2) Platón, un enemigo declarado de la democracia, en la República dice que en la democracia la ciudad esta llena de *eleutheria* (libertad) y libertad de palabra y a cada cual le está permitido hacer lo que le plazca…y cada hom-

Esta idea negativa de la libertad, como ausencia de todo vínculo social y de toda heteronomía, se convierte, mediante un cambio de significado, en el fundamento del orden social y, en especial, del estatal. Se intenta fundamentar la heteronomía con base en el principio que originalmente se le contrapone. La libertad puramente negativa tiene que operar dentro del ámbito social, por lo que tiene que llevar a cabo una función que originalmente, no sólo le era ajena, sino contrapuesta.

> Ahora bien, si ésta (la libertad) se resuelve en un cálculo de lo social (incluso lo estatal) por ella negado, débese a un cambio de significado; la libertad deja de ser negación de lo social (y, en particular del Estado) y se convierte en una forma específica que representa, en unión de su antítesis dialéctica, todas las formas posibles de Estado y Sociedad, democracia y autocracia.[25]

Se trata de hacer compatible el concepto de la libertad con el concepto de lo social, lo cual es una empresa casi imposible de lograr, pues se trata

---

bre puede planear su vida como quiera. (*Rep.* 557b) Aristóteles dice: «El fundamento básico del sistema democrático es la libertad (pues esto suelen decir, en la idea de que sólo en este régimen se participa de la libertad, pues éste es, como dicen, el objetivo al que tiende la democracia) Una característica de la libertad es gobernar y ser gobernado por turno… Otra característica es vivir como se quiere; pues dicen que esto es obra de la libertad, si precisamente es propio del esclavo vivir como no quiere». (*Pol.* 1317b) Morgens H. Hansen ha encontrado siete usos del nombre *eleutheria* y del adjetivo *eleutheros* en las fuentes clásicas que describen a la Atenas democrática:

1. *Eleutheros* es usado de la manera más común como opuesto a esclavo, concordando con Aristóteles.
2. *Eleutheria* es invocada frecuentemente como un ideal democrático para contrastarla con la tiranía. Hay una invasión de este sentido con el anterior, pues se ha considerado que vivir bajo una tiranía es vivir como esclavo.
3. *Eleutheros* es un adjetivo que se usa para referirse a los ciudadanos, que han nacido libres en Atenas.
4. También se ha usado para indicar el hecho de participar en las instituciones democráticas, no sólo en la Asamblea, sino poder ser electo en las magistraturas.
5. El ideal democrático de la libertad exige que todos tienen el Derecho de vivir como les plazca , sin ser oprimidos por otras personas o por las autoridades,
6. «Next, *eleutheros* is often used in the sense of *authonomos* as against being dominated by others».
7. También es usado el adjetivo para referirse al autocontrol, a la propia mesura. Hansen. (AAML pp. 93-94)

Como puede verse, el concepto de libertad está en contraposición con el concepto de dominio de otro, de sometimiento a la voluntad ajena, tanto en el ámbito público como en el privado. Por tanto, la libertad se encuentra, como concepto, enlazada al concepto del poder del dominio. Es en este sentido clásico que debe comprenderse el concepto de la democracia, como una forma de organización del poder y comprenderla desde este punto de vista. Esto nos conduce a establecer un concepto puramente descriptivo de ella, haciendo a un lado toda concepción que no sea una elaboración del poder y de su contraposición. Los procesos democráticos son procesos de poder, de dominio, de creación de normas obligatorias y coactivas para los súbditos.)

[25] Kelsen (TGE. pp. 409-10).

de conjuntar en una unidad conceptos que en su origen son contradictorios y, por tanto, incompatibles. Sin embargo, en el caso de que se establezca esta compatibilidad entre la libertad y lo social, que es por esencia la negación de aquélla, entonces se puede convertir en el fundamento de todas las formas fundamentales de la Sociedad y el Estado. La libertad natural se convierte en libertad social y política. ¿Cómo se consigue esto?

> Si la Sociedad y el Estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio para la conducta recíproca de los hombres y, por consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos. Así, la libertad natural se convierte en libertad social o política. Es políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena. Con esto queda planteada la principal diferencia entre las formas de Estado y de la Sociedad.[26]

Esta es la transformación que sufre el concepto de libertad para convertirse en el fundamento de nuestras ideas de la democracia. Quizá el teórico más consecuente es Rousseau, quien no duda en sacar las conclusiones de su planteamiento fundamental, todo lo cual queda expresado en el siguiente párrafo de Kelsen:

> Rousseau, tal vez el primer teórico de la democracia, plantea la cuestión relativa al Estado ideal, que es para él el problema de la democracia, en estos términos: «¿Cómo podría encontrarse una forma de sociedad que defienda y proteja a cada uno de sus miembros, y en la cual cada uno, aun uniéndose a los demás, sólo se obedezca a sí mismo y mantenga, por consiguiente, su libertad anterior?» La gran importancia que para él tiene la libertad como base y eje de su sistema político, está manifestada por sus críticas contra el principio parlamentario en Inglaterra. «El pueblo inglés se cree libre, pero se engaña extraordinariamente, pues lo es sólo al elegir a sus diputados; una vez elegidos, vuelve a la servidumbre y queda anulado». Rousseau, como es sabido, deduce esta consecuencia de lo indirecto de la democracia. Aun cuando la voluntad imperante en el Estado se ha constituido por decisión inmediata del pueblo, el individuo sólo ha resultado libre en un momento: el de la votación, y esto suponiendo que haya votado con la mayoría y no con la minoría derrotada. [27]

Esta es la consecuencia lógica de la aceptación del principio de la libertad como fundamento de la democracia. Este mismo principio debería operar congruentemente en todo momento de la existencia del Estado, pues se desea conservar la libertad siempre en todo régimen. Pero esto no es posible y debe abandonarse el postulado de la libertad si se quiere explicar la validez y existencia objetiva del Estado y del orden jurídico. Este no podría existir si se requiriera la voluntad constante y perpetua de los sujetos sometidos al mismo y, además, con el principio de la unanimidad.

---

[26] Kelsen (EVD. pp. 16-7).

[27] Kelsen (EVD. pp. 18-19; FD. p. 234 y ss).

> Ahora bien, dada la comprobada diversidad de los intereses, (la unanimidad) es esto tan difícil en la vida práctica del Estado, que incluso un apóstol de la libertad, como lo era Rousseau, sólo exigía la unanimidad para el contrato social constitutivo del Estado. Esta restricción del principio de la unanimidad al acto hipotético de la creación del Estado no se explica solamente por razones de oportunidad, como suele suponerse. Del principio de la unanimidad, derivado de la aspiración hacia la libertad, para la celebración del contrato social, resultaría en rigor que también el mantenimiento de éste dependería del asentimiento constante de todos, y, por consiguiente, que todos estarían autorizados para separarse de la comunidad y sustraerse a la vigencia del orden social mediante la negación de éste. En ello se manifiesta claramente el conflicto insoluble entre la idea de la libertad individual y la de un orden social, el cual en su esencia íntima sólo es posible en un régimen que, al fin y al cabo, no depende de la voluntad de los sujetos a él.[28]

El orden social debe mantenerse. Entonces, el principio de unanimidad debe ser sustituido por el de mayoría.[29] Esto no es satisfactorio, conforme al planteamiento inicial, pues la minoría no resultaría obligada por la norma creada por la mayoría, dado que no ha otorgado su consentimiento a ello. Ahora bien, urge preguntarse ¿cómo puede justificarse el principio de mayoría absoluta con base en el concepto de libertad? Kelsen intenta la fundamentación de tal principio con un razonamiento muy ingenioso: no se respeta el principio de libertad cuando se acepta la mayoría absoluta, pues por lo menos el 49% de la población no está de acuerdo con la norma o conjunto de normas aprobado, pues han votado en contra. Estos sujetos que forman el 49% no son libres en el sentido que hemos explicitado. Entonces, entran en operación otras reflexiones, que hacen plausible el principio de mayoría. Partamos de los supuestos siguientes: 1. todos los votos valen igual (principio de igualdad) y 2. existe por necesidad una minoría. Si se exigiera normativamente la unanimidad, tendría que afirmarse que lo que existe es una tiranía o despotismo, si se quiere de carácter negativo, del disidente. Basta que uno no quiera, que se oponga, que diga «no», para que todos los demás, 99%, no puedan realizar o llevar a cabo su voluntad. El único «libre» sería el disidente, pues su voluntad es coincidente con la voluntad estatal: no se ha creado un **ON** con un cierto contenido, contenido que los demás sí quieren, excepto él. La exigencia de la unanimidad destruye totalmente la democracia y crea su antípoda: la tiranía o el despotismo. Si todos votan favorablemente, todos son libres. Basta que uno vote en contra, para que sólo ese sea libre y todos los demás estarán sometidos a la voluntad del disidente.

Pensemos ahora en la situación que se presenta en el caso de que se exija una mayoría calificada del 75%. La minoría es 25. Para que esta minoría

---

[28] Kelsen (EVD. p. 20).

[29] Cf. Kelsen (FD. pp. 235-7).

sea libre, para que haya coincidencia entre su voluntad y la norma estatal, necesitan realizar una actividad prodigiosamente intensa, pues esos 25 deberán convencer a 50, para convertirse en mayoría y lograr la coincidencia de voluntades individuales y estatal. Tanto más difícil es esto, si se considera que a los 50 que tienen que convencer han formado una mayoría opuesta a sus voluntades. Cada uno de los 25 debe convencer a 2 de los contrarios.

Con la mayoría absoluta encontramos una situación completamente distinta: la minoría de 49 sólo tiene que convencer a 2 de la mayoría, para convertirse a su vez en mayoría, lo cual es fácil y probable de conseguir. Por lo tanto, la minoría puede fácilmente ser libre, la probabilidad es alta, toda vez que casi siempre es posible encontrar alguna divergencia en las opiniones mayoritarias, que a algunos inclinarían a adoptar las posturas que postula la minoría. Creo que las anteriores explicaciones permiten comprender el siguiente párrafo de Kelsen:

> Pero aun quien vota con la mayoría no se somete sólo a su propia voluntad. Esto se experimenta cuando se modifica esta voluntad. Tal modificación carece de todo valor jurídico; y entonces surge con toda claridad la «voluntad ajena», la validez del orden a que se está sometido. Para que el individuo fuese de nuevo libre, tendría que encontrar una mayoría que estuviese de acuerdo en cambiar nuevamente su voluntad. Y esta concordancia entre la voluntad individual y la del Estado es tanto más difícil, y tanto menor la garantía de la libertad individual, cuanto más calificada es la mayoría requerida para modificar la voluntad estatal existente.[30]

Con la mayoría absoluta la política tiende a convertirse en una política de compromiso. Esto es cierto, pero debe reconocerse que estas consideraciones ya no son una aplicación estricta del principio de libertad.

9. La igualdad como fundamento conceptual reconstructivo de la democracia y el principio de mayoría: una métrica del poder para resolver los conflictos.

Vimos más arriba que el concepto de libertad funciona como el contrapunto de toda especulación social, a la manera como el estado de naturaleza se postula con objeto de poder construir, con el contrato social, el concepto de los social y lo estatal. Estrechamente unido al concepto de libertad, es más, indisolublemente conectado con él, se encuentra el concepto de la igualdad, de manera que uno y otro no pueden ser aplicados a la realidad social separadamente, pues el concepto de la libertad entraña el de la igualdad y viceversa, para la comprensión del orden jurídico democrático. Esto es fácilmente comprensible con sólo hacer la siguiente reflexión: si los

[30] Kelsen (TGE. p. 411).

hombres son libres en la medida en que no se encuentran sometidos a la voluntad de ningún otro hombre, entonces son iguales en ese respecto, debido a que no puede predicarse de ningún hombre que se encuentra en una relación de superioridad normativa respecto de cualquier otro. Si todos son libres, entonces son igualmente libres. Y también a la inversa: si todos los hombres son iguales, ninguno se encuentra sometido normativamente a otro hombre y, por lo tanto, son libres. Aunque ambos conceptos se coimplican, con el objeto de fundamentar a la democracia puede enfatizarse uno a costa del otro, obteniéndose con ello una fundamentación diferente

El concepto de la igualdad es rechazado generalmente como fundamento de la democracia y del principio de mayorías que le es característico. Ya hemos visto cómo el principio de las mayorías es deducido o derivado del concepto de libertad política. Kelsen rechaza que pueda derivarse el principio de mayorías del concepto de la igualdad política. Dice:

> De esta idea (de la libertad) ha de derivarse el principio de mayorías, y no de la de igualdad, como suele hacerse. Sin duda, el supuesto del principio mayoritario es la igualdad de las voluntades humanas. Pero esta «igualdad» no es más que una imagen, no puede significar el que todas las voluntades y personalidades humanas puedan efectivamente medirse y adicionarse. Sería imposible justificar el principio de mayorías diciendo que muchos votos «pesan más» que pocos. De la presunción puramente negativa de que ninguna voluntad vale más que la otra, no puede seguirse positivamente que deba valer la voluntad de la mayoría. Si el principio mayoritario deriva exclusivamente de la idea de igualdad, tiene un carácter mecánico y falta de sentido, como le reprochan los partidarios de la autocracia. Sería la fórmula decente del hecho brutal de que los más son más fuertes que los menos; y el principio de que el poder precede al Derecho, no quedaría superado sino convirtiéndolo en proposición jurídica.[31]

A pesar de esta opinión, es posible derivar el principio de mayorías del concepto de igualdad política. Es más, la derivación hecha por Kelsen a partir del concepto de la libertad me parece artificial y de ninguna manera convincente. La minoría es muy grande en la votación por mayoría absoluta, por lo que un número considerable, casi igual al de la mayoría, se encuentra en el partido opositor, lo que contradice el principio de que el mayor número de sujetos debe ser libre. El 49% no es libre en el sistema mayoritario, pues el concepto de libertad en Kelsen tiene un carácter material subjetivista: soy libre si participo en el proceso de formación de la voluntad estatal (ley) y esta tiene un contenido coincidente con el contenido de mi voluntad. Soy libre si hay coincidencia entre mi voluntad y el orden social.

Aunque pueda ser calificada de «chocante» la derivación del principio de mayorías del concepto de la igualdad y se le considere una manifestación

[31] Kelsen (TGE. p. 412).

«decente» de un «hecho brutal», creo que es el camino que debe seguirse para comprender a la democracia.

Si contrariamente a lo que acontecía en Grecia y Roma, el mundo moderno postula la autonomía del individuo, entonces el concepto exagerado del propio valor individual reclama y exige que toda resolución social, vinculante para un grupo de personas, sea aprobado por el individuo que se va a encontrar sometido a la decisión correspondiente. Esta idea llevada a sus conclusiones más consecuentes destruye su propia función, pues es incapaz de fundar conceptualmente la existencia del mundo social. Ella presupone que sólo se puede obligar *autónomamente* a los sujetos, es decir, que la obligación es una restricción autoimpuesta por el propio sujeto a las posibles conductas. El fundamento de la obligación social se encuentra en el consentimiento de los sujetos que van a estar obligados por las decisiones sociales. Lo social se atomiza en la suma de las voluntades individuales y los conjuntos se disuelven en los elementos que lo integran. Si la decisión social es obligatoria para los miembros de la comunidad, entonces, bajo estos supuestos, solamente se actualiza dicha obligación en la medida que se encuentre vinculada a la aquiescencia de los miembros de la misma. Como el fundamento de la obligación está en la propia voluntad, estoy obligado en la medida en que así lo quiero. Si por cualquier eventualidad la voluntad no se inclina ante la exigencia social, ésta pierde o no alcanza a tener esa dimensión restrictiva obligatoria. De esta manera no puede fundarse el orden social y, menos aún, el principio de mayoría. Es el camino que sigue el concepto de la libertad, el que debería conducir al principio de unanimidad que, como se ha demostrado, resulta en el dominio negativo del disidente, en tanto que la mayoría, incluso del 99%, no podría establecer el orden social con un cierto contenido, si hubiera un solo sujeto que no estuviera de acuerdo.

Los conceptos que deben utilizarse para fundamentar la reconstrucción conceptual de la democracia con base en el principio de igualdad, son los siguientes:

1. La igualdad de los participantes en la votación.
2. Determinación de las fuerzas reales en el plano representativo.
3. Una métrica de las fuerzas (del poder) y de la lucha a través del computo de los votos.
4. La anticipación simbólica de los posibles resultados de una lucha real.
5. La finalidad de la votación mayoritaria es evitar la confrontación violenta por medio de la lucha.[32]

[32] Me encontré en la Sociología de Simmel un párrafo que contiene tesis idénticas a las que se consignan en este trabajo, el que vale la pena transcribir por su precisión y exactitud. Debo confesar que acomodé mi terminología a la de Simmel.

9.1. La igualdad de los participantes en la votación

Una observación previa: el principio de igualdad que se presupone en las votaciones democráticas tiene una función específica y única: es el fundamento conceptual necesario para establecer la métrica de las fuerzas y del poder de los diversos grupos o partidos que participan en la democracia. Además, con base en nuestro apego al principio de la neutralidad valorativa, el principio de la igualdad no contiene valoración alguna. Sólo opera dentro del ámbito de la democracia, para hacer posible la medición del poder y de las fuerzas de los grupos o partidos participantes

Desde siempre se ha afirmado que los miembros de un cuerpo colegiado que participan en la toma de decisiones de acuerdo con el principio de la mayoría deben ser considerados, para los efectos de la votación, como iguales, de manera que el voto de cada individuo tenga un valor igual al voto de cualquier otro individuo. Este es un presupuesto imprescindible para el correcto funcionamiento plenamente democrático de una asamblea deliberativa y decisoria. En el caso de que este requisito no se cumpliera, la función de la votación sería impedida y se daría lugar a la predominancia de cualquier miembro de ella al que se le adscribiera mayor valor.

Esta igualdad no es un postulado arbitrario, pues no sería válida la afirmación de que la igualdad presupuesta en la votación es absolutamente ficticia, irreal, pues en la vida diaria de los hombres y en sus relaciones sociales los hombres no son iguales y, es más, no pueden ser iguales. Por ello, se podría afirmar, el procedimiento y la votación mayoritaria es un *constructo* artificial para favorecer, en términos de la filosofía nietzscheana, de Calicles o de Critias, a los súbditos, a los débiles, para debilitar a los fuertes e imponerse a ellos, utilizando como medios los característicos de esta clase de gentes, la mentira y las ficciones idealizadoras. En verdad, el procedimiento democrático de la votación mayoritaria es una ficción, pero no es una ficción arbitraria, es una idealización, de profundas consecuencias sociales,

---

«Aunque, o más bien, porque en una votación los individuos valen igual, la mayoría - lo mismo si se trata de votación propia que de votación por representantes - tendría fuerza física suficiente para forzar a la minoría. La votación entonces tiene por finalidad el evitar que se llegue a una efectiva medición de las fuerzas, anticipando en el escrutinio su resultado eventual, para que la minoría pueda convencerse de la ineficacia de una resistencia efectiva. En el grupo total encuéntranse, por tanto, frente a frente, dos partidos, o, por decirlo así, dos sub-grupos, entre los cuales decide la fuerza, medida en este caso por los votos. La votación presta entonces el mismo servicio metódico que las negociaciones diplomáticas, o de otro orden, entre los partidos que quieren evitar la ultima ratio de la lucha. En último término, el individuo, en este caso, no cede (salvando algunas excepciones) sino cuando el adversario le demuestra claramente que si llegara a una lucha perdería, por lo menos, tanto como quiere ganar. La votación, como las negociaciones, proyecta las fuerzas reales y su cómputo en un plano espiritual; es la anticipación simbólica del resultado que habrían de tener la lucha y pugnas concretas». Simmel (S. pp. 190-191).

demasiado reales para descalificarlas con un simple gesto de desdén. En el próximo apartado se verá cuál es esta función. Lo que importa en este lugar es determinar la validez de la ficción, de la idealización de la igualdad. Como veremos más adelante, la democracia establece una métrica del poder y esta métrica sólo es posible si se consideran unidades del mismo tipo, *i.e.,* iguales.

9.2. Determinación de las fuerzas reales en el plano representativo

La democracia es un constructo social, una institución, cuya función principal es la proyección de las fuerzas reales a un plano superior, simbólico de carácter social. Tenemos tres planos: uno real de los acontecimientos, otro de carácter contrafáctico y otro distinto, también real, de carácter simbólico o representativo, que se refiere al primero. Podemos llamarlos, respectivamente *plano real, plano contrafáctico* y *plano representativo*. El primero está constituido por una serie de acontecimientos reales, que se ha construido en el curso de la historia de un hombre o de un pueblo y que consiste en los intereses y los conflictos reales que existen en el grupo social. El plano representativo tiene una referencia al plano real: se refiere a él, en el sentido de que está por él, lo sustituye. El plano contrafáctico sería aquel que se presentaría en el caso de que el plano representativo fallara en el cumplimiento de sus funciones sociales. Esto merece una aclaración breve.[33] La conceptuación del juego hecha por G. Bateson tiene grandes similitudes con los conceptos que se expondrán a continuación.

---

[33] Hay un concepto muy interesante que introduce Goffman en FA para la comprensión de la conducta humana: es el de «llave» o «clave» (Key). Para introducirlo señala algunas observaciones de G. Bateson sobre el juego de los animales. Las acciones que conforman al juego están realizadas mediante la aplicación de una transformación especial a la que llama «clave» o que podríamos llamar «código». Las acciones del juego son el resultado de una «codificación», de una transformación de la conducta original a la cual se refieren.

«Rather, this play activity is closely patterned after something that already has a meaning in its own terms –in this case fighting, a well-known type of guided doing. Real fighting here serves as a model, a detailed pattern to follow, a foundation for form. Just as obviously, the pattern for fighting is not followed fully, but rather is systematically altered in certain respects. Bitinglike behavior occurs, but no one is seriously bitten. In brief, there is a transcription or transposition –a *transformation* in the geometrical, not the Chomskyan, sense– of a strip of fighting behavior into a strip of play». (p. 41)

Lo que importa destacar de estas observaciones de Goffman, obtenidas de Bateson, son varios hechos, entre muchos otros que pueden obtenerse:

a. Hay una serie de conductas que no existen aisladas, que no son autónomas, sino que son el producto de una transformación de otra serie de conductas; éstas son el modelo de aquéllas. Podemos llamarlas conductas-modelo y conductas-transformadas.
b. La secuencia de actividades que constituyen las conductas-modelo no son seguidas fielmente ni de manera completa por la serie de conductas-transformadas.
c. La función de las conductas-modelo puede ser distinta e incluso opuesta a la función de las conductas-transformadas.

Lo que puede crear alguna dificultad es la expresión de que el plano representativo se refiere al plano real y al plano contrafáctico. Es más exacto decir que el plano representativo sustituye, o está por estos dos últimos planos. El plano representativo es también real, pero tiene una función distinta: es el plano institucional de la democracia tal como la hemos descrito. El plano real y el contrafáctico se retiran a un trasfondo y sólo aparecen y se manejan dentro del plano representativo. En esto, somos constructivistas. No podemos colocar nuestros pies en el plano real, como si éste estuviera dado. Esta expresión «dado» hay que utilizarla, para rechazar su sentido. Algo ajeno al plano representativo no se puede dar en el ámbito social, pues es precisamente este plano representativo el que constituye o crea la realidad social; la invasión del plano real al plano representativo es algo que no puede ser afirmado. El plano real sólo puede romper y destruir el plano representativo, no actuar dentro de él. El plano representativo sólo se mueve dentro del plano representativo y nunca pasa al plano real, so pena de ya no ser plano representativo. El ciervo europeo sustituye el ataque y la lucha real, en la que ambos contrincantes pueden resultar seriamente lesionados, por una competencia de fuerza consistente en una carrera junto al enemigo,

---

d. Puede acontecer que las conductas-transformadas tengan como función la exclusión en el mundo real de las conductas-modelo.

e. La regla de transformación puede establecer una métrica específica de las conductas-modelo o de las situaciones en las que éstas se producen.

Hay muchas otras características que pueden encontrarse en los juegos y otras series de conductas-tranformadas, las que no se expondrán en este lugar, por no ser pertinentes para las finalidades del presente ensayo. Hay una clave muy importante para reconocer cuando se concibe un proceso como una serie de conductas-transformadas: es la utilización de metáforas que se utilizan en la descripción de las conductas-modelo.

[34] En el siguiente párrafo de Lorenz puede verse la formación filogenética de un ritual semejante en el que encontramos la misma proyección de la que habl;amos en el texto de este ensayo: «Otra forma de amenaza se formó en muchos teleósteos y peces del género perca a partir de una embestida de frente frenada por el miedo. Los dos peces enfrentados se acercan lentamente el uno al otro, con el cuerpo preparado en forma de S, y enroscado como un resorte, listos para atacar. Por lo general abren al mismo tiempo los opérculos de las branquias o hinchan la membrana de éstas, lo cual corresponde al despliegue de las aletas en la amenaza de flanco, ya que también hace aparecer ante al adversario una gran corpulencia. Durante la amenaza frontal, sucede a veces que muchos peces tratan al mismo tiempo de apresar entre sus dientes la boca que les presenta el adversario; y de acuerdo con la situación conflictiva qque da origen a la amenaza frontal, no se atacan decidida y furiosamente, en embestida o como lanzándose al abordaje, sino que siempre el encuentro es tímido y cohibido. Esta «lucha con la boca», se ha transformado en algunas familias, como la de los peces laberinto, que son parientes lejanos de las percas, y en los cíclidos, que son sus mejores prototipos, en pautas agonísticas ritualizadas en extremo interesantes. En ellas los rivales «miden» literalmente sus fuerzas sin hacerse daño. Estos campeones tienen las mandíbulas protegidas por una gruesa capa de cuero, difícil de atravesar, y tiran con todas sus fuerzas cada quien de las mandíbulas del otro. Así se desarrolla un forcejeo muy parecido al Hosenwrangeln, deporte de los antiguos

hasta el momento que uno de los beligerantes, por cansancio, desiste.[34] El ciervo europeo cuando corre y camina con el ciervo con el que está en estado de beligerancia actúa en el plano representativo, toda vez que la carrera es la conducta recíproca que está por el combate real, lo sustituye. Si en un momento determinado, el ciervo deja de correr y empieza a atacar con los cuernos a su contrincante, el plano representativo ha sido destruido, hecho a un lado y se ha caído en el ataque inmisericorde: se ha colapsado el plano contrafáctico en el plano real, lo que quiere decir, que la situación de conflicto ha llegado a tal extremo de tensión que en vez de operar en el plano representativo se está actuando en el plano en el que se ha colapsado el plano contrafáctico. Esto quiere decir, que el conflicto ha desembocado en un combate real, que era el que se intenta evitar operando en el plano representativo. Ya no hay función representativa, sólo conductas reales.

La determinación de las fuerzas operantes en el plano real hecha en el plano representativo es una correspondencia específica de los dos planos mencionados. No hay adecuación alguna a una realidad dada, sino cuando mucho un cierto isomorfismo entre el plano representativo y los planos real y contrafáctico, creados como referencias del plano representativo. Éste no es idéntico al plano real, menos al contrafáctico; los construye. Una vez que se ha creado el plano representativo debe seguir operándose dentro de él y las consecuencias o configuraciones que se obtengan en él, serán consideradas por los sujetos involucrados como consecuencias que podrían producirse en caso de que se colapsara el plano contrafáctico en el plano real. Se maneja la realidad dentro del ámbito del plano representativo y hay un ir y venir, más o menos isomorfo, entre ambos planos. Ejemplo: una votación popular se encuentra en el plano representativo y construye una mayoría so-

---

campesinos suizos, que podían durar horas enteras jalándose de los pantalones cuando ambos justadores eran de fuerza igual. Y entre los cíclidos Aequidens latifrons, de un hermoso color azul, una vez registramos un forcejeo de este tipo, entre dos individuos de fuerza bastante igual, que duró desde las ocho y media de la mañana hasta las dos y media de la tarde.

Este «jaloneo de boca», que en algunas especies es más bien «estrujamiento», porque los peces se empujan en lugar de tirar uno del otro, procede, a mayor o menor distancia en el tiempo según la especie, del primitivo combate en serio. Entonces los peces se tratan sin ninguna inhibición e intentan penetrar en el flnaco no protegido del adversario y herirle lo más profundamente que puedan. El ceremonial del duelo ritualizado, de la amenaza sin hacerse daño, seguido por el forcejeo destinado a medir las fuerzas era, pues, primitivamente el preludio al combate asesino destinado a hacer daño. Pero un preludio tan minucioso tiene un papel extraordinariamente importante que desempeñar, puesto que proporciona al rival poco fuerte la ocasión de dejar la palestra si ve a tiempo que no tiene esperanzas de triunfar. De este modo se realiza la función (conservadora de la especie) del encuentro entre dos rivales, que es la selección del más fuerte, sin necesidad de que haya ningún muerto, ni siquiera heridos. Solamente en el caso de que los dos campeones sean de fuerza exactamente igual ha de lograrse la decisión derramando sangre.» Lorenz (SLA. pp. 127-8).

cial, una fuerza social, respecto de la cual no existe realidad dada con la cual contrastarla. La votación crea la fuerza social correspondiente. No sabemos si uno de los ciervos beligerantes va a ganar en una pelea real, pero en el plano representativo ritual se ha constituido o creado al vencedor, como el más fuerte.

9.3. Una métrica de las fuerzas (del poder) y de la lucha a través del cómputo de los votos

El plano representativo está estructurado de tal manera que se ha establecido una métrica de la lucha y de las fuerzas que operan en el plano real de la vida social. Es cierto, se pueden contar los elementos importantes en el plano real que pudieran tener significación en el caso de un combate concreto; en el caso de los ciervos, el número posible de golpes asestados al enemigo con sus cuernos, la magnitud probable de las heridas inferidas y la gravedad de las mismas por el daño a los tejidos involucrados. Esto no podría establecerlo el ciervo, pero en el plano representativo tiene un elemento que puede experimentar con toda claridad, que indirectamente representa el resultado posible de la lucha. Si por cansancio deja de correr, mientras que el ciervo contrincante continúa la carrera, ese es un signo socialmente constituido de la mayor potencia del contrincante. El plano representativo establece una métrica específica de ciertos elementos relevantes del plano real: en la lucha, la capacidad de inferir heridas o la muerte, es decir, el poder de imponer la propia voluntad al adversario por medio del uso de la violencia física.

En el ámbito social humano, como los bienes son escasos y los conflictos son interminables, la democracia con sus procedimientos de votación ha establecido una métrica de la relativa fuerza o poder de los partidos en pugna. La pluralidad de intereses y posiciones sobre temas de importancia para el grupo social, que con facilidad puede conducir a los conflictos armados y a la lucha real y concreta, con sus consecuentes peligros e inconveniencias, hace necesario que se establezca un procedimiento que determine y construya socialmente la fuerza de cada uno de los partidos en pugna, bajo el supuesto que todos los participantes sean iguales, pues de lo contrario la métrica no es posible conceptualmente. Con ello, existe a disposición del grupo social un método específico, manejable al arbitrio de los participantes, para determinar cuál de los grupos o partidos en pugna saldría vencedor en el supuesto contrafáctico de que se llevara a cabo la lucha por la realización de los intereses que cada grupo o partido propugna. Es un método para determinar el grado de poder que cada partido en pugna pudiera ejercer. La votación mayoritaria favorable a un partido determina que es más fuerte, que tiene más poder y que, por lo tanto, momentáneamente pue-

de imponer su voluntad, en forma de emisión de normas, en general, y leyes, en particular, a la totalidad del grupo que domina. Este es el sentido del principio de mayorías: proporciona el criterio y una métrica del poder.

9.4. La anticipación simbólica de los posibles resultados de una lucha real

En los asuntos humanos, se ha encontrado una métrica determinada, bajo el supuesto de la igualdad de los participantes en la contienda: se cuenta el número de votos y, con ello, se determina la fuerza del contrincante y el posible resultado de una lucha podría desencadenarse por el conflicto. Más votos son, aunque parezca una verdad de perogrullo, una cantidad mayor de votos. La regla de tener por aprobado una decisión determinada con un contenido específico por haberse alcanzado la mayoría, es la representación, en el plano representativo, de la situación que prevalecería en el caso de un conflicto real cuyo resultado sería el contenido de la decisión realizado en el plano real. La operancia de los elementos en el plano representativo y las configuraciones que se obtengan dentro de él, reflejan en el éste plano lo que podría acontecer en el plano real en el caso que la acción ahí se verificara. El plano representativo se refiere al plano contrafáctico: si las cosas se llevaran al plano real, lo que no es cierto, acontecería en él, exactamente lo correspondiente a lo que ha acontecido con los elementos del plano representativo. Las configuraciones que se obtienen o se construyen en el plano representativo se refieren a los elementos respectivos en el plano real, el cual tendría la misma configuración de elementos dentro de él, que el que tienen los del plano representativo.

9.5. La finalidad de la votación mayoritaria es la evitación de la confrontación violenta por medio de la lucha

El plano representativo funciona a la manera de un mapa: sustituye al plano real, se refiere a él y contiene los elementos necesarios para identificar sus características relevantes y que interesan políticamente. La operancia en el plano real es sumamente peligrosa, máxime tratándose de conflictos y luchas. En vez de enterrarse los cuernos en la carne, que puede llevar a la muerte, se puede operar en el plano representativo y anticipar lo que probablemente acontecería en el plano real en caso de que se colapsara el plano contrafáctico en el plano real.

Cuando el matemático establece las funciones que operan entre ciertas magnitudes, es capaz de determinar cuáles serán las magnitudes que se obtendrían en el caso de que una de ellas variara. El matemático sólo opera en el plano de la matemática y no en el plano de la realidad. Sin embargo, existe un isomorfismo entre sus operaciones y los desarrollos de los sucesos a

los que se refieren las magnitudes. Los resultados que se obtienen de resolver sus ecuaciones diferenciales se encuentran relacionados a los sucesos a los que se refieren esas magnitudes, ya sean posiciones, momentos temporales, trechos, volúmenes y cualquier elemento que tenga una magnitud intensiva. No puede decirse que el plano representativo reproduzca con exactitud las operaciones y relaciones entre los elementos en el plano real o del contrafáctico, pero si permite obtener magnitudes que se refieren a circunstancias externas como resultado del proceso. Es claro que las argumentaciones no son golpes y que los votos no son balazos, pero la mayoría indica con estas palabras el posible triunfo en una contienda de los partidos que han sido representados en las Cámaras. La finalidad de todo esto, es evitar la guerra, el combate, la lucha, con todos los costos que esto implica.

El plano representativo es un modelo posible del plano contrafáctico considerado contrafácticamente, un modelo que reduce la complejidad de éste, puesto que sólo opera con algunos elementos que se han determinado como importantes del plano real. Ha decidido operar con un conjunto limitado de elementos que se encuentran en el plano real de referencia y a esos elementos les ha dado existencia y dimensión dentro del plano representativo con sus propios medios y sus propias reglas de operación.

La democracia supone la construcción de un modelo minúsculo de la sociedad en su conjunto y la sustitución de las guerras y las luchas en ésta por la argumentación y la oposición argumentativa en aquélla.[35]

Cuando en el plano representativo se ha obtenido una mayoría de votos, ya sea en las elecciones o en el proceso parlamentario, esto significa que se ha hecho una medición de las fuerzas respectivas de los partidos y se ha considerado aceptar la imposición, si se quiere transitoria, de la posición política sustentada por el partido mayoritario. Es el signo de lo que acontecería en el caso de que el plano contrafáctico se llevara a la realidad: si se realizara una lucha violenta.

Dice Clausewitz, el clásico autor sobre la guerra:

> Vemos, por lo tanto, que la guerra no es simplemente un acto político, sino un verdadero instrumento político, *una continuación de la actividad política, una realización de la misma por otros medios*.[36]

---

[35] Nuestro lenguaje, que refleja una concepción social válida, lo refleja en la metáfora «LA ARGUMENTACIÓN ES UNA GUERRA». Lakoff y Johnson, en MVC, presentan esta metáfora con estos ejemplos: Tus afirmaciones son *indefendibles* / *Atacó todos los puntos débiles* de mi argumento / Sus críticas dieron *justo en el blanco* / *Destruí* su argumento / Nunca *le he vencido* en una discusión / ¿No estás de acuerdo? Vale, ¡*dispara!* / Si usas esa *estrategia*, te *aniquilará.*

[36] Clausewitz (G. p. 24).

Esto es relativamente cierto. Pero quizá debiéramos invertir el concepto, para establecer una equivalencia: *la actividad política es una continuación de la guerra, una realización de la misma por otros medios.*[37]

Si esto es cierto, entonces, podemos establecer una relación de equivalencia entre la guerra y la política, de manera que donde existe una guerra encontramos a la política y toda política se explica por la guerra que entraña. Esto ya lo había visto Weber. Todo poder –y la política es ejercicio de obtener y mantener el poder o el dominio– genera beligerancia, oposición y es, por tanto, una guerra entre el poderoso y los sometidos o dominados.[38] El poderoso establece cargas a los dominados, los obliga, los condiciona a ciertas conducta que espontáneamente no realizarían y, por ello, existe en éstos la tendencia a desobedecer, a desconocer al poderoso, a incumplir, a decir «no». Sólo que la política no utiliza con exclusividad el medio de la violencia, sino sólo en último extremo, cuando se rompe el ritual político e institucional de la democracia.

El dominado es el adversario, el que pugna contra el dominante, el enemigo, que es una de las caras del concepto dual definitorio de la política, según Carl Schmitt.[39] Por ello, hay una gran sabiduría en la democracia: es el único sistema de gobierno que en su interior, inmanentemente, en la operancia de sus propios mecanismos, crea su propia unidad y, además, crea su grupo opositor, sin que destruya a éste, sino que lo conserva y lo protege.

La democracia es el único sistema de gobierno que incorpora dentro de sí, de manera sistemática, al grupo externo y enemigo, de modo que dentro del grupo puede ser dirigida la agresión, ritualizadamente, contra el enemigo. La democracia es el único sistema de gobierno en el que se permite la redireccionalidad de la agresión como método de gobierno, en virtud de que

---

[37] En Sartori (TD. T. 1. p. 65) he encontrado esta misma formulación cuando establece la distinción que denomina «fundamental» entre una *visión beligerante* y una *visión legalista* de la política. «En la primera, la fuerza predomina sobre la persuasión, el poder establece el derecho y se intenta resolver los confluictos en términos de derrota del enemigo…En la última, la fuerza se reserva como *ultima ratio*, como la peor y última razón». Tiene razón cuando observa la inversión que he puesto en el texto de la fórmula de Clausewitz y cuando comenta que «La política es como la guerra – una guerra sin las armas de la guerra, ya que su experiencia central es la *hostilidad*, la percepción del vecino como un enemigo o, en cualquier caso, como un peligro o una amenaza». Si tomamos en serio la inversión de la fórmula de Clausewitz debemos afirmar que toda política es beligerante, si es democrática. El «estado de naturaleza» de Hobbes es consubstancial a la sociedad. Es el énfasis de lo insociable en el hombre en el famoso aforismo kantiano de la «sociable insociabilidad» del hombre. No hay sociedad sin conflictos, por lo que la distinción de Sartori no se sostiene: la razón legalista es beligerante por otros medios, pues en la democracia la guerra está institucionalizada. La guerra no está institucionalizada en todos los Estados que no son democráticos.

[38] Weber (ES. p. 31)

[39] Schmitt (CP. p. 56).

se han proyectado en el plano simbólico los conflictos y en este plano se resuelven y se abreacciona la agresividad.[40] En la autocracia simplemente se da la dominación del mamífero dominante, mientras que los demás miembros del grupo sólo les queda obedecer o rebelarse.

10. La pluralidad de órdenes normativos

Un supuesto fundamental de las ideas expuestas es que existen muchos órdenes normativos que compiten entre sí, que son efectivos y que de hecho regulan la conducta humana. Quien niegue estos hechos es porque no quiere ver la realidad. Dice Weber:

> Las distintas éticas religiosas se han acomodado de diferente modo al hecho de que vivimos insertos en ordenaciones vitales distintas entre sí. El politeísmo helénico sacrificaba tanto a Afrodita como a Hera, a Apolo como a Dionisos, y sabía bien que no era raro el conflicto entre estos dioses.[41]
>
> Que el orden es «válido» para un círculo de hombres se manifiesta en el hecho de *tener* que ocultar su transgresión. Pero prescindiendo de esta caso límite, muy frecuentemente se limita la transgresión del orden a contravenciones parciales más o menos numerosas; o se pretende, con mayor o menor grado de buena fe, presentarla como legítima. O existen de hecho unas junto a otras distintas concepciones del sentido del orden, siendo en este caso para la sociología todas igualmente válidas en la extensión en que determinan la conducta real. Para la sociología no presenta ninguna dificultad el reconocimiento de que distintos órdenes *contradictorios* entre sí pueden «valer» unos al lado de otros dentro de un mismo círculo de hombres. Es más, el mismo individuo puede orientar su

[40] Sartori observa: «Ahora insistiré en que la democracia tampoco es pura y simplemente el gobierno de la mayoría. A decir verdad, «el gobierno de la mayoría» es sólo una fórmula abreviada del gobierno de la mayoría *limitada*, que respeta los derechos de la minoría». Sartori (TD. T. 1. p. 55) Guglielmo Ferrero expresó enfáticamente lo mismo al decir: «En las democracias, la oposición es un órgano de la soberanía popular tan vital como el gobierno. Suprimir la oposición es suprimir la soberanía del pueblo. *(Ibídem)* La justificación de esto proporcionada por Sartori no es satisfactoria. Sartori (TD. p. 57). Es cierto que el concepto de «pueblo»no puede quedar reducido a la mayoría: el pueblo no es sólo la mayoría. Debe incluir a la minoría. Cuando se traduce pueblo por un criterio mayoritario, dice Sartori, se convierte a la minoría en no-pueblo., en una parte excluida. Esto es correcto si por pueblo sólo se entendiera el conjunto de sujetos que participan en el priceso de formación de las decisiones estatales. En realidad, no es un problema de definición. El puebo tanto participa en la formación de la norma general obligatoria, como es el conjunto de sujetos sometidos a las normas jurídicas obligatorias. La minoría no determina el contenido de la norma obligatoria, pero participa en su proceso de creación: la opinión de la minoría no es coincidente con el contenido de la norma, pero ha participado en el proceso de su formación. Suprimir la minoría es suprimir la democracia, pues se ha destruido y hecho a un lado la métrica para determinar el poder de los grupos en conflicto y aceptar transitoriamente el grupo que tiene más poder. El diálogo es la expresión de la vitalidad de los intereses que participan en la formación de la voluntad estatal. Sin minoría no hay democracia porque se ha eliminado de la vida social y estatal la institucionalización del manejo pacífico de los conflictos.

[41] Weber (PV. p. 168).

> conducta en diversos órdenes contradictorios; y no sólo de un modo sucesivo, cosa de todos los días, sino aun en una misma acción. Quien se bate en duelo orienta su conducta por el código del honor, pero, tanto si oculta esta acción como si se presenta ante los tribunales, orienta la misma conducta por el código penal. Cuando la elusión o la transgresión del sentido (como por término medio es entendido) de un orden se convierte en regla, entonces la validez de ese orden es muy limitada o ha dejado de subsistir en definitiva. Entre la validez y la novalidez de un orden no hay para la sociología, como existe, en razón de sus fines, para la jurisprudencia, una alternativa absoluta. Existen más bien transiciones fluidas entre ambos casos y pueden valer –como se ha indicado– uno al lado de otro órdenes contradictorios, en la amplitud en que alcance la *probabilidad efectiva* de una orientación real de la conducta por ellos.[42]

No sólo para la sociología es posible la existencia de órdenes normativos válidos para un mismo círculo de hombres que sean contradictorios, sino también para la jurisprudencia, lo que no se intentará demostrar en este lugar.[43]

Esta pluralidad de órdenes contradictorios dentro de una sociedad es la que constituye el pluralismo y, como tiene fundamentos ideológicos distintos, el relativismo, que según Kelsen, es la *Weltanschauung* que fundamenta a la democracia. Ésta evita, mediante la ritualización del proceso democrático, la guerra, la violencia y los costos inimaginables derivados de ella. La función de la ritualización es la obtención de la paz y tiene una función económica prominente.

La ineficacia de un orden normativo es la eficacia de otro orden. Los órdenes normativos existentes dentro de un Estado se encuentran en pugna entre sí, lo que significa que los órganos de cada uno de esos órdenes están encargados de hacer ineficaces las normas que integran los otros órdenes normativos. Es posible observar y de hecho existe una tendencia integradora de la unidad, lo que es una forma particular de expresar el hecho de que unos hombres intentan, con su conducta, imponer su voluntad a otros hombres, de dominarlos y vencer su posible resistencia. Al final, todo esto se traduce en mandatos que son ejecutados por un conjunto de hombres e inejecutados por otro conjunto, que crean órdenes parciales que se individualizan de manera relativa. Con ello, el concepto de la *lucha* obtiene su lugar dentro de la teoría jurídica, como ya lo ha tenido en la teoría sociológica.

> Debe entenderse que una relación social es de *lucha* cuando la acción se orienta por el propósito de imponer la propia voluntad contra la resistencia de la otra u otras partes. Se denominan «pacíficos» aquellos medios de lucha en donde no hay una violencia física efectiva. La lucha «pacífica» llámase «competen-

[42] Weber (ES. p. 26).

[43] Cf. Schmill (RPTD. P. 165 y ss).

cia» cuando se trata de la adquisición formalmente pacífica de un poder de disposición propio sobre probabilidades deseadas también por otros.[44]

Toda lucha supone una pluralidad de órdenes. Supone, igualmente, la conducta de aquellos órganos de los órdenes normativos tendientes a invalidar las normas de los órdenes en competencia o en lucha.

Las crisis sociales sólo pueden resolverse democráticamente, si por «solución» entendemos un arreglo institucional que no entrañe el uso de la fuerza física y de la guerra, en virtud de que, como se observó antes, es el único sistema que incorpora en su operancia institucional el conflicto y la lucha, por medios simbólicos. Y esto supone, como ya lo observó Kelsen, el relativismo de los conocimientos y los valores.

Una observación final: en este ensayo no hemos considerado a la democracia como un valor ni su concepto como un criterio justificatorio de cualquier decisión. Es posible que la democracia entendida como valor, no sea otra cosa que el reflejo de la paz (ausencia de violencia física) que genera, con todas las implicaciones que esto tiene.

Bibliografía

AAML Hansen, Mogens Herman. «The Ancient Athenian and the Modern Liberal view of Liberty as a Democratic Ideal» en *Democratia. A Conversation of Democracies, Ancient and Modern*. Josiah Ober and Charles Hedrick, Editors. Princeton University Press. 1996.

CA Xenophon. *The Constitution of the Athenians* en Aristotle and Xenophon on Democracy and Oligarchy, Ed. J. M. Moore. University of California Press. 1975.

CD Schmitt, Carl. *El Concepto de lo Político.* Alianza Editorial. Madrid. 1999. Trad. Rafael Agapito.

CR Fenichel Pitkin. Hanna. *El Concepto de Representación.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1985.

CTGE Kelsen, Hans. *Compendio de Teoría General del Estado.* Editora Nacional. México. 1974. Trad. Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate.

CV Weber, Max, *La Ciencia Como Vocación.* Alianza Editorial. Madrid. 1967. Trad. Francisco Rubio Llorente.

ES Weber, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva.* FCE. México. 1981.

FA Erving Goffman *Frame Analysis. An Essay on the Organization of Experience.* Harper and Row Publishers. 1974.

FD Kelsen, Hans. *Los Fundamentos de la Democracia* en «Escritos sobre la Democracia y el Socialismo». Selección y presentación de Juan Ruiz Manero Editorial Debate. Madrid. 1988. Trad. Juan Ruiz Manero.

[44] Weber (ES. p. 31).

FED Ihering, Rudolf von. *El Fin en el Derecho.* Biblioteca Omeba. Buenos Aires. 1960.

G Clausewitz, Karl von. *De la Guerra.* Ediciones Mar Océano, Buenos Aires. 1960. Trad. R.W. de Setaro.

HP Kelsen, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, Desarrollados con Base en la Doctrina de la Proposición Jurídica.* Editorial Porrúa, S.A. México. 1987. Trad. Wenceslao Roces. Notas, Revisión y Presentación de Ulises Schmill. Es traducción de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz.* Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 1923.

L Hobbes, Thomas. *Leviatán.* Editora Nacional. Madrid. 1983

MEDA Ober, Josiah. *Mass and Elite in Democratic Athens. Rethoric, Ideology, and the Power of the People.* Princeton University Press. 1989.

MVC Lakoff, Georg y Johnson, Mark. *Metáforas de la Vida Cotidiana.* Cátedra. Madrid. Trad. Carmen González Marín. 1980.

PDDA Ober, Josiah. *Political Dissent in Democratic Athens. Intelectual Critics of Popular Rule.* Princeton University Press. 1998.

PV Weber, Max, *La Política como Vocación.* Alianza editorial. Madrid. 1967. Trad. Francisco Rubio Llorente.

PTL1 Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory.* Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Clarendon Press. Oxford. 1992.

PTL2 Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law.* Trad. Max Knight. University of California Press. 1967.

RPTD Schmill, Ulises. *Reconstrucción Pragmática de la Teoría del Derecho.* Editorial Themis. México. 1997.

S Simmel, Jorge. *Sociología.* Espasa-Calpe Argentina, S. A. Buenos Aires. 1939. Trad. J. Pérez Bances.

SLA Lorenz, Konrad. *Sobre la Agresión: El Pretendido Mal.* Siglo XXI Editores S. A. de C. V. 1998. México. Trad. Felix Blanco.

SJS. Kelsen, Hans. *Der soziologische und der juristischer Staatsbegriff. Kritische*

Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht.(El Concepto Jurídico y el Concepto Sociológico del Estado. Investigación Crítica de las Relaciones entre el Estado y el Derecho). Tübingen*:* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922.

TD Sartori, Giovanni. *Teoría de la Democracia.* Alianza Editorial. México. 1996. Trad. Santiago Sánchez González.

TGE. Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado.* Editorial Labor, S.A. Barcelona. 1934. Trad. Luis Legaz Lacambra de *Allgemeine Staatslehre*. Enziklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, 23. Band. Berlin: Julius Springer. 1925.

TGEJ Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado.* Compañía Editorial Continental S.A. México. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. 1956.

TPD1 Kelsen, Hans. *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho.* Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1946. Trad. Jorge G. Tejerina.

TPD2 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* UNAM. México. 1979. Trad. Roberto J. Vernengo.

VSR Kelsen, Hans. *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*. Zeitschrift für öffentliches Recht, 2. Band, 1921.

TEORÍAS Y PRINCIPIOS NORMATIVOS EN BIOÉTICA

Rodolfo Vázquez
Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM)

Con este título me propongo considerar un tema que resulta de especial interés en bioética y que desde la publicación del libro de Tom Beauchamp y James Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, en 1979,[1] ha venido ocupando la atención de los filósofos dedicados al análisis de los problemas de medicina y salud, a saber, ¿las teorías éticas y los principios normativos deben considerarse relevantes para la resolución de los problemas prácticos, por ejemplo, en el seno de los diversos comités de ética hospitalarios? Si deben serlo, ¿qué tipo de teoría y qué características deben reunir tales principios para resultar pertinentes?

La pregunta no es trivial si pensamos por un momento que una de las demandas ciudadanas más frecuente a los comités nacionales de bioética o a los diferentes comités regionales o estatales, según las distintas especialidades, es la de orientar las decisiones a través de una normatividad que regule la conducta del personal sanitario y ayude al paciente actual o potencial en su requerimiento de asistencia sanitaria. La demanda es más urgente cuando se trata de problemas novedosos que, por lo general, al momento de su presentación, vienen acompañados de una serie de comentarios fatalistas con una fuerte carga emotiva que en poco contribuye a un juicio ponderado de la opinión pública.

Por lo general existen dos puntos de vistas encontrados en esta problemática. Por una parte, se piensa que ante la imposibilidad de alcanzar algún consenso entre las diferentes teorías morales, el filósofo «modesto» debe limitarse al oficio de técnico en su disciplina. Por la otra, el filósofo «ambi-

[1] Tom Beauchamp y James Childress, *Principles of Biomedical Ethics,* Oxford University Press, 1979. El libro ha tenido sucesivas ediciones (1983, 1989, 1994) en las cuales los autores han ido ajustando o corrigiendo su postura inicial.

cioso» piensa que cualquier decisión pública se inscribe en un marco teórico que debe aplicarse a la resolución de cada uno de los casos que se presentan a consideración.[2] Estos últimos, a su vez, abogan bien sea por una concepción generalista de la moral (ética deontológica, utilitarista, de derecho natural, por ejemplo) o una concepción particularista (contextualismo, casuística, ética del cuidado, de la virtud, entre otras posibles). En un terreno intermedio señalando las limitaciones de cada una de las dos posiciones extremas, se ubican aquellos filósofos que apelan a un «equilibrio reflexivo» entre principios generales y convicciones particulares, o bien reconocen la primacía de los principios pero no con un carácter absoluto, sino con un valor *prima facie*. Por cierto, estas dos últimas no son excluyentes. De acuerdo con este marco general he dividido el ensayo en cuatro partes: 1. El filósofo modesto: el oficio de técnico; 2. El filósofo ambicioso generalista; 3. El filósofo ambicioso particularista; y 4. El filósofo de la tercera vía: principios *prima facie* y equilibrio reflexivo.

1. El filósofo modesto: el oficio de técnico

Después de caer en la cuenta de que es prácticamente imposible que los filósofos se pongan de acuerdo con respecto a alguna teoría moral, Mary Warnock se pregunta: «¿Cuál es, entonces, el lugar de la filosofía en las decisiones de los comités gubernamentales? Me parece que los filósofos juegan un papel simplemente como profesionistas, es decir, por entrenamiento y hábito están acostumbrados a distinguir las buenas de las malas evidencias, los argumentos correctos de las falacias, el dogma de la experiencia. Son profesionales acostumbrados a colocar las conclusiones y las líneas preliminares de un razonamiento de manera inteligible».[3] En el mismo sentido se expresa Peter Singer: «la virtud distintiva de los filósofos es el pensamiento crítico –la habilidad para ponderar argumentos, detectar falacias y evitarlas en sus propio razonamiento».[4]

Más recientemente, el filósofo inglés radicado en México, Mark Platts, se plantea el mismo interrogante: «¿cómo podría el filósofo en tanto filósofo *colaborar* en la resolución de los problemas prácticos morales? ¿Qué contribución distinta nos permite un entrenamiento filosófico?». Desde un enfoque analítico, Platts divide la respuesta en dos partes: a) si es cierto que

---

[2] *Cfr.* Will Kymlicka, «Moral Philosophy and Public Policy: The Case of New Reproductive Technologies», en Wayne Sumner y Joseph Boyle (ed.), *Philosophical Perspectives on Bioethics,* University of Toronto Press, Canadá, 1996, pp. 244s.

[3] Mary Warnock, «Embryo Therapy: The Philosopher's Role in Ethical Debate», citado por Will Kymlicka, *ibid.,* p. 250.

[4] Pascal Kasimba y Peter Singer, «Australian Comission and Committees on Issues in Bioethics», *Journal of Medicine and Philosophy,* Vol. 14, 1989, p. 406.

el primer objetivo de la ética es un objetivo descriptivo, es decir, la identificación de la institución de la moralidad y la descripción de sus presupuestos conceptuales más generales, entonces, el análisis «de nuestro discurso moral cotidiano, llevado a cabo a la luz de las mejores teorías filosóficas de la conducta lingüística, es nuestra única guía segura al principio de la tarea descriptiva mencionada»; y b) si lo que se intenta es una claridad reflexiva sobre los conceptos, esto se hace con el propósito de llegar a una resolución razonable de los problemas en litigio, es decir, «la discusión sobre las pretendidas soluciones tiene que involucrar razonamientos, argumentos en favor o en contra de las supuestas soluciones. Tales argumentos pueden ser buenos, malos o dudosos; pero si no existe la pretensión de ofrecer buenos argumentos, la discusión no puede ser razonable».

Platts es consciente que con este doble objetivo la contribución del filósofo no adopta la forma de *teoría* o *tesis* sobre la moralidad, sino modestamente la de una debida utilización de las técnicas que son producto de su entrenamiento. Sin embargo, ¿no resulta esta contribución demasiado modesta, se cuestiona el mismo Platts, si con un poco que observemos el discurso moral cotidiano notamos que la gente común y corriente sostiene tesis sobre el carácter objetivo o subjetivo de las distintas moralidades? ¿No defienden los individuos acaso ideas metafísicas acerca de la libertad de la voluntad en contra del determinismo? ¿Y quién sino el filósofo puede ofrecer opiniones competentes sobre estas tesis? «Quizá, quizá, quizá…, pero lo dudo, piensa Platts, por lo menos en tanto que verdad generalizada sobre la institución humana de la moralidad». Lo que quiere decir este autor es que si bien no se puede negar la existencia de ideas cuasifilosóficas en el discurso moral de la gente y aún en los mismos códigos de ética médica, de aquí no se sigue que tales ideas sean elementos indispensables para las moralidades cotidianas y para tales códigos. Con su maestro Peter Strawson, Platts sostiene que: «La moralidad no requiere en la práctica ningún […] anclaje metafísico, aun cuando algunos de quienes la practican estén dispuestos a imaginar, en sus momentos de reflexión, que sí lo necesita».[5]

No cabe duda que la contribución de la filosofía analítica en el nivel de la metaética ha sido relevante y fértil, pero también insuficiente. El problema, creo, es que los argumentos pueden ser claros e incluso consistentes, pero aún así pueden ser moralmente aberrantes o simplemente inicuos para ponderar alguna consideración moral. Las respuestas se desplazarían del campo de la moral al campo de la economía, de la estética o del auto-interés. Y esto no es poca cosa. Renunciar a la posibilidad de construir ciertos

[5] *Cfr.* Mark Platts, *Sobre usos y abusos de la moral. Ética, sida y sociedad,* Paidós-UNAM, México, 1999, Apéndice: ética y práctica, pp. 139s.

principios normativos generales que tomen como punto de partida el respeto hacia las personas es renunciar al «punto de vista moral», a la perspectiva desde la cual el individuo intenta ponerse en el lugar del otro. Si alguna cosa parece clara como punto de acuerdo entre las diversas teorías morales es la vieja Regla de Oro: actúa hacia los demás de la misma manera que quisieras que actuaran contigo. Esta regla se encuentra presente no sólo en la ética judeo-cristiana, sino bajo enunciados diversos, también en la ética deontológica de Kant, en utilitaristas como Bentham y Mill, contractualistas como Scanlon y en éticas del «cuidado» como la de Gilligan.[6] Asumir el punto de vista moral es asumir, a fin de cuentas, el punto de vista de la imparcialidad, es decir, la posibilidad de valorar los conflictos en términos de principios generales que se acepten independientemente de la situación en particular, sin permitir que mis preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio. Es reconocer, como insistentemente lo ha señalado Richard Hare, que el pensamiento moral se mueve en dos niveles: el intuitivo y el crítico. Muchos de los problemas morales surgen porque en el nivel intuitivo, tales intuiciones –intra o interpersonales– entran en conflicto, y ellas mismas están lejos de autojustificarse. Se requiere de un nivel diferente para dar respuesta a esos conflictos; un nivel crítico que sea empleado «no sólo para resolver conflictos entre intuiciones en el nivel intuitivo, sino para seleccionar los principios morales y […] las virtudes que debemos cultivar en nuestros hijos y en nosotros mismos.» En otros términos: «Los principios parciales en el nivel intuitivo deben justificarse por un razonamiento *imparcial* en el nivel crítico.» [7]

Es claro, como sostienen Strawson y Platts, que en la práctica –en el nivel intuitivo de Hare– la moralidad no requiere de un anclaje metafísico, pero difícilmente se puede negar la necesidad de principios en el nivel crítico, si no es a condición de renunciar a la misma moralidad. Y creo que de esto toma conciencia Platts cuando al final de su libro se pregunta aguda y puntualmente: «¿No hay acaso una tarea filosófica de evidente utilidad para tales debates [morales] cuyo objeto sea formular los principios morales generales que subyacen en los juicios morales más específicos que los individuos hacen en cada situación particular? ¿No podría ser un ejemplo de esta tarea la identificación, digamos, de algún principio de respeto a la autonomía que se encuentre detrás de los juicios más específicos sobre los asuntos de la confidencialidad y el consentimiento informado en la práctica médica?».

---

[6] *Cfr.* Will Kymlicka, *op. cit.,* p. 251.

[7] *Cfr.* Richard Hare, «Methods of Bioethics: Some defective Proposals», en Wayne Sumner y Joseph Boyle (ed.), *op. cit.,* pp. 29s.

La respuesta de Platts es positiva y las cautelas que introduce para entender adecuadamente su posición me parecen sugerentes. En primer lugar, la identificación del principio de respeto a la autonomía debe entenderse como «la propuesta normativa de un principio que funcione para maximizar cierto tipo de coherencia "profunda" entre los juicios morales específicos ofrecidos»; y en segundo lugar, «que para que la identificación de tal principio del respeto a la autonomía en el contexto de los debates contemporáneos sobre problemas morales prácticos sea útil, se requiere que, tanto en términos de su contenido como en términos de sus relaciones lógicas con los juicios morales comunes y corrientes, el principio no se quede demasiado "distante" de aquellos juicios».[8] Habría que preguntarle a Platts qué quiere denotar con la expresión «coherencia profunda» y con la metáfora espacial de la distancia. A mi juicio, no es sino una alusión hacia la necesidad de una ética crítica, en los términos de Hare. Lo sugerente de su propuesta es que el acceso a los principios –al principio de autonomía, en este caso– está lejos de darse por la vía de intuiciones metafísicas de las cuales se pueda deductivamente inferir la solución para los conflictos morales específicos. La vía más bien es la inversa. Una suerte de inducción que concluya en la construcción de los principios normativos generales. Quisiera ahora detenerme a analizar la propuesta de lo que con Kymlicka he llamado, filósofos ambiciosos.

2. El filósofo ambicioso generalista

A diferencia de la modestia que caracteriza a aquellos que limitan la función del filósofo moral a sus habilidades técnicas, propias de su profesión, los filósofos ambiciosos piensan que las comisiones gubernamentales deberían adoptar una teoría moral comprensiva y aplicarla a las diversas situaciones o casos médicos, o de salud en general. Esta pretensión es fuertemente criticada por Kymlicka cuando se pregunta sobre las teorías morales, sean generalistas o particularistas: ¿qué es lo distintivo de cada una de ellas? ¿cuál es la más adecuada? ¿qué conclusiones prácticas se siguen de cada una para la resolución de problemas?[9]

Con respecto a la primera pregunta, piensa Kymlicka, parece que no existe algún criterio relevante que distinga a una teoría de otra. Por ejemplo, qué distingue a una ética contractual de una deontológica o utilitarista. Si tomamos el caso de John Rawls, algunas lecturas de su obra enfatizan su deuda deontológica con Kant, otras insisten en que el método constructivista conduce de hecho al utilitarismo y no ha faltado quien argumentara a

[8] Mark Platts, *op. cit.,* pp. 155-156.

[9] Will Kymlicka, *op. cit.,* pp. 246s.

favor de una ética del cuidado implícita en la explicación de la posición original. Rawls mismo en *A Theory of Justice* se considera contractualista y deontologista. Otros autores han subsumido el contractualismo bajo el utilitarismo y las teorías de derecho natural bajo las deontológicas, y así, terminan reduciendo las teorías éticas a la oposición más radical entre consecuencialistas y deontologistas. Otros, rechazan ambas por su carácter abstracto, a-histórico e impersonal, y reducen las teorías a éticas contextualistas. Resulta entonces imposible ponerse de acuerdo sobre la identidad y clasificación de las teorías éticas. Creo que Kymlicka no está diciendo que los debates en torno a la identidad de las teorías o la exégesis de las obras de los grandes teóricos morales sea irrelevante para la discusión filosófica. Lo que dice, y pienso que resulta una obviedad, es que para aquellos que deben tomar decisiones públicas o recomendarlas, el mapa de las teorías se presenta confuso, y el tiempo que disponen para decidir es limitado.

Pero supongamos que se logre identificar las teorías y clasificarlas con claridad, todavía hay que preguntarse cómo poner de acuerdo a los integrantes de los comités para evaluarlas y finalmente escoger la más adecuada. Si bien creo que es posible proponer con cierta objetividad algunos principios morales y también creo en la posibilidad de dar respuestas correctas –no absolutas– a los problemas morales, como veré más adelante, sería ingenuo suponer que existe un argumento unificador de todas las teorías y un principio absoluto regulador de todos los comportamientos humanos.

Sin embargo, aún si asumimos que *todos* hemos llegado a un acuerdo con respecto a una *sola* de las teorías éticas, se tiene que decidir todavía cómo aplicarla a las situaciones particulares. Y esta no es una tarea sencilla si pensamos que no existe un consenso generalizado de cómo deban entenderse cada una de las expresiones básicas que caracterizan a las diferentes teorías: «acuerdo», «utilidad», «naturaleza», «cuidado», «deber», pero, sobre todo, cómo deban usarse para dar respuesta a los distintos problemas que plantea la medicina y la salud. Todo parece indicar que es poco realista pensar que en los comités se puede llegar a un consenso en la selección y aplicación de alguna teoría moral. Pero además, pienso que esta pretensión de uniformidad resultaría inapropiada si se quiere corresponder a las demandas plurales de los ciudadanos en una sociedad democrática.

El carácter ambicioso del filósofo consiste, precisamente, en pensar que es posible identificar y clasificar las teorías; que puede seleccionarse una, que bajo un principio regulador, deba aplicarse incondicionalmente; y que esta teoría es la apropiada para responder a las demandas de todos los ciudadanos. No necesito agregar que una pretensión de este tipo puede llegar a tener una fuerte dosis de autoritarismo moral y que, desgraciadamente, no son pocos los comités de bioética, aún los no confesionales, que se distin-

guen por ello. Entre los filósofos ambiciosos, el que aquí he denominado generalista, se caracteriza por una posición metaética absolutista y por lo que Dan Brock ha llamado el método deductivista de razonamiento moral.[10]

Tom Beauchamp ofrece una buena caracterización de los principios a partir de lo que él llama una «concepción robusta» y que contrapone a la concepción «*prima facie*», que él sostiene, y que analizaré más adelante. Esta concepción robusta, propia de lo que aquí he calificado de posición absolutista, sostiene que *x* es un principio moral si y sólo si *x* es: general, normativo, sustantivo, no exceptuable y fundacional.[11] Es general porque un principio es aplicable para normar un amplio campo de circunstancias, y en este sentido contrasta con las proposiciones específicas; es normativo porque un principio es un *standard* de acciones correctas, buenas u obligatorias y posee la capacidad de dirigir acciones y ofrecer las bases para una evaluación crítica de las mismas; es sustantivo porque los principios expresan contenidos morales y no sólo la forma en que tales contenidos deben ser considerados; además, un principio moral no tiene excepciones aun si entra en conflicto con otros principios; y un principio fundamenta las reglas y los juicios morales sin justificarse a sí mismo en otro principio, ni esperar una justificación de tipo pragmática. Lo cuestionable de esta postura es el carácter no exceptuable y fundacional de los principios. Para el absolutismo moral los principios morales son inviolables, es decir, racionalmente incuestionables. Esto significa, como afirma Beauchamp, que no está moralmente justificado invalidarlos aun cuando exista un conflicto entre ellos. Estas situaciones, como es obvio, se presentan en un contexto trágico, donde nada de lo que uno hiciera sería moralmente aceptable o correcto. La alternativa sería o bien la no actividad, que incurriría en un acto de omisión moralmente reprobable, o bien la actividad, que entonces respondería no ya a razones objetivas sino a razones subjetivas que privilegiarían, dogmáticamente, un principio sobre los demás. Para el filósofo generalista todos los intentos de ofrecer razones en apoyo de las creencias últimas son superfluos. Las verdades morales, o bien se adquieren por una intuición metafísica no corroborable intersubjetivamente, o bien, en el extremo, por un acto de fe religiosa.

Con respecto al deductivismo, en los términos de Brock, consiste en emplear la verdadera teoría y principios, junto con los hechos empíricos relevantes a su aplicación, para deducir lógicamente la conclusión moral correcta para el caso o la política en cuestión. El problema es que no existe tal

---

[10] *Cfr.* Dan Brock, «Public Moral Discourse», en Wayne Sumner y Joseph Boyle (ed.), *op. cit.,* pp. 279s.

[11] Tom Beauchamp, «Role of Principles in Practical Ethics», en Wayne Sumner y Joseph Boyle (ed.), *op. cit.,* pp. 81s.

teoría moral comprensiva en la que todos estén de acuerdo y que pueda ser aplicada deductivamente a las diversas situaciones. El deductivismo sería finalmente el método de razonamiento moral propio de las teorías fundacionalistas. Otro nombre para el absolutismo moral que, reitero, caracteriza a los filósofos generalistas.

Pienso que contra el absolutismo moral es necesario sostener la posibilidad de un control racional de nuestras creencias y, por lo tanto, invalidar cualquier argumento de autoridad aceptado dogmáticamente. A este respecto, nadie mejor que Popper ha visto con claridad la necesidad de anteponer a todo autoritarismo dogmático un racionalismo crítico fundado en la objetividad de la experiencia y en la disposición al diálogo crítico, lo que implica la confrontación de argumentos y la disponibilidad a abandonar las creencias cuando existen razones fundadas para hacerlo: «el autoritarismo y el racionalismo, tal como nosotros los entendemos, sostiene Popper, no pueden conciliarse puesto que la argumentación –incluida la crítica y el arte de escuchar la crítica– es la base de la racionalidad… La idea de imparcialidad también conduce a la de responsabilidad; no sólo tenemos que escuchar los argumentos sino que tenemos la obligación de responder allí donde nuestras acciones afecten a otros. De este modo, en última instancia, el racionalismo se halla vinculado con el reconocimiento de la necesidad de instituciones sociales destinadas a proteger la libertad de crítica, la libertad de pensamiento y, de esta manera, la libertad de los hombres».[12]

3. El filósofo ambicioso particularista

Entre los filósofos ambiciosos, el que aquí he denominado particularista, se cracteriza por una concepción metaética subjetivista y por lo que a partir de la obra de Albert Jonsen y Stephen Toulmin [13] se conoce como nueva casuística que, a diferencia de la «tiranía de los principios», centra su atención en el caso concreto. Entre los teóricos particularistas es recurrente incluir también a las defensores de las llamadas éticas de situación y las más recientes éticas de la virtud y del cuidado. No me detendré en estas últimas.[14] Prefiero concentrar mi atención en dos posiciones que se ubican ple-

---

[12] Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos,* Paidós, Buenos Aires, 1967, Tomo II, pp. 317 y 336. Para Popper, la libertad de pensamiento y discusión racional son valores liberales que no requieren de ulterior justificación pero, y esto me parece relevante para no incurrir en la misma crítica que se hace del absolutismo moral, «pueden justificarse pragmáticamente sobre la base del papel que desempeñan en la búsqueda de la verdad». Ésta exige, al menos, «a) imaginación, b)ensayo y error, c) el descubrimiento gradual de nuestros prejuicios mediante a) y b) y la discusión crítica». *En busca de un mundo mejor,* Paidós, Barcelona, 1994.

[13] Albert Jonsen y Stephen Toulmin, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning,* University of California Press, 1988.

[14] Para un análisis crítico de estas teorías véase Richard Hare, *op. cit.* p. 19 y ss.

namente en el debate de la bioética: el contextualismo de Earl Winkler y la ya mencionada casuística de Jonsen y Toulmin.

Winkler propone su concepción contextualista[15] confrontándola críticamente con la teoría paradigmática de los principios tal como fue desarrollada por Beauchamp y Childress en su ya citado libro *Principles of Biomedical Ethics*. En la interpretación de Winkler la crítica a estos autores se centra en la idea de que la justificación moral que ofrece tal paradigma es esencialmente deductivista implicando diversos niveles de generalización: un juicio particular se justifica si cae bajo una regla y ésta lo hace mostrando que es una especificación de un principio general. De esta manera la bioética médica, por ejemplo, debe concebirse como una división primaria de la ética aplicada y, en definitiva, de una teoría ética general. Con poco que se analicen los tres principios fundamentales de la teoría paradigmática, continúa el autor, se cae en la cuenta de la deuda de cada uno de ellos con diversas teorías generalistas: el principio de autonomía es deudor de la ética kantiana, el de beneficencia (incluyendo aquí el de no-maleficencia) de la ética utilitarista y el de justicia del contractualismo. Cada una de estas teorías, coincidiría Winkler con Kymlicka, se enfrentaría con las interrogantes señaladas por este último y analizadas más arriba.

Para Winkler la teoría paradigmática no ofrece un criterio que permita decidir cuál de los principios debe seleccionarse en ciertas circunstancias concretas o, en otros términos, qué concepción teórica debe prevalecer. Precisamente, cuando se enfrenta a los casos límite, que son los más interesantes y conflictivos desde el punto de vista moral (el uso de niños anancefálicos como posibles donadores de órganos; la investigación con embriones y su uso en las nuevas técnicas reproductivas; por ejemplo), la teoría principalista incurre en omisiones serias. Parecería finalmente apelar a una suerte de intuicionismo difícilmente justificable desde un punto de vista empírico-racional. Por el contrario, el contextualismo en tanto procede metodológicamente «de abajo hacia arriba» considera que los problemas morales deben resolverse precisamente a la luz de la propia complejidad de las circunstancias concretas apelando a las tradiciones históricas y culturales relevantes. De esta manera, una teoría contextualista debe comenzar por el reconocimiento de una moral convencional con sus propias reglas y valores justificatorios, los mismos que deben considerarse con un criterio de validez instrumental de acuerdo con el contexto social que contiene el caso. Winkler concluye mostrando cómo cada uno de los principios –autonomía,

[15] Véase Earl Winkler. «Moral Philosophy and Bioethics: Contextualism versus the Paradigm Theory», en Wayne Sumner y Joseph Boyle (ed). *op. cit.,* pp. 50 y ss.

beneficencia y justicia– terminan relativizándose y apelando a principios supletorios para intentar dar una respuesta razonable a los casos concretos.

Para Jonsen y Toulmin debe recuperarse la casuística en el campo de la bioética, es decir, una forma de razonamiento que debe centrar su atención en el caso concreto. Lejos de partir de principios generales aplicables deductivamente de lo que se trata es de considerar las máximas y tópicos que definen el sentido y la relevancia del propio caso. Éstos, finalmente, deberán clasificarse en forma analógica de acuerdo con sus semejanzas y diferencias. En un escrito más reciente Albert Jonsen ha suavizado su casuística inicial destacando el papel que juegan las circunstancias en el juicio y en la responsabilidad moral de los agentes.[16] En la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles, en el *De Officis* de Cicerón y en *La metafísica de las costumbres* de Kant, obras fundacionales para diversas teorías éticas, se encuentran pasajes alusivos al papel relevante de las circunstancias: quién es el agente, qué hace, qué cosa o persona es afectada, qué medios usa, qué resultados se desean obtener con la acción, etc. La pregunta por las circunstancias, piensa Jonsen, no es una pregunta que demanda una respuesta por un sí o un no de acuerdo con principios rígidos, sino más bien, por una suerte de juicio prudencial. Las más de las veces, los casos difíciles conducen a situaciones donde las dos respuestas se presentan no como una situación dilemática, paralizante de la actividad, sino como conclusiones posibles de un razonamiento apoyado con buenos argumentos justificadores. En este contexto, las circunstancias adquieren un valor relevante en tanto «características moralmente apreciadas de una situación» y también decisorias para la situación particular. El caso concreto, entonces, debe verse como un todo en el que deben ponderarse los «menores riesgos», «los costos significativos», «los daños mínimos», etc. Ante la incapacidad de las máximas o tópicos para dirimir las situaciones conflictivas de lo que se trataría es de que el balance y la ponderación entre ellos dependiera de un juicio práctico moral, de la discreción, de la prudencia, o de lo que Aristóteles denominó *phronesis.* La casuística se resuelve finalmente en una suerte de apelación y ponderación de las circunstancias.

Ambas posturas –contextualista y casuística– incluidas dentro de la denominación general de particularistas, son criticables. Si en los generalistas el defecto era haber incurrido en un absolutismo moral bajo un esquema deductivista, el problema entre los particularistas es elaborar una teoría que descansa en un subjetivismo relativista y un método generalizador que no acierta a resolver tampoco, bajo criterios racionales, los conflictos frecuentes en bioética entre las propias máximas y tópicos.

---

[16] Albert Jonsen, «Morally Appreciated Circumstances: A Theoretical Problem for Casuistry», en Wayne Sumner y Joseph Boyle (ed.), *op, cit,* pp. 37 y ss.

Earl Winkler critica con lucidez las posiciones generalistas aunque quizás exageró al extremo la teoría paradigmática de Beauchamp y Childress y no reconoció –como en seguida veremos– el valor *prima facie* de los principios defendidos por estos autores. Sea de ello lo que fuere, el problema de su contextualismo es el mismo problema al que se enfrenta cualquier convencionalismo o relativismo cultural. Si por éste se entiende la descripción del hecho sociológico de que las sociedades difieren en sus juicios éticos o de que los individuos tienden a tomar en cuenta las evaluaciones prevalecientes en su comunidad histórica y culturalmente determinada, esta afirmación es a todas luces verdadera pero irrelevante, ya que no afecta la validez ni la posibilidad de juicios moralmente universales. Si lo que se pretende es esto último, el relativismo es autodestructivo, porque su referente normativo no está contenido en las prácticas o convenciones de la sociedad. Como afirma Carlos Nino: «La dependencia de la crítica respecto de la práctica moral puede dar lugar a un relativismo conservador que, por un lado, es inepto para resolver conflictos entre quienes apelan a tradiciones o prácticas en el contexto de una sociedad, ya que la valoración presupondría esas prácticas y no es posible discriminar entre prácticas valiosas o disvaliosas sin contar con principios morales que sean independientes de ellas».[17]

La casuística de Jonsen y Toulmin se enfrenta a la crítica de Hare analizada más arriba: la insuficiencia de una moral intuicionista y la necesidad de asumir una ética crítica, imparcial, para resolver los conflictos entre las propias intuiciones, máximas o tópicos. Manuel Atienza lo ha expresado con claridad aludiendo a la obra de ambos autores: «el recurso que ellos sugieren a las máximas o tópicos es manifiestamente insuficiente para elaborar criterios objetivos de resolución de conflictos. Esto es así porque frente a un caso difícil (bien se trate del derecho, de la medicina o de la ética) existe siempre más de una máxima aplicable, pero de signo contradictorio; y el problema es que la tópica –o la nueva casuística de Jonsen y Toulmin– no está en condiciones de ofrecer una ordenación de esas máximas; o, mejor dicho, no podría hacerlo sin negarse a sí misma, pues eso significaría que, en último término, lo determinante serían los principios y las reglas –si se quiere, de segundo nivel– que jerarquizan las máximas».[18] Por lo que hace a la apelación de Jonsen a la *phronesis* aristotélica cabe para ésta la misma crítica de Hare a las éticas intuicionistas. Como dice Atienza con razón: «estos autores parecen depositar una excesiva confianza en la prudencia o sa-

[17] Carlos Nino, «Liberalismo *vs* comunitarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* No. 1, Madrid, septiembre-diciembre, 1988, p. 367.

[18] Manuel Atienza, «Juridificar la bioética», en Rodolfo Vázquez (Comp.), *Bioética y derecho,* Fondo de Cultura Económica-ITAM, México, 1999, p. 69.

biduría práctica... y en su capacidad para resolver en forma cierta (o, al menos, con toda la certeza que puede existir en las cuestiones prácticas) problemas específicos.» [19]

Para concluir este inciso quiero agregar algo que los críticos de una ética, con pretensiones de universalidad, tienden a omitir o simplemente, no reconocer, y es el hecho de que asumir un punto de vista imparcial no es ignorar que el discurso moral –y para nuestro caso el de la bioética– también se mueve en un mundo real. Nada más concreto, por ejemplo, que tomar como punto de partida las circunstancias de la justicia, las convicciones espontáneas para un equilibrio reflexivo o el reconocimiento de las necesidades básicas, como es de sobra conocido en autores como Herbert Hart, John Rawls o Ernesto Garzón Valdés, respectivamente; pero, precisamente, son un punto de partida que apunta hacia una empresa común más ambiciosa, como la posibilidad de lograr algún acuerdo entre puntos de vista distintos y encontrados. Para ello es necesario proporcionar razones objetivas para la acción y proponer un punto de vista imparcial que involucre a todos los seres humanos como agentes morales.

4. El filósofo de la tercera vía: principios prima facie y equilibrio reflexivo

Con la expresión «filósofo de la tercera vía» no quiero insinuar ningún compromiso de la bioética con propuestas políticas de moda, ni tampoco intentar jugar al papel de mediador. Por lo general estos últimos no dejan satisfecho a nadie y tienden a ser confusos en sus conclusiones. La idea de una tercera vía me fue sugerida en un texto de Norman Daniels [20] en el que este autor manifestaba su asombro ante la riqueza de la disputa en el terreno de la bioética en torno a las teorías morales, los principios, las reglas y los juicios y acciones particulares. Después de haber trabajado durante los setenta en los problemas de una teoría general de la justicia y en el desarrollo de una concepción amplia del equilibrio reflexivo a partir de una revisión de las ideas de John Rawls, Daniels concluye que, con relación a los problemas de medicina y salud, no es apropiado aplicar sin más la teoría general y resolver los casos como si se tratara de un ejercicio deductivo. Los principios de justicia en Rawls fueron construídos a partir de un supuesto idealizado: personas capaces que especificarían los principios de justicia en el marco de una cooperación imparcial. Nadie se encontraba en situación de desventaja por razones de enfermedad o incapacidades físicas. Pero, enton-

[19] *Ibid.*

[20] Norman Daniels, «Wide Reflective Equilibrium in Practice», en Wayne Sumner y Joseph Boyle (ed), *op. cit.,* pp. 96 y ss.

ces, ¿debía añadir la teoría de Rawls otro bien primario: la salud? ¿Qué debía entenderse por «aplicar» los principios de una teoría general?[21] Daniels se figura el debate como si se encontrara en un campo de batalla y en el que como corresponsal realiza «Un breve reporte desde la zona de guerra en la tierra de Bioética» (*The Land of Bioethics*). El campo de batalla está seccionado en diferentes niveles donde se ubican en las zonas altas los «Uplanders», bandas protegidas en torno a las teorías generales; abajo en el valle se encuentran los «Lowlanders», contextualistas y casuísticos, que desconfían de los lugares altos y se deleitan sintiendo el polvo y el pasto bajo sus pies; y en un lugar intermedio, en una serie de colinas fortificadas con principios y reglas se encuentra los habitantes de «Middle Kingdom». Es a los habitantes de este reino intermedio a los que, afortunadamente o no, he llamado «filósofos de la tercera vía». Una zona de principios y reglas ubicada entre las teorías generales y las teorías particularistas. Después de este paréntesis veamos qué proponen estos autores.

He dicho más arriba que la alternativa del equilibrio reflexivo es compatible con la propuesta de considerar a los principios *prima facie* y no absolutos. Los defensores de ambas posturas no siempre hacen evidente este acuerdo y la razón puede deberse a la simple obviedad de que cualquier defensa del absolutismo moral excluiría la necesidad de ponderar los principios en ese juego de ida y regreso con las convicciones particulares, tal como lo propone John Rawls. Asumiré esta obviedad y no me detendré demasiado a buscar los vínculos entre una y otra respuesta. Comenzaré por exponer, brevemente, la teoría principalista de Tom Beauchamp y James Childress, y uno de los últimos escritos del primero[22] donde modera la propuesta original atendiendo a algunas de las críticas más puntuales de su teoría. En seguida, analizaré la contribución de Dan Brock[23] en el marco de la teoría del equilibrio reflexivo, y concluiré con la exposición y comentarios a un trabajo de Manuel Atienza.[24] Con algunas divergencias menores y algún añadido adelanto mi acuerdo con la propuesta de Atienza desde la cual creo que puede ofrecerse alguna respuesta a las preguntas formuladas al inicio de este ensayo.

Como es bien conocida, la teoría de Beuachamp y Childress, se estructura a partir de un orden jerárquico de justificación desde las teorías éticas generales hasta los juicios particulares pasando por los principios y las re-

---

[21] *Ibid.,* pp. 107-108.

[22] Tom Beauchamp, «The Role of Principles in Practical Ethics», en Wayne Sumner y Joseph Boyle (ed), *op. cit.,* pp. 79 y ss.

[23] Dan Brock, *op. cit.*

[24] Manuel Atienza, *op. cit.*

glas. El orden del capitulado en su libro clásico sigue el mismo orden jerárquico de justificación. Después de una exposición de las diversas teorías generales, que en último término, pueden reducirse a las consecuencialistas y a las deontológicas, el desarrollo principal recae sobre los principios. Finalmente, se dedica un capítulo a las reglas derivadas de las relaciones médico-paciente, y se concluye con otro capítulo dedicado a las teorías particularistas.

Los principios, afirman estos autores, son más generales que las reglas y sirven para justificarlas. Las reglas están especificadas en los contextos y son más restrictivas en su alcance. Beauchamp y Childress parten del enunciado de cuatro principios fundamentales: autonomía o respeto a las personas, a sus opiniones y a elegir y realizar acciones basadas en los valores y creencias personales; no maleficencia, que obliga a no causar daño a otro; beneficencia, que exige prevenir o eliminar el daño y promover el bien; y justicia en el tratamiento igual de las personas a menos que entre ellas se dé una diferencia relevante. Por lo que hace a las reglas, pueden justificarse en un solo principio o en la combinación de varios. Ellas son las reglas de veracidad, privacidad, confidencialidad y fidelidad.

Lo relevante a destacar para nuestros propósitos es que para Beauchamp y Childress los principios deben entenderse *prima facie* y no como absolutos, es decir, obligan siempre y cuando no entren en conflicto entre sí. Si resulta un conflicto, se deben jerarquizar considerando la situación concreta. No existen criterios para determinar la prioridad de un principio sobre otro, por lo tanto, el recurso final debe ser un consenso entre todos los integrantes, por ejemplo, de un comité decisorio. Dígase lo mismo de las reglas en tanto dependientes de los principios, con la diferencia de que así como los principios no pueden eludir cierta preferencia débil con respecto a alguna de las dos grandes teorías éticas, consecuencialista o deontológica, las reglas no pueden obviar ciertas disposiciones de carácter y virtudes personales en las relaciones médico-paciente, lo que las acerca a las teorías particularistas.

La teoría de Beauchamp y Childress ha representado, sin lugar a dudas, el punto de referencia obligado de los teóricos de la bioética, y también blanco de ataque desde teorías generalistas y particularistas, especialmente de estas últimas, como ya se ha visto. Las sucesivas ediciones de la obra han ido incorporando algunas de esas críticas y las respuestas a las mismas. Quiero detenerme ahora en un artículo ya citado de Tom Beauchamp, que me resulta especialmente interesante porque retoma algunas de las críticas y en su respuesta lo acerca a la idea de un equilibrio reflexivo apartándolo de una concepción estrictamente principalista.

Como vimos más arriba, Beauchamp rechaza lo que él ha llamado una concepción «robusta» de los principios para adherir a una concepción *prima facie.* Lo que no es admisible en la concepción robusta, piensa este autor, es el carácter no exceptuable y fundacional de los principios y opone a éstos lo que con Rawls llama «juicios considerados», ponderados o razonables. Un juicio es considerado si cumple con las siguientes condiciones: 1. existe un *juicio* moral; 2. que se mantiene *imparcial*; 3. la persona que realiza el juicio es *competente*; 4. el juicio es *generalizable* a todos los casos similares; y 5. es *coherente* en tanto refleja una rica historia de adaptación a la experiencia moral generando credibilidad y confianza entre los individuos. Estas condiciones no son privativas de los principios, ni de las reglas. Los juicios pueden darse en cualquier nivel de generalidad aun en los juicios sobre los casos concretos. Lo que se requiere es que a partir de su formulación se realice un proceso de ida y regreso, de abajo hacia arriba, y a la inversa, hasta encontrar un punto de equilibrio. Si éste, por ejemplo, se ha alcanzado en un nivel muy particular, es suficiente, sin necesidad de tener que buscar algún principio más general justificatorio. Así por ejemplo, el juicio «los jueces no deben ser influenciados durante sus deliberaciones» en tanto reúne las cinco condiciones señaladas más arriba resulta un buen candidato para un juicio ponderado, sin necesidad de recurrir, o hacerlo descansar, en algún principio ulterior de justificación o en alguna teoría general comprensiva. Con este procedimiento, piensa el autor, se evitan los dos problemas más recurrentes que presenta la concepción robusta: el deductivismo y el distanciamiento de la moralidad común. La concepción *prima facie*, enfáticamente afirma Beauchamp es enemiga, no amiga del deductivismo. Los principios *prima facie* no son instrumentos para deducir reglas o juicios no exceptuables. No existe ya una relación de dependencia sino de *independencia* entre las proposiciones. Más aún, los juicios ponderados tal como se presentan, de acuerdo con el método del equilibrio reflexivo, son compatibles con la casuística y su tesis de los «casos paradigmáticos». Para que un caso pueda ser comparado y «transportado» a otro caso, hasta dar con el caso paradigmático, es necesario algún nivel de generalidad y de imparcialidad y, en este sentido, la misma idea de «paradigma» contiene ya la de principio *prima facie.*

En la misma línea del «equilibrio reflexivo», a la que adhiere Beauchamp, se encuentra Dan Brock, quizás uno de los teóricos contemporáneos más importantes en el campo de la bioética. Brock comienza criticando tanto las posiciones generalistas como las particularistas. Las primeras por su deductivismo y las segundas por su rechazo de algún criterio racional e imparcial que permita dirimir los conflictos concretos. No me detendré en estas críticas que, con más o menos especificaciones, han ido apareciendo a

lo largo del trabajo. Más interesante es su defensa de un equilibrio reflexivo en términos de «consistencia» del propio razonamiento moral. Si bien es inaceptable partir de una teoría general independiente y establecida como la única verdadera, que mecánicamente se aplica para la resolución de los casos concretos, piensa Brock, lo cierto es que cualquier razonamiento en torno a dichos casos supone, implícita o explícitamente, fragmentos o partes de teorías generales. Precisamente, la consistencia en el razonamiento moral significa aceptar las implicaciones de las razones o principios a los que uno apela en la resolución de los casos particulares. Sucede con mucha frecuencia que las convicciones más profundas tienen que ver, no con un juicio o situación determinada, sino con principios generales, y con ciertas teorías implícitas. Así, por ejemplo, el principio de igualdad de oportunidades, característico de una teoría liberal, y de la moral y cultura política americana, en particular, ha sido usado para decidir sobre problemas concretos de inequidad en el acceso a los servicios de salud. Ésta es, sin duda, una concesión que debe hacerse a las teorías generalistas. Pero es cierto, también, que tales convicciones pueden entrar en conflicto con otras convicciones igualmente generales, o bien, con juicios morales sobre casos particulares, y aún con la apreciación sobre los hechos empíricos, con respecto a los cuales tampoco hay consenso. Lo que se requiere entonces es alcanzar un equilibrio reflexivo en el que la revisión de los principios o de las convicciones individuales debe ser tal que permita al individuo conservar el máximo de convicción que sea posible.

Brock se anticipa a una posible crítica. Tomar las convicciones como punto de partida para el equilibrio reflexivo, sean en un dominio particular o más general, que impliquen los valores de una comunidad y de una cultura determinada, ¿no conduciría a un conservadurismo moral, a un reforzamiento del *status quo*? ¿No estamos finalmente en presencia de un subjetivismo relativista? De ninguna manera, piensa el autor, ya que en el proceso de revisión de las convicciones deben considerarse por igual, y críticamente, las mismas alternativas, por más radicales o aberrantes que ellas fuesen. Si al término de este ejercicio crítico se concluye en la incompatibilidad de dos juicios morales, entonces, sin duda debe asumirse una posición relativista, pero un relativismo que Brock denomina «justificatorio». El debate entre subjetivistas y objetivistas termina resolviéndose, finalmente en favor del primero, si se comprende que al término del proceso deliberativo, las teorías, principios y reglas dependerán de lo que cada individuo esté dispuesto a asumir e incorporar libremente en su vida. La elección de alguno de los dos juicios incompatibles es, sin duda, subjetiva, pero no arbitraria, sino justificada en una deliberación moral pública.

Antes de pasar al texto de Atienza, vale la pena hacer algunos comentarios a las posturas de Beauchamp y Brock. Con respecto al primero, pienso que el recurso al «equilibrio reflexivo» lleva toda la intención de tomar distancia de esquemas generalistas-deductivistas e incorporar los principios generales al discurso moral con un valor *prima facie.* Esto me parece aceptable. Lo que no queda claro es cómo hacer compatible entre sí algunas de las condiciones que señala el autor para que exista un juicio ponderado. ¿Cómo es posible sostener al mismo tiempo la condición de imparcialidad con la de coherencia? Si la imparcialidad supone un punto de vista moral crítico que, por definición, requiere asumir una posición independiente de las situaciones particulares, y la coherencia, sólo es comprensible en términos de una adaptación de los principios a la moral positiva de una comunidad cultural determinada –por más «rica» que ésta sea– entre ambas condiciones puede darse una incompatibilidad manifiesta. Ser imparcial podría significar, eventualmente, estar en contra de la moral positiva de una comunidad, es decir, ser a la vez, incoherente. Vale también la inversa. Pero lo que resulta más difícil comprender es que se exijan como condiciones del juicio ponderado la imparcialidad y la generalidad, y aún la propia coherencia, y a la vez, se sostenga que tales juicios no son dependientes sino independientes. Cualquier generalización requiere de algún metacriterio para la comparación de los casos a no ser que generalizar se reduzca a una simple enumeración y conteo de los mismos. Y esto no es lo que se propone. Con más razón en relación a la imparcialidad, con respecto a la cual el metacriterio se constituye en una razón justificatoria y, por lo tanto, exige establecer un vínculo de dependencia con el juicio particular. La misma condición de coherencia demanda una relación de dependencia ente el juicio particular y un convencionalismo social, como criterio. Creo que, finalmente, el autor termina concediendo demasiado a la casuística, quizás en un empeño por tomar distancia de las críticas a su teoría principalista inicial.

Brock parte de una concepción del «equilibrio reflexivo», no en términos de coherencia sino de consistencia. Reconoce la relación de dependencia de los juicios particulares con los principios como razones justificatorias y, finalmente, la comprensión de una teoría general implícita en la elección de los mismos. La defensa de un equilibrio reflexivo no tiene por qué estar reñida con principios justificatorios y, por lo tanto, con relaciones de dependencia. Esto creo que es correcto. Lo cuestionable de su propuesta es, por una parte, el criterio de corrección del «equilibrio reflexivo», es decir, el criterio que afirma que se debe procurar conservar el máximo de convicción posible y, por la otra, lo que denomina, con poco acierto a mi juicio, relativismo justificatorio. ¿Qué significa en el proceso de revisión entre principios y juicios particulares llegar al punto en el que el criterio sea que

el individuo, o los individuos, conserven el máximo de convicción? Resulta claro que si no hay conflicto, es decir, nadie tiene convicciones sobre juicios particulares o principios generales que choquen entre sí, no es necesario buscar un equilibrio. Puede ser que en el mismo proceso de deliberación desaparezca la convicción y entonces el conflicto quede resuelto. Pero si éste persiste, no basta con proponer que se mantenga el máximo de convicción que sea posible, sino que se requiere de algún criterio para determinar, precisamente, qué es lo máximo y qué es lo posible. Brock está consciente que el criterio de corrección es insuficiente. Puesto que rechaza la posibilidad de un objetivismo ético, aun en los términos de un consenso sobre hechos empíricos, la vía que encuentra más aceptable es la del subjetivismo. No un subjetivismo arbitrario y conservador –puesto que tal subjetivismo es el resultado de un proceso de discusión pública en el que se han ponderado aún las posiciones más radicales– sino justificatorio y, finalmente, individual. Y esto es lo que resulta confuso. Que al final de un proceso arduo de deliberación, en el que se concluye con juicios antagónicos, sea el individuo el que debe decidir qué opción seguir y cómo incorporarla en su vida, es algo obvio que un liberal no puede más que aplaudir, pero no es éste el problema que está a discusión. Estas decisiones en términos de autenticidad, sinceridad, hipocrecía, tan caras a filósofos como Charles Taylor y Bernard Williams, puede ser interesante analizarlas desde un punto de vista psicológico y social, pero no desde el punto de vista de una moral crítica. Aquí lo que se requiere son criterios morales que permitan decidir con alguna pretensión de corrección, imparcialidad y objetividad, con el fin de consensuar reglas que orienten y ordenen las conductas de los individuos. En este sentido, un subjetivismo justificatorio, desde mi punto de vista, resulta ser una *contradictio in terminis.*

En un texto, multicitado en el contexto de la discusión sobre bioética en habla castellana, Manuel Atienza ofrece una de las contribuciones más lúcidas en el debate que nos ocupa. «Juridificar la bioética» no es, de acuerdo con el autor, el título de un artículo que pretenda «una vuelta a la deontología médica tradicional, esto es, a la concepción de la ética médica –y, por extensión, de la bioética– como un código único de preceptos y obligaciones aplicados según procedimientos burocráticos y respaldados coactivamente»; de lo que se trata, más bien, es de «sostener que hay un tipo de conflicto jurídico cuya resolución consiste justamente en "ponderar" principios contrapuestos y que, para tratar con esos casos, se ha ido desarrollando una metodología que podría resultar de utilidad también para la aplicación de los casos concretos de los principios de la bioética». Después de pasar revista y criticar la teoría «principalista» de Beauchamp y Childress; la tópica o «casuística» de Jonsen y Toulmin; y la que, a reserva de un me-

jor nombre, podría denominarse la de «principios jerarquizados» del filósofo español Diego Gracia; Atienza desarrolla su propia concepción. Quiero comentar su propuesta a partir de tres premisas básicas: la aceptación de un objetivismo moral; una ordenación jerarquizada de principios primarios y secundarios; y la distinción entre principios y reglas.

Para Atienza la tópica de Jonsen y Toulmin y el modelo propuesto por Diego Gracia, sobre el que regresaré en seguida, «apuntan en la dirección adecuada al esforzarse por construir una ética –o una bioética– que proporcione criterios de carácter objetivo y que, por así decirlo, se sitúe a mitad del camino entre el absolutismo y el relativismo moral», aunque el autor los critique inmediatamente, por otras razones. Si bien Atienza no desarrolla en este trabajo su concepción metaética objetivista, creo que es uno de los supuestos básicos para dar sentido al mismo. Por lo pronto, como bien lo ha mostrado James Fishkin, no debe confundirse el objetivismo con el absolutismo moral, ni mucho menos con el relativismo.[25] En la línea de Mario Bunge y Ernesto Garzón Valdés pienso que Atienza no tendría mayor inconveniente en aceptar que se puede alcanzar un consenso profundo con respecto a las necesidades básicas que demanda cualquier ser humano –para nuestro caso en materia de salud y medicina– y que tales necesidades no son objeto de negociación, ni de acuerdos mayoritarios, ni sujetas a los valores culturales de una comunidad. Creo que también estaría de acuerdo en que la exigencia de satisfacción de tales necesidades es una condición necesaria para el ejercicio de la autonomía personal [26]; que «los hombres tienen derecho a no ser dañados en sus intereses vitales y tienen el deber de no dañar a los demás impidiendo la satisfacción de sus necesidades básicas o de sus intereses vitales» [27], y que la consideración igualitaria de las personas en sus exigencias de cuidado y salud supone el rechazo de cualquier trato discriminatorio por razones de sexo, raza, convicciones religiosas, etc. En síntesis, que los principios normativos de autonomía, beneficencia, no maleficencia e igualdad, no se construyen arbitrariamente, ni se proponen dogmáticamente, sino

---

[25] James Fishkin, *Justice, Equal Opportunity and the Family,* Yale University Press, New Haven, 1983, pp. 169 ss. Y, del mismo autor, «Las fronteras de la obligación», en *Doxa,* No. 3, Alicante, 1986, pp. 80-82. Como señala Fishkin, existe una tendencia común a creer que cualquier alejamiento del absolutismo moral, por mínimo que éste sea, conduce irremediablemente al relativismo o a la arbitrariedad. Uno de los ejemplos más ilustres de esta posición es el de Leo Strauss, que en su crítica a Isaiah Berlin reprocha a éste su intento de ubicarse en un punto intermedio entre el relativismo y el absolutismo con la propuesta de un objetivismo pluralista de los valores. Véase pp. 190 y ss.

[26] Véase Carlos Nino, «Autonomía y necesidades básicas», *Doxa,* No. 7, Alicante, p. 22.

[27] Ernesto Garzón Valdés, «Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge», en *Derecho, ética y política,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 546 y ss.

que se levantan sobre la aceptación de un dato cierto: el reconocimiento y la exigencia de satisfacción de las necesidades básicas. Es la afirmación de este objetivismo moral el que permite tomar distancia por igual de las teorías generalistas y particularistas en bioética y, por lo tanto, del absolutismo y el subjetivismo moral, que las caracterizan, respectivamente.

La crítica de Atienza a la concepción de Diego Gracia va delineando lo que luego será su propuesta de orden y enunciado de los principios. Para Gracia, en la interpretación de Atienza, los cuatro principios clásicos de la bioética no tienen el mismo rango porque su fundamentación es distinta: «La no-maleficencia y la justicia se diferencian de la autonomía y la beneficencia en que obligan con independencia de la opinión y la voluntad de las personas implicadas, y […] por tanto, tienen un rango superior a los otros dos». Los principios del primer nivel –no maleficencia y justicia– son, además, «expresión del principio general de que todos los hombres somos básicamente iguales y merecemos igual consideración y respeto».[28] Atienza critica a Gracia, creo que con razón, en el sentido de que la división de los principios que sugiere no está justificada: «Por un lado, el fundamento de esa jerarquización (el hecho de que unos obligan con independencia de la opinión y la voluntad de los implicados) parece envolver una suerte de *petición de principio*: si se acepta el criterio, entonces, obviamente, la autonomía ha de tener un rango subordinado, pero lo que no se ve es por qué ha de ser ése el criterio de la jerarquía; esto es, queda sin fundamento por qué la opinión y la voluntad de los implicados –o sea, la autonomía– ha de subordinarse a alguna otra cosa, a algún otro valor». Por otro lado, si se acepta la prioridad del principio de igual consideración y respeto por encima del de autonomía, «no se entiende muy bien por qué la opinión y la voluntad de un individuo ha de contar menos que la de otro, esto es, no se entiende por qué la autonomía no es también expresión de ese principio general».[29]

Atienza propone cuatro principios ordenados de la siguiente manera: autonomía, dignidad, igualdad e información. Estos principios responden a las siguientes preguntas: «a) ¿quién debe decidir (el enfermo, el médico, los familiares, el investigador)?; b) ¿qué daño y qué beneficio se puede (o se debe) causar?; c) ¿cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás?, y d) ¿qué se debe decir y a quién?» Estos cuatro principios serían suficientes para resolver los «casos fáciles», pero son insuficientes para los «casos difíciles». Para éstos se requeriría de principios secundarios que derivaran de los primarios de modo tal que ante la insuficiencia del principio de autonomía se apelara al principio de paternalismo justificado; de la insuficiencia del de dignidad al de utilitarismo restringido; del de igualdad al

[28] Citado po Manuel Atienza, *op. cit.,* pp. 67 y ss.

[29] *Ibid.*

de trato diferenciado y del de información al de secreto. En el discurso práctico –por ejemplo, en un comité de ética– se podría establecer «una cierta prioridad en favor de los primeros, que podría adoptar la forma de una regla de carga de la argumentación: quien pretenda utilizar, para la resolución de un caso, uno de estos últimos principios (por ejemplo, el de paternalismo frente al de autonomía, etcétera) asume la carga de la prueba, en el sentido de que es él quien tiene que probar que, efectivamente, se dan las circunstancias de aplicación de ese principio».[30] El enunciado de los principios secundarios que Atienza propone sería como sigue:

Principio de paternalismo justificado: «Es lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro si: a) este último está en situación de incompetencia básica; b) la medida supone un beneficio objetivo para él, y c) se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia.»

Principio de utilitarismo restringido: «Es lícito emprender una acción que no supone un beneficio para una persona (o incluso que no le supone un daño), si con ella: a) se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable para otro u otros; b) se cuenta con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría), y c) se trata de una medida no degradante.»

Principio de trato diferenciado: «Es lícito tratar a una persona de manera distinta que otra si: a) la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea universalizable; b) produce un beneficio apreciable en otra u otras, y c) se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad.» [31]

Atienza enuncia un cuarto principio secundario –el del secreto– que correspondería al principio primario de información.[32] Creo que este par de principios podría subsumirse adecuadamente en el principio de autonomía personal y de paternalismo justificado, respectivamente. Parece claro que para que un individuo pueda decidir con respecto a aquello que le afecte a su salud es una condición necesaria que se encuentre debidamente informado. La doctrina del «consenso informado», tan desarrollada en el contexto anglosajón, es una prolongación natural del debido respeto a la autonomía de cada individuo.

Con todo, sea mediante principios primarios y secundarios, por su carácter de «inconcluyentes», no sería posible aún resolver definitivamente un ca-

---

[30] *Ibid.,* pp. 83 y ss.

[31] *Ibid.*

[32] Para un análisis del secreto médico en relación con el paternalismo, véase Ramón Casals Miret y Lydya Buisán Espeleta, «El secreto médico», en María Casado, *Bioética, derecho y sociedad,* Madrid, Trotta, 1998, pp. 151-176.

so. Por tanto, además de principios son necesarias las reglas, es decir, «un conjunto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y que permitan resolver los problemas prácticos que se plantean y para los que no existe, en principio, consenso». El problema fundamental de la bioética no sería otro, en definitiva, que el de pasar del nivel de los principios al de las reglas. Atienza ilustra este tránsito de niveles con varios ejemplos: a) ante el caso controvertido de la transfusión sanguínea a un niño Testigo de Jehová, el principio primario de autonomía personal de los padres, debe ceder ante el principio secundario de paternalismo justificado que justifica la regla: «un padre no puede impedir que a su hijo se le trasfunda en caso de necesidad»; b) ante la situación concreta de acceder a los órganos de un cadáver, el posible principio primario de dignidad del cadáver y el de autonomía de los parientes, debe ceder ante el principio secundario del utilitarismo restringido que justifica la regla: «es lícito trasplantar un órgano de un fallecido sin contar con el consentimiento de sus familiares»; c) ante la escasez de órganos y la creciente demanda de los mismos, el principio primario de igualdad debe ceder ante el principio secundario de trato diferenciado que justifica la regla: «Es lícito preferir para un trasplante (a igualdad de otras condiciones) al enfermo que pueda pronosticarse una mayor cantidad y calidad de vida».

Regresando a las preguntas iniciales pienso que es precisamente en este proceso deliberativo de ponderación de principios y de tránsito de los principios a las reglas donde la actividad del filósofo desempeña un papel importante. Con todo, que los principios normativos sean relevantes para orientar las decisiones de los funcionarios públicos de la salud o de los miembros de los comités de bioética parece claro siempre que se aceptan algunas condiciones: 1. su pluralidad e inconmensurabilidad; 2. su objetividad en tanto expresan la exigencia de satisfacción de necesidades básicas; 3. su valor *prima facie*; 3. la distinción entre principios primarios y secundarios; y 4. el tránsito necesario de los principios a las reglas para la resolución de las situaciones concretas y conflictivas. El conjunto de principios y reglas –de resoluciones que fueran emanando de cada uno de los comités hospitalarios, estatales y a nivel nacional– irían conformando, como lo sugiere el propio Atienza, una suerte de «jurisprudencia», que garantizaría continuidad en las decisiones y seguridad entre los ciudadanos. Que la elección y conformación de tales principios y reglas suponga alguna teoría general implícita creo, con Dan Brock, que resulta inevitable, pero de ninguna manera debe ser un impedimento para resoluciones argumentadas y eficaces.

EL PROCESO DE CREACIÓN DE DERECHO

Rafael Hernández Marín
Universidad de Murcia

I. Introducción

El proceso que comienza con la elaboración de un documento y finaliza con la conversión de dicho documento en Derecho atraviesa diversas etapas. En muchas de ellas, el documento va adquiriendo nuevas propiedades que la doctrina describe en unos términos que me parecen sumamente insatisfactorios.

Así, hay autores que dicen y repiten que un documento aprobado por las Cortes Generales es una Ley, o sale de esa fase convertido ya en Ley. Aunque también afirman, con la misma insistencia, que la publicación es un requisito necesario para la existencia de una Ley. ¿Acaso la contradicción no es evidente?

Otras veces, la afirmación de que un documento aprobado por las Cortes es una Ley, o incluso una disposición jurídica, va acompañada de la tesis de que la sanción del Jefe del Estado perfecciona esa Ley, y la publicación le añade una perfección ulterior; perfección que, según algunos autores, alcanza el grado sumo con la entrada en vigor. Con ello se quiere decir que, aunque al ser aprobado por las Cortes adquiera la cualidad de ser Ley, el documento va perfeccionando dicha cualidad en las fases sucesivas de sanción, publicación y entrada en vigor. Sin embargo, la cualidad de ser Ley no es graduable: un documento o es o no es una Ley, en términos absolutos; y, dados dos documentos que sean Leyes (cualesquiera que sean los requisitos que sean exigidos para que algo sea una Ley), ninguno de ellos tiene la cualidad de ser Ley con mayor perfección, o en mayor medida, que el otro, ni con mejor título que el otro.

También llaman la atención las propiedades que, según se dice, adquiere un documento a lo largo de las diversas etapas del proceso de creación de Derecho: ejecutoriedad, fuerza vinculante, obligatoriedad, validez, eficacia, aplicabilidad, vigencia, etc. Y a ello hay que añadir que algunas de estas propiedades a veces se poseen por partida doble (se habla, por ejemplo, de la «doble ejecutoriedad» de una Ley); otras comprenden subespecies (se

distingue a veces entre validez formal y validez material); y otras, finalmente, admiten graduación (se habla, por ejemplo, de la «eficacia intermedia» de una Ley). Pero, en realidad, muchos de los términos citados no expresan propiedades. Por ejemplo, si decir que una Ley es obligatoria o aplicable significa que la Ley debe ser cumplida o debe ser aplicada, ni «es obligatoria», ni «es aplicable» expresarían propiedades; de la misma manera que «debe ser generoso» no expresa ninguna propiedad de Pedro, al decir «Pedro debe ser generoso». Por lo demás, no es fácil saber cuáles de aquellos términos son sinónimos, ni qué diferencias semánticas o relaciones hay entre ellos, a pesar de que son manejados como términos familiares, que no necesitan ninguna aclaración.

La exposición que sigue está dividida en dos partes. En la primera, expreso mis opiniones respecto a: a) qué etapas o aspectos del proceso de creación de Derecho son relevantes para la conversión de un documento en Derecho y cuáles no; y b) qué ocurre en esas etapas. En la segunda parte, expongo las dificultades que existen para identificar un documento como Derecho y algunas consecuencias que se derivan de dichas dificultades.

II. Cuerpos legales y cuerpos jurídicos

1. El término «Resolución del Rectorado de la Universidad de Salamanca» es usado para significar un documento firmado por el Rector de la Universidad de Salamanca, y en cuyo encabezamiento figura la expresión «Resolución». Análogamente se entiende el término «Orden Ministerial»: como un documento firmado por un Ministro, y en cuyo encabezamiento figura la expresión «Orden».

Las cosas son distintas, al menos parcialmente, con el término «Decreto del Gobierno». Por «Decreto del Gobierno» se entiende un documento en cuyo encabezamiento aparece la expresión «Decreto», y que presenta otras características recogidas en ciertos enunciados jurídicos. Por ejemplo, atendiendo al art. 62 *f)* de la Constitución, los Decretos del Gobierno son documentos acordados por el Consejo de Ministros y que están expedidos por el Rey.

Con el término «Ley», en el ámbito jurídlco, ocurre algo parecido que con el término «Decreto del Gobierno». Por «Ley» se entiende un documento en cuyo encabezamiento aparece la expresión «Ley», y que presenta otros rasgos recogidos en ciertos enunciados jurídicos, concretamente, en los enunciados constitucionales que regulan el proceso legislativo. Por ejemplo, conforme a dichos enunciados, condición necesaria para que un documento sea una Ley es que dicho documento haya sido aprobado por las Cortes Generales.

2. La exposición anterior es, naturalmente, una simplificación de la realidad: no tiene en cuenta la posibilidad de delegación, ni la necesidad de refrendar el acto del Rey de expedir un Decreto, omite pronunciarse, con relación a las Leyes, sobre la importancia de la sanción y de la promulgación, etc.

Sin embargo, es suficiente para destacar los puntos siguientes:

A) Los documentos citados son, todos ellos, *cuerpos legales.* Y cualquier categoría de cuerpos legales, por ejemplo, la de los Decretos del Gobierno, puede ser definida mediante una serie de predicados F_1, F_2, ..., F_n, que expresen los rasgos que consideramos necesarios y, conjuntamente, suficientes para calificar algo como un Decreto del Gobierno.

B) En la creación de un cuerpo legal cualquiera C, pueden ser cometidas «irregularidades» de cuatro clases:

1) La primera consiste en que la creación de C haya sido infringido un enunciado *jurídico prescriptivo E* que regula la creación de los cuerpos legales de la misma categoría que *C*.

Supongamos que *C* es una Ley, y *E*, un enunciado jurídico prescriptivo que regula la creación de las Leyes, por ejemplo, el art. 88 de la Constitución (que ordena que el Gobierno adjunte una exposición de motivos y unos «antecedentes» a los proyectos de Ley que someta al Congreso). *C* sería irregular, si ha sido creada infringiendo este enunciado.

2) La segunda forma de irregularidad consiste en que *C* contenga algún enunciado E_1 que sea incorrecto según algún enunciado jurídico *E cualificatorio* (de rango jerárquico superior a E_1).

Sea *E* el art. 25.3 de la Constitución, que establece que la Administración civil no puede imponer sanciones privativas de libertad. Según he sostenido en otro lugar, éste es un enunciado cualificatorio que significa lo siguiente: «Los enunciados creados por la Administración civil y que impongan sanciones privativas de libertad son incorrectos».

Supongamos, por otra parte, que *C* es una Orden Ministerial y contiene un enunciado E_1, que castiga ciertas infracciones graves de la normativa reguladora de la caza o la pesca con una pena privativa de libertad. En este caso, diríamos que E_1 (al ser un enunciado creado por la Administración civil y que impone una sanción privativa de libertad) es un enunciado incorrecto según *E* (según el art. 25.3 de la Constitución). Por esta razón, E_1 sería un enunciado irregular, en un segundo sentido del término «irregular».

3) La tercera forma de irregularidad consiste en que *C* contenga algún enunciado E_1 que sea contrario a algún enunciado jurídico *E* (de rango jerárquico superior a E_1).

Dejaré a un lado la delicada cuestión de determinar cuándo dos enunciados legales son contrarios (y también el problema de la jerarquía norma-

tiva). E1 punto que deseo señalar en este momento es que existe una tercera forma de irregularidad, que hay que distinguir de las dos clases anteriores, especialmente, de la segunda de ellas.

Pues sea *C* una Ley. Y sea E_1 un enunciado, contenido en C, que establece que los Delegados del Gobierno pueden (en ciertos casos) imponer sanciones privativas de libertad. Este enunciado E_1 sería contrario, en un sentido plausible del término «contrario», al enunciado *E* del último ejemplo (al art. 25.3 de la Constitución). Por ello, sería un enunciado irregular, en un tercer sentido de este término.

4) Existe aún una cuarta forma posible de irregularidad. *C* sería irregular, en este último sentido, si contuviera un enunciado E_1, cuya creación (dicho brevemente) no hubiera sido autorizada por ningún enunciado jurídico *E*, esto es, un enunciado E_1 tal que no existe un enunciado jurídico *E* según el cual E_1 es correcto.

C podría ser, por ejemplo, una Resolución del Rectorado de la Universidad de Salamanca, y E_1, un enunciado, contenido en *C*, que establece que todos los miembros de dicha Universidad deben vacunarse de la gripe antes del comienzo del curso académico. De este enunciado E_1 diríamos que no existe ningún enunciado jurídico *E* que autorice su creación, o que no existe ningún enunciado jurídico *E* según el cual E_1 es correcto.

Mientras que la segunda forma de irregularidad del cuerpo legal *C*, antes descrita, consiste en que según el Derecho (según un enunciado jurídico *E*) el enunciado E_1, contenido en *C*, es incorrecto, esta última forma de irregularidad consiste en que no sucede que según el Derecho (según algún enunciado jurídico *E*) el enunciado E_1, contenido en *C*, es correcto.

La primera forma de irregularidad que ha sido descrita afecta a todos los enunciados contenidos en *C*. En cambio, las tres últimas sólo afectan al enunciado E_1.

C) La terminología legal y doctrinal que suele ser usada para aludir a los cuatro tipos de casos que acaban de ser diferenciados no es precisa, ni uniforme, ni tampoco distingue entre dichos casos. En cualquiera de los tres primeros casos, se diría (utilizando los términos que aparecen en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, arts. 27, 28, 33, 35, etc.) que el cuerpo legal *C* es «disconforme» con el enunciado jurídico *E*, o lo «infringe», o es «contrario» a él. En el último caso de irregularidad descrito, es posible que se afirme que E_1 o *C* no es conforme con el Derecho, o lo infringe o es contrario a él.

Esta terminología debería ser sustituida por otra más refinada. Pues, por ejemplo, de infracción sólo cabe hablar, en rigor, en el primer tipo de irregularidad. Y, por muy ampliamente que se entienda el término «contrario»,

éste no puede o no debe cubrir los tres primeros tipos irregularidad que han sido diferenciados, y en ningún caso el cuarto.

Sin embargo, ese refinamiento de la terminología queda al margen de los objetivos del presente trabajo[1]. Para dichos objetivos, es suficiente hablar genérica y vagamente de «irregularidad»; y, cuando sea necesario, precisar de qué tipo de irregularidad se trata.

D) Paralelamente a las cuatro formas de irregularidad que acaban de ser diferenciadas, podemos distinguir cuatro formas de regularidad. Y la primera tesis del presente trabajo que deseo destacar es que, *para que un documento sea un cuerpo legal, de cualquier categoría, no es preciso que sea regular,* en ninguno de los cuatro sentidos del término «regular».

O dicho de otra manera: para que un documento sea, por ejemplo, un Decreto del Gobierno, es preciso que haya sido acordado por el Gobierno. Un Decreto del Gobierno que no haya sido acordado por el Gobierno es imposible; no es en realidad un Decreto del Gobierno. Pero un Decreto del Gobierno irregular, en cualquiera de los cuatro sentidos del término «irregular», es perfectamente posible; no por ser irregular deja de ser un Decreto del Gobierno. Entre los predicados F_1, F_2, ..., F_n, que definen el término «Decreto del Gobierno», no figura el término «es regular».

Del mismo modo, para que un documento sea una Ley (en la España actual, naturalmente), es preciso que haya sido aprobado por las Cortes Generales; pero no es preciso que sea regular, en ninguno de los cuatro sentidos del término «regular». Una Ley no aprobada por las Cortes no es una Ley; pero una Ley irregular sí lo es. Entre las propiedades cuya presencia en un documento es necesaria y, conjuntamente, suficiente para que califiquemos dicho documento como una Ley se halla el haber sido aprobado por las Cortes; pero no se halla el ser regular, en ninguno de los cuatro sentidos. Éstas son consecuencias del uso corriente del término «Ley».

3. Conviene, en este momento, detenerse a examinar el caso particular de las Leyes, para determinar si los actos de sanción y promulgación de las Leyes por el Jefe del Estado son necesarios para la existencia de un cuerpo legal de dicha categoría.

Comencemos examinando la promulgación. Ésta, en cuanto acto de certificación (o de notificación, según algunos autores) de la existencia de una Ley, presupone conceptualmente que la Ley existe previamente al acto de promulgar. De ahí que la promulgación no sea un elemento constitutivo de la Ley.

---

[1] Un intento en este sentido es el de Riccardo GUASTINI: *Il giudice e la legge*, G. Giappichelli, Torino, 1995, pp. 146-154.

Por lo que respecta a la sanción, y al margen de que una sanción sin la contrapartida de la posibilidad de veto, como es el caso actualmente en España, dudosamente merece tal nombre, hay un dato que considero determinante. Se trata de que, en la España actual, la sanción se identifica con las palabras «vengo en sancionar», que el Jefe del Estado expresa incrustadas en la fórmula de promulgación. De manera que la sanción y la promulgación son actos simultáneos. Luego si un documento era una Ley antes de ser promulgado, también lo era antes de ser sancionado. De lo cual se deduce que tampoco la sanción es necesaria para la existencia de una Ley.

Así, pues, antes de ser sancionado y promulgado por el Jefe del Estado, el documento que es aprobado por las Cortes con el título de «Ley» ya es una Ley, esto es, un cuerpo legal de la categoría de las Leyes.

4. La *segunda tesis* que deseo destacar es que, *para que un documento sea un cuerpo legal de cualquier categoría, tampoco es preciso que haya sido publicado.* Una Resolución del Rectorado de la Universidad de Salamanca no publicada es una Resolución del Rectorado de la Universidad de Salamanca; no carece de dicha cualidad por no haber sido publicada. Del mismo modo, una Ley no publicada también es una especie de Ley, no una especie de no Ley. Para que un documento sea una Ley ha de ser aprobado por las Cortes Generales, pero no es preciso que sea publicado.

Así lo consideran incluso los autores que, en teoría, afirman que la publicación es condición necesaria para que un documento sea una Ley o para la perfección de una Ley. Pero, en la práctica, cuando comentan algún caso (de la época franquista) de Leyes no publicadas, ninguno de dichos autores afirma que tales documentos no eran, o no eran realmente, Leyes.

Creo, en definitiva, que los dos únicos aspectos que de hecho tenemos en cuenta para identificar un documento como un cuerpo legal de una determinada categoría son su encabezamiento (que en él aparezca la palabra «Ley», o «Decreto», etc.) y el órgano que lo expide o aprueba.

5. La tercera y última *tesis* a destacar, que es la tesis central de este trabajo, es la siguiente: *un cuerpo jurídico es un cuerpo legal que ha sido publicado* (rectifico así la identificación, que he realizado en obras anteriores, entre cuerpos legales y cuerpos jurídicos).

Esta tesis presupone en cierto sentido que la publicación no es necesaria para la existencia de un cuerpo legal. Y afirma que, dado un documento que sea un cuerpo legal, para su conversión en un cuerpo jurídico es necesario y suficiente que sea publicado.

Esto es precisamente lo que sucede con los tratados internacionales, según el art. 96.1 de la Constitución y el art. Código Civil. Antes de ser publicados, los tratados existen como cuerpos legales (y quizá también como cuerpos jurídicos del ordenamiento jurídico internacional). Pero, para su in-

corporación al ordenamiento jurídico español, para su conversión en cuerpos jurídicos españoles, es condición necesaria y suficiente, según los artículos que acaban de ser citados, que sean publicados en el Boletín Oficial del Estado.

6. La que acabo de denominar «tesis central» del presente trabajo tiene las dos consecuencias siguientes:

1ª) La publicación de un documento, aunque no es necesaria para que éste se convierta en un cuerpo legal, sí es *necesaria* para que se convierta en un cuerpo jurídico. Comparto pues la opinión, aceptada por la doctrina de forma casi unánime, según la cual la publicación es condición necesaria de juridicidad. (Entre las escasas voces discordantes con dicha opinión figuran las de los filósofos del Derecho más influyentes de la segunda mitad del siglo XX, como H. Kelsen, A. Ross y H.L.A. Hart, los cuales no mencionan la publicación como requisito para que algo sea Derecho.)

Antes de la publicación, tenemos un cuerpo legal, por ejemplo, de la categoría de las Órdenes Ministeriales o de las Leyes. Pero ello no es aún un cuerpo jurídico; todavía no se ha creado Derecho.

2ª) La publicación es condición suficiente para que un cuerpo legal se convierta en un cuerpo jurídico.

Al ser publicado, el documento que previamente era ya un cuerpo legal de la categoría de las Órdenes Ministeriales (o de las Leyes) se convierte en Derecho, concretamente, se convierte en un cuerpo jurídico de esa misma categoría de las Órdenes Ministeriales (o de las Leyes). Con la publicación, un cuerpo legal de la categoría de las Órdenes Ministeriales (o de las Leyes) se incorpora al ordenamiento jurídico.

7. Un cuerpo jurídico puede ser irregular en los mismos cuatro sentidos en que puede serlo un cuerpo legal.

Pues sea *C* un cuerpo legal irregular. Cuando es publicado, *C* continúa siendo un cuerpo legal irregular, dado que la publicación no subsana, obviamente, dicha irregularidad. Por otra parte, y según se acaba decir, la publicación es condición suficiente para que un cuerpo legal se convierta en un cuerpo jurídico.

Por ello, al ser publicado, el cuerpo legal *C* se convierte en un cuerpo jurídico, a pesar de su irregularidad. En consecuencia, *C*, que ya era un cuerpo legal irregular, con la publicación se convierte además en un cuerpo jurídico irregular, en el mismo sentido en que era y es un cuerpo legal irregular.

Mas existe una forma ulterior de irregularidad que puede afectar a los cuerpos jurídicos, aunque no a los documentos que sean meramente cuerpos legales. Se trata de una irregularidad cometida en el proceso de conversión de un cuerpo legal en un cuerpo jurídico, esto es, en el proceso que comienza una vez que el cuerpo legal ya existe y finaliza en el momento de la

publicación del cuerpo legal. Aunque tampoco esta forma adicional de irregularidad de los cuerpos jurídicos afecta a su condición de cuerpos jurídicos (dado que la publicación es condición suficiente para que un cuerpo legal se convierta en un cuerpo jurídico).

Esta quinta forma de irregularidad es análoga a la primera forma de irregularidad de los cuerpos legales. Consiste en que un cuerpo *jurídico C* haya sido creado infringiendo alguno de los enunciados jurídicos prescriptivos que regulan la creación de los cuerpos *jurídicos* de la misma categoría que *C*.

Por ejemplo, un cuerpo legal que sea una Ley puede haber sido creado infringiendo el art. 88 de la Constitución antes citado, que regula la creación de los cuerpos *legales* de la categoría de las Leyes. Se trataría entonces de una Ley irregular (irregular en el primer sentido). Y algo *análogo* puede suceder en el caso de un cuerpo *jurídico* que sea una Ley, esto es, en el caso de una Ley publicada. Pues puede ocurrir que la creación de dicho cuerpo jurídico, su publicación, haya tenido lugar infringiendo un enunciado jurídico prescriptivo, como el art. 91 de la Constitución, que regula la creación de los cuerpos *jurídicos* de la categoría de las Leyes. Puede ocurrir, dicho más claramente, que ese cuerpo jurídico de la categoría de las Leyes no haya sido sancionado o promulgado por el Jefe del Estado; o también que éste, el Rey, no haya ordenado su publicación (y que la Ley haya sido publicada a instancia de otro órgano). En cualquiera de estos casos, también estaríamos ante una Ley irregular (irregular en el quinto sentido).

8. Cabría pensar en considerar la regularidad como una condición necesaria para que un documento se convierta en un cuerpo jurídico o meramente en un cuerpo legal. Cabría argüir, por ejemplo, que entre los predicados $F_1, F_2, \ldots, F_n$, que definen una categoría cualquiera de cuerpos legales, se halla el término «es regular».

Sin embargo, esta tesis tropieza con dificultades teóricas y prácticas:

Desde el punto de vista teórico, son conocidas las dificultades que existen para integrar la noción de regularidad (especialmente, la regularidad en el cuarto sentido) en el concepto de «norma jurídica»;[2] y las mismas dificultades encontraríamos al intentar considerar la regularidad como condición necesaria para la existencia de un cuerpo legal o jurídico de cualquier categoría. Al margen de ello está la circunstancia de que, de hecho, no consideramos la regularidad como condición necesaria para la existencia de un cuerpo legal. Calificamos un documento como Orden Ministerial, Decreto

[2] Véase al respecto José Juan MORESO: «Sobre normas inconstitucionales», en José Juan Moreso: *Normas jurídicas y estructura del Derecho,* México, Distribuciones Fontamara, 1997, pp. 59-100.

del Gobierno, etc., con independencia de que sea o no regular, sin examinar su contenido, ni preguntarnos cómo ha sido creado.

Desde el punto de vista práctico, considerar la regularidad como condición necesaria para que un cuerpo legal exista también conlleva dificultades. Pues determinar si un documento es o no regular exige un conocimiento del Derecho más que mediano; conocimiento que no está al alcance de la mayoría de los ciudadanos. Por lo cual, éstos no podrían determinar si algo es o no un cuerpo legal, en el caso de que los cuerpos legales fueran definidos mediante la nota de regularidad.

Mas, aunque la irregularidad de un documento no afecte a su carácter de cuerpo legal, ni a su carácter de cuerpo jurídico, ello no significa que para un cuerpo legal o jurídico sea indiferente el ser irregular. Pero la trascendencia jurídica que tenga la irregularidad de un cuerpo legal o jurídico no es consecuencia de la irregularidad *per se*. La trascendencia jurídica de este fenómeno, al igual que la de cualquier otro fenómeno, depende de las consecuencias que ciertos enunciados jurídicos, si los hay, atribuyan a la irregularidad o a un tipo concreto de irregularidad. Puede ser que existan enunciados jurídicos, como el del art. 1.2 del Código Civil, según el cual carecen de «validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior»; o como el del art. 6.3 del mismo código, que declara «nulos de pleno Derecho» los «actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas»; pero también puede ocurrir que no existan tales enunciados. Y también es una cuestión contingente la existencia o no de recursos, como el de inconstitucionalidad o el contencioso-administrativo, tendentes a remediar unas u otras irregularidades de los cuerpos jurídicos.

9. Por lo que respecta a la fecha de entrada en vigor, ésta es irrelevante tanto para la conversión de un documento en un cuerpo legal, como para su conversión en un cuerpo jurídico. Es más, como creo haber mostrado en otro lugar[3], con la llegada de la fecha de entrada en vigor, un documento, un cuerpo legal o jurídico, no adquiere ninguna nueva propiedad que antes no tuviera, ni siquiera la vigencia. Según sostengo en la obra que acabo de citar, la fecha de entrada en vigor sólo es relevante para lo que en dicha obra denomino «intervalos de referencia» de los enunciados jurídicos, sobre todo para el intervalo de subsunción.

10. La publicación de un cuerpo legal, además de convertir a éste en un cuerpo jurídico, también convierte en jurídicos a todos los enunciados contenidos en él.

Es posible describir, de esta manera, el proceso de creación de Derecho, de forma coherente y sin necesidad de recurrir a términos como los citados

[3] En *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 433-448.

al inicio: «obligatoriedad», «validez», «vigencia», etc. Ello no sólo es posible, sino también conveniente. Pues ni la fuerza vinculante, ni la obligatoriedad existen; los enunciados jurídicos ni tienen fuerza vinculante, ni es obligatorio cumplirlos (normalmente, no existen normas que ordenen cumplir los enunciados jurídicos, ni es necesario que tales normas existan). Por otro lado, hablar de vigencia o de intervalo de vigencia es fruto de una confusión. «Validez» es un término ambiguo: un enunciado válido es tanto un enunciado jurídico, simplemente, como un enunciado que se considera obligatorio, como lo que aquí llamaríamos un enunciado regular, especialmente, regular en el cuarto sentido. La aplicabilidad, en cualquiera de las dos acepciones plausibles de dicho término, no tiene nada que ver con el proceso de creación del Derecho: un enunciado jurídico puede ser aplicable, en cualquiera de los dos sentidos, a casos ocurridos antes de que el enunciado fuera legal y jurídico, y también a casos ocurridos después de que el enunciado haya dejado de ser jurídico. «Eficacia» también es un término ambiguo, que igual quiere decir «obligatoriedad», que «vigencia», que «aplicabilidad». Por último, en cuanto a «ejecutoriedad», no veo qué cosa distinta de todas las anteriores pueda significar[4].

III. La publicación: originales y copias

1. Venimos considerando los cuerpos legales como documentos, esto es, como textos escritos en papel (o inscritos en cualquier otro soporte físico). Pero es posible que se objete que algunos cuerpos legales no son textos escritos, sino orales. Para hacer frente a esta eventualidad, manteniendo la tesis de que los cuerpos legales son documentos, podemos entender el término «documento» ampliamente, para comprender tanto un texto escrito, como un texto oral. Documentos orales (sean o no cuerpos legales) serían un acuerdo verbal adoptado por un órgano colegiado, un contrato verbal, un discurso o charla, etc.

Para que un documento, escrito u oral, que es un cuerpo legal sea un cuerpo jurídico, es preciso que sea publicado, es decir, es preciso que sean difundidas de forma oficial copias de dicho documento (pues en esto consiste la publicación). En la actualidad, dichas copias son textos escritos que aparecen en boletines oficiales (en otra época, y quizá todavía en algún caso excepcional, algunas copias eran o son textos orales, por ejemplo, pregones).

Si el cuerpo legal es un documento escrito, es posible enviar el propio cuerpo legal a un boletín oficial para su publicación. Pero si el cuerpo legal

[4] Sobre estas cuestiones, me remito a la misma obra mía citada en la nota anterior (pp. 258-265, 291-294, 433-448).

es un documento oral, sólo es posible enviar a un boletín oficial, con vistas a su publicación, una copia escrita del cuerpo legal. Aunque también cuando el cuerpo legal es un texto escrito lo que se envía en ocasiones a un boletín oficial para ser publicado es una copia del cuerpo legal, no éste mismo.

En cualquier caso, cuando lo que se envía a un boletín oficial es una copia del cuerpo legal, ésta va firmada por alguien que da fe de que dicha copia reproduce fielmente el contenido del documento original. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de las Leyes. A1 Boletín Oficial del Estado se envía una copia de una Ley, copia que va firmada por el Jefe del Estado, quien certifica, mediante el acto de promulgación, que dicha copia reproduce fielmente el contenido de un cuerpo legal de la categoría de las Leyes.

Una vez que el cuerpo legal, o bien una copia suya autorizada, llega a uno de los organismos oficiales que gestionan un boletín oficial, éstos imprimen, en los diversos ejemplares de un número de dicho boletín, copias de los documentos que han recibido.

Mas la publicación de un cuerpo legal no finaliza con la impresión de copias suyas en los ejemplares de un boletín oficial. La publicación de un cuerpo legal consiste, como ya ha sido advertido, en la difusión o distribución oficial de copias de dicho cuerpo legal. Por ello, para cumplir el requisito de la publicación, no basta la impresión de copias de un cuerpo legal, sino que es preciso además difundir dichas copias impresas [5]. En la práctica, no obstante, consideramos como fecha de publicación de un cuerpo legal la fecha que aparece en el número del boletín en el que aparecen las copias de dicho cuerpo legal.

2. Conviene subrayar, antes de continuar con otros temas, que el cuerpo legal, el documento que es un cuerpo legal, y al ser publicado también un cuerpo jurídico, es el documento (escrito u oral) original, no sus copias impresas en los boletines oficiales. La impresión de dichas copias y su posterior difusión convierten en jurídico un cuerpo legal, pero no son ellas mismas cuerpos legales o jurídicos.

Pues tratándose, por ejemplo, de Decretos del Gobierno, condición necesaria para que un documento sea un Decreto del Gobierno es que haya sido expedido por el Rey. Mas el Rey no expide las copias impresas en el Boletín Oficial del Estado. De ahí que dichas copias no sean Decretos del Gobierno. J.A. Santamaría Pastor escribe, en el mismo sentido, que «Ley es lo

---

[5] Véase al respecto Hans-Joachim HALLIER: «La promulgation et la publication des lois et reglements dans la République Fédérale d'Allemagne», en Jacques-Bernard Herzog et Georges Vlachos: *La promulgatíon, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé,* Les Éditions de L'Epargne, Paris, 1961, pp. 13-39, pp. 26-27; y Georges VLACHOS: «Promulgation et publication des textes législatifs en droit constitutionnel hellénique», en Jacques-Bernard Herzog et Georges Vlachos: *La promulgation ...*, cit., pp. 107-140, pp. 127-128.

que las Cámaras legislativas realmente aprueban..., no lo que el tipógrafo del Boletín Oficial hace o decide» [6].

De no ser así habría que considerar como órganos jurídicos, como órganos creadores de Derecho, a las personas que trabajan en las imprentas de los boletines oficiales o incluso de las editoriales privadas. Una conclusión absurda, desde el punto de vista de cualquier teoría. Aunque ésta es precisamente la tesis que intenta imponer el art. 4.1 del Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, de Ordenación del Diario Oficial del Estado, al decir lo siguiente: «El texto de las disposiciones, resoluciones y actos publicado en el "Boletín Oficial del Estado" tiene la consideración de oficial y auténtico».

3. Los cuerpos legales (originales) no están físicamente accesibles a los ciudadanos. Es más, ni siquiera están jurídicamente accesibles. Pues el art. 15.3 del Real Decreto que acaba de ser citado establece que los documentos «originales recibidos para publicación en el Diario Oficial del Estado tendrán carácter reservado y no podrá facilitarse información acerca de ellos».

En mi opinión, es una perversión impedir (física o jurídicamente) a los ciudadanos de un país que conozcan de forma directa el Derecho de su país, y forzarles a conocer su Derecho a través de un organismo gestionado por el poder ejecutivo. Mas, al margen de su valoración, esta circunstancia origina que los ciudadanos no puedan saber si un documento es o no Derecho, ya que los documentos que presuntamente son Derecho son inaccesibles para ellos.

4. Es cierto que lo importante para los ciudadanos no es conocer directamente los documentos que son cuerpos jurídicos, sino el contenido de éstos; y que ésta es precisamente la función que realiza la publicación.

Sin embargo, los ciudadanos no pueden tener certeza de que lo impreso en un boletín oficial reproduce fielmente el contenido de un cuerpo legal más que consultando éste. Pero esto no es posible, según acabamos de ver.

En teoría, una alternativa sería que alguien diera fe, mediante su firma, de que las copias impresas en los distintos ejemplares de un número de un boletín oficial reproducen fielmente el contenido de un documento, cuerpo legal, original. Sin embargo, en la práctica, ello no es posible. Pues ya sería un trabajo arduo que una persona firmara, por ejemplo, las miles de copias de una determinada Orden Ministerial contenidas cada una de ellas en un ejemplar distinto de un número del BOE, para testimoniar que cada una de dichas copias es conforme con el documento original de la Orden. Pero es que además lo mismo habría que hacer con las copias de todas las Órdenes

[6] Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho Administrativo, I,* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 366.

Ministeriales, así como con las copias de las Leyes, los Decretos, Resoluciones, etc., contenidas en esos mismos ejemplares del BOE que contienen las copias de la citada Orden Ministerial. Lo que exigiría que los mismos miles de ejemplares de un mismo número del BOE fueran firmados por decenas de personas, a veces alejadas unas de otras por cientos o miles de kilómetros.

Sin embargo, la imposibilidad de realizar esta tarea no debe hacernos olvidar cuál es su consecuencia:

En el tráfico jurídico, necesitamos muchas veces aportar, por ejemplo, una escritura pública o una Sentencia judicial. Y dado que los documentos originales no están disponibles para los ciudadanos, sustituimos el documento original de la escritura o de la Sentencia por una copia. Pero, frecuentemente, se nos exige que esta copia esté firmada por algún fedatario público que dé fe o testimonio de que dicha copia es conforme con la escritura o Sentencia original. En el caso de una Ley (o un Decreto, etc.), el documento original de la Ley tampoco está disponible para los ciudadanos. Pero en este caso, en cambio, nunca es preciso que nadie aporte una copia de una Ley firmada por alguien que dé fe de que dicha copia es conforme con el documento original de la Ley. Ello es así porque, como se ha dicho, las copias de las Leyes no son firmadas por nadie, ni siquiera las que aparecen en el BOE, dado que es prácticamente imposible hacerlo. Pero llama la atención los escrúpulos existentes en el caso de una escritura pública o de una Sentencia, y la ausencia total de escrúpulos en el caso, sin duda más trascendente, de una Ley.

5. Consecuencia de las observaciones anteriores es que los ciudadanos no tienen seguridad, ni ninguna garantía de que el texto de un boletín oficial es una copia de un cuerpo legal, ni siquiera de un documento. Por ello, la difusión de un boletín oficial no asegura, ni garantiza a los ciudadanos la publicación de un cuerpo legal o documento.

El resultado es que los criterios que definen lo que es un cuerpo jurídico (un cuerpo legal publicado) no pueden ser aplicados por los ciudadanos para determinar si un documento es o no un cuerpo jurídico. (Esta dificultad para aplicar los criterios que definen lo que es Derecho es una dificultad meramente jurídica o política, pero no conceptual, como la expuesta en el apartado II.8.)

Por todo ello, lo que sucede en la práctica es que, cuando leemos en un boletín oficial un texto, los ciudadanos suponemos lo siguiente:

1°) Que existe un documento anterior al texto del boletín y que éste sólo es una copia fiel de aquel documento previo. Suponemos que el contenido del texto del boletín oficial no se lo han inventado, ni siquiera parcialmente, en el organismo que gestiona dicho boletín.

A partir de esta suposición (y de la difusión del boletín), podemos concluir que el documento previo ha sido publicado, esto es, que han sido difundidas de manera oficial copias de dicho documento.

2°) Que ese documento previo u original, cuya existencia suponemos al leer el boletín, reúne todas las características que son necesarias para ser un cuerpo legal de una determinada categoría.

El resultado es, en definitiva, que un texto impreso en un boletín oficial nos hace suponer que existe un documento original, con idéntico contenido al del texto del boletín, y que reúne los dos requisitos que son necesarios para que dicho documento se haya convertido en un cuerpo jurídico: el requisito de ser un cuerpo legal y el requisito de la publicación.

Algo análogo sucede con la fecha del boletín oficial en el que aparece impreso un texto. Suponemos que dicha fecha, que consideramos como fecha de publicación o difusión de las copias que aparecen en el boletín, es la fecha de publicación de un documento original que es un cuerpo legal, y cuyo contenido es igual al del texto del boletín.

6. La fecha de publicación de un cuerpo legal tiene una doble trascendencia, dado que de ella dependen dos fechas: la fecha de la conversión del cuerpo legal en un cuerpo jurídico y (conforme al art. 2.1 del Código Civil) la fecha de entrada en vigor del cuerpo legal.

Pues, por un lado, y dado que un cuerpo jurídico es un cuerpo legal publicado, la fecha en la que un cuerpo legal se convierte en un cuerpo jurídico coincide justamente con la fecha de la publicación del cuerpo legal. De ahí la suposición de que la fecha del boletín oficial en el que aparece impreso un texto es la fecha en que un documento que es un cuerpo legal, y cuyo contenido es igual al del texto del boletín, se ha convertido en un cuerpo jurídico.

Por otra parte (y según el artículo del Código Civil citado hace un momento), la fecha de entrada en vigor de un cuerpo legal es veinte días después de la completa publicación del cuerpo legal, si no se dispone otra cosa. Por esta razón, suponemos que, si no se dispone otra cosa, veinte días después de la fecha del boletín oficial en el que aparece impreso un texto es la fecha de entrada en vigor de un documento que es un cuerpo legal y jurídico, y cuyo contenido es igual al del citado texto del boletín.

7. Las presunciones anteriores quedan refutadas cuando en un boletín oficial aparece una corrección de errores. Una corrección de errores: *a)* destruye la presunción que teníamos hasta entonces acerca de la existencia de un cuerpo jurídico con un determinado contenido; y *b)* crea una nueva presunción, similar a la primera y refutable al igual que ésta.

La corrección de errores tiene consecuencias tanto respecto a la fecha de entrada en vigor, como en relación a la fecha de conversión de un documento en un cuerpo jurídico.

A) Por lo que respecta a la fecha de entrada en vigor, ésta depende, en el caso normal, de la fecha de la *completa* publicación del cuerpo legal (según dice el art. 2.1 del Código Civil). Y una corrección de errores evidencia que la fecha que habíamos tomado como fecha de completa publicación de un cuerpo legal *C* no era tal en realidad; y que, por tanto, también era errónea la fecha que habíamos considerado como fecha de entrada en vigor de los enunciados de *C*.

Por otra parte, una corrección de errores relativa al cuerpo legal *C* nos hace suponer que es la fecha de publicación de la corrección de errores la que es realmente la fecha de la completa publicación de *C*. Por tanto, es la fecha de la corrección de errores la que, según suponemos a partir de dicha fecha, determina en el caso normal la fecha de entrada en vigor de todos los enunciados *C*, *incluidos aquellos enunciados no afectados por la corrección de errores.* En consecuencia, en el caso normal, la fecha de entrada en vigor de todos los enunciados de *C* será veinte días después de la fecha de publicación de la corrección de errores.

B) Algo parecido ocurre con la fecha de conversión de un cuerpo legal en un cuerpo jurídico. Aunque en relación a esta cuestión no exista ningún enunciado jurídico que diga cuál es dicha fecha, sí existe la teoría según la cual un cuerpo jurídico es un cuerpo legal publicado. Y un cuerpo legal publicado es un cuerpo legal *completamente* publicado. De donde se deduce que un cuerpo jurídico es un cuerpo legal completamente publicado. Una tesis en cierta medida compartida por quienes redactaron el art. 1.5 del Código Civil, relativo a los tratados internacionales. Pues, según este artículo, para que un tratado se convierta en un cuerpo jurídico español, es necesario y suficiente su «publicación íntegra» en el Boletín Oficial del Estado.

Por todo ello, una corrección de errores aparecida en un boletín oficial evidencia que el cuerpo legal en cuestión no había sido (completamente) publicado en la fecha en que creíamos. De ahí que debamos corregir la tesis, que hasta entonces nos parecía verdadera, de que el cuerpo legal era jurídico desde la fecha en la que lo creímos completamente publicado. A partir de la corrección de errores, la tesis que vamos a suponer verdadera es que es la fecha de la corrección de errores la fecha de la completa publicación del cuerpo legal y también, por tanto, la fecha de la conversión de éste en un cuerpo jurídico, y asimismo la fecha de conversión en jurídicos de los enunciados en él contenidos.

LA DEDUCCIÓN NORMATIVA

Txetxu Ausín[1] y Lorenzo Peña
Instituto de Filosofía, CSIC

1. Preámbulo

La lógica deóntica ha pretendido analizar las relaciones formales que se establecen entre obligaciones, permisos y prohibiciones. Es decir, si es una obligación votar por cualquier partido político, entonces ¿está permitido hacerlo? Si tengo derecho a circular por la comunidad europea, ¿está prohibido que me lo impidan?, ¿es un deber que se faciliten los medios para tales desplazamientos? Si estoy sometido a la obligación disyuntiva de hacer esto o lo otro, ¿cómo cumpliré ese deber, satisfaciendo lo primero, o lo segundo, o ambas prescripciones? Si tengo la obligación de asistir a los actos institucionales de mi universidad e igualmente tengo el deber de no perder ninguna de las clases de doctorado, ¿estoy sujeto a la obligación conjunta de ambas acciones? ¿Son las consecuencias causales de una acción permitida igualmente lícitas? Etc.

Éstas y muchas otras son preguntas que nos asaltan a la hora de reflexionar sobre el entramado de calificaciones deónticas (permisos, deberes, prohibiciones) que atraviesan todas las relaciones humanas. En definitiva, las expresiones que incluyen calificaciones de este tipo no son sino normas (jurídicas, morales, técnicas) cuya estructura y relaciones inferenciales trata de clarificar la lógica deóntica –también denominada por ello «lógica de las normas». Es decir, la lógica deóntica es la teoría de las inferencias normativas válidas, es el análisis de las condiciones y reglas en que resulta correcto un razonamiento que incluya las calificaciones de prohibición, deber o permiso.

En este trabajo vamos a presentar un sistema de lógica jurídica al considerar como materia prima de nuestro estudio las normas jurídicas. No obstante, la denominación «lógica jurídica» ha tenido un uso y unas connota-

[1] Este autor disfruta de una beca post-doctoral del Dpto. de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco.

ciones alejadas de nuestro sentir, ya que se ha utilizado para referirse al mero uso de modelos lógico-deductivos clásicos –como el silogismo– para el análisis del Derecho, sin una específica atención a las calificaciones deónticas de prohibido, permitido o deber. Es decir, esa dizque «lógica jurídica» no ha tomado como esenciales las ocurrencias de los operadores o calificaciones específicamente normativos [2].

Somos conscientes de que el derecho presenta una enorme complejidad de normas y su lenguaje dista mucho de ser claro y preciso. Esto convierte en tarea harto difícil discernir qué tipo de calificaciones normativas se esconden debajo de una determinada estructura lingüística superficial. Las normas jurídicas que primariamente tenemos en mente son aquellas que imponen obligaciones y confieren derechos y aquellas que estipulan una sanción para el incumplimiento de obligaciones y violación de derechos; en otras palabras, las normas para actuar de un modo determinado.

Tampoco nos proponemos aquí indagar acerca de la naturaleza de las normas y del discurso normativo ni discutir la posibilidad misma de una lógica jurídica, que damos por supuesta. Ha de valer en cualquier ordenamiento normativo un principio de ilación, a cuyo tenor es una norma vigente lo que se siga, según una cierta lógica jurídica, de normas vigentes. Sin un manojo de reglas de inferencia jurídica comúnmente aceptadas, no podrían saber los súbditos qué tienen que hacer, ni los juristas qué consecuencias jurídicas acarrea tal promulgamiento o tal abrogación.

Nuestra intención será presentar una lógica adecuada para el razonamiento jurídico, qué principios y qué reglas de inferencia son pertinentes a la hora de aplicar un conjunto estructurado de normas y establecer inferencias deductivas a partir de ellas. Lo que nos interesa es analizar las relaciones estructurales que se dan entre determinadas expresiones que incluyen calificaciones del tipo obligatorio, prohibido, permitido, derecho, deber, etc. y qué principios son aquellos que autorizan a inferir válidamente unas de tales expresiones a partir de otras. Es decir, pretendemos buscar las condiciones de validez para el razonamiento normativo a partir del análisis de las interrelaciones estructurales entre las calificaciones deónticas básicas. Esta perspectiva no presupone ninguna determinada concepción sobre la naturaleza de las normas (expresiva o hilética), aunque bien es cierto que, al tratar las normas como entidades semejantes a las proposiciones, que pueden ser negadas y combinadas mediante conectivas lógicas y cuantificadores, está más cerca de la concepción hilética.

[2] Tal es el caso de Klug (1951[1961]).

2. Exposición de motivos

Ha resultado muy complicada la tarea de construir una lógica adecuada para el análisis y tratamiento de los razonamientos jurídicos. Principalmente dos han sido los problemas que han jalonado este camino.

Por un lado, las lógicas deónticas al uso, tanto las estándar como las pretendidamente heterodoxas, han provocado de modo persistente numerosos resultados paradójicos, que las han inutilizado tanto desde un punto de vista teórico como práctico. La lista de paradojas es casi interminable: paradojas del compromiso, paradoja de Chisholm o de los imperativos contrarios a deber, paradoja de Ross, paradojas del buen samaritano, del conocedor, del asesinato dulce, de la segunda mejor opción, etc. Algunas de ellas son el trasunto deóntico directo de las conocidas paradojas de la implicación material [inferencias no relevantes], pero el meollo en la mayoría de ellas lo constituyen las llamadas «obligaciones sobrevenidas», es decir, aquellas que se dan cuando se ha incumplido otro deber; esto es, cuando acontece o se ejecuta lo prohibido. No está bien que alguien haya sido asaltado, pero será menor el daño si le socorremos. O, igualmente, es un mal menor que, habiendo pobres, éstos reciban limosna, en vez de que no la reciban –aunque ello no quiera decir que debe de haber pobres, como se deriva en la paradoja del buen samaritano. Del mismo modo, si se asesina a alguien, es un mal menor el que se haga sin sufrimiento, sin tortura, indoloramente –aunque ello no quiera decir que se debe asesinar, como se deduce en la paradoja del asesinato sin ensañamiento [3].

En definitiva, las paradojas deónticas serían instancias de una situación más global que denominamos «paradoja del mal menor»: Puede considerarse un principio general de la moral y del derecho que, si se actúa mal, al menos, hay que actuar cometiendo el mal menor. Pero, en la medida en que se comete el mal menor, se comete el mal y, por la regla de cierre (RC para abreviar), tenemos entonces que hay que hacer el mal. La regla de cierre o regla de Husserl está presente en casi todos los sistemas de lógica deóntica y afirma que las consecuencias lógicas de una obligación son también obligatorias [4].

Otro problema crucial al que se enfrentan los posibles tratamientos lógicos de las normas jurídicas y sus relaciones es el de los conflictos o contradicciones normativas. Un conflicto normativo se produce cuando dos o más normas se oponen o son incompatibles. La existencia de conflictos normativos cuestiona algunos de los principios clásicos de la lógica deóntica

[3] Lo escrito acerca de las paradojas deónticas es abundantísimo. Un somero repaso a la cuestión de las paradojas deónticas puede consultarse en Ausín (2000a).

[4] Sólo se encuentra un rechazo explícito a la regla de cierre en [Sven Ove] Hansson (1988), Weinberger (1991) y en [Díez] Ausín y Peña (1993).

estándar, como que no es verdad que una acción sea obligatoria y prohibida, o que no es verdad que sea prohibida y permitida. Es decir, los conflictos expresan contradicciones entre normas (a través de la interdefinibilidad de las calificaciones deónticas), lo que llevará a algunos autores a desestimar la posibilidad de un análisis lógico de las normas jurídicas sobre la base del principio de Pseudo-Escoto: de una contradicción se puede deducir cualquier enuniado *(ex contradictione sequitur quodlibet)*. En consecuencia, si se admitiera un análisis lógico clásico del derecho, los ordenamientos jurídicos serían cosas absurdas e inútiles, ya que a partir de un conflicto de deberes se obtendría que todo es obligatorio y, por tanto, nada es permisible, derrumbándose todas las distinciones jurídicas. Sin embargo, se acepta comúnmente que los sistemas jurídicos vigentes contienen conflictos y contradicciones sin que se desmorone el sistema; en los contextos legales es posible obtener conclusiones razonables a partir de conjuntos inconsistentes de premisas.

Por último, las lógicas deónticas al uso adolecen en gran medida de una significación práctica, de modo que arrojen alguna luz sobre el ámbito del derecho. Así, sus axiomas y reglas de inferencia no permiten las más de las veces la delimitación de las consecuencias de nuestras acciones en relación a los derechos, deberes y prohibiciones ni el establecimiento de los compromisos que comporta el reconocimiento de ciertos derechos. Esto es, su significatividad normativa es escasa o nula.

Por todos estos motivos consideramos necesario plantear las bases y la estructura de un nuevo sistema de lógica jurídica.

3. Fundamentos

A la vista de los problemas planteados para el desarrollo de una adecuada lógica deóntica jurídica, vamos a adoptar una serie de presupuestos fundamentales que nos permitan evitar dichos obstáculos.

3.1. Alejamiento del paradigma modal clásico

Todos los sistemas deónticos desarrollados hasta la fecha han considerado la lógica deóntica como un trasunto de la lógica modal, manteniendo la estructura de un cálculo modal usual[5]. Este paralelismo o isomorfía no es una cuestión arbitraria: Parece entenderse que, cuando hablamos de obliga-

[5] La lógica modal se ocupa de las inferencias que involucran esencialmente palabras como «posible» y «necesario». La lógica modal usual se basa en unos pocos principios, concretamente tres: que las verdades necesarias son verdades; que las consecuencias necesarias de verdades necesarias son verdades necesarias; y que las verdades lógicas son verdades necesarias. Véanse Hugues y Cresswell (1968[1973]) y Chellas (1980).

ciones, de deberes, nos estamos refiriendo a lo que ha de ser, a lo que es «necesario» moral o jurídicamente. Por tanto, la obligatoriedad se interpreta como una suerte de necesidad, en concreto de necesidad normativa. El problema radica en el salto que se da al traducir esta idea en términos de las semánticas kripkeanas al uso para las lógicas modales; entonces se interpreta que una acción o conducta es obligatoria si se da en todos los mundos deónticos alternativos relativos al actual; es decir, lo obligatorio es lo verdadero en todo mundo posible normativo, en todo contexto o situación deónticamente pertinente. Pero esto no es así en el caso de las obligaciones sobrevenidas, cuando se ha violado alguna otra. Lo debido no lo es en todo mundo deónticamente pertinente, ya que se dan obligaciones de mal menor en determinados contextos o situaciones deónticas y no en otras. Sin embargo, en la interpretación modal de la lógica deóntica, que sustenta la aplicación de la regla de cierre RC –por la que las consecuencias lógicas de las obligaciones son asimismo obligatorias– no hay escapatoria posible a la paradoja del mal menor.

Pero, con ser el anterior el reproche más serio a la interpretación estrictamente modal de la lógica deóntica, no es éste el único. Este enfoque ha supuesto también un calco de la sintaxis de la lógica modal sin reparar en que esos axiomas carecían de una adecuada interpretación desde un punto de vista normativo. Tal es el caso del cierre deóntico, que introduce una visión maximalista e idealizada de los contextos normativos en donde se cumplirían todas las obligaciones, y de sus corolarios, la simplificación y la agregación deónticas[6], así como de los esquemas con operadores deónticos iterados.

En definitiva, una correcta lógica deóntica para el razonamiento jurídico deberá alejarse de los axiomas, teoremas y demás constreñimientos que, impuestos por la lógica modal, impiden el desarrollo de sus potencialidades y su capacidad como instrumento de análisis.

3.2. Paraconsistencia

Algunos intentos desde la lógica deóntica han abordado el problema de los conflictos normativos por la vía de minimizarlos, bien maquillando su presencia –mediante el rechazo del principio excluyente de los conflictos propios de los cálculos estándar–, bien buscando medios para restablecer la

[6] El principio de simplificación deóntica afirma que la obligación conjunta de dos hechos o conductas entraña la obligación independiente de cada uno de ellos. Por su parte, mediante la agregación deóntica se sostiene que la obligación separada de dos hechos conlleva la obligación conjunta de ambos. Para una crítica en profundidad de estos principios y esquemas deónticos de inspiración modal véase Ausín y Peña (2000).

consistencia –como hacen los cultivadores de las lógicas no-monotónicas. Sin embargo, ambos enfoques han fracasado en el propósito de dar cuenta plenamente de las antinomias o contradicciones normativas desde un punto de vista lógico-formal [7].

Por ello, sostenemos que la única alternativa que queda para afrontar directamente la cuestión de los conflictos y contradicciones entre normas es adoptar una perspectiva paraconsistente en lógica deóntica. El motivo no es otro que el hecho de que esta familia de lógicas rechaza el principio de Pseudo-Escoto; es decir, ante una contradicción no autorizan la derivación de cualquier tesis. O lo que es lo mismo, no permiten que en ese caso cualquier fórmula bien formada del lenguaje del sistema lógico sea un teorema del mismo [8]. Por tanto, las llamadas lógicas paraconsistentes permiten el análisis de las teorías y sistemas formales que, como en el caso del Derecho, contienen inconsistencias pero que no por ello son triviales o delicuescentes.

3.3. Gradualidad

Sostenemos que hay grados de licitud jurídica –también por tanto de obligatoriedad y de prohibición. Una conducta puede tener un grado mayor o menor de licitud; y, en la medida en que no sea totalmente lícita, tendrá también algún grado de ilicitud. La mayoría del pensamiento jusfilosófico rechaza esta pretensión de grados en las calificaciones deónticas, ya que ello acarrearía situaciones jurídicamente complejas y dilemas [9]. Al final, se dice que el jurista podrá equivocarse o no, pero ha de optar: o la conducta es lícita o es ilícita.

Y sin embargo, esto no parece cuadrar con la dinámica jurídica en los casos de conflictos normativos. Cuando ante una contradicción el jurista opta por una de las normas en conflicto, la norma no aplicada mantiene un grado de normatividad que irá menguando en la medida en que no sea utilizada, es decir, en su relación dialéctica con su uso en la práctica jurídica –siendo no obstante posible que en un caso similar se opte por la otra. Y

[7] Una crítica del enfoque no-monotónico para abordar la cuestión de los conflictos y contradicciones normativas puede consultarse en Ausín (2000b).

[8] Bobenrieth (1996).

[9] No obstante, algunos autores ya han apuntado la idoneidad de una aproximación difusa para el análisis y formalización del razonamiento jurídico, como Reinsinger (1982) y Mazzarese (1996). Mazzarese sostiene que el aparato categorial de la lógica *fuzzy* puede ser un instrumento adecuado para delinear un modelo explicativo de las decisiones judiciales, en la medida en que diversas formas del razonamiento judicial son de naturaleza aproximada y que buena parte del lenguaje jurídico comparte esta característica de gradualidad (Mazzarese 1996; especialmente cap. 5).

buena prueba de ello es el número de recursos de revisión por contradicción entre sentencias que penden en el Tribunal Supremo. Un concepto de «fuerza normativa», de normatividad, se entiende muchísimo mejor desde un planteamiento gradualista de las calificaciones deónticas.

El meollo de esta propuesta es el principio jurídico de graduación, a cuyo tenor cuando dos supuestos de hecho son parecidos, su tratamiento jurídico ha de ser también parecido. Claro está que tomarse en serio este principio conlleva rechazar como inadecuada buena parte del *corpus* legislativo vigente, donde se practican cortes bruscos estableciéndose líneas de demarcación absolutas y sin fundamento objetivo. Conductas muy similares reciben así tratamientos jurídicos absolutamente dispares y hasta inconmensurables. Sin embargo, desde la perspectiva gradualista se puede brindar una solución menos desgarradora, traumática y arbitraria a miles de conflictos que se suscitan en la vida jurídica.

En definitiva, este principio de graduación demanda que dos supuestos de hecho similares tiendan a recibir un tratamiento jurídico también similar; es decir, que en la medida de lo posible, se eviten los saltos, las rupturas que hacen que situaciones de hecho muy parecidas reciban tratamientos jurídicos radical y trágicamente dispares y opuestos.

3.4. Principios de no-impedimento

Una vez rechazada la regla de cierre por su vinculación al problema de las paradojas, se hace preciso plantear principios que informen sobre las consecuencias de nuestras acciones en relación a los deberes, derechos y prohibiciones. Una lectura alternativa a esa regla de cierre es que no se tiene derecho a hacer algo que impida el cumplimiento de una obligación; es decir, importan aquellas consecuencias causales –y no meramente inferenciales– que obstaculizan el cumplimiento de un deber. Así, las acciones que causan un resultado prohibido están igualmente prohibidas (como ocurre con la instigación al delito). Y sin embargo, las consecuencias causales de una obligación pueden no ser obligatorias –lo que sería el principio causal correspondiente a la regla de cierre [10].

Por otro lado, lo que caracteriza un derecho para alguien es la obligación para todos los demás de no impedir ni obstaculizar el ejercicio de tal

[10] Por ejemplo, si debo pagar mis deudas y pagando mis deudas me arruino, eso no significa que tenga el deber de arruinarme (Weinberger, 1991, p. 293). Igualmente, era mi deber como estudiante asistir a las clases en la facultad de Zorroaga; sin embargo, ir a esos edificios sin calefacción y viejos me causaba una gripe perenne. Y claro, no era un deber que yo cogiera la gripe curso tras curso.

acción u omisión; es decir, si alguien tiene derecho a hacer o tener algo, es ilícito que los demás le estorben e impidan realizar o tener ese algo.

Estos principios de no-impedimento nos proporcionan un valioso instrumento de análisis acerca de los derechos y de los deberes que éstos conllevan en los demás.

3.5. Cuantificación

La mayoría de los sistemas deónticos hasta ahora desarrollados han prescindido de los cuantificadores en sus formulaciones. Además, las pocas veces que se han introducido cuantificadores en los cálculos deónticos ha sido de una manera mecánica, calcando los correspondientes principios modales, sin abundar en su significación normativa o no.

A nuestro entender, resulta absolutamente imprescindible el uso de cuantificadores para la lógica deóntica jurídica. La introducción en el lenguaje de la lógica deóntica de expresiones del tipo «todos», «algunos», «ninguno», etc. va a proporcionarnos una imprescindible clarificación del contenido y significado de los derechos, deberes y prohibiciones, y de las relaciones y compromisos que comportan, especialmente cuando involucran el cuantificador existencial –como sucede en el caso de los derechos positivos [11]. Lo malo es que se ha tendido a confundir «Es obligatorio que todos obren así» con «Cada uno ha de obrar así», como hace la mal llamada «lógica jurídica».

4. Principios básicos para la lógica jurídica

A continuación vamos a presentar los axiomas específicamente deónticos de la lógica que proponemos y que se adecuan a los criterios anteriormente mencionados.

4.1. Principio de juricidad

Nada obligatorio es antijurídico; o, dicho de otro modo: en la medida en que algo es obligatorio, es también lícito. Así, es redundante decir: «los españoles tienen el deber y el derecho de defender a España»; porque, en la medida en que tienen el deber, tienen también, *a fortiori*, el derecho. Si es obligatorio condenar a un reo, es también, lícito hacerlo, al menos en esa medida. Por consiguiente, lo ilícito es, en esa medida, no-obligatorio.

[11] Ausín y Peña (1999).

Este principio de licitud de la obligación también es conocido como ley de Bentham, aunque fue formulado inicialmente por Leibniz (*debitum est iustum*) bajo la denominación de «principio de subalternación deóntica» [12].

La única dificultad que se suscita en torno al principio de juridicidad es de índole pragmática, porque, a ciencia cierta, se suele usar «es lícito» o «se tiene derecho a» principalmente en casos en que la acción lícita es potestativa, o sea es lícito hacerla y es también lícito no hacerla. Cuando es lícito hacerla pero es ilícito no hacerla, entonces, claro (por la equivalencia entre que algo sea ilícito –o sea prohibido– y que su negación sea obligatoria), más información se vehicula diciendo que esa acción es obligatoria; y existe una máxima de pragmática comunicacional a tenor de la cual es engañoso –o al menos improcedente en general– proferir frases que vehiculen menos información que la relevante en un contexto. En un contexto normativo es relevante decir que la acción sea obligatoria; siendo tal aserto más informativo que el que diga (sólo) que es lícita, está claro que decir (sólo) esto último puede ser confundente.

4.2. Principio de co-licitud

En la medida en que dos acciones son lícitas, es lícito hacer ambas. Dicho de otro modo: en la medida en que son lícitos dos actos, es lícita la conyunción de ambos. Así, en la medida en que alguien tiene derecho de asociarse y tiene derecho a expresar sus opiniones, tiene derecho de asociarse y expresar sus opiniones. Sería contraria a la carta constitucional que rija los derechos fundamentales una ley que prohibiera expresar opiniones opuestas al gobierno a los miembros de asociaciones privadas (o sea que condicionara el ejercicio del derecho de expresión al no-ejercicio del de asociación). (Eso sí, muy frecuentemente se carece de un derecho incondicional de hacer algo, aunque a veces se formule el derecho en términos que no expresen explícitamente su condicionalidad). De ahí que, si la constitución ha otorgado (incondicionalmente) esos dos derechos a los españoles, sea anticonstitucional una ley como la recién imaginada.

Puede objetarse que este principio falla cuando dos cursos de acción son incompatibles aunque igualmente lícitos; así se tiene el derecho a votar y a no votar en muchos sistemas políticos. Pero el permiso de votar y no votar no entraña en nuestra lógica que todo esté permitido, como sí sucede desde

[12] Leibniz (1671[1991]). No obstante, un déspota puede prohibir hablar de un suceso y también prohibir guardar silencio. El principio de subalternación deóntica no es una regla metajurídica y, por tanto, en este supuesto permite sacar la conclusión de que el déspota permite ambas cosas, a su pesar.

el punto de vista clásico, ya que asumimos el requisito de paraconsistencia, es decir, no admitimos el principio de Pseudo-Escoto.

Además, el principio de agregación de la permisión nos ilustra acerca de la diferencia entre la acción colectiva y la individual. Por ejemplo, puede objetarse que aunque Pedro tiene derecho a casarse con María y también tiene derecho a casarse con Lola, no tiene el derecho a ser bígamo casándose con las dos. Pedro no tiene el derecho incondicional a casarse con María, ni el derecho incondicional a hacerlo con Lola. Pedro tiene el derecho de casarse con María en la medida en que se abstiene de casarse con nadie más. Y ni siquiera eso, pues necesita que María quiera casarse con él. El derecho a casarse para Pedro y María es una cosa, diferente del derecho de Pedro a contraer matrimonio. Si Pedro y María son adultos no casados, tienen el derecho a casarse. Eso significa que la pareja {Pedro, María} tiene el derecho a pertenecer al conjunto de parejas casadas. Por tanto, lo que es lícito es la acción conjunta realizada por la pareja –que «superviene» sobre ciertas acciones de sus dos miembros. Pero esas acciones de los individuos no son incondicionalmente lícitas; sólo lo son en la medida en que la acción conjunta tiene lugar.

La versión alternativa de este principio en términos de obligación es el principio de obligación disyuntiva: una obligación disyuntiva implica que al menos uno de los disyuntos es obligatorio. Su relevancia estriba en que se puede imponer una obligación disyuntiva únicamente con que al menos uno de los disyuntos se considere obligatorio.

4.3. Principio de opción lícita

En la medida en que es lícito hacer uno de entre dos actos, y de hecho no se efectúa en absoluto uno de ellos, el otro es lícito. Así, si el alumno tiene derecho a someterse a un examen parcial en febrero o acumular toda la materia para el examen de junio, y de hecho decide no someterse, en absoluto, a un examen parcial en febrero, en esa medida está facultado para acumular toda la materia para el examen de junio. Lo lícito es una alternativa entre dos cursos de acción; y, dada esa premisa, más el supuesto de hecho de que uno de los dos cursos de acción resulte totalmente descartado (sea por las circunstancias, o por razones de fuerza mayor, o por libre elección del interesado), se tendrá, en esa medida, la licitud del otro curso de acción.

4.4. Principio de opción vinculante

Es igual que el anterior, salvo que aquí se trata de obligación en lugar de licitud: en la medida en que hay obligación de hacer A o B, y –por lo que sea– se omite completamente A, en esa medida es obligatorio B. Así, si Pedro tiene o bien que abstenerse de consumir un café en el bar o bien que

abonar el precio, y no se abstiene en absoluto de tal consumición, ha de abonar el precio.

Por consiguiente, en la medida en que está prohibido A y B (o sea, en que es obligatorio no-A o no-B), y de hecho se realiza plenamente la acción A, en esa medida es ilícito B. (Notemos que, igual que el anterior principio, éste no se aplica a casos de realización o no-realización a medias.) Así, si al diputado Sánchez le está prohibido votar sí-y-no, es decir, si le está prohibido levantar su mano para los síes y levantar su mano para los noes, y de hecho no se abstiene en absoluto de lo primero, le estará entonces vedado levantar su mano para los noes (de hacerlo, incurrirá en infracción). Similarmente, si está prohibido pertenecer a dos partidos políticos diversos, y Juan pertenece de lleno al uno, le será ilícito, en esa medida, pertenecer al otro. (Y es que nadie tiene un derecho absoluto, irrestricto, incondicional, a pertenecer a un partido político ni a ninguna asociación privada)[13].

4.5. Regla de equivalencia normativa

Si dos actos son necesariamente equivalentes, entonces es equivalente la obligatoriedad del uno a la del otro. La equivalencia en cuestión estriba en que sea una verdad necesaria que el uno haya de darse tanto como el otro, ni más ni menos. No es menester una identidad de hechos, pues puede alguien sostener que no basta para la identidad de hechos con la equivalencia necesaria, sino que haría falta algo más. Sea así o no, no nos importa aquí.

Así, son necesariamente equivalentes hacer un acto y abstenerse de no-hacerlo; son equivalentes hacer A y hacer A-y-A. Arrepentirse de las malas acciones puede que sea equivalente a haber cometido malas acciones y sentir remordimiento por ellas; ser licenciado en filosofía seguramente es equivalente a haber hecho estudios de licenciatura filosófica y haberse graduado en los mismos.

Sean cuales fueren los actos que, en concreto, hayan de reputarse equivalentes a otros, la regla aquí considerada se limita a señalar que la obligatoriedad de un acto implica la de cualquier otro que le sea necesariamente equivalente. Por consiguiente, también la licitud del uno implica la del otro. (Porque, si son equivalentes A y B, también son equivalentes no-A y no-B; por lo tanto, también es equivalente la obligación de no-A a la de no-B; por ende, también es equivalente la negación de la obligación de no-A a la negación de la obligación de no-B).

[13] Los principios de opción lícita y opción vinculante pueden considerarse dos principios de silogismo disyuntivo, siempre que consideremos la no realización en absoluto de una determinada acción o situación. Es decir, en la medida en que está permitida u obligada una disyunción y uno de los disyuntos no se materializa en absoluto, está prescrito el otro.

4.6. Principio de no-vulneración

En la medida en que algo es lícito, es ilícito impedirlo (o estorbarlo u obstaculizarlo). O sea: si una acción A se interpone, contra la voluntad del agente de la acción B, en el camino de ésta, impidiéndola u obstaculizándola, entonces, en la medida en que B es lícito, A es ilícito.

Todo el mundo reconoce que hay un nexo entre derechos y deberes. Creemos que el principio de no-vulneración da respuesta a esta cuestión pues el derecho de alguien a algo acarrea un deber de los demás a ciertas abstenciones (abstenerse de estorbar, impedir u obstaculizar), de ahí que también sea posible denominarlo «principio de obligaciones sobrevenidas por derechos».

4.7. Principio del efecto ilícito

Está prohibido causar resultados ilícitos. O sea: si una acción A causa o causaría un efecto B, entonces, en la medida en que B sea ilícito, también lo es A.

Así, tenemos que el suministrar a alguien un producto causa su fallecimiento por consumo de tal producto; en la medida en que eso último está prohibido, lo estará el suministro del producto.

Un código puede prohibir que suceda cierto resultado sin especificar qué acciones en particular están prohibidas en virtud de ello; mas, por este principio del efecto ilícito, estarán consecuentemente prohibidas cuantas acciones produzcan causalmente ese resultado.

La incitación eficaz a un acto causa ese acto; y por ello es siempre ilícito (aunque no siempre penalmente delictivo) incitar a la comisión de delitos.

Recíprocamente: si es lícito un acto, A, y si ese acto causa un resultado, éste también es lícito. Así, si la ley faculta (incondicionalmente) a alguien a conducir por la carretera a 150 Km/h, y esa conducción provoca contaminación, ésta es un resultado legalmente autorizado.

A diferencia del principio examinado en (4.6), más arriba, aquí no se trata de una causación que se interponga frente a la voluntad del agente de la acción resultante –que podemos denominar como «coerción». Al revés, muy a menudo este principio tiene aplicación precisamente para prohibir que se influya en esa voluntad en un sentido que la incline a actos ilícitos. Inclinar a la voluntad (por persuasión o cualquier otro medio) no es obstaculizarla; al revés.

4.8. Principio de co-licitud universal

Si a todos les es lícita tal acción, es lícito que todos la hagan; o, si con relación a cualquier cosa es lícita cierta acción, entonces es lícita esa acción

con relación a todas las cosas, tomadas en su conjunto. Este principio es simplemente el de co-licitud generalizado; no ya para dos acciones, sino para tres, cuatro, ...; y para infinitas de cierta índole.

Así, si cada uno tiene derecho a votar a tal partido, es lícito que todos lo hagan. (Eso indica lo difícil que es implementar jurídicamente la obligatoriedad del pluralismo.) Igualmente, si a cada asociación le es lícito no dejar ingresar en ella a una persona dada, entonces es una situación jurídicamente lícita que a esa persona no se le deje ingresar en ninguna asociación.

Recíprocamente, si un hombre tiene derecho a afiliarse a una mutua de seguros, no será lícito que rehúsen admitirlo todas las mutuas de seguros; sino que, al revés (y en virtud de (4.6) y (4.4)): supuesto que todas menos una lo hayan rechazado enteramente, la restante tendrá obligación de admitirlo; si no, sería absurdo pretender que ese hombre tiene tal derecho; lo tendría sólo condicionalmente; condicionadamente, en concreto, a que lo admitiera alguna mutua.

5. Formalización

El sistema de lógica deóntica jurídica planteado según los criterios generales anteriormente esbozados y los principios básicos defendidos puede formalizarse lógicamente del siguiente modo:

5.1. Cálculo subyacente

Esta formalización de la lógica deóntica se basa en la lógica transitiva, una extensión no conservativa de la lógica relevante E desarrollada por Peña[14]. La elección de este cálculo subyacente viene justificada por tratarse de una lógica paraconsistente, es decir, una lógica que asume la presencia de contradicciones sin que ello trivialice el conjunto, en este caso normativo. De este modo, satisfacemos el criterio de paraconsistencia que habíamos establecido anteriormente.

Más aún, la lógica transitiva es una lógica difusa (*fuzzy*) en la medida en que admite grados de verdad y de falsedad; es decir, cuanto más verdadera es una proposición, menos falsa es, y viceversa. De este modo, el sistema propuesto permitiría una lectura gradual de las calificaciones deónticas: Una acción podría considerarse a la vez lícita hasta cierto punto y también ilícita; y entre dos acciones, una podría analizarse como más lícita que otra, de modo que sería posible formalizar inferencias que conlleven comparativos como «más», «menos», «tanto como», etc. en contextos deónticos y jurídicos.

14 Peña (1991, 1993).

La lógica transitiva introduce, como otras lógicas paraconsistentes, una distinción entre la negación simple (N) y la negación fuerte (¬), de tal modo que las simples contradicciones no suponen un problema, mientras que las contradicciones que incluyen la negación fuerte son rechazadas. –De este modo, la lógica transitiva es una extensión conservativa de la lógica clásica, como veremos. La negación fuerte se define a partir de un funtor primitivo de aserción fuerte «H», que se lee «es completamente, totalmente, el caso». Así, « ¬ p» abrevia a «HNp» y vendría a significar que «no es en absoluto verdad que» o «es de todo punto falso que». También tenemos dentro de la lógica transitiva el silogismo disyuntivo para la negación fuerte, que permite definir el condicional clásico «⊃» como « ¬ p ∨ q». La implicación «→» es una conectiva comparativa donde «p → q» se interpreta como «en la medida que p, q». La conjunción «&» es tal que «p & q» es tan verdadero como «q», en tanto que «p» no sea totalmente falso, y se lee «p así como q». La conjunción simple es «∧» y «p & q» se define entonces como « ¬ ¬ p ∧ q». También se define «p\q» como «p → q v ¬ (q → p)», que se lee como «es menos cierto que p que no que q». Otro elemento del sistema es la definición de «▲p» [N(p → Np)], que se lee «es suficientemente verdadero que p». La constante primitiva referida a la conjunción de todas las verdades es «α». Por su parte «p ∨ q» se define como «N(Np ∨ Nq)». También se introduce como símbolo primitivo el cuantificador universal y se define el existencial «∃xp» como «N∀xNp». Por último, una fórmula «r» sin ocurrencias libres de la variable «x» se representa como «r[(x)]». Con todos estos elementos, el cálculo básico queda como sigue [15].

Axiomas:

1.- α
2.- ▲ (p → q) .p → q
3.- α\Nα
4.- α → p ∨ .p → q
5.- Hp → q ∨ .Np → r
6.- p → q → r ∧ (q → p → r) → r
7.- p → q → .q → r → .p → r
8.- p → q → .p → r → .p → .q ∧ r
9.- p → q → .NHq → ¬ Hp
10.- p → (q ∧ Nq) → Np
11.- Np → q → .Nq → p
12.- p → NNp

[15] Las notaciones son a la Church, sin jerarquía entre las conectivas; un punto hace las veces de un paréntesis a la izquierda con alcance tan a la derecha como sea posible.

13.- $p \wedge q \rightarrow p$
14.- $p \wedge q \rightarrow .q \wedge p$
15.- $\exists x(\forall xq \wedge p) \leftrightarrow \forall x(\exists xp \wedge q)$
16.- $\exists x(p \wedge q) \rightarrow (\exists xp \wedge q)$
17.- $\forall xs\backslash r[(x)] \supset \exists x(s\backslash r)$
18.- $\forall xp \wedge \exists xq \rightarrow \exists x(p \wedge q)$
19.- $\forall x \urcorner p \rightarrow \urcorner \exists xp$

La regla de inferencia primitiva es el *modus ponens* disyuntivo:
Para $n \leq 1$: $p_1 \rightarrow q \ \vee \ (p_2 \rightarrow q) \ \vee ... \vee \ p_n \rightarrow q, p_1,..., p_n \vdash q$
El *modus ponens* para la implicación es un caso particular de la regla (n = 1). Y lo mismo para el condicional clásico, ya que $\vdash p \rightarrow q$ sólo si $\vdash p \supset q$ –aunque no la conversa. Así, el fragmento de esta lógica que contiene $\{\wedge, \vee, \supset, \urcorner\}$ es exactamente la lógica clásica, por lo que es una extensión conservativa de la misma.

Las reglas de inferencia cuantificacionales son la generalización universal, el cambio de variables libres y la variación alfabética.

Aparte de esta breve exposición del cálculo subyacente de lógica transitiva que vamos a considerar, puede consultarse una presentación detallada del mismo así como una completa y exhaustiva justificación de sus axiomas en los mencionados textos de referencia (Peña 1991, 1993).

5.2. Axiomas deónticos

Se toma como primitiva la permisión: «Pp» se lee como «está permitido que p» o «es lícito que p». La obligación se define como «NPNp» y la prohibición como «NPp». Por su parte, la relación causal entre hechos se representa mediante «©», mientras que «*f*» significa la relación de forzar, compeler o constreñir.

Axd01	$Op \rightarrow Pp$	juricidad
Axd02	$Pp \ \& \ Pq \rightarrow P(p \ \& \ q)$	co-licitud
Axd03	$\urcorner p \ \& \ P(p \ \vee \ q) \rightarrow Pq$	opción lícita
Axd04	$\urcorner p \ \& \ O(p \ \vee \ q) \rightarrow Oq$	opción vinculante
Axd05	$p \ f \ Nq \ \& \ Pq \rightarrow ONp$	no-vulneración
Axd06	$p \ © \ q \ \& \ Vq \rightarrow Vp$	efecto ilícito [$p \ © \ q \ \& \ Pp \rightarrow Pq$]
Axd07	$\forall \ xPp \rightarrow P\forall xp$	co-licitud universal
Rinf.I	$\vdash p \leftrightarrow q$ ent. $\vdash Op \leftrightarrow Oq$	equivalencia normativa

6. Recapitulación

A la hora de valorar el sistema de lógica deóntica jurídica aquí propuesto puede objetarse el por qué de la elección de esos principios básicos y no

de otros. Sin entrar en disquisiciones de corte psicológico, el sistema así planteado ofrece una serie de ventajas en relación a los defendidos hasta el momento.

En primer lugar, al alejarse del paradigma modal clásico permite evitar el importante problema de las paradojas deónticas así como representar adecuadamente los imperativos contrarios a deber y las obligaciones de mal menor.

En segundo lugar, su carácter paraconsistente facilita afrontar el problema de los conflictos y contradicciones normativas de un modo directo y sencillo.

Igualmente, la introducción de los principios de no-vulneración y del efecto lícito proporcionan una alternativa jurídicamente relevante a la regla de cierre de los sistemas deónticos al estilo modal. De este modo, se puede persuadir a los agentes de las consecuencias de sus acciones en relación a los derechos, deberes y permisiones, sin que por ello se caiga en paradojas y resultados no deseados –como hemos dicho, las consecuencias causales de una obligación pueden no ser obligatorias.

Finalmente, el sistema deóntico así desarrollado recoge, a nuestro entender, intuiciones básicas del razonamiento jurídico, como son el principio de juricidad, los principios de opción lícita y vinculante y el principio de colicitud. Más aún, el uso del cuantificador sin los corsés de los esquemas modales resulta revelador en el análisis de conceptos jurídicos importantes, como en el caso de los derechos positivos.

Por todo ello, el sistema de lógica deóntica jurídica propuesto permite ofrecer resultados relevantes y pertinentes desde un punto de vista jurídico.

7. Referencias

AUSÍN, F.J. *Entre la lógica y el derecho: Paradojas y conflictos normativos.* Donostia: Universidad del País Vasco; 2000a. [Tesis doctoral].

AUSÍN, F.J. «Lógicas no-monotónicas y conflictos normativos: Un análisis crítico». *Revista de Filosofía*; 2000b; XIII(23): 85-104.

AUSÍN, F.J. & PEÑA, L. «Los derechos positivos desde una perspectiva analítica». En FALGUERA, J.L. et alii (eds.). *Actas de Congreso «La Filosofía Analítica en el Cambio del Milenio»*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela; 1999: 675-686.

AUSÍN, F.J. & PEÑA, L. «Por qué la lógica deóntica debe divorciarse de la lógica modal». En DE MORA, M. et alii (eds.). *Actas del III Congreso de la Sociedad de Lógica, Metodología y Filosofía de la Ciencia en España.* Donostia: UPV/EHU; 2000: 3-10.

BOBENRIETH, A.M. *Inconsistencias, ¿por qué no? Un estudio filosófico sobre la lógica paraconsistente.* Colombia: Tercer Mundo editores; 1996.

CHELLAS, Brian F. *Modal Logic. An Introduction.* Cambridge: Cambridge University Press; 1980.

[DÍEZ] AUSÍN, F.J & PEÑA, L. «Un sistema de lógica deóntica sin principio de cierre». En DE BUSTOS, E. et alii (eds.). *Actas del I Congreso de la Sociedad de Lógica, Metodología y Filosofía de la Ciencia en España.* Madrid: UNED; 1993: 44-47.

HANSSON, Sven Ove. «Deontic Logic without Misleading Alethic Analogies». *Logique et Analyse*; 1988; 123-124: 337-370.

HUGUES, G.E. & CRESSWELL, M.J. *Introducción a la lógica modal.* Madrid: Tecnos; 1968[1973].

KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Caracas: Publicaciones de la Facultad de Derecho; 1951[1961].

LEIBNIZ, G.W. *Elementa Iuris Naturalis*. Madrid: Tecnos; 1671[1991].

MAZZARESE, Tecla. *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali.* Torino: G. Giappicheli; 1996.

PEÑA, L. Rudimentos de lógica matemática. Madrid: CSIC; 1991.

PEÑA, L. «A Chain of Fuzzy Streghtenings of Entailment Logic». En BARRO, S. & SOBRINO, A. (eds.). *Actas del III Congreso español de tecnologías y lógica fuzzy.* Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela; 1993: 115-122.

REISINGER, L. «Legal Reasoning by Analogy. A Model Applying Fuzzy Set Theory». En CIAMPI, C. (ed.). *Artificial Intelligence and Legal Information Systems.* Amsterdam: North-Holland; 1982: 151-163.

WEINBERGER, Ota. «The Logic of Norms Founded on Descriptive Language». *Ratio Juris*; 1991; 3: 284-307.

PROPOSICIONES DE DERECHO
¿Es realmente ininteligible la teoría de Dworkin?*

Pablo Raúl Bonorino
Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)

«...Lo que ahora afirmo es que nuestra red sigue siendo de mallas demasiado estrechas incluso cuando tomamos al enunciado entero como unidad. La unidad de significación empírica es el todo de la ciencia. »

W. V. O. Quine, *«Dos dogmas del empirismo»*

Dworkin ha rechazado, con diferentes argumentos a lo largo del tiempo, una de las tesis que caracterizan al positivismo jurídico, la denominada «tesis de la separación». Esta afirma, en pocas palabras, que la respuesta que se dé a la pregunta «¿qué es el derecho?» no depende conceptualmente de consideraciones valorativas sobre lo que debería ser el derecho (ver Marmor 1999: 135). En la primera mitad de la década de los ochenta esas críticas encontraron apoyo en su peculiar concepción de la interpretación y en la forma de comprender la naturaleza de las proposiciones de derecho que de ella se deriva (ver Dworkin 1982, en adelante *LAI* y Dworkin 1986, en adelante *LE*). Por eso es común que se aluda a este período de la producción de Dworkin como el de su «giro interpretativo» (ver Kress 1987).

El argumento crítico al que me estoy refiriendo se puede reconstruir de la siguiente manera:

(1) La determinación de qué es el derecho requiere *siempre* la formulación de «proposiciones de derecho».

(2) Todas las «proposiciones de derecho», no importa el grado de abstracción que posean, son proposiciones interpretativas.

(3) Las proposiciones interpretativas no son ni descriptivas ni valorativas, sino una categoría intermedia que combina ambos elementos.

---

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada el 14 de junio de 2000 en el *Ciclo de Conferencias sobre Filosofía del Derecho* organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agradezco a todos los participantes por sus sugerencias, y en especial al profesor Ricardo Guarinoni. También han sido de gran valor los comentarios realizados por Juan Antonio García Amado, Ricardo Guibourg, María Concepción Gimeno y Guillermo Lariguet.

(4) Las «proposiciones de derecho» no son ni descriptivas ni valorativas sino una categoría intermedia que combina ambos elementos.

(Conclusión) La tesis de la separación es errónea, pues la determinación de qué es el derecho *siempre* requiere realizar consideraciones valorativas.

Uno de los términos claves del argumento principal, formado por las premisas (1) y (4), es el de «proposición de derecho» [*proposition of law*]. Las afirmaciones (2) y (3), que constituyen las premisas del subargumento en apoyo de la particular concepción que defiende Dworkin sobre las «proposiciones de derecho», se derivan a su vez de la forma en la que entiende la actividad interpretativa y sus productos, las proposiciones interpretativas. Existe una crítica, bastante extendida entre los filósofos analíticos hispanoamericanos e italianos, que está dirigida a la manera en la que Dworkin utiliza la noción «proposición de derecho». En ella no se cuestionan los fundamentos hermenéuticos de su propuesta sino la forma en la que emplea la idea misma de «proposición de derecho» (cf. Bulygin 1982, Guastini 1988). Quienes la sostienen afirman que Dworkin no distingue conceptualmente entre normas (oraciones deónticas que expresan normas) y proposiciones normativas (oraciones deónticas acerca de normas). Esta confusión lo lleva a predicar de sus «proposiciones de derecho» propiedades de las normas (carácter prescriptivo) y propiedades de las proposiciones normativas (valores de verdad), las que resultan incompatibles entre sí. La conclusión es contundente: como las «proposiciones de derecho» tienen propiedades incompatibles resultan ininteligibles, una teoría formulada en términos ininteligibles es invulnerable, pero por las mismas razones resulta también indefendible (ver Bulygin 1982: 189).

Esta crítica no sólo pretende cuestionar la premisa (4) del argumento que he reconstruido, poniendo a salvo de esa manera la «tesis de la separación», sino que va mucho más allá. Para Dworkin una de las tareas principales que debe cumplir una teoría del derecho es explicar cuál es el sentido de las «proposiciones de derecho», sobre qué tratan y específicamente cuáles son sus condiciones de verdad (ver Dworkin 1977c). El objetivo teórico que persigue con su «giro interpretativo» es el de dar con una explicación del sentido de las «proposiciones de derecho» que constituya una alternativa plausible a la forma en la que lo han hecho tradicionalmente el positivismo y el iusnaturalismo (ver *LAI*: 180, *LE*). Si aceptáramos las razones que se brindan en apoyo de la crítica antes mencionada, deberíamos concluir que todos los esfuerzos que en ese sentido ha realizado Dworkin fueron en vano, pues lo único que habría conseguido sería una explicación que volvería ininteligible la principal noción que se proponía elucidar. Toda la propuesta teórica que Dworkin ha edificado en los últimos veinte años debería ser rechazada por resultar conceptualmente ininteligible. Este tipo de

descalificación genérica de su propuesta filosófica es, posiblemente, una de las razones por la que los trabajos publicados a partir del llamado «giro interpretativo» no han acaparado la atención que merecían en nuestro medio. Si se compara la cantidad de artículos publicados en castellano después de la publicación de *Taking Rights Seriously* (Dworkin 1977a) con la que se produjo después de la edición de *LE*, notaremos una diferencia cuantitativa sustancial a favor de la primera. Diferencia que, por otra parte, no se percibe en la filosofía del derecho anglosajona, en la que *LE* es una de las obras más discutidas en los últimos quince años (cf. Porras del Corral 1989)[1].

Las objeciones a las que he aludido anteriormente pueden ser resumidas en los siguientes puntos:

[1] Dworkin no distingue conceptualmente entre «normas» (oraciones deónticas que expresan normas) y «proposiciones normativas» (oraciones deónticas que expresan afirmaciones sobre normas).

[2] Sus proposiciones de derecho poseen propiedades incompatibles (carácter prescriptivo y valores de verdad) por lo que resultan ininteligibles.

En este trabajo sostendré que, si se tienen en cuenta las tesis semánticas subyacentes en su propuesta interpretativa, se pueden encontrar razones para rechazar ambos cuestionamientos.

I. Dworkin ha definido explícitamente lo que entiende por «proposición de derecho». En *LE* Dworkin dice: «Llamaremos "proposiciones de derecho" a los diferentes enunciados [*statements*] y afirmaciones [*claims*] que la gente realiza en relación con lo que el derecho les permite, les prohíbe o les da derecho a hacer.» (*LE:* 4). Esta caracterización difiere muy poco de la que ofreciera en trabajos anteriores: «[Con "proposiciones de derecho"] Aludo a los diferentes enunciados que los juristas formulan reportando lo que es el derecho sobre alguna cuestión.» (*LAI*: 179)[2]

En ambos casos el sentido es el mismo, se trata de aquellos enunciados que expresan el contenido del derecho en ciertos casos (individuales o genéricos). Para hacernos una idea de la extensión del término podemos recurrir a los ejemplos de los que se vale Dworkin en *LAI*: (a) «Los diferentes estados que componen los Estados Unidos de Norteamérica no pueden discriminar por motivos raciales a sus ciudadanos cuando se trata de proveerlos de servicios básicos», (b) «Alguien que acepta un cheque en el curso normal de una negociación tiene derecho a cobrarlo contra el girador»,

[1] Y lo continúa siendo, como lo demuestra el hecho de que sólo en el primer trimestre de 1999 se hayan publicado cuatro artículos de envergadura sobre ese trabajo de Dworkin en revistas de primer nivel y se anunciara la publicación de un libro dedicado a la cuestión antes de que finalizara el año. Ver Kramer l999a, Kramer l999b, Kress l999a, Kress l999b y Marmor 1999.

[2] Todas las traducciones de las obras de Dworkin que aparecen citadas en el texto me pertenecen.

(c) «El Sr. X debe pagar la suma de $ 1.150 por los daños sufridos por el Sr. Y al patinar en su vereda resbaladiza y quebrarse la cadera», (d) «En Illinois un testamento necesita tres testigos para ser considerado válido», (e) «El plan de discriminación positiva es constitucionalmente válido», (f) «La tía que se enteró por teléfono que su sobrina fue atropellada por un vehículo a cientos de millas de distancia tiene derecho a ser compensada por el conductor por el daño emocional que hubiera sufrido» (*LAI*: 179-180).

Si tenemos en cuenta la definición transcrita anteriormente y los ejemplos citados pareciera surgir claramente que Dworkin no hace distingo alguno entre norma y proposición normativa. Esto sería aceptable si entendiéramos la pregunta como referida a la existencia de un análisis expreso de la distinción. Pero la pregunta que debemos hacer es si la distinción no puede ser extraída de la obra de Dworkin a pesar de que el mismo no se refiera en esos términos en ninguno de sus trabajos. En este caso, dar respuesta a la cuestión no resulta una tarea tan simple como parecía en un primer momento.

En *LE* se ofrece una primera explicación de la forma en la que se utilizan las proposiciones interpretativas, apelando a un ejemplo imaginario. En esa hipotética comunidad, sus miembros actúan de acuerdo a un conjunto de «reglas de cortesía». Además, suelen formular y aceptar ciertas proposiciones, e instar a actuar [*urge*] conforme a las mismas. Estas proposiciones son del tipo «La cortesía exige a y realizar x en circunstancias *z*», en dónde *y, x* y *z* están en lugar de ciertas descripciones generales de sujetos, conductas y circunstancias.

Este tipo de enunciados constituyen «oraciones deónticas», esto es, oraciones en los que figuran términos que califican las acciones de ciertos agentes como obligatorias, prohibidas, debidas, etc. Es la ambiguedad característica de este tipo de oraciones lo que puede llevar, en algunas ocasiones, a confundir los dos usos diferentes que se le pueden dar. Con una oración deóntica se puede tanto expresar una regla como decir algo en relación con una regla (o conjunto de reglas). Antes de enfrentar el interrogante que ha motivado estas reflexiones, creo conveniente profundizar en el ejemplo imaginario que propone Dworkin, a los efectos de contar con la mayor cantidad posible de elementos de juicio.

> «Imaginemos la siguiente historia de una comunidad inventada. Sus miembros siguen un conjunto de reglas, a las que llaman "reglas de cortesía", en cierto tipo de ocasiones sociales. Ellos dicen, "La Cortesía exige que los campesinos se saquen los sombreros ante los nobles", por ejemplo, y aceptan e instan a aceptar otras proposiciones de esa clase. Durante un tiempo esta práctica tiene el carácter de tabú: las reglas simplemente están allí y no varían ni son cuestionadas. Pero entonces, quizás lentamente, todo esto cambia. Todos desarrollan una compleja actitud «interpretativa» respecto a las reglas de cortesía, una acti-

> tud que tiene dos componentes. El primero es el presupuesto de que la práctica de cortesía no simplemente existe, sino que tiene valor, que sirve a ciertos intereses o propósitos o encarna algún principio –en pocas palabras, que tiene algún sentido– que puede ser establecido independientemente de la mera descripción de las reglas que conforman la práctica. El segundo, es el presupuesto agregado de que las exigencias de la cortesía –la conducta a la que insta o las afirmaciones que respalda– no son necesariamente o exclusivamente aquello que siempre se consideró que eran, sino que de hecho son sensibles a ese sentido, por lo que las reglas estrictas deben ser comprendidas o aplicadas o extendidas o modificadas o calificadas o limitadas en virtud de ese sentido. Una vez que esa actitud interpretativa se instaura, la institución de la cortesía deja de ser mecánica; ... La gente trata ahora de imponer un *significado* a la institución –para verla en su mejor perspectiva– y luego reestructurarla a la luz de ese significado.» (*LE*: 47) [Resaltado en el original].

En este largo párrafo Dworkin nos invita a aceptar que en dicha comunidad la gente se guía, en ciertas ocasiones, por un conjunto de reglas que ellos mismos identifican como «reglas de cortesía». Pero en ella la gente también formula ciertas proposiciones especificando las conductas que se consideran obligatorias (permitidas o prohibidas) en ciertas circunstancias en virtud de dicho conjunto de reglas. La gente acepta e insta a aceptar estas proposiciones. A partir del conjunto de reglas de cortesía se exigen ciertas conductas a los miembros de la comunidad y se respaldan las afirmaciones que sobre dicho conjunto se formulan.

La pregunta que nos surge de inmediato es ¿qué quiere decir Dworkin cuando afirma que la gente en esa comunidad no sólo acepta sino que insta a actuar conforme a esas proposiciones? La explicación más plausible sería que dichas proposiciones pueden ser utilizadas de dos maneras muy distintas en diferentes contextos. Pueden utilizarse para aludir al contenido del conjunto de reglas de cortesía, o bien para formular (o reformular) una regla de cortesía. En el primer caso aceptar significa creer que la proposición es verdadera, y en el segundo significa que se debe actuar conforme a ella. Esta es la distinción que en filosofía del derecho se suele hacer entre una norma y una proposición normativa, las que pueden tener la misma composición lingüística y el mismo significado y, sin embargo, distinguirse claramente por las distintas funciones que cumplen.

Es cierto que Dworkin no se muestra demasiado preocupado por la distinción entre «norma» y «proposición normativa» (o entre «regla» y «proposición interpretativa» en el ejemplo). Sin embargo, en la descripción de lo que ocurre en la comunidad de cortesía se pueden encontrar elementos suficientes para fundar la distinción. Pero el problema no se elimina con esta constatación, ya que ambas son proposiciones interpretativas y en lo que respecta a sus propiedades semánticas y sintácticas no pueden ser diferen-

ciadas. No basta con hacer la distinción, si las dos categorías no se consideran mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas todavía existe la posibilidad de predicar propiedades incompatibles de las proposiciones de derecho. La crítica que estamos considerando no necesita que la distinción este ausente, le basta con que sea entendida de forma errónea.

El punto de partida de estos cuestionamientos es el reconocimiento de que las mismas oraciones deónticas se pueden utilizar para dictar una prescripción o para enunciar la existencia de una prescripción. Según Bulygin «...en el primer caso, las oraciones deónticas expresan una *norma*; en el segundo, una proposición (descriptiva) acerca de las normas que llamaré *proposición normativa*.» (Bulygin 1982: 170) [Resaltado en el original]. Este fragmento brinda cierto apoyo para hacer una diferencia entre la distinción conceptual *norma-proposición normativa* y la forma en que se definen ambas categorías. La distinción conceptual entre normas y proposiciones normativas exige distinguir los dos usos posibles que puede cumplir toda oración deóntica: expresar una norma o decir algo acerca de una norma. Pero la distinción conceptual entre normas y proposiciones normativas no requiere comprometerse con una determinada forma de concebir dichas categorías. Dos sujetos que distingan conceptualmente entre oraciones deónticas que expresan normas y oraciones deónticas que expresan proposiciones normativas, no necesariamente deben estar de acuerdo en la forma de entender las normas o la forma de entender las proposiciones normativas. De hecho, esta parece ser la situación en la filosofia del derecho (ver Bulygin 1982: 176-185). De la existencia de estos desacuerdos no se puede derivar que quienes se vean involucrados en este tipo de disputas confundan conceptualmente «normas» y «proposiciones normativas», aun cuando cada uno atribuya propiedades incompatibles con las que el otro asigna a las normas o a las proposiciones normativas. Esto es lo que parece ocurrir en el caso que estamos analizando.

Sostener que las proposiciones normativas deben ser entendidas como enunciados descriptivos de ciertos hechos constituye una afirmación comúnmente aceptada por quienes defienden posiciones positivistas sobre el cóncepto de derecho. Por eso Bulygin agrega entre paréntesis la exigencia de que las proposiciones normativas sean consideradas descriptivas de ciertas reglas. En un trabajo posterior, realizado en colaboración con Carlos Alchourrón, Bulygin sostiene que las principales diferencias entre normas y proposiciones normativas son las siguientes: (1) las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, mientras que las normas carecen de valores de verdad; (2) la verdad de una proposición normativa es relativa a un sistema jurídico; (3) el término «permitido», cuando se utiliza en las proposiciones normativas, es ambiguo. Puede significar que no existe una norma que pro-

híbe la conducta en cuestión, o que existe una norma que expresamente la permite; (4) las proposiciones normativas admiten dos tipos de negación, llamadas respectivamente interna y externa; (5) los términos deónticos (prohibido, permitido, obligatorio) son interdefinibles cuando figuran en las normas, pero no cuando lo hacen en las proposiciones normativas (Alchourrón y Bulygin 1996: 142).

En ningún momento se alude al carácter descriptivo de las proposiciones normativas, aunque dada la forma en la que los autores entienden la noción de verdad (cf. Alchourrón y Bulygin 1989), dicha exigencia puede entenderse como presupuesta en el punto (1). Para Bulygin una proposición es el significado de un enunciado susceptible de ser verdadero o falso, y los únicos enunciados capaces de cumplir esta exigencia son los enunciados descriptivos. Dworkin, con su teoría de la interpretación constructiva y la concepción de las proposiciones de derecho que de ella se deriva, pretende cuestionar la validez de este supuesto. Las proposiciones interpretativas pueden ser verdaderas o falsas sin necesidad de ser descriptivas de ciertos hechos.

Dworkin sostiene que el principal problema de una teoría positivista del derecho, aquella que entiende las proposiciones de derecho como puramente descriptivas, es que no puede dar cuenta satisfactoriamente de las disputas que se generan en torno a la verdad de las proposiciones de derecho que expresan la validez constitucional de ciertas normas. Sobre todo en aquellos casos en los que ni el texto constitucional ni la historia jurídica determinan claramente una solución. Tampoco resulta aceptable la respuesta iusnaturalista que propone considerar a las proposiciones de derecho en esos casos como puramente valorativas, sean referidas a preferencias personales o a teorías morales verdaderas, pues los juristas enfrentados en un desacuerdo de ese tipo no discuten sobre como debería ser el derecho sino sobre qué determina el derecho en el caso objeto de polémica (ver *LAI*: 180). La mejor alternativa para Dworkin es construir una teoría interpretativa del derecho que permita reconocer que las proposiciones de derecho, en tanto proposiciones «interpretativas» de la historia jurídica, no son ni descriptivas ni valorativas, sino que pertenecen a un genero intermedio que comparte elementos de ambos tipos de proposiciones pero que no puede identificarse exclusivamente con ninguno de los dos. Esta necesidad es la que lo lleva a explorar una concepción de la interpretación capaz de entenderla como una forma específica de conocimiento (ver *LE*).

Es la manera en la que se suele presentar la distinción lo que le permite acusar a Dworkin de confundir conceptualmente normas y proposiciones normativas, cuando en realidad lo que éste pretende es negar que las últimas puedan ser entendidas como expresiones descriptivas de ciertos hechos (*LAI*:

180). En pocas palabras, lo que Dworkin no puede aceptar es que las proposiciones normativas sean consideradas enunciados descriptivos de ciertas reglas. Porque si lo hiciera, si reconociera el carácter descriptivo de las proposiciones de derecho, su teoría no se podría distinguir, como él pretende, de una posición positivista en filosofia del derecho (*LAI*: 179-180).

II. Las proposiciones de derecho no son ni descriptivas ni valorativas, sino categoría intermedia que combina ambos tipos de expresiones. ¿No son de todas maneras incompatibles las propiedades que Dworkin le atribuye a sus proposiciones de derecho?, ¿No resultan en definitiva ininteligibles? Podemos distinguir dos formas de apoyar una respuesta positiva a estas preguntas: [1] afirmar que las proposiciones de derecho en las obra Dworkin posteriores a 1977 continúan siendo verdaderas o falsas aún cuando se utilizan en sentido prescriptivo, y ésta era una de las principales razones para sostener su carácter ininteligible (ver Bulygin 1982: 187); y [2] sostener que la mera alusión a una «categoría intermedia» entre las proposiciones descriptivas y valorativas no hace de por sí plausible la distinción, dada la falta de argumentos explícitos de Dworkin en su defensa, su apelación a una eventual «tercera posición» debería ser entendida como un subterfugio retórico tendente a ocultar que sus proposiciones de derecho poseen propiedades incompatibles.

[1] Dworkin considera que una teoría del derecho debe ser capaz de explicar el significado o sentido de las «proposiciones de derecho». ¿Qué es para él explicar el significado o sentido de una expresión lingüística? Aunque no ha realizado ninguna exposición sistemática de las tesis semánticas a las que se adhiere, estas se pueden reconstruir a partir de la forma en que plantea la cuestión:

> «Los juristas usan proposiciones de derecho para describir o declarar ciertas relaciones... Encuentran dificultades, no obstante, para establecer de manera general qué significan esas proposiciones, o, lo que viene a ser lo mismo, las condiciones bajo las que resultan verdaderas o falsas» (Dworkin 1977c: 5).

> «El problema central de la jurisprudencia analítica es este: ¿Cuál es el sentido que debe darse a las proposiciones de derecho? ... ¿Sobre qué tratan las proposiciones de derecho? ¿Qué cosas pueden hacerlas verdaderas o falsas?» (Dworkin 1982: 179-180).

> «Las teorías clásicas tratan de explicar este aspecto central y persistente de la práctica jurídica describiendo el sentido de las proposiciones de derecho –lo que esto significa para aquellos que las usan– y esta explicación toma la forma o bien de definiciones de «derecho» en el viejo estilo o bien de descripciones de las «condiciones de verdad» de las proposiciones de derecho –las circunstancias en las cuales los juristas las aceptan o rechazan– en el estilo más moderno» (*LE*: 419, nota 29).

Dworkin se adhiere tácitamente a aquellas posiciones que relacionan el significado de las oraciones con sus condiciones de verdad, esto es con las circunstancias que podrían hacerlas verdaderas o falsas. En esta línea, cuyo origen se puede rastrear hasta la proposición 4.063 del *Tractatus* de Wittgenstein [3], pueden ubicarse los trabajos de semántica filosófica de David Lewis (1972) y Donald Davidson (1967), entre otros. Este último, por ejemplo, ha llevado al extremo la conexión entre verdad y significado. En su teoría del significado ésta se ve reemplazada por la teoría correspondentista de la verdad, tal como fuera formulada por Tarski. Según Patterson, tanto Dworkin como sus adversarios positivistas coinciden en el enfoque que adoptan respecto del significado. Ambos afirman que el significado de las proposiciones de derecho está determinado por sus condiciones de verdad (Patterson 1996: 18).

Dworkin considera que todas las proposiciones interpretativas, no importa la función que cumplan, son significativas y, para poder explicar su significado o sentido, se tienen que poder determinar sus condiciones de verdad. En consecuencia, aquellas proposiciones de derecho que expresan una regla, esto es, las que cumplen una función prescriptiva, también deben ser entendidas como susceptibles de verdad o falsedad. De lo contrario deberían ser consideradas expresiones carentes de significado. El problema surge porque tradicionalmente se suele aceptar como algo incuestionable que las únicas expresiones linguísticas susceptibles de verdad o falsedad son aquellas que cumplen una función informativa. Esto ha llevado a los defensores de las variantes semánticas en las que se enrola Dworkin a realizar un esfuerzo adicional para explicar de qué manera se pueden atribuir valores de verdad a aquellos enunciados que, como los interrogantes o las prescripciones, no pueden ser considerados descriptivos de ciertos hechos (ver Davidson 1979).

Pero estas dificultades no son más graves que las que deben enfrentar quienes aceptan posiciones tradicionales para explicar, por ejemplo, la aplicación de la lógica a las normas. Las posiciones que consideran que las prescripciones por definición no pueden ser susceptibles de verdad o falsedad, se ven atrapadas en el llamado «dilema de Jorgensen», que Bulygin expresa de la siguiente manera: «O bien la noción de inferencia y las conectivas proposicionales son caracterizadas en términos de verdad y entonces no hay una lógica de normas y las conectivas lógicas no pueden operar sobre normas, o bien hay una lógica de normas, pero entonces el concepto de in-

[3] «... Para poder decir «p es verdadera (o falsa)», tengo que haber determinado en qué circunstancias llamo a p verdadera, y con ello determino el sentido de la proposición.» (Wittgenstein 1922).

ferencia y las conectivas lógicas no pueden definirse en términos de la verdad.» (Alchourrón y Bulygin 1989: 321). Los esfuerzos realizados por los filósofos del derecho para evitar las consecuencias de este dilema no son menos complicados, ni más afortunados, que los que han realizado quienes adoptan una semántica de condiciones de verdad para explicar la atribución de valores de verdad a las prescripciones (ver Alchourrón y Martino 1988).

La teoría de Dworkin, en cambio, puede salir del «dilema de Jorgensen» sin grandes dificultades, ya que sus proposiciones de derecho son susceptibles de verdad o falsedad con independencia del uso que luego se haga de ellas. Que en su teoría se admita que los enunciados que expresan reglas también pueden ser considerados verdaderos o falsos no genera necesariamente el tipo de ininteligibilidad que le atribuyen sus críticos. Si tenemos en cuenta los esfuerzos que ha debido realizar el propio Davidson para explicar con su teoría el sentido de las interrogaciones y prescripciones (Davidson 1979), habría que pensar que este aspecto de la teoría de Dworkin (en caso de que se lo considerara correctamente fundado) debería ser entendido no como un problema, sino como un mérito de su posición. En efecto, en una propuesta semántica como la que adopta Dworkin es necesario atribuir valores de verdad para poder atribuir significado a una oración. En consecuencia, se deben considerar como susceptibles de verdad o falsedad todas las oraciones que se consideren significativas, incluyendo aquellas que, como las preguntas o las órdenes, son consideradas como carentes de valores de verdad desde posiciones semánticas tradicionales.

La teoría de Dworkin en realidad se asienta en presupuestos semánticos que no sólo le permiten afirmar que las proposiciones de derecho pueden ser prescriptivas y susceptibles de verdad o falsedad al mismo tiempo, sino que le exigen hacerlo para poder atribuirles significado. La posición de Dworkin sería ininteligible si partiera de otras tesis semánticas, como las que presuponen sus críticos, y llegará a la conclusión que se cuestiona. Pero lo que ocurre es algo muy diferente, se pretende criticar la posición de Dworkin por aceptar las consecuencias que se derivan de manera necesaria de las tesis filosóficas que presupone. Visto de esta manera, lo que resulta ininteligible es la crítica que estamos analizando, pues cuestiona una posición que el único error que comete es el de ser consistente con sus propios puntos de partida[4].

Incluso se podría ensayar una crítica estructuralmente similar a la que hemos analizado, pero que partiendo de los presupuestos semánticos que

[4] Las tesis semánticas que atribuyo a Dworkin no estan exentas de críticas (ver Hierro Pescador 1990: 4940), pero no se las puede considerar indefendibles sin aportar razones en apoyo de esta pretensión.

asume Dworkin estuviera dirigida contra la forma en que sus críticos entienden la distinción entre normas y proposiciones normativas. En ella se podría afirmar que, dado que el significado depende de las condiciones de verdad de las oraciones, entonces la posición de quienes lo cuestionan resulta indefendible porque de ella se desprende que las oraciones deónticas utilizadas para expresar normas, que no son susceptibles de verdad o falsedad, carecen de significado. Posiblemente este hipótetico cuestionamiento no resultaría aceptable para ninguno de los filósofos que se adhieren al argumento que he considerado, lo que pone de manifiesto que hay algo que falla en esta estrategia crítica.

[2] Para Dworkin la mejor alternativa frente al positivismo y al iusnaturalismo es afirmar que las proposiciones de derecho son «proposiciones interpretativas» de la historia jurídica. Las proposiciones interpretativas no son ni descriptivas ni valorativas porque interpretar es mostrar al objeto interpretado como lo mejor que puede ser dentro de su género. Quien interpreta lo hace a partir de ciertas creencias inarticuladas sobre la identidad del objeto a interpretar y sobre aquello que hace valiosos a los objetos de esa clase. Los dos tipos de creencias estan presentes en las proposiciones interpretativas, razón por la cual, no pueden ser consideradas ni descriptivas ni valorativas, sino una categoría intermedia (*LAI*:180). Esta es, a grandes rasgos, la concepción constructiva de la interpretación en la que Dworkin fundamenta su teoría del derecho.

Uno de los críticos más perseverantes de la teoría de la interpretación de Dworkin es Stanley Fish[5]. La principal crítica que plantea a la propuesta de «interpretación constructiva» afirma que dicha posición necesita presuponer la existencia de los objetos a interpretar en la realidad (Fish 1982). Si se aceptara que el objeto a interpretar es el producto de una interpretación (como sostiene Dworkin en *LAI* y *LE*), entonces el objeto podría variar con cada nueva interpretación que de él se formulara. La conclusión que se derivaría de esta afirmación sería lacerante: si aquello que sirve de parámetro para establecer la diferencia entre cambiar algo e interpretarlo está a su vez sujeto a cambios, entonces no resulta lo suficientemente estable como para sostener la distinción entre inventar e interpretar que sobre él se pretende erigir (Fish 1983: 106). Este no es el único problema que le plantea la crí-

[5] Desde que Dworkin comenzó a realizar lo que he denominado el «giro interpretativo» en la defensa de su teoría (Kress 1987), ha recibido constantemente los embates críticos de Fish (1982, 1983, 1987, 1991), a los que no ha dejado de responder (ver Dworkin 1983, 1985b, *LE*, 1991). Esto ha dado lugar a que en muchas obras recientes se dedique una sección a lo que ya se suele denominar «el debate Dworkin-Fish» (ver Marmor 1992: 73-81). En este trabajo no analizaré el debate en sí mismo, sino que incorporaré aquellas cuestiones que considero importantes para comprender mejor la posición de Dworkin.

tica que estoy considerando. Dworkin se compromete con una descripción de la labor interpretativa en la que tiene sentido considerar a ciertas interpretaciones como mejores que otras. La condición para que esta comparación se pueda llevar a cabo es que ambas intenten mostrar en su mejor perspectiva al mismo objeto de interpretación. Pero de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, no sería posible reunir estas condiciones si se considera al objeto a interpretar como el producto de una interpretación. La concepción constructiva de la interpretación debería ser abandonada (Fish 1983:107).

La única alternativa que le quedaría a Dworkin para continuar invocando la distinción entre inventar e interpretar y para mantener la posibilidad de comparar entre interpretaciones rivales, sería sostener que los objetos de interpretación se encuentran en la realidad, son «hechos duros», y no el producto de una interpretación. Pero, si proyectáramos esta posición en el ámbito juridico, nos encontraríamos con que su aceptación implicaría adoptar alguna variante de positivismo, exactamente el tipo de teoría jurídica que Dworkin se proponía cuestionar apelando al giro interpretativo (Fish 1983: 107). Esto es así pues debería reconocer que la determinación de lo que es el derecho no requiere siempre la formulación de proposiciones interpretativas, pues la posibilidad de emitirlas estaría dada por la formulación previa de las proposiciones descriptivas de los hechos relevantes para la cuestión. Aceptaría de esta manera la existencia de hechos institucionales de los que dependería el contenido del derecho que además podrían ser descriptos con independencia de cualquier tipo de valoración. Esto es todo lo que necesita un positivista para apoyar su posición (cf. Marmor 1992)[6].

Pero Dworkin contestó las críticas de Fish de otra manera (Dworkin 1983). Aunque mantuvo que la distinción entre interpretar e inventar era en sí misma el producto de un juicio interpretativo, tal como lo había hecho en *LAI*, reconoció que la forma en la que había establecido la diferencia presuponía la existencia de un texto que restringiese la tarea interpretativa. Dado que en su teoría el texto mismo se consideraba como el resultado de un juicio interpretativo, parecía razonable la objeción de que en la misma no existía la posibilidad de distinguir entre interpretar e inventar (Dworkin 1985b:168)[7].

---

[6] Esto mismo se puede objetar a la forma en la que Isabel Lifante Vidal propone entender la propuesta de Dworkin. El resultado al que conduce la distinción que hace entre proposiciones reconstructivas y proposiciones interpretativas en el seno de su teoría es muy similar al que he descrito en este párrafo (ver Lifante Vidal 1999).

[7] En lo que sigue me ceñiré a la forma en la que Dworkin contestó esta crítica en la versión abreviada de su respuesta a Fish, publicada dos años más tarde en *A Matter of Principle* (Dworkin 1985b). En ese trabajo Dworkin organizó mejor sus argumentos, pues

Dworkin expuso la objeción que estamos considerando de la siguiente manera:

> «Esta afirma que si todas las partes de una interpretación son dependientes de la teoría en la forma en que digo que lo son, entonces no puede haber diferencia entre interpretar e inventar porque el texto sólo puede ejercer un constreñimiento ilusorio sobre el resultado.» (Dworkin 1985b: 169)

Dworkin consideró las dos formas en las que, a su entender, esta objeción podría poner en entredicho su propuesta. La primera, sería negando la posibilidad misma de que diferentes partes de una estructura teórica general pudieran constreñirse o ponerse a prueba unas a otras. La segunda, aceptaría esta posibilidad en sentido general pero negaría su aplicación para el caso específico de la interpretación artística. Según Dworkin, en ninguna de sus dos variantes esta crítica puede afectar su teoría de la interpretación (Dworkin 1985b: 169-171). Prestaré atención a las razones que esgrimió para apoyar la primera de estas afirmaciones, pues al formularlas Dworkin puso de manifiesto algunos de los presupuestos filosóficos generales sobre los que se asienta su teoría, de los que se pueden derivar consecuencias relevantes para comprender la forma en la que explica el sentido de las «proposiciones de derecho».

La primera versión de la objeción de Fish debe ser rechazada, según Dworkin, porque su aceptación implicaría contradecir ciertas ideas importantes, comúnmente aceptadas en la filosofia de la ciencia contemporánea. En efecto, en esta disciplina se suele aceptar que nuestras creencias se enfrentan a la experiencia como un todo, y que no existe ninguna parte de este sistema que resulte inmune a la posibilidad de revisión. Si adoptáramos diferentes creencias respecto de algunos aspectos teóricos de nuestras ciencias duras, por ejemplo, podríamos llegar a dividir el mundo de nuestra experiencia de diferente manera. Esto implica que aun aquello que consideramos un «hecho» depende en última instancia del marco teórico que tomemos como referencia.

Si alguien criticara esta visión del conocimiento porque en ella las hipótesis científicas no podrían ser puestas a prueba enfrentándolas a los hechos, puesto que una vez adoptada una teoría no habría hechos completamente independientes de la misma con los que ponerla a prueba, estaría cometiendo un malentendido. Dworkin sostiene que el objetivo principal de

---

consideró que las objeciones que se formulaban a su teoría eran principalmente dos: la que estamos analizando en este momento y la relacionada con la objetividad de los juicios interpretativos. También resulta más apropiado ese texto pues en él Dworkin evita los largos párrafos que dedicaba en la versión original a mostrar cómo sus palabras habían sido malinterpretadas por Fish y cómo sus argumentos podían ser reconstruidos para hacer frente a las objeciones que aquel le formulara (cf. Dworkin 1983).

esta posición filosófica no es negar que los hechos limiten a las teorías, sino explicar de qué manera lo hacen. Por eso no hay nada objetable en la afirmación que sostiene que los hechos dependen de las teorías que los explican y al mismo tiempo las constriñen. Por el contrario, la misma resulta esencial para sostener una visión del conocimiento como un conjunto de creencias interrelacionadas que se enfrentan al tribunal de la experiencia como un todo coherente (Dworkin 1985b: 169-170).

Dworkin defiende su propuesta atando su suerte a la posibilidad de defender con éxito alguna forma de holismo [8]. Una posición holista, en líneas generales, afirma que si algo posee una propiedad (de la clase que fuera) entonces muchas otras cosas poseen esa propiedad (Fodor y Lepore 1992). Que una creencia se considere justificada depende de que muchas otras creencias también lo estén (holismo epistemológico), y que una expresión posea significado depende del significado que posean el resto de las expresiones en ese lenguaje (holismo semantico) (Block 1994: 151, Lormand 1996: 51). En pocas palabras, el holismo respecto del significado sostiene que los únicos portadores de significado son los lenguajes (teorías o sistemas de creencias) como un todo, por lo que el significado que se pueda atribuir a unidades menores (palabras, enunciados, oraciones, textos, pensamientos, o similares) resulta meramente derivado (cf. Fodor y Lepore 1992: x).

Resulta sumamente plausible afirmar que Dworkin asume como presupuesto de su teoría de la interpretación una posición holista, en los términos en los que acabamos de resumir las características centrales de una posición de ese tipo. Sobre todo si tenemos en cuenta los argumentos con los que contesta a las críticas de Fish que presentamos anteriormente. Si la teoría en la que se insertan las proposiciones interpretativas son teorías que poseen componentes descriptivos y valorativos, y al mismo tiempo se acepta que ninguna proposición de ese tipo posee significado con independencia de la teoría a la que pertenece, entonces se puede concluir que las

[8] Dworkin se compromete con el holismo ya en sus primeros trabajos, aunque no de la manera explícita en que lo hace en el artículo que estamos analizando. En esos trabajos se trataban de alusiones indirectas, en las que el presupuesto holista podía detectarse pero no ocupaba aún el centro de la argumentación (cf. Dworkin 1967, Dworkin 1972, Dworkin 1975). Es por ello que Hart, en uno de los pocos trabajos en los que alude a Dworkin anteriores al *Postscript* a la segunda edición de *El Concepto de Derecho* (1994), encuadra su posición dentro de las teorías jurídicas norteamericanas, en el bando de lo que denomina «el noble sueño». Los dos rasgos básicos que Hart atribuye a este tipo de propuestas son el particularismo y el holismo (Hart 1977: 338). Llama la atención, sin embargo, que aún después del giro interpretativo y la adopción explícita de Dworkin del holismo, todavía se sigan formulando criticas a su teoría, dirigidas a sus presupuestos filosóficos más generales, que no tomen en cuenta esta característica tan marcada de su posición (ver Moreso 1997: 194-206).

proposiciones interpretativas no son ni descriptivas ni valorativas, sino una mezcla de ambas.

El holismo semántico resulta particularmente importante para comprender su posición, pues implica abandonar la idea de que son los enunciados aislados los que constituyen las unidades significativas, para considerar que son los grupos de enunciados (teorías, dominios, esquemas conceptuales, etc.) los que cumplen esa función. En los dominios interpretativos, tal como los entiende Dworkin, coexisten elementos descriptivos y valorativos. Dado que el significado de las proposiciones interpretativas individuales depende de ambos tipos de elementos de forma indiscernible, se puede encontrar en su teoría cierto apoyo para sostener que las proposiciones interpretativas no son ni descriptivas ni valorativas, sino un género intermedio que comparte elementos de ambos tipos de proposiciones pero que no se puede identificar exclusivamente con ninguno de los dos. Desde esta nueva perspectiva se puede devolver cierto grado de inteligibilidad a la forma en la que entendiende las proposiciones de derecho. Esto no implica que debamos aceptarla sin más, sino que su discusión debería realizarse en un plano mucho más profundo de aquel en el que la suelen plantear los filósofos del derecho interesados en criticar su posición[9].

* * *

¿Es ininteligible la teoría de Dworkin? La tesis que he intentado defender en este trabajo es modesta, y se puede expresar de la siguiente manera: si tenemos en cuenta aquellos argumentos que apoyan una respuesta positiva al interrogante cuestionando la manera en la que Dworkin entiende la naturaleza de las proposiciones de derecho, entonces debemos concluir que no hay razones suficientes para considerar ininteligible su teoría. Ninguna de las razones que he aportado están dirigidas a apoyar la concepción de la interpretación constructiva en la que fundamenta toda su propuesta. Tampoco he procurado mostrar que los distintos presupuestos filosóficos sobre los que se asienta resultan plausibles por separado ni conciliables entre sí. Mi intención fue poner de manifiesto que algunas críticas muy difundidas, dirigidas a la forma en la que Dworkin utiliza la noción «proposición de derecho», no resultan tan graves para su posición si se tienen en cuenta algunos de los desarrollos recientes de su teoría. El análisis que he realizado en

[9] El holismo semántico es una posición filosófica sumamente cuestionada, como puede verse en las duras críticas que le formulan Fodor y Lepore (1992). Sin embargo, no se la puede considerar ininteligible, como queda de manifiesto tanto en la réplica a Fodor y Lepore que formula Silverberg (1994) como en algunos artículos recientes dedicados a apoyar posiciones ese tipo (Block 1994, 1996, Edmonds 1997, Lormand 1996).

este trabajo no excluye la posibilidad de que se puedan desarrollar otros argumentos para apoyar las mismas críticas que he rechazado, sólo pone en evidencia el hecho de que existe la necesidad de formularlos. Los argumentos producidos antes de la publicación de *LAI* y *LE* acusando a Dworkin de confundir conceptualmente *normas y proposiciones normativas* no resultan suficientes.

Referencias bibliográficas

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. 1989. «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, **Análisis lógico y derecho,** Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 303-328. Edición original, «Limits of Logic and Legal Reasoning», en A. A. Martino (Ed.), *Preproceedings of the III International Conference on Lógica, Informática, Diritto*, Vol. II, Firenze.

– 1996. «Norma Jurídica», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.), **El derecho y la justicia**, Madrid, C.S.I.C., pp. 133-147.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y MARTINO, Antonio A. 1988 «Lógica sin verdad», **Theoria**, Segunda Epoca, Año III, 7/8, pág. 7-43.

BLOCK, Ned. 1994. «An Argument for Holism», **Proceedings of the Aristotelian Society,** New Series, Vol. XCIV, pp. 151-169.

– 1996. «Holism, Mental and Semantic», **<www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/ bloc/papers>**, diciembre de 1996. Edición posterior en *The Routledge Encyclopaedia of Philosophy,* s.d.

BULYGIN, Eugenio. 1982. «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos», en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, **Análisis lógico y derecho**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 169-193. Edición original, «Norms, Normative Propositions and Legal Statements», en G. Floistad (Ed.), *Contemporary Philosophy*. *A New Survey*, La Haya-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 3, 127-152.

DAVIDSON, Donald. 1967. «Truth and Meaning», **Synthese**, 17, 304-323.

– 1979. «Moods and Performances», en A. Margalit (ed.), **Meaning and Use,** Dordrecht, Reidel.

DWORKIN, Ronald Myles. 1967. «The Model of Rules I», **Taking Rights Seriously**, Londres, Duckworth, 1977 (2da. ed., 1978), pp. 14-45. Reimpreso con el título «Is Law a System of Rules?» en Dworkin, Ronald (ed.), *The Philosophy of Law,* Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 38-65 y en Summers (ed.) , *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1968, pp. 25. La edición que se cita sólo difiere de estas últimas en el agregado de una sección introductoria y un texto crítico en la última nota al pie de página. Edición original, «The Model of Rules», *University of Chicago Law Review,* 35, pp. 14-46.

– 1972. «The Model of Rules II», **Taking Rights Seriously**, Londres, Duckworth, 1977 (2d. ed., 1978), pp. 46-80. Edición original, «Social Rules and Legal Theory», *Yale Law Journal,* 81, pp. 855-890.

– 1975. «Hard Cases», **Taking Rights Seriously,** Londres, Duckworth, 1977 (2d. ed., 1978), pp. 81-130. Edición original, «Hard Cases», *Harvard Law Review,* 88, pp. 1057-1109.
– 1977a. **Taking Rights Seriously,** Londres, Duckworth, 1977 (2d.. ed. with appendix, 1978), xv + 368 pp. Existe traducción al castellano de Marta Guastavino, *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel, 1984, 508 pp. Introducción de Albert Calsamiglia.
– 1977 b. «No Right Answer?, en Hacker, P.M.S. & Raz, J. (eds.), **Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart,** Oxford, Oxford University Press, pp. 58-84. Reimpreso con el título «Is There Really No Right Answer in Hard Cases», *New York University Law Review,* 53, 1 (1978), pp. 1-32 y en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle,* Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 119-145. Existe traducción al castellano de Maribel Narváez Mora, «¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo,* Barcelona, Crítica, 1994, pp. 475-512.
– 1977 c. (ed.), **The Philosophy of Law,** Oxford, Oxford University Press (reprinted 1982), 176 p. Existe traducción al castellano de Javier Sáinz de los Terreros, *La filosofía del derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1980, 330 pp.
– 1982. «Law as Interpretation», **Critical Inquiry**, 9 (1982-83), pp. 179-200. Reimpreso con el título «How Law is Like Literature» en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle,* Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 146-166, y en W. J. T. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation,* Chicago-Londres, University of Chicago Press, 1983. Existe traducción al castellano de Juan Manuel Pombo Abondano, «Cómo el derecho se parece a la literatura», en Rodríguez, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin,* Santa Fe de Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 143-180.
– 1983. «My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More», en W. J. T. Mitchell (ed.), **The Politics of Interpretation**, Chicago-Londres, University of Chicago Press, pp. 287-313.
– 1985a. **A Matter of Principle,** Oxford, Oxford University Press (reprinted 1986), pp. 425.
– 1985b. «On Interpretation and Objectivity», en **A Matter of Principle,** Oxford, Oxford University Press (reprinted 1986), pp. 167-177.
– 1986. **Law's Empire,** Cambridge, Mass., Harvard University Press, XIII + 470. Existe traducción al castellano de Claudia Ferrari, *El Imperio de la Justicia,* Barcelona, Gedisa, 1988.
– 1991. «Pragmatism, Right Answers and True Banality», **Pragmatism in Law and Society,** Boulder, Colorado, Westview Press.

EDMONDS, Bruce. 1997. «Pragmatic Holism», extraído de Internet: ***<hkusuk.hku.hk/philodep/directory/search.Htm>***, 6 de marzo de 1997.

FISH, Stanley. 1982. «Working of the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism», **Critical Inquiry**, 9, 1982-83, pp. 201-216.
– 1983. «Wrong Again», **Texas Law Review**, 62, pp. 299.
– 1987. «Still Wrong After All These Years», **Law and Philosophy**, Vol. 6, N°3.

– 1991. «Almost Pragmatism: The Jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin», en Brint, Michael and Weaver, William, **Pragmatism in Law and Society,** Boulder, Colorado, Westview, pp. 47-81.

FODOR, Jerry A. y LEPORE, Ernest. 1992 (eds.), **Holism. A Shopper's Guide**, Oxford, Blackwell, XIV + 273 pp.

GUASTINI, Riccardo. 1988. «Some Remarks on the Conceptual Framework of "Law's Empire"», **Ratio Iuris**, 1, 176-181.

HART, Herbert Lionel Adolphus. 1977. «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», **Essays in Jurisprudence and Philosophy,** Oxford, Clarendon Press, pp. 123-144. Existe traducción al castellano de José Juan Moreso y Pablo Navarro, «Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño», en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo,* Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-350. Edición original, «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, 11, 5, 969-89.

– 1994. **The Concept of Law**, second edition, with a Poscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, IX + 315 pp.

HIERRO S. PESCADOR, José. 1990. **Significado y verdad. Ensayos de semántica filosófica,** Madrid, Alianza, 108 pp.

KRAMER, Matthew. l999a. «Also Among the Prophets: Some Rejoinders to Ronald Dworkin's Attacks on Legal Positivism», **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. XII, No. 1, pp. 53-82.

– l999b. **Law Without Trimmings: A Defense of Legal Positivism,** s.d., en prensa de acuerdo a Kramer l999a: 53.

KRESS, Keneth J.. 1987. «The Interpretive Turn», **Ethics**, 97, 834-60.

– l999a. «Coherentist Methodology is Morally Better than either its Proponents or its Critics Think (But Still not Good Enough)», C**anadian Journal of Law and Jurisprudence,** Vol. XII, No. 1, 83-108.

– 199b. «Why no Judge Should Be a Dworkinian Coherentist?», **Texas Law Review,** 77.

LEWIS, David. 1972. «General semantics», en Davidson, D. y Harman, G. (eds.), **Semantics of Natural Language,** Dordrecht-Boston, Reidel, pp. 169-218.

LIFANTE VIDAL, Isabel. 1999. **La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 348 p.

LORMAND, Eric. 1996. «How to be a Meaning Holist», **The Journal of Philosophy**, Vol. XCIII, No. 2, 51-73.

MARMOR, Andrei. 1992. **Interpretation and Legal Theory,** Oxford, Clarendon Press, VI + 193 p.

– 1999. «The Separation Thesis and the Limits of Interpretation», **Canadian Journal of Law and Jurisprudence,** Vol. XII, No. 1, 135-150.

MORESO, José Juan. 1997. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución,** Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 256.

PATTERSON, Dennis M. 1996. **Law and Truth,** New York-Oxford, Oxford University Press, 189 p.

PORRAS DEL CORRAL, Manuel. 1989. **Derecho, Igualdad y Dignidad. En torno al pensamiento de R Dworkin**, Córdoba (España), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 216 p.

SILVERBERG, Arnold. 1994. «Meaning Holism and Intentional Content», **Pacific Philosophical Quarterly,** 75, 29-53.

WITTGENSTEIN, Ludwig. 1922. **Tractatus Logico-Philosophicus,** 2a. ed., Madrid, Alianza, 1973, 203 págs. Traducción de Enrique Tierno Galván. Edición original, Tractatus Logico-Philosophicus, Londres, Routledge &: Kegan.

PRAXIS Y NORMATIVIDAD COMO CRITERIO DE CIENTIFICIDAD DE LA «CIENCIA JURÍDICA»

Jesús Vega
Universidad de Oviedo

Introducción

Entre los supuestos inconmovibles de la teoría jurídica figura en primer lugar el de que el Derecho es esencialmente y antes que cualquier otra cosa una normatividad. La asunción de que este supuesto constituye la «verdadera seña de identidad y principio organizador de cualquier teoría del Derecho» [1] no siempre va acompañada, sin embargo, de una crítica o tematización gnoseológica de las implicaciones «metateóricas» que comporta. Implicaciones que llevarían a reconsiderar, para empezar, la propia naturaleza *teórica* de la teoría del Derecho. Especialmente cuando el problema de la normatividad jurídica se hace de una u otra forma equivalente en última instancia al problema de la «obligatoriedad» o «vinculatoriedad» de las normas en que el Derecho sustancialmente consistiría [2]. Pues entonces podría surgir la cuestión de si esa racionalidad «teórica» no es en realidad típicamente y por antonomasia «práctica», y no sólo por su contenido (referente a temas de la «razón práctica», como serían las normas), sino *también* por su procedimiento o perspectiva metódica o formal, en cuanto es constitutiva de un discurso orientado a la *fundamentación* de normas [3] y a su fundamentación *exclusivamente* como «obligaciones» que pesan sobre la acción o en el horizonte de su «rectitud normativa» [4]. Cuestión previa o «prejudicial» a analizar a propósito del problema de la normatividad del Derecho sería, pues, la de dilucidar las condiciones que determinan que esta normatividad sea pre-

[1] Bayón, J. C., «Deber jurídico», en Garzón Valdés, E./Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta/CSIC/BOE, 1996, pp. 313-331, p. 313.

[2] Delgado Pinto, J., «Normatividad del Derecho», en Garzón Valdés, E./Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, cit., pp. 425-440, p. 425.

[3] Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1989, pp. 34ss., 177.

[4] Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa* [1981], trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, vol. I, pp. 34, 128ss., 149ss.

cisamente un «problema» a resolver y que esta resolución tenga que adoptar el sentido de una «justificación teórica» de las normas del Derecho consideradas como techo último de la racionalidad jurídica. Se trataría de analizar las condiciones de posibilidad que determinan la necesidad del «normativismo» o en general esa capacidad que las normas tienen para «marcar el nivel» del discurso teórico en torno al Derecho y para constituirse en la más importante de las «cuestiones recurrentes» de la filosofía jurídica [5]. Y este análisis de que hablamos tendrá que ser efectivamente de naturaleza gnoseológica, si lo que se discute es justamente el carácter «teórico» o «práctico» de determinados discursos o de determinadas realidades como serían las normas. Desde una perspectiva crítica (no metafísica), el dualismo tradicional teoría/praxis tendrá que ser interpretado como una dicotomía no absoluta, sino *conjugada* [6]: no habrá teoría pura ni pura práctica, sino más bien diferentes racionalidades en las que se combinan de distinta forma componentes teóricos y prácticos y cuya reclasificación en virtud de la diferencial orientación prioritaria que presenten –hacia la «acción» o hacia el «conocimiento», según la epistemología clásica aristotélica y kantiana– tendrá que ser sistematizada mediante otros conceptos gnoseológicos. Conceptos que aludan, por ejemplo, al grado de *objetividad* de esas distintas formas de racionalidad, pudiendo así diferenciarse entre contextos o relaciones en los que cabe hablar de una «neutralización» del sujeto epistemológico (relaciones entre objetos, objetuales: *teoréticas*), y contextos o relaciones en los que el sujeto no es eliminado sino que, por el contrario, resulta constantemente «recreado» en su dimensión estricta de subjetividad (relaciones entre sujetos, subjetuales: *prácticas*). En el caso de la teoría del Derecho tendríamos a primera vista, según esto, que ni ella se construye sobre un campo amorfo o «práctico-puro» sino ya conformado y organizado según teorías peculiares –ante todo, las propias normas jurídicas en cuanto instancias abstractas estructuradoras de la fenomenología práctica de lo que llamamos «Derecho»–, ni constituye tampoco pura o inocua especulación teorética, sino un tipo de racionalización que mantiene relaciones precisas y específicas con su objeto (p. ej., como acabamos de decir, relaciones de «justificación»). Cuando la teoría jurídica se endereza a la reconstrucción

[5] Dreier, R., «Sein und Sollen. Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens» [1972], en Id., *Recht, Moral, Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, pp. 217-240, p. 219; Hart, H. L. A., *The Concept of Law* [1961], Oxford, Clarendon Press, 1994, 2ª ed. a cargo de P. A. Bulloch y J. Raz, p. 1 3 (trad. esp. de la primera edición por Genaro R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 7); Id., «Introduction» a *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983 (repr. 1985), pp. 1-18, p. 18.

[6] *Cf.* Bueno, G., *Teoría del cierre categorial*, Oviedo, Pentalfa, 1992ss., vol. I, p. 194, vol. III, pp. 18ss.

de esas normas en cuanto que tales normas «vinculantes» u operativas dicha relación adquiere la forma de una suerte de *absorción*. En efecto, la adopción de la estructuración normativa como *último* nivel teórico de análisis o explicación del Derecho podría ser descrita, desde la perspectiva de otras explicaciones más globales, en términos más bien críticos con respecto a su verdadera condición «teorética»: podría llevar a considerar que toda teoría orientada a la elaboración de un «concepto normativo del Derecho» constituye menos una verdadera teoría del Derecho que, para decirlo con Luhmann, una «forma de autodescripción del sistema jurídico», es decir, un tipo de teorización que, incluyendo componentes «filosóficos», se configura sin embargo como una prolongación autorreproductiva de la teoría que el Derecho mismo ya *es* entre otras cosas por incluir normas. Hablaríamos así de una ideología normativa o normológica global, de una teoría *doctrinal* del Derecho, de rango coextensivo y asimilable al que exhibe la propia estructura doctrinal de las categorías jurídicas en cuanto que categorías *normativas*. Sería entonces un tipo de «teoría práctica» [*praktische Theorie*] que, sin ser directamente «normativa», sí que contribuye esencialmente a «sostener la fundamentación normativa del sistema» [7], por vía justificativa, y ello en la medida en que constituye una reconstrucción teórica del Derecho a la escala abstracta de su misma normatividad, su «validez», su carácter «obligatorio», «vinculante», etcétera.

Aquí no nos referiremos sin embargo de forma directa al estatuto gnoseológico de la teoría del Derecho, sino al de otra disciplina que sin embargo está estrechamente relacionada con ella y que lo está desde esta misma perspectiva: la dogmática jurídica. El propio Luhmann sitúa a la *Rechtsdogmatik* y a la «ciencia jurídica» o *Rechtswissenschaft* al mismo nivel que la *Rechtstheorie*, es decir, como «formas de tratamiento "científico" del Derecho» [8] coincidentes en su común referencia metódica central a la normatividad jurídica. La cuestión sería la siguiente: si, al igual que la teoría del Derecho, la dogmática jurídica constituye una disciplina organizada estructuralmente en torno a las normas del Derecho y si éstas son a su vez los contenidos esenciales y específicos que organizan racionalmente la praxis jurídica de forma distintiva frente a cualquier otra forma de práctica social, entonces la dogmática jurídica tampoco es realmente una ciencia estricta, sino, como la teoría del Derecho, y de forma más clara aún que ésta, una dimensión más autorreproductiva de la normatividad jurídica y, por tanto, una dimensión última de la propia praxis jurídica global. Se trata, pues, de la vieja discusión crítica acerca de si la dogmática jurídica, en cuanto disci-

[7] Luhmann, N., *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987 (3ª ed.), pp. 360-1.

[8] Luhmann, N., *Rechtssoziologie*, cit., p. 360.

plina nuclear de la esfera jurídica, constituye una disciplina científica. La posición de principio que a este respecto mantenemos se pronuncia en un sentido negativo y apela para ello a razones gnoseológicas estructurales: la dogmática jurídica no sólo no sería una ciencia en ninguna acepción mínimamente rigurosa de este concepto desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, sino que no *podría* serlo justamente por tratarse de una disciplina cuyo ámbito de racionalidad se *agota* en todo momento en la escala inmanente de las relaciones jurídico-normativas [9]. En la actual teoría del Derecho, que incluye también una teoría de la ciencia jurídica más o menos explícita, está sin embargo asentada de la manera más sólida la convicción contraria: se asume invariablemente que la referencia excluyente a la escala de la normatividad del Derecho y a su específico nivel de racionalidad constituye por sí misma un criterio suficiente de cientificidad para la dogmática jurídica (y, por extensión, un criterio suficiente de teoreticidad para la propia teoría del Derecho). Es la adopción de tal criterio de cientificidad lo que aquí queremos hacer objeto de consideración, partiendo del reconocimiento de que no es, desde luego, infundado sostener que la normatividad –y especialmente la normatividad jurídica– envuelve una dimensión «teórica», pero sin perder tampoco de vista que será éste un tipo de teoría que, comparado con otros, resulta propio y definitorio de lo que cabe entender en general por *praxis* sin más. Desde una perspectiva gnoseológica o de filosofía de la ciencia, como índices de una verdadera naturaleza teórica o científica figurarán más bien la neutralización o distancia respecto de la normatividad y, por tanto, sólo a partir de una abstracción o desconsideración ilegítima de otras ciencias y de otras teorías que acaso se muestren justamente como tales en la medida en que no son «normativas» podrá parecer justificada la elevación de la normatividad a la condición de criterio de cientificidad de la «ciencia jurídica».

Teoría, praxis y normatividad

La contemplación de la norma como una especie particular de «teoría» sólo a primera vista podrá parecer extraña o inédita. Las dudas al respecto provendrán de ver en ella una realidad perteneciente *per eminentiam* a la esfera de la práctica. Pero toda norma incluye característicamente una distancia peculiar con relación a la praxis directa, entendiendo por tal el ámbito empírico inmediato del hacer humano (*práttein*: hacer, actuar). Hablamos de *acción*, frente a la mera «conducta» (que podrá ser desarrollada por cual-

[9] Desarrollamos esta tesis por extenso en Vega, J., *La idea de ciencia en el Derecho. Una crítica histórico-gnoseológica a partir de la idea de «ciencia normativa»*, Oviedo, Pentalfa, 2000.

quier otro organismo animal) cuando consideramos al hacer humano de algún modo inserto en determinadas estructuras abstractas socioculturalmente acuñadas, pautas o reglas, en virtud de las cuales la conducta de los individuos pasa a quedar determinada positiva o negativamente como un segmento de *praxis*. La normatividad implica, pues, tanto el *ejercicio* de acciones u operaciones prácticas (que entonces se consideran operaciones normadas, normativamente conducidas o *rule-governed*) cuanto la *representación* de estas acciones como determinadas por normas (por unos ciertos criterios normativos frente a otros) [10]. Es tal dimensión representativa la que permite hablar de una *racionalidad* específicamente normativa. Toda norma alude al sujeto agente como sujeto operatorio, práctico, y también como sujeto reflexivo, racional, portador de cálculos y ponderaciones a la hora de actuar. La racionalidad normativa atañe a un «segundo nivel» de totalización racional de la acción. Las *razones* que ésta importa son, sin embargo, razones operativas, *prácticas*, razones surgidas *en* la acción y *para* la acción. Es por eso la racionalidad normativa en última instancia racionalidad práctica, indesligable en todas sus formas del *ejercicio* de la acción. Por eso también las normas constituyen, en intersección con otros contenidos prácticos tales como los fines, motivos, intenciones, valores, etc., elementos básicos configuradores de la praxis humana y del «mundo vital» o *Lebenswelt* en que ésta siempre se da.

Ambas dimensiones, ejercitativa y representativa, se ofrecen siempre circularmente conjugadas entre sí, recíprocamente entreveradas, sin que ninguna de ellas pueda ser analizada con independencia de la otra, de forma que el «círculo de la norma», delimitado por el circuito que va desde la acción concreta real a su representación bajo alguna orientación normativa que a su vez remite de nuevo a la acción, sería constitutivo de la esfera de la praxis en la que conviven en interacción dialéctica la *acción práctica* (que implica la representación de normas) y la *razón práctica* (que implica la selección y promoción ejecutiva de acciones). Así, en Aristóteles, cuya doctrina representa la primera y todavía íntegramente vigente sistematización filosófica del campo práctico, la esfera moral queda definida, de un lado, por referencia a la prudencia o *phrónesis*, que constituye una *virtud* «ética», es decir, una forma de *actuar*, pero también una virtud «dianoética», intelectual o reflexiva, y, de otro lado, por el razonamiento práctico, que es un «silogismo», una forma de *razonar*, pero consistente en el regreso constante desde la situación práctica a «principios» o «premisas» cuya «conclusión» sin embargo devuelve nuevamente a la acción directa. Se trata de ra-

[10] Nos remitimos al análisis general de los conceptos de «ejercicio» y «representación» desarrollado en Bueno, G., *Teoría del cierre categorial*, cit., vol. V, pp. 185-194.

zón *práctica* porque la dualidad epistemológica entre lo teórico y lo práctico está referida irrebasablemente al contexto directo de la acción humana. Sólo respecto de esta última cabe hablar aquí de «teoría»: es una teoría inmanente al espacio práctico, mientras que en otros contextos la totalización teórica puede desbordar el plano inmediato de la acción ya sea porque no se refiere primariamente a contenidos prácticos humanos, sino naturales, y así ocurriría con la ciencia o *epistéme*, o porque aun refiriéndose a ellos lo hace desde principios o fundamentos científicos de valor universal y no ya «contingentes» como lo serían los puramente pragmáticos (y así sucedería con la técnica o *poíesis*). La contraposición entre lo teórico y lo práctico comporta, por consiguiente, antes que una antítesis o una oposición disyuntiva, una jerarquía epistemológica asimétrica con arreglo a la cual ambos términos se relacionan dialécticamente: el ámbito de lo teórico estricto (científico, cognoscitivo) se determina como relativo a conocimientos que, en cuanto *objetivos*, son irreductibles a fundamentos o relaciones meramente «prácticas», aunque las incluyan (y siempre lo harían, desde una perspectiva constructivista), y el ámbito de lo práctico como relativo a conocimientos y relaciones que, aunque los incluyan (y siempre lo harían, desde una perspectiva racionalista), son irreductibles a fundamentos puramente científico-objetivos.

Esta asimetría, que en Aristóteles se expresa mediante el contraste *epistéme*/*phrónesis*[11], resulta especialmente relevante a propósito de las normas. Pues la contemplación del campo práctico, formado por las cosas humanas o *prákta* –en donde son las acciones las que «dan lugar a las distintas formas de ser»– como un campo *normativo* exige verlo en términos de «teoría», esto es, supone atribuirle forzosamente un cierto tipo de «conocimiento» tendencialmente universal, una forma peculiar de racionalización –y así lo atestigua la introducción del vocabulario normativo como un vocabulario característicamente *epistemológico*: la norma es un «principio», una «ley» (ley del obrar, según Kant), un nexo lógico imputativo parangonable al de causalidad (según Kelsen), un «punto de vista interno» reflexivo (según Hart) que implica razones, juicios y conceptualizaciones– la cual, sin embargo, cuando es comparada con los otros tipos de conocimiento o saber, con otras teorías, *ya no* aparece como constitutivo de una tal «teoría», sino precisamente de una *praxis*, mientras que esas otras teorías revelan su carácter verdaderamente *teorético* justamente en su capacidad de reconstrucción explicativa de aquélla en cuanto que tal racionalidad práctica, siendo así como surge la oposición entre el conocimiento o ciencia y su nivel de ra-

[11] *Cf*. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1140a30-1140b5; 1142a24-25 (ed. de J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1993, p. 273, 279).

cionalidad, y la práctica no científica y el suyo. Por esta razón, en la esfera práctica resulta problemático hablar con propiedad de ciencia: en Aristóteles la idea de «ciencia práctica» (*epistéme praktiké*, *epistéme poietiké*) sería en principio sólo una suerte de idea analógica, una metáfora construida desde el modelo de ciencia teórica genuina [12]. La aplicación de tal analogía tiene un sentido epistemológico eminentemente dialéctico: resulta a un tiempo necesaria, pues sólo así se logra dar cabida al aspecto «teórico» inmanente a la práctica –por ejemplo, la dimensión racional-representativa de las normas– e imposible, pues esa dimensión teórica está impedida para constituirse propiamente como tal precisamente por ser «práctica», por no «explicar teóricamente» en realidad nada sino más bien limitarse a ser «justificación» de la acción y desembocar en ella, del mismo modo que el carácter *verdadero* de las teorías científicas, lo que las hace objetivas y, así, «explicativas», *teoréticas*, *cognoscitivas*, determina la eliminación o segregación de todo fundamento práctico o normativo meramente subjetivo (porque éste pasa, en todo caso, a ser *fundamentado* por vía «anankástica»). La acción humana, siendo específicamente una praxis, e incluyendo por ello una forma singular de racionalización abstracta o «teórica», sigue manifestándose como acción constitutivamente particular, esencialmente multiforme y variable, «contingente» y no realmente universalizable. Una posible universalización de la misma viene dada justamente a través de su representación como «norma», premisa o esquema válido y general de acción, pero esta racionalización o «logicización» [13] –que incluye como mínimo la lógica de clases: clases de personas, acciones, eventos, ocasiones, etc. [14]– demuestra ser efectiva sólo desde posiciones particulares internas a la práctica, en clave de justificación operativa, y aun así sin que quepa hablar de una predictibilidad total de la acción posible ni por tanto de una objetivación que excluya absolutamente la posibilidad de desviación respecto del esquema normativo (y en torno a esto giraría el problema de la «libertad» de la acción). La «prudencia», por eso, entendida como el momento de transición del actuar práctico a representaciones normativas y de vuelta a la acción práctica sería un momento constitutivo de toda normatividad. Incluyendo un trámite tendencialmente «universal», éste no sería ya, sin embargo, un trámite *te-*

[12] *Cf.* Granger, G.-G., *La théorie aristotélicienne de la science*, París, Aubier- Montaigne, 1976, pp. 317, 336; Hennis, W., *Política y filosofía práctica* [1963], trad. de R. Gutiérrez Girardot, Buenos Aires, Sur, 1973, pp. 46ss.; Gadamer, H.-G., «Problemas de la razón práctica» [1980], en *Verdad y método II* [1986], trad. de M. Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1992, pp. 309-318; Bueno, G., *Teoría del cierre categorial*, cit., vol. I, p. 194, vol. III, pp. 21, 33.

[13] *Cf.* Aubenque, P., *La prudencia en Aristóteles*, cit., pp. 123ss., 164ss.; Weinberger, O., «Praxis, Logik und praktische Vernunft», *Rechtstheorie*, 18 (1987), pp. 137-150, pp. 145-6.

[14] *Cf.* Wright, G. H. von, *Norma y acción. Una investigación lógica* [1963], trad. de P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 88ss.

órico o *cognoscitivo* (como sí lo sería en la *poíesis* técnica y, sobre todo, en la ciencia o *epistéme*), sino él mismo práctico, «el momento universal interno al propio proceder de la praxis» [15]. Más claro aún resulta esto si partimos de asumir la efectividad social de una *pluralidad* de normas y esquemas normativos, cuya coexistencia no armónica sino conflictiva implicará la multiplicación de las perspectivas particulares exigiendo nuevos mecanismos resolutorios normativos de grado superior y así sucesivamente (así surgiría la normatividad específicamente jurídica como una «prudencia de segundo grado» orientada a la coordinación universalizable de las prudencias o «arbitrios» particulares, según la definición clásica kantiana).

La norma es una estructura que implica un determinado nivel de racionalidad «teórica», representativa, pero de un tipo tal que no es segregable del plano ejercitativo de la acción. La norma es representación racional *de* una cierta secuencia práctica de acción frente a otras –bien sea como justificación de la acción ya ejecutada, bien como guía o motivación de la acción futura a realizar [16]– y por ello se trata siempre de una representación que adquiere ella misma la condición de un episodio práctico comprometido internamente con el establecimiento recurrente y efectivo de dicha secuencia operativa. Esto implica que el *ejercicio* de una norma, su «verificación» práctica o «eficacia», no sólo tiene lugar cuando se actúa directamente en consonancia con la misma: es decir, cuando la acción normada –la acción-clase que es el contenido de la norma– resulta *de facto* ejecutada o realizada (p. ej., cuando se cumple con una obligación normativa o se acata un imperativo *face to face*), sino también cuando se reacciona frente a un supuesto de incumplimiento o desviación respecto de la misma. En realidad, la representación normativa surge siempre como «crítica» [17], dentro un contexto social de interacción o con-vivencia de los individuos en cuanto

[15] Isnardi Parente, M., *Téchne. Momenti del pensiero greco da Platone ad Epicuro*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 186.

[16] «Pues cuando se dice que una norma es una razón para la acción se están diciendo, en realidad, dos cosas distintas: que una norma es una guía de comportamiento y, también que es un criterio de valoración (esto es, de justificación o de crítica) de la conducta» (Atienza, M./Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 131).

[17] Cuando existe una regla social, dice Hart, «las desviaciones son generalmente vistas como errores o fallas [*lapses or faults*] sujetas a crítica», siendo así que esta crítica «no sólo es llevada a cabo de hecho sino que la desviación con respecto a la pauta es generalmente aceptada como una *buena razón* para llevarla a cabo» (Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 55; trad. esp., p. 70). La crítica tiene así el sentido de un contraste dialéctico entre líneas de acción social en presencia: la acción desviada es el *motivo* de la crítica y la acción «recta», normativa, es la *razón* de la misma. Si la norma es una «razón para la acción» lo será porque es la acción misma (a la que hay que suponer dada ya de alguna forma en el medio social como práctica pasada) la que resulta elevada a *razón* (y en esto consistiría la «racionalidad práctica»).

agentes o actores en donde la «reflexión» adquiere primariamente la acepción de que unos sujetos re-flexionan en el sentido de que reflejan la acción de otros según ciertas re-acciones que indican un «control externo» de la conducta (*con-ducere*) recíproca [18]. Por eso toda norma implica una «presión social» o «presión normativa» y es siempre esencialmente *co-activa*. La normatividad implica una peculiar complejización o desdoblamiento interno de la acción social en virtud de la cual ésta se «reflexiviza» dando lugar a nuevas formas de acción específicas: las acciones de cumplimiento o seguimiento de una cierta conducta (que podrían llamarse acciones de *ratificación* de la norma), las acciones de rechazo o censura de las acciones divergentes o desviadas (de *rectificación*), y las acciones de evaluación crítica, de cálculo, comparación y de justificación que acompañan, secundándolas, a las anteriores. En torno a estas últimas formas de acción surge lo que denominamos «representación» normativa, que entonces no es representación «pura» sino ella misma un ejercicio práctico, no sólo manifestado en acciones reales (*vg*. lingüístico-simbólicas: actos de habla performativos), sino siempre integrado en otras formas de acción directas –aquellas que forman el contenido estricto de la norma– a las que remite de forma directa o indirecta. Cuando un sujeto actúa normativamente no sólo ejecuta conductas físicas sino que ha de ser asumido también como un sujeto representativo o enjuiciador que es portador de un sentido atribuido a su propia acción. Pero este enjuiciamiento constituye a su vez una forma autónoma de acción, un ejercicio práctico en el que determinadas razones (que reenvían a opciones prácticas dadas) son *usadas* o manifestadas en la valoración de la corrección o incorrección de la conducta. Es esta especialización de la acción social instaurada por la racionalidad normativa la que introduce la posibilidad de inconsistencia o contradicción pragmática dentro de ella: por ejemplo, que exista discordancia entre lo que se dice –las justificaciones de la propia acción o de la acción ajena– y lo que realmente se hace –la conducta efectivamente practicada–. Supuestos sociológicamente analizables como el de la «conciencia falsa» [19] o la «doble moral» [20] tendrían que ver con este hecho de la diferenciación social de los roles prácticos de

[18] *Cf*. Winch, P., *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, [1958], Londres, Routledge & Kegan Paul, 1984 (reimp. de la 3ª ed., 1963), pp. 30-32.

[19] *Cf*. Mannheim, K., *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento* [1936], trad. de S. Echavarría, México, FCE, 1987 (reimp.), «El problema de la conciencia falsa», pp. 83ss.: «Las normas, los modos de pensar y las teorías anticuadas e inaplicables probablemente degenerarán en ideologías cuya función consistirá en ocultar el verdadero sentido de la conducta más bien que en revelarlo» (p. 84).

[20] *Cf*. Geiger, Th., *Estudios de Sociología del Derecho* [1964], trad. de A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, México, FCE, 1983, pp. 65ss.: «Solamente se puede tratar de moral de doble fondo si un A que en una ocasión infringe la norma, en otra ocasión condena a otro trans-

agente directo de una norma y de *juez* (agente «indirecto»). No hablaríamos aquí tanto de contradicción «lógica» entre normas cuanto de incompatibilidad material entre acciones efectivas: entre actos «judicativos» y *otros* actos «ejercitativos» [21] respecto de una misma norma y un mismo contexto práctico determinado. Toda norma se configura así como un *proceso* práctico mediado por representaciones que se desarrolla recurrentemente en torno a un determinado curso de acción primario o básico que constituye el «núcleo» o «infraestructura» práctica de la norma. Sólo cuando este curso de acción se reproduce en el medio social siendo re-presentado de forma regular y sostenida por los sujetos podrá hablarse de «norma». La escala específicamente normativa comportaría un proceso de autotrascendencia de unas prácticas sociales frente a otras manifestado en el correlativo surgimiento polarizado de rutinas operatorias que las secundan y reproducen así como de otras que las incentivan y promueven positivamente corrigiendo o presionando negativamente sus desviaciones (y, por tanto, los cursos de acción o «razones» que éstas comporten). Las normas emergerían sobre el espacio práctico en la forma de estructuras «trascendentales» de la acción en el sentido de que se configuran como esquemas de organización o uniformización en segundo grado de la multiplicidad de opciones posibles enfrentadas o en competencia presentes en dicho espacio de acuerdo con ciertas líneas o pautas «victoriosas» cuya validez como «estructuras» sólo dependerá ya, y no será esencialmente distinta, de su misma *reproducción* práctica, de su *recurrencia* o éxito en la función selectiva de orientación y dirección de las conductas empíricas, transformadas bajo su perspectiva en acciones de significado práctico normativo [22].

Dos rasgos estrechamente relacionados entre sí se destacan en esta rápida aproximación a la racionalidad normativa: primero, que la objetividad de la norma es en todo caso un tipo de *intersubjetividad*, y segundo, que se trata de una racionalidad constitutivamente *posicional* o *perspectivista*. El subrayado de ambos rasgos es de importancia capital a la hora de discutir las

---

gresor de la norma y reacciona contra él [...] Pero independientemente de lo que ocurra en la conciencia del individuo cuando [...] condena a otro por aquello que él mismo ha hecho como actor A, el cambio de rol contribuye, en todo caso, al mantenimiento de las normas» (pp. 66-68).

[21] *Cf*. Austin, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones* [1962], trad. de G. R. Carrió y E. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1982, pp. 198ss.

[22] Para esta concepción materialista global de las normas como «rutinas operatorias victoriosas», *vid*. Bueno, G., «Ética y moral y derecho», en Id., *El sentido de la vida. Seis lecturas de filosofía moral*, Oviedo, Pentalfa, 1996, pp. 15-88, pp. 53ss. Acerca del sentido que en el texto damos al término «trascendental», *ibid*., pp. 49ss. Sobre la estructura gnoseológica del concepto de operación, Id., *Teoría del cierre categorial*, cit., vol. I, pp. 115ss. *Cf.* también Morawetz, Th., «The Concept of a Practice», *Philosophical Studies*, 24 (1973), pp. 209-226.

condiciones gnoseológicas de posibilidad de un discurso objetivo («teórico») acerca de las normas. En particular, en el momento de considerar un giro fundamental que tendría lugar de manera invariable en un tal discurso: el giro que va de la norma como «representación» práctica (o práctica social compleja acompañada de representaciones en torno a la acción) a la representación *de* la norma, o si se quiere, de la norma como «teoría» a la teoría de la norma. Aquí surge el problema metódico central de todo «positivismo de las normas», esto es, de toda pretensión de reconstrucción teórica de un determinado campo normativo justamente *qua* normativo, integrado por normas a las que se presuponen ya «dadas» –p. ej., las normas morales o las normas jurídicas de un concreto Derecho positivo–. ¿Es tal reconstrucción de normas objetivamente dadas a su mismo nivel de racionalidad posible como reconstrucción ella misma objetiva, es decir, en términos de neutralidad axiológica? Más arriba hablábamos de «absorción» para expresar las dudas gnoseológicas profundas que al respecto caben: un discurso teórico orientado *exclusivamente* a la captación o reproducción de normas dadas sería más bien un discurso reproductivo del nivel representativo-teórico de la normatividad en cuestión que un discurso dotado de verdadera «distancia teórica» con relación a la racionalidad normativa. Esta afirmación podrá ser sostenida desde el punto de vista de *otras* teorías –p. ej., una teoría social o sociológica en sentido amplio– que sean capaces de mostrar cómo determinadas esferas prácticas, tales como la moral y la jurídica, se organizan categorialmente en torno a estructuras normativas que ya implican un notable nivel de abstracción «teórica», y cómo ello se manifiesta también en la constitución de *disciplinas* correspondientes que asumen tales normas como únicos principios teóricos relevantes y en las que por ello habría que ver una manifestación más de la racionalidad práctica y normativa de dichas esferas. Estas disciplinas –aquellas que en la tradición escolástica son llamadas «ciencias prácticas» y en la tradición kantiana «ciencias normativas»– aparecerían esencialmente subordinadas a las normas que como estructuras ideológicas rigen ya de diversas formas su praxis regional respectiva, viniendo a engarzar y «ocupar», por así decir, el nivel abstracto representativo o «doctrinal» («teórico») de dicha praxis y pasando a constituir propiamente una línea fundamental del desarrollo, transmisión e impulso práctico de esas normas. Ello tendrá lugar como consecuencia de la necesidad que el dominio normativo en cuestión tiene de fijar determinadas normas o prácticas precisamente al nivel «reflexivo» de su justificación normativa positiva o negativa. Esta justificación doctrinal será sin duda «teórica» y no ella misma directamente «práctica» (como lo es en el *agente* moral o jurídico), y así lo muestra el hecho mismo de la constitución de una «disciplina» abstracta y especializada en la que se trata de reflexionar sobre la acciones y las nor-

mas y no de actuar (p. ej., la Ética como disciplina acerca de la «ética normativa» o de la «moral»)[23]. Pero no lo será de un modo que permita establecer un corte absoluto con la propia dimensión teórico-representativa de la normatividad de referencia, sino todo lo contrario: ese plano teórico será en buena medida *gnoseológicamente* indiscernible del nivel de reflexión racional práctico que llamamos normativo y esa disciplina seguirá siendo un lugar en el que esa normatividad se hace presente, si no un recurso interno para su propio progreso o reproductibilidad práctica.

En efecto, la representación «objetiva» de normas constituye, como decíamos, una «aplicación teórica» de las mismas, y por ello un *ejercicio* normativo, una práctica *refleja* de normas que implica su justificación como pautas de acción «válidas» y, así, su *objetivación* en cuanto que tales normas. Es decir: implica la objetivación *de* normas y no la objetividad *respecto de* normas. Porque esa representación presupone siempre de forma *ineliminable* a un sujeto gnoseológico –el supuestamente «teórico» o «científico»– que figura como sujeto enjuiciador o valorativo que reitera y re-crea o re-valida el criterio normativo de que se trate y de esta manera lo mantiene en pie y lo *realiza* como criterio vigente o válido de acción: el hecho mismo de que la categoría de la «validez» –que no es tanto una propiedad de las normas, cuanto aquella *valoración* recurrente y regular de las mismas que las convierte justamente en «normas» o esquemas rectores de la conducta– sea una categoría conceptual esencial de esta teoría de que hablamos es indicativo de su condición «normativista», justificativa de normas. La demostración más clara de esto la tendríamos precisamente en la praxis jurídica. En el Derecho las dos dimensiones de la normatividad se dan máximamente distanciadas entre sí y se especializan técnicamente en torno a la posición práctica de operadores específicos: la labor del legislador consiste en la representación abstracta de pautas de acción y la del juez o funcionario en su aplicación o ejercicio. El juez identifica una norma como «válida» para aplicarla a un supuesto concreto: ¿será la suya una representación objetiva y neutral respecto de esta norma, como si ésta se aplicase al margen de su práctica efectiva, o se tratará más bien de una praxis judicativa o *Anwendung* que, no habiéndola creado él mismo por vía «legislativa» (suponiendo un caso claro y no «difícil»), la hace objetivamente eficaz del mismo modo que lo haría su seguimiento directo por parte del súbdito (*Befolgung*)[24], hasta el punto de que sin esa aplicación no podría decirse realmen-

---

[23] *Cf.* Kutschera, F. von, *Fundamentos de ética* [1982], trad. de Mª. T. Hernán-Pérez, Madrid, Cátedra, 1989, pp. 51ss.; Patzig, G. *Ética sin metafísica* [1971], trad. de E. Garzón Valdés, Buenos Aires, Alfa, 1975, p. 3.

24. *Cf.* Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho* [1960], trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1982 (reimp.), p. 25; Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, ed. por K. Ringhofer y R. Walter,

te que es «norma válida»? En el juez jurídico aparece institucionalizada la función práctica de argumentar y justificar sobre la acción en virtud de razones normativas preestablecidas. Ella evidencia que todas las operaciones teóricas de racionalización normativa siguen siendo en realidad operaciones prácticas de justificación en segundo grado de la acción posible. Y ello, aun cuando no se trate, como ocurre en el caso del juez, de operaciones que conforman realmente el «círculo de jurisdicción» o el «ámbito normativo» de la norma [25], es decir, la extensión de casos en que se va concretando o «estructurando» su contenido práctico efectivo según una u otra dirección interpretativa. El juez es un operador jurídico-práctico, un sujeto cuya praxis es directamente *constituyente* del Derecho, en la medida en que sus operaciones implican representaciones acerca de la normatividad jurídica establecida que se traducen inmediatamente en acciones efectivas sobre los sujetos destinatarios de la misma (simplificando: la condena o la absolución), además de predeterminar la interpretación futura de la norma. Pero dentro de la «división del trabajo jurídico» estaría también especializada la función de representación «teórica» de las normas jurídicas a partir del modo como éstas van siendo establecidas a lo largo de sus diferentes procesos prácticos de aplicación dentro de los contextos legislativos y jurisdiccionales, y esta labor teórica no sería ya menos «práctica». Que esta función de reconstrucción de la esfera práctico-jurídica y sus representaciones normativas en la forma de un sistema abstracto, coherente y cerrado de normas y principios, a cargo de la doctrina o dogmática jurídica disciplinar (y sólo por este dato de su institucionalización académica central diferenciada de la doctrina generada dentro de la propia práctica jurisprudencial o legislativa), tenga lugar en una segunda instancia reflexiva que no repercute *inmediatamente* (aunque sí mediatamente) en operaciones técnico-jurídicas directas de los agentes protagonistas de ese sistema (no es el dogmático quien legisla o enjuicia jurídicamente) no significa que deje de ser un momento más del desarrollo ejercitativo práctico de esas normas, y no meramente un momento subsidiario o «parasitario» [*parasitic*] sino incluso fundamental e impres-

---

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979, p. 3, 111ss. *Cf.* Bulygin, E., «Der Begriff der Wirksamkeit», *ARSP*, 41 (1965), pp. 39-58, pp. 45ss. Sobre la praxis de aplicar la regla como una praxis de segundo nivel sobre la de seguir la regla, *vid*. Busse, D., «Zum Regel-Charakter von Normtextbedeutungen und Rechtsnormen. Was leistet Wittgensteins Regelbegriff in einer anwendungbezogenen Semantik für das Interpretationsproblem der juristischen Methodenlehre?», *Rechtstheorie*, 19 (1988), 305-322, p. 312.

[25] Müller, F., *Strukturierende Rechtslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, pp. 184ss., 250ss., *passim*; Id., *Normstruktur und Normativität. Zum Verhaltnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966, p. 184ss.; Id., «Thesen zur Struktur von Rechtsnormen», *ARSP*, 56 (1970), pp. 493-509.

cindible para la transmisión y fijación social del valor normativo «pleno» [*full-blooded*] de las normas «huésped» en cuestión [26].

Normatividad y cientificidad

El Derecho puede ser considerado sin duda alguna como la categoría normativa *par excellence*, en el sentido de que sería la única normatividad social cuya categorización adquiere explícitamente rango disciplinar, «científico», al incluir la implantación institucional interna de una dogmática académica. Pero el rasgo que especifica a ésta de forma distintiva frente a cualquier otra disciplina social, su vinculación metodológica inmediata a la normatividad jurídica, sería justamente lo que impide que pueda constituirse como una disciplina científica en sentido mínimamente estricto. La necesidad de que la esfera jurídica desarrolle una dimensión científico-doctrinal abstracta está estrechamente ligada a su condición de norma socialmente secundaria, de *ultima ratio* normativa. Es decir, deriva de la organización institucional del Derecho como una praxis social de segundo grado: una «técnica de control» [27] de prácticas sociales de primer grado –y, por tanto, de las normas presentes en estas prácticas– que multiplica sus instancias de intervención y decisión a lo largo de una multiplicidad casi indefinida de niveles. Este control sería específicamente normativo por cuanto implica la «reflexivización» selectiva de normas previamente dadas (no sólo «morales», sino también pertenecientes a otras categorías: políticas, técnicas, económicas, etc.) [28], función a la que correspondería la labor de los operadores jurídicos en la medida en que desempeñan una *praxis* específicamente «representativa», esto es, ligada en régimen de monopolio al establecimiento de normas o modelos generales de conducta (legislación, en general) y de enjuiciamiento aplicativo *in concreto* conforme a ellas en las situaciones singulares (jurisdicción, en general). Pero si se trata de una praxis de *control*, de una *técnica*, es porque esa dimensión representacional resulta indisociable de un proceso co-activo que implica la intervención ejecutiva del aparato público de coerción ligado al Estado desplegado a lo largo de múltiples instancias y estratos prácticos mutuamente relacionados según una es-

[26] Raz, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral* [1979], trad. de R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1985 (2ª ed.), p. 202.

[27] *Cf.*, p. ej., Parsons, T., «The Law and Social Control» [1962], en Evan, W. M. (ed.), *The Sociology of Law. A Social-Structural Perspective*, N. York/London, The Free Press, 1980, pp. 60-68.

[28] *Vid*. Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, pp. 81ss., 93; Id., «Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», *ARSP*, 68 (1982), pp. 13-59, pp. 26ss., 47ss., 57; Luhmann, N., *Rechtssoziologie*, cit., pp. 99ss.; Bueno, G., *Ética y moral y derecho*, cit., pp. 80, 84ss.

tructura «dinámica» o escalonada que el modelo kelseniano de la *Stufenbau* dejó descrita de forma ya clásica [29]. Las normas jurídicas serían los instrumentos prácticos a través de los cuales se conduce o canaliza el control que la técnica del Derecho ejerce sobre la acción de los sujetos sometidos a él a lo largo del proceso social. Toda norma específicamente jurídica implica una categorización abstracta de operaciones sociales primarias («supuesto de hecho», *Tat-bestand*) llevada a cabo desde *otras* operaciones secundarias (las de los operadores técnico-jurídicos) que buscan su determinación directiva, su reorientación o transformación, en una cierta dirección práctica por medio de determinadas respuestas nuevamente prácticas interpuestas a ella («consecuencias jurídicas»). Desde un punto de vista materialista-práctico, la perspectiva nuclear y prioritaria acerca del Derecho radicaría en esta su dimensión de praxis social compleja de segundo grado, de técnica normativa en ejercicio: la praxis jurídica consistiría esencialmente en un «hacer hacer», de acuerdo con la aguda expresión de von Wright [30]. Según esto, la estructura de la normatividad jurídica (como de toda otra, pero acaso de forma gnoseológicamente más clara que en ninguna otra, dada su configuración «técnica» con arreglo a «programas condicionales de acción») no podrá ser explicada sino en términos de imbricación total entre deontología, praxiología y teleología, es decir, entre la teoría de la norma, de la acción y de la intención [31], más bien que en términos de una posible disociación entre «racionalidad normativa» y «racionalidad estratégica» [32]. Las normas jurídicas son las reglas de construcción de la práctica social asociadas a esta «técnica de motivación indirecta» que sería el Derecho, construcción que si bien conducida mediante interpretaciones o representaciones abstractas o «ideológicas» de tramos de la acción social resulta ininteligible al margen de una intención práctica de transformación causal eficaz de la misma (y por eso la norma jurídica incluye también la representación o previsión de sanciones o recompensas) [33].

En esta perspectiva general, la *realidad* de las normas jurídicas sólo podría ser abordada a partir de algún momento interno al *proceso* complejo de interacción práctica entablado entre agentes jurídicos y agentes sociales. Solamente en el marco de esta interacción procesual, que inclu-

---

[29] *Cf.* Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 232ss.; Id., *Teoría general del Derecho y del Estado* [1945], trad. de E. García Maynez, México, UNAM, 1988 (reimp.), pp. 144ss.

[30] *Cf.* Wright, G.-H. von, *Norma y acción*, cit., p. 133.

[31] *Cf.* Wright, G.-H. von, *Norma y acción*, cit., Cap. III, pp. 53ss.; González Lagier, D., *Acción y norma en G. H. von Wright*, Madrid, CEC, 1995, pp. 528-533.

[32] Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, cit., vol. I., pp. 122ss.

[33] *Cf.* Kelsen, H., «El Derecho como técnica social específica» [1941], en Id., *¿Qué es justicia?*, trad. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 152-182.

ye múltiples variables, tiene sentido hablar de «norma jurídica», y aquí estaría el dato fundamental a la hora de enjuiciar la posibilidad de un discurso objetivo en este contexto. Pues si este discurso quiere mantener su significatividad jurídico-normativa, su referencia a las normas del Derecho, forzosamente ha de reflejar de una u otra forma el entramado de relaciones operatorias *asimétricas* que esa particular racionalidad normativa introduce. En concreto: la relación que se establece entre unas operaciones prácticas que aparecen como *determinantes* (las de los operadores encargados del control jurídico según normas) y otras operaciones que aparecen como *determinadas* (las de los sujetos destinatarios del Derecho). Una norma jurídica existiría como un proceso co-activo realizado continuadamente a lo largo de operaciones prácticas de diferentes sujetos: ante todo las de los agentes específicamente jurídicos, quienes las introducen por vía legislativa («creación») y las mantienen en pie por medio de operaciones sucesivas ejecutivas o de control (*Anwendung*, «aplicación»), pero también las operaciones directas de los agentes sociales, en la medida en que incorporan o son motivadas por las anteriores (*Befolgung*), haciendo eficaz o exitoso ese control normativo (piénsese, p. ej., en la praxis contractual o civil en general, la praxis administrativa, etc.). La norma se dibujaría así como una «estructura» orientadora de la acción social-práctica según un determinado sentido, una «rutina» compleja «puntualmente» ejercitada por operaciones empíricas diversas cuyo curso puede ser así diferenciado socialmente en función de esa orientación normativa como constitutivo de una praxis específicamente *jurídica* (distinguible de una praxis económica, política o religiosa, aunque cada una de éstas tenga siempre una dimensión jurídica). Enunciado en general, el problema de una *ciencia jurídica* (frente a una ciencia económica, política, etc.) sería el de si es posible una reconstrucción del Derecho que, dando cuenta de esta su misma escala de praxis normativa, pudiese ser calificado al mismo tiempo de objetivo respecto de sus instrumentos «teóricos» internos, es decir, las propias normas jurídicas, siendo así que cualquier representación de la acción social en clave jurídica (por tanto, en términos de «derechos», «deberes», «obligaciones», «permisos», «facultades»...) tiene que ser objetivamente una representación también *en términos de* las normas correspondientes y, por tanto, una representación ya no «teórica» sino «práctica» en la que (incluso al margen de que lo que se persiga es una legitimación o una crítica o contestación) forzosamente se confunden las que Raz llama su condición de «normatividad social» y de «normatividad justificada» [34].

[34] Raz, J., *La autoridad del Derecho*, cit., pp. 172ss.

En la dogmática jurídica, que constituye la disciplina particular organizada a la escala de las normas jurídicas y de sus procesos prácticos de actuación, se comprueba este diagnóstico de la forma más clara. Sería ésta una disciplina que no remonta como «teoría», ni en su forma más abstracta, el núcleo técnico-práctico del Derecho. La dogmática jurídica (por lo que habría que entender el agregado que integran las diferentes dogmáticas sectoriales: civil, penal, laboral, etc.) no asume otros principios para la reconstrucción del círculo de la praxis jurídica que los proporcionados por las normas del Derecho ni considera otras relaciones relevantes para tal propósito que las propias relaciones normológicas por éstas instauradas, no sólo en su curso práctico actualmente dado sino en su curso posible *lege ferenda* o *sententia ferenda*. En esta medida es esencialmente una «ciencia normativa», como siempre defendió Kelsen [35], un tipo de ciencia doctrinal cuyo carácter insustituible para la esfera jurídica habrá que imputar entonces a imperativos de desarrollo legislativo y jurisprudencial del sistema jurídico establecido y por tanto a una funcionalidad primariamente práctica y no teórico-cognoscitiva. La dogmática jurídica es una teoría de la técnica jurídica en el sentido de que esta última constituye ya una *praxiología* abstracta que requiere para su propio progreso de la profundización y elaboración de conceptos y teorías de carácter sistemático que permitan ordenar y refinar el sistema vigente de normas en la perspectiva de su realizabilidad óptima. La metodología de la ciencia jurídica sería sustancialmente coextensa con la propia metodología jurídica, habida cuenta de que es la misma organización técnica del Derecho según normas objetivas la que ya introduce un tipo de abstracción o racionalización «científica», *doctrinal*, basada en la *interpretación* y enjuiciamiento de la acción de los sujetos. Serían las demandas internas de tal metodología normativa básica las que harían necesario, en cada uno de los diferentes campos jurídicos regionales, el desarrollo de una representación globalizadora que vaya más allá de la casuística del plano directo práctico-jurídico y permita su reexposición en un plano sistemático abstracto, un «sistema científico» superpuesto al «sistema objetivo» jurídico [36]. Pese a que esta reexposición de segundo nivel entraña sin duda una cierta «desconexión teórica» con respecto a la praxis jurídica, en virtud de

---

[35] Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 120-1; Id., *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 193; Id., «Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung» [1916], en Klecatsky, H./Marcic, R./Schambeck, H. (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Viena/Zürich/Frankfurt, Europa Verlag, 1968, pp. 37-93.

[36] *Cf*. Engisch, K., «Sentido y alcance de la sistemática jurídica» [1957], trad. de M. Rodríguez Molinero en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, III (1986), pp. 7-40, pp. 16ss., 21ss.; Canaris, C.-W., *El sistema en la Jurisprudencia* [1968; 2ª ed., 1983], trad. de J. A. García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 21, 72ss.

la cual los operadores jurídicos particulares quedan subsumidos y en cierto modo desbordados en su singularidad empírica, al ser contemplados desde la integridad del sistema global y en contextos muchas veces construidos hipotéticamente por el jurista dogmático, ello no es suficiente para poder hablar aquí de verdadero «conocimiento teórico» respecto de la normatividad jurídica. Pues no existe en absoluto distancia alguna con relación a las propias normas jurídicas: son justamente éstas las que se utilizan como criterios excluyentes de teorización. Para la dogmática jurídica es la norma práctica del Derecho –dada en los diferentes contextos particulares de interacción entre operadores jurídicos y operadores sociales cuya mutua mediación forma el ámbito de la praxis jurídica global– una «teoría» a reconstruir y rehabilitar en clave estructural, y no desde cualquier perspectiva sino en todo momento desde la óptica de su resolución práctica aplicativa. De ahí resultaría su naturaleza «dogmática»: no por «irracional» o «acrítica», sino porque sus criterios de racionalidad y de crítica están suministrados por normas particulares o se hallan supeditados a éstas. No hay, por tanto, una independencia o superación de la perspectiva práctico-jurídica originaria, sino más bien todo lo contrario: una subordinación de la teoría a fines, intereses y valores prácticos (aquellos que encuentran plasmación en las normas), los cuales siguen estando presentes en todos sus desarrollos teóricos, como sucede, por ejemplo, en la «teoría general del delito» elaborada por la dogmática penalista respecto de los fines y valores que rigen la praxis penal de represión del delito (que incluye todo el complejo institucional que va desde el sistema policial al penitenciario, mediados por el sistema legislativo y jurisdiccional penal). Es esta praxis la que no podría haberse desarrollado al margen de una racionalización científico-doctrinal, debido a la complejidad y abstracción de las categorías conceptuales que se ve obligada a desplegar y articular –p. ej., una «teoría de la acción» que permita la clasificación de las conductas bajo categorías tales como «tentativa», «complicidad», «cooperación», «culpabilidad», etc.–, especialmente en los Derechos penales modernos de base estatal en los que aquella teoría encuentra su origen.

Más bien que de una contraposición nítida y tajante entre teoría y práctica del Derecho –dogmática y técnica jurídica básica–, tendríamos que hablar aquí de una diferenciación entre distintos niveles de un mismo sistema praxiológico global, hasta el punto de que una acepción primaria del propio concepto de «Derecho» será aquella que sobreentiende por éste un «sistema doctrinal», «teórico», «escolástico», es decir, un sistema científico-doctrinalmente configurado [37]. El «Derecho» incluiría siempre ya a una «ciencia

[37] Koschaker, P., *Europa y el Derecho romano* [1947], trad. de J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 475ss. En esta naturaleza «escolástica en sentido

del Derecho», del mismo modo que este último sintagma ha de ser comprendido en un sentido preferentemente genitivo-subjetivo [38]. La dogmática jurídica constituye una dimensión interna de la praxis jurídica, aun siendo una dimensión «teórica»: incluso podría decirse que es un «fenómeno jurídico» más, junto a la legislación, la jurisdicción y la administración, intercalado de forma irreemplazable en el proceso de su articulación y realimentación mutua circular como una suerte de «cuarto poder» jurídico [39]. En efecto, a partir de un cierto momento de complejización del desarrollo de un sistema jurídico, las racionalizaciones de orden dogmático están presentes en todos los niveles de la praxis jurídica, como resultado directo de la necesidad práctica de habilitar recursos para la decisión y resolución de todo caso posible y de dar salida a la respuesta jurídica por el cauce judicial y ejecutivo-administrativo. De ahí su calificación tradicional (procedente de la teoría de la ciencia aristotélico-escolástica), y todavía plenamente vigente, como una *jurisprudencia* o una «ciencia práctica», calificación que derivaría primariamente del hecho de que el «Derecho» mismo, en cuanto técnica peculiar caracterizada por el constante regreso y progreso desde la acción a la norma, resulta inconcebible sin un «momento jurisprudencial» interno, como señala Lombardi: todos los operadores del campo jurídico –«ya sean legisladores, administradores públicos o privados, jueces, abogados, notarios, consejeros, profesores, escritores, operadores cualificados»– serían forzosamente operadores *doctrinales* que actúan en un *continuum* en el que toda intervención práctica comporta «operaciones intelectuales» siempre determinadas por normas y determinantes a su vez de nuevas normas [40]. En el Derecho moderno, en el *Rechtsstaat* de estructuración racional-formal, «jueces y autoridades fundamentan sus juicios y decisiones no sólo por medio de la subsunción bajo normas legales sino también por medio de los conceptos y doctrinas de la ciencia jurídica», y esto es lo que hace precisa

---

medieval» fundamenta Koschaker la impertinencia de considerar a la dogmática jurídica como ciencia, tal como se habría venido haciendo desde Savigny, y, con ello, la impertinencia de toda crítica a su cientificidad, al estilo de von Kirchmann o Lundstedt, crítica que «más que censura implica una tautología».

[38] Así, p. ej., Capozzi afirma que la «ciencia jurídica» puede entenderse en un «sentido lato» como complejo cognoscitivo que engloba a la «legislación» y a la «interpretación», además de a la «dogmática jurídica» (es decir, la praxis jurídica), y en un «sentido estricto», que incluiría únicamente a esta última (es decir, la ciencia jurídica «teórica») (Capozzi, G., *Filosofia, scienza e «praxis» del Diritto. Idee per una critica della ragione giuridica*, Napoli, Jovene, 1996 (3ª ed.), pp. 141ss.). *Vid*. también Atias, Ch., *Epistémologie juridique*, París, PUF, 1985, p. 29, 36ss.

[39] Lombardi Vallauri, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale* [1967], Milán, Giuffrè, 1975 (reimp.), p. 498; Id., *Corso de Filosofía del Diritto*, Padova, Cedam, 1981, p. 176.

[40] *Cf*. Lombardi Vallauri, L., «Jurisprudence», *Archives de Philosophie du Droit*, 35 (1990), pp. 191-209, p. 192, 202ss.; Id., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 513ss.

la intercalación de una dogmática como instrumento fundamental en el proceso de la «decisión entre regulaciones posibles de los conflictos de intereses o de valoraciones» [41]. Por este motivo la racionalidad doctrinal, sistemática, «científica», ha de ser pensada como ya constitutivamente operativa en la praxis jurídica, y no sólo en la dogmática jurídica (en realidad como el nexo de unión entre ambas), en el «sistema objetivo» y no sólo en el «sistema científico», en la medida en que el desarrollo práctico de las normas jurídicas, de manera paradigmática en la praxis de adjudicación, tiene siempre lugar a su vez según un proceso racional eminentemente «fundamentador» o «argumentativo» [42] que implica una «reflexión» autónoma sobre las mismas, sobre sus relaciones de concordancia, jerarquía, etc. y sobre las aplicaciones pasadas, que determina un «cierre jurisprudencial» según determinadas líneas normativas y no otras, es decir, según una *teoría* traducida en nuevas prácticas, según *alguna* «doctrina dominante» frente a otras [43]. Esta imposibilidad de demarcación unilateral de lo que pueda aquí llamarse racionalidad «científico-jurídica» exclusivamente del lado de la dogmática jurídica constituye, como veremos, un trasfondo permanente de cualquier fundamentación epistemológica de la misma como «ciencia».

La dimensión práctica (ejercitativa) del Derecho no resulta, pues, en ningún momento desligable de su dimensión teórica (representativa): esto es una consecuencia implicada en asumir que es un sistema «normativo». Pero, a la inversa y por la misma razón, tampoco puede considerarse a la dogmática jurídica (ligada a la Facultad de Derecho, sede de la «ciencia jurídica») como una teoría emancipada del sistema práctico del Derecho. En la medida en que las normas jurídicas constituyen para ella «principios de cierre» de su labor metodológica, seguirá tratándose de una instancia más de desarrollo *práctico* de las mismas, una fase más de la *jurisprudencia* global [44]. No sólo porque las perspectivas de abstracción teórica nunca dejan de

---

[41] Wieacker, F., «Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik», en Bubner, R./Cramer, K./Wiehl, R. (eds.), *Hermeneutik und Dialektik*, Tübingen, Mohr, 1970, vol. II, pp. 311-336, p. 311, 316; *cf.* Savigny, E. von, «Die Rolle der Dogmatik –wissenschaftstheoretisch gesehen», en Neumann, U./Rahlf, J./Savigny, E. von, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), 1976, pp. 100-109, esp. p. 106.

[42] Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, p. 13.

[43] Puigpelat Martí, F., *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 16ss., pp. 50-1: «Hablar de una función normativa de la opinión dominante significa que, en muchos casos, una opinión dominante se impone de hecho como si fuese una norma jurídica. [...] la opinión dominante cumple una función jurídico-normativa, de hecho, en tres supuestos: a) cuando lo que ella propugna no está contenido en ninguna norma jurídica; b) cuando lo que ella sostiene está en contra de una norma jurídica; c) cuando supone simplemente la concreción del contenido de ciertas normas jurídicas».

[44] «La expresión «Jurisprudencia» es empleada en el uso lingüístico alemán por regla general, aunque no incuestionablemente, en un sentido amplio que comprende tanto la ciencia ju-

ser por su estructura gnoseológica perspectivas prácticas –las propias normas, esquemas directivos del comportamiento social habilitados por el aparato jurídico–, sino porque esa abstracción está nuevamente guiada por el propósito básico último de reinfluir por vía «heurística», «tecnológica» o «práctico-normativa» sobre la praxis jurídica en ejercicio, a partir de las «posibilidades de acción» abiertas por esas normas [45]. Si bien se dan en un orden «teórico», el que corresponde al jurista académico, es sin embargo el hecho mismo de que las operaciones dogmáticas versen siempre sobre normas –que constituyan reconstrucciones lógico-lingüísticas, hermenéuticas, etc. relativas a la dimensión abstracta, representativa o «ideal» inducida por las propias normas jurídicas– el que determina que sigan siendo *operaciones normativas*, aunque lo sean de forma refleja o indirecta, esto es, no operaciones directas del campo jurídico (como «fuente del Derecho»), sino indirectas o tecnológicas que sólo lo transforman *a través de* la influencia que sean capaces de ejercer sobre las propias operaciones jurídicas jurisdiccionales, legislativas o administrativas, únicas que conforman positivamente dicho campo en cada momento según una u otra dirección. Su función sería, en efecto, la de la justificación teórica de normas, pero dado que éstas son por definición estructuras de intencionalidad práctica, la dogmática sería finalmente una justificación de prácticas sociales, aquellas cuya actuación e implantación esas normas persiguen. En cuanto se configura de esta forma como una teoría «operativa» frente a contenidos cuya entidad es netamente ideológico-práctica, la dogmática jurídica adquiere ella misma el *status* de una «ideología jurídica», es decir, «una teoría con función social en el campo del Derecho», antes que un genuino «cuerpo de conocimiento» o una verdadera «teoría del Derecho» [46].

---

rídica [*Rechtswissenschaft*] como la praxis jurídica [*Rechtspraxis*]» (Dreier, R., «Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz» [1978], en Id., *Recht, Moral, Ideologie*, cit., pp. 70-105, p. 71). La misma amplitud de significado, como se sabe, tiene el término *Jurisprudence* dentro del ámbito anglosajón (donde sirve para denominar incluso a la propia teoría o filosofía jurídica), así como en nuestro propio sistema jurídico el término «doctrina» nombra igualmente a la ciencia académica del jurista teórico y a la doctrina de los tribunales asociada a su actividad jurisprudencial práctica (art. 1.6 Cc.).

[45] *Cf*., en una perspectiva luhmanniana, Sampaio Ferraz, T., *Funçao social da dogmática jurídica*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 89, 122ss. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 241-2.

[46] Viehweg., Th., «Ideología y dogmática jurídica» [1969], en Id., *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 99-113, p. 105; Samuel, G., «Epistemology and Legal Institutions», *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/12 (1991), pp. 309-333, esp. pp. 329-330. «La jurisprudencia tiene una función social, pero no es una teoría del Derecho» (Kraft, J., «Über das methodische Verhältnis der Jurisprudenz zur Theologie», *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 3 (1928-29), pp. 52-56 (trad. inglesa por la que citamos: «On the Methodical Relationship between Jurisprudence and Theology», *Law and Critique*, IV/1 (1993), pp. 117-123, p. 122).

La ciencia jurídica dogmática es «ciencia normativa». Una genuina ciencia social, en cambio, es «no normativa». En efecto, en la gnoseología de las ciencias sociales y humanas se destaca como un imperativo metodológico fundamental –concebido en el sentido de un auténtico requisito de cientificidad– el de que las teorías científico-sociales sean independientes de toda significación o compromiso normativo o valorativo. La ciencia social es, en cuanto estricta ciencia *teorética*, neutral o «libre» respecto de normas y valores: es *wertungsfrei* [47], y en ningún caso «ciencia normativa» o «ciencia valorativa». Este requisito tiene que ser gnoseológicamente interpretado en términos del tipo de relación que la ciencia social mantiene con su objeto de estudio, en tanto éste es ya –a diferencia de lo que sucede en las ciencias naturales– un objeto integrado y preestructurado por normas de todo tipo: asume, pues, la posibilidad de vinculación o interferencia con estas normas. Las ciencias sociales tienen que partir de la reconstrucción de las mismas a título de verdaderas «teorías» fenomenológicas organizadoras del sentido de la praxis de los sujetos que actúan en los diferentes ámbitos socioculturales (económicos, políticos, históricos, etc.). Pero que su metodología incluya forzosamente, en sus «contextos de descubrimiento», una fase hermenéutica de «*comprensión* y «revivencia» de valores y normas» [48], no significa que se *agote* en ella. En cuanto genuina *ciencia*, sus «contextos de justificación» irán dirigidos más bien a la *explicación* de esas normas y valores en virtud de factores causales o funcionales objetivos determinantes de su operatividad en la esfera sociocultural correspondiente. La ciencia social lo es en la medida en que «pretende comprender [*verstehen*], interpretándola [*deutend*], la acción social para de esa manera explicarla causalmente [*erklären*] en su desarrollo y efectos» [49]. Es decir, su valor *científico* o *teórico* estriba en la puesta en práctica de una metodología de explicación de las normas sociales –junto con las demás estructuras cognitivas o valorativas inmanentes a la acción social: fines, motivos, razones, intereses,

[47] *Cf.* Weber, M., «Der Sinn der «Wertfreiheit» der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften» [1917], en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, ed. por J. Winckelmann, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973 (4ª ed.), pp. 489-540, p. 502, 531, *passim*. Albert, H., «Wertfreiheit als methodisches Prinzip. Zur Frage der Notwendigkeit einer normativen Sozialwissenschaft» [1963], en Topitsch, E. (ed.), *Logik der Sozialwissenschaften*, Frankfurt am Main, Hain, 1993 (12ª ed.), pp. 196-225.

[48] Weber, M., «Kritische Studien auf dem Gebiet der Kulturwissenschaft» [1906], en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, cit., pp. 215-290, pp. 250-1; *vid*. Dilthey, W., *Estructuración del mundo histórico por las ciencias del espíritu*, en *Obras*, trad. de E. Imaz, México, FCE, 1944, vol. VII: *El mundo histórico*, pp. 91-318, p. 92, 107ss., 140, 153.

[49] Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundrib der verstehenden Soziologie* [1922], ed. de J. Winckelmann, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976 (6ª ed.), p. 3 (trad. esp. de J. Medina *et al.*, Madrid, FCE, 1993, (reimp.), p. 5).

ideales, etc.–, y no de una metodología que tome a éstas como criterio último de explicación estructural.

Gnoseológicamente hablando, esto vuelve a confirmarnos que las normas son, al igual que todos esos otros contenidos integrantes de la fenomenología social, estructuras *prácticas* dadas a una escala «subjetual», centrada en posiciones o perspectivas particulares del agente social, que una verdadera ciencia social, si quiere llamarse *objetiva*, tiene que poder remontar. Todas las ciencias sociales son, en principio, disciplinas «subjetivizantes» [50], lo que las diferencia radicalmente de las ciencias naturales, dado que su objeto de estudio está formado a su vez por sujetos inmersos en un determinado «sistema de cultura» u «organización social» [51] con respecto a los cuales el científico social no puede sino esperar obtener «un conocimiento que parte desde puntos de vista específicamente particulares» [52]. El científico social comienza de esta forma realizando siempre operaciones metológicamente coordenadas a las que realizan los sujetos presentes en el campo de estudio y en este sentido se daría una identificación lógica entre ambos [53]. Así, si éstos se comportan en función de valoraciones (según «juicios de valor» o *Werturteile*) o en función de normas, el científico social tiene que reconocerlas a partir de operaciones reconstructivas capaces de referir imputativamente el sentido de esa acción a los valores y normas vigentes en el marco social del mismo modo que los sujetos inmersos en él lo están haciendo en sus relaciones recíprocas (esto es, como se sabe, lo que Weber, siguiendo a Rickert, llama *Wertbeziehung*, «referencia al valor» o «avaloración»). Es entonces cuando surge la cuestión de si es posible una perspectiva objetiva respecto de tales normas y valores, supuesto que éstos *de facto* están afectando al científico social, no ya porque la ciencia misma es una praxis social regida por normas, una *construcción*, y por tanto susceptible de ser influida normativamente, sino una construcción que tiene que elaborarse en función de recursos interpretativos o «hermenéuticos» en virtud de los cuales son las propias normas y valores actuantes en la fenomenología sociocultural los que han de pasar a formar parte de la explicación científi-

---

[50] Weber, *Kritische Studien auf dem Gebiet der Kulturwissenschaft*, cit., p. 247.

[51] *Cf*. Dilthey, W., *Introducción a las ciencias del espíritu* [1883], trad. de Julián Marías, Madrid, Alianza, 1986, pp. 92ss.

[52] Weber, M., «Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis» [1904], en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, cit., pp. 146-214, pp. 181-2. «No hay ningún análisis científico de la vida cultural o [...] de los «fenómenos sociales» que sea simplemente «objetivo» con independencia de puntos de vista especiales y «unilaterales», de acuerdo con los cuales éstos –expresa o tácitamente, de manera consciente o inconsciente– son seleccionados, analizados y organizados como objeto de investigación» (*ibid*., p. 170).

[53] *Cf*. Bueno, G., *Teoría del cierre categorial*, cit., vol. I, pp. 197ss.

ca [54]. La posibilidad de objetividad dependerá, no tanto de una supuesta «neutralidad» o *epojé* metodológica, puesto que ésta es inviable cuando de lo que se trata justamente es de la identificación y rehabilitación sistemática de contenidos normativos y valorativos singulares, cuanto de los procedimientos de explicación que sobre los mismos se desarrollen. Sólo podrá hablarse de una verdadera «distancia teórica», *científica*, cuando esta explicación de normas tenga lugar en unos términos que hagan posible una «neutralización lógica» de la dimensión *subjetual* y *perspectivista* que éstas poseen típicamente, es decir, de su carácter de «representaciones» o «tomas de posición» prácticas respecto de la acción vinculadas a un sujeto particular, ya sea éste el actor social o el científico social. La ciencia social merece tal nombre únicamente cuando deja de ser ciencia «normativa», cuando es irreductible a un sistema de «justificaciones normativas» o de valoraciones, cuando exista una *asimetría* en la contemplación de las normas y valores sociales del científico con respecto a la del actor social que los encarna.

Tal asimetría es precisamente la que introduce la explicación causal o funcional-estructural, en la medida en que comporta un análisis racionalista de las condiciones de génesis y funcionamiento de las normas y un «saber nomológico» [55], basado en *leyes* (estadísticas, históricas, económicas, psicológicas, naturalistas, etc.), que va más allá del «saber normológico» que pueda ser atribuido a los sujetos del campo de estudio en tanto sujetos ya portadores de justificaciones de su propia acción integradas en esta misma acción. Toda realidad sociocultural –toda institución, sistema, *Lebenswelt*, etc.–, en tanto es realidad práctica, está siempre dotada de una dimensión «autoexplicativa» [56]. Si ésta es estimada «precientífica», «mundana», es porque se trata de una racionalidad o conceptualidad *fenoménica*, meramente *práctica*, que constituye un material *explanandum* para una verdadera ciencia social *teórica*, la cual ha de desarrollar un segundo nivel de racionalización estructural orientado a una ulterior reconstrucción en virtud de factores causales o funcionales objetivos de esa praxis empírica objeto de estudio y, con ella, también de la «teoría» inmanente a esta praxis, es de-

[54] Sobre tal identificación de las normas científicas con las normas del campo de estudio, Winch, P., *The Idea of a Social Science*, cit., pp. 87ss.

[55] Weber, M., *Kritische Studien auf dem Gebiet der Kulturwissenschaft*, cit., pp. 276-7.

[56] «El ámbito objetual de las ciencias sociales está ya constituido precientíficamente; en todo caso, el científico social, al deslindar categorialmente su ámbito objetual, tiene que tener en cuenta que está tratando de distinguir una clase de objetos posibles que por su parte reflejan ya una estructura categorial, a saber: la estructura de ese saber preteórico con cuya ayuda los sujetos capaces de lenguaje y acción pueden generar tales objetos» (Habermas, J., *La lógica de las ciencias sociales* [1982], trad. de M. Jiménez, Madrid, Tecnos, 1988, p. 459). *Cf.* Berger, P. L./Luckmann, Th., *La construcción social de la realidad*, trad. de S. Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu, 1998 (reimp.), pp. 89-90.

cir, (entre otras) de las representaciones normativas que internamente la están rigiendo y «explicando» (tanto para el agente como, por ello, para el científico) bajo su conceptualización racional (en función de «juicios de valor» o «razones para actuar») como acción «valiosa», «correcta», «obligatoria» o «válida», a partir de diferentes mecanismos de justificación de tipo ideológico, mitológico, religioso, moral, etc. La explicación científica incluye siempre, pues, una *crítica* de las «autoexplicaciones» normativas suministradas por el campo de estudio. Esta crítica es simultánea al proceso de «objetivación» de la norma que iría asociado a dicha explicación y que arranca en última instancia del hecho de que las relaciones práctico-normativas quedan reexpuestas por la ciencia social estricta a una nueva escala en la cual se integran en otros contextos de relaciones globales que desbordan la esfera puramente subjetiva de la acción de los individuos y a cuya luz aparecen como rutinas o pautas de conducta objetivamente exigidas o seleccionadas por determinados procesos de orden económico, sociológico, histórico-político, eco-tecnológico, etc. Las estructuras normativas serían así tanto la «infraestructura práctica» de esos sistemas económicos, sociales, políticos como también la «superestructura» ideológica internamente acoplada a ellos. Esta orientación hacia la «objetivación» de las normas que, como ideal metodológico, caracterizaría a la ciencia social implica cuando menos el contraste entre la norma tal como aparece desde el punto de vista de su carácter inmediato de estructura práctica para los sujetos partícipes y desde el punto de vista teórico-explicativo de su ««significación» causal»[57] para el científico. En el primer caso la norma tendría su fundamento último en los *sujetos*, en cuanto es una rutina de acción que sólo por sujetos puede ser practicada y mantenida como tal «estructura» o «pauta» que éstos se representan y por la que optan «voluntaristamente» (o co-activamente) en su comportamiento. Aquí no cabría hablar, en lo que se refiere a las fundamentaciones posibles, sino de *justificaciones* de la norma. En el segundo caso, ésta, sin dejar de ser estructura subjetual (es decir, sin renunciar al «individualismo metodológico») aparece como un resultado adaptativo o un «subproducto» de instancias causales dadas a escala «suprasubjetiva» («por encima de la voluntad» de los individuos), una escala de relaciones socioeconómicas, históricas, incluso biológicas o físico-naturales, en la que su posición o im-posición normativa se muestran desempeñando *también* una función *objetivable* que permite descubrir a las normas como programas operatorios que moldean y controlan la conducta social en una determinada dirección y no en otras, reconstruible ahora en términos de exigencias globales del marco social, económico, etc. en cuestión (p. ej., la función que

[57] Weber, M., *Kritische Studien auf dem Gebiet der Kulturwissenschaft*, cit., p. 287.

cumplen el código civil napoleónico o la ética protestante como sistemas de normas funcionales para un concreto orden económico emergente o las normas del parentesco dentro de los mecanismos de adaptación cultural de una determinada organización social)[58]. Aquí comenzaría a poder hablarse de una *explicación teórica* de la norma en cuanto distinta de una mera justificación práctica. Ahora la dimensión representativa de la normatividad puede ser mostrada en su constitución típicamente «ideológica». En la medida en que la explicación científica tiende a reconstruir el reverso objetivo (social, económico, histórico) de la norma y no sólo su anverso subjetivo, ésta no es ya una causa última o autosuficiente («autó-noma») sino un efecto de otras causas globales, y con ello su propia dimensión estructural («teórica») interna como «motivo» o «razón» para actuar deja de ser incorregible porque puede encubrir tanto como revelar su verdadera función objetiva. Es decir, la «autoexplicación normativa» revela su carencia absoluta de valor explicativo, su funcionalidad solamente *práctica* en cuanto instancia de promoción o motivación de la acción futura o de justificación de la acción pretérita, sin que en ninguno de ambos casos se vaya más allá de la posición o perspectiva fenomenológica de los sujetos implicados, de sus «ideas» o «representaciones», según un «idealismo» que puede considerarse característico de toda «ideología» social[59]. Solamente desde la perspectiva metódica de una ciencia social que persiga la explicación funcional de las ideologías normativas puede ser diferenciada en sentido crítico su dimensión *po-*

[58] Hablamos, obviamente, de normas de las que quepa decir que poseen efectivamente una importancia sociocultural suficiente como para merecer una tal explicación científica: normas, p. ej., jurídicas o ético-morales que puedan ser contempladas (*vg*. por la sociología) desde los diferentes procesos globales de segmentación, estructuración y división sociocultural (pensemos, p. ej., en las distinciones clásicas *status*/*contractus*, comunidad/sociedad, solidaridad mecánica/solidaridad orgánica, estamento/clase, etc., en cuanto asociadas en clave estructural-explicativa a diferentes formas normativas) o que tengan una pervivencia histórica «universal» (*vg*. las reglas del Derecho romano clásico a lo largo de sus distintas transformaciones históricas en las sociedades antigua-esclavista, medieval-feudal y burguesa-liberal moderna), y no de normas menores de fundamento puramente voluntarista, convencional o coyuntural de concreción de las anteriores ni de otras normas ligadas a prácticas agotadas en sí mismas como puedan ser las de los juegos.

[59] Las normas serán el lugar mismo de producción y manifestación de las ideologías sociales de todo tipo. Inversamente, «ideología» será en general toda aquella formación social de tipo intelectual-abstractivo en la que se entrecruzan, por un lado, las dimensiones de lo discursivo y normativo y, por otro, las relaciones prácticas de dominación y poder en el contexto social competitivo. *Cf*., p. ej., Bhaskar, R., *Dialectics. The Pulse of Freedom*, London/New York, Verso, 1993, pp. 161, 200, 258, 349; *vid*. Eagleton, T., *Ideología. Una introducción* [1995], trad. de J. Vigil, Barcelona, Paidós, 1997, p. 19, 57ss., 74ss., 243ss. La vinculación entre normas y estructuras ideológicas queda reforzada desde una perspectiva que considere al *idealismo* y al *dogmatismo* como los elementos centrales articuladores de toda ideología: *vid*. Quintanilla, M. A., «Sobre el concepto marxista de ideología», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 7 (1974), pp. 29-52, pp. 47ss.

sitiva, en la que las normas se identifican como estructuras «ideacionales» o «simbólicas» estructuradoras de la práctica de los sujetos, y su dimensión *negativa*, en donde pueden aparecer como representaciones «dogmáticas» o «deformantes» que no sólo carecen de fuerza explicativa sino que demandan ellas mismas ser explicadas o corregidas en clave racionalista (como lo hacen, para seguir con los mismos ejemplos, la concepción que del código napoleónico tenían sus redactores en cuanto expresión del Derecho natural universal, según el lema que en un principio lo encabezó, o la creencia en el valor puramente «místico-religioso» de una moral ascética del trabajo o en determinados mitos culturales acerca del tabú del incesto). La explicación científica no puede ser ya confundida con una «explicación normativa» o «ideológica», con una «justificación de normas»: lo que la distancia metódicamente de la mera ideología social o la apología doctrinaria de sistemas de normas, valores o ideales sociales no es tanto una supuesta posición adiáfora o neutral respecto de los mismos cuanto la posición *crítica* frente a ellos introducida por el análisis empírico causal o funcional, un análisis que implica al científico como un sujeto que ya no argumenta en base a «razones normativas», un sujeto *práctico* que tenga que *comprometerse* con tales sistemas normativos, sino en base a razones que están «más allá» de la norma («más allá de la libertad y la dignidad», según la expresión que Skinner usa para referirse al plano psicológico de las contingencias de refuerzo interconductuales que rigen causalmente el comportamiento de los individuos) [60], por cuanto se piensan como fundamentos determinantes a su vez del plano mismo en que se da la racionalidad normativa y cuyo carácter objetivable, dependiente de los procedimientos metodológicos de demostración empírica acuñados por la ciencia en cuestión, estriba precisamente en esa «desactivación» relativa que introduce de una posible valoración o «toma de partido» de cualquier signo frente a las normas objeto de investigación [61]. Alcanzada en estos términos una reconstrucción explicativa de una

[60] Skinner, B. F., *Más allá de la libertad y la dignidad* [1971], trad. de J. J. Coy, Barcelona, Fontanella, 1977, pp. 131ss.

[61] Decimos «relativa» porque una objetividad en grado absoluto no sería posible en la ciencia social precisamente debido a que constituye una racionalización de (entre otras cosas) *normas* socioculturales: éstas se mantienen en todo momento como un punto de referencia o trasfondo permanente de sus explicaciones y esto determina que incluso como tales explicaciones nunca puedan ser enteramente independientes de la perspectiva de la «justificación» de normas (aunque sea una justificación «científica», consistente en demostrar el papel necesario –su «verdad»– que cumplen en la autorreproducción de estructuras de orden social, histórico-sociológico, económico, etc.) ni tampoco de la perspectiva de su transformación «tecnológica» («reformista», «emancipatoria», etc.), y, por tanto, de una significación «ideológica» que sería insuprimible de la ciencia social en cuanto construcción ella misma socialmente implantada (de ahí la imposibilidad de «neutralidad») y que no estaría presente del mismo modo en las ciencias naturales y formales. Esto no sería sino un modo de reconocer que las ciencias socia-

norma dada, cualquier sujeto científico, en cuanto que tal científico, tendría que reconocer la función objetiva por ella desempeñada y de esta forma la *universalización* teórica que tal explicación posibilita significa al mismo tiempo la neutralización metódica de su eventual posición en cuanto sujeto *práctico* y conduce a mostrar cómo todo «posicionamiento» valorativo no tiene ya un significado teórico-explicativo sino práctico (*prudencial*), orientado a la acción, y en este sentido impertinente para la ciencia en cuestión o en todo caso nuevamente explicable desde ella [62]. No es ya la «corrección normativa» o la cualidad de «deber-ser» el ámbito sobre el que se pronuncia o interesa *in recto* la ciencia social-empírica sino la funcionalidad causal o estructural en que esa normatividad se halla envuelta y, por tanto, su «corrección lógica» o científico-explicativa desde el punto de vista de las normas gnoseológicas de la propia ciencia que rigen constructivamente esta investigación [63]. Con esto tendrían que ver también las dificultades de orden gnoseológico que presenta la posibilidad de hablar de «explicaciones normativas» (como también de «explicaciones teleológicas» o «finalistas») en las ciencias sociales, en la medida en que serían siempre reconstrucciones no ya poco fiables, como decíamos, por su propia conformación «ideológica» (que se transmitiría a la ciencia), sino en rigor desprovistas de carácter verdaderamente explicativo: serían explicaciones tautológicas, circulares o meramente analíticas, de lo mismo por lo mismo, puesto que no hacen sino remitir *ad hoc* desde la norma a la acción en la que por definición (como praxis) ya está presente la norma. En efecto, la explicación de la acción en función de premisas o razones normativas [64] se agotaría en «silogis-

---

les no poseen un carácter científico comparable al de éstas últimas, universalizable o «nomotético», sino un *status* estructuralmente polémico en cuanto ciencias vinculadas a comunidades o tradiciones culturales particulares. *Cf*. Bueno, G., *Teoría del cierre categorial*, cit., vol. I, pp. 196ss., vol. IV, pp. 55ss.; Beck, U., *Objektivität und Normativität. Die Theorie-Praxis-Debatte in der modernen deutschen und amerikanischen Soziologie*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1974, pp. 218ss.

[62] En tal dirección podría ser reinterpretada la distinción weberiana (deudora del contemplacionismo aristotélico) entre la actitud de «tomar posición» o valorar fuera de la ciencia (*Stellungsnahme*) y la actitud de «tomar conocimiento» en ella (*Kenntnisnahme*). *Cf*. Kaufmann, F., *Metodología de las ciencias sociales* [1944], trad. de E. Imaz, México, FCE, 1986 (2ª ed.), p. 234. Antes que a una dicotomía absoluta acción/conocimiento haría alusión, pues, a una oposición entre dos formas de construcción frente a normas y valores dados, bien orientada a su recreación normativa y valorativa, bien a su reconstrucción explicativa.

[63] *Cf*. Weber, M., *Der Sinn der «Wertfreiheit» der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, cit., p. 535; Id., *Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, cit., pp. 149, 151; Id., *Kritische Studien auf dem Gebiet der Kulturwissenschaft*, cit, pp. 224-5, 250-1 n.; Albert, H., *Wertfreiheit als methodisches Prinzip*, cit., p. 221, nota 29.

[64] «Nos referimos a razones al explicar, al valorar y al guiar la conducta de las personas. [...] Las razones pueden usarse para guiar y para valorar sólo porque pueden usarse también en

mos prácticos»[65] y estaría constreñida a recorrer *ordo cognoscendi* lo que hemos llamado el «círculo práctico de la norma», es decir, el *regressus/progressus* desde la norma (representación) a la acción (ejercicio), partiendo de la acción ya ejecutada (*ex post actu*) para regresar a sus premisas normativas e invirtiendo así el camino de progreso ontológico-práctico (*ordo essendi*) que convierte a la razón normativa en guía (*ex ante actu*) de la acción[66]. Por esta vía no habría forma de distinguir entre una «explicación mitológica» (pues todo mito es siempre un *logos*) y una explicación científica. Esto no vendría sino a confirmar que las ciencias sociales y humanas son los correlatos modernos de lo que Aristóteles y la escolástica llamaron «ciencias prácticas» y que ello está íntimamente relacionado con el hecho de que poseen un estatuto teórico cuando menos dudoso o precario si es que han de ser identificadas exclusivamente con la actividad de reconstrucción fenomenológica, comprensiva o «hermenéutica», en el sentido de Winch o Gadamer[67], de sistemas de normas y valores prácticos de un determinado círculo sociocultural, comunidad o «tradición», en lugar de disciplinas que no renuncian a alcanzar explicaciones universalistas a partir de los mismos según criterios de objetividad basados en fundamentos nomológicos[68].

De cualquier modo, la posibilidad de constitución de la ciencia social en ciencia verdaderamente *teórica*, y así «no-normativa», pasa por el dato gnoseológico de que su teorización no se basa *sólo* en tomar a la norma como teoría, como estructura interna a la practica social, sino *también* en explicar la teoría y la «explicación» que la norma misma es, en cuanto componente interno de la acción, mediante la inserción de la misma en contextos envolventes que permitan dar cuenta de su dimensión ideológica y operativa más allá de sus propios términos. Ésta es la única vía por la cual puede llegar a

---

la explicación, y su única característica como tipo de explicación es que ellas explican la conducta por referencia a las consideraciones que guiaron la conducta del agente»; «[L]a especial característica de las explicaciones de la conducta en términos de razones es que ellas explican la conducta del agente en términos de sus creencias acerca de lo que debería hacer, en términos de su propia apreciación de las razones relevantes (en el sentido primario, normativo) que se le aplican» (Raz, J., *Razón práctica y normas* [1975; 1990, 2ª ed.], trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, CEC, 1990, pp. 18, 21). *Cf.* Alchourrón, C. E./Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* [1971], Buenos Aires, Astrea, 1974, pp. 228ss.

[65] Weinberger, O., *Praxis, Logik und praktische Vernunft*, cit., p. 146; Wright, G.-H. von, *Explicación y comprensión* [1971], trad. de L. Vega, Madrid, Alianza, 1987, p. 49.

[66] Sobre el uso retrospectivo y prospectivo del silogismo práctico, Wright, G.-H. Von, «De la llamada inferencia práctica», en Raz, J. (comp.), *Razonamiento práctico*, trad. de J. J. Utrilla, México, FCE, 1986, pp. 91-120, pp. 113ss.

[67] Winch, P., *The Idea of a Social Science*, cit., pp. 40ss., 51-2; Gadamer, H.-G., «La verdad en las ciencias del espíritu» [1953], en *Verdad y método II*, cit., pp. 43-49, p. 46.

[68] *Cf.* Albert, H., *Kritik der reinen Hermeneutik. Der Antirealismus und das Problem des Verstehens*, Tübingen, Mohr, 1994, pp. 126ss.

alcanzar su grado máximo posible como disciplina científica u objetiva, «libre de valores y normas», frente a toda «disciplina doctrinal», «dogmática» o «normativa», es decir, frente a aquellas disciplinas que no sólo no sobrepasan ya ese nivel estructural de la normatividad fenomenológico-social, sino que más bien tienden metodológicamente a reproducirlo y mantenerlo en clave «hermenéutica» a título de nivel conceptual-esencial de análisis y por eso siguen siendo disciplinas *prácticas* ligadas al desarrollo interno de un determinado círculo praxiológico y no disciplinas estrictamente científico-teóricas [69]. Ahora bien: la «ciencia jurídica» sería una de estas disciplinas «que persiguen fines normativos o dogmáticos de carácter conceptual-analítico», es decir *prácticos* (*normativ-praktische Zwecke*), dentro de ese conjunto de las que en la tradición neokantiana se denominan *Normwissenschaften*: «la lógica, la ética teorética y la estética, la matemática, la dogmática jurídica, las dogmáticas metafísicas (p. ej., la teológica)» [70]. Desde la perspectiva de los requisitos de una verdadera «ciencia del Derecho», tendríamos que considerar ocupada su posición por la sociología jurídica, que sólo desde fines del siglo XIX habría venido a sumarse a la *iurisprudentia* o saber jurídico tradicional y a su institucionalización dogmática moderna centralizada en la Facultades de Derecho [71]. Las relaciones entre ambas no responderían tanto a una «duplicación de saberes» *sobre* el Derecho, a un «dualismo metódico» concebido en un sentido *alternativo* [72], cuanto a una asimetría gnoseológica o una jerarquización del carácter científico de esos saberes, en virtud de la cual la dogmática jurídica aparece impugnada en su condición de verdadera disciplina de rango explicativo-científico por una sociología del Derecho que la reconstruye como disciplina cuya dimensión teórica sigue formando parte interna de la praxis jurídica y que por ello no puede ser contemplada como una verdadera ciencia teorética que esté en condiciones de aportar reconstrucciones objetivas y universales de lo jurídico, sino, antes bien, como una teoría cuya percepción del Derecho estará

[69] Sobre la relación entre hermenéutica y ciencia práctica aristotélica, *cf*. Bernstein, R. J., «From Hermeneutics to Praxis», en Hollinger, R. (ed.), *Hermeneutics and Praxis*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1985, pp. 272-296, esp. 280ss. («Comprender es para Gadamer una forma de *phrónesis*», p. 276).

[70] Weber, M., «R. Stammlers «Überwindung» der materialistischen Geschichtsauffassung» [1907], en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, cit., pp. 291-359, p. 322, 336; Id., *Der Sinn der «Wertfreiheit» der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, cit., p. 536.

[71] *Vid*. Hunt, A., *The Sociological Movement in Law* [1978], London, MacMillan Press, 1983 (repr.), p. 134ss.; Bobbio, N., «Derecho y ciencias sociales», en Id., *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, pp. 219ss.

[72] *Cf*. Bobbio, N., *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950, p. 56, 61ss. En sentido crítico con el «dualismo metodológico», Moreso, J. J., «Ciencia jurídica y dualismo metodológico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII (1990), 291-313, esp. p. 307.

en todo momento predeterminada por los intereses unilaterales rectores de la propia praxis jurídica en cuanto técnica social y será, en consecuencia, explicable por las mismas causas sociales que gobiernan a ésta. Esta asimetría comporta que los conceptos y constructos teórico-dogmáticos de la ciencia doctrinal jurídica, por su finalidad exclusivamente ideológico-práctica, constituyen para una verdadera teoría social ellos mismos un *explanandum*, un punto de partida precientífico de valor heurístico para la investigación fenomenológica a partir del cual se tratará de elaborar modelos explicativos racionales (p. ej., «tipos ideales» de Derecho) cuya objetividad estribará en su capacidad para incorporar otros órdenes de relaciones y factores de valor causal imputable sobre ese dominio normativo, incluidos por tanto esos conceptos y teorías normativas internas. Lo que interesa subrayar es que esta impugnación parte de la estructura *normativa* de la dogmática jurídica, de su naturaleza de saber doctrinal metodológicamente ligado al desarrollo interno del ordenamiento jurídico: *precisamente* por ser «ciencia normativa», racionalización «dogmática» de la esfera de la normatividad jurídica, que es «dogmatizadora» por explicar la realidad social desde las normas del Derecho positivo y no a la inversa, sería una disciplina meramente práctica y no científica [73].

La normatividad como criterio de cientificidad de la «ciencia jurídica»

Sólo podrá considerarse que resulta posible aquí hablar de «ciencia» cuando el criterio de cientificidad que se maneja sea reducido de una u otra forma al nivel de la propia racionalidad normativa. En tal reducción terminan por confluir todos aquellos planteamientos epistemológicos en torno a la dogmática jurídica que, asumiendo que las normas constituyen sus principios constructivos básicos, pretenden todavía salvarla como disciplina de rango teórico u objetivo *respecto de* estas normas y, así, como «ciencia». En general puede decirse que todos estos intentos son tributarios de alguna forma de *hipóstasis* ilegítima de aquella dimensión interna de la racionalidad normativa que parece permitir de forma más clara una «distancia teórica» con respecto al ámbito práctico en que surge, es decir, la dimensión representativa. Pese a todo, siguen tropezando invariablemente con la objeción de que este caso particular de la «dialéctica de dislocación entre estructura y agencia» [74] posibilitado por la especialización en el Derecho de un discur-

[73] *Cf.* Ehrlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts* [1913], Berlín, Duncker & Humblot, 1967 (reimp.), p. 14, 19; Rottleuthner, H., «Jurisprudencia y ciencias sociales», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 20-21 (1980-81), pp. 43-72, p. 68.

[74] Bhaskar, R., *Dialectics*, cit., p. 199.

so de representación abstracta, científico-dogmática, de normas sigue dándose *dentro* de la esfera global de la praxis jurídica, que responde ella misma a razones de desarrollo práctico-normativo y que es por ello un momento más interno de este desarrollo: el momento de autorracionalización doctrinal de la praxis jurídica al nivel de sus normas.

En este orden de cosas hay que señalar a la teoría kelseniana, una vez más, como un paradigma todavía enteramente irrebasado. El positivismo de Kelsen representa el intento más importante emprendido por la teoría jurídica contemporánea por reconvertir el discurso normativo-dogmático en un discurso con pretensiones de objetividad. Ello tiene lugar a través de dos vías que desde entonces no han dejado de ser retransitadas una y otra vez y que se encaminan simultáneamente a la «objetualización» bien de las normas jurídicas, bien de la reexposición que de esas normas hace la ciencia jurídica. De ahí resulta, como se sabe, su concepción definitiva y más conocida, expuesta en la segunda edición de la *Teoría pura* de 1960 y en su póstuma *Teoría general de las normas*, en torno a las normas jurídicas como estructuras o relaciones objetivas de «deber-ser» (*Rechtsnormen*, *Sollnormen*) y a la ciencia jurídica como ciencia *descriptiva* de esas normas en función de proposiciones o *Rechtssätze*[75]. Por esta vía se aseguraría tanto una definición autónoma del Derecho como «Derecho objetivo», es decir, *norma* o sistema de normas –no, p. ej., *mera* «praxis» ni tampoco un contenido dependiente de cualquier realidad social o natural: a ello respondería el ideal metódico de *Reinheit* o pureza *teórica*–, cuanto una definición del carácter *objetivo*, científico, de la dogmática jurídica en cuanto transcripción de esas normas y de las relaciones específicas de deber-ser por ellas instauradas. Ahora bien: ¿hasta qué punto es tal objetivación un propósito efectivamente alcanzado una vez que trascendemos el plano de las declaraciones de principio y examinamos su «estructura profunda» gnoseológica?

Las normas no quedan en forma alguna «objetualizadas» mediante su conceptualización como «deber-ser» o *Sollen*. Es ésta una noción filosófica heredada del idealismo alemán que desempeña funciones característicamente simbólico-prácticas e ideológicas dentro de dominios normativos dados, como el jurídico o el moral[76], en las que sigue expresándose de una manera peculiar la configuración tanto subjetual como posicional-perspectivista de toda norma. Deber ser es siempre deber *hacer*: indica una relación entre conductas o acciones de cuyo contenido material-práctico no puede

[75] *Cf.* Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 84ss.; Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 119ss.

[76] Luhmann, N., *Rechtssoziologie*, cit., pp. 27ss., 43ss., 80. *Cf.* Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* [1785], en *Kants Werke Akademie-Textausgabe*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1968 (reimp.), vol. IV, pp. 385-464, pp. 403ss.

ser desvinculada, y tampoco la dimensión virtual o ideal («contrafáctica») de dicha relación es objetivable en la dirección de su sustancialización idealista como un *objektiver Sinn*[77]: la norma no es un sentido u *objeto* que «exista» idealmente, una validez o *Geltung* objetiva «en sí y para sí», sino que ese deber ser mantiene su condición ineliminable de representación práctica, efectuada contextualmente *desde* operaciones prácticas y *hacia* operaciones prácticas. Pese a incluir esa pretensión objetivadora, ontológica, propia de un *Normenplatonismus* intuicionista, y pese a autoconcebirse en términos de un «idealismo puro» que quiere impugnar la idea de «razón práctica», la categoría kelseniana del *Sollen* –como ya ocurriera en Kant y en todo el neokantismo– es típicamente constitutiva de un *idealismo práctico*. La norma *consiste* en una «intención» o «voluntad» (conceptos prácticos que implican la interacción causal, propositiva o proléptica, entre agentes) representativamente interpuesta por un sujeto, cuyo sentido es intención o voluntad *de que* ciertas acciones se produzcan por otros sujetos. Tal representación de la acción debida *no* es ontológicamente independizable de este contexto de inter-acción práctica: ese «sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro» puede, sin duda, ser independiente del sujeto que está en el origen o génesis de la norma, pero no podría serlo de *todo* sujeto, sino que siempre requerirá de *algún* sujeto que lo re-presente y así lo re-cree como criterio normativo o «válido». La validez o *Geltung* de las normas en que reposaría su entidad *objetiva*, antes que una supuesta *propiedad* o predicado *de* la norma considerada a modo de sustancia ideal hipostasiada, alude a esa *recurrencia* «puntual» de múltiples actos de representar una acción en clave normativa y, sobre todo, de ejecutarla y aplicarla eficazmente[78], sólo a partir de los cuales se objetiviza la norma y adquiere la condición de una «estructura». Esa reproductibilidad práctica intersubjetiva del criterio o pauta normativa es justamente la que viene a simbolizar la idea del deber-ser: por eso la «validez» de la norma *incluye* o presupone su «eficacia» práctica[79]; no sólo la presupone sino que en realidad se orienta de nuevo a ella, es *justificación* inmanente de la misma: la esencialización introducida por el *Sollen* al ver en las normas «ideas» no haría sino reproducir y prolongar la que ya suponen estas normas en su ope-

---

[77] ««Norma» es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento» (Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 19); Id., «Zum Begriff der Norm» [1965], en Klecatsky, H./Marcic, R./Schambeck, H. (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 1455-1468, p. 1457; Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., p. 2, 21.

[78] «[P]odemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe ser hecho o no» (Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 24). *Cf.* Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 136-7.

[79] Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 24, 219ss.

ratividad práctica recurrente, de forma que lo que se transcribe al conceptuarlas como «válidas» es la autotrascendencia de su ejercicio práctico eficaz, la naturaleza «trascendental» de una cierta práctica social empírica, en cuanto está siendo justificada o universalizada y manteniéndose no de un modo «estadístico», como «regla» empírica (estadística) que atiende al pasado, sino de un modo «dogmático», como «norma» ideal que sigue gravitando sobre la acción *pro futuro* a título de norma «activa», «válida».

Cuando este esquema se aplica al Derecho, la acción de que hablamos es la integrada en la esfera de la praxis técnico-jurídica, esto es, las operaciones de los agentes jurídicos determinantes (ligadas por el vínculo imputativo de *Sollen* en la «norma primaria» reguladora de la co-acción) y las de los agentes sociales determinados (en la «norma secundaria», indicadora de los deberes jurídicos). En cuanto regla de *construcción* de las prácticas sociales en virtud de otras prácticas sociales de control (las jurídico-coactivas), la norma jurídica no puede ser ya una relación «objetivable» en el sentido de una «neutralización lógica» de las perspectivas subjetivas: implica sujetos *de* la relación normativa (sus «variables» o «argumentos» como destinatarios) y sujetos *constituyentes* de esa relación (los operadores jurídicos directivos de la técnica normativa). Concebirla como un «deber» o *Sollen* no supone, pues, «distancia objetiva» frente a la norma, sino, por el contrario, significa reproducir y tomar partido, objetivándolo, por el «punto de vista» subjetivo y perspectivista que ella instaura [80], porque sólo desde ese preciso punto de vista *práctico* (asociado a operaciones co-activas en función de *sanciones* positivas o negativas) se especifica o cualifica la acción como «debida» o la norma como «deber hacer» («obligación»). Solamente desde ese perspectivismo práctico-posicional en el que se introduce la discriminación selectiva entre las acciones sociales tomando a unas como criterio de interpretación crítica de otras surge la posibilidad de la valoración normativa (p. ej., la distinción significativa entre la producción de la muerte de un individuo como homicidio injusto o como ejecución justa de una sentencia capital) [81]. El límite decisivo que se impone a las aspiraciones *científicas*, objetivas, de una teoría positivista del Derecho que quiere reconstruirlo en su misma estructuración normativa, estaría justamente en la introducción de la idea del *Sollen* o «validez» como categoría nuclear de

[80] Legaz, L., «Notas sobre el valor actual de la Teoría pura del Derecho» [1941], en Id., *Horizontes del pensamiento jurídico. (Estudios de Filosofía del Derecho)*, Barcelona, Bosch, 1947, pp. 447-468, pp. 451-2. De ahí que Raz pueda decir que el más importante concepto de la concepción kelseniana de la normatividad es «el de un punto de vista» (Raz, J., *La autoridad del Derecho*, cit., p. 179). *Cf.* Shiner, R., *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 59-60, 148.

[81] Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 16.

análisis, pues tal cosa entrañaría de forma indefectible su conversión en un discurso teórico él mismo *doctrinal* cuyo horizonte metódico queda constreñido a una perspectiva en torno a la normatividad jurídica «que no puede ser diferente de la de una "normatividad «justificada"» [82]. De ahí las funciones *ideológico-prácticas* del normativismo de implantación idealista, por cuanto su *leit motiv* último, una vez desmontada o «deconstruida» la cobertura metafísica con que se acompaña, se reduce básicamente a una contemplación idealizada del Derecho entendido como práctica social eficaz o en ejercicio, esto es, la praxis coactiva estatal en su proceso recurrente. Veamos esto con más detalle.

El *Sollen* no alude a la norma jurídica como meramente «puesta» (aunque su sustantificación por vía ontológico-ideal y la consiguiente instalación en un supuesto mundo del deber ser contradistinto del mundo del ser así lo hagan parecer) sino ante todo como norma *impuesta*, como una rutina de acción que se considera en la perspectiva de su imposición y universalización social. Es decir, en la misma perspectiva instrumental propia de los operadores jurídicos que llevan adelante la praxiología normativa básica que es el Derecho. Deber es conducta debida o exigida, pero esta conducta debida o exigida lo es *por* un legislador o un juez dados (*i. e.*, dados prácticamente: *este* legislador o *este* juez) y no otra cosa. El *Sollen* sitúa *ex principio* al individuo-actor en el centro del discurso, y lo hace exclusivamente desde el punto de vista técnico del operador práctico-jurídico como individuo-representativo que contempla la acción social en cuanto sometida a esquemas normativos: pertenece por tanto a un discurso práctico y no teórico (por más que se presente como «puro»). La norma jurídica sólo se «teoriza» desde el punto de vista de la técnica jurídica como técnica de determinación social exitosa, como norma «victoriosa» implantada por una estructura institucional y política de «dominación» [83]. Resulta así conceptualizada únicamente en la dirección del *progressus* que va desde los operadores jurídicos a los operadores sociales sobre los que aquéllos pretenden habilitar técnicamente un control práctico: por tanto, como norma *o cumplida* por éstos *o impuesta* por aquéllos. Y esta visión es la que propicia la idea de un deber-ser ideal que se proyecta sobre el ámbito práctico *únicamente* como siendo realizado o siendo *aún* no realizado *debiendo* serlo. La «validez» no alude, pues a una *existencia* ideal de las normas en un mundo

[82] Lenoble, J., «Epistemology and Validity in Law», en Peczenik, A./Lindahl, L./Roermund, B. van (eds.), *Theory of Legal Science. (Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983)*, Dordrecht, Reidel, 1984, pp. 163-173, p. 165.

[83] *Cf*. Weber, M., *Economía y sociedad*, cit., pp. 26ss., 170ss., 704ss.; Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 77, 88, 127ss., 149ss.

autosubsistente, sino a su existencia real como rutinas que se imponen en la práctica y respecto de las que sólo se contempla ya la posibilidad de tal imposición, induciéndose así (por «metábasis» o «paso al límite») la inversión o *ficción* de que son «válidas» *antes* de su realización efectiva o lo siguen siendo *después* de su decepciones o transgresiones [84]. Todo esto supone que en la noción de validez o deber-ser no puede ser ya eliminada la componente «partidista» o «justificativa» que es inherente a la propia norma que mediante esa noción quiere ser reconstruida en clave teórica. No es posible ya un desbordamiento de su fundamentación o justificación subjetual, de su valor *para* tal o cual sujeto, sino que lo que se produce es una recreación de su constitución práctica esencialmente polar –y por tanto, «esencialmente disputada» en el sentido de Gallie [85]–. Mediante la reconstrucción de la norma como *Sollen* o norma válida, lo que se procede a fijar en clave teórica es justamente su naturaleza de estructura práctica *dialéctica* que está afirmando y negando determinadas opciones de comportamiento. Pues, como hemos dicho, toda norma comporta una sintaxis operatoria, una racionalización *crítica*, una razón «excluyente» o «perentoria»: la «validez» de una norma es la validez afirmada de un curso de acción que supone la «anulación» de los que se le enfrenten como trámite necesario para su propia «universalización» normativa. Por eso la noción de validez en Kelsen tiene también, y no como una acepción diferente ni exógena a las demás [86], el sentido de la motivación, obligatoriedad, *vis obligandi* o *vis directiva*. Así, la cuestión en torno al «fundamento de validez» de la norma, sin dejar de ser teórica (sobre la *existencia* del Derecho), es una cuestión práctica relativa a la pregunta sobre por qué los sujetos deben realizar ciertas acciones, es decir, sobre la justificación de la obediencia al Derecho [87]. Si éstos sólo se consideran como sujetos que han de obedecer a las normas establecidas, sujetos *a* ellas, es porque no estamos propiamente ante una teoría explicativa de la normatividad jurídica sino ante una reexposición o «sombreado» ideoló-

[84] *Cf.* Busse, D., *Zum Regel-Charakter von Normtextbedeutungen und Rechtsnormen*, cit., p. 313; Luhmann, N., *Rechtssoziologie*, cit., pp. 40ss.

[85] Gallie, W. B., «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56 (1955-56), pp. 167-198.

[86] *Cf.* Nino, C. S., «Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity», *ARSP*, 64 (1978), pp. 357-377.

[87] «Fundamento de la validez es la respuesta a la pregunta por qué las normas de ese orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas; es la norma fundante básica presupuesta según la cual debe acatarse y aplicarse la constitución eficaz en términos generales, y, en consecuencia debe actuarse conforme a las normas fácticamente promulgadas conforme a esa constitución, que sean en términos generales, eficaces» (Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 223); *cf.* Id., «Vom Geltungsgrund des Rechts» [1960], en Klecatsky, H. *et al.* (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 1417-1427; Id., «¿Por qué obedecer al Derecho?», en Id., *¿Qué es justicia?*, cit., pp. 183-193.

gico o doctrinal de su *proceso* práctico llevado a cabo partiendo de sus mismas categorías normológicas en el que más que justificar la acción a partir de las normas presentes en ella se procede inversamente fingiendo la acción que justificaría a las normas del Derecho [88]. De este modo, la reconstrucción del Derecho según esquemas de deber-ser o validez constituye una reexplicación interna del mismo que viene a reproducir la estructura técnica de la praxiología jurídica básica desde el punto de vista de su supremacía o eficacia procesual basada en la imposición de rutas de acción en la realidad social mediante operaciones coactivas [89].

De la misma manera, si la ciencia jurídica dogmática es «normativa» es porque sólo puede mantenerse en el ámbito de las significaciones y relaciones específicas introducidas por las normas jurídicas reproduciendo a su vez su representación técnica en términos de deber-ser [90]. Pero esto significa que no es realmente una disciplina objetiva *con respecto a estas normas*, sino (como la teoría normativista) una disciplina esencialmente reproductiva de la estructura del Derecho-técnica, que mira sólo a las *consecuencias* prácticas de la norma (el deber-hacer y sus efectos), haciendo abstracción de sus *antecedentes* y de la funcionalidad sociocultural global que en cuanto que tal norma desempeña, que es lo que abriría la posibilidad de una verdadera explicación objetiva que implicase trascender o neutralizar (y no recrear o «hacer valer») su «punto de vista práctico-normativo». Semejante perspectiva de objetividad significaría para ella, sin embargo, la desaparición de su diferencialidad específica como disciplina *jurídica*. Es decir: como disciplina intrínsecamente ligada al Derecho en cuanto medio de control práctico al que se presupone un «primado social» basado en la «centralidad» de la norma en cuanto instrumento fundamental de ese control [91]. Una explicación científico-social de las reglas jurídicas en virtud de parámetros extrajurídicos (sociales, económicos, históricos, etc.) de los que el Derecho es una variable dependiente que se integra «superestructuralmente» en otras formaciones y estructuras (al tiempo que dota a éstas de «infraestructura» normativa), llevaría a la superación crítica o «eliminación» de las posiciones prácticas de los operadores jurídicos y de sus representaciones ideológicas (p. ej., que el Derecho se agote en la «voluntad del legislador»). Pero la dogmática jurídica encuentra su *locus* metodológico distintivo frente a toda otra disciplina social justamente en el ámbito demarcado por estas re-

---

[88] *Cf*. Amselek, P., *Méthode phénoménologique et théorie du Droit*, París, LGDJ, 1964, pp. 305ss, 344ss. De ahí que la teoría pura kelseniana sólo pueda operar como teoría explicativa suponiendo un sistema jurídico positivo dado en marcha al que poder aplicar «tautológicamente» sus categorías normológicas en clave justificativa a partir de una primera norma básica (*cf*. Eckhoff, T./Sundby, N. K., «The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence», *Scandinavian Studies in Law*, 19 (1975), pp. 121-151, p. 135, 151).

presentaciones ideológicas y su operatividad en la praxis social primaria, manteniendo la «esencialidad» de los propósitos correctivos, selectivos o transformadores de la acción que van asociados a las operaciones normativas de ordenar, prohibir, facultar y derogar. Son, entonces, estos fines prácticos de la técnica jurídica organizados en una «ideología normativa» o «sistema ideal de operaciones» –el reflejado en el *corpus* de la legislación– por cuyo través se contempla la realidad social práctica mediante la técnica aplicativa jurisdiccional los que exigen una dogmática como instancia nuevamente ideológico-normativa basada en el método axiomático consistente en reinsertar y reconstruir permanentemente los distintos fragmentos o segmentos de la praxis económica, social, política, administrativa, etc. bajo las relaciones contenidas en dicho sistema. Este método será «ideológico» no por estar ligado *a priori* al «reflejo» de intereses de clase, económicos, de grupos de poder, etc., sino ante todo por estar vinculado cerradamente a *normas* (y por tanto a los intereses que éstas sancionan), por la limitación normológica o dogmática que impone la traducción de todo fenómeno social al código normativo abstracto (binario, según Luhmann). Es esta forzosa «subjetualización» marcada por el filtro normativo –comparable a la que puede entrañar la gramática cuando reduce la *Langue* a reglas del habla (*Parole*), siendo así que el lenguaje no es sólo «norma» en el sentido de Coseriu, sino también «sistema» objetivo supranormativo que contiene y explica funcionalmente las posibilidades del habla que esas normas actualizan[92]– la que hace inviable gnoseológicamente toda objetividad científica (y la que no excluye usos ideológicos negativos, analizables desde la perspectiva crítica de una ciencia social estricta que podrá imputarlos a la visión desfigurada o «deformada profesionalmente» que implica la identificación metonímica de la realidad social con la realidad social reflejada en las normas). Porque su propósito objetivo último es precisamente el de intermediar en esta función técnico-práctica básica de la categoría jurídica basada en codificar la praxis social a normas abstractas para su transformación, tiene sentido atribuir a la dogmática una labor de representación de las normas jurídicas en términos de «deber ser» o «validez». Pero ello en el sentido de que esta representación es instrumentalmente corresponsable en su asentamien-

[89] «La eficacia de la norma que prescribe una determinada conducta depende así de la eficacia de las normas –primarias– que establecen las sanciones» (Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., p. 112).

[90] «La ciencia del derecho no puede expresar de otra manera la relación establecida por la norma jurídica; en especial, la conexión entre el acto ilícito y la consecuencia del acto ilícito, sino mediante la cópula verbal 'deber'» (Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 92).

[91] Hunt, A., *The Sociological Movement in Law*, cit., p. 146.

[92] *Cf*. Coseriu, E., *Teoría del lenguaje y lingüística general*, sin indicación de traductor, Madrid, Gredos, 1978 (reimp.), p. 98.

to y fijación en cuanto que tales normas «válidas» mantenidas recurrentemente. Ella podría ser vista como la técnica jurídica representada (*law in books*) a partir de sus instrumentos internos, las propias normas, en un momento ulterior a los procesos de la técnica jurídica ejercitada (*law in action*) en donde esas normas se aplican, y por ello un momento no desconectado de esos mismos procesos, sino en realidad reorientado a su constante reajuste y perfeccionamiento «tecnológico» [93], habida cuenta de que son normas que están realizándose y aplicándose sobre una casuística siempre nueva y diferente que las desborda y es su desarrollo legislativo y, sobre todo, jurisprudencial el que precisa siempre acompañarse de interpretaciones y criterios doctrinales también nuevos.

La dialéctica gnoseológica en que se debate la consideración posible de la dogmática jurídica como ciencia estriba en que su rasgo más definitorio como disciplina positiva jurídica vinculada *constructivamente* a las normas objetivas del Derecho es a un tiempo el que imposibilita absolutamente predicar de ella objetividad científica. Esta dialéctica se refleja en el concepto kelseniano de «descripción normativa» o «*Sollen* descriptivo», en tanto en él se está reconociendo como esencial esa posición constructiva de la dogmática jurídica y simultáneamente se asume la necesidad que para poder concebirla como genuina *ciencia* tendría de distanciarse objetivamente de la racionalidad normativa, de ser «no normativa» y no de identificarse con ella, negación que a su vez entrañaría, sin embargo, por ello mismo, una especie de disolución de su significatividad jurídica y de su conexión interna con la propia racionalidad práctico-jurídica y que resulta por tanto imposible de mantener y *de facto* no se mantiene. La antinomia aquí subyacente sería la que suscita la pretensión de presentar como ciencia «no normativa» (a imagen y semejanza de las ciencias sociales explicativas o de las ciencias naturales) a una disciplina que, como la dogmática jurídica, *agota* sin embargo todas sus explicaciones estructurales en esquemas normativos circunscritos al círculo acción-norma-acción –*i.e.*, el circuito del cierre formal autónomo de la técnica jurídica, del «formalismo jurídico»– y en la que por ello ya no cabe diferenciar gnoseológicamente la explicación de una *justificación* de normas, toda vez que éstas no son ya un componente material de otros esquemas explicativos sino el criterio formal y excluyente de toda po-

[93] Para la interpretación de la dogmática como una «técnica social», una «sociotecnología» o una «ingeniería social», *cf.* Atienza, M., «Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3 (1986), pp. 297-311; Albert, H., *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 24ss., *passim*; Pound, R., *Interpretations of Legal History*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1946, pp. 141ss.

sible explicación. El concepto epistemológico de «*descripción de* normas» se postula como condición de cientificidad de la dogmática jurídica, asumiendo que la normatividad está ligada de forma intrínseca al orden de lo subjetual-práctico, implicando un tipo de racionalidad no científica ni objetivable, sino (al igual que la racionalidad valorativa) más bien todo lo contrario, precientífica o incluso anticientífica, una suerte de elemento «contaminador» del discurso verdaderamente científico o teórico que debe ser depurado o neutralizado por éste. Pero el tipo de discurso que sobre el mundo jurídico ha de elaborar la dogmática, toda vez que el Derecho consiste esencialmente en normas, *tiene* que ser normativo: ésta *no puede* dejar de ser, por su método, una disciplina normativa. Por eso tiene que hablarse aquí de una «descripción *de normas*» que sólo deja ya abierta la posibilidad de hablar de cientificidad en términos de «neutralidad». Ahora bien: ¿en qué sentido puede ser tal descripción llamada «neutral» u «objetiva» *en relación con la norma misma descrita*? Ésta está siendo *objetivada como regla o pauta*, en su condición de deber que *pretende* validez y no de otro modo, no sólo como norma aplicada sino también *aplicable* («válida»), como un «gerundivo» en términos de Toulmin, y, por tanto, la descripción se constituye siempre en representación radicalmente partidista, perspectivista o asimétrica, y ya no neutral o exenta. Como hemos dicho, lo que impide que las representaciones normativas puedan ser hipostasiadas es que están siempre vinculadas a operaciones prácticas, justificativas, y no a operaciones teóricas o «puras» que es lo que aquí quiere sugerir la idea de descripción. Tal descripción corresponde siempre a un sujeto *participante* en la norma cuyo punto de vista no puede ser neutralizado justamente porque está consistiendo en dar traslado a su vez del punto de vista reflexivo-práctico de la norma en cuestión frente a otros posibles [94]. La idea de descripción no convier-

[94] «Así, al ser lo «debido» el sentido objetivo del acto, se expresa que la conducta, hacia la cual el acto se orienta intencionalmente, es considerada como debida no sólo desde el punto de vista del individuo que cumple el acto, sino también desde el punto de vista de un tercero no participante» (Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 21). Ahora bien, resulta evidente que no es éste un «tercer» punto de vista objetivo –es decir, independiente de operaciones–, sino un punto de vista a su vez operatorio, justificador del valor normativo en cuestión, de su corrección, por parte de un sujeto representativo o «intérprete racional» en el sentido de Habermas que si bien no participa directamente en la situación normativa-práctica sí que lo hace en la reproducción del criterio normativo que en ella es operativo (erigiéndolo en «válido» para toda otra situación del mismo tipo). El *Sollen* de la ciencia jurídica no tiene entonces un «significado puramente lógico» (Kelsen, H., «Ciencia y política» [1951], en Id., *¿Qué es justicia?*, cit., pp. 254-283, p. 269), no es un nexo objetivo, como si hablásemos de una disciplina no-normativa, sino un nexo *práctico* (*cf*. Schmill, U., «Reconstrucción pragmática del concepto del deber ser (*Sollen*)», en Tamayo y Salmorán, R./Cáceres Nieto, E. (coords.), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, 1987, pp. 75-128), justificativo de una normatividad previa, es decir, «ideológico». La *Rechtssatz*, por tanto, no distancia al jurista de la norma sino que le compromete con ella (y por eso surge la necesidad de «neutralizar» este

te al sujeto científico en teórico, sino que precisamente lo presenta como un sujeto práctico estricto, cuya posición no es «imparcial» o desinteresada sino ligada («parasitariamente») a un particular interés o punto de vista normativo de cuya amplificación de trata [95] y cuya reformulación descriptiva no es entonces neutral («externa») sino un modo de confirmarlo («exteriorizarlo») como efectivamente «normativo». Pese a su apariencia, mediante el concepto de descripción de normas no se consigue «eliminar» o «borrar» al sujeto que la cursa en la medida en que éste queda *identificado* a través de la operación descriptiva misma con el sujeto normativo objeto de descripción y su particular punto de vista normador: no en el sentido de que de él *parta* la norma, pero sí en el de que la asume como valor «esencial» excluyente de cualesquiera otros. Jurista teórico y práctico son absolutamente intercambiables en sus posiciones «lógicas» *desde el punto de vista* de las normas jurídicas. De este modo se pone de manifiesto cómo las operaciones del jurista son de la misma escala «ideológica» que las operaciones práctico-jurídicas, reproductivas de los criterios normativos instituidos por éstas: *precisamente* porque este criterio normativo no es algo a eliminar o trascender por vía metodológica, sino a reproducir estructuralmente, es por lo que se introduce en este contexto la noción de «descripción». Aun cuando consistieran en operaciones puramente reexpositivas, de fiel reflejo o testificación de una realidad dada las que se asocian al *Sollen* descriptivo (jurista) seguirían siendo operaciones cuyo *contenido* son criterios y tomas de posición prácticas (las del *Sollen* «normativo», que aludiría a las propias operaciones reflexivas técnico-jurídicas implicadas en las actividades de legislar y enjuiciar) y cuyo *objeto* es la «transparentación» o transmisión objetiva de las mismas. Es decir, en todo caso, operaciones ellas mismas normativas, constructivas y no descriptivas en el sentido pretendido de «imparciales» o independientes de todo compromiso con la normatividad jurídica. Se trataría de *reconstrucciones* consistentes en «la formulación de juicios de valor de segundo orden» o de juicios de valor «en función cognitiva» [96]. Ahora bien: hablar aquí de «conocimiento» o «ciencia» no significa sino que en última instancia es la norma misma la que opera como criterio decisivo de cientificidad. De esta manera, la idea de descripción ve invertida

---

compromiso, así como la contradicción de que esta neutralización se mantenga simultáneamente con la pretensión de *conservar* y *trasladar* la significación *normativa* del Derecho).

[95] «[N]ormalmente no es el caso de hacer enunciados desde un punto de vista salvo en relación con una sociedad en la cual las personas se encuentran frecuentemente prestas a hacer enunciados genuinos. Si no hay nadie de cuyo punto de vista se trate ¿por qué debemos estar interesados en él?» (Raz, J., *La autoridad del Derecho*, cit., p. 202).

[96] Villa, V., «Legal Theory and Value Judgements», *Law and Philosophy*, 16 (1997), pp. 447-477, pp. 469, 472-3; Id., «La science juridique entre descriptivisme et constructivisme» en Amselek, P. (ed.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, pp. 281-291.

completamente su apariencia de objetividad, conduciendo a dejar claro o bien que lo que resulta superfluo es la propia «ciencia» frente a la *normatividad* en torno a la que se constituye, que ocupa el lugar esencial, o bien que es esta normatividad la que es ya en sí «científica» por incluir una dimensión representativa. La descripción de la normatividad no es, en realidad, otra cosa que la normatividad transmutada en descripción (inconsistentemente, por cuanto implica la idea de una descripción de normas no-normativa). No la descripción objetiva de lo normativo, sino la transposición de la «normatividad normativa» en una «normatividad descriptiva» que sigue siendo *aplicación* o *dogmatización* de la misma, es decir, un fragmento del proceso global de *construcción ideológico-práctica* o hermenéutica («efectual», en el sentido de Gadamer)[97] de la misma: no es un discurso objetivo *sobre* las normas, sino objetivador *de* normas, no un saber universal-teórico sino universalizador de normas prácticas particulares y sólo en virtud de ello convertido en «científico».

Si la distinción axiomática ser/deber sirve por un lado para introducir ideológicamente la escala de lo normativo, por otro sirve para neutralizarla, contradicción que sólo podrá clausurarse de forma puramente *ad hoc*, dogmática, apelando a la idea de un deber descriptivo, es decir, un deber no normativo, o de una descripción en términos de deber que sea «no normativa», neutral respecto de ese deber que describe y así reproduce y que *porque* lo reproduce constructivamente en su entidad normativa está siendo invocada, y no por remitir a un deber ser «objetivo» que «existe» *quoad se*, independientemente de las tomas de posición del sujeto respecto de él, *como si fuera* un «ser» no-normativo, un «electrón normativo»[98]. Así es como se introduce el desdoblamiento de la representación implicada en la norma en, por un lado, representación *normativa*, cuando se trata de ponerla positivamente en primer plano como un valor frente a otros, y, por otro, representación *descriptiva*, cuando se trata de convertir a esta valoración, una vez relevantemente introducida, en mero objeto de descripción neutral. Pero ésta es una operación ficticia, un puro postulado ideológico o retórico, cuan-

[97] Gadamer, H.-G., *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* [1975, 4ª ed.], trad. de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1977, pp. 399ss. El carácter constructivo puede ser generalizado a todo género de descripción, no sólo en las ciencias sociales («Las descripciones de lo social se convierten, en el momento de expresarlas, en partes constitutivas de lo que describen [...] Describir una situación es construirla», Coulon, A., *La etnometodología* [1987], trad. de T. Esteban, Madrid, Cátedra, 1988, pp. 43ss.), sino también en las ciencias naturales («Todo enunciado descriptivo emplea nombres (o símbolos, o ideas) *universales*, y tiene el carácter de una teoría» (Popper, K. R., *La lógica de la investigación científica* [1959; ed. alemana, 1934], trad. de V. Sánchez de Závala, Madrid, Tecnos, 1985, p. 90).

[98] Baker, G. P./Hacker, P. M. S., *Language, Sense and Nonsense. A Critical Investigation into Modern Theories of Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, p. 309.

do de lo que hablamos es de una metodología doctrinal que por su misma naturaleza no pretende la objetivación de las normas más que en su condición de tales normas o estructuras activas de la práctica (es decir, como *Sollen*) y no en función de otros esquemas científico-sociales no dogmáticos. De esta forma el intento de objetivar metodológicamente el plano de las normas mediante la noción de descripción como vía para asegurar la cientificidad de la ciencia jurídica conduce precisamente a situarla dentro del círculo de la normatividad jurídica en función constructiva y, así, a revelar su condición de ciencia no objetivadora.

La idea de descripción abre inmediatamente camino a otro modo muy difundido de fundamentación de la cientificidad de la dogmática jurídica. Nos referimos a la concepción proposicionalista. Dado que la descripción sólo puede tener lugar en un lenguaje (*de-scribere*, *Be-schreibung*), una forma de cumplir con la doble objetivación simultánea a que nos hemos referido –la conversión de las normas en objeto de referencia de un discurso teórico y de éste en discurso objetivo referido a normas– será la de reconvertir al Derecho en un sistema de proposiciones o enunciados y a la ciencia del Derecho en un sistema proposicional correlativo de funciones metalingüísticas [99]. Esta concepción, dominante tras el «giro lingüístico» de la filosofía analítica, encuentra sin embargo una dificultad insalvable en el hecho de que tanto las normas jurídicas como las proposiciones normativas son irreductibles a entidades de contextura exclusivamente lingüístico-proposicional. La articulación de un lenguaje descriptivo-objetivo de normas de alcance puramente referencial implica de nuevo la conversión de éstas en *descriptum* reificado, en objeto o significado ideal en sentido semántico y, por tanto, supone el paso ilegítimo de un «concepto funcional» a un «concepto sustancial», *metafísico*. Si el idealismo normativo encontraba su punto de apoyo en la estructuración eminentemente representativa, «teórica», de las categorías jurídicas en cuanto categorías normativas, el proposicionalismo lo encuentra en el hecho de que éstas están estrecha y sustancialmente vinculadas al simbolismo escrito y giran siempre en torno a la labor de exégesis, glosa y sistematización de *textos* fijados, y de que esa labor se plasma a su vez en un sistema de proposiciones, un *ordo doctrinae*. Ahora bien, las

[99] *Cf.*, p. ej., Alchourrón, C. E./Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., pp. 92ss., 111ss.; Bulygin, E., «Norms, normative propositions and legal statements», en Fløistad, G., (ed.), *Contemporary philosophy. A new survey. Volume 3. Philosophy of Action*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, pp. 127-152. Sobre la distinción entre el «lenguaje del derecho» y el «lenguaje de los juristas» como «un caso particular de la distinción entre el lenguaje objeto y el metalenguaje», c*f.* Kalinowski, G., *Introduction à la logique juridique*, París, LGDJ, 1965, Cap. II, pp. 41-69; Bobbio, N., «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje» [1950], en Id., *Contribución a la teoría del Derecho*, cit., pp. 171-196, esp. p. 184.

normas jurídicas *no* son reglas lingüísticas o de construcción o uso de enunciados sino «*reglas de comportamiento*» [100], es decir, reglas *operatorias* de construcción e interpretación de operaciones sociales a través de otras operaciones (las del control coactivo jurídico). Una construcción, por tanto, que no lo es sólo de proposiciones, sino de acciones a través de proposiciones. Desde una perspectiva materialista, como hemos dicho, será preciso destacar en todo momento la dimensión *práctica* de las normas en su sentido *operatorio-material* estricto, vinculado a la ejecución de acciones y operaciones efectivas y no sólo a enunciados o «actos de habla», así como en su sentido *ejercitativo* en cuanto normas *practicadas*, impuestas y aplicadas (*Anwendung*) u obedecidas (*Befolgung*) y no simples «reglas» o «razones» abstractas o puramente ideales que se agoten en su dimensión *representativa* [101]. Toda norma implica así un *proceso* práctico complejo en el que ya hay que considerar articulado al lenguaje como instrumento pragmático, pero sin que ello autorice una reducción de la normatividad a un «lenguaje normativo». Ésta es también la perspectiva de fondo implicada en la noción kelseniana del *Sollen*. Las normas no son ni proposiciones ni el significado de proposiciones, sino ambas cosas *en cuanto intercaladas en la praxis empírica procesual del Derecho*: son «constructos» de ésta y no «objetos» ontológicos separados y preexistentes a los sujetos que la protagonizan [102]. Y tampoco las proposiciones normativas o *Rechtssätze* elaboradas por la dogmática jurídica constituyen meros nombres o menciones metalingüísticas de las *Rechtsnormen* entendidas a modo de proposiciones pertenecientes a un lenguaje-objeto expresado en documentos diversos (constituciones, leyes, reglamentos, contratos, etc.). Si efectivamente lo fueran, y en este sistema proposicional se cifrara la cientificidad de la dogmática jurídica, tendríamos nuevamente que es la propia norma mencionada aquello que proporciona el conocimiento o ciencia relevante, por cuanto su reescritura lingüística no significa ningún nuevo conocimiento sobre ella sino una reduplicación en sí vacía o nula, por puramente isomórfica, de la misma [103].

---

[100] Bobbio, N., *Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje*, cit., p. 181.

[101] Sólo podría afirmarse que «las reglas no necesitan ser practicadas para ser reglas» (Raz, J., *Razón práctica y normas*, cit., pp. 60ss.) cuando ya se cuenta con que esa práctica es real y efectiva.

[102] De ahí que la concepción kelseniana de la norma como «sentido de un acto de voluntad» no tolere ser interpretada en clave semántica o «hilética» sino más bien pragmática o «expresiva» (*cf.* Alchourrón, C./Bulygin, E., «The Expressive Conception of Norms», en Hilpinen, R. (Ed.), *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions and the Foundations of Ethics*, Dordrecht, Reidel Publishing Company, 1981, pp. 95-124, p. 98), si bien por esta vía sigue viéndose en ella un fenómeno lingüístico.

[103] En ese caso, como señala Caracciolo, todas las fundamentaciones posibles están siendo suministradas por las propias normas del Derecho y no por la que se llama ciencia jurídica:

Por otra parte, es evidente que la *Rechtsnorm* implica también *proposiciones* plasmadas en un lenguaje, y que la distinción entre *Rechtsnorm* y *Rechtssatz* presupone la coextensividad entre lenguajes, de forma que si es la dimensión lingüístico-proposicional la que se adopta como patrón de cientificidad, entonces también hay que considerar científica a la actividad de los jueces y legisladores (así como la de los operadores sociales a los que éstos se refieren) en la que dicha dimensión simbólica está presente de modo característico. El Derecho mismo legislado y aplicado sería una ciencia, en tanto consta de enunciados ya sistematizados y de proposiciones normativas «metalingüísticas». Si se evita esta conclusión es porque se está teniendo a la vista la *intención instrumental* de ese lenguaje –técnica, operativa, normativa–, y no su condición lingüística en sí, una intención que se no quiere reconocer ya en las *Rechtssätze* porque se busca salvar su carácter *científico*, asignándolas en exclusiva a una supuesta posición descriptiva-objetiva («no-normativa») de la ciencia jurídica. Sin embargo, la descripción que de las normas jurídicas haría el jurista no se refiere a ellas en cuanto meras proposiciones de un lenguaje, ni tampoco como portadoras de un sentido ideal o puramente teorético, sino en cuanto imbricadas en las operaciones jurídicas prácticas [104]. Es en esta estricta condición de normas operativamente prácticas como tendría lugar la labor descriptiva de la ciencia jurídica. Ahora bien, como hemos señalado, esta sería una descripción peculiar, que va *más allá* de la realidad normativa *empírica*, positiva, que no contempla a la norma desde sus procesos ejercitativos sino a éstos desde ella: es una descripción que parte de la norma en cuanto *representada*, en

---

«[E]n tanto se la concibe como un conjunto de *descripciones* de una estructura normativa, basta respetar en la descripción la ordenación normativa para que tales enunciados no precisen de otra fundamentación», y entonces «el problema de la fundamentación teórica se confunde aquí con el problema de la fundamentación normativa» en el sentido de que «conocer el derecho equivale en cierto sentido a fundamentar normas» (Caracciolo, R. A., «Fundamentos del Derecho y fundamentos del conocimiento del Derecho», *Crítica. Revista hispanoamericana de Filosofía*, XI/31 (1979), pp. 35-53, p. 38, 48, 50).

[104] Así, según Kelsen, se verificarían por referencia indirecta a estas operaciones prácticas («actos de voluntad»), pues el jurista parte siempre de normas *positivas*, puestas, y eficaces o válidas. «La respuesta a la pregunta de si, dentro de un determinado orden jurídico, esa norma jurídica vale o no, es –por cierto, no directamente, pero sí indirectamente– verificable, puesto que esa norma, para tener validez, tiene que haber sido producida mediante un acto empíricamente comprobable» (*Teoría pura del Derecho*, cit., p. 87). *Cf*. Vernengo, R. J., «Alrededor del problema de la verdad en Kelsen», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 16 (1996), pp. 85-101, pp. 91ss.; Id., «Validez y verdad en la *Teoría general de las normas* de Hans Kelsen», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25 (1985), pp. 13-28, pp. 20ss. Aunque también habla Kelsen en clave idealista-pura de una verificación en una realidad ideal separada «en sí»: «El enunciado sobre una norma, la proposición normativa [*Soll-Satz*], que afirma la validez o específica existencia de una norma es verdadero cuando se corresponde con la realidad ideal espiritual» (Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., p. 138).

cuanto criterio «universal», no reductible a sus realizaciones empíricas *hic et nunc*, una descripción *ella misma en términos de deber-ser*, que también *universaliza* la norma: una descripción de la norma como norma «válida» o ideal, «para todos los casos», *erga omnes*, una universalización doctrinal de la norma. Las proposiciones normativas no son menciones sino *usos* del lenguaje normativo (*Sollssätze*) [105] y, por tanto, proposiciones *prácticas* dotadas de «fuerza normativa», aunque no sea «completa» sino indirecta, «oblicua» o «moderada» [106]. Este compromiso indirecto no puede hacerse equivalente a ausencia de compromiso: si bien dadas en un plano doctrinal-proposicional y no en un plano directo práctico-jurídico, las operaciones que esta representación proposicional implica son operaciones de *aplicación* normativa, operaciones *judicativas, performativas*, *interpretativas*, en las que se procede a la re-validación de normas concretas y específicas (frente a otras posibles) según interpretaciones concretas y específicas (frente a otras posibles). Si la norma se entiende como un proceso práctico complejo que *incluye* todas sus aplicaciones, entonces incluye también su reexposición científica, lo que obliga a concluir que no es realmente científica, sino una instancia de desarrollo doctrinal-hermenéutico de esa normatividad en la que ésta no puede ser puesta ya «entre paréntesis», «entre comillas» o considerarse meramente «mencionada». La dogmática jurídica sería un ámbito de uso más de las normas jurídicas cuyo contexto pragmático es el formado por la praxiología técnico-jurídica y cuyas reglas objetivas de significado son las propias normas jurídicas. Es en esta perspectiva como cabe decir que constituye un «fenómeno jurídico» más, de forma análoga a como tiene sentido decir que la crítica literaria es ella misma un fenómeno literario y, sobre todo, una crítica desarrollada a partir de los valores estéticos literarios y de diferentes interpretaciones de los mismos, y no un discurso meramente descriptivo-neutral (como tampoco lo será la «literatura jurídica»). En esta última acepción, la cláusula descripcionista no tiene otro valor que el de un postulado ideológico que, aplicado en términos subjetivistas de adhesión o aprobación psicológica o emotiva (o de «aceptación moral») del individuo-jurista hacia la norma por él estudiada, resulta perfectamente comparable a la ideología que «afirma la neutralidad e impar-

[105] *Cf.* Hart, H. L. A., *Una visita a Kelsen* [1963], trad. de J. Esquivel, México, UNAM, 1977, pp. 6ss., 13ss., 21ss.

[106] *Cf.* Raz, J., *La autoridad del Derecho*, cit., p. 196. Los *detached statements* o «enunciados imparciales» son «aquellos que, aunque no comprometidos, son, sin embargo, normativos» (*ibid*., p. 202). Si bien es cierto que desde un punto de vista lingüístico en las proposiciones de la dogmática jurídica la norma jurídica aparece como una *oratio obliqua* (Vernengo, R. J., «Kelsen's *Rechtssätze* as Detached Statements», en Tur, R./Twining, W. (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 99-108, p. 101), también lo es que desde un punto de vista *práctico* la proposición jurídica es *oratio recta* respecto de la *norma* misma.

cialidad del papel y función de los profesionales jurídicos» [107], por ejemplo, que la aplicación judicial es una función inocua, neutral y objetiva respecto de las normas de las que es aplicación, como si ésta no implicase su intervención valorativa activa [108]. Incluso en esa función ideológica puede ser descubierta, pues, como una cláusula que (aunque tienda a ocultarlas) está revelando y cumpliendo funciones imputables a la propia ideología técnico-jurídica categorial cuyo axioma metodológico básico es la contemplación sistemática de la conducta social desde las normas jurídicas: las que derivan de la actividad permanente de *reconstrucción* y reexposición retrospectiva de las normas jurídicas como normas «objetivamente dadas» a lo largo del proceso práctico del sistema jurídico *in fieri*. Una funcionalidad en la que cabalmente no podrá verse ya una simple «justificación ideológica» de la normatividad jurídica positiva sino un modo interno e irreemplazable generado por dicho sistema de reproducirse socialmente esa normatividad, al margen del cual no se mantiene como «positiva» o «dada». A esta exigencia de reconstruibilidad de la norma en cuanto criterio que precisa construirse y reconstruirse mediante operaciones *realizativas* no sólo en los contextos prácticos inmediatos sino *también* en el plano teórico o metateórico [109], estaría apuntando esencialmente la noción del *Sollen*. Gnoseológicamente hablando, su uso ideológico radicaría ahora en la conversión en una suerte de categoría teórico-pura (aplicable a la teoría del Derecho o a la dogmática jurídica) instauradora de un conocimiento en el sentido científico (*Sollerkenntnis*) [110] de lo que antes era (y sigue siendo) categoría ontológica (vali-

[107] Hunt, A., *The Sociological Movement in Law*, cit., p. 35.

[108] «El jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera con el por él descrito» (Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 81). Sin embargo, esta ausencia de identificación está aludiendo al jurista en cuanto individuo práctico destinatario de las normas jurídicas –que puede secundarlas o no en su acción, o tener diferentes opiniones morales acerca de ellas– y no en cuanto *jurista*, porque entonces su *praxis* como científico *consiste* en describir esas normas, en valorar con arreglo a ellas como criterios excluyentes de apreciación. Hacer ciencia jurídica consistirá *objetivamente* en desarrollar la función institucional de valorar y justificar a partir de las normas jurídicas establecidas, en *identificarse* con sus valores y de esta forma contribuir a su objetivación social (en esta óptica revela su falta de fundamento el argumento kelseniano del anarquista profesor de Derecho, *cf. ibid*., p. 229, n. 133). Si se introduce la cláusula de neutralidad es precisamente porque el jurista, siéndolo, no deja de ser un sujeto *práctico* en sentido estricto cuyas valoraciones y orientaciones axiológicas (como las del juez) pueden interferir y modificar sustancialmente, incluso sustituir o anular *contra legem*, las valoraciones plasmadas en las normas jurídicas (siempre de «textura abierta»). La introducción de dicha cláusula está *presuponiendo*, pues, su función no meramente descriptiva sino constructiva y por tanto su absoluta implicación valorativa, no una neutralidad descriptiva pura o imparcial sino una neutralidad «según el Derecho» o, por así decirlo, una descripción en la que la norma jurídica es «juez y parte».

[109] *Cf*. García Amado, J. A., «Sobre los modos de conocer el Derecho. O de cómo construir el objeto jurídico», *Droit et Société*, 20-21 (1992), pp. 53-72, pp. 54ss.

[110] El concepto del *Sollen* como una categoría cognoscitiva o intelectiva (*Denkkategorie*) está presente desde los orígenes de la Teoría pura por influjo del neokantismo logicista. *Cf*.

dez como existencia ideal de la norma) o categoría práctica (validez como obligatoriedad). Ello conduce a que en el *Sollen* no se distinga lo cognoscitivo de lo ontológico, el conocer y el ser de las normas, o lo descriptivo y lo constructivo, porque sería ambas cosas a la vez (*i.e.*, «representación» y «ejercicio») y en cada momento se destacaría una de ellas como la más pertinente según la conveniencia. Así se entendería la contradicción última que atraviesa la concepción de la ciencia jurídica como «ciencia normativa», cifrada en que poseería simultáneamente un carácter descriptivo y normativo, es decir, sería al mismo tiempo disciplina científica por no ser normativa (sino puramente descriptiva) y por serlo (por constituir una descripción de función normativa) [111].

Dogmática jurídica y praxis jurídica

Es la norma, pues, la que establece en todo momento una continuidad metódica sustancial entre la praxis jurídica y la dogmática jurídica [112], y la que cuestiona la posibilidad de establecer una frontera gnoseológica nítida entre «Derecho» y «ciencia del Derecho» o formular su distinción en términos de la dicotomía epistemológica tradicional teoría/praxis proyectada en otra serie de antítesis conceptuales tales como sujeto/objeto, ser/deber, voluntad/conocimiento, prescripción/descripción. De ello resulta que cualquier uso *ad hoc* de estos conceptos como criterio de demarcación científica conducirá indefectiblemente a convertir en científicas a las propias nor-

Simmel, G., *Einleitung in die Moralwissenschaft* [1892-3], Aalen, Scientia, 1964 (reimp.), vol. I, Cap. 1º; Losano, M. G., *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, pp. 69ss.; Holzhey, H., «Kelsens Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus», en Paulson, S. L./Walter, R. (eds.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1986, pp. 167-192, esp. pp. 181ss.

[111] Esta contradicción se plantea con toda claridad en la *Grundnorm*, que es descriptiva y constructiva al mismo tiempo, fundamento de la ciencia del Derecho (en cuanto «hipótesis lógica) y del Derecho mismo (en cuanto sistema de normas válidas). *Cf*. Vernengo, R. J., *Investigación sobre la naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, pp. 150ss.; Bulygin, E., «An Antinomy in Kelsen´s Pure Theory of Law», en *Ratio Juris*, 3/1 (1990), pp. 29-45, esp. p. 36.

[112] «La relación de la jurisprudencia académica con la *praxis jurídica* establecida puede considerarse como «práctica» en tanto que los teóricos del derecho formulan instrucciones para la actividad del legislador y del *staff* jurídico (a veces también para la praxis contractual de la sociedad); asimismo dan indicaciones para la interpretación o presentan proposiciones de ley *–de lege ferenda–*; sistematizan las sentencias promulgadas y su fundamentación, las examinan y critican en base a diversos criterios de precisión y rectitud. De esta manera la jurisprudencia académica se mueve principalmente, como suele decirse, en el mismo medio –con un lenguaje jurídico especializado y con criterios estandarizados de justificación y de crítica– que la praxis jurídica: su receptor y su emisor se hacen uno. La doctrina académica y la praxis jurídica se funden con la jurisprudencia en una región etérea, simbólica y unitaria» (Rottleuthner, H., *Jurisprudencia y ciencias sociales*, cit., p. 46).

mas que establecen el nivel de teoricidad de la dogmática jurídica[113]. Lo que desembocará a su vez en un vaciamiento o trivialización acrítica de la idea de ciencia y de teoría en la que quedará obviada toda posible diferenciación no ya entre teorías científicas y no científicas, sino ni siquiera entre lo que es en general «teoría» y «praxis». Pues, en efecto, si la dimensión normativa o la mera referencia a normas basta para dotar a un discurso de rango «teórico» (tal como sucede cuando se habla de «teorías dogmáticas» consistentes en la sistematización doctrinal de normas), entonces *toda* forma de praxis social es «teórica» o «científica», pero sobre todo, prototípicamente, la propia praxis jurídica, cuyo rasgo diferencial frente a cualquier otra radica en su ligazón lógico-metódica a proposiciones generales simbólicas (*vg*., «tipos») que contienen representaciones reflexivas acerca de la acción social encaminadas a su reorientación práctica. La praxis jurídica ya responde característicamente a una metodología teórica, sistematizadora, «racional-formal», consistente en reconducir toda acción a una proposición o *pre-cepto* jurídico preestablecido para decidir con arreglo al mismo. Esto se comprueba muy claramente en la praxis jurisdiccional y funcionarial,

---

[113] Podemos mencionar, p. ej., a Schlapp cuando aplica los criterios del estructuralismo de Sneed con la intención de equiparar a la dogmática jurídica con las teorías físicas proposicionalistamente analizadas: «Entenderé por «teoría» no las partes de una dogmática, sino la *dogmática completa de una norma* [...] La dogmática total de una norma jurídica positiva es una teoría científica. La norma misma se cuenta dentro de una dogmática» (Schlapp, Th., *Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik. Ansätze zu einer strukturalistischen Sicht juristischer Theoriebildung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1989, p. 14). En el mismo sentido señala Harenburg: «Las teorías dogmáticas no son, sin duda alguna, en cuanto teorías normativas, teorías que proporcionen rendimientos explicativos en el sentido de las ciencias reales. Eso no es objeción para poder concebirlas como teorías. Para ello sólo es necesario aceptar no sólo a las teorías empíricas sino también a las teorías normativas como teorías en sentido técnico. Explicaciones las suministra la dogmática en todo caso en el sentido de una explicación como justificación de normas, es decir, como indicación de razones en favor de las normas. Una tal explicación en sentido amplio podría consistir en indicar principios normativos como razones para normas dadas» (Harenburg, J., *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1986, p. 46). En la ciencia jurídica, afirma Canaris, «la función de las teorías consiste, ante todo, en hacer más comprensibles las normas con ayuda de conceptos específicamente jurídicos, es decir, dogmáticos, y/o a través de su vinculación con los principios generales del Derecho»; así, una teoría jurídica quedaría caracterizada como una «tríada de valoraciones o principios jurídicos generales, reglas y soluciones paradigmáticas de problemas» (Canaris, C.-W., *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas* [1993], trad. de D. Brückner y J. L. de Castro, Madrid, Civitas, 1995, pp. 28-9, 70). «La dogmática jurídica puede ser definida como la forma de actividad teorética que presenta proposiciones relativas al contenido normativo del orden jurídico válido», «es la faceta teorética (en contraste con la práctica) de la aplicación de las normas jurídicas» (Wikström, K., *The Theoretical Nature of Propositions in Legal Dogmatics*, cit., pp. 182, 190). *Cf.* también Dreier, R., *Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz*, cit., pp. 89, 92, 94; Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, *razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* [1987], trad. de E. Garzón, Madrid, CEC, 1991, pp. 48-9.

pero también es aplicable a la praxis de desarrollo legislativo en la medida en que presupone siempre la coordinación de múltiples normas previamente dadas (la idea misma racionalista de un «código» de Derecho positivo es ininteligible al margen de esta perspectiva). En virtud de esto, la propia praxis jurídica posee ya una forma constructiva y teórica «cerrada» en la misma medida en que es una práctica constitutivamente *normativa*: la práctica misma institucionalizada de normar y aplicar normas sometida a su vez a normas. No podrá suponerse que la praxis jurídica es puramente «práctica» (ejercicio puro) mientras que la dogmática jurídica, en tanto constructo conceptual-proposicional relativo a significaciones ideales, es puramente «teórica» (representación pura), puesto que ni la praxis jurídica es menos teórica que la ciencia jurídica –precisamente porque en ella ya están presentes las normas, que es lo que se está suponiendo como instancia «teórica»– ni la ciencia jurídica menos práctica –precisamente por tener como único horizonte a la praxis jurídica en cuanto normativamente reglada–. Por esta vía, entonces, la idea de «ciencia jurídica» queda disuelta por superabundancia: *todos* los sujetos de la praxis jurídica serían también «científicos del Derecho», no sólo los jueces y legisladores sino también aquellos otros operadores que desempeñan una función profesional intermediaria basada en el conocimiento especializado de esas normas (abogados, notarios, asesores, etc.), incluidos los propios agentes sociales en cuanto portadores de una praxis formalmente jurídica, es decir, mediada por las categorías jurídico-normativas resultantes de la actividad de los anteriores (praxis contractual mercantil, civil, laboral, administrativa, etc.). Y no habría ninguna razón gnoseológica para considerar que el jurista «teórico» es más científico que el práctico, puesto que precisamente el carácter «abstracto», secundario, de sus reconstrucciones y sistematizaciones proposicionales (cuando no son meramente redundantes, como se desprendería de la idea de descripción) no significa sino que constituyen simples propuestas hipotéticas que sólo verifican su fecundidad y utilidad para la justificación, interpretación o adaptación de las normas vigentes cuando sean efectivamente asumidas por la praxis jurídica. Ésta ocuparía así un plano *esencial* dentro de la categoría jurídica, mientras que la dogmática adoptaría una posición enteramente *fenoménica* o subordinada por respecto a ella, pues no sólo su estructuración conceptual y teorética como disciplina, por muy abstracta que pueda ser, está esencialmente orientada en clave técnica hacia los contextos aplicativos y jurisprudenciales de la praxis jurídica, sino que paradójicamente alcanzará su mayor grado «científico-jurídico» en función justamente de su capacidad sintética o heurística para elaborar «nuevas normas jurídicas», es decir, cuando sea «normativa» en el sentido más fuerte y estricto de la palabra: determinante de nuevas direcciones *prácticas* en el

campo jurídico [114]. Entonces es la acepción constructiva de «ciencia normativa», que le atribuye una «función legislativa» o de «fuente del derecho», la que, haciendo ineficaz la cláusula descripcionista dirigida a «neutralizarla» [115], termina finalmente por imponerse, planteándose así el dilema metateórico entre un modelo de *ciencia* jurídica que no responde a la realidad de la dogmática [116] o un modelo de ciencia *jurídica* que no puede ser considerado científica más de lo que pueda serlo la praxis normativa en general [117].

En la medida en que la representación que de la praxis jurídica suministra la dogmática jurídica se revela de esta forma como una representación

---

[114] El jurista «también utiliza teorías para la obtención de nuevas reglas, es decir, de reglas jurídicas hasta entonces no formuladas –bien a través de la interpretación de normas escritas conforme a la teoría, bien mediante el desarrollo judicial de normas no escritas» (Canaris, C.-W., *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, cit., p. 30). «Si las teorías dogmáticas sólo sirvieran para explicar normas positivas consistirían meramente en una versión simplificada de éstas. Pero el contenido de estas elaboraciones no queda agotado con la deducción de reglas del sistema positivo. Además, las teorías de la dogmática permiten la inferencia de reglas y principios no incluidos en el sistema del legislador. La fecundidad de una teoría dogmática está en relación directa con la mayor o menor posibilidad de deducir de ella reglas que no forman parte del orden positivo [...] La característica principal de las teorías jurídicas [...] consiste en su capacidad para presentar las reglas creadas por la dogmática jurídica como derivadas del derecho positivo» (Nino, C. S., *Consideraciones sobre la Dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, p. 79, 81). *Cf.* Guastini, R., «Production of Rules by Means of Rules», *Rechtstheorie*, 17 (1986), pp. 295-309, pp. 304ss.

[115] «[E]l carácter normativo de la ciencia del derecho significa, por lo tanto, que se trata de una doctrina *referente* a normas, y no de una doctrina compuesta *de* normas [...] no tiene como fin «postular» o expresar normas, sino establecer que éstas son «derecho vigente» [...] la ciencia del derecho es normativa en cuanto descriptiva de normas y no en cuanto expresiva de ellas» (Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, [1953], trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994 (5ª reimp.), pp. 19-20).

[116] «Una vez liberada la jurisprudencia de modelos impropios, una reflexión crítica, o, como se ha dicho, realista, sobre la labor de los juristas, viene mostrando que la jurisprudencia, para vergüenza de los modelos, ha desarrollado en todo ordenamiento, con mayor o menor intensidad, una función, primaria o secundaria, de fuente del derecho» (Bobbio, N., «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» [1967], en Id., *Contribución a la teoría del Derecho*, cit., pp. 197-231, p. 204). *Cf.* Pattaro, E., *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica* [1978], trad. de J. Iturmendi, Madrid, Reus, 1980, p. 256.

[117] «[L]a idea de una ciencia práctica, normativa, formada por enunciados prescriptivos, es un absurdo» (Hernández Marín, R., *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, p. 470). Por ello, un conjunto de entidades proposicionales prescriptivas, no sólo no constituyen una ciencia, un saber científico, sino ni siquiera un saber no científico; no constituyen un saber en absoluto» (Id., *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 225-6). «Sin duda, no hay ni puede haber una ciencia normativa: estos dos términos son contradictorios» (Lévy-Bruhl, H., *Aspects sociologiques du droit*, París, Librairie Marcel Rivière, 1955, p. 35). *Cf.* también Ross, A., *Theorie der Rechtsquellen* [1929], Scientia, Aalen, 1989, p. 189, 271, nota, 256-7. «Si realmente debiéramos aceptar la reducción de la ciencia del Derecho a la actividad formuladora de las reglas de comportamiento jurídico, deberíamos renunciar de una vez para siempre a la cientificidad de la jurisprudencia» (Bobbio, N., *Teoria della scienza giuridica*, cit., p. 194).

ella misma práctica, y no teórica, precisamente por ser *normativa*, tal identificación de practicidad, normatividad y cientificidad sólo puede sostenerse eludiendo la comparación con otras formas científicas, con otras ciencias teóricas, restringiendo así ilegítimamente el concepto de «teoría» al operante únicamente en relación con la praxis jurídica. Ilegítimamente, porque esa determinación «tecnológica» –y de ahí el significado profundo del celebérrimo *dictum* de von Kirchmann acerca de las tres palabras rectificadoras del legislador– no supone que la dogmática jurídica posea una verdadera virtualidad reconstructiva o distancia teórica estructural respecto de la praxis tal que permita su *dirección* o *control* objetivo o determinista (tal como sucede en las tecnologías estrictas de base científica), sino al contrario, que está a expensas de las decisiones y tomas de posición valorativas («prudenciales») «no eliminables» que están orientando esa praxis básica en un sentido u otro. Y ello *incluso* cuando pueda tratarse de la aplicación eventual de «conocimiento científico y tecnológico proveniente de otras áreas distintas a la de la Jurisprudencia» [118], es decir, de ciencias sociales o naturales de alcance verdaderamente teórico que, a diferencia de ésta, haya alcanzado un *regressus* esencial, objetivo, respecto de las relaciones implicadas en la praxis jurídica capaz de «neutralizar» sus operaciones (*vg*. sus fundamentaciones «dogmáticas», ligadas al *regressus* argumentativo de norma a norma), pues tal aplicación tendrá que traducirse forzosamente al código de la racionalidad normativa para tener una significación práctico-jurídica, y por tanto tendrá que intersectar nuevamente con el ámbito de las *valoraciones* propias del proceso juris-prudencial autónomo ligado a las operaciones de elaboración y ejecución normativa que específicamente constituyen dicha racionalidad (pensemos, p. ej., en las limitaciones «dogmáticas» impuestas a las técnicas científico-biológicas basadas en el ADN por las presunciones o ficciones de filiación, las prohibiciones de investigación de la paternidad, etc., que responden a la protección prudencial por el ordenamiento de determinados valores, intereses y derechos que interfieren y neutralizan la aplicabilidad de dichas técnicas) [119]. El discurrir del proceso práctico-jurídico no puede ser establecido, pues, en términos «objetivos», *científico-teóricos*, porque las normas constituyen estructuras de resolución ra-

[118] Atienza, M., *Sobre la jurisprudencia como técnica social*, cit., p. 309.

[119] *Vid*. Opalek, K., «Integration Between Legal Research and Social Science», en Peczenik, A./Lindahl, L./Roermund, B. van (eds.), *Theory of Legal Science*, cit., pp. 531-549; Castañeda, H.-N., «Il ruolo della scienza nella giustificazione delle norme», *RIFD*, LVII/1 (1980), pp. 34-51. Sobre las ciencias sociales como disciplinas teóricas «auxiliares» para la dogmática y la praxis jurídica, *vid*. Rottleuthner, H., *Jurisprudencia y ciencias sociales*, cit., pp. 57, 62ss.; Kibler, L., *Rechtssoziologie für die Rechtspraxis*, Neuwied/Darmstadt, Luchterhand, 1984, pp. 7ss., 72ss.; Beutel, F. K., *Die Experimentelle Rechtswissenschaft. Möglichkeiten eines neuen Zweiges der Sozialwissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1971, pp. 18ss, 79ss.

dicalmente «subjetual», *impuestas por individuos prácticos*, y no estructuras científicas «objetivas» sobrepuestas a ellos, y esto sugeriría que la imposibilidad de una «ciencia del Derecho» es estructural, constitutiva, y no coyuntural [120]. Son más bien esas operaciones «jurisprudenciales» en las que progresa el ejercicio de la técnica jurídica las que precisan incorporar sistematizaciones y envolturas teórico-doctrinales a partir del conjunto de normas disponibles y de la práctica pretérita, y este hecho la convierte en una praxis compleja cerradamente constructiva, interpretativa o argumentativa en función de múltiples variables normológicas y, por tanto, manteniendo el criterio aplicado a la dogmática, en práctica «científica», «praxis con teoría presupuesta» [121]. La formulación dicotómica del par teoría/praxis impide apreciar que la posición del juzgador sigue siendo teórica, sin dejar de ser práctica, justamente por tratarse de una figura normativa (doctrinal), y que la posición del dogmático sigue siendo práctica, sin dejar de ser teórica, porque su racionalización está determinada por la perspectiva técnica fijada estructuralmente por esas normas y tiene a la vista en todo momento su verificación y modulación práctica siempre diversa. Por tanto: cuando más se insista en la dimensión *teórica* de la dogmática (enfatizando su aspecto conceptual-abstracto, típico-ideal o proposicional) más claramente se estará poniendo en evidencia su naturaleza no científica, salvo cientifización recíproca de la posición práctica del juez. Ello no implica, sin embargo, afirmar (como hace cierto reduccionismo hermenéutico para el que todo saber es *Verstehen*) que no hubiera forma de discernir en absoluto entre el «comprender» propio de la praxis jurídica, del Derecho *positivo*, y el que es propio de la dogmática jurídica en cuanto reflexión sobre éste en segunda ins-

[120] Esto será así al menos mientras el valor teórico y objetivo de la ciencia en sentido estricto pueda ser mantenido en referencia a su dimensión *semántica* (objetual, «neutralizadora» o «segregativa» del sujeto en función de la repetibilidad de relaciones constructivas entre objetos) y no sea reducido él mismo al plano *pragmático*, tal como es corriente en las filosofías de la ciencia postpositivistas. Si las *leyes* teóricas científicas quedan asimiladas a *normas* prácticas de la actividad científica –bien sean las reglas metodológicas que rigen el «juego» falsador de la ciencia comparables a las reglas de los procedimientos judiciales, según Popper, o los «paradigmas» que institucionalizan normativamente la comunidad científica, según Kuhn) y si la idea de *verdad* queda reconvertida en un asunto exclusivamente *dialógico* resuelto en términos del juego de una suerte de «pretensiones procesales» –«Llamamos verdad a la pretensión de validez que vinculamos con los actos de habla constatativos»; «Acerca de qué es una pretensión de validez podemos aclararnos recurriendo al modelo de una pretensión o demanda jurídica», Habermas, J., «Teorías de la verdad» [1972], en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* [1984], trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Cátedra, 1989, pp. 113-158, p. 121, 115–, entonces será cierto que el Derecho puede servir de «modelo para las ciencias naturales» (*Cf.* Villa, V., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 217ss.).

[121] García Amado, J. A., *Sobre los modos de conocer el Derecho*, cit., p. 61; *cf.* Dworkin, R., *Law's Empire*, cit., pp. 49ss., 225ss., 410.

tancia. Es preciso distinguir (y no confundir) el plano en que se *hace* el Derecho de aquel en que se reflexiona y se influye sobre este hacer a su misma escala, aunque ello lleve a concluir que en el campo jurídico resulta imposible disociar en términos taxativos lo que es «teoría» de lo que es «praxis», porque esta misma distinción viene a reproducirse en todos y cada uno de sus niveles y ello es lo que queda sustancialmente recogido mediante su caracterización como campo esencialmente «normativo» (de una «normatividad científica»). También la dogmática jurídica es un hacer práctico y no pura «teoría»: una praxis de segundo grado sobre una praxis normativa en curso (la praxis de legislar y enjuiciar, ella misma secundaria), unificadas ambas por un mismo sistema de normas adoptadas como «estructuras» reflexivas racionales que «cierran» el universo de discurso y que están siendo ejercitadas directamente en el primer caso y re-presentadas a la luz de este ejercicio en el segundo. El tipo de teorización doctrinal-normativa que desarrolla la dogmática jurídica ya está presente en lo que se considera «praxis» jurídica como consecuencia de la efectiva *pluralidad* de complejos normativos derivada de la multiplicidad de planos legislativos y jurisdiccionales en que se diversifica *ad intra* la técnica jurídica (sin olvidar que la propia normatividad jurídica se integra *ad extra* en el seno de una *Sittlichkeit* social nunca homogénea) y de la necesidad de recomponer sus partes como pertenecientes a un *mismo* sistema de normas (p. ej., la necesidad de uniformización doctrinal por los tribunales superiores y la fijación de una «doctrina jurisprudencial» que amortigüe los inevitables desajustes y divergencias en la aplicación de una misma norma). Hablaremos entonces de las relaciones entre un «cierre jurisprudencial» práctico y un «cierre Jurisprudencial» teórico-dogmático *dentro* de un mismo proceso praxiológico global en el que ambos cierres responden simultáneamente, solapándose, a la reproductibilidad de las normas jurídicas generando nuevas normas e interpretaciones normativas [122].

La reconstrucción dogmática de estas normas constituye así un recurso determinado por la propia técnica básica de desarrollo práctico del Derecho:

[122] Puesto que «interpretar no es describir: no sólo no es describir hechos, sino tampoco describir significados de enunciados; es, más bien, proponer, *prescribir*, sobre la base de determinados argumentos y en vista de ciertos fines, que a determinados enunciados les sean reconocidos determinados significados, o también prescribir, como es el caso del trabajo del jurista, que nuevos enunciados se incluyan en la clase de los enunciados (en el sistema jurídico) de los cuales se está determinando (se prescribe) el significado», la ciencia jurídica será un conjunto de «prescripciones sobre prescripciones», lo que determina que las normas «no están fuera de la ciencia jurídica que las estudia, sino que más bien son en buena medida el producto de la actividad del jurista» (Pattaro, E., «Per un mappa del sapere giuridico», en Scarpelli, U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 249-279, pp. 269-70).

el mecanismo mediador y abstractivo básico en virtud del cual las normas jurídicas pueden ir adaptándose a los cambios impuestos por las diferentes situaciones en que se produce su aplicación y ejercicio efectivos en la praxis jurídica a lo largo de su decurso. El método «dogmatizador» consistente en referir en un incesante *progressus/regressus* las operaciones práctico jurídicas a las normas y viceversa es un medio para que estas normas mantengan su continuidad en la práctica. De este modo, la ciencia jurídica pasa a ser una parte integrante o una línea de desarrollo de la normatividad del campo jurídico en cuanto desplegado según una técnica praxiológica «cerrada» de construcción de la acción social en virtud de normas. Si esta técnica se basa en *imponer* normas, la función de *representar* las normaciones ya establecidas y aplicadas, para su reconstrucción en diferentes sentidos, sería un aspecto más de ese proceso de imposición normativa. No es «conocimiento» de la normatividad mediante operaciones intelectuales, sino la normatividad en su estado parcial teórico-abstracto asociado a operaciones de sujetos prácticos concretos a su vez vinculados a perspectivas y posiciones interpretativas, ideológicas y valorativas concretas que sobre ella quieren proyectarse. No se trata, pues, en la dogmática, de una mera «reflexión» sobre la praxis jurídica o sobre sus normas, sino de un nivel más de la «autorreflexión» de esa praxis en cuanto praxis normativa que precisa organizarse internamente no ya como un sistema de normas sino como un sistema de normas que se re-constituyen o re-establecen a sí mismas en un proceso práctico continuado que incluye su objetivación teórica o «científica» como estructuras no sólo practicadas sino también *justificadas*. De esta forma sucede que la posición del jurista teórico en su función reconstructiva-abstracta de las normas jurídicas forma parte de una función práctica exigida en el proceso de reproducción y universalización social de estas normas por encima de sus contingencias singulares. En otras palabras: que el jurista teórico es, *qua* teórico, una pieza indispensable en la realización *práctica* del Derecho, que no hay «Derecho» sin la mediación del jurista doctrinario, que el mero *ius docens* (para decirlo en terminología escolástica), es decir, la función de reexposición institucional pedagógica de las normas llevada a cabo en la enseñanza jurídica de la Facultad de Derecho (y sin considerar episodios constructivo-creadores propios de lo que Koschaker llama *Juristenrecht* o «Derecho profesoral» o Savigny «Derecho científico», constituye una dimensión interna del *ius utens*, un instrumento esencial de la «política jurídica» global [123].

[123] *Cf*. Koschaker, P., *Europa y el Derecho romano*, cit., pp. 247ss., 300ss.; Savigny, F. K. von, *Sistema de Derecho romano actual* [1840], trad. de J. Mesía y M. Poley, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s.d., § 14, pp. 87ss. Como indica Weber: «Los conceptos que crea [la enseñanza empírica del Derecho] tienen el carácter de normas abstractas que, al menos en principio, son formuladas de un modo estrictamente formal y racional, elaboradas por medio de

Ésta sería la razón última de que la dogmática jurídica parta de las normas jurídicas objetivas no para desbordar el plano práctico en que éstas se van objetivando en busca de esquemas teóricos explicativos donde subsumirlo y reconstruirlo, sino para *progresar* nuevamente a él, a sus configuraciones prácticas, para reexplicarlo a su misma escala de razón práctico-normativa (*Sollen*): por eso sus operaciones siguen siendo operaciones de objetivación o aplicación de tales normas (aunque sea a escala «teórica») y por eso también esta función teórica es insustituible dentro del proceso jurídico-normativo global. En esta función no cabe hablar ya de teorías *de* las normas, sino de las normas articuladas *como* teorías, según diferentes interpretaciones. Que la praxis jurídica necesite para la resolución de problemas y contradicciones planteadas en su proceso tal desarrollo de normas según *alguna* teoría no significa que *ninguna* de ellas sea *a priori* más «correcta» o más verdadera que cualquier otra: el criterio decisivo no es otro que el de su incorporación práctica *a posteriori* por parte de un sistema praxiológico que va evolucionando de acuerdo con una configuración en sí «abierta» e impredecible a lo largo de un proceso en espiral, «idiográfico» y muchas veces errático o contradictorio con sus fases anteriores. Pero que aquí *toda* «teoría» sea en última instancia una «norma» en uso reflejo o «re-flexivo», y manteniendo la referencia comparativa con otros tipos de teorías, comporta que, como señala Pattaro, «la ciencia jurídica no sea una ciencia», sino «una disciplina práctica más vecina en sus conceptos y en su método a la ética que a la ciencia» [124].

En último término, es, pues, la propia praxis básica técnico-jurídica la que «cierra» a la dogmática jurídica, envolviéndola y desbordándola, por más que esta última se funde metódicamente sobre el supuesto de un cierre inverso determinante del «verdadero sistema jurídico» global. La representación teórico-dogmática del Derecho como una unidad sistemática constituirá en buena medida un «cierre ideológico», aparente, más que un «cierre científico», puesto que consiste en llevar al límite en un plano lógico-proposicional o axiomático las ficciones metodológicas de plenitud y de coherencia de que se dota a sí mismo un sistema que en su realidad inmediata es esencialmente *práctico-ejercitativo* y que sólo se establece y re-crea o constituye a sí mismo como «cerrado» en la propia *justificación* retrospectiva de sus decisiones «puntuales», y no antes, una justificación en la perspectiva

una interpretación lógica y distinguidas conceptualmente unas de otras» (Weber, M., *Economía y sociedad*, cit., p. 591). «En conclusión: la «política del derecho», reservada habitualmente al legislador, y la «ciencia del derecho», reservada habitualmente al intérprete, forman –conjuntamente– la verdadera jurisprudencia» (Lombardi Vallauri, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 550).

[124] Pattaro, E., *Per un mappa del sapere giuridico*, cit., p. 270.

del *ius condendum* que es así integradora de sus vacíos, inconmensurabilidades y contradicciones efectivas y reales a partir de la «exigencia de que éstas sean eliminadas» y se logre una «clausura del sistema» [125]. Lo que importa destacar una vez más es que el «punto de aplicación» último de tal sistematización está en los procesos ejercitativos de la praxis jurídica en tanto son los que demandan tal género de reflexión teórica retomada por la dogmática, estableciéndose así la relación entre teoría y praxis en el Derecho en términos de absoluta circularidad, la circularidad de un *mismo* proceso práctico global marcado por la «realizabilidad» técnica de las normas jurídicas [126]. En ese círculo quedaría igualmente «encerrado» cualquier otro discurso teórico que pretenda detenerse en esas normas erigiéndolas en referencia explicativa última del Derecho: por ejemplo, toda teoría «normativista» al estilo kelseniano que lo reduzca a un «sistema válido de normas fundado en una norma última» (incluidas también las versiones «antipositivistas» que aluden a «principios»). Respecto de una tal teoría podrá también decirse que es funcional respecto de la necesidad que la propia praxis jurídica global tiene de proveerse de una autoconcepción dogmático-ideológica del *processus* de su imposición social y de su propia autorrepresentación «científica» en la forma de «sistema doctrinal» abstracto, que la teorice como técnica social «victoriosa» y que ofrezca un concepto del Derecho únicamente como «norma (o principio) a ser cumplida» u «orden de validez»

---

[125] Calvo García, M., «Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, III (1986), pp. 101-132, p. 131. A este hecho se referiría esencialmente la idea de «norma fundamental» kelseniana. Al establecer la vinculación entre la *Grundnorm* y la ciencia jurídica, la teoría kelseniana estaría reconociendo la función reconstructiva y sistematizadora de la dogmática jurídica al justificar en forma teórica la continuidad del sistema jurídico vigente, recomponiendo y «regularizando» retrospectivamente sus diferentes partes de acuerdo con los criterios de validez establecidos consecutivamente por la praxis jurídica legislativa y jurisdiccional. Se asume así la función básica de la ciencia jurídica como un *medium* fundamental en el proceso social de asentamiento y consolidación de cada nuevo orden jurídico a través de la re-presentación del mismo como «válido». Pero también estaría expresándose en la norma fundamental el modo como los propios operadores jurídicos legislativos y jurisdiccionales desarrollan su praxis justamente remitiéndose «sistemáticamente» de norma a norma hasta el estrato constitucional (esta dimensión práctico-doctrinal sería la que enfatiza el concepto hartiano de *rule of recognition*, pero también está presente en el *law as integrity* de Dworkin). Por eso señala Kelsen que la *Grundnorm* no hace sino expresar lo que todos los juristas hacen dentro de una determinada comunidad jurídica (lo que implicaría concluir también, como decíamos, que todos ellos son «científicos-normativos»). Para una interpretación pragmática de la *Grundnorm*, García Amado, J. A., *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*, Madrid, M. Pons, 1996, pp. 111ss., 162, 224ss.

[126] La «técnica jurídica» puede ser «entendida como el conjunto de expedientes utilizados por el legislador (técnica jurídica legislativa), por el juez (técnica jurídica judicial), por el funcionario (técnica jurídica administrativa), por el científico (técnica jurídica doctrinal) para obtener la «realizabilidad», la «practicabilidad» de la norma jurídica» (Lombardi Vallauri, L., *Corso de Filosofía del Diritto*, cit., p. 570).

que reclama imperatividad o vigencia social. En la medida en que esto es así, su «cierre teórico-doctrinal» –basado en la presuposición de la norma como un principio dado– constituirá una instancia última del propio cierre jurídico-práctico global, que permitirá llevar a su máxima expresión *ideológica* la idea metódico-práctica de que el Derecho es un sistema objetivo, previamente dado y cerrado de normas y de que la propia reconstrucción dogmática que así lo presenta es «científica» [127]. El fundamento de la equiparación epistemológica de la cientificidad a la normatividad estriba, pues, gnoseológicamente hablando, en el hecho de ser esta normatividad la que ya está implicando internamente una cientificidad *sui generis* (doctrinal), desplegada a lo largo de todos los niveles categoriales jurídicos y sistematizada en una instancia dogmática o académica. Pero convertir lo que sin duda es una condición necesaria para la praxis jurídica, la existencia de algún tipo de «conocimiento» implicado en la «normatividad» jurídica y en su reproducción dogmática, en una condición suficiente de su carácter científico supone desconocer que no todo conocimiento es científico y que, por lo demás, «el conocimiento no tiene que ser científico para ser útil e importante» [128].

[127] *Vid*. Kerruish, V., *Jurisprudence as Ideology*, London, Routledge, 1991, pp. 94, 114ss., 139ss., 194ss.

[128] Llewellyn, K. N., «The Theory of Legal "Science"», *North Carolina Law Review*, 20 (1941), pp. 1-23, p. 22.

SEMIÓTICA ILUSIONISTA Y SEMIÓTICA DESENCANTADORA

Mitomanías de la Razón «constructivista»: ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?

(Por una semiótica realista-crítica del derecho, como alternativa a la idea de «sistema» jurídico y a la vocación celestial de la Semiótica Jurídica racionalista)

Enrique P. Haba
Universidad de Costa Rica

No conciben a los hombres como son, sino como ellos quisieran que fuesen.
SPINOZA

... the Santa Claus story of complete legal certainty; the fairy tale of a pot of golden law which is already in existence and which the good lawyer can find, if only he is sufficiently diligent; the phantasy of an aesthetically satisfactory system and harmony, consistent and uniform, which will spring up when we find the magic wand of a rationalizing principle.
FRANK

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.
GOETHE

¿A quién podrán serle útiles tales cosas, entonces, si no sirven ni para la vida práctica ni para la escuela? La única respuesta que se me ocurre es: a aquel que halle deleite en ese tipo de elaboraciones.
JHERING

SUMARIO.– I. ORIENTACIONES BÁSICAS PARA LA SEMIÓTICA JURÍDICA.– *1.* Generalidades. *2.* Aproximación realista como alternativa. *3.* Precisiones terminológicas. *4.* Cuatro grupos de SJ. *5.* Continuación: comparaciones (ilusionismos vs. desencantamiento). II. UN MODELO HEURÍSTICO ANTIFABULADOR Y NADA SISTÉMICO (Algunas «ideas para tener en cuenta»).- *6.* Conformación profundamente heterogénea y antinómica del derecho. *7.* El mito del «sistema». *8.* Continuación: iusálgebra, «plasticidad» del derecho, extrapolación de una sistematicidad expositiva (del sujeto teorizador) a la realidad objetual (ilusionismo). *9.* Orientación heurística: pensar por «ideas para tener en cuenta», carácter extra-científico de los juegos de lenguaje jurídicos, tendencia «negativa» (desfabuladora) de la SJ realista. *10.* Conclusión: «racionalidad»... *¿pero de quiénes?*

* * *

SÍNTESIS.– La mayor parte de los estudios que suelen ubicarse bajo el rubro Semiótica Jurídica se preocupan por construir o re-construir unos «sistemas»; son víctimas, así, de fantasías racionalistas respecto al derecho y a las conductas sociales en general. A diferencia de ese tipo, esencialmente *ilusionista*, existen también, aunque minoritarios, estudios semióticos que sacan a luz cómo son y qué ocultan los discursos jurídicos en la práctica. Tales estudios no andan a la caza de sistemas, no confunden una racionalidad del propio semiótico con las formas

de pensar que cultivan los juristas mismos. La Semiótica Jurídica *realista* recurre simplemente a «ideas para tener en cuenta» y es esencialmente des-fabuladora[1].

I. ORIENTACIONES BÁSICAS PARA LA SEMIÓTICA JURÍDICA

1. Generalidades

El asunto de la *racionalidad* jurídica puede plantearse desde distintos ángulos. Así, es fundamental distinguir si se trata (I) del derecho positivo *mismo* (discursos de los propios juristas profesionales) o bien, por otro lado, (II) de unas *meta*teorías acerca de aquel. Sin embargo, la distinción entre esos dos eventuales órdenes de racionalidad no suele presentarse de manera neta en estudios que se ocupan del asunto. No asoma en el primero de dichos niveles, obviamente, porque ahí ni siquiera suele considerarse el segundo. Pero tampoco en este último, lo que hoy suele llamarse Teoría (básica) del Derecho, tal distinción aparece clara, sino que aparece más bien diluida. Lo más común ahí es que los autores se dediquen a eso que llaman una «construcción» o «re-construcción» del nivel I, de modo tal que, según ellos, la racionalidad de que nos hablan se daría a la vez en ambos planos, esto es: se trataría de una racionalidad jurídica, sea explícita o implícita, que existe ya –o, cuando menos, estaría latente o potencial– en el nivel I; en el nivel II sería simplemente sacada a luz o, si se quiere, este serviría para hacerla patente en forma un poco más «pulida».

La mayoría de los estudios calificados de Semiótica Jurídica (SJ), membrete que distingue a varias corrientes dentro de la Teoría del Derecho, tratan de detectar ciertos «sistemas», mediante unas u otras aproximaciones, presentándolos como formas de «racionalidad» (o «razonabilidad») propias del derecho, y hasta como presentes *mutatis mutandis* en otras regiones del discurso práctico también. Un *a priori* fundamental obra como presuposición básica en tales enfoques: el mito de que todo ello, no menos el derecho mismo (discursos del nivel I: leyes, jurisprudencia, dogmática profesional) que esos exámenes semióticos (nivel II: metadiscursos relativos a I), obedece o debe obedecer a un *sistema* que responde a una idad profunda, tengan o no tengan clara conciencia de esta los juristas mismos. Por eso, bien puede calificarse dichos trabajos, sean cuales fueren las diferencias secundarias entre ellos, de esfuerzos teoréticos dirigidos a elaborar una semiótica jurídica *racionalista* (SJR).

---

[1] La presente es una versión muy abreviada de la ponencia extensa presentada, con el mismo título, para el 13º Coloquio Internacional de la *International Association for the Semiotics of Law* ((São Paulo, Brasil, Agosto 18-21-1997): *Derecho oficial, contracultura y Semiótica del Derecho*; aquí sólo se recoge texto correspondiente a tres de los ocho apartados que componían dicha ponencia.

El presente examen sustenta una visión muy distinta. Considera que el derecho en el nivel I es un conjunto de fenómenos que son solo *parcial* y *débilmente* racionales. Señala que allí obran asimismo, de manera amplia y no menos decisiva, formas de pensamiento extrarracionales, cuando no antirracionales. Subraya que no existe tal «sistema» jurídico, salvo en las mentes de los propios iusemióticos; lanzarse a buscarlo es tarea no menos vana que engañadora. Por eso las re-construcciones racionalistas del discurso jurídico se revelan, confrontadas con la práctica misma de los locutores profesionales de este, simplemente como unos juegos de lenguaje ilusionistas. Una SJ *realista*, por el contrario, ha de tomar como primer cuidado NO presuponer que el pensamiento de los juristas se halle dominado fundamentalmente por algún Sistema. Ella tendrá muy abiertos los ojos para todo lo NO-racional con que se conforman los discursos profesionales de *estos mismos*.

Los juegos de lenguaje que conforman las SJR consisten, sin duda, en *cierta* clase de racionalidades. Se trata de las reglas que conforman a cada uno de esos juegos como tales, o sea, respectivamente las inmanentes a sus *propias* jergas teoréticas. Empero, esas son unas abstracciones engañadoras si las comparamos con aquellas formas de «racionalidad» que cultivan los juristas de carne y hueso. La «gramática» de los juegos de lenguaje *efectivamente* empleados por estos, y las «formas de vida» correspondientes (Wittgenstein), guardan sólo algunos que otros puntos de contacto con los esquemas de racionalidad «construidos» por los escritores que cultivan unas u otras variantes de SJR. Tales esquemas se limitan a funcionar primordialmente como vehículo para disquisiciones *dentro* del círculo constituido por sus propios locutores. Sus alcances reales no van mucho más allá de servir como pretexto para la comunicación profesoral entre los autores dedicados a pergeñar, y a ocuparse en discutir sobre, esos sistemas esencialmente librescos.

La SJR no es sino otra manifestación más de un espejismo muy difundido en la civilización actual: la idea de que todo, o casi todo, responde estructuralmente a algo así como unos *softwares* de computadoras. Y se piensa, entonces, que si el «técnico» social logra desentrañar estos sistemas –en nuestro caso sería mediante la penetración científica de unos iusemióticos que «construirán» o re-construirán semejantes *softwares* en cuanto al derecho– se estaría, o algún día estaremos, en condiciones de manejar RACIONALMENTE la práctica social discursiva que ahí entre en juego [2].

[2] En eso mismo se basa lo que en otros sitios he llamado la concepción «misionera» de las ciencias sociales: cf. Haba 1994, 1995b, 1996c, 1996d y 1997.

2. Aproximación realista como alternativa

Ahora bien, frente a la SJ sustentada como quehacer de imaginerías racionalistas, quisiera llamar la atención también sobre la posibilidad de adoptar salidas de otra naturaleza para esta disciplina: aquellas que, contrariamente a los caminos emprendidos en las iusmitogonías de presentación sistémica, se ocupan de *des*-enmascarar la putativa «racionalidad» de los discursos jurídicos en general. Por más que tal orientación es, me parece, muy minoritaria en el cuadro de la SJ actual, las bases para emprenderla están dadas. Y hasta existen estudios que, mal que bien, van en tal dirección ya [*infra* § 9].

Para no ceder a las tentaciones racionalistas, o razonabilistas, ni ante ninguna de las multiformes variedades con que las ciencias sociales son acosadas por el *wishful thinking*, el eje de atención tiene que residir, a mi juicio, en ceñirse a una pauta heurística fundamental: al contrario de las SJR, las investigaciones semióticas realistas pueden y deben perseguir el objetivo de alcanzar, principalmente, la mayor toma de conciencia posible respecto a múltiples elementos de carácter NO-sistemático-racional que determinan la práctica del pensamiento jurídico. Sobre estos elementos, a pesar de todo lo decisivos que son, tiende un espeso velo la dogmática jurídica profesional. Y no menos quedan disimulados en las teorizaciones de los constructivistas.

El semiótico realista no está ahí para disimular nada. Tampoco, desde luego, lo que sea detectable en cuanto a la intervención de unos elementos de racionalidad, pues aun estos forman parte, no menos que otras cosas, del pensamiento *efectivo* practicado por los locutores del derecho. Tales elementos se dan allí en *cierta* medida; y esto no hay por qué silenciarlo, ni mucho menos. La razón del hombre constituye *un* motivo, entre muchos otros, para buena parte de sus conductas. También ella forma parte de la realidad humana, no se puede ser plenamente *realista* si no se toma en cuenta incluso ese elemento. Solo que, a diferencia de los constructivistas, el estudioso realista encara esto sin ningún apriorismo: reconoce la presencia de ingredientes racionales, pero sólo *en la medida* en que, *probadamente*, alcancen a influir de modo *efectivo* en las actividades *mismas* sometidas a examen.

No debiera morderse el anzuelo, tan caro a muchos teorizadores, de aceptar que, simplemente porque cosas como aquellas –«racionalidad», pensamiento «sistemático», etc.– *se dicen* mucho dentro del conglomerado discursivo llamado derecho, tales afirmaciones hay que creerlas sin más, simplemente a pie juntillas. De hecho, dichos aspectos intervienen ahí en medidas que son *variadas* y *contingentes*, y más bien poco atentas a lo ima-

ginado en sus idealizaciones constructivistas. No es cuestión, claro está, de negar *toda* intervención de esos elementos en los discursos jurídicos, sino de no SOBREVALORARLOS.

Pero tal vez unos exámenes semióticos realistas no puedan ser, tampoco ellos, mucho más «prácticos» que los *divertimentos* racionalistas a propósito del derecho. Aunque en los estudios realistas aparezcan desenmascaradas las conductas discursivas de los juristas profesionales, probablemente esos locutores no dejarán de seguir calzándose las sempiternas caretas. Eso sí, tales estudios no están ahí para cultivar la inflación de pedanterías ni sirven para levantar verborrágicos globos con que arrullarse en espejismos raciocelestiales. No se afanan por «construir» palacios en el aire como los que pergeña, en sus distintas modalidades, la SJR.

3. Precisiones terminológicas

Estoy empleando ciertos términos claves para lo que deseo explicar. De entre ellos, tal vez los más aptos para ocasionar dudas sobre el alcance de mis apreciaciones pueden ser los siguientes: «Semiótica Jurídica», «racional»/«razonable»/«racionalista», «sistema»/«sistemático», «derecho»/«jurídico». Ninguna de estas expresiones es unívoca, ni mucho menos. Según que bajo cada una de ellas se entiendan respectivamente unas u otras cosas, los asuntos referidos son muy distintos. Se elige hablar de *unas* cosas, y *no* de otras, según cuáles sean las acepciones usadas, explícita o implícitamente, al manejar los términos en cuestión. Para delimitar mi asunto, trataré primero de hacer explícito, de la manera más sintética y menos pedante posible, qué ha de entender el lector bajo esos términos aquí. Como estas precisiones no persiguen otro propósito que evitar malentendidos entre él y yo, me limitaré a señalar lo que me parece ser de veras más indispensable para prevenirlos.

Semiótica Jurídica.– Probablemente, esta expresión cubre toda una gran «familia» (Wittgenstein) de direcciones de investigación. Para nuestros efectos, basta con entender ese término así: aceptamos como propios del rubro SJ los estudios señalados acá como pertenecientes a ella, y también cualesquiera otros que el lector considere similares en los aspectos analizados. Me permito elegir dichos estudios como representativos de ese rubro general, en unas u otras de sus orientaciones, sencillamente porque los he encontrado examinados en, o ellos caben bien dentro del marco de la conceptualización dada al respecto por, conocidas publicaciones que se presentan a sí mismas como especializadas en dicha disciplina. Al respecto tomo como indicio suficientemente valedero lo que señalan acreditados conocedores de la materia: Carrión (1976-77, 1982-83 y 1992) Jackson (1985, 1986 y xxxx), Kalinowski (1985), Kalinowski/Landowski (1988); y también, en

general, cuanto aparece incluido en una publicación como el *International Journal for the Semiotics of Law*. Parto de la base, pues, de que *todo* lo dilucidado en esos sitios son unas cuestiones de SJ precisamente; sin que esto signifique, claro está, presuponer que todos estos autores están de acuerdo en cuanto a lo que respectivamente incluyen o excluyen bajo esa gran etiqueta. [Si bien se mira, acaso cualquier estudio sobre aspectos del *lenguaje* jurídico podría caber, de alguna manera, dentro de ese gran rubro: por ejemplo, el conjunto de los señalados en Haba 1974-75 –cf. allí el esquema de la p. 282–.]

Nota.– A decir verdad, hasta podría sostenerse que la generalidad de los estudios que se publican corrientemente bajo el rubro (meta)*Teoría del Derecho* es dable hacerlos caber, cada uno de ellos, respectivamente ya sea dentro de unas u otras de las especies de SJ señaladas por tal o cual de los mencionados autores, dada la gran vastedad de las cuestiones consideradas por estos mismos bajo tal etiqueta. De todos modos, ya sea que el campo propio de la SJ se entienda trazado de manera más amplia o más estrecha, la discusión terminológica al respecto no afecta mayormente a las tesis sustanciales que serán expuestas aquí.

Racional, razonable; racionalista.– El «ámbito lógico» (Popper) descriptivo de estos términos, sobre todo el de los dos primeros, es poco menos que infinito[3]. Aquellos dos van asociados normalmente a un contenido emotivo favorable[4]; el tercero, en cambio, puede usarse más bien con intenciones peyorativas, precisamente para criticar formas de pensamiento que otros autores promocionan como correspondientes a dichas nociones encomiásticas. En nuestro contexto de discusión recogeremos la calificación de «racional» o «razonable» para denominar *aquello* que, sea lo que fuere, los propios autores aquí criticados denominan *así*. Consecuentemente, llamaremos «racionalismo» al hecho de cultivar tales aproximaciones o similares. Y no considero necesario detenerme en posibles diferencias entre «racional» y «razonable»; aunque en otros sitios he tratado de precisarlas [cf. esp. Haba 1978 y 1990], no me parece que esto sea indispensable para los usos de dichos términos en la presente discusión. Quien no esté de acuerdo con que estas cosas sean llamadas así, puede sustituir tales palabras por cualesquiera otras de su preferencia; eso para nada afecta al fondo mismo de las ob-

[3] Sobre la multivocidad y persuasividad del término «racionalidad», cf. Haba (1988).

[4] Cuando se califica de «racional» al pensamiento jurídico o si tal cosa se niega, y en general cuando se examina ese asunto respecto al razonamiento llamado «práctico» (el moral, el político, etc.), no habría que perder nunca de vista la sagaz observación siguiente: «A mi juicio, constituye una auténtica traba en la discusión sobre la racionalidad, que la palabra "racional" es a menudo –aunque no siempre– usada sobre todo como un término valorativo, de modo tal que algunos teóricos [así: Rawls, Habermas, etc.] tratan de meter en su concepto de racionalidad todo lo que consideran como bueno, y otros temen llamarle "racionales" a, por ejemplo, las acciones de delincuentes, porque estas no armonizan con nuestras exigencias morales» (Albert 1994: 255).

servaciones aquí presentadas, simplemente permite identificarlas también mediante etiquetas lingüísticas diferentes. En general, aquellos usos lingüísticos llevan implícita, si no me equivoco, una presuposición básica: la fe, asumida a título de postulado incuestionable, en que cabe detectar unas fórmulas, las señaladas por dichos autores como «racionales» o «razonables», que ellos suponen ser lo bastante precisas como para ser utilizadas con contenido unívoco, en cada caso, con vistas a alcanzar el acuerdo *intersubjetivo* sobre cuál sea ahí la solución normativa «correcta». Se cree que los locutores profesionales del derecho van a resolver *así* sus controversias, sometiendo de veras su pensamiento –sea o no con plena conciencia de ello– ni más ni menos que a esas mismas fórmulas (si no en absolutamente todos los casos, cuando menos en la inmensa mayoría de estos). Esos autores suelen suponer, por eso, que el pensamiento jurídico resulta ser un verdadero «sistema», precisamente porque permitiría contestar de *tal* manera, vale decir, racional o razonablemente, a la generalidad (por lo menos a la inmensa mayoría) de las cuestiones jurídicas que sean planteadas.

Sistema; pensamiento y conducta sistemáticos.– Aun sin tomar en un sentido demasiado fuerte (rigurosamente lógico-formal) estos términos, se puede calificar así a un conjunto de ideas, y a las conductas que siguen fielmente esas ideas, cuando por lo menos él ofrezca los rasgos siguientes: a) en el círculo de locutores considerado, dichas ideas remiten unas a otras, por derivación o combinación, ya sea todas ellas entre sí o a lo menos si cada una va ligada (remite) a unas cuantas otras del conjunto, en variadas redes de interrelaciones del pensamiento; b) que tales ideas no resulten incompatibles entre sí, en las posibles interpretaciones de ellas (en dicho círculo), y que en cada caso se sepa (allí) cuál o cuáles se aplicarán y cuáles no; c) tal conjunto ha de servir para responder intersubjetivamente en la generalidad de los casos, entre los locutores de dicho círculo, a las cuestiones de que se trata en el campo considerado. Para lo que nos ocupa aquí, el *conjunto* de ideas referido sería lo que se conoce en general como Derecho positivo, o en especial tal o cual rama de él, y el *círculo* en cuestión estaría compuesto por sus locutores habituales (los profesionales de esa disciplina) en un país dado.

Derecho, jurídico.– También estos términos son muy amplios. Aquí nos concentraremos, de su polimorfo mundo de referencias, en: a) los textos *oficiales* (Constitución, leyes, decretos administrativos, etc.) que en un país se conocen normalmente como su Derecho positivo; b) los *discursos* que, siendo explícita o implícitamente comprendidos por sus propios locutores como pertenecientes a dichas rúbricas, se llevan a cabo en la actividad profesional de quienes integran el gremio de los juristas, especialmente por los abogados y los jueces, en el desempeño de sus roles como tales; c) también, se-

cundariamente, lo que las autoridades públicas en general exponen cuando *dicen* que tal o cual cosa es lo que señala el «Derecho», ya que eso habitualmente recoge lo de (a) o (b) –o bien, en la dirección inversa, suele pasar a formar parte de estos–. De esos tres rubros, los cuales funcionan íntimamente mezclados entre sí, depende en gran medida lo que el derecho sea *en la práctica*, cómo él esté en condiciones de repercutir *o no* en la realidad social. El presente trabajo se interroga acerca de las relaciones que la SJ, de la manera como es llevada adelante por unas u otras de sus corrientes, mantiene con el derecho (= a + b + c) *mismo*.

4. Cuatro grupos de Semiótica Jurídica

Las clasificaciones para dar cuenta de la variedad de aproximaciones que se dan cita en la SJ pueden efectuarse en función de unos u otros criterios clasificatorios [cf., p. ej.: Carrión (1982-83: 125-127), y Jackson (1985: I.1)]; eso depende de lo que el clasificador considere más digno de resaltar. Por mi parte, deseo dirigir la atención sobre todo hacia cómo se comporta la teorización semiótica en confrontación con el pensamiento jurídico *real*, ver qué caminos toman los autores de tales tendencias ante la alternativa entre contribuir a cubrir o, al contrario, tratar de *des*-cubrir lo que es el derecho en la práctica. Voy a presentar una clasificación cuyo eje de distinciones apunta a hacer resaltar unas diferencias fundamentales en *tales* respectos justamente.

Por debajo de las múltiples divisiones y subdivisiones de los puntos de vista teoréticos que hoy se hacen presentes en estudios de SJ, cabe distinguir cuatro Tipos principales de orientaciones. Los tres primeros son, de unas u otra maneras, optimistas sobre la presencia de pautas racionales o razonables como la guía decisiva para el pensamiento profesional de los juristas; presuponen que ciertos criterios de tal orden son justamente los que predominan ya en ese pensamiento, o por lo menos confían en lograr que así sea próximamente. El cuarto Tipo, en cambio, no se consiente semejantes optimismos.

Tipo I (argumentación «razonable», etc.).– Es una tendencia netamente conservadora. La conforman aquellos autores para quienes el pensamiento jurídico profesional está bien como está, consideran que él es ya lo bastante racional o razonable. Entienden que, en lo sustancial, nada hay que criticar ni que corregir en ese discurso, detalles aparte, cuando menos en aquel que es el característico en regímenes democráticos de países desarrollados. Por eso piensan que alcanza, para obtener una teoría adecuada acerca del derecho, con sacar a luz y destacar los modelos de razonamiento que los juristas manejan de por sí en forma habitual, revelar su *propia* racionalidad o razonabilidad. Tal ha sido, en el campo general de la Teoría del Derecho, la

posición de quienes alaban la «tópica» (Viehweg), el pensamiento «hermenéutico» (Gadamer), los apologetas de la argumentación jurídica «razonable» (Perelman en su segundo período: p. ej., 1979), etc. El defensor actualmente más nombrado de una posición como esa es R. Dworkin, aunque valido de razones asombrosamente superficiales [cf. Haba 1998b], esto es, con argumentos que se hallan sensiblemente por debajo del nivel de penetración que tal orientación había alcanzado ya, de una u otra manera, mediante conocidos trabajos presentados desde tiempo atrás por distintos autores (especialmente Perelman).

Tipo II (lógica deóntica, racionalidad procedimental, semántica estructural, etc.).– Estos estudios se orientan a lograr una mejora del discurso jurídico, o cuando menos en las vías para analizarlo. Proponen emplear ciertas técnicas del pensamiento que, según opinan esos autores, serían más racionales, en mayor o menor medida, que aquellas que en la actualidad suelen emplear los juristas. Muchos de dichos estudios, señaladamente los que se presentan como muy «técnicos», en realidad ofrecen poco o ningún interés *para la práctica* misma del discurso jurídico. En ellos parece que por «ciencia» se entiende, sobre todo, el cultivo de una no menos desaforada que vana inflación de tecnicismos o el culto de la esquematomanía: lógica deóntica, semiótica jurídica estructural, etc. Mucho de lo ofrecido en ese rubro consiste, al fin de cuentas, en dedicarse a multiplicar terminologías pedantes para decir trivialidades o para solazarse en distinciones tan minuciosas como estériles (y escapistas).

Empero caben también dentro de este Tipo, puede decirse, unas modernas tendencias de investigación que no dejan de aportar elementos de juicio interesantes. Así, en años recientes se han dado a conocer estudios donde, con base en teorías de la *argumentación*, pero orientándose hacia niveles teoréticos que conducen más allá del conformismo de enfoques como los del Tipo I, se consigue poner mejor de relieve variadas pautas que subyacen a los discursos jurídicos; además, mediante tales análisis se llegan a delinear esquemas de lógica material –modelos de razonamiento argumentativo– que podrían hacer, debidamente manejados, que esos discursos alcanzaran una coherencia más verdadera, y sobre todo mayor «transparencia», y hasta es posible que así consiguieran mayor intersubjetividad las fundamentaciones invocadas en ellos. El más destacable –¡y más que suficiente!– esfuerzo en tal sentido, entre los que conozco, es la monografía de Alexy (1989), quien, inspirándose en ideas de Habermas, presenta en forma de cuadro general un nutrido repertorio de fórmulas para asegurar la «racionalidad *procedimental*» de los discursos jurídicos. Mas es bastante iluso suponer que los juristas prácticos lleguen a guiarse *efectivamente* por ese complejo conjunto de reglas, ponerse a seguirlas precisamente en el *orden* y de la *manera* como

las organiza el modelo elaborado por Alexy [cf. Haba 1998a]. Este autor presenta dicho modelo a título de «situación *ideal* de habla», una típica salida constructivista. Para los efectos de una metodología *realista*, al contrario, no vale la pena perder tiempo en pergeñar modelos como esos, dado que, por más ingeniosos que sean, poco tienen que ver con los razonamientos «de carne y hueso» que generalmente emplean los protagonistas habituales del discurso jurídico profesional [cf. Haba 1996f, esp. § VI, y 1998a].

Tipo III (análisis del lenguaje ordinario, etc.).– Trabajando en una dirección metodológicamente muy distinta a la de los «razonabilistas», «deonticistas», «sistémicos», etc., algunos autores han mostrado cómo ciertos conocimientos de disciplinas *analíticas* –utilizándolos para analizar el funcionamiento real del lenguaje jurídico o recurriendo también a saberes de la sociología, etc.– podrían ser fructíferos asimismo en relación con el derecho [cf., p. ej.: Williams 1945-46, Hart 1962 y 1963, Carrió 1965, Haba 1979]. La diferencia fundamental entre este Tipo y el anterior, aunque ambos son optimistas en cuanto a la posibilidad de lograr mejoras para la técnica misma del discurso jurídico, reside no solo en que, por lo general, el Tipo III no se complace en pedanterías como las del Tipo II, sino sobre todo en que los exámenes llevados a cabo en sus distintas tendencias prescinden de imaginerías racionalistas («razón», «sistema», etc.) respecto al derecho y a la manera de ver los fenómenos sociales en general. Los estudios del Tipo III, a diferencia de los del Tipo II, no se afanan por «construir» discursos jurídicos ideales, sino de sacar luz la verdadera dinámica lingüística los discursos jurídicos *en acción* (esto es, más allá de las engañosas maneras como los presenta su dogmática profesional o las Teorías del Derecho complacientes con esta misma).

Tipo IV (teorías «críticas», etc.).– Queda la duda de si, dadas las funciones político-ideológicas del derecho, y también por los fuertes intereses gremiales de inercia intelectual en que termina haciéndose efectiva la formación universitaria tradicional de sus profesionales, el someterse a unos procedimientos como los del Tipo II, o inclusive el III, podría llegar a ser realmente aceptado y puesto en práctica. El cuarto Tipo de investigaciones no da lugar a que se alimente mucha ilusión en tal sentido. La racionalidad, según esos estudios, no está en el discurso jurídico analizado, ni parece muy viable alcanzarla para este mediante algún modelo sustitutivo. No tratan de legitimar el actual nivel de razonamientos del derecho, ni proponen otros medios más adecuados que los actuales para lograr que este alcance a ser más racional, sino que esos exámenes sirven sobre todo para sacar a luz la FALTA de racionalidad que caracteriza al discurso específico de los locutores

jurídicos profesionales. Quiere decir que, en tales estudios, lo racional de su propia aproximación consiste, justamente, en poner de relieve la NO-racionalidad de su objeto de estudio: el discurso jurídico normal. Ellos vienen a ubicarse, pues, en el extremo opuesto al Tipo I.

A través de los exámenes del tipo IV se ve que las carencias de racionalidad en el discurso de los juristas no son una característica contingente para la conformación de este. En efecto, el derecho no puede evitar la necesidad de ser configurado de tal manera, en grado muy considerable, ya que su discurso también desempeña, de hecho, sean cuales fueren las posiciones subjetivas de sus protagonistas, unas funciones de retórica y de aseguramiento de la ideología político-social dominante. Por eso él no es, ni puede llegar a ser, un pensamiento de carácter científico (propiamente) acerca de las cuestiones que ahí están en juego Un análisis como, por ejemplo, el de Schreckenberger (1987) confirma, en los numerosos ejemplos allí examinados, tal imposibilidad –si bien es cierto que más o menos lo mismo, o en todo caso lo fundamental, hubiera podido hacerse ver sin necesidad de empedantar la explicación con dibujitos lógico-deónticos–.

Dentro del marco de este Tipo se inscriben en general las aproximaciones que sacan a luz el carácter erístico de buena parte de los razonamientos jurídicos: cf., p. ej., la investigación de Mellinkoff (1963). Y caben también, en especial, las llamadas «teorías *críticas* del derecho», buena parte de las cuales persiguen el objetivo de propiciar unos usos políticos «alternativos» en los operadores de este, especialmente para los jueces. De cualquier manera, por lo que hace a la parte «crítico»-*descriptiva* de estos exámenes, cuanto ellos sacan a luz –déficits de racionalidad del discurso jurídico– no depende de las consecuencias que como programa político sus autores quieran obtener de tales comprobaciones. Estas pueden, y deberían, ser tomadas en cuenta aunque no se compartan ciertos optimismos de aquellos autores, quienes las vinculan a eventuales papeles «progresistas» a que estaría destinado los propuestos usos «alternativos». De todos modos, aun con tal inclinación, cabe reconocer que se trata de aproximaciones realistas, pero específicamente en su parte descriptiva; en cambio, por lo general es más bien cándida la parte programática (derecho «progresista» o «alternativo», etc.). Sea como sea, ahí la parte descriptiva destaca aspectos reales –esas cuestiones político-ideológicas– que salen poco o nada a luz en los exámenes del Tipo III. Y a diferencia de estos, el Tipo IV alimenta muy poco, o ningún, optimismo en cuanto a posibilidades de mejorar el nivel propiamente *científico* de los discursos jurídicos profesionales. Y para ilustrar la posibilidad de una SJ que, aun siendo esencialmente crítica, tampoco cede al *wishful thinking* de aventurar unas salidas utópicas,

es dable mencionar, por ejemplo: Perelman (primera época: 1964), Goodrich (1985), Carzo (1986), Kevelson (1993), etcétera[5].

5. Continuación: comparaciones (ilusionismos vs. desencantamiento)

Los dos primeros Tipos representan, cada uno a su manera, la gran corriente que me atrevo a calificar de *ilusionista*[6]. Esos estudios consisten, al fin y al cabo, en ciertos trabajos de prestidigitación lingüística, llevada a cabo mediante el uso persuasivo de unos conceptos esfumantes. Jugando con estos artificios lingüísticos se hace «ver», y hasta creer en, un escenario de apariencias que son «racionales» o «razonables». La ilusión de base en tales aproximaciones es presuponer que los locutores jurídicos, o hasta los ciudadanos comunes, resuelven o estarían dispuestos a resolver de la manera más *racional* conocible las cuestiones de la conducta social en general; por lo tanto, también aquellas de que se ocupa el derecho. Pero aunque el Tipo I y el Tipo II comparten plenamente tal base, se distinguen entre sí: a) por la forma como, respectivamente, conciben en *qué* consistiría esa «racionalidad» o «razonabilidad»; b) y, en consecuencia, según si se consagran (Tipo II) a describir el pensamiento de los juristas como si este consistiera en un orden de razonamientos *muy distinto* («ideal») que los que de hecho suelen efectuar dichos locutores, o si, en cambio, se conforman (Tipo I) con legitimar que el razonamiento jurídico siga siendo simplemente tal y como (más o menos) de hecho es.

Lo ilusorio del Tipo I es que, como se ven las cosas ahí, el *summum* de racionalidad para encarar las cuestiones jurídicas resulta ser, en lo esencial, justamente la clase de aproximaciones que usan los locutores profesionales del derecho en sus discursos típicos. Se pasan alegremente por alto todas las pruebas, puestas en evidencia en numerosos estudios [cf., por todos, Lautmann 1972], respecto al manejo simplista del razonamiento en esos discursos: esencialismos, términos vago-persuasivos, ignorancia de elementales conocimientos de las ciencias sociales [cf. Opp 1973] y de la lingüística en general [cf., p. ej., Schreckenberger 1987], etc. Por añadidura, son legitimados sin más los encubrimientos ideológico-sociales propios de dicho lenguaje. Así, el Tipo I comparte, en lo esencial, las ingenuas maneras de «ver» que caracterizan a la *dogmática* jurídica en general. Eso sí, él no le agrega

[5] Y véase *infra*, § 9 *in fine*. Dentro del «etc.» me atrevería a mencionar inclusive algunos trabajos míos, en especial los siguientes: 1979, 1986, 1992-93, 1993a y 1995a.

[6] Estas orientaciones entran cómodamente dentro de la gran tendencia que conforma la Teoría del Derecho «racional» o «razonable», lo que he llamado *Posición O* (optimista), ampliamente dominante en el seno dicha Teoría [véase Haba 1996d].

un segundo orden de ilusiones: lo de imaginarse que esas maneras son muy otras que como ellas mismas son.

El Tipo II se caracteriza fundamentalmente por eso último. Su ilusión es que los juristas manejan, o estarían dispuestos a emplear, una racionalidad mucho *más* exigente que aquella con la que estos se conforman normalmente. Con ello armonizan también numerosos estudios semióticos que consideran como su tarea fundamental poner de relieve cierta PLANIFICACIÓN íntima en que consistiría el derecho en general. La obsesión de esos autores es revelar ese Tres-en-Uno de donde todo proviene y hacia el que todo va: el Padre-Iuslogos, el Espíritu-Sistema (o Estructura) y su Hijo-Construcción (engendrado por mediación de la Madre-Racionalidad). Las tres caras se hallan coesencialmente fundidas en la Sustancia que les es común, esa Razón que omnipermeabiliza cuanto sea Derecho. Por eso la razón del iussemiótico está en condiciones de echar anclas en cualquiera de ellas, o pasar cómodamente de una a otra, sacándolas a luz con ayuda de unos u otros dibujos de esquemas, compuestos por casilleros-símbolos inequívocamente distintos entre sí y unas líneas que marcan netas derivaciones lógicas entre estos. Por ejemplo, así la racionalidad jurídica puede aparecer «construida» mediante unos sofisticados cuadros *sistemáticos* de reglas de razonamiento como los que destaca Alexy [cf. 1989: cf. el resumen, pp. 283-287].

Los otros dos Tipos de SJ, por su parte, se caracterizan sobre todo por ir *más allá* de visiones tan unilaterales, y en buena medida cándidas, acerca del derecho. Ellos no avalan los planteamientos de la dogmática jurídica misma ni tampoco los de aquellos dos primeros Tipos de aproximaciones, que en esencia son apologético-conservadoras ante el razonamiento jurídico profesional. Los Tipos III y IV resultan, por lo que vimos, esencialmente *des*-ilusionadores respecto a este, cuando menos en cuanto a los modos actuales de cultivarlo. Para unos (Tipo III), su inconformidad proviene principalmente de los defectos *lingüístico*-científicos que esos estudios mismos sacan a luz sobre dichos razonamientos. Para otros (Tipo IV), importan también, o sobre todo, las funciones retórico-*ideológicas* y en general de *dominación* social que el discurso jurídico pone en juego.

* * *

EN SÍNTESIS.– El efecto de ilusionismo específico del Tipo I consiste en contribuir a hacer ignorar los enormes déficits que tratándose de conocimientos científicos aplicables caracterizan al discurso jurídico corriente. No me refiero, claro está, a cualesquiera conocimientos de las ciencias sociales, sino sólo a aquellos, sean unos u otros, que resulten *pertinentes* para los casos en discusión. Ese Tipo toma como «serio» aquello que justamente se ca-

racteriza por su *falta* de seriedad *científica*, atento a las ignorancias que sus locutores respecto a dicha pertinencia. El efecto de ilusionismo específico del Tipo II, por el otro lado, consiste en confundir tal discurso con el de unos juristas *imaginarios* o hacer creer que los juristas reales puedan llegar a parecerse a estos. En el primer caso, el ilusionismo reside en desviar la atención de aquello que NO son (conocimiento verdaderamente científico) los discursos jurídicos [cf. Haba 1993b]; en el segundo, el pretender que estos SON lo que no son. Los Tipos III y IV, en cambio, toman unas direcciones de investigación radicalmente contrarias a esas. Puede decirse que ellos son esencialmente des-encantadores. No se ocupan de ilusionar («encantar»), sino que más bien DESilusionan acerca de la putativa racionalidad pregonada acerca de los razonamientos profesionales del derecho.

II. UN MODELO HEURÍSTICO ANTIFABULADOR Y NADA SISTÉMICO. Algunas «ideas para tener en cuenta»

La fureur des systèmes s'étant emparée d'eux tous, nul ne cherche à voir les choses comme elles sont, mais comme elles s'accordent avec son système.

ROUSSEAU

El máximo respeto a la cientificidad consiste en aprehender las cosas que son como lo que son, no como quisiéramos que fueran...

CASTILLA DEL PINO

Quedando en buenas manos los paisajes raciosiderales en la Teoría del Derecho –podemos estar tranquilos de que se quedan debidamente custodiados por el tándem Habermas-Alexy, la empresa de propaganda Dworkin y Cía.[7], los demiurgos lógico-deónticos y en general los proveedores de sopas de letras para esa Teoría, etc.– tratemos de ver qué hay del derecho para nuestra prosaica región sublunar. De esto pueden ocuparse, entre otras disciplinas, unos exámenes *realistas* de SJ. ¿Cómo y hacia qué están orientados?

Tales exámenes se dirigen fundamentalmente hacia lo siguiente: *1)* Buscan tomar conciencia de variados elementos que conforman la no-racionalidad del derecho, *2)* por lo cual no se embarcan en los *divertimentos* terminológicos de ponerse a «construir» sistemas. *3)* Preocupados de sacar a luz la heterogénea plasticidad que tiene el pensamiento jurídico real, ellos no caen en el autoengaño de confundir unos ordenaciones expositivas del

[7] Esos tres autores y Rawls, junto con sus numerosos seguidores, componen la moderna «Santa (charla-)Familia» de la que me he ocupado especialmente en: 1996e y 1997. Ellos –y muchos más– ejemplifican muy bien, en la actualidad, la sempiterna existencia de círculos profesorales a quienes les viene como anillo al dedo la pertinaz observación de Jhering (1974: 379) ubicada como encabezamiento de este trabajo.

propio teorizador con el pensamiento mismo de los juristas reales. *4)* Los autores realistas suelen tener claro que, para evitar engañarse con apriorismos acerca de su objeto de estudio, han de conformarse con enfocarlo simplemente en relación (¡falsable!) con algo así como unas u otras «ideas para tener en cuenta» (Vaz Ferreira), acreditadas empíricamente; las cuales, por lo demás, son apenas *heurísticas* y no menos elásticas que la realidad misma.

Entre esas ideas desempeña papel capital, con vistas a no embarcarse en mitomanías sistemo-racionalistas, tener muy presente el carácter básicamente *extra*-científico de los «juegos de lenguaje» (Wittgenstein) que conforman las «formas de vida» –unos precipitados de multiformes construcciones ideológico-sociales (Berger/Luckmann)– correspondientes a los discursos jurídicos profesionales. Así, los estudios de SJ realista resultan ser *negativos*, pues no pueden menos que des-fabular cuanto la dogmática corriente y las SJ ilusionistas presentan como «racionalidad» del derecho. Paso a exponer un poco menos aforísticamente las tesis que acabo de adelantar.

6. Conformación profundamente heterogénea y antinómica del derecho

La SJ realista no se dedica a buscar discursos *ideales* en, ni acerca de, el derecho. Ella se fija en los razonamientos *reales* –ergo, ni muy racionales ni demasiado sistemáticos– de los locutores de carne y hueso del lenguaje jurídico. El semiótico realista no querrá distraerse en ningún instante de saber que el derecho está conformado asimismo por múltiples elementos de racionalidad muy débil (indeterminaciones lingüísticas, omisión de soluciones científicas, etc.), cuando no anti-racionales (ideologías, lenguaje persuasivo, intereses o pasiones de los locutores y presiones sociales, etc.). Sabe que, por ello, su estudio se ocupará de fenómenos que pertenecen, quiérase o no, al ámbito objetual *mismo* que Radbruch, con palabras difícilmente superables en concisión y acierto, supo caracterizar así:

> *... una mezcolanza indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos [(1970: § 15).*

Es más, hasta si nos limitamos a considerar solamente el contenido temático expreso de las regulaciones jurídicas, en el Derecho positivo de cualquier país moderno o a lo menos en democracias constitucionales, esos contenidos son de naturaleza tal que no pueden dar lugar a una visión que no sea autocontradictoria y relativamente indeterminada; salvo que se trate de alguna que disimule, por un *geometrismo* propio, la dinámica misma de ese campo. O bien, se evade el punto al otorgarle a la palabra «sistema» un sentido distinto del habitual [*i.e.*, alejándose del señalado *supra* § 3]: por ejemplo, diciendo que es un «sistema *abierto*», etc. Pero si se trata de esto últi-

mo, sería preferible cambiar dicha palabreja por alguna menos tendente a propiciar espejismos.

El carácter antinómico, apenas endeblemente sistemático, de las nociones fundamentales que componen el ordenamiento jurídico se debe no sólo a la naturaleza poco racional del pensamiento social mismo (¡lo que no es poco decir!), sino además a decisivos componentes surgidos de la evolución histórica en las civilizaciones. Sobre el papel fundamental que estos juegan para hacer que el pensamiento social *NO* pueda ser armónico, supo llamar la atención Vaz Ferreira:

> «Lo esencial: *que en la aventura humana cada vez se agregan más ideales*. Ustedes han oído hablar del problema de los tres cuerpos. La mecánica celeste determina con facilidad la atracción recíproca de dos cuerpos. Cuando se introduce un tercero, el problema se complica tanto que se hace dificilísimo resolverlo satisfactoriamente. Sin embargo, lo que se ha introducido es un cuerpo solo. Si se agregan más, muchos más, la solución del problema ni siquiera puede intentarse. [...] Todos estos ideales no son conciliables sino en parte, en parte interfieren. [...] Cada vez se agregan más ideales y cada vez los queremos satisfacer más plenamente. [...] [Por ejemplo:] hay que hacer entrar en el ideal la felicidad y el progreso, que son en parte contradictorios, pues el progreso tiene un germen, un elemento de sufrimiento. Hay que hacer entrar la felicidad y la cultura, en parte contradictorias también. Hay que hacer entrar la religiosidad, el consuelo, la esperanza, pero también la razón. Hay que hacer entrar la vida ulterior, con todas las posibilidades y todas las esperanzas; pero hay que hacer entrar [además] esta vida, la de nuestra tierra. Hay que hacer entrar el sentimiento, y hay que hacer entrar la lógica. Hay que hacer entrar el arte, y hay que hacer entrar la ciencia....» (1956: 155 y 397-398).

Podría decirse, claro está, que el derecho está ahí para proporcionar la palabra de autoridad que resuelva esas contradicciones, de unas u otras maneras. Pero los discursos jurídicos NO las resuelven más que hasta cierto punto. Ellas subsisten, ya sea en los textos oficiales mismos o por las distintas formas posibles de interpretarlos que se dan *en la práctica*. Así, un estudio como el capital examen de Perelman (1964) sobre qué se entiende por «justicia» no hace sino confirmar, todavía más directamente en cuanto al derecho, la exactitud del diagnóstico de Vaz Ferreira. De ahí que no exista ni pueda llegar a haber *UN* «sistema» de derecho positivo, ni siquiera uno propio para cada rama de este, sino que en los discursos jurídicos se da cita una muy heterogénea gama de perspectivas y de contenidos, todo aquello que señaló Radbruch.

Por ocuparse de *eso* precisamente, la SJ realista –aun cuando también este rubro abarca distintas tendencias y variados énfasis– adopta pautas de orientación que difieren muy a fondo de las bases teoréticas y de los resultados promovidos por cualquiera de las direcciones que dan lugar a distintas formas de SJ ilusionista. Me importa subrayar en qué consiste tal dife-

rencia. No puedo aquí describirla señalando puntos en detalle, pero pienso que lo fundamental se hará palpable, tal vez, llamando la atención sobre todo hacia lo siguiente: aquellos otros estudios, al no sentirse comprometidos a buscar «sistemas», abordan el examen de las realidades efectuándolo con base simplemente en algunas IDEAS PARA TENER EN CUENTA y su orientación es esencialmente NEGATIVA. A quien comprenda estos dos sencillos puntos fundamentales [*infra* § 9] no le costará darse cuenta de que la inmensa mayoría de los artificios metodológicos de que se vale la SJ racionalista –su plétora de clasificaciones y esquemas– no son menos superfluos que tediosos.

7. El mito del «sistema»

La obsesión por descubrir o construir «sistemas», sean unos u otros, es el punto neurálgico que divide los campos, SJ ilusionista frente a SJ realista. En el primero de estos dos campos, aquel donde la sistemovisión es dogma básico, este atrae luego hacia sí, como un imán, irresistible o poco menos, otras propensiones no menos decisivas: especialmente aquello de dirigir la mirada hacia el «cielo» (¿dónde, si no, podrían descubrirse tales sistemas?) + una desaforada inflación de terminologías «técnicas» –vocabulario, siglas, esquemas– para poder dar cuenta de los sistemas en cuestión (¿cómo, si no, podría re-construirse el Plan Divino academicista?). En el campo de enfrente, en cambio, un criterio heurístico fundamental tiene que ser, a mi juicio, el de contar con el hecho de que, como día a día lo muestra la experiencia jurídica *misma*:

el Derecho *NO* constituye un «sistema» propiamente dicho.

¡He ahí el punto clave! Pero la dogmática jurídica, como así también la abrumadora mayoría de los estudios de Teoría del Derecho, y en especial los de SJ en general, parten de pensar todo lo contrario. Axiomáticamente presuponen sin más, como cosa indubitable, que lo jurídico *tiene* que configurar un «sistema», un «orden», una «estructura» lógica, etc. Otro comentario de Vaz Ferreira, que él formuló simplemente al pasar (en 1909), da en el eje del asunto:

> «Hay algo que me llamaba mucho la atención cuando era estudiante de Derecho: dos artículos de un Código resultaban estar en contradicción, y el comentarista procuraba explicar esos artículos; forzar de una manera violentísima el sentido de los términos e inventar *sistemas* diferentes para explicar la contradicción... el único "sistema" que no se le ocurría nunca, era sencillamente que el legislador se hubiera contradicho; esa hipótesis no cabía: habíase él puesto en un estado de espíritu tan especial [¡ni más ni menos que nuestros modernos «constructivistas»!], que partía como de la infalibilidad de los autores de las leyes [en nuestro caso, se parte de unos juristas imaginarios: «situación ideal de habla», «posición originaria» o «equilibrio reflexivo», etc.] o, más bien dicho, había olvidado que las leyes [¡y también sus interpretaciones, tanto las pura-

> mente doctrinarias como las judiciales!] tienen autores [de carne y hueso], los que pueden contradecirse o escribir confusamente o incompletamente o antigramaticalmente, lo mismo que cualquier hombre [¡...sin exceptuar a los juristas!]» (1910: 70 –bastardilla e.p.h.–).

Lo de «*inventar* sistemas» corresponde a una poderosa tendencia del pensamiento que se hace presente no solo en la doctrina jurídica. La lucidez de Freud supo muy bien advertir de qué se trata:

> «Una función intelectual que nos es inherente, exige de todos aquellos objetos de nuestra percepción o nuestro pensamiento, de los que [dicha función] llega a apoderarse, un mínimum de unidad, de coherencia y de inteligibilidad, y no teme establecer relaciones inexactas cuando, por circunstancias especiales, no consigue [¡o no le interesa!] aprehender las verdaderas» (1967: 127).

Goethe puso en boca de Mefistófeles, con insuperable concisión, la clave de ese vicio, tan común en la teorización que se lleva a cabo en las ciencias sociales:

> Las palabras habilitan primorosas discusiones
> Con palabras es dable conformar un sistema
> En las palabras se confía, primorosamente
> A una palabra no se le puede arrebatar ni una iota[8].

Ahora bien, mediante la palabra SISTEMA, si es aplicada para calificar un universo del discurso, suele entenderse que este conforma cierto orden [*supra* § 3] sujeto por lo menos a dos rasgos generales básicos: a) *precisión* (reconocibilidad y mutua diferencia, intersubjetivamente comprobables) de los elementos que componen el sistema en cuestión –estos serían, en nuestro caso, los conceptos jurídicos y la manera como están relacionados entre sí por normas del derecho positivo, o también por su dogmática–; b) *no-contradicción* entre dichos elementos. Empero, difícilmente es dable mostrar, y muchísimo menos demostrar, que el discurso jurídico *real* constituye, ni pueda llegar a constituir, tal tipo de edificio intelectual.

A un autor verdaderamente agudo, como Llewellyn, no se le escapó que la palabra *sistema* se usa en, por lo menos, tres sentidos fundamentales:

> «"Sistema" puede querer decir: (1) partir del resultado que arroja la observación efectuada ya sobre una masa de hechos (*Tatbefundmasse*), masa en la cual se considera que hay unidad u organización suficientes como para hablar de una unidad (el cuerpo humano como un sistema fisiológico; la cultura capitalista, etc.). O bien, (2) un informe ordenado y fidedigno de hechos, de cuanto hasta la fecha se sabe en determinado dominio (p. ej., en la botánica descriptiva); en este sentido es concebible, por ejemplo, un sistema de la prehistoria. O bien, (3) un edificio mental que en su lógica es completo y cerrado; en este sentido, la matemática muestra diferentes sistemas. La miseria de las ciencias sociales

[8] *Fausto*, En el gabinete de estudio. [Trad. E.P.H.; la cita original, en alemán, puede verse en el encabezamiento del presente estudio.]

reside en la irresponsable fusión de estos conceptos completamente distintos. [...] En las ciencias sociales faltan tanto la cantidad como la precisión de nuestros conocimientos» (1977: 19).

Y Llewellyn se pregunta:

«¿Para qué, entonces, ese infantil persistir en jugar con una pseudológica y con la mascarada (*Vorspiegelung*) de una "completud"? ¿A qué se debe que los "lógicos" de las "ciencias" sociales escondan tanto, por principio, los principios básicos de la lógica: la exacta, netamente limitada, inmovible, determinación de los conceptos; el establecimiento riguroso y expreso de cada postulado; la irrefutable exclusión de cualquier eslabón intermedio ambiguo; que las deducciones sean extraídas de postulados y conceptos, con soberana prescindencia de si esa inferencia tenga algún lejano parentesco con la experiencia de la vida» (ibíd.).

Así, unos «sistemas» como los que suele señalarse respecto al derecho se caracterizan por la peculiaridad de que, al describirlos, se omite efectuar tales precisiones. Por eso Llewellyn, a diferencia de tanto amontonamiento de pedantismos que, hoy más que nunca, dominan en la Teoría del Derecho, supo llegar a la conclusión más prudente respecto al empleo de dicho término:

«Mientras para la "sistemática" de las ciencias sociales las cosas marchen así, mejor renuncio a la palabra "sistema"» (*ibíd.*: 20).

Nota.– No solo entre semióticos se dan espejismos semejantes, afectan en general a todas las concepciones «sistémicas» acerca del mundo social. Así, Krawietz propone «una fusión entre la teoría del derecho y la teoría de sistemas» (1988: § 5), en función de lo cual sostiene una tesis como la siguiente: «Desde luego, ciertos aspectos que *parecen* ser –hasta el día de hoy– irracionales, cuando se los observa desde la perspectiva de la teoría del derecho y de la teoría de los sistemas resultan ser *perfectamente* sistémico-*racionales*. [...] Dejo abierta aquí la cuestión, acerca de si el "irracionalismo" jurídico no está basado simplemente, como sospecho, en una concepción acaso demasiado estrecha, equivocada, de lo que es racionalidad jurídica...» (*op. cit.*: 160 y 161 –bastardilla mía, E.P.H.–). Ahora bien, salvo que esta observación la reduzcamos a una mera acotación semántica o una disputa de palabras entre posibles significados lexicográficos de los términos «sistema» y «racional», dicha propuesta de «fusión» parte del presupuesto de que en el derecho habría, de todas maneras, un verdadero ORDEN global subyacente –«sistema» y «sistemas secundarios»–: no en el discurso jurídico mismo, pero sí en cuanto se tome en cuenta también las conductas sociales con las cuales este se integra.

El propio Krawietz reconoce, por cierto, que «no sólo la racionalidad del derecho, sino también su irracionalidad pertenecen a las experiencias en el manejo social del derecho; esto tiene que ser tomado en cuenta en la teorización de un realismo jurídico con sentido crítico» (*op. cit.*: 155). Sin embargo, salvo que se crea estar también ante un verdadero sistema o subsistema de esas «*ir*racionalidades», con lo cual también estas, al fin de cuentas, responderían a una Gran Racionalidad Sistémica Global, la presencia misma de ellas demuestra que, salvo para tales o cuales renglones *específicos* entre los múltiples aspectos que se presentan en las conductas sociales, ahí NO EXISTEN *sistemas* propiamente dichos, *empíricamente* detectables. Lo que hay, sí, son unos constructos teoréticos basados en prejuicios holistas res-

pecto a la dinámica social, verbalizados con ayuda de los usos gelatinosos del término «sistema».

Naturalmente, mi crítica no pretende negar que en las conductas consideradas se den *ciertas* regularidades y *ciertas* interacciones. Si de lo que se trata, simplemente, es de que a *algunas* de estas se les quiere poner el *sugestivo* nombre de «sistema», eso queda librado al gusto de cada quien. Y nadie debiera olvidar, suponiendo que no se pretenda señalar sino tal cosa (*i.e.*, que en lo social no todo es un puro caos y mero azar), que con dicho decreto terminológico no se advierte *sustantivamente* nada que no sea tan archiconocido como indiscutido, desde mucho tiempo atrás. Empero, a decir verdad, todo parece indicar que los buscadores de «sistemas» no entienden conformarse con reiterar una trivialidad como esa: que existen *unas* regularidades y *unas* interacciones, relativamente constantes, en el seno de los comportamientos societales. La jerigonza sistémica para *fingir* precisión, y sobre todo para acreditar «tecnicidad», en estudios de teoría social (Luhmann y Cía., etc.), pretende ciertamente mucho más.

Con el término «sistema» se sugiere que todo *eso*, lo llamado así, funciona a la manera de un reloj o algo por el estilo, esto es: que ello está compuesto de ciertas «piezas» bien definidas, y sujetas a un plan general no menos definido, en forma tal que ellas obran sujetas inexorablemente (o poco menos) a una red de relaciones de interdependencia que ostentan firme regularidad y permanencia (por lo menos temporalmente). Eso haría que los, así llamados, «sistemas» de lo social resulten análogos, *mutatis mutandis*, a sistemas como, por ejemplo, las partes de un organismo biológico, los movimientos siderales, los conjuntos matemáticos, los *softwares* en una computadora, etcétera.

Por lo que hace a las conductas de los seres humanos como partícipes en conjuntos sociales, la falacia de tratar de explicarlas mediante modelos semejantes reside en dos puntos básicos. a) Si como «piezas» del *sistema* en cuestión se considera a los individuos mismos, lo cierto es que entre ellas, sin perjuicio de interrelaciones armónicas en tales o cuales aspectos y entre tales o cuales sectores de individuos, hay también toda clase de contradicciones y variantes, hasta entre esos mismos individuos (por el contrario, nada se da *así*, ni siquiera aproximadamente, en aquellos modelos –organicistas o lógico-matemáticos– de donde arrancan implícitamente tales precomprensiones de molde sistémico). b) En dichas teorías, como «piezas» del sistema considerado se toma más bien alguna otra cosa que no son estas conductas *mismas*; la explicación dada se contenta con referirse a relaciones en función de unos entes nominales muy abstractos (país, nación, clase o estrato social, Estado, instituciones, derecho, etc.), cuyos referentes concretos no suelen quedar bien delimitados en tal género de conceptualizaciones.

No digo que dichos entes sean simples *flatus voci*, que ellos carezcan de toda relación con la realidad. Ni siquiera niego que puedan tener una utilidad lingüística, como abreviaturas y como señaladores hacia ciertos com-

plejos de conductas, en ciertos contextos. Más aún, hasta admito que, en este último sentido, unos compuestos mentales como los aludidos por el nombre de un país, la noción de Estado, etc., han de ser manejados como «ideas a tener en cuenta» [*infra* § 9] para explicar numerosas conductas de las gentes. Sí, es verdad que las personas humanas no dejan de tener efectivamente en cuenta tales ideas (¡teorema de Thomas!), de unas u otras maneras; además de ser movidas también, claro está, por muchos otros factores. Pero lo que me importa hacer ver, es que los contenidos de semejantes términos no son lo suficientemente distintos, uniformes y estables como para componer, en la práctica social *misma*, nada que se parezca sensiblemente a algo así como un mecanismo de relojería o un organismo biológico, modelos que constituyen el paradigma por excelencia presupuesto en las aproximaciones sistémicas. Salvo que estas últimas debamos entenderlas a modo simplemente de metáfora; entonces resultan más bien confusionistas, precisamente por sugerir dicha similitud o hasta equivalencias con tales modelos.

En efecto, los *elementos* del sistema en cuestión, las «piezas» de ese rompecabezas social, o sea, aquellos entes u otras nociones por el estilo (el «adentro» y el «afuera» del «sistema», etc.), suelen aparecer caracterizados mediante conceptos bastante vagos. Sus límites no quedan delineados de modo verdaderamente intersubjetivo; a diferencia de las piezas de un reloj, las piezas del sistema no son netas como tales, sus contenidos no resultan distinta y unívocamente identificables. La *extensión* lingüística de esos conceptos se presta a toda clase de dudas, una vez que se trata de aplicarlos a situaciones concretas. De tal manera, DETRÁS de los juegos de palabras sistémicos quedan disimuladas lo que son las conductas sociales *reales* decisivas, o en todo caso buena parte de ellas. En definitiva, los «sistemas» así presentados, antes bien que representar unas auténticas generalizaciones *empíricas* inducidas de series de conductas comprobadas en los comportamientos humanos mismos, constituyen esencialmente unas organizaciones terminológicas a propósito de cosas que *se dicen* sobre o en ocasión de tales comportamientos. Los «sistemas» en cuestión existen, ciertamente, en el papel; pero de ahí a saber cómo estas construcciones lingüísticas puedan corresponderse, ¡o no!, con las *prácticas* sociales, hay toda una «caja negra» (psicología social, condiciones materiales, etc.) de la cual los pensadores sistémicos se ocupan poco o nada.

Admito, ya lo señalé, que las formas de *decir* empleadas por los protagonistas sociales no carecen de influencias, junto con otros factores, sobre los comportamientos mismos llevados a cabo por ellos. Mas una cosa es reconocer que en general tales influencias existen, si bien de muy variadas maneras; otra, muy distinta, averiguar cómo se dan estas *realmente*. Esto último sólo puede saberse, a diferencia de lo que se acostumbra hacer en la

jerga sistémica, por medio de generalizaciones basadas, no en unos juegos terminológicos con los que un escritor de moda decreta un «sistema», sino en función de exámenes *empíricos*. Tales exámenes no se contentarán, pues, con parafrasear o reorganizar ciertos juegos semánticos de los locutores –juegos que pueden responder, como tales, a ciertos sistemas *discursivos*–, sino que han de preguntar algo muy distinto: cómo ACTÚAN –¡*pragmática* lingüística!– esos locutores.

Unos sectores de conductas, de *ciertos* grupos de locutores, es probable que respondan *parcialmente* a ciertas constantes en las actuaciones de ellos dentro del grupo respectivo. Pero todo examen realista tendrá igualmente muy en cuenta, a diferencia de cuanto suelen mostrar los planteamientos sistémicos, dos decisivos niveles de HECHOS: a) que aun dentro del grupo mismo existen también toda clase de contradicciones y variantes, NO resueltos con ajuste a criterios firmemente sistemáticos; b) que lo mismo sucede en cuanto a las relaciones entre grupos y grupos. Lo cierto, por tanto, es que no existe ningún sistema GLOBAL de armonización general en la *práctica* social misma.

8. El mito del «sistema» (cont.): iusálgebra, «plasticidad» del derecho, extrapolación de una sistematicidad expositiva (del sujeto teorizador) a la realidad objetual (ilusionismo)

La obsesión, como principal norte metodológico, por construir modelos de *sistema* para el derecho se manifiesta de modo extremo en estudios que se caracterizan específicamente por esforzarse sobre todo en ofrecer unos esquemas máximamente abstractos, confeccionados preferentemente bajo la forma de combinaciones de letras y otros signos gráficos, mediante lo cual se entiende dar cuenta de la «estructura» en *profundidad* del discurso jurídico. Aunque la tendencia a la «falsa precisión» [Vaz Ferreira 1910: 122 ss.] que se vuelca en esos juegos de letritas es bastante general dentro de la SJ, alcanza sus expresiones más acusadas en direcciones que representan una especie de *vis* «algebraica», por así decir, en la Teoría del Derecho. No solo en fórmulas de lógica deóntica, sino también en esquemas como los de la semiótica jurídica estructuralista es patente la búsqueda de alguna iusálgebra.

Se presupone que, pergeñando unas fórmulas de *sistema* que, por ser algebraicas o cuasialgebraicas, resultan perfectamente claras y distintas como *dibujos* sobre el papel, con ello se alcanza asimismo: a) que el manejo de los referentes conceptuales y los datos materiales mismos a que remiten las letritas, etc., cuando se trate de examinar cuestiones específicas será no menos intersubjetivo que reconocer las diferencias entre estas mismas en el papel; b) que los propios protagonistas de las conductas sociales actúan siguiendo, sea consciente o inconscientemente, unas firmes pautas de racio-

nalidad sistemática y que tales esquemas constituyen el modo más exacto para detectarlas. En el proyecto más ambicioso (y más fantástico) de todos, semántica estructural como programa para la SJ, se llega a proponer hasta una especie de neohegelianismo:

> «Ce qu'on appelle le "*juridique*", ce n'est pas seulement, en effet, un corpus –même très vaste– d'expressions linguistiques (le discours de la loi et de la jurisprudence), c'est aussi tout un faisceau d'institutions et d'acteurs, de situations et de décisions, de faits et d'actes "*juridiques*" dont la saisie, en tant que SYSTÈME GLOBALEMENT signifiant, requiert la construction de modèles qui, à l'évidence, ne sauraient être strictement "textuels", ou linguistiques» (Landowski 1986: 42, mysc. e.p.h.).
>
> «Such a program is far from being achieved, but the direction to be followed is clear: it implies the construction of a GENERAL GRAMMAR OF ACTION...» (Landowski 1993:326, mysc. e.p.h.).

Semejante «sistema global» viene a ser, pues, algo así como una versión, en terminología moderna, de la Razón de Hegel: siempre presente en Todo y que lo organiza Todo, sea o no que los sujetos tengan conciencia de ello. El pensamiento mismo de Dios, acaso. La Semiótica estructural se hallaría en condiciones de hallar la *mathesis universalis* de los comportamientos humanos. O a lo menos unas *mathesis* regionales, digamos la del mundo-derecho. La ilusión que ahí funciona como presupuesto teorético básico es esa candidez de imaginarse que, por el hecho de que posiblemente existe y hasta sea dable descubrir un *sistema* –o un juego sistemático global de interacciones entre subsistemas– para lo que se considera como funcionamiento «correcto» de un idioma, algo por el estilo se dé también en el *pensamiento* y las *actuaciones* MISMAS con que se conforman los entramados sociales, incluso las relaciones entre textos y conductas.

Ahora bien, el precaverse de compartir los ilusionismos sistémicos –se presenten o no bajo vestimentas iusalgebraicas– no significa entender que los elementos que conforman un discurso jurídico no tienen nada que ver entre sí, que se comporten algo así como átomos independientes entre sí, y dados al azar o poco menos. Normalmente tales discursos presentan *cierta* coherencia y responden a parámetros doctrinarios. Están *organizados* de acuerdo con *ciertos* conocimientos «técnicos», los específicos de la disciplina jurídica como profesión. Sin embargo, tales conocimientos son solo «débilmente» científicos [cf. Haba: 1993b, 1995c, 1996d]; por lo además –y esto es lo fundamental– semejantes saberes no alcanzan, *¡de hecho!*, para determinar las soluciones jurídicas. En el mejor de los casos, ellos solo contribuyen, *en alguna medida*, a CO-determinar cuáles serán, en cada caso, esas soluciones. No le proporcionan un verdadero *sistema* al pensamiento jurídico, sino apenas algunas pautas de ordenación MUY ELÁSTICAS y que en buena parte son opcionales.

Si no cedemos al pensamiento-por-deseos, en nada nos sorprenderá comprobar la imposibilidad de que el pensamiento jurídico en general –y, por tanto, la interpretación de sus textos oficiales– quede sometido a un verdadero sistema. Tal imposibilidad se asienta en una comprobación tan sencilla como la siguiente (en síntesis):

> «La plasticidad y la ambigüedad de las palabras, particularmente de las que tienen que ver con el dominio de unos hombres sobre otros, abre alternativas al intérprete que son el meollo de los argumentos y decisiones constitucionales [y también es más o menos así en las demás ramas del derecho]. Subrayo "alternativas" para dar la idea de encrucijadas verbales e indicar polémica y disidencia: seguridad contra libertad, libertad contra igualdad, orden contra espontaneidad, son valores que chocan y que, ante un caso concreto, nos guste o no, nos obligan a sacrificar con dolor uno para satisfacer otro. Cuando creemos vislumbrar una solución, ésta es provisional y llega a transformarse a su vez en problema» (Rodríguez Oconitrillo 1995: 5).

Estos «sacrificios» NO se hallan *pre*-determinados en el derecho positivo. No lo están ahí mediante algún neto orden sistemático, ni de ninguna otra manera (digamos, una *razonabilidad* «tópica» o algo por el estilo). En virtud de la mencionada «plasticidad [*i.e.:* vaguedad, etc.] y ambigüedad», los «sacrificios» pueden ser resueltos de *unas* u *otras* maneras. No existe una verdadera sistematicidad general entre esas maneras; salvo que por tal se entienda el cubrirlas mediante unos membretes lo suficientemente vagos –siglas, flechitas, etc.– como para que, bajo ellos, el «sistema» respectivo quede inmunizado de forma que ya nada pueda haber, sea lo que fuere, incapaz de responder al *nombre* de unos u otros de los etiquetados con que su ingenioso autor ha dibujado eso en el papel. Se trata, al fin de cuentas, de lo que Kantorowicz supo advertir ya a principios del siglo pasado:

> *La caza en pos de un sistema de validez general de proposiciones jurídicas, sea del Derecho estatal, sea del Derecho libre, no constituye sino la* utopía de una lógica de aficionados*, sobre todo en una época de creciente individualismo*[9].

* * *

Me importa dejar bien claro lo siguiente. No niego que sea dable, y hasta puede ser aconsejable, efectuar *reflexiones* de tipo sistemático para explicar una realidad poco racional, o simplemente para dar cuenta en forma ordenada acerca de aquella. Pero una cosa es tener orden, llamémosle «racionalidad» o «sistema», para EXPONER algo; otra, muy distinta, imaginarse que, porque uno pueda poner orden en *sus* propios pensamientos sobre lo que sea, entonces el objeto REAL *mismo* a que nos estamos refiriendo va a

[9] Kantorowicz (1949): 350-351, énfasis añadidos aquí. Sobre el carácter no sólo abrumadoramente pedante, sino consustancialmente falacioso de las versiones en lógica formal acerca de los razonamientos jurídicos (y de otros discursos de la llamada razón práctica: ética, política, etc.), véase Haba 1996a (más breve 1990, Apéndice 1).

proceder, él también, no menos ordenadamente (¡ilusionismo!). Desde luego, la locura no ha de ser expuesta locamente en el expediente que lleva el médico. Mas tampoco es cuestión de creer que el loco deja de ser loco, simplemente porque el médico hace el diagnóstico valiéndose de su *propia* mente en estado de cordura.

Si ciertos conocimientos y la manera de exponerlos obedecen a una racionalidad *crítica* [cf. los estudios de Albert], esto es, no mitologizante, no dogmática, etc., entonces ella se preocupará mucho, entre otras cosas, de no confundir entre cómo la mente del teorizador pueda ordenar para efectos *expositivos* ese conocimiento y cómo se comporta el objeto real *mismo* de que ahí se trata –no digo que no existan relaciones entre ambos planos–. Tratándose de un objeto como el derecho, la propia racionalidad (crítica) del estudioso le llevará entonces a subrayar, en una exposición que bien puede estar ella misma muy bien ordenada, justamente que este objeto de estudio suyo es como es en la *realidad*, a saber: tal y como este se comporta *fuera* de la mente que sistematiza ese saber. Significa que ahí el conocimiento es tanto más racional cuanto más consiga sacar a luz todo lo *a*-racional, o solo *débilmente* racional, que su objeto de estudio es de hecho [*vid.* Haba 1996f]. Muy otra cosa, pues, de cuanto las investigaciones de los semióticos racionalistas suelen decirnos acerca de lo que ellos llaman «sistema jurídico».

E insisto aún en una segunda aclaración. No digo que semejantes «sistemas» sean, por lo menos algunos de ellos, meras fantasías. Por supuesto que el pensamiento de los juristas reales contiene también elementos de orden, sistemáticos si se quiere, racionales o razonables, etc. Sólo que, a diferencia de cuanto dan a entender (implícitamente, cuando menos) las ideas de «sistema jurídico», tales elementos no son sino *parcialmente* determinantes, a veces más y a veces menos, en los razonamientos de los juristas. De modo que se cae en una gigantesca hipóstasis –y disimulación– al insinuar que el derecho es fundamentalmente *eso*, «sistema». Mi consejo: ¡no perder jamás de vista la sentencia de Radbruch!

9. Orientación heurística: pensar por «ideas para tener en cuenta», carácter extra-científico de los juegos de lenguaje jurídicos, tendencia «negativa» (desfabuladora) de la SJ realista

En su libro sobre *Lógica viva*, a la inusual perspicacia de Vaz Ferreira no se le escapó que:

> «... otra de las causas más frecuentes de los errores de los hombres, y sobre todo del mal aprovechamiento de las verdades ... [es] la diferencia entre pensar por sistemas y PENSAR POR IDEAS A TENER EN CUENTA. Hay dos modos de hacer uso de una observación exacta o de una reflexión justa: el primero, es sacar de ella, consciente o inconscientemente, un sistema destinado a aplicarse en todos los casos; el segundo, reservarla, anotarla, consciente o inconscientemente también,

como algo que hay que *tener en cuenta* [entre muchas otras cosas] cuando se reflexione en cada caso sobre los problemas reales y concretos» [10] (1910: 154 ss. –énfasis míos, e.p.h.–).

¡Sí, nada más que «tenerlo en cuenta»...! O sea: acordarse de ello, naturalmente, pero esto para examinar en cada caso con ojos muy abiertos –vale decir, sin *pre*juicios de sistemas– *en qué medida* (p. ej., cuestiones de grados: *op. cit.*, p. 175 ss.) la observación o reflexión de que se trate es aplicable, *¡o no!*, al caso o grupo de casos en consideración. Dicho de otro modo, tales «ideas» no han de tomarse más que a título *heurístico*. Ellas reconocen toda clase de matizaciones y negaciones en la práctica, a diferencia de lo que se presupone al «pensar por sistemas» [11].

Cuando el semiótico logra desembarazarse de las pretensiones de obtener «sistemas», y si, además, no disimula el carácter esencialmente retórico de los discursos jurídicos, en especial su función «fabuladora» [Warat 1976: 99 ss.] –¡una buena «idea para tener en cuenta»!–, pasa lo siguiente. Al ocuparse de sacar a luz dinámicas propias de esos discursos mismos, desentendiéndose de niveles del análisis lingüístico consistentes en desmenuzar nimiedades, ni aun en el caso de que estas puedan ser ciertas (p. ej., lo de agregar nuevas clasificaciones de especies de reglas jurídicas, juego prolongable al infinito), entonces el analista se verá conducido a señalar cosas que por lo general los juristas mismos no advierten, o que prefieren callar. Esto es, no tendrá más remedio que exhibir como *tales* a más de una «fabulación» propia del discurso de ellos. Procederá justamente al revés de cuanto se propone y cuanto hace alguien como Dworkin (por ejemplo) y de los programas de investigación a que se abocan los constructivistas en general.

El punto clave es darse cuenta de que el derecho consiste fundamentalmente en unas clases de «juegos de lenguaje» (Wittgenstein) que, quiérase o no, NO están ahí para obtener o aplicar conocimientos *científicos*. Se hallan destinados a *otra* cosa. Y si uno lo sabe, no es cuestión de hacerse el distraído, o de promover ilusionismos en el sentido de que será posible enmendar tal cosa. De lo que se trata, mediante el derecho, es de obtener unos efectos para prevenir y solucionar conflictos sociales. Ahora bien, por la propia naturaleza de los conflictos reales y potenciales en tal terreno, dadas

[10] Se trata de algo así como la clásica distinción de Pascal entre «esprit de géométrie» y «esprit de finesse».

[11] Creo que lo de Vaz Ferreira tiene bastante que ver con lo que, muchos años después, Albert ha denominado –por supuesto que sin conocer para nada lo de aquel– «heurística racional», como método para las ciencias en general (1978, cap. II, esp. § 7; 1987, cap. III, esp. § 17). También lo que yo mismo he señalado en otros sitios como uno de los dos grandes caminos para la metodología de las ciencias sociales, la aproximación que llamo «negativo-heurística» (1996b: esp. § III), en buena medida se inspira en el pensamiento vazferreiriano.

las maneras como piensan y como se conducen sus actores *mismos*, la gente en general, resulta que eso requiere, para obtener dichos efectos, que la «técnica» de intervención correspondiente (derecho) *NO* esté sometida a las exigencias de rigor propias del discurso científico. Ni el pensamiento ni la dinámica de las conductas humanas en las relaciones sociales son de naturaleza predominantemente racional, sino más bien lo contrario. Por lo general son no-reflexivas, mito-ideológicamente enmarcadas, movidas casi siempre por costumbres (usos y creencias vulgares) o impulsos emocionales, todo ello embrollado con intereses personales y grupales de muy variadas especies. El derecho, tanto en sus discursos profesionales como en las conductas motivadas por él, no puede sino compartir tales características, puesto que también *él mismo* forma parte de la dinámica social.

Como los seres humanos son de *esa* manera, por más que muchos científicos sociales y los juristas constructivistas prefieran mirar hacia arriba, lo cierto es que sólo «jugando» *dentro* mismo de tales maneras de pensar es posible ejercer influencias importantes sobre los comportamientos de sus protagonistas. Para que el discurso jurídico pueda «jugar» en la vida social misma, tiene que ser, también él, lo bastante *poco* racional como para no chocar con esas «formas de vida». De lo contrario, los juristas «se saldrían» de *estos* juegos. Si el derecho hubiera de ser un discurso propiamente científico-racional, haría falta que los juristas no se comporten, en su labor de tales, como seres *sociales*, ni que la gente siga pensando (salvo cuando sale perdidosa en un juicio) que el ordenamiento jurídico de su país es pasablemente «justo». Las formas de pensar sociales no las establece ninguna ciencia. Son el resultado de toda clase de factores extrarracionales como los mencionados: un heteróclito mundo de construcciones mito-ideológicas [cf. Berger/Luckmann 1968], etc. Un derecho «científico» es, prácticamente, una *contradictio in adjecto*. El semiótico realista (*rara avis*) no sólo lo sabe, sino que sus exámenes sirven precisamente para hacer RESALTAR, no para disimular mediante unas u otras «construcciones» técnico-teoréticas, los DÉFICITS de racionalidad que, desde distintos ángulos y en no pocos aspectos, caracterizan normalmente a los discursos jurídicos.

Por ese efecto des-fabulador, la SJ realista resulta ser de carácter esencialmente NEGATIVO [12]. En cambio, de los constructivistas puede decirse que son «positivos», por cuanto al fin de cuentas re-*afirman*, en lo sustancial, aquello que los propios juristas piensan de sí mismos: la pretensión de que sus discursos son esencialmente «racionales» o «razonables», etc. Las investigaciones semióticas con objetivos realistas, por el contrario, se ven

[12] Pero aclaro: no es este el resultado en que el propio Vaz Ferreira pensaba, en general, como consecuencia para sus indicaciones.

conducidas, y tanto más cuanto más realistas ellas sean (en esto hay también grados), a *negar* que dicha pretensión se cumple normalmente en aquellos discursos. Adoptando tal carácter «negativo», la SJ realista acepta compartir el destino de las ciencias sociales en general cuando los cultores de ellas no ceden al *wishful thinking* [13], pues entonces estas no pueden significar sino una «cacería de mitos» (Norbert Elias). De ahí que esa Semiótica necesita considerar primordialmente, como «ideas para tener en cuenta», variados conocimientos ofrecidos en estudios de dichas ciencias que van en *tal* sentido justamente, ya que también los discursos jurídicos son vida *social*. Y por lo que se refiere particularmente a aspectos del lenguaje mismo... ¡no es cuestión de hacer como si Locke, Ogden y Richards, Stevenson, Wittgenstein, etc. nunca hubieran nacido!

De cualquier manera, lo que uno y otro género de aproximaciones semióticas permitan respectivamente «ver» –¡o *qué* contribuyan a disimular!– respecto a los discursos que practican los locutores del derecho, no es cosa que pueda acreditarse sino examinando los contenidos mismos de los estudios llevados a cabo en el marco de ellas. A semejante prueba no tendrá inconveniente en someterse una SJ conformada por exámenes *no*-sistémicos y *des*-fabuladores. Esta orientación existe *ya*, en el gran seno de la SJ, si bien tengo la impresión de que es bastante minoritaria ahí. Aunque en el presente estudio no he entrado en detalles sobre ella, basta mencionar, para ilustrar de qué se trata, algunos trabajos orientados en tal sentido. Por ejemplo, sean unos u otros los recovecos de la «racionalidad» jurídica desfabulados en cada uno de estos estudios, véase: Williams (1945-46), Perelman (1964), Ross (1963, cap. IV; y 1961), Mellinkoff (1963), Carrió (1965), Warat (1976), Carzo (1986), Schreckenberger (1987), Goodrich (1985; 1987), Courtis (1990), Cárcova *et al.* (AA.VV. 1991), Kevelson (1993), Haba (1992-93, 1993 y 1995a); esta lista señala investigaciones de diversas orientaciones, en el seno de los tipos III y IV señalados al principio [*supra* § 4] [14]. Averigüe el lector, si le parece, por qué tanta cosa «incómoda» –aquellas sobre las que esos exámenes, ellos sí, ponen el acento– desaparece del foco en cuanto caemos en las redes de

[13] Ceder a ilusiones de esa índole es muy habitual en el seno de todas ellas, especialmente porque sus profesionales suelen responder a preconcepciones «misioneras» respecto a su papel profesional: *supra*, nota 2.

[14] No sin ciertas vacilaciones menciono la monografía de Schreckenberger (1987), pues ese autor recurre también a categorías y detallismos que, a mi juicio, son bien superfluos: en esos pasajes se vale de un aparato conceptual inútilmente pedante, ya que las comprobaciones «negativas» sustanciales podría haberlas probado sin necesidad de distraer el examen con eso. En esto último, dicha investigación no deja de tener puntos de contacto con la SJ ilusionista, pero su orientación central y la generalidad de sus análisis son iluminadoramente realistas.

sistemas como los de Dworkin, Alexy, lógicas deónticas, etc. Sea por los motivos que fuere, metodológicos u otros, dichas «cosas» son las que justamente *NO* se divisan mientras permanecemos obsesionados en cazar sistemas:

> *No conciben a los hombres tal cual son, sino como ellos quisieran que fuesen* (Spinoza)[15].

(O bien, en el mejor de los casos, aquellas cosas pasan entonces a segundo plano; y no pocas veces se quedan enredadas –por tanto, disimuladas– en unos juegos de jeroglíficos.)

10. Conclusión: «racionalidad» jurídica... ¿pero de quiénes?

Según cómo sea entendido el término «racionalidad» se dividen los terrenos en la SJ. Es así tanto por lo que hace a la forma de «recortar» el objeto de sus investigaciones como también en los resultados a que estas arriben. Dependiendo de *qué* «racionalidad» sea la perseguida, de *eso* –y no, o mucho menos, de otras cosas– se ocuparán los estudios respectivos. Así, bien podría decirse que los dos grandes campos aquí señalados corresponden, en lo fundamental, respectivamente a una «racionalidad» ilusionista y una «racionalidad» des-ilusionista.

Ahora bien, poner el asunto en tales términos es lingüísticamente posible, dada la enorme plasticidad que exhibe la voz «racionalidad» [*supra* nota 3]; mas pienso que resulta más neto hacer ver la gran diferencia si no nos disputamos el término «racional». Dejémosle esta palabra, especialmente por su término derivado «racionalista», al primer gran género de SJ, el dominante en este campo. Se trata, básicamente, de lo que Hume señaló hace dos siglos y medio:

> «... el argumento *a priori* rara vez ha resultado muy convincente excepto para la gente de talento metafísico [se refiere a los cartesianos], que está acostumbrada al razonamiento abstracto y que al ver que en las matemáticas el entendimiento alcanza frecuentemente la verdad a través de la oscuridad y en contra de las primeras apariencias, ha transferido el mismo hábito de pensamiento a temas en los que no debe haber ningún lugar para él» (*Diálogos*..., Parte IX: 1974, p. 159).

Reservando el término «racionalista» para los enfoques de *ese* tipo (Habermas-Alexy, lógica deóntica, etc.), conseguiremos subrayar mejor que el otro grupo de SJ, el minoritario, se diferencia ante todo y sobre todo por NO creer que el discurso jurídico sea, ni pueda llegar a ser, fundamentalmente *racional*. Y así como los autores pertenecientes al primer grupo sacan las

---

[15] A una advertencia como esta [Spinoza, *Tratado político*, cap. I *in limine* (1985: 141)] responden asimismo las palabras de Rousseau (*Emile*, Livre quatrième) y de Castilla del Pino (1984: 9) recogidas más atrás a modo de epígrafe.

consecuencias de su dogma básico, el racionalismo, mediante la idea de sistema y en general con los ilusionismos derivados de todo ello; los del segundo grupo obtienen, por su propio lado, unas consecuencias muy distintas, justamente las que sacan de su no-racionalismo, y por ello desembocan en una visión des-encantada del derecho.

La diferencia básica entre SJ ilusionista y SJ realista consiste, pues, en lo siguiente. La primera se considera «racional» no sólo a sí misma, sino también a su propio objeto de estudio, el cual ha de ser cierto *sistema* que se supone ínsito en el discurso de los juristas profesionales mismos (cualquiera fuere la medida en que estos sean o no conscientes al respecto). La segunda, por el contrario, se da cuenta de que semejante «racionalidad» no existe sino en el pensamiento del académico semioticista que *cree* en tal cosa, pero *sin* que esta se haga comúnmente presente en los discursos jurídicos reales; en el mejor de los casos, se corresponde sólo lejanamente con la práctica misma de los juristas.

Racionalidad jurídica... ¿pero de *quiénes*? Bien mirado, la «racionalidad» del derecho no es otra cosa que *una* racionalidad de los propios iusemióticos. Simplemente la de ellos mismos.

ESTUDIOS MENCIONADOS

AA.VV. [1985]: D. Carzo y B.S. Jackson (Eds.), *Semiotics, Law and Social Science*. Gangemi Editore/The Liverpool Law Rewiew, Roma, 1985, 227 p.

AA.VV. [1986]: *Colloque International de Sémiotique Juridique* (Aix-en-Provence, 11-13 de marzo de 1985), *Revue de la Recherche Juridique-Droit Prospectif* 1986-2. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 386 p.

AA.VV. [1988]: André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence/Story-Scientia, París-Bruselas, 1988, 487 p.

AA.VV. [1991]: Jose María Cárcova, Ricardo Entelman, Enrique Marí y Alicia Ruiz, *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

AA.VV. [1999]: José F. Palomino Manchego (Dir.), *Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*. Grijley, Lima, xxii-325 p.

ALBERT [1978]: Hans Albert, *Traktat über rationale Praxis* (Tratado sobre la práctica racional). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1978, 193 p.

ALBERT [1987]: Id., *Kritik der reinen Erkenntnislehre* (Crítica de la teoría pura del conocimiento). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, ix-183 p.

ALBERT [1994]: Id., *Kritik der reinen Hermeneutik* (Crítica de la hermenéutica pura). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1994, xix-272 p.

ALEXY [1989]: Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo). Centro de Estudios Constitucionales (col. El Derecho y la justicia vol. 14), Madrid, 1989 [ed. or. al. 1978; ed. con un Postfacio en 1991, ya incluido anticipadamente en la versión española], 346 p.

BERGER/LUCKMANN [1968]: Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construccion social de la realidad* (tr. Silvia Zuleta, revisión técnica de Marcos Giménez Zapiola). Amorrortu, Buenos Aires, 1968, 235 p.

CARRIÓ [1965]: Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, 134 p. [con el mismo título hay una edición de 1990, donde se incluyen también otros estudios del mismo autor].

CARRIÓN WAM [1976-77]: Roque Carrión-Wam, «Elementos de Semiótica Jurídica», *Anuario*, p.260-320. Universidad de Carabobo/Facultad de Derecho/Instituto de Derecho Comparado, Valencia-Venezuela, 1976-1977.

CARRIÓN WAM [1982-83]: Id., «Panorama de la Semiótica Jurídica», *Investigaciones Semióticas* (IS), 2/3 (1982-83), p. 116-190. Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales (OLIJS)-Facultad de Derecho/Universidad de Carabobo, Valencia-Venezuela.

CARRIÓN WAM [1992]: Id., «Semiótica Jurídica», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice t. VI, p. 582-594 [es una versión revisada de la aparecida previamente, con el mismo título, en inglés: AA.VV. 1985, p. 11-67].

CARZO [1986]: Domenico Carzo, «Considérations sur la Sémiotique Juridique», AA.VV. 1986, p. 357-362.

CASTILLA DEL PINO [1984]: Carlos Castilla del Pino, *Estudios de psico(pato)logía sexual*. Alianza Editorial (col. El Libro de Bolsillo Nº 1026), Madrid, 1984, 143 p.

COURTIS [1990]: Christian Courtis, «Estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del Derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas», *Novo Ius* Nº 5 (abril 1990), p. 147-161. Asociación Nueva Generación Jurídica/Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad de Panamá. [Publ. también en: AA.VV. 1999, p. 253-270.]

FRANK [1970]: Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*. Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970 [reed. de la ed. 1963 publ. por Anchor Books; ed. or. 1930, ed. ampl. 1949], xxv-404 p.

FREUD [1967]: Sigmund Freud, «Animismo, magia y omnipotencia de las ideas», en *Tótem y Tabú* (tr. Luis López Ballesteros y de Torres), Madrid, Alianza Editorial (col. El Libro de Bolsillo Nº 41), 1967.

GOODRICH [1985]: Peter Goodrich, «Language, Text and Sign in the History of Legal Doctrine», AA.VV. 1985, p. 95-120.

GOODRICH [1987]: Id., *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*. Macmillan, Londres, 1987, x-250 p.

HABA [1974-75]: Enrique Pedro Haba, «Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langue», *Archives de Philosophie du Droit*, vols. XIX (Le langage du

droit: p. 257-289) y XX (Réformes du droit de la famille: p. 175-207). Sirey, París, 1974 y 1975.

HABA [1978]: Id., «Lo racional y lo razonable», *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. XVI/Nº 43 (enero-junio 1978), p. 1-32. Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José.

HABA [1979]: Id., «Apuntes sobre el lenguaje jurídico: I. De la lengua común a la letra de las leyes (Elementos de indeterminación) + II. El problema de la precisión (Elementos de determinación) + III. Alternativas para el intérprete (Elementos de opción)», *Revista de Ciencias Jurídicas* (Univ. de C.R.), Nºs 37 (enero-abril 1979, p. 11-93: parte I) + 38 (mayo-agosto 1979, p. 225-317: parte II) + 39 (setiembre-diciembre 1979, p. 153-258: parte III). Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho/Colegio de Abogados, San José.

HABA [1986]: Id., *Tratado básico de derechos humanos con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional, Examen realista-crítico*, tomos I (Conceptos Fundamentales) y II (Indicadores Constitucionales). Juricentro, San José (Costa Rica), xlvi-970 p.

HABA [1988]: Id., «Rationalité», *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit* (Dictionnaire d'Eguilles), p. 337-340. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence/Story-Scientia, París-Bruselas, 1988.

HABA [1990]: Id., «Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nºs. 7 y 8 (1990), respectivamente p. 169-247 y 241-270, Universidad de Alicante; una versión corregida y algo ampliada apareció en *Revista de Ciencias Jurídicas* (Univ. de C.R.), Nºs 66 (mayo-agosto 1990) y 67 (setiembre-diciembre 1990), respectivamente p. 67-134 y 169-244 [de esta versión hubo también un pequeño tiraje independiente en forma de libro].

HABA [1992-93]: Id., «Retórica de "la" Libertad contra las libertades (Control sobre las libertades, por medio de "la" Libertad como ideología)», *Revista de la Facultad de Derecho* Nº 2 (enero-junio 1992), Montevideo, 1992; publ. también, con leves correcciones, en *Revista de Ciencias Jurídicas* (Univ. de C.R.), Nº 75 (mayo-agosto 1993), p. 113-158.

HABA [1993a]: Id., «Définitions, interprétations et pratique des droits de l'homme, De la "grammaire" aux "formes de vie" dans la rhétorique des droits de l'homme», *Revue Internationale de Sémiotique Juridique/International Journal for the Semiotics of Law*, vol. VI/Nº 16 (1993 – Human Rights Symposium: Part II), p. 3-44. Association Internationale de Sémiotique Juridique/International Association for the Semiotics of Law, Deborah Charles Publications, Liverpool.

HABA [1993b]: Id., «Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho», *Doxa*-14, 1993, p. 269-317 (con unas cuantas erratas). [Versión revisada: en AA.VV. (1999), p. 47-123. Versión en francés, algo abreviada: «Pas assez "épistémologique" ... mais pourtant bien vu! Du manque de réalisme dans l'actuelle Théorie du Droit – et de ce qu'elle pourrait appren-

dre d'un juriste d'antan», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 42, 1997, p. 101-116.]

HABA [1994]: Id., «Metodología, métodos, metodologismo. Prolegómenos a una crítica de la autocomprensión "misionera" en los científicos sociales», *Revista de Ciencias Sociales* Nº 64 (junio 1994), p. 109-119. Universidad de Costa Rica, San José.

HABA [1995a]: Id., «Magia verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, "derechos" económicos», *Sistema* 125 (marzo 1995), p. 59-74. Fundación Sistema, Madrid.

HABA [1995b]: Id., «Imposibilidades para las Ciencias de lo Humano, Una ideología profesional: la concepción "misionera" de las ciencias sociales», *Revista de Ciencias Sociales* Nº 70 (diciembre 1995), p. 69-81. Universidad de Costa Rica, San José.

HABA [1995c]: Id., «Sobre el Derecho como "técnica" o "tecnología". Apostillas a una polémica sobre las posibilidades del discurso jurídico», *Doxa*, t. 17-18 (1995), p. 491-498, Alicante. [También en AA.VV. (1999), p. 107-116.]

HABA [1996a]: Id., «Lógica formal y Derecho», *Enciclopedia Jurídica Omeba*-Apéndice VII, p. 625-632. Driskill, Buenos Aires, 1996.

HABA [1996b]: Id., «Teoría del Derecho y metodologismo. Una discusión sobre el alcance de las metodologías y los métodos» [por error, en el título publicado dice "resultados" en vez de "métodos"], *Ibíd.*, p. 1017-1029.

HABA [1996c]: Id., «Mitos tecnomorfos actuales y la propaganda gremial de los sociólogos, Una ideología profesional: la concepción "misionera" de las ciencias sociales (II)», *Revista de Ciencias Sociales* (Univ. de C.R.), Nº 71 (marzo 1996), p. 73-94.

HABA [1996d]: Id., «La disyuntiva del científico social: ¿agente de "administración" o transmisor de "cultura"? Sobre la concepción "misionera" en las ciencias sociales (III)», *Ibíd.* Nº 72 (junio 1996), p. 171-186.

HABA [1996e]: Id., «Una discusión: ¿Quiénes son los "irracionalistas" en la Teoría del Derecho?», *Doxa*-19 (1996), p. 385-402. [Una versión ampliada de este estudio se encuentra en AA.VV (1999), p. 271-315.]

HABA [1996f]: Id., «Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie – Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der "Heiligen (Rede-) Familie"» (Ubicación de la Teoría del Derecho contemporánea – Rawls, Dworkin, Habermas y otros miembros de la "Santa (charla-)Familia"), *System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie nach Jürgen Habermas*, Habermas-Sonderheft (Rechtstheorie vol. 27, Cuaderno 3), p. 277-327, Duncker & Humblot, Berlín, 1998. [Título del manuscrito original: «Zum astronautischen Standort der heutigen Rechtstheorie. Über Rawls, Habermas, Alexy und andere: Gegenwärtige Arten des akademischen Wunschdenkens in einer modernen "Heiligen (Rede-)Familie"».]

HABA [1997]: Id., «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), p. 109-125. Fundación Sistema, Madrid.

HABA [1998a]: Id., «Teorización constructivista como "forma de vida" (Sobre "formas y reglas" del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)», *Doxa*-21(1998)/vol. I , p. 147-170.

HABA [1998b]: Id., *El* BLUFF *Dworkin: Rehabilitación del no-saber como «novedosa» Teoría del Derecho*; pendiente de publicación.

HART [1962]: H.L.A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (Pref. y tr. Genaro R. Carrió). De Palma, Buenos Aires, 1962, xxii-138 p.

HART [1963]: Id., *El concepto del derecho* (Pref. y tr. Genaro R. Carrió). Abeledo-Perrot, Buenos aires, 1963, viii-332 p.

HUME [1974]: David Hume, *Historia natural de la religión. Diálogos sobre la religión natural* (Pról. Javier Sádaba; tr. Angel J. Cappelletti, Horacio López y Miguel Quintanilla). Sígueme (col. Agora), Salamanca, 1974 [or. 1757], 195 p.

JACKSON [1985]: Bernard S. Jackson, *Semiotics and Legal Theory*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985, xii-373 p.

JACKSON [1986]: Id., «Emerging Issues in Legal Semiotics», AA.VV 1986, p. 17-37.

JACKSON [xxxx]: Id., *Semiotics Aspects of Jurisprudence: Legal Semiotics*. Manuscrito (tal vez ya publicado), 44 p.

JHERING (1974): Rudolf von Jhering, *Broma y veras en la Jurisprudencia. Un regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas* (tr. Tomás A. Banzhaf). Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974 [or. al. 1860-1884], 425 p,

KALINOWSKI [1978]: Georges Kalinowski, *Lógica de las normas y lógica deóntica. Posibilidad y relaciones* (tr. Roque Carrión Wam). Universidad de Carabobo/Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas Sociales (Cuadernos de Metodología y Filosofía del Derecho Nº 1), Valencia-Venezuela, 1978.

KALINOWSKI [1985]: Id., *La semiótica jurídica* (tr. Roque Carrión Wam y Brigitte Bernard). CELIJS/Facultad de Derecho/Universidad de Carabobo, Cuadernos de Semiótica Jurídica Nº 1, Valencia-Venezuela, 1985 [or. fr. en AA.VV. 1986], 121 p.

KALINOWSKI [1988]: Id., «Logique déontique», AA.VV. 1988, p. 231-233.

KALINOWSKI/LANDOWSKI [1988]: Id. y Eric Landowski, «Sémiotique juridique», *Ibíd.*, p. 368-372.

KANTOROWICZ [1949]: German (Hermann) Kantorowicz, «La lucha por la ciencia del derecho (tr. Werner Goldschmidt, del or. al. de 1906), en Savigny-Kirchmann-Zitelmann-Kantorowicz, *La ciencia del derecho*, p. 323-373. Losada, Buenos Aires, 1949.

KEVELSON [1993]: Roberta Kevelson, «Some Possible Meanings of the Idea of Human Rights». *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. VI/16, p. 71-88, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1993.

KRAWIETZ [1988]: Werner Krawietz, «Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho» (tr. Carlos de Santiago, rev. Ernesto Garzón Valdés), en Ernesto Garzón Valdés (Comp.), *Derecho y Filosofía* p. 153-173; Fontamara 50, México, 1988.

LANDOWSKI [1986]: Eric Landowski , «Pour une approche sémiotique et narrative au droit», AA.VV. 1986, p. 39-69.

LANDOWSKI [1992]: Id., «Status and Practices of the Legal Text», *International Journal for the Semiotics of Law* vol. 5/15, p. 315-330.

LAUTMANN [1972]: Rüdiger Lautmann, *Justiz - die stille Gewalt* (La Justicia - forma callada de Poder). Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 4002), Frankfort, 1972, 207 p.

LLEWELLYN [1977]: Karl L. Llewellyn, *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft* (Derecho, vida del derecho y sociedad). Duncker & Humblot, Berlín, 1977 (manuscrito or. 1931/32), 198 p.

MELLINKOFF [1963]: David Mellinkoff, *The Language of the Law*. Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1963, xiv-526 p.

OPP [1973]:Karl-Dieter Opp, *Soziologie im Recht* (Sociología en el Derecho). Rowohlt (Rororo Studium Nº 52), Hamburgo, 1973, 265 p.

PERELMAN [1964]: Chaïm Perelman, *De la justicia* (tr. Ricardo Guerra). Universidad Nacional Autónoma de México/Centro de Estudios Filosóficos (Cuaderno 14), México, 1964 [ed. or. fr. 1945], 78 p.

PERELMAN [1976]: Id., *La lógica jurídica y la nueva retórica* (tr. Luis Díez-Picazo). Civitas, Madrid, 1979, 249 p.

RADBRUCH [1970]: Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (7ª ed., Ed. Erik Wolf y con una Intr. biográfica por este), E.F. Koehler, Stuttgart, 1970 (ed. reelaborada por el autor: 1932], 392 p. [Tr. José Medina Echavarría de la ed. al. 1932: *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid.]

RODRÍGUEZ OCONITRILLO [1995]: Pablo Rodríguez Oconitrillo, *Ensayo sobre el Estado Social de Derecho y la interpretación de la Constitución*. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1995, vii-154 p.

ROSS [1963]: Id., *Sobre el derecho y la justicia* (tr. Genaro R. Carrió). Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963 [ed. or. ingl. 1958], xiv-375 p.

SCHRECKENBERGER [1987]: Waldemar Schreckenberger, *Semiótica retórica. Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania* (tr. Ernesto Garzón Valdés). Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987 [or. al. 1978], 381 p.

SPINOZA [1985]: Baruch Spinoza, *Tratado teológico-político (Selección). Tratado político* (tr. y estudio preliminar: Enrique Tierno Galván). Tecnos (col. Clásicos del Pensamiento 10), Madrid, 1985 [or. latín 1670 y póstumo], xxvi-262 p.

VAZ FERREIRA [1910]: Id., *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica)*; en VAZ FERREIRA 1963, vol. IV [or. 1910; hay otras ed. en Losada, Buenos Aires], 320 p.

VAZ FERREIRA [1956]: Id., *Algunas conferencias sobre temas científicos, artísticos y sociales* 1ª serie; en VAZ FERREIRA 1963, vol XI [or. 1956], 401 p.

VAZ FERREIRA [1963]: Id., *Obras de Carlos Vaz Ferreira*. Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vols. I a XXV, Montevideo, 1963.

WILLIAMS [1945-46]: Glanville Williams, «Language and the Law», *The Law Quarterly Review*, vols. 61 (p. 71-86, 179-195, 293-303, 384-406) y 62 (p. 387-406). Stevens & Sons, Londres, 1945 y 1946.

INTERPRETACIÓN LITERAL: JURISTAS Y LINGÜISTAS FRENTE A FRENTE *

Tecla Mazzarese
Universidad de Brescia

> All that the unsuspecting Bilbo saw that morning was an old man with a staff. […] «Good morning!» said Bilbo, and he meant it. The sun was shining, and the grass was very green. But Gandalf looked at him from under long bushy eyebrows that stuck out further than the brim of his shady hat.
> «What do you mean?» he said. «Do you wish me a good morning whether I want it or not; or that you feel good this morning; or that it is a morning to be good on?»
> «All of them at once» said Bilbo. «And a very fine morning for a pipe of tobacco out of doors, into the bargain. […]
> «Very pretty» said Gandalf. «But I have no time to blow smoke-rings this morning. I am looking for someone to share in an adventure that I am arranging, and it's very difficult to find anyone.»
> «I should think so -in these parts. We are plain quiet folk and have no use for adventures. Nasty disturbing uncomfortable things. Make you late for dinner! […] He had decided that he was not quite his sort, and wanted him to go away. But the old man did not move. […]
> «Good morning!» he said at last. «We don't want any adventures here, thank you! […]» By this he meant that the conversation was at an end.
> «What a lot of things you do use *Good morning* for!» said Gandalf. «Now you mean that you want to get rid of me, and that it won't be good till I move off.»
> [J.R.R. Tolkien, *The Hobbit or There and back Again*, 1937.]

0. Introducción

Ya en 1923, fecha de publicación de *The Meaning of Meaning*, Ogden y Richards ofrecieron un abanico embarazosamente amplio de las diversas formas de entender la noción de «significado» en la literatura de filosofía del lenguaje.

Las diversas concepciones, distintas en sus asunciones y/o en sus implicaciones de carácter ontológico, filosófico y *stricto sensu* lingüístico, parecen sin embargo compartir una característica común, aunque sea sólo *ex negativo*: una escasa atención a, cuando no una clara crítica de, la noción de «significado literal».

---

* Versión española de *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*. En: Velluzzi, Vito (ed.): *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 95-136. Este trabajo reproduce, con algunas ligeras modificaciones y/o integraciones, la ponencia: «*Literal Interpretation: Jurists and Linguists Confronted*», presentada en el IVR 18th World Congress, La Plata / Buenos Aires, agosto 1997.

Vale la pena subrayar que esta afirmación no está en absoluto circunscrita a una literatura condicionada por perniciosas influencias de carácter deconstruccionista y/o postpositivista. Al contrario, esa afirmación encuentra ya una confirmación (parcial) a finales del siglo XIX en los trabajos de Frege, que son considerados convencionalmente el punto de partida de la moderna filosofía del lenguaje y de la lingüística general [1].

En manifiesto y sorprendente contraste con esta tendencia generalmente compartida por los lingüistas, los juristas, en cambio, continúan considerando la interpretación literal y, por tanto, la noción subyacente de «significado literal», como el nodo central de la interpretación jurídica. Esta afirmación encuentra su apoyo:

(a) en primer lugar, en la importancia que el legislador (ya sea nacional o internacional) sigue atribuyendo al canon literal al fijar las directivas que deben seguirse en la interpretación y en la aplicación del derecho;

(b) en segundo lugar, en la convicción por parte de los jueces y demás operadores jurídicos de que fundan sus propias actividades (por muy diversas que sean) en una interpretación literal del derecho, en cumplimiento de lo que les es requerido por las directivas interpretativas del legislador;

(c) en tercer lugar, en la importancia que los iusfilósofos siguen atribuyendo a las nociones de significado literal y de interpretación literal (aun conociendo el carácter problemático de ambas). Así es, por ejemplo, *cuando* definen y/o defienden la noción de «proposición normativa» (esto es, de proposición que tiene por objeto la descripción de una norma); *cuando* sostienen la función (la naturaleza) descriptiva de la dogmática jurídica; *cuando* ignoran algunos de los problemas con los que se encuentra la traducción del lenguaje jurídico.

La manifiesta divergencia entre la aproximación de los lingüistas y la de los juristas justifica dos interrogantes:

El *primer interrogante* es: ¿Qué entienden los juristas por «interpretación literal» y, respectivamente, por «significado literal»?

El *segundo interrogante* es: ¿Por qué los juristas siguen usando con profusión estas nociones tan amplia y drásticamente criticadas?

No es difícil responder al segundo interrogante.

Aun cuando pueda parecer simple y banal, la respuesta es de naturaleza ideológica. Los juristas continúan haciendo referencia a la interpreta-

[1] Para una identificación de los rasgos comunes y las diferencias específicas entre filosofía del lenguaje, filosofía lingüística y lingüística (general) véase, por ejemplo, D. Marconi [1995, pp. 365-373]. En el análisis que prosigue, «lingüístico» se usa, en un sentido muy general, para hacer referencia a todo lo que concierne al ámbito de la lingüística (general) y/o de la semiótica y/o de la filosofía del lenguaje; «lingüista», en un sentido igualmente general, se usa para hacer referencia a todo aquél que, especializadamente, se ocupe de temáticas lingüísticas.

ción literal y al significado literal porque estas nociones les permiten defender y (re)afirmar el valor de la seguridad jurídica, ignorando (sino negando) el problema de la discrecionalidad en la aplicación (judicial o no) del derecho.

El primer interrogante, a diferencia del segundo, no admite una respuesta simple y unívoca; al menos por dos razones diversas:

(a) en primer lugar, la falta de uniformidad en el uso de los juristas del término «literal» en las locuciones «interpretación literal» y «significado literal»;

(b) en segundo lugar, la falta de uniformidad en el uso de los juristas del término «interpretación» en la locución «interpretación literal».

Este trabajo se articula en tres partes principales. La primera parte (§ 1.) está dedicada a una sumaria relación de algunas de las críticas y/o reservas principales formuladas por los lingüistas a la noción de «significado literal». La segunda parte (§ 2), en cambio, llamará la atención sobre los distintos usos que hacen los juristas del término «*literal*» en las locuciones «significado literal» e «interpretación literal» (§ 2.1.) y del término «*interpretación*» en la locución «interpretación literal» (§ 2.2.). La tercera parte (§ 3.), finalmente, ofrecerá algunos comentarios acerca del carácter ideológicamente comprometido de la decisión de los juristas de defender las dos nociones examinadas.

1. Las dudas de los lingüistas sobre la noción de «significado literal»

La duda de si los lingüistas han tomado nunca en serio la noción de «significado literal», aun cuando sea excesivamente radical en su formulación, surge a partir de su difundida tendencia a ignorar o, como máximo, a dar por descontado qué deba entenderse por «significado literal»; en otras palabras, esa duda surge dado el prevaleciente interés de los lingüistas por todo aquello que pueda interferir con el significado literal (así, por ejemplo, fenómenos como la ambigüedad o la vaguedad) y/o por todo aquello que se contraponga al significado literal (como, por ejemplo, el significado metafórico o el significado figurativo), más que por qué pueda entenderse por «significado literal».

Sorprendentemente, esa duda obtiene una confirmación adicional en los argumentos presentes en la literatura de los últimos diez años que ha emprendido la defensa de la noción de significado literal de los ataques más violentos de los que ha sido objeto.

A los efectos de presentar un abanico, aunque sea sumario, de las principales dificultades con las que se enfrenta el intento de ofrecer una definición rigurosa y puntual de la noción en examen, propondré una cuatripartición de las principales posiciones mantenidas por los lingüistas sobre el te-

ma del significado literal [2]. Más precisamente, siguiendo la propuesta terminológica de Dascal de llamar «literalismo moderado» («*moderate literalism*») a su defensa de la noción de significado literal [3], los cuatro apartados en los que articularé esta cuatripartición serán, respectivamente: (a) literalismo; (b) antiliteralismo moderado (latente); (c) antiliteralismo radical (manifiesto); y (d) literalismo moderado.

La reconstrucción que propongo aquí se limita a los trabajos de la moderna filosofía del lenguaje y/o de la lingüística general, disciplinas que tienen como punto de partida convencional los análisis de Frege [4].

1.1. Literalismo

Con la locución «literalismo», denomino la posición favorable de los lingüistas (en el caso de que exista) acerca de la noción de «significado literal»; esto es, la posición que se considera el fundamento de la concepción intuitiva habitual de «significado literal».

No es fácil decir con precisión en qué consiste el literalismo. Como admite, en efecto, el propio Dascal, que es un denodado defensor del mismo,

> Few if any authors have given a set of sufficient and necessary conditions for defining literal meaning [5].

Una excepción, siempre según Dascal, es la que presenta Katz con su «criterio de la carta anónima» [6]:

> literal meanings, whatever they are, should be absolutely context free. That is to say, they consist in those aspects of meaning of an utterance that a speaker is able to detect exclusively by virtue of her knowledge on the rules of language without any additional contextual information [7].

---

[2] El objetivo de esta cuatripartición es mostrar el carácter problemático de la noción de «significado literal», de su definición y su caracterización. En cambio, P.L. Chiassoni [1999, pp. 580-582] asume implícitamente la tesis de que la noción de significado literal en el ámbito de la lingüística no es problemática sino más bien controvertida, proponiendo cuatro acepciones en las que los lingüistas usarían la locución «significado literal».

[3] Cfr. M. Dascal [1981, p. 175] y [1987, p. 260].

[4] Cfr. D. Marconi [1995, p. 366].

[5] M. Dascal [1987, p. 259].

[6] Cfr. J.J. Katz [1977, p. 14]: «The anonymous letter situation is the case where an ideal speaker of a language receives an anonymous letter containing just one sentence of that language, with no clue whatever about the motive, circumstances of transmission, or any other factor relevant to understanding the sentence on the basis of its context of utterance. […] We intend to draw a theoretical line between semantic interpretation and pragmatic interpretation by taking the semantic component to properly represent only those aspects of the meaning of a sentence that an ideal speaker-hearer of the language would know in such an anonymous letter situation».

[7] M. Dascal [1987, p. 260].

Dascal sitúa, como caracterización complementaria y/o suplementaria a este criterio, el que el mismo denomina «principio de invariabilidad del significado». Escribe Dascal:

> The principle of invariabelity of meaning is related to the idea that the literal meaning of an expression is *conventionally* associated with it by virtue of the rules of language (crystallized in language use), and therefore is constitutive of the expression»s identity as a linguistic unit [8].

Es habitual sostener que la tesis del literalismo, ingenua y rigurosa al mismo tiempo, encuentra su expresión en la tradición fregeana. La razón principal de esta convicción deriva de la relevancia atribuida por Frege al denominado *principio composicional*, según el cual el significado de todo enunciado está completamente determinado por el significado de las palabras que lo componen y por las reglas sintácticas de composición [9]. Ahora bien, ni siquiera los escritos de Frege pueden ser considerados un ejemplo riguroso del literalismo: en Frege, en efecto, junto al principio composicional interviene un segundo principio: el *principio contextual*, según el cual (en la formulación propuesta por el propio Frege) el significado de un término depende del contexto de la totalidad del enunciado en el que aquél se presenta [10]. Así, si por un lado, según el principio composicional, el significado de un enunciado es el resultado del significado de las palabras que lo componen, por otro lado, el significado de las palabras no puede ser identificado con independencia del contexto, aunque sea mínimo, del enunciado en el que figuran.

1.2. Antiliteralismo moderado

Con la locución «antiliteralismo moderado» no denomino una única posición homogénea definida con exactitud y precisión, sino más bien una pluralidad de posiciones heterogéneas que (a menudo sin mencionar siquiera la noción de significado literal) tienen por objeto datos y/o fenómenos lingüísticos que a nivel sintáctico y/o semántico y/o pragmático (cuando no incluso a nivel de la mera entonación) interaccionan e interfieren con la mera formulación lingüística de un enunciado, condicionando fuertemente la individualización del significado.

Así (incluso si se quisiera prescindir de aquellos trabajos que identifican en la entonación un factor determinante del significado de un enunciado[11]),

---

[8] M. Dascal [1983, p. 28], (la cursiva es del autor).

[9] Acerca de este punto cfr., por ejemplo, M. Dascal [1987, p. 261] y D. Marconi [1995, pp. 377 -380].

[10] Al respecto cfr., por ejemplo, L. Haaparanta [1985, pp. 79-93] y G. Usberti [1995, pp. 55-56].

[11] A pesar de que su caracterización y definición son dificultosas y controvertidas, el significado entonacional (*intonational meaning*) es objeto de gran atención en lingüística. Una

el espectro de los análisis que comparten una matriz común antiliteralista sigue siendo notablemente amplio. En particular, para mencionar únicamente algún ejemplo entre los más relevantes, el antiliteralismo moderado es propio de los trabajos que, a *nivel sintáctico*, examinan distintos tipos de deícticos (esto es, de enunciados cuyo significado es contingente por la presencia de expresiones autorreferenciales como «yo», «aquí», «hoy», «este») [12]; también de los trabajos que, a *nivel semántico*, se ocupan de la ambigüedad, de la vaguedad y de otras formas de la denominada *open-texture* [13] o de fenómenos como la anáfora, la metáfora, las implicaturas y el cambio de significado [14]; y, finalmente, de trabajos que, a *nivel pragmático*, se centran en la teoría de los actos de habla y/o en la concepción Wittgensteiniana del significado como uso [15].

A menudo el antiliteralismo de esta pluralidad heterogénea de trabajos es meramente latente; es decir, no es declarado explícitamente ni perseguido programáticamente.

Por otra parte, el antiliteralismo de esta pluralidad heterogénea de trabajos es seguramente moderado. Lejos de rechazarla, estos trabajos remiten a la noción de significado literal y, si bien dan por descontado cómo deba entenderse esa noción, la mencionan en oposición paradigmática al tipo es-

---

muestra de ello la ofrecen tanto la investigación pionera de K.L. Pike [1945] como, más recientemente, investigaciones como las de D.R. Ladd [1980], A. Cruttenden [1986] y D. Bolinger [1989]. Una panorámica de algunos de los principales problemas en este tema (así como de las distintas formas de afrontarlos) la ofrece, por ejemplo, J.R. Taylor [1989, ²1995, pp. 158-172] que, significativamente, observa: «The failure of successive generations of linguists to come up with a satisfactory set of core meanings for the elements of intonation should not really surprise us. [...] Pike himself suggested an analogy with lexical polysemy. He noted that just as words may have two or more related meanings, "so with intonational contours one must sometimes indicate a central meaning with minor variants from it" (1945: 23)».

[12] Un panorama de algunas de las principales formas de indexicalidad y de deícticos, completada con algunos de los principales interrogantes que éstos pueden suscitar al determinar el significado de un enunciado (o, más correctamente, de una enunciación), puede verse en J. Lyons [1981, pp. 228-231]. M. Prandi [1994], por su parte, sostiene la tesis, algo radical, según la cual cualquier evento comunicativo tiene naturaleza indexical.

[13] Alguna referencia bibliográfica sobre algunos de los temas a los que se ha prestado gran atención en la literatura lingüística: F. Waismann [1945, ²1951], J.G. Kooij [1971], G. Lakoff [1973], J. Aissen / Hankamer [1977], T. Williamson [1994].

[14] Un interesante abanico de trabajos que tienen por objeto este tipo de fenómenos lingüísticos, seguido de una abundante bibliografía, se puede encontrar en A. Ortony (ed.) [1993]. Merece ser destacada, entre las múltiples referencias bibliográficas ofrecidas, la bibliografía razonada acerca de las metáforas, compilada por J.P. Van Noppen / E. Hols [1990].

[15] La variedad de interpretaciones de los escritos del último Wittgenstein y la pluralidad de lecturas tanto de J.L. Austin [1962] como de J.R. Searle [1969], los dos clásicos más destacados de la teoría de los actos de habla, han dado origen a una literatura imponente y en continuo crecimiento. Una buena visión panorámica introductoria de algunos de los principales aspectos de este campo puede verse en J. Lyons [1981, pp. 169-242].

pecífico de significado no literal del que se ocupan (como habitualmente sucede, por ejemplo, en el caso del significado metafórico y figurativo) y/o individualizan en el significado literal uno de los diversos componentes que intervienen en la determinación del significado de un enunciado (como sucede, por ejemplo, con la concepción del significado ilocutivo propia de la teoría de los actos lingüísticos).

Aún dentro de su variedad, estas diversas formas de antiliteralismo moderado (latente) comportan dos consecuencias comunes.

En primer lugar, una atención siempre creciente por las nociones de contexto y de co-testo, consideradas, ambas, ineludibles para una mejor comprensión de la noción de «significado». La primera consecuencia consiste en un paso progresivo desde una concepción literal (textual) a una concepción contextual del significado [16] o, en otros términos, en un paso progresivo desde una concepción del significado orientada al texto, a una concepción cada vez más orientada al contexto [17].

En segundo lugar, una reacción crítica (o al menos una incomodidad) respecto de cualquier demarcación neta entre sintaxis, semántica y pragmá-

---

[16] Una sintética caracterización de estas dos nociones puede verse, por ejemplo, en C. Segre [1986, p. 151]: «The two terms, *co-text* and *context* refer, respectively, to verbal environment and situational environment. Adoption of the term co-text […] stresses the distinction between those elements which are intrinsically textual (or intratextual) and extratextual elements: the latter being proper to extensional semantics (possible worlds, etc.) and to pragmatics (production, reception, interpretation of the text». Y, también, según la formulación de U. Eco [1984, p. 66]: «Un contesto è una classe di occorrenze di catene o gruppi di espressioni (appartenenti a uno o più sistemi semiotici contemporaneamente); si definisce invece co-testo l'occorrenza attuale e specifica di un membro di tale classe». Es interesante destacar que las nociones lingüísticas de «texto», «contexto» y/o «co-testo» han sido objeto de atención específica en algunos trabajos recientes acerca de la interpretación jurídica. Así, por ejemplo, en F. Denozza [1995], en N. Irti [1996] y en algunas de las contribuciones al volumen «Ars Interpretandi» de 1997 dedicado monográficamente al tema «Texto y derecho», como las de A. Belvedere [1997] y F. Viola [1997].

[17] Un panorama interesante de la atención que los lingüistas prestan de forma cada vez más dominante al contextualismo, en un amplio número de trabajos a partir de los años sesenta, puede verse en M. Dascal [1981]. Como denodado defensor del significado literal (al menos en la versión que él mismo propone del literalismo moderado), Dascal ofrece una lectura crítica de la variedad de formas en que ha sido presentado el contextualismo. Y, precisamente, Dascal distingue y toma en consideración formas distintas tanto del contextualismo moderado como del contextualismo radical. Por «contextualismo moderado» Dascal entiende aquella forma de contextualismo que «consists merely in overlooking the role of non-contextual factors, due to exclusive attention paid to one or more types of contextual influence upon the production and interpretation of utterances» (p. 161). Por «contextualismo radical» Dascal entiende, en cambio, aquella forma de contextualismo según la cual «claims that there is no such a thing as a context-free literal meaning of a sentence, present in all its utterances. Contextual factors, therefore, must be made responsible for the whole significance of the utterance, with no context-free anchoring to serve as a starting point. On such a view, there can be no principled grounds for distinguishing between semantics and pragmatics, nor, it seems, between pragmatics and the theory of performance» (p. 166).

tica por la siempre creciente importancia reconocida al valor semántico de la sintaxis y de la pragmática [18].

A pesar de estar centrado en el análisis del lenguaje jurídico y en los problemas acerca de su interpretación, una contribución (probablemente involuntaria) al debate que pone en discusión la distinción excesivamente rígida entre semántica y pragmática se debe a Tarello, quien argumenta a favor de la que él mismo denomina «semántica del néustico» [19]. El adversario inmediato y manifiesto de la propuesta de Tarello es la concepción de Hare según la cual, independientemente de las distintas funciones en las que puede ser usado (esto es, independientemente de su néustico), todo enunciado tiene un componente descriptivo (esto es, un frástico) que no está afectado y no se modifica por la fuerza de sus eventuales distintos usos. Son dos los argumentos principales que Tarello opone a la concepción de Hare para mostrar que el néustico de un enunciado normativo (de un precepto) informa y condiciona su frástico: (a) en la interpretación de un enunciado normativo (de una formulación normativa) se debe tener en cuenta la denominada intención del legislador y/o la finalidad que la norma pretende conseguir (su *ratio*) y (b) la variedad de formas en las que pueden configurarse la voluntad del legislador y, respectivamente, la *ratio* de las normas jurídicas comporta una pluralidad de formas distintas en las que puede entenderse una formulación normativa [20].

1.3. Antiliteralismo radical

Con la locución «antiliteralismo radical» denomino la posición crítica de los lingüistas frente a la noción de significado literal; esto es, la postura que más abiertamente se opone a la concepción intuitiva habitual de esa noción. El antiliteralismo es una posición expresa porque los trabajos que pueden etiquetarse así hacen de la noción de significado literal su propio objeto de crítica. Pueden distinguirse, dentro del antiliteralismo dos versiones: una aparentemente débil y otra fuerte.

La versión aparentemente débil del antiliteralismo se ejemplifica en el conocido y debatido ataque que Searle dirige, desde una perspectiva *stricto*

---

[18] Al respecto véase, por ejemplo, J. Lyons [1977, vol. 2, pp. 114-117], U. Eco [1984, pp. 68-70] y [1997, p. xii]. Una formulación epistemológica, por decirlo así, de esta tesis lingüística puede encontrarse en S. Borutti [1983, p. ix] cuando afirma: «il campo del significato non è dato, ma è l'effetto di una varietà di costruzioni teoriche, ed è l'incrocio di questioni emergenti da campi disciplinari diversi». Y, en relación con el lenguaje jurídico, esa misma tesis se formula en M. Jori [1995, pp. 110].

[19] Cfr. G. Tarello [1965].

[20] Acerca del aspecto hermenéutico de la tesis de Tarello, cfr. el reciente debate entre J.J. Moreso [1997 b] y P.L. Chiassoni [1998, pp. 55-73]; sobre sus implicaciones lógicas y epistemológicas, cfr. T. Mazzarese [1990].

sensu filosófica, a la noción de significado literal. La tesis de fondo en el análisis de Searle es que:

> for a large number of cases the notion of literal meaning of a sentence only has application relative to a set of background assumptions, and furthermore these background assumptions are not all and could not all be realized in the semantic structure of the sentence [21].

El objeto principal del análisis crítico de Searle es, pues, precisamente la tesis central de la concepción tradicional del literalismo; esto es, la tesis según la cual:

> for every sentence the literal meaning of the sentence can be construed as the meaning it has independently of any context whatever [22].

Los casos examinados por Searle para demostrar la corrección de su propia afirmación no son, contrariamente a cuanto podía esperarse, los habituales ejemplos de enunciados oscuros y problemáticos, sino, en cambio, ejemplos de casos (aparentemente) claros y simples como: «El gato está sobre el felpudo». Para la comprensión de estos enunciados, según Searle, a pesar de su aparente simplicidad, no se puede evitar la remisión a una pluralidad de asunciones de fondo (de *background assumptions*). Así, dice Searle:

> For a large class of unambiguous sentences such as «The cat is on the mat», the notion of the literal meaning of the sentence only has application relative to a set of background assumptions. The truth conditions of the sentence will vary with variations in these background assumptions […]. These variations have nothing to do with indexicality, change of meaning, ambiguity, conversational implication, vagueness or presupposition as these notions are standardly discussed in the philosophical and linguistic literature [23].

Sorprendentemente, sin embargo, a pesar de que la independencia del contexto sea una característica fundamental de la concepción tradicional de la noción de significado literal, Searle trata de limitar, como conclusión de su propio análisis, los efectos destructivos de su ataque y formula el principio de la «relatividad del significado literal»:

> When I say that literal meaning of a sentence only has application relative to the coordinate system of our background assumptions, I am not denying that

---

[21] J.R. Searle [1978, ²1979, p. 120].

[22] J.R. Searle [1978, ²1979, p. 117]. Se formulan ulteriores argumentos contra esta tesis de la teoría tradicional en J.R. Searle [1980] y, desde una perspectiva aún más radical, en R.W. Gibbs [1982, pp. 23-26].

[23] J.R. Searle [1978, ²1979, p. 125]. Argumentos parecidos son desarrollados por Searle (pp. 126-131) con relación a los que él mismo denomina enunciados «imperativos» y «optativos»; enunciados acerca de los que Searle estudia, respectivamente, las «condiciones de obediencia» y las «condiciones de satisfacción». (En el caso del enunciado «el gato está sobre el felpudo» Searle menciona, como *background assumptions*, que el gato y el felpudo no estén flotando en el espacio y la presencia de la fuerza de la gravedad.)

> sentences have literal meanings. Literal meaning, though relative is stell literal meaning [24].

La versión fuerte del antiliteralismo radical puede ejemplificarse, por su parte, en el ataque estricto que, desde una perspectiva de cariz más psicolingüístico que propiamente filosófico como el de Searle, han llevado a cabo tanto Rumelhart como su discípulo Gibbs. A diferencia de lo que sucede con el principio de Searle de la «relatividad del significado literal» y con los trabajos del literalismo moderado, según la versión fuerte del antiliteralismo el significado literal no es siquiera el término frente al que elaborar alguna de las formas posibles de significado no-literal ni alguno de los diversos elementos que intervienen en la individualización del significado de cada expresión lingüística. En efecto, según Gibbs:

> Not only is difficult to show that all sentences have well-defined literal meanings, but even in cases where we supposedly can, one finds that these are not always used in understanding language [25].

Es más, aunque aparentemente la pretensión expresa sea únicamente precisar que el alcance de sus propios argumentos es principalmente de carácter psicolingüístico, Gibbs afirma que:

> Discussions of literal meaning in linguistics and philosophy are not directly applicable to the concerns of a psychological theory of meaning. Traditional theories of literal meaning as context-free meaning, and revised notions of literal meaning as sentence meaning relative to a set of background assumptions, do little to explain what people do in understanding language. From a psychological perspective, the semantic competence of speakers and hearers can not be seen as knowledge apart from its actual use in speaking, listening, and acquiring language [26].

La posición de Gibbs sigue de cerca a la de Rumelhart que, a diferencia de la distinción trazada por el análisis (antiliteralista moderado) de Searle y de un gran número de trabajos del literalismo moderado, pone en duda

---

[24] J.R. Searle [1978, ²1979, p. 132]. Que esta conclusión es dudosa y problemática, y no el resultado obvio de la argumentación desarrollada, parece confirmarse por la pluralidad de lecturas enfrentadas de las que ha sido objeto. Así, por ejemplo, mientras que R.W. Gibbs [1984] ataca ese análisis porque no deja de tomar en serio la noción de significado literal, J.J. Katz [1981] y M. Dascal [1981], en cambio, lo rechazan por su corte crítico y le replican con la defensa de la concepción tradicional de la noción de significado literal, el primero, y con la propuesta de una caracterización alternativa propia, el segundo. O, por último, F. Schauer [1991, pp. 57-58] menciona el análisis de Searle para sostener una presunta «autonomía semántica», esto es: «the way in which language carries something by itself, independent of those who use it in particular occasions».

[25] R.W. Gibbs [1984, p. 299].

[26] R.W. Gibbs [1984, pp. 299-300]. En una réplica a M. Dascal [1987], R.W. Gibbs [1989, p. 244] reformula la misma tesis en términos incluso más claros: «Literal meaning, whether viewed as compositional or as conventional meaning, is not an obligatory stage of analysis in psychological *process* models of language comprehension. People may phenomenologically identify some meanings as literal ones, but these are *products* of understanding and do not imply that different cognitive mechanism drive the comprehension of literal figurative discourse».

> the existence of a sharp distinction between what an utterance might mean (that is, its literal meaning) and what that utterance is, or can be, used to convey [27].

Y, precisamente, Rumelhart pone en duda la distinción entre «*sentence meaning*» y «*utterance meanning*» [28], en la terminología de Searle, en la medida en que:

> the same problems arise for literal language as for figurative language. In both cases, what is conveyed is not easely determined from the meanings of the individual lexical items of the utterance, and in both cases, the interpretation seems to depend on knowledge well beyond definitions of the terms involved. There are no rules whereby lexical meanings can be combined to generate conveyed meanings [...] the processes involved in the comprehension of nonfigurative language are no less dependent on knowledge of the world than those involved in figurative language [29].

1.4. Literalismo moderado

Como ya se ha señalado (§ 1.), la locución «literalismo moderado» fue sugerida originariamente por Dascal para referirse a su propia defensa de la noción de significado literal contra los ataques más radicales como, por ejemplo, los ya mencionados de Searle, Rumelhart y Gibbs. Del mismo modo que Dascal, uso la locución «literalismo moderado» para denominar la

---

[27] E. Rumelhart [1979, ²1993, p. 71] (la cursiva es del autor). Rumelhart se remite explícitamente a J.M. Sadock [1979, ²1993] y a J.R. Searle [1979, ²1993]. Algunos años después de la publicación del volumen sobre la metáfora que incluye, entre otros, los tres trabajos recién mencionados, Ortony coordina una segunda edición del volumen, ampliada y actualizada. Entre los nuevos trabajos, uno de Lakoff (como el de Rumelhart) ataca de forma estricta y radical la distinción entre significado literal y figurado. En particular, según G. Lakoff [1993, p. 204]: «A major assumption that is challenged by contemporary research is the traditional division between literal and figurative language, with metaphor as a kind of figurative language. This entails, by definition, that: what is literal is not metaphorical. In fact, the word "literal" has traditionally been used with one or more of a set of assumptions that have since proved to be false».

[28] Con distintas denominaciones, la distinción entre *sentence meaning* y *utterance meaning* se presenta a menudo en lingüística, aunque (como por ejemplo en el análisis de Rumelhart) no siempre es aceptada aproblemáticamente. Citando a J. Lyons [1981, p. 24]: «The distinction between sentence-meaning and the meaning of utterances and texts [...] cannot be taken for granted in the way that the one between word-meaning and sentence-meaning can. Not only is it less familiar to laymen. It is also the subject of a good deal of controversy, not to say confusion, among specialists». En la propia formulación de Lyons la distinción se presenta así (p. 29): «Sentence-meaning [...] is related to the utterance-meaning by virtue of the notion of characteristic use, but it differs from it by virtue of the fact that the meaning of a sentence is independent of the particular contexts in which it may be uttered. To determine the meaning of an utterance, on the other hand, we have to take contextual factors into account».

[29] D.E. Rumelhart [1979, ²1993, p. 76]. Cabe destacar que esa afirmación, referida, por otra parte, a la distinción de Searle entre *sentence meaning* y *utterance meaning*, recuerde fuertemente a la concepción del mismo Searle de las *background assumptions* que influencian el presunto significado literal de todo enunciado.

posición de los lingüistas que (a pesar de ser conscientes de las diversas perplejidades a las que puede dar lugar la concepción tradicional) sostienen que debe mantenerse, aunque sea reformulada, alguna noción de significado literal.

De acuerdo con esta posición, Eco (que ha investigado muchas formas de significado no-literal y de significado contextual) afirma que todo discurso sobre la libertad de la interpretación debe empezar con una defensa del significado literal [30].

Ahora bien, Dascal sostiene que la noción tradicional de significado literal se define en términos demasiado restrictivos y que es necesaria una reformulación de la misma que abandone

> the attempt to provide a set of necessary and sufficient conditions for something to be a literal meaning. Instead, a number of conditions and the corresponding criteria are described which are semantically relevant to the characterization of the notion of literal meaning so that, when a large number of these conditions are satisfied, an aspect of meaning can be reliably seen as belonging to literal meaning, but no single condition is strictly necessary in the sense that its absence would ipso facto prevent the aspect of meaning from being so described [31].

Aunque pueda parecer simple y convincente, no está claro si esta reformulación propuesta por Dascal permite una defensa de la noción de significado literal. No está claro, en efecto, cómo una noción como ésta, consistente en un número impreciso de condiciones (ninguna de las cuales es necesaria o suficiente) puede oponerse, como pretende Dascal, al contextualismo radical (esto es, la concepción según la cual «*all* of our understanding of a language would have to be accounted by «contexts» alone» [32]), permitiendo trazar una nueva línea de demarcación entre la semántica y la pragmática. La duda se refuerza si se toma en cuenta lo que Dascal sostiene en un trabajo, escrito con Wróblewski, sobre la claridad de los textos jurídicos y la interpretación. Dascal y Wróblewski, en efecto, después de una relectura crítica tanto de la concepción tradicional de los juristas como de algu-

---

[30] Cfr. U. Eco [1990, ²1995, p. 26]. En lo que respecta a la interpretación jurídica, una posición parecida se ha sostenido, por ejemplo, por los autores que, a pesar de ser conscientes de las dificultades con las que tropieza todo intento de definir con precisión la noción de significado literal, distinguen dos estadios (dos niveles distintos) de la interpretación de los textos jurídicos: un primer estadio que tiene por objeto el literalismo textual y un segundo estadio, profundo, que tiene por objeto el contexto (los distintos contextos posibles). En este sentido, por ejemplo, se ha expresado recientemente E. Diciotti [1999, pp. 345-360]. Merece también ser mencionado, tanto por la claridad con la que traza la distinción como por el análisis del tema estudiado (el argumento *a contrario*), G. Carcaterra [1994].

[31] M. Dascal [1987, p. 260].

[32] M. Dascal [1987, p. 276], (la cursiva es del autor).

nas de las posiciones contrarias a la misma, proponen una caracterización distinta de la claridad de los textos jurídicos, declaradamente pragmática. Precisamente:

> the notion of clarity […] is a pragmatic concept. It is not an inherent qualification of a legal text, but depends upon its use in a given communicative situation. The relevant aspects of such a situation include the users of the language, their epistemic and axiological attitudes, as well as the specific forms of context and co-text [33].

1.5. Un balance tentativo

Literalismo, antiliteralismo moderado (latente), antiliteralismo radical (manifiesto) y literalismo moderado son los términos que he usado para designar los cuatro elementos de una posible panorámica, en la literatura lingüística del siglo XX, de algunas de las principales posiciones sobre la noción de significado literal.

Ahora bien, a los efectos de resumir y concluir las observaciones que preceden, resulta plausible afirmar que el literalismo puede entenderse (aun cuando, quizás, nadie lo haya defendido en su versión más radical) como la concepción que sostiene que el significado literal es todo lo que se necesita para definir el significado. En otros términos, si bien sus condiciones necesarias y suficientes están lejos de ser definidas claramente y precisadas rigurosamente, el significado literal es considerado suficiente para identificar el significado de una expresión lingüística. Según esta concepción, «significado literal» resulta ser, pues, una *expresión de alguna forma pleonástica*, en la medida en que el significado no puede ser otra cosa que literal.

La concepción opuesta (que, a diferencia de la concepción radical del literalismo, sí ha sido explícitamente enunciada y defendida) es el antiliteralismo radical (manifiesto). Según esta concepción, «significado literal» no es una expresión pleonástica, sino un *oximorón*. En efecto, según el antili-

[33] M. Dascal / J. Wróblewski [1988, p. 221]. Es más, siempre según Dascal y Wróblewski (p. 220): «The linguistic and meta-linguistic co-text […] of legal discourse has, in addition to the fuzziness […], several specific characteristics that may generate doubts triggering an interpretative process. These include, for example, the linguistic differentiation of kinds of legal "speech acts" (e.g., pleading, ruling, interrogating, witnessing, indicting, sentencing, legislation, etc.) and "genders" (laws, statutes, acts, procedural rules, precedents, etc.) whose proper recognition provides the indispensable meta-linguistic frame for correct understanding». Y, en referencia a un contexto de tipo sistémico y a un contexto de tipo funcional, añaden: «A legal text which formulates legal rules is always understood in the context of the legal system to which these rules belong. It is usually assumed that such system has –or should have– the properties of consistency, coherence and eventually completeness and lack of redundancy. […] A legal text in which legal rules are formulated is created and is operative in a functional context. This context is rather complex because its components are all those extra-systemic factors which are thought of as relevant for the understanding of the legal text».

teralismo radical el significado es una función de una pluralidad de variables distintas, entre las que el significado literal tiene un papel (si es que tiene alguno) absolutamente subsidiario.

Tanto para el antiliteralismo moderado (latente) como para el literalismo moderado, «significado literal» no es un oximorón ni una expresión pleonástica. Sin embargo, las dos concepciones no son equivalentes. Aunque pueda resultar sorprendente, el literalismo moderado es una concepción mucho más prudente que el antiliteralismo moderado. En efecto, tratando de limitar su impacto, el literalismo moderado no ignora en absoluto la diversidad de críticas de las que es pasible la noción de significado literal. Así, la concepción alternativa de significado literal que se sugiere resulta, como en el caso de la propuesta de Dascal, una noción débil, ampliamente indeterminada.

2. Los juristas y las nociones de «significado literal» y de «interpretación literal»

Parece claro, a partir de la constatación de las diversas dudas de los lingüistas, que la noción de significado literal no permite fundar un criterio interpretativo aceptable de forma incontrovertida. Como máximo, tal como se sugiere desde la perspectiva del literalismo moderado, su «papel fundamental» (no importa en qué medida subsidiario) debe circunscribirse, como sostiene Dascal, al de conducir

> the hearer to the identification of the relevant items of contextual information which have to be used in order to come up with an interpretation [34].

Esto es, el significado literal asume el papel de mero instrumento selectivo y/o evocativo de la diversidad de elementos no-literales (es decir, de elementos no puramente semánticos) que intervienen en la determinación del resultado de cualquier proceso interpretativo. Así pues, incluso desde la perspectiva del literalismo moderado, el significado literal es considerado como un punto de partida, pero no necesariamente como el marco en el que circunscribir la interpretación. Los propios defensores del literalismo moderado son, en efecto, conscientes del hecho de que

> the final meaning need not be a *part of* the final interpretation of any given utterance (i.e., of what the addressee decides to be its speaker's meaning). In many cases its contribution is entirely absent from the final interpretation (e.g., in some cases of irony […]). In other cases, it hardly contributes any «content» whatsoever to the speaker's meaning (e.g., when someone utters in an appropriate context a series of nonsense sounds).[35]

[34] M. Dascal [1987, p. 262].

[35] M. Dascal [1987, p. 262].

Las muy variadas dudas que los lingüistas han mostrado acerca de la noción de significado literal, a pesar de estar centradas en fenómenos que los juristas podrían estar tentados a considerar como marginales del uso del lenguaje común, tienen también, en cambio, una indiscutible importancia para el lenguaje jurídico y condicionan la maraña de problemas referidos a su interpretación.

Las dudas de los lingüistas, en efecto, no afectan sólo al lenguaje jurídico sino que adquieren específicos trazos distintivos por la peculiar naturaleza del lenguaje jurídico: en parte lenguaje natural y en parte lenguaje técnico especializado [36].

Ahora bien, como ya ha sido señalado, no está claro qué pretenden los juristas cuando prescriben y/o, en función de los casos, afirman y/o recomiendan que la interpretación se funde en el significado literal o significado propio de las palabras. No sólo no está claro, como es obvio, por el propio carácter problemático de la noción de significado literal, sino también por dos razones adicionales: (a) el uso no unívoco que los juristas hacen del término «literal» y/o de otros términos asumidos como sinónimos de «literal» (§ 2.1.) y (b) la pluralidad de concepciones antagónicas que tienen los juristas del proceso interpretativo (§ 2.2.).

2.1. Distintas concepciones de «literal»

Si se pretende encontrar un rechazo del criterio interpretativo fundamentado en el significado literal, Williams ofrece una formulación claramente drástica del mismo:

> The literal rule is a rule against using intelligence in understanding language. Anyone who in ordinary life interpreted words literally, being indifferent to what the speaker or writer meant, would be regarded as pedant, a mischief-maker or an idiot [37].

Concebido y rígidamente definido como el *anàlogon* del principio composicional (es decir, del principio según el cual el significado de un enunciado está determinado únicamente por el significado de las palabras que lo componen), el criterio interpretativo que se funda en la noción de significado literal no puede substraerse fácilmente a una crítica severa como la de Williams.

No obstante, para atenuar, aunque ciertamente no para eliminar, una crítica tan definitiva frente a cualquier directiva del legislador que prescriba la

---

[36] En lo que se refiere a la traducción del lenguaje jurídico, la importancia de la compleja interacción entre las características propias del lenguaje común y las del lenguaje técnico especializado es subrayada en T. Mazzarese [1996, pp. 403-405].

[37] G. Williams [1945, [11]1982, p. 105].

interpretación literal y/o frente a cualquier operador jurídico que pretenda atenerse a ella al aplicar el derecho y/o frente a cualquier teórico del derecho que recomiende su uso, debe decirse que en la terminología de los juristas «interpretación literal» no designa una noción unívoca; esto es, no designa un criterio interpretativo claramente definido. En efecto, son diversas las concepciones que los juristas manejan del literalismo y no son siempre unívocas las expresiones que usan para denominarlas.

2.1.1. Distintas concepciones de literalismo

No intentaré aquí sugerir una tipología de las distintas formas posibles de interpretación literal [38] ni proponer un abanico de los diversos sentidos en que la expresión «interpretación literal» es usada en el lenguaje de los juristas [39]. Me limitaré, simplemente, a ofrecer una ejemplificación de la falta de univocidad de «literal» en el lenguaje de los juristas, partiendo de una contribución indudablemente significativa para el análisis comparado de la interpretación de la ley («*statutory interpretation*»), coordinada, no hace muchos años, por MacCormick y Summers.

Concebido y organizado de forma rigurosa, el análisis comparado de las características peculiares de la interpretación de la ley en nueve países (Argentina, Finlandia, Francia, Italia, Polonia, República Federal Alemana, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos) es realizado por los distintos estudiosos de cada país siguiendo una misma falsilla: un esquema común de las preguntas que, de forma preliminar, han sido indicadas como principales no sólo a los efectos de que las diversas contribuciones resulten suficientemente exhaustivas en la descripción de cada situación nacional concreta, sino también, en especial, suficientemente homogéneas para hacer posible una comparación significativa.

---

[38] Una tipología de sus posibles configuraciones, más que una mera ejemplificación de las distintas formas en que los juristas entienden la noción de interpretación literal, es propuesta por L. Lombardi Vallauri [1971, [2]1981, pp. 55-58]. Partiendo de las distinciones dicotómicas más habituales en los análisis acerca de la interpretación jurídica, Lombardi Vallauri, recurriendo a un procedimiento combinatorio, distingue 24 tipos de interpretación, 6 de los cuales representan formas distintas de interpretación literal. En concreto: (1) «*interpretazione oggettiva storica letterale settoriale*», (2) «*interpretazione oggettiva storica letterale sistematica*», (3) «*interpretazione oggettiva evolutiva letterale settoriale*», (4) «*interpretazione oggettiva evolutiva letterale sistematica*», (5) «*interpretazione soggettiva storica letterale settoriale*» y (6) «*interpretazione soggettiva storica letterale sistematica*».

[39] C. Luzzati [1990, pp. 208-228] presenta un elenco de siete formas distintas en que los juristas entienden esa expresión. Véase, también, la distinción trazada recientemente por P. L. Chiassoni [1999, pp. 583-585] entre cuatro sentidos distintos en que los juristas usan «significado literal».

El esquema común consiste en veinte preguntas formuladas analíticamente, cuando no articuladas posteriormente en subpreguntas, más una pregunta cero [40].

Como confirmación (si fuera necesaria) de la importancia que continua teniendo el literalismo en la interpretación jurídica, a pesar de todas las reservas de los lingüistas, el término «literal» («*literal*») aparece en cuatro de las veinti(una) preguntas incluidas en el esquema. En particular, en la formulación de la pregunta número 3, aparece la locución «*literal meaning*»:

> Define any key terms such as «literal meaning», «contextual meaning», «intention of legislature» (several senses, if so used) and «purposive interpretation» [41].

En la formulación de la pregunta número 6 aparece, en cambio, la locución «*literary or ordinary meaning of words in the statute*»:

> In choosing between conflicting arguments, do the highest courts commonly give primary emphasis to what they assume to be the literal or ordinary meaning of words in the statute? [42]

En la formulación de la pregunta número 7, aparece otra variante distinta: «*literally (formally)*»:

> If hierarchical rules of priority are applied […] are they interpreted and applied only *literally (formally)* or are they interpreted and applied also in the light of the substantive considerations or rationales reflected in the conflicting statutes or norms […] emergent in the circumstances? [43]

Por último, en la formulación de la pregunta número 19, figura de nuevo la locución (que ya aparecía en la formulación de la pregunta número 7): «*ordinary or literal meanings of statutory words*». La noción de «significado literal» tiene un papel clave en la formulación de la pregunta número 19; el tipo de análisis crítico requerido a cada contribución es, en efecto, ejemplificado recurriendo a la siguiente comparación entre el sistema jurídico inglés y el norteamericano:

> English courts generally give more weight to interpretative arguments based on the *ordinary or literal meanings* of statutory words than do American courts. […] This does not necessarely mean that either the English or the American emphasis on *ordinary meaning* or the American emphasis on purpose is unjustified. Thus, the English emphasis on *ordinary meaning* may be justified, given such institutional factors in England (not present to the same degree in USA) as (1) more highly professional drafting (2) executive control over statutory texts

---

[40] Bajo el título: *Appendix: Final Version of the Questions, Comparative Statutory Interpretation. Project 1 November 1989*, el esquema se reproduce al final del volumen: N. MacCormick / R. S. Summers (eds.) [1991].

[41] N. MacCormick / R. S. Summers (eds.) [1991, p. 546], (la cursiva es mía).

[42] N. MacCormick / R. S. Summers (eds.) [1991, p. 546], (la cursiva es mía).

[43] N. MacCormick / R. S. Summers (eds.) [1991, p. 547], (la cursiva es mía).

so that they embody fewer ambiguities traceable to the necessity for compromise and (3) active legislation to correct judicial misinterpretation [44].

No hay univocidad (en la formulación de las preguntas recién mencionadas) entre las distintas ocurrencias de «literal» y de «significado literal». (Como es fácil imaginar, la falta de univocidad podría ejemplificarse de forma mucho más numerosa si, más allá de las preguntas, se tomaran también en consideración las respuestas ofrecidas por las contribuciones al volumen.)

Limitándose, sin embargo, a la formulación de las cuatro preguntas recién mencionadas, el uso del término «literal» no es unívoco, en primer lugar, porque el recurso a los términos «ordinario» y «formal» como ulterior calificación y/o como sinónimos de «literal» no hace más que alterar, de hecho, el significado que tiene «literal» (cualquiera que sea la forma en que se lo entienda) cuando este término es usado por sí solo; y, en segundo lugar, porque los términos «ordinario» y «formal» no son ellos mismos sinónimos y, por tanto, si se usan para calificar el término «literal», alteran su significado (cualquiera que sea la forma en que se lo entienda) de dos formas distintas.

2.1.2. Variedad de denominaciones de concepciones diversas del literalismo

«Abstracto», «formal», «gramatical» [45], «inmediato» [46], «lingüístico» [47], «obvio» [48], «ordinario», «patente» [49], «propio», «semántico» [50], «semiótico» [51], «textual» [52] son sólo algunos de los muchos términos utilizados para denominar concepciones distintas del literalismo; esto es, concepciones distintas de

---

[44] N. MacCormick / R. S. Summers (eds.) [1991, p. 550], (la cursiva es mía).

[45] Tanto «*sentido gramatical*» como «*método gramatical*» aparecen, por ejemplo, en R.J. Vernengo [1994].

[46] Con «inmediato», traduzco el término inglés «*direct*». «*Direct meaning*» y «*direct understanding*» aparecen, por ejemplo, en M. Dascal / J. Wróblewski [1988].

[47] Además de los trabajos mencionados en adelante en el texto, «*linguistic meaning*» aparece, por ejemplo, en J. Wróblewski [1992, pp. 97-100] y en B. Bix [1993, e.g. p. 76].

[48] «*Obvious meaning*» y «*obvious interpretation*» aparecen, por ejemplo, en N. MacCormick [1978, pp. 203-213] y en Z. Bankowski / N. MacCormick [1991, pp. 365-366].

[49] Con «patente» traduzco el término inglés «*plain*». «*Plain meaning*» aparece, por ejemplo, en N. MacCormick [1978, p. 204, pp. 208-209] y en B. Bix [1993, por ejemplo, pp. 67, 74-75, 156].

[50] «Significado semántico» aparece, por ejemplo, en B.S. Jackson [1999].

[51] «*Semiotic interpretation*» aparece en R. Alexy / R. Dreier [1991, p. 82]: «The semiotic interpretation –in Germany usually called «*Wortlaut*», «*philologische*» or «*grammatische Auslegung*»– requires an investigation into the semantic content and the syntactic structure of a norm».

[52] La expresión «*textual approach*» aparece, por ejemplo, en I. Sinclair [1973, ^{2}1984, p. 114].

la noción de significado literal y/o del criterio literal de la interpretación [53]. No obstante, raramente son definidos de forma clara y explícita y es fácil mostrar que todos los términos de esta lista asistemática son usados, en el lenguaje de los juristas, en una pluralidad de acepciones no coincidentes.

Dos ejemplos serán suficientes para confirmar esta afirmación y para intentar trazar, en la heterogeneidad de usos de esta variedad de términos, una distinción entre dos tipos de usos principales.

Un primer ejemplo se refiere al término «lingüístico». Al menos en un contexto bastante circunscrito y homogéneo como el del ya mencionado análisis comparado sobre la interpretación de la ley, coordinado por MacCormick y Summers, «*linguistic*» es usado en un mínimo de dos sentidos distintos.

En el primer sentido, que aparece por ejemplo en la contribución de Peczenik y Bergholz, «lingüístico» parece usarse simplemente como sinónimo de «literal» [54].

En el segundo sentido, en cambio, «lingüístico» es utilizado como término de género para denominar una pluralidad de criterios interpretativos centrados, cada uno según su propia especificidad, en aspectos distintos de la formulación lingüística de una ley. En este sentido, el término se utiliza en diversas contribuciones como, por ejemplo, las de Aarnio [55], Bankowski y MacCormick [56], Troper, Grzegorczyk y Gardies [57] y Zuleta-Pucerio [58].

---

[53] Un claro ejemplo de la distinción trazada entre dos formas distintas de entender el criterio literal de la interpretación, en función de la oposición entre «significado literal» y «significado propio de las palabras» puede encontrarse en N. Irti [1996]. En su cuidadoso análisis de la interpretación de los contratos, Irti sostiene, en efecto, que en lo que concierne al ordenamiento jurídico italiano las directivas sobre interpretación de los contratos, por un lado, y las directivas sobre interpretación de la ley, por el otro, llevan a dos formas distintas de entender el criterio literal. Y precisamente, afirma Irti: «L'art. 12 prescrive all'interprete di adottare il "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse". Il criterio della connessione, o dell'unità sistemica, designa l'*uso del contesto verbale*, che nel contratto si restringe alle clausole del singolo accordo (art. 1363), e nella legge si dilata a tutte le norme di un dato ordinamento. Ma "significato proprio" e "senso letterale" sono *espressioni identiche*, e si riferiscono al medesimo fenomeno? […] Senso (o significato) letterale, contrapposto alla comune intenzione, è il *senso del codice generale*: La letteralità indica una sorta di *visibilità sociale*, sicché tutti i parlanti […] attribuiscono alla parola lo stesso contenuto. Significato proprio, messo accanto ad intenzione del legislatore, è il *significato corretto*: La proprietà indica l'adeguatezza tecnica, la congruenza con la materia in esame» (pp. 150-15, la cursiva es del autor).

[54] A. Peczenik / G. Bergholz [1991, p. 314] escriben: «Linguistic interpretation. This is often called "interpretation following the words of the law" (Swed. *lagens ordalydelse*; the word "*ordalydelse*" corresponds to German "*Wortlaut*"). More abstract and general terms, such as "semantic" occur seldom, mostly in theoretical contexts».

[55] A. Aarnio [1991, pp. 133-134] distingue dos tipos de argumentos (criterios) lingüísticos: «semánticos» y «sintácticos».

[56] Z. Bankowski / N. MacCormick [1991, pp. 365-366] escriben: «Linguistic arguments. Either or both syntactic and semantic arguments are always available. Linguistics arguments in interpretative reasoning are commonly singalled by resort to such expressions as the literal

Un segundo ejemplo de la variedad de sentidos in que se utilizan términos alternativos a «literal», está referido a «ordinario».

En particular, «ordinario», a veces, es usado como sinónimo de «literal». Como ya he señalado, puede encontrarse este uso en la formulación de la pregunta número 19 del también citado análisis comparado sobre la interpretación de la ley editado por MacCormick y Summers. Más precisamente, en la formulación de esa pregunta, en sustitución del término «*literal*», se usa, en primer lugar, la expresión «*ordinary or literal*» y, posteriormente, el término «*ordinary*» por sí solo.

Otras veces, en cambio, según un uso radicalmente distinto, «significado ordinario» *no* es asimilado, *sino* netamente distinguido de la noción de «significado literal».

En este segundo sentido, el término se utiliza, por ejemplo, en la formulación del artículo 31 de la *Vienna Convention on the Law of Treaties*. El primer párrafo de ese artículo reza: «A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose». Después, el segundo párrafo establece lo que, a parte del texto, se debe considerar constitutivo del contexto; el tercero, aquello que debe tenerse en cuenta más allá del contexto y, por último, el cuarto párrafo señala en qué casos «special meaning is to be given to a term if it is established that the parties so intended».

Ahora bien, aunque no se haga una mención explícita de ello, está claro que, en la redacción del artículo 31 de la *Convención de Viena*, la locución «*ordinary meaning*» no se usa simplemente como sinónimo de «significa-

---

[…] or ordinary […] or obvious […] or "plain" meaning of statutory words and provisions. […] There are different varieties of linguistic argument, as follows: (1) A strong version is one where arguments are given to show that the preferred reading is, upon due reflection, the only possible reading of the text in context, and thus must prevael as the "plain" or "obvious" meaning of the statute. We may call this the "argument from the only possible meaning". (2) Arguments may be given to show that the preferred reading is the only obvious, or the more obvious, among a range of linguistically possible readings, the circumstances being such that no sufficient reason obtains for displacing the presumption in favour of the more "plain meaning" or the more "obvious meaning". We call this the "argument from undisplaced obvious meaning" […]; (3) The argument from logical absurdity may be deployed to show that the statutory text contains a self-contradiction, which no possible (and otherwise acceptable) reading of the text can evade. […] These arguments may lead on to «arguments from necessary implication».

[57] M. Troper / Chr. Grzegorczyk y J.-L. Gardies [1991, p. 182] escriben: «Linguistic arguments are based on the language in which the text is written. […] When courts use linguistic arguments, they sometimes speak of "literal meaning" of the statute, but by this expression they can refer to several entirely different things.»

[58] E. Zuleta-Pucerio [1991, p. 43] distingue dos tipos de argumentos (criterios) lingüísticos: «semánticos» y «sintácticos».

do literal» sino, en todo caso, como una expresión genérica que remite a una vasta suma de los criterios de interpretación jurídica más clásicos[59]. En otros términos, no obstante o quizás precisamente por su formulación tan detallada, el criterio del significado ordinario resulta indudablemente sincrético: un criterio que combina y asimila indistintamente un gran numero de criterios interpretativos heterogéneos[60].

No es distinta la conclusión que se obtiene a partir de un análisis de Summers y Marshall realizado en 1992. En ese análisis la noción de «significado ordinario» se distingue explícitamente de la de «significado literal» así como de las nociones de ««plain» or «clear» meaning, as these terms are often used by judges and other» y de la noción de «technical meanings, legal or non-legal»[61].

El análisis de Summers y Marshall especifica, además, qué debe entenderse por significado ordinario:

> the meaning which a competent, knowledgeable, purposeful and informed user of ordinary language would give to ordinary words of the statute in issue on the basis of what we will call the resources of ordinary language argumentation[62].

Esta definición, conjuntamente con algunos de los argumentos adoptados para defender el criterio interpretativo del significado ordinario de los ataques de los que ha sido objeto, llevan (como en el caso del artículo 31 de la *Convención de Viena*) a una caracterización de «significado ordinario» no unívoca, sino ecléctica. Esa caracterización se revela simplemente como una síntesis de una vasta gama de los criterios interpretativos más clásicos. En efecto, citando cuanto escriben los propios Summers y Marshall:

> The various resources to be brought to bear by ordinary language user include: general linguistic competence, dictionaries, grammar books, the bearing

---

[59] Respecto del artículo 31 de la Convención de Viena la afirmación de que «significado ordinario» no debe entenderse como «significado literal» es formulada, por ejemplo, por I. Sinclair [1973, ²1984, p. 121]: «This "ordinary meaning" does not necessarely result from a pure grammatical analysis. The true meaning of a text has to be arrived at by taking into account all the consequences which normally and reasonably flow from that text. Furthermore, there is no such thing as an abstract ordinary meaning of a phrase, divorced from the place which that phrase occupies in the text to be interpreted».

[60] Probablemente ésta es la razón por la que, como subraya I. Sinclair [1973, ²1984, p. 114]: «There are few topics in international law which have given rise to such extensive doctrinal disputes as the topic of treaty interpretation».

[61] Cfr. R. S. Summers / G. Marshall [1992, pp. 215-216].

[62] R. S. Summers / G. Marshall [1992, p. 215]. En la medida en que la noción de «competent, knowledgeable, purposeful and informed user of ordinary language» remite a, y/o presupone, alguna forma de «intersubjective perspective of an interpretative community», no se puede dejar de compartir cuanto señala, de forma innegablemente obvia, M. Rosenfeld [1990, p. 1213], quien sostiene que: «the intersubjective perspective of an "interpretative community" can only prevail through the suppression of difference and the subordination of dissenting other. Indeed [...] legal interpretation becomes manifestly problematic *because* of conflict and fragmentation *within* the interpretative community» (la cursiva es del autor).

> on a general context of usage, general knowledge of the language user, purposive analysis drawing at least on immediate purposes in the circumstances, the drafter»s knowledge of usage in parallel circumstances in ordinary life, special factual knowledge, reminders of factual considerations already familiar, the use of hypothetical analysis, analogy, standards of consistency and systematic reflection. […] In the end we might even reconceptualize and retitle our subject not as «the argument from ordinary meaning» but as a variety of language-oriented arguments for refining meaning or settling doubts about ordinary words [63].

A los efectos de concluir estas observaciones sobre los diversos usos de los distintos términos que remiten a la noción de significado literal, se puede proponer una distinción entre dos tipos principales de elecciones terminológico-conceptuales. La clasificación que propongo, haciendo referencia a las cuatro posiciones examinadas de los lingüistas acerca del significado literal, es la que distingue entre una forma de literalismo jurídico radical y una forma de literalismo jurídico moderado.

El *primer tipo* (denominado literalismo jurídico radical) comprende todos los usos lingüísticos que aparentemente asumen una concepción restringida del significado literal (como es el caso del primero de los dos usos mencionados de «interpretación lingüística» y, respectivamente, de «significado ordinario»); el *segundo tipo* comprende, en cambio, todos los usos lingüísticos que (como en el caso del segundo de los dos sentidos de «interpretación lingüística» y, respectivamente, de «significado ordinario»), no abandonan, aunque sea con alguna reserva, la noción de significado literal sino que la redefinen y/o la remiten a una caracterización más amplia, sincrética y multiforme a un mismo tiempo.

2.2. Distintas concepciones de «interpretación»

Si ya la variedad de concepciones del literalismo, conjuntamente con la pluralidad de denominaciones de algunas de ellas, es suficiente para provocar graves perplejidades sobre la noción de interpretación literal, la situación se complica ulteriormente si se toman también en consideración las distintas concepciones que tienen los juristas de la interpretación.

En efecto, se pueden distinguir fácilmente diversas caracterizaciones no equivalentes del proceso interpretativo [64]. De particular importancia, entre

---

[63] R. S. Summers / G. Marshall [1992, pp. 224-215].

[64] R. Guastini [1990, ²1992, pp. 103-107] enumera cinco formas distintas en las que los juristas usan «interpretación»: «(1) In senso stretto, "interpretazione" è impiegato per riferirsi alla attribuzione di significato ad una formulazione normativa in presenza di dubbi o controversie intorno al suo campo di applicazione […]; (2) in senso lato, "interpretazione" è impiegato per riferirsi a qualsiasi attribuzione di significato ad una formulazione normativa, indipendentemente da dubbi o controversie […]; (3) In senso molto lato, interpretazione è talvolta impiegato per riferirsi genericamente all»insieme del lavoro dei giuristi, il quale include –ac-

las diversas distinciones posibles, es la contraposición paradigmática entre dos concepciones fundamentales de la interpretación: (a) la concepción tradicional, aún hoy dominante, según la cual no hay interpretación cuando la formulación lingüística de un texto normativo es suficientemente clara y (b) la concepción heterodoxa según la cual siempre hay interpretación, independientemente de la presunta claridad de la formulación lingüística de un texto normativo. (Alternativamente, sin poner el acento en las formulaciones lingüísticas, sino sobre los casos a los que las normas se aplican, esta oposición paradigmática puede ser reformulada como la oposición entre la concepción según la cual no hay interpretación cuando el caso es suficientemente claro y la concepción según la cual, en cambio, hay siempre interpretación, con independencia del hecho de que el caso sea claro o no.)

El brocardo usualmente asociado a la concepción tradicional es «*in claris non fit interpretatio*» [65].

De modo simétrico, acogiendo una propuesta aparentemente provocativa de Irti, se podría afirmar que la máxima idónea para representar la concepción no ortodoxa podría ser: «*in obscuris non fit interpretatio*»; [66] es de-

---

canto all'interpretazione vera e propria […]– anche altre operazioni, quali ad esempio: l'identificazione delle fonti del diritto valide e la cosiddetta "sistemazione" del diritto, o costruzione in sistema delle norme giuridiche […]; (4) in alcuni contesti "interpretazione" è impiegato per denotare un trattamento dei testi giuridici (percepito come) scorretto, o manipolatorio […]; (5) infine, occasionalmente, e del tutto inopportunamente, "interpretazione" è talvolta usato come sinonimo di "applicazione"». (El primer y el segundo uso corresponden a las que en el texto han sido identificadas, respectivamente, como concepción tradicional y concepción heterodoxa) Una caracterización ulterior de «interpretación» que no se corresponde con ninguno de los cinco usos del término identificados por Guastini, puede encontrarse en G. Zagrebelsky [1992, p. 182]: «Attività mediana che si colloca sulla linea di tensione che lega la realtà al diritto, ciò che rappresenta l'ennesima riproposizione della lotta mai spenta e forse irrinunciabele tra la *ratio* del caso e la *voluntas* della legge». Y también es parcialmente distinta de la propuesta de Guastini la distinción entre tres sentidos de «interpretación» trazada en diversas ocasiones por Wróblewski. Cfr., por ejemplo, J. Wróblewski [1969, ²1983, pp. 72-73] y [1992, pp. 87-88]. Finalmente, sin estar circunscrito al ámbito jurídico, M. Ferraris [1988, pp. 136-137] enumera siete usos de «interpretación».

[65] De los muchos trabajos en los que se enuncia explícita o implícitamente (pero de forma patente) la concepción tradicional, cfr., por ejemplo, H. Hart [1961, capítulo VII]; J. Wróblewski [1969, ²1983], [1983], [1992, p. 97]; F. Schauer [1991, pp. 207-212], J. Raz [1996, p. 350], R. S. Summers [1997, p. 107]. La concepción tradicional es también asumida en las diversas contribuciones a N. MacCormick / R.S. Summers (ed.) [1991]. Finalmente, sin estar circunscrita únicamente al ámbito jurídico, una clara afirmación de la concepción tradicional estándar es ofrecida por M. Ferraris [1998, p. 136]: «Solo se si riuscirà a mostrare che ci sono molti casi in cui *non* si interpreta abbiamo qualche speranza di definire che cosa propriamente sia "interpretare"» (la cursiva es del autor).

[66] Entre los pocos trabajos que explícita o, más fácilmente, implícitamente remiten a la concepción heterodoxa, cfr., por ejemplo, H. Kelsen [1934 a, capítulo VI], [1934 b], [1960, capítulo VII]; A. Ross [1958, capítulo IV]; G. Tarello [1974], [1980]; R. Guastini [1990, ²1992], [1993]; R.J. Vernengo [1994].

cir, es la oscuridad (como, por ejemplo, la autocontradicción o el sin sentido) la que cierra la posibilidad de interpretación, no la claridad. En otras palabras, la formulación de un texto normativo sólo puede considerarse clara en función, y como resultado, de un proceso interpretativo. Así, según Irti:

> la chiarezza non è *presupposto*, ma *risultato* dell'interpretazione: un testo verbale di per sé […] non è né chiaro né oscuro, né distinto né confuso. Soltanto il processo interpretativo e la graduale applicazione dei metodi prescritti dal legislatore sono in grado di dirci se il testo è «chiaro» o «oscuro» [67].

La contraposición paradigmática entre la concepción tradicional y la heterodoxa, reviste también (aunque no exclusivamente) un interés particular por sus implicaciones de tipo epistemológico y por sus asunciones de tipo lingüístico.

En particular, bajo un punto de vista epistemológico, el proceso interpretativo adquiere una connotación de carácter cognoscitivo-declarativo, en el caso de la concepción tradicional, mientras que, en el caso de la concepción heterodoxa, en cambio, adquiere una connotación de carácter decisorio-constitutivo [68].

Estas implicaciones opuestas de naturaleza epistemológica de la concepción tradicional y de la concepción heterodoxa tienen su propio fundamento en, y/o están fuertemente condicionadas por, una oposición simétrica entre dos tesis lingüísticas.

La connotación de carácter cognoscitivo-declarativo de la concepción tradicional de la interpretación tiene su fundamento en la tesis lingüística de que las palabras tienen un significado propio; por tanto, dado que el significado literal es manifiesto, su individualización no requiere (excepto casos excepcionales) interpretación alguna.

En cambio, la connotación de carácter decisorio-constitutivo de la concepción heterodoxa de la interpretación niega que las palabras tengan un significado propio y está fuertemente influenciada por la tesis lingüística que sostiene que el significado de cualquier expresión (con independencia de su aparente claridad) es siempre el resultado de un proceso interpretativo en el que intervienen una pluralidad de variables heterogéneas, lingüísticas y no lingüísticas.

En resumen, la concepción tradicional conlleva una forma de literalismo lingüístico (no necesariamente radical), mientras que la concepción hetero-

---

[67] N. Irti [1996, pp. 63-66], (la cursiva es del autor). No menos crítico es el comentario formulado por R.J. Vernengo [1994, pp. 19-20, nota 1]: «La ley clara –¿clara en qué circunstancias y para quién?– suele resolverse con algún brocado, del tipo *in claris non est interpretatio*, que tiene la ventaja, por su manifiesta oscuridad, de dejar el problema tal cual».

[68] Sobre la oposición paradigmática cognoscitivo-declarativo *vs*. decisorio-constitutivo cfr., por ejemplo, T. Mazzarese [1992, pp. 294-298] y [1999].

doxa conlleva una forma de literalismo lingüístico moderado (aunque no necesariamente una forma de antiliteralismo).

Hasta aquí no se presentan problemas, a no ser que no se preste atención a los resultados que se obtienen de la combinación de los términos de la contraposición paradigmática entre las dos principales concepciones de la interpretación jurídica (la tradicional y la heterodoxa) y las dos principales posiciones sobre el literalismo jurídico (radical y moderado), anteriormente distinguidas en función de la variedad de formas en que los juristas denominan y/o entienden el significado literal.

2.3. «Interpretación literal»: comentarios a modo de conclusión sobre una expresión dudosa

El intento de confrontar y combinar las dos principales concepciones de la interpretación con las dos principales posiciones sobre el literalismo jurídico no sólo permite poner de manifiesto la ambigüedad de la locución «interpretación literal», sino también destacar el carácter íntimamente paradójico de cada una de las cuatro nociones que se pueden obtener combinatoriamente.

En particular, dos de los cuatro sentidos combinatoriamente posibles de «interpretación literal» resultan un sinsentido; el tercero resulta, en cambio, autocontradictorio y el cuarto sí parece sensato, pero de carácter más sincrético que no fundado efectivamente en la noción de significado literal.

«Interpretación literal» resulta ser un sinsentido *tanto* en el caso de la concepción tradicional de la interpretación combinada con la posición del literalismo jurídico moderado, *como* en el caso de la concepción heterodoxa de la interpretación combinada con la posición del literalismo jurídico radical.

En el primer caso, «interpretación literal» es un sinsentido porque la concepción tradicional de la interpretación está fuertemente condicionada por la tesis lingüística que sostiene que las palabras tienen un significado propio y que esto es (casi) todo cuanto es necesario para individualizar el significado de un enunciado, mientras que, simétricamente, el literalismo jurídico moderado (en abierta oposición con la concepción tradicional de la interpretación) considera la locución «significado literal» como poco más que una etiqueta sincrética para denominar un gran número de criterios interpretativos heterogéneos.

En el segundo caso, «interpretación literal» es un sinsentido porque (en clara oposición con la tesis que caracteriza al literalismo jurídico radical) la concepción heterodoxa de la interpretación está fuertemente condicionada por la tesis lingüística que sostiene que el significado de cualquier expresión lingüística es una función de una pluralidad de variables diferentes, en-

tre las que el significado literal tiene (en caso de que lo tenga) un papel únicamente subsidiario, mientras que, simétricamente, el literalismo jurídico radical (en clara oposición con la tesis principal de la concepción heterodoxa de la interpretación) considera el significado literal como el elemento central que, según el principio composicional, lleva a la individualización del significado de cualquier expresión lingüística.

Más aún, «interpretación literal» resulta ser una noción autocontradictoria cuando se combina la concepción tradicional de la interpretación con el literalismo jurídico radical. No se comprende, en efecto, qué se entiende por interpretación literal si, según la concepción tradicional de la interpretación, *in claris non fit interpretatio*; esto es, si la oscuridad se asume como condición necesaria de la interpretación.

Por último, «interpretación literal» es una noción sensata si se combina la concepción heterodoxa de la interpretación con el literalismo jurídico moderado; es decir, cuando interpretación literal no significa más que una interpretación según la cual el significado literal es, quizás, el punto de partida, pero cuyos confines no son necesariamente insuperables [69].

3. Interpretación literal y seguridad jurídica

Las observaciones que preceden conducen a una conclusión descorazonadora: en los casos en que no es autocontradictoria o un sinsentido, la locución «interpretación literal» no identifica ningún criterio preciso, unívocamente determinado, sino que remite, en cambio, a una pluralidad de criterios heterogéneos que varían, según los casos, en relación con distintas lecturas de cada texto normativo.

Si, a pesar de su tenor desagradablemente pesimista, esta conclusión es correcta, resulta inevitable preguntarse por qué los juristas se obstinan en prescribir o, según los casos, recomendar o afirmar que la interpretación debe encontrar su propio fundamento en el significado literal, en el significado propio de las palabras. La razón no es, ciertamente, la falta de actualización de sus conocimientos ni la proverbial resistencia a modificar sus propias categorías conceptuales más tradicionales. La razón por la que los juristas siguen recurriendo a la interpretación literal (con la variedad de de-

[69] Un ejemplo de esta forma de entender la interpretación literal lo ofrece la caracterización que Kelsen realiza de su propia noción de «interpretación auténtica»; es decir, de la interpretación autoritativa realizada por cualquier órgano jurídico en la aplicación del derecho. Según H. Kelsen [1960, p. 352]: «Debe tenerse en cuenta que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable». La cita se toma de la traducción española: H. Kelsen [1986, pp. 354-355].

nominaciones y caracterizaciones propuestas), es, aunque pueda parecer simple y banal, la defensa del valor sumamente celebrado y fuertemente enfatizado de la seguridad jurídica [70].

Del mismo modo que un buen número de tesis importantes, que se reflejan de formas diversas sobre los presuntos aspectos lógicos y/o racionales de las distintas formas del lenguaje y del razonamiento jurídico, la interpretación literal es considerada como un instrumento necesario para afirmar que la seguridad jurídica puede y debe ser perseguida y asegurada. Temiendo que, de otra forma, el terrorífico caos de la pura arbitrariedad pueda no tener ya obstáculo alguno, a los efectos de defender y afirmar la seguridad jurídica, los juristas siguen apoyándose en la interpretación literal (así como en algunas otras tesis sobre la presunta dimensión lógico-racional del lenguaje y del razonamiento jurídico), indiferentes ante cualquier dificultad, de la que pueden incluso ser conscientes, y desdeñosos de cualquier crítica que sus propias investigaciones pueden haber contribuido magistralmente a poner de manifiesto. En otros términos, los juristas prescriben, recomiendan y defienden la interpretación literal principalmente por su fuerza evocativa y no por su eventual capacidad heurística.

La siguiente pregunta que se impone es, entonces, si la seguridad jurídica merece una defensa tan denodada y tenaz que lleve a los juristas a minusvalorar (si no a ignorar) las dificultades de carácter explicativo que anulan la propia posibilidad de que aquélla sea alcanzada. En otras palabras, la cuestión es si, y en su caso en qué medida, la seguridad jurídica es un valor tan indudablemente deseable como para ser perseguido con independencia de toda consideración sobre la debilidad de los instrumentos explicativos sobre cuya base se fundamenta la posibilidad de que aquél sea alcanzado.

A pesar del amplio consenso del que goza todavía el valor de la seguridad jurídica, la respuesta es más problemática de cuanto pueda creerse.

La seguridad jurídica y/o la interpretación literal como instrumento necesario para garantizar su obtención son, en efecto, el objeto no sólo, a nivel explicativo, de la pluralidad de críticas de naturaleza lingüística de las que se ha hecho mención, sino también, a nivel prescriptivo, de una diversidad de críticas de distinta naturaleza.

Un primer tipo de críticas es de carácter *jurídico* y concierne al propio funcionamiento del derecho, su eficacia y su eficiencia. En concreto, para evitar el resultado autodestructivo de una ley que difícilmente encuentre aplicación, su formulación lingüística debe ser, al menos en alguna medida, indeterminada. Denominada y/o caracterizada de formas no siempre coin-

[70] Entre las defensas más fuertes y apasionadas de la seguridad como valor constitutivo del derecho no puede evitarse la remisión al ya clásico F. López de Oñate [1942, ^{3}1968].

cidentes, la necesidad de una voluntaria indeterminación en el lenguaje del legislador, es objeto de atención en muchos trabajos ya a partir de 1934, año de publicación de la primera contribución de Kelsen a la teoría de la interpretación [71].

Un segundo tipo de críticas a la seguridad jurídica, y a su criterio subyacente de la interpretación literal, es de carácter *político* [72]. En concreto, la cuestión de si el criterio de la presunta interpretación literal debe considerarse el principal instrumento interpretativo (y, en su caso, en qué medida), y si la seguridad debe considerarse como un valor jurídico absoluto, es (o al menos puede ser) un problema de valoración política y, por tanto, de carácter contingente e ideológicamente condicionado. Este punto encuentra una clara (pero, quizás, no intencional) formulación en Bobbio cuando discute acerca de la oposición paradigmática entre interpretación conceptual e interpretación dirigida a los objetivos sociales y a los intereses. Escribe, en efecto, Bobbio:

> è probabile che la scelta stessa del metodo sia condizionata dall'apprazzemento favorevole o sfavorevole delle conseguenze della decisione. Il giudice adotterà questo o quel metodo secondo che vorrà conseguire questo o quel risultato. [...] Una volta che sia riconosciuto il valore decisivo del fine, la disputa non è più metodologica, ma ideologica. Si tratta di sapere, se mai, quale delle

[71] Cfr. H. Kelsen [1934 b] y también [1934 a, capítulo VI] y [1960, capítulo VII]. Circunscribiendo la atención a los trabajos publicados después de la contribución de Kelsen en 1934, cfr., además, A. Ross [1958, capítulo IV], H. Hart [1961, capítulo VII], G. Carrió [1965, ^{4}1990, pp. 26-36 y pp. 133-168], W. Twining / D. Miers [1976, ^{2}1982, capítulo V], M. Moore [1980-1981, pp. 180-202], J. Wróblewski [1983], C. Luzzati [1990], B. Bix [1993], F. Schauer [1993, pp. XIII-XIV], F. Denozza [1995, pp. 28-32], J.J. Moreso [1997 a, pp. 108-125], G.L. Palombella [1997, p. 127].

[72] Una denuncia clara y explícita de la ambivalencia política del requerimiento de la seguridad jurídica, tal y como se expresa en la tensión, en época renacentista, entre emergentes estamentos comerciales y la afirmación del absolutismo de los estados modernos, puede encontrarse en D. Corradini [1971, pp. 12-13]: «gli scopi che le due forze si proponevano di raggiungere, tramite la riduzione a sistema dei precetti giuridici e in specie delle norme privatistiche, divergono profondamente. Da un canto, promuovendo un "modello garantistico" che si sarebbe sviluppato con compiutezza nella dottrina del liberalismo, si sostiene che la legge scritta e valida indistintamente per i cittadini è necessaria perché siano riconosciuti come irrinunciabili i diritti fondamentali della persona e in primo luogo il diritto alla propietà. Dall'altro, in linea con un "modello assolutistico" o "statualistico" che accentua il momento dell'autorità nei rapporti fra gli organi di governo e i consociati, si scorge nella legislazione e nella codificazione il mezzo per sopprimere i particolarismi locali connessi al predominio della consuetudine, e quindi per rendere più saldo il potere sovrano. E proprio in quanto la medesima richiesta di certezza giuridica si lega a contenuti diversi, la riflessione intorno alla figura del giudice, e ai compiti che egli assolve, è destinata a mutare a seconda dell'angolo di visuale prescelto. Anche qui, infatti, le strade sembrano dividersi: o si desiderano stabilire severi limiti all'attività dei tribunali per evitare che le sentenze scalfiscano le prerogative inviolabili e l'autonomia dell'uomo; oppure si reclama una legislazione armonica per impedire che i magistrati infrangano i comandi imposti dall'alto».

> due ideologie sia da preferirsi. Ma da parte di chi? in quali circostanze? Il dire [...] che l'interpretazione concettuale è più conservatrice e quella rivolta agli scopi sociali e agli interessi è più progressiva, non vuol dire formulare un giudizio di valore: «conservatore» e «progressivo» vengono usati in questo contesto nel loro uso descrittivo, l'uno indicante la funzione di mantenere uno *status quo*, l'altro quello di mutarlo. Che questa operazione sia da apprezzare o disapprovare dipende unicamente dalla valutazione che diamo allo *status quo* [73].

Un tercer tipo de críticas a la seguridad jurídica, y a su criterio subyacente de la interpretación literal, es de carácter *ético*. En concreto, ya sea por el carácter específicamente pluralista de la sociedad contemporánea, ya sea por el reconocimiento explícito de un gran número de derechos fundamentales por parte de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, el modelo liberal del estado de derecho se está sustituyendo patentemente por un modelo de ordenamiento jurídico distinto que refleja la variedad de concepciones jurídicas y sociales acerca del modo de entender los valores últimos. Así, según el modelo de «derecho dúctil» propuesto por Zagrebelsky [74], los efectos negativos que, sobre la seguridad jurídica, conllevan la falta de consenso social y jurídico sobre los valores últimos a defender y a implementar, no están en absoluto en contraste con cuanto requieren los ordenamientos jurídicos modernos, sino que, al contrario, son un resultado obvio del carácter intrínsecamente dinámico de los principios fundamentales que ellos mismos establecen que deben protegerse [75].

---

[73] N. Bobbio [1958, ²1977, pp. 95-96]. Claramente distinto, en cambio, es el tono de N. Bobbio [1951] cuando, en una feroz recensión a la sexta edición de *Law and The Modern Mind* de Jerome Frank, afirma que «non si può nemmeno immaginare un ordinamento giuridico senza che sussista una sia pur minima garanzia di certezza» (p. 151), e ancora «Non gli viene il sospetto [...] che la certezza del diritto [...] sia un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto [...] Non gli passa neppure per la mente che al problema della certezza del diritto siano legati problemi fondamentali per la coesistenza ordinata dell'uomo, come quello della difesa contro l'arbitrio [...] e della protezione dell'eguaglianza giuridica. [...] Non lo agita il minimo dubbio che il problema della certezza del diritto, che corrisponde al bisogno umano di fondare la coesistenza sopra un complesso di regole stabili e non caduche, durature e non provvisorie, sia un problema storico (e non banalmente psicologico)» (pp. 150-151).

[74] Temáticas parecidas a las enunciadas por Zagrebelsky en la elaboración de su modelo de «derecho dúctil», son propias, de forma más general, de la que, en el último decenio, se está imponiendo claramente como una nueva concepción del derecho: el neoconstitucionalismo. Concepción que, aún dentro de su ya rica variedad de formulaciones distintas, se caracteriza por la oposición paradigmática entre estado (liberal) de derecho y estado *constitucional* de derecho, modelo estatal, este último del que se indagan formas y modos de configuraciones posibles, así como la variedad y pluralidad de implicaciones iuspolíticas a nivel nacional y supranacional.

[75] Escribe G. Zagrebelsky [1992, pp. 200-202]: «Quello che può apparire come l'arbitrio degli interpreti e l'incertezza del diritto non dipendono affatto […] da una o da un'altra concezione dell'interpretazione del diritto ma da molto più profonde condizioni nelle quali il di-

Por último, a los efectos de retomar y concluir la ejemplificación de algunos de los diversos tipos de críticas que, a nivel prescriptivo, pueden realizarse al valor de la seguridad jurídica, y a su subyacente y característico criterio de la interpretación literal, pueden mencionarse dos últimos comentarios, tomados de Lombardi Vallauri.

Primero:

> Il valore della certezza del diritto [...] non è il valore unico e supremo. E quindi, quando anche si dimostrasse che una metodologia produce più certezza, resterebbe ancora da dimostrare che essa è per ciò stesso migliore in senso assoluto [76].

Segundo:

> La vera scorrettezza metodologica dei giudici e dei giuristi in generale non sta tanto nell'opzione per la metodologia «eclettica» dei risultati, quanto nel carattere criptico di questa opzione, che sottrae alla luce della discussione le motivazioni reali [77].

Referencias bibliográficas

Aarnio, Aulis [1991], *Statutory Interpretation in Finland*. En: MacCormick, Neil / Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot, Dartmouth, pp. 123-170.

Aissen, Judith / Hankamer, Jorge [1977], *Ambiguità*. En: *Enciclopedia Einaudi*. Torino, Einaudi, vol. 1, pp. 417-449.

---

ritto è chiamato a operare. Nello Stato liberale di diritto dell'acutezza di questi problemi non si aveva sentore e l'interpretazione poteva ridursi alla ricerca del significato delle norme volute dal legislatore. […] La ragione della temuta "esplosione" soggettivistica dell'interpretazione è […] da rintracciare nel carattere pluralistico della società attuale e di quella società parziale che è la comunità dei giuristi e di coloro che operano attraverso il diritto. […] La causa dell'incertezza nei processi dell'applicazione del diritto non è in una cattiva disposizione mentale dei giuristi ma nel deperimento di un quadro di principî di senso e valore generalmente condiviso. […] Se ciò comporta conseguenze negative sulla certezza del diritto, occorre avere chiaro che esse non sono lo stravolgimento, ma la conseguenza dei sistemi giuridici attuali. […] Se si tiene conto di alcuni dati di fatto: che oggi i principî contenenti valori di giustizia sono divenuti diritto positivo inserito nella costituzione; che quindi l'appello alla giustizia accanto o contro le regole della legge, non può più essere visto come un gesto eversivo e distruttivo del diritto […] ma è un evento previsto e ammesso; che tali principî consistono essenzialmente in "nozioni a contenuto variabile" e quindi svolgono una funzione essenzialmente dinamica, se si considera tutto questo, si comprenderà allora che una forza permanentemente orientata al mutamento è stata così inserita nell'ordinamento». Para una crítica al modelo de Zagrebelsky y a las implicaciones que éste conlleva respecto de la seguridad jurídica, cfr. R. Guastini [1996].

[76] L. Lombardi Vallauri [1971, ²1981, p. 81].

[77] L. Lombardi Vallauri [1971, ²1981, p. 83].

Alexy, Robert / Dreier, Ralf [1991], *Statutory Interpretation in Federal Republic of Germany*. En: MacCormick, Neil / Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot, Dartmouth, pp. 73-121.

Austin, John L. [1962], *How To Do Things with Words*. Oxford, Clarendon Press.

Bankowski, Zenon / MacCormick, Neil [1991], *Statutory Interpretation in the United Kingdom*. En: MacCormick, Neil / Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot, Dartmouth, pp. 359-406.

Belvedere, Andrea [1997], *Testi e discorsi nel diritto privato*. En: «Ars Interpretandi», 2 (1997), pp. 137-156.

Bix, Brian [1993], *Law, Language and Legal Indeterminacy*. Oxford, Clarendon Press.

Bobbio, Norberto [1951], *La certezza del diritto è un mito?* En: «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 28 (1951), pp. 146-152.

Bobbio, Norberto [1958, [2]1977], *Sul formalismo giuridico*. En: «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1 (1958), pp. 977-998. Reed. en: Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e formalismo giuridico*. Milano, Comunità, pp. 79-100.

Bolinger, Dwight [1989], *Intonation and Its Uses. Melody in Grammar Discourse*. London, Edward Arnold.

Borutti, Silvana [1983], *Significato. Saggio sulla semantica filosofica del '900*. Bologna, Zanichelli.

Carcaterra, Gaetano [1994], *L'argomento* a contrario. En: Cassese, Sabino / Carcaterra, Gaetano / D'Alberti, Marco / Bixio, Andrea (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*. Bologna, il Mulino, pp. 177-272.

Carrió, Genaro [1965, [4]1990], *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Chiassoni, Pierluigi [1998], *L'ineludibile scetticismo della «scuola genovese»*. En: Comanducci, Paolo / Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e diritto 1998*. Torino, Giappichelli, pp. 21-76.

Chiassoni, Pierluigi [1999], *La giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*. Milano, Giuffrè.

Corradini, Domenico [1971], *Garantismo e statualismo*. Milano, Giuffrè.

Cruttenden, Alan [1986], *Intonation*. Cambridge, Cambridge University Press.

Dascal, Marcelo [1981], *Contextualism*. En: Parret, Herman / Sbisà, Marina / Verschueren, Jef (eds.), *Possibilities and Limitations of Pragmatics*. Amsterdam, Benjamins, pp. 153-177.

Dascal, Marcelo [1983], *Pragmatics and the Philosophy of Mind 1. Tought in Language*. Amsterdam, Benjamin.

Dascal, Marcelo [1987], *Defending Literal Meaning*. En: «Cognitive Science», 11 (1987), pp. 259-281.

Dascal, Marcelo / Wróblewski, Jerzy [1988], *Trasparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law*. En: «Law and Philosophy», 7 (1988), pp. 203-224.

Denozza, Francesco [1995], *La struttura dell'interpretazione*. En: «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 49 (1995), pp. 1-73.

Diciotti, Enrico [1999], *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino, Giappichelli.

Eco, Umberto [1984], *Semiotica e filosofia del linguaggio*. Torino, Einaudi.

Eco, Umberto [1990, ²1995], *I limiti dell'interpretazione*. Milano, Bompiani.

Eco, Umberto [1997], *Kant e l'ornitorinco*. Milano, Bompiani.

Ferraris, Maurizio [1998], *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*. En: Derridà, Jacques / Vattimo, Gianni (eds.), *Diritto, giustizia e interpretazione*. Bari, Laterza, pp. 129-163.

Gibbs, Raymond W. [1982], *A Critical Examination of the Contribution of Literal Meaning to Understanding Nonliteral Discourse*. En: «Text», 2 (1982), pp. 9-27.

Gibbs, Raymond W. [1984], *Literal Meaning and Psychological Theory*. En: «Cognitive Science», 8 (1984), pp. 275-304.

Gibbs, Raymond W. [1989], *Understanding and Literal Meaning*. En: «Cognitive Science», 13 (1989), pp. 243-251.

Guastini, Riccardo [1990, ²1992], *Dalle fonti alle norme*. Torino, Giappichelli.

Guastini, Riccardo [1993], *Le fonti del diritto e l'interpretazione.* Milano, Giuffrè.

Guastini, Riccardo [1996], *Diritto mite, diritto incerto*. En: «Materiali per una storia de la cultura giuridica», 26 (1996), pp. 513-525.

Haaparanta, Leela [1985], *Frege's Doctrine of Being*. Helsinki, Acta Philosophica Fennica.

Hart, Herbert [1961], *The Concept of Law*. Oxford, University Press.

Irti, Natalino [1996], *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*. Padova, Cedam.

Jackson, Bernard S. [1999], *Significato letterale. Semantica e narrativa nel diritto biblico e nella teoria contemporanea del diritto*. En: «Ragion Pratica», 7 (1999), n. 12, pp. 153-177.

Jori, Mario [1995], *Definizioni giuridiche e pragmatica*. En: Comanducci, Paolo / Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e diritto 1995*. Torino, Giappichelli, pp. 109-144.

Katz, Jerrold J. [1977], *Propositional Structure and Illocutionary Force. A Study of the Contribution of Sentence Meaning to Speech Acts*. New York, The Harvest Press.

Katz, Jerrold J. [1981], *Literal Meaning and Logical Theory*. En: «Journal of Philosophy», 78 (1981), pp. 203-234.

Kelsen, Hans [1934 a], *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien, Deuticke.

Kelsen, Hans [1934 b], *Zur Theorie der Interpretation*. En: «Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts», 8 (1934), pp. 9-17.

Kelsen, Hans [1960], *Reine Rechtslehre*. Wien, Deuticke. Trad. cast. de Roberto J. Vernengo: *Teoría Pura del Derecho*, México, D.F., UNAM, 1986.

Kooij, Jan G. [1971], *Ambiguity in Natural Language*. Amsterdam, North Holland.

Ladd, D.R. [1980], *The Structure of Intonational Meaning. Evidence from English*. Bloomington, Indiana University Press.

Lakoff, George [1973], *Hedges: A Study in Meaning Criteria and the Logic of Fuzzy Concepts*. En: «Journal of Philosophical Logic», 2 (1973), pp. 458-508.

Lakoff, George [1993], *The Contemporary Theory of Metaphor*. En: Ortony, Andrew (ed.), *Metaphor and Thought. Second Edition*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 202-251.

Lombardi Vallauri, Luigi [1971, [2]1981], *Corso di filosofia del diritto*. Padova, Cedam.

López de Oñate, Flavio [1942, [2]1950, [3]1968], *La certezza del diritto*. Roma, Tipografia Consorzio Nazionale, 1942. Segunda edición editada por Guido Astuti: Roma Gismondi, 1950. Nueva edición revisada editada por Guido Astuti: Milano, Giuffrè 1968.

Luzzati [1990], *La vaghezza delle norme*. Milano, Giuffrè.

Lyons, John [1977], *Semantics*. Cambridge, Cambridge University Press.

Lyons, John [1981], *Language, Meaning and Context*. Great Britain, Fontana Paperbacks.

MacCormick, Neil [1978], *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press.

MacCormick, Neil / Summers, Robert S. (eds.) [1991], *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot, Dartmouth.

Marconi, Diego [1995], *Filosofia del linguaggio*. En: Rossi, Paolo (ed.), *La filosofia. I Le Filosofie speciali*. Torino, UTET, pp. 365-460.

Mazzarese, Tecla [1990], «*Enunciato descrittivo d'una norma*». *Osservazioni su una nozione imbarazzante*. En: *Studi in memoria di Giovanni Tarello*. Milano, Giuffrè, vol. 2, pp. 253-288.

Mazzarese, Tecla [1992], *Dubbi epistemologici sulle nozioni di* «quaestio facti» *e* «quaestio juris». En: «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 69 (1992), pp. 294-320.

Mazzarese, Tecla [1996], *Legal Language and Translation. Six Main Sorts of Problem*. En: Lewandowska-Tomaszczyk, Barbara / Thelen, Marcel (eds.), *Translation and Meaning Part 4*. Maastricht, UPM, pp. 399-412.

Mazzarese, Tecla [1999], *Towards the Semantics of «Constitutive» in Judicial Reasoning*. En: «Ratio Juris», 12 (1999), pp. 252-262.

Moore, Michael S. [1980-1981], *The Semantics of Judging. En*: «Southern California Law Review», 54 (1980-1981), pp. 151-294.

Moreso, José Juan [1997 a], *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Moreso, José Juan [1997 b], *Significado, interpretación y proposiciones normativas. Apuntes para un debate*. Manuscrito.

Ogden G.K. / Richards, I.A. [1923, [10]1960], *The Meaning of Meaning*. London, Kegan Paul.

Ortony, Andrew [1993], *Metaphor and Thought. Second Edition*. Cambridge, Cambridge University Press.

Palombella, Gianluigi [1997], *La conoscenza nell'interpretazione. Un modello per la giurisdizione*. En: «Democrazia e diritto», 37 (1997/2), pp. 125-183.

Peczenik, Aleksander / Bergholz, Gunnar [1991], *Statutory Interpretation in Sweden*. En: MacCormick, Neil / Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot, Dartmouth, pp. 311-358.

Pike, Kenneth L. [194 5], *The Intonation of American English*. Ann Arbor, University of Michigan Press.

Prandi, Michele [1994], *Meaning and Indexicality in Communication*. En: Parret, Herman (ed.), *Pretending to Communicate*. Berlin, Walter de Gruyter, pp. 17-32.

Raz, Joseph [1996], *Why Interpret?* En: «Ratio Juris», 9 (1996), pp. 349-363.

Rosenfeld, Michel [1990], *Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism*. En: «Cardozo Law Review», 11 (1990), pp. 1211-1267.

Ross, Alf [1958], *On Law and Justice*. London, Stevens.

Rumelhart, David E. [1979, ²1993], *Some Problems with the Notion of Literal Meanings*. En: Ortony, Andrew (ed.), *Metaphor and Thought. Second Edition*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 71-82.

Sadock, Jerrold R. [1979, ²1993], *Figurative Speech and Linguistics*. En: Ortony, Andrew (ed.), *Metaphor and Thought. Second Edition*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 42-57.

Schauer, Frederick [1991], *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford, Oxford University Press.

Schauer, Frederick [1993], *Introduction*. En: Schauer, Frederick (ed.), *Law and Language*. Aldershot, Dartmauth, pp. XI-XVI.

Searle, John R. [1969], *Speech Acts*. London, Cambridge University Press.

Searle, John R. [1978, ²1979], *Literal Meaning*. En: «Erkenntnis», 13 (1978), pp. 207-224. Reed. en: Searle, John R., *Expression and Meaning*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 117-136.

Searle, John R. [1979, ²1993], *Metaphor*. En: Ortony, Andrew (ed.), *Metaphor and Thought. Second Edition*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 83-111.

Searle, John R. [1980], *The Background of Meaning*. En: Searle, John R. / Kiefer, Ferenc / Bierwish (eds.), *Speech Acts Theory and Pragmatics*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 221-232.

Segre, Cesare [1986], *Co-text and Context*. En: Sebeok, Thomas A. (ed.), *Encyclopaedic Dictionary of Semiotics*. Berlin, Mouton, vol. 1, pp. 151-152.

Sinclair, Ian [1973, ²1984], *The Vienna Convention on the Law of Treaties. Second Edition.* Manchester, Manchester University Press.

Summers, Robert S. [1997], *Sobre la interpretación legislativa ideal*. En: «Isonomía», 6 (1997), pp. 107-130.

Summers, Robert S. / Marshall, Geoffrey [1992], *The Argument from Ordinary Meaning in Statutory Interpretation*. En: «Ireland Legal Quarterly», 43 (1992), pp. 213-236.

Tarello, Giovanni [1965], *Osservazioni sull'individuazione dei precetti. La semantica del neustico*. En: «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 19 (1965), pp. 405-435.

Tarello, Giovanni [1974], *Diritto, enunciati, usi*. Bologna, il Mulino.

Tarello, Giovanni [1980], *L'interpretazione della legge*. Milano, Giuffrè.

Taylor, John R. [1989, ²1995], *Linguistic Categorization. Prototypes in Linguistic Theory. Second Edition*. Oxford, Clarendon Press.

Troper, Michel / Grzegorczyk, Christophe / Gardies, Jean-Louis [1991], *Statutory Interpretation in France*. En: MacCormick, Neil / Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot, Dartmouth, pp. 171-212.

Twining, William / Miers, David [1976, ²1982], *How to Do Things with Rules.* London, Weidenfeld and Nicolson.

Usberti, Giulio [1995], *Significato e conoscenza*. Milano, Guerini scientifica.

Van Noppen, J.P. / Hols, E. (eds.) [1990], *Metaphor II. A Classified Bibliography of Publications from 1985-1990*. Philadelphia, Benjamin.

Vernengo, Roberto [1994], *La interpretación literal de la ley. Segunda edición ampliada*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Viola, Francesco [1997], *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica linguistica e l'ermeneutica*. En: «Ars Interpretandi», 2 (1997), pp. 53-73.

Waismann, Friedrich [1945, ²1951], *Verifiability*. En: «Proceedings of the Aristotelian Society», supl. vol. XIX, 19 (1945), pp. 101-164. Reed. en: Flew, Antony (ed.), *Essays on Logic and Language*. Oxford, Basel Blackwell, pp. 117-144.

Williams, Glenn [1945, [11]1982], *Learning the Law*. London, Stevens and Sons.

Williamson, Timothy [1994], *Vagueness*. London, Routledge.

Wróblewski, Jerzy [1969, ²1983], *Legal Reasoning in Legal Interpretation*. En: «Logique et Analyse», 12 (1969), pp. 3-31. Reed. en: Wróblewski, Jerzy, *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Helsinki, A-Tieto Oy, pp. 71-103.

Wróblewski, Jerzy [1983], *Fuzziness of Legal System*. En: Kangas, Urpo (ed.), *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*. Monographic issue of «Oikeustiede», 16 (1983), pp. 311-330.

Wróblewski, Jerzy [1992], *The Judicial Application of Law*. Editado por Zenon Bankowski y Neil MacCormick. Dordrecht, D. Reidel.

Zagrebelsky, Gustavo [1992], *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino, Einaudi.

Zuleta-Pucerio, Enrique [1991], *Statutory Interpretation in Argentina*. En: MacCormick, Neil / Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot, Dartmouth, pp. 29-71.

(Trad. de Jordi Ferrer Beltrán)

N O T A S

RORTY Y EL PRAGMATISMO

Gabriel Bello Reguera
Universidad de La Laguna

1. Introducción

Entre los diez filósofos elegidos para este curso, R. Rorty es el único norteamericano entre nueve europeos (Nietzsche, Husserl, Wittgenstein, Heidegger, Ortega, Russel, Sartre, Gadamer y Habermas)[1]. Cuando, por su parte, nombra Rorty a los tres filósofos más importantes de este siglo, coincide con los organizadores de este curso, en la valoración alta de dos de éllos, Heidegger y Wittgenstein, a los que añade a su compatriota e inspirador J. Dewey. En la lista de aquí la ventaja de Europa sobre Norteamérica es de 9 á 1. En la de Rorty de 2 á 1. Sirva este apunte de competición deportiva como un síntoma de la tensión crítica entre la filosofía europea y la norteamericana.

La obra de Rorty es voluminosa y la bibliografía sobre élla practicamente inabarcable. En un contexto como éste, he optado por dividir mi intervención en dos partes. La primera tratará de esbozar el contexto en el que se gesta y desarrolla la obra. En la segunda intentaré sugerir lo que a mi parece el núcleo teórico de la misma.

2. El contexto

La formación de R. Rorty tiene lugar en el cruce del pragmatismo norteamericano con el neopositivismo y la filosofía analítica de origen europeo. A partir de ahí él ha ido elaborando una obra, aun viva y abierta, muy abierta, que ha logrado crear un clima conocido como neopragmatismo, cuyo contexto histórico y cultural convendría sugerir. Me voy a limitar al componente pragmatista pues la filosofía analítica ha estado más presente en nuestro pasado reciente.

[1] «Diez filósofos del Siglo XX» Organizado por el Aula Jorge Juan y el ICE de la Universidad de Alicante en el curso 1999-2000, dirigido por el Prof. Manuel Atienza, en cuyo contexto se presentó, como conferencia, este ensayo. Mantiene su forma original salvo algún detalle de redacción y algún añadido bibliográfico.

El pragmatismo norteamericano clásico nació del intento de articular filosoficamente la cultura norteamericana cuando Norteamérica se estaba convirtiendo en una Gran Sociedad y, más aún, en Gran Potencia Imperial, cristalizada en 1898 a expensas del Imperio Español, al que puso fin en Cuba y Filipinas (uno de los pragmatistas clásicos, W. James, hermano del novelista H. James, fué antibelicista en aquella ocasión). Con todo, en aquel momento la Sede Imperial seguía estando en Europa: el Imperio Británico, cuya cultura se proyectaba, con la alemana, poderosamente sobre una Norteamérica culturalmente aún adolescente.

Esta génesis histórica del pragmatismo marcará dos de sus rasgos identificatorios. El primero es su orientación preferentemente práctica, hacia una ética y una política democráticas, en contraste con el teoreticismo de la filosofía europea, dependiente de la noción griega de la «teoría» como contemplación, surgida y desarrollada mayormente en sociedades predemocráticas. El segundo, por su parte, es el que hubiera de construir y reconstruir su identidad filosofífica en *diálogo crítico* con la filosofía europea, sobre todo la moderna [2]: el idealismo alemán mezclado con un cierto transcendentalismo teológico, el empirismo ingles, y el racionalismo cartesiano francés. Este nacimiento crítico –y no metafísico, dogmático- constituye la labor de los pragmatistas clásicos: Peirce, James, Royce, Mead y Dewey, en mayor o menor medida.

El diálogo con la filosofía europea pasa, hasta incluir a Rorty, por las siguientes fases hasta.

Una primera de formación, en la que Charles S. Peirce (1839-1914) no sólo se enfrenta al cartesianismo, al idealismo y al empirismo, sino también y al socialdarwinismo de H. Spencer, una adaptación de la teoría biológica de Darwin de la supervivencia del más apto para justificar la desigualdad socio-económica y política. A partir de Peirce, el darwinismo constitituirá una de las señas de identidad del pragmatismo hasta Rorty [3]. La contribución más sobresaliente de Peirce es la creación de la orientada en sentido *pragmático*. Esta es la verdadera raíz del pragmatismo.

La segunda fase es de desarrollo, difusión y expansión. Primero a cargo de W. James (1842-1910) y después de J. Dewey (1859-1952), pero cuyo apogeo cubrió los años que van desde finales del s. XIX hasta la Segunda Guerra Mundial. El caballo de batalla es el concepto clásico de verdad, como correspondencia con la realidad. Peirce lo redefine en términos consen-

[2] Por lo cual yo tiendo a pensar que en el pragmatismo hay un elemento poderosamente postmoderno.

[3] R. Rorty, «Dewey, Between Hegel and Darwin», en H.J. Saatkamp, Jr., *Rorty. The Philosopher Responds to His Critics*, Nasville/Londres, Vanderbildt Univ Press, 1995.

suales y James utilitaristas, lo cual habría de suscitar las críticas de, entre otros, B. Russell y E. Durkheim [4]. Es la época de la primera ola influencia del pragmatismo en Europa: Schiller (Inglaterra), Sorel (Francia), Papini (Italia), y, en alguna medida, Ortega y Gasset (España). La polémica revive durante los años veinte y treinta del S. XX entre Russell y Dewey siempre al propósito del problema de la verdad. Russell –en un momento en que el imperialismo norteamericano, ascendente, desafía al inglés, decadente– tiende a dar del pragmatismo una versión despectiva: como una filosofía del interés práctico inmediato, político y económico, comercial. Dewey, por su parte, lo ridiculiza. Es –dice– como asociar la filosofía francesa a la costumbre gala de tener una amante además de una esposa, o como asimilar la filosofía alemana a un combinado de cerveza y salchicha.

Durante esta misma década –años treinta– tienen lugar dos episodios que afectan al pragmatismo de forma desigual. Uno es la llegada a Norteamérica de algunos miembros del Círculo de Viena, cuyo positivismo lógico-analítico habría de llegar a desplazar a un pragmatismo que, con Dewey, se había convertido en abiertamente político, democrático, dentro de una cierta tosquedad lógica (para el paladar neopositivista epistemológicamente centrado). Como contrapartida, sin embargo, entre 1931 y 1935, tiene lugar la publicación de los *Collected Papers* de Peirce [5], semi-olvidado hasta entonces, lo cual supone la aparición del punto de vista pragmático en el análisis del lenguaje que acabará por imponerse al lógico-empírico de los neopositivistas.

La tercera fase se abre al final de la segunda guerra mundial, y se articula, asímismo, en torno a dos episodios. Por un lado, la presencia de la Escuela de Frankfurt en Norteamérica –huyendo del nazismo- está en el origen de la *Crítica de la razón instrumental* [6]– donde M. Horkheimer, en la línea de Russell, vuelve a la carga contra Dewey y su instrumentalismo: por

---

[4] B. Russell, «The Transatlantic Truth», en *The Albany Review*, Enero de 1908, y «Pragmatism», en *The Edinburgh Review*, Abril de 1909. Ambos están recogidos en *Los problemas de la filosofía*, Madrid, Alianza, 1968 (or. ing., 1966) donde se puede leer: «La novedad esencial del pragmatismo está en que admite, como base para la creencia *cualquier clase* de satisfacción que pueda derivarse de mantenerla, y no simplemente la satisfacción teorética que la ciencia busca [...] por eso se adapta igualmente bien a la democracia en el interior y al imperialismo en el exterior» (pp. 136 y 157). ¿No era eso lo que venía ocurriendo en Inglaterra donde se mantenía la exigente satisfacción teorética de Russell? E. Durkheim, *Pragmatismo y sociología*, Buenos Aires, Schapire, s/f. Según el prologuista, el texto original procede de un curso que dió Durkheim entre 1913 y 1914, justo antes de la guerra, con el objetivo de «hacer conocer a los estudiantes esa forma todavía nueva del pensamiento filosófico: el *Pragmatismo*» (p. 7).

[5] *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Vols. I-VI., ed. por C. Hasthorne y P. Weiss, Cambrigde, Mass., Harvard University Press, 1931-1935.

[6] Buenos Aires, Sur, 1973 (or. al., 1967).

carecer de criterios críticos sustantivos. El instrumentalismo mantiene, en línea con su inspiración darwinista, que las teorías filosóficas y científicas son instrumentos para adaptarnos a la realidad en lugar de formas de conocer (y almacenar) la realidad en un lenguaje verdadero o racional. Si, a juicio de Russell, el pragmatismo cojeaba por la verdad, al de Hokheimer lo hace por la racionalidad. Aunque, de hecho, lo que aparece en su texto es, más que la racionalidad misma, su nostalgia, que Habermas tratará de remediar al redefinir la racionalidad, en los años setenta –paradojicamente en la estela del pragmatismo: el de Peirce–, en términos pragmático-comunicativos. Como se sabe, la crítica de Horkheimer al instrumentalismo de Dewey se hace extensiva, con Adorno, a la cultura norteamericana como «industria cultural», que alimenta la imagen francfurtiana de la «racionalidad intrumental» o la «unidimensionalidad».

El segundo episodio de esta tercera fase tiene un sentido diferente. Me refiero, ahora, a la recepción en Norteamérica de los *Collected Papers* de Peirce, uno de cuyos efectos es la articulación de la de la pragmática como un enfoque del lenguaje nuevo y autónomo, más allá del compromiso formalista y epistemologista del neopositivismo. Es el caso de Ch. Morris cuyo libro *Signos, lenguaje y conducta*, publicado en 1946, operó durante mucho tiempo como referencia obligada. Aunque, por mi parte, prefiero *Ethics and Language*, de Ch. Stevenson, aparecido en 1944, que tendrá una amplia recepción crítica, desde posiciones aún neopositivistas, en la Inglaterra de los años cincuenta y sesenta. Esta crítica habría de ser recuperada, en los ochenta por A. McIntyre en su justamente famoso *Tras la virtud*[7]–. McIntyre ve en Stevenson la articulación filosófica más solvente del emotivismo ético que, en su lectura, funciona como una especie de cable cuyos gruesos hilos son: Nietzsche y el vitalismo, Weber y su politeismo de los valores, Sartre y el existencialismo, y el narcisismo esteticista contemporáneo, cuyo pluralismo diferencialista vuelve imposible un razonamiento moral concluyente y unificado. Creo, por mi parte, que cabe otra lectura de Stevenson. Como la del iniciador del *análisis pragmático* del lenguaje moral, un punto de no retorno en la reflexión (meta)ética, sobre todo al ser reforzado por la obra del segundo Wittgenstein y de Austin y los múltiples herederos de ambos, más o menos críticos. Más como K. O. Apel, J. Habermas, y –desde otro lado– J. Derrida. Menos como el propio Rorty o J.F. Lyotard.

La decada de los setenta daría lugar a una cuarta fase que, como las anteriores, opera en un doble sentido. Casi a comienzos de la década, en 1973, Apel propone una lectura de Peirce como alguien que, al final del S. XIX, llevó a cabo la *transformación semiótica* de la filosofía transcedental ale-

[7] Barcelona, Crítica, 1987 (or. nort., 1984). Ver, por ejemplo la segunda mitad del cap. 2.

mana: la sustitución de las ideas por los *signos* como objetos primarios de la filosofía y, coherentemente, la sustitución de la conciencia por la comunidad como intérprete de los mismos [8]. Este gesto de Apel constituye, desde el corazón filosófico de Europa, toda una consgración histórica del pragmatismo, el movimiento filosófico genuinamente norteamericano. Pero Apel cobra un peaje por este reconocimiento: la transcedentalización de la semiótica en la dirección de una «pragmática transcendental»; aplicar a la experiencia semiótico-comunicativa, intersubjetiva, el método de análisis transcendental o reconstrucción de sus condiciones *a priori* de posibilidad, que Kant había aplicado a la experiencia cognitiva y moral, subjetiva. De aquí saldrá, asímismo, la pragmática universal de Habermas, quien, andando el tiempo, invocará la antropología semiótica de otro pragmatista clásico, G.H. Mead, como uno de los ingrediantes de su pensamiento postmetafísico[9]. Sea cual sea el balance final, la obra de Apel y Habermas, dos de los filósofos más influyentes del las últimas décadas del siglo XX, no sería lo que es sin la vigorosa influencia de la semiótica pragmática o del pragmatismo semiótico de Peirce.

El segundo episodio de esta cuarta fase tendrá lugar al final de la década. En 1979, entra en escena R. Rorty con su *La filosofía y el espejo de la naturaleza* [10], justo en la dirección contraria de Apel y Habermas. Y de Peirce, a quien él sustituye como héroe filosófico por Dewey (además de Wittgenstein y Heidegger). Lo que Rorty cree llevar a cabo es la sustitución de la epistemología y su operación canónica, la conmensuración con un lenguaje originario, que opera como espejo de la naturaleza, incluida la naturaleza humana, el yo, por la hermenéutica y su procedimiento típico, la conversación de efectos no cognitivos sino edificantes. Esta sustitución implica una tarea doble y complementaria. Por un lado, la deconstrucción de la filosofía moderna, de orientación cognitivo-epistémica, a partir de Descartes, Locke y Kant, incluída la filosofía analítica del lenguaje, cuya crítica ya había llevado a cabo en su Introducción a *El giro lingüístico* [11]–. Rorty cree que este tipo de filosofía ha ocupado masivamente –y esterilizado– los departamentos de Filosofía norteamericanos, pero en autores como Quine

[8] K.O. Apel, «De Kant a Peirce: la transformación semiótica de la filosofía transcendental», en su *La transformación de la filosofía*, Madrid, Taurus, 1985, Vol. II.

[9] J. Habermas, *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, Taurus, 1990 (ed.al., 1988), III.8: «Individuación por vía de socialización. Sobre la teoría de la subjetividad de G.H. Mead».

[10] Madrid, Cátedra, 1983; original norteamericano, *Philosophy and the Mirror of Nature*, New Jersey, Princeton University Press, 1979.

[11] R. Rorty, comp., *The Lingüístic Turn: Recent Essays in Philosophical Method*, Chicago, University of Chicago Press, 1967. La versión castellana, a mi cargo, de la Introducción a este volumen puede verse en R. Rorty, *El giro lingüístico*, Barcelona, Paidós, 1990.

(discípulo de Carnap pero también de Dewey), Sellars, y Davidson conserva ciertos elementos pragmátistas que él, Rorty, trata de recuperar y reforzar. La segunda tarea –su objetivo básico– es la recuperación la inspiración ética y política del pragmatismo clásico. Aquí es donde Rorty trata de conectar a Dewey con una amplia corriente europea en la que caben el Wittgenstein de las formas de vida y los juegos de lenguaje, y la tradición hermenéutico-existencial, de Sartre a Gadamer, a quienes asocia desprejuiciadamente en el cap. VIII, con el mismo propósito de sustituir la epistemología por una hermenéutica, y la filosofía sistemática por una filosofía edificante.

Estos puntos de vista serán ampliados y reafirmados en *Las consecuencias del pragmatismo* [12] donde la figura de Dewey cobra mayor relieve, pero también suscita una enorme polémica entre los eruditos del pragmatismo clásico. Lo mismo que ocurre con Heidegger, Derrida o Foucault –siempre un escalón por debajo de su admirado Dewey– entre los lectores de ambos. El efecto más duradero de este libro es que, a partir de entonces, Dewey es una figura revalorizada tanto dentro como fuera de Norteamérica como un clásico del liberalismo y la democracia (a lo cual ha contribuído la caída histórica de las dictaduras socialistas). A partir de entonces, Rorty ha dedicado su atención, cada vez más, a una mezcla de ética y política que no es otra cosa que una «ética democrática», desde una orientación esteticista que le ha vuelto a colocar en el ojo de la crítica. El núcleo de esta preocupación es el libro *Contingencia, ironía y solidaridad* [13] con el que (según confesión propia) hacia 1992/93 había consegido vender un enorme número de copias y acumular un inmenso volumen de críticas. Con posterioridad, Rorty ha publicado tres volúmenes de *Philosophical Papers* que recogen la mayoría de sus escritos de las décadas 80/90 [14].

Cerraré esta primera parte, con un par de observaciones sobre el pragmatismo en su conjunto, incluído Rorty.

La sustitución –en primer lugar– de la Metafísica por la ciencia. Más en concreto, de la metafísica hegeliana de la historia por la Biología evolutiva de Darwin. La consecuencia inmediata es la sustitución de la *necesidad* de las leyes de la historia por el azar y la *contingencia* de las relaciones con el

[12] Vers. cast. (Madrid, Tecnos, 1997) de *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1982.

[13] Versión cast. (Barcelona, Paidós, 1990) de *Contingency, Irony and Solidarity*, Nueva York, Cambridge University Press, 1989.

[14] Me refiero a *Objectivity, Relativism and Truth. Philosophical Papers* 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1991 (vers. cast., Barcelona, Paidós, 1996). *Essays on Heidegger and Others. Philosophical Papers* 2., Cambridge, Cambridge University Press, 1991 (vers. cast., Barcelona, Paidós, 199), y *Truth and Progress. Philosophical Papers*, 3., Cambridge, Cambridge University Press, 1998 (vers, cast., Barcelona, Paidós, 2000).

medio, un medio humano, cultural y ligüístico, no ya natural al estilo de las otras especies animales. Un medio que transforma la causalidad biológica en causalidad semiótica. He denominado [15] a esta imagen del mundo, alternativa a la filosofía de la historia, «darwinismo semiótico», cuyo órgano de adaptación es la *significación*. Palabra, ésta –«significación»– cuyo significado es el intercambio entre interlocutores de signos lingüísticos con sus correspondientes efectos semióticos. Según autores e interpretaciones, el intercambio lingüístico oscila entre el lenguaje científico y su estructura lógico empírica, y el lenguaje conversacional ordinario, cuya estructura es más bien narrativa. Desde esta perspectiva, el lenguaje científico no es más que una especialización de la semiótica, y la comunidad de investigación un condesado de la más amplia y extensa «comunidad de conversación», de condición ética y política, formadora de las identidades democráticas. No otra es la significación profunda del giro lingüístico-pragmático.

De donde el segundo rasgo.

Se trata, ahora, de la sustitución de la perspectiva teoreticista clásica –teoría como «contemplación»– por una orientación eminentemente práctica, ética y política, fundidas ambas en una teoría de la *democracia*, cuya inspiración Rorty ha encontrado en Dewey y, últimanente, también en Whitman y, más allá aún, en Emerson [16]. Esta inspiración es utilizada por Rorty con triple propósito: recuperar el orgullo norteamericano después de la humillación de Vietnam, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos; contrarrestar el antinorteamericanismo suscitado en casi todo el mundo por la prepotencia y la brutalidad de la oligarquía norteamericana, y situar a la filosofía norteamericana a la altura intelectual de la europea con una ligera ventaja para aquélla: su compromiso consustancial con la democracia. De este modo, Rorty resulta ser una nacionalista convicto y confeso, con el matiz de que su método es la persuasión y no la fuerza.

Una diferencia fundamental entre Rorty y sus clásicos es que éstos discutían con una Europa que venía siendo siendo la sede del Imperio desde el Romano hasta el Inglés. Y de la Cultura Imperial. Mientras que Rorty escribe desde la consciencia del desplazamiento de la potencia y la cultura imperiales de Europa a Norteamérica. Por eso ha podido ser visto como la voz narcisista del academicismo norteamericano (R. Bernstein y C. West) o, peor aún, de la Sociedad Nordatlántica rica y postmoderna. La América Imperialista. De hecho, en la órbita que acabo de citar Rorty expresa el deseo de que una unión futura de Estados Unidos y Europa –que él imagina so-

[15] En mi libro, *La construcción ética del otro*, Oviedo, Nóbel, 1997, cap. 3.

[16] Ver el reciente R. Rorty, *Forjar nuestro país*, (Barcelona, Paidós, 1999), vers. cast. de *Achieving Our Country*, 1998. Una imagen más completa de Emerson puede verse en C. West, *The American Evasion of Philosophy. A Genealogy of Pragmatism*, Madison, University of Wisconsin Press, 1989, cap. 1.

cialdemócrata, de izquierda reformista– llegue a formar una federación Noratlántica cuyo alcance político se extienda a todo el espacio de la globalización económica. A esta federación que margina olímpicamente a la ONU, la denomina Rorty «parlamento de la Humanidad».

3. El núcleo teórico

En lo que resta me gustaría tocar lo que me parece el núcleo teórico de la filosofía de Rorty: i) su compromiso axiológico o ético en torno al que gira todo lo demás; ii) su antifundamentalismo filosófico; ii) su método pragmático-conversacional contingente; iv) su articulación del espacio conversacional: a) dentro de las sociedades democráticas de cultura occidental en torno a la separación público/privado), y b) hacia fuera de estas sociedades –que hoy ya son multiculturales-, en relación con las no occidentales, bajo la figura de un etnocentrismo abierto.

Comenzaré por un texto de la Introducción a *Contingencia, ironía y solidaridad* (p. 17) en el que Rorty traza el retrato del «ironista liberal», la compleja figura que condensa todos los problemas que acabo de apuntar:

> ... los liberales son personas que los actos de *crueldad* son *lo peor* que se puede hacer. Empleo el término «ironista» para designar a esas personas que reconocela *contingencia* de sus creencias y de sus deseos más arraigados: personas lo bastante historicistas y nominalistas, para haber abandonado la idea de que esos deseos remiten a algo que está más allá del tiempo y del azar. Los ironistas liberales son personnas que entre esos deseos imposibles de fundamentar, incluyen sus propias *esperanzas* de que el sufrimiento ha de disminuir, que la humillación de los seres humanos por otros seres humanos ha de cesar (subrayado mío).

Este párrafo define al liberal por su compromiso axiológico, ético, constituído por: su creencia de que hay un «mal radical», la crueldad, humillación o sufrimiento innecesario de los seres humanos, y su apuesta decidida en su contra; la esperanza de que ese mal no sólo habrá de disminuir sino de desaparecer. Hay que añadir un tercer valor, que no aparece en este texto, pero que es la cara positiva de la crueldad: se trata de la solidaridad, que Rorty no entiende únicamente en términos de la «ayuda humanitaria» (aliviar el dolor orgánico, que los seres humanos compartimos con los demás animales), sino que se preocupa, sobre todo, por el daño más o menos irreparable, causado o que se puede causar, a la identidad de las personas. Este daño es la humillación, y constituye una forma de dolor especificamente humano, que no compartimos con los demás animales.

Hay –entre otros– un cuarto valor, que tampoco figura en el texto, y que nos desplaza ya a la parte ironista del liberal: se trata de la *autocreación* –concepto tomado de Foucault y Nietzsche-, la tarea de ser artista de la propia identidad vital: ser, pues, a la vez, el artista y la obra. A diferencia de la solidaridad, cuyo campo de cultivo es el espacio público, la autocreación

ironista sólo puede cultivarse en privado. Es la separación público/privado que tanta crítica ha suscitado.

Pero ahora quiero centrarme en un rasgo de la identidad ironista que sí aparece en el texto: me refiero a la *contigencia* de sus creencias y deseos más arraigados, de los valores con los que está comprometido a muerte. Se trata del reconociniento filosófico de la imposibilidad de fundamentarlos. En otro texto del mismo libro (p. 91) Rorty presenta al ironista como un anti-fundamentalista radical. Escribe:

> Llamaré «ironista» a la persona que reuna estas tres condiciones: 1) tenga dudas radicales y permanentes acerca del léxico último que utiliza habitualmente, porque han incidido en él otros léxicos, léxicos que consideran últimos las personas que ha conocido; 2) advierte que un argumento formulado con su léxico actual no puede ni consolidar ni eliminar esas dudas; 3) en la medida en que filosofa acerca de su situación, no piensa que su léxico se halle más cerca de la realidad que los otros o que esté en contacto con un poder distinto de élla misma. Los ironistas propensos a filosofar no conciben la elección entre léxicos ni como hecha dentro de un *metaléxico neutral y universal* ni como un intento de ganarse un camino a *lo real* que esté más allá de las apariencias, sino simplemente como un modo de enfrentar lo nuevo con lo viejo (subrayados míos).

Resumiendo: el ironista se identifica por sus dudas radicales acerca de su léxico último: aquel en el que expresa los valores con los que se compromete (hasta morir: Rorty sigue a Dewey en ésto), y por el reconocimiento de su incapacidad para remediarlas. Esta incapacidad surge de su *increencia* en un ámbito de validez metalingüística universal –llámese Metafísica en el sentido amplio del término: incluida la teología, o Razón, incluída la pragmática transcedental–, aquel tipo de lenguaje que pudiera oficiar de «espejo de la naturaleza». Por contra, el ironista está convencido de la contingencia radical del lenguaje. No sólo por su pluralismo etnocéntrico, sino también por su condición originariamente metafórica, por la imposibilidad de una relación necesaria entre el lenguaje y una realidad exterior y anterior (pasada), como la definida por la teoría clásica de la verdad como correspondencia.

Las consecuencias de este antifundamentalismo radical son, entre otras, las siguientes.

Extensión de la contingencia del lenguaje al yo y a la comunidad. De donde emerge una imagen postmetafísica del hombre y su mundo social a la que si conviene alguna denominación es la de *democrática*. No como descripción de cómo son las cosas hoy, sino de cómo pueden ser en el futuro que es el que, en fin de cuentas, inspira la visión pragmatista del significado a partir de Peirce: el espectro de significados hipotéticos o versímiles que el uso de los signos *podría* producir en nuestra conducta.

Imposibilidad de un razonamiento concluyente a partir de una premisa incondicionada que oficie de fundamento último. Este método se sustituye

por la *analogía* o comparación que, en el léxico de Rorty, se denomina «redefinición» o «recontextualización» [17]. Imposibilidad, por lo tanto, de un razonamiento concluyente a la hora de elegir una ética, incluídos los derechos humanos. Lo único que cabe aquí es un compromiso como el que define al liberal: un compromiso autoconsciente de su carencia de fundamento racional. La única ráiz de la ética es, en la tradición de los sentimientos morales –la *simpatía* de Hume, a quien menciona explícitamente, pero no a Rousseau y su compasión/piedad–. Aunque, en su caso, el sentimiento moral básico es la *sensibilidad* hacia el dolor y la humillación de los otros [18].

Prioridad de la democracia sobre la filosofía. La democracia no se fundamenta en nada anterior, exterior o más poderoso que élla misma y los compromisos axiológicos de sus miembros. La filosofía es un método de autorreflexión de la democracia sobre sí misma mediante la conversación dialógica, que es la que forma y reforma las identidades democráticas [19]. Y etnocentrismo. Toda conversación está *situada* en el algún punto del espacio-tiempo: luego es radicalmente etnocéntrica o etnocentrada (no necesariamente etnocentrista). El etnocentrismo rortyano tiene, entonces, la intención de no convertir el propio etnos o la propia parroquia en «la humanidad universal» a la que tan propensa ha sido la filosofía europea clásica desde el primer capítulo de la *Política* de Aristóteles, que identificaba la identidad humana con la identidad de los atenienses varones, adultos y libres. En todo caso, el etnocentrismo de Rorty está mediatizado por la solidaridad: la preocupación por el daño a la identidad de los otros, a quienes se trata de convertir en «uno de los nuestros». Y de definir nuestro propio *etnos* como el de aquellos que dudan de su propio etnocentrismo: de si es suficientemente sensible ante el dolor y la humillación de los otros [20]. Con posterioridad, ante la crítica de C. Geertz, Rorty parece haber reafirmado un tanto su compromiso etnocéntrico al sostener que está bien que vivamos en un bazar kuwaití, siempre que subsista algún club privado donde cada uno pueda retirarse a reencontrar, con los suyos, sus propias raíces [21].

---

[17] Cfr. *La filosofgía y el espejo*.... cit., cap. VIII, y «La indagación como recontextualización», en *Objetividad*, *relativismo y verdad*, cit.

[18] «Human Rights, Rationality and Sentimentality», en *Truth and Progress. Philosophical Papers*. 3, cit.

[19] Cfr. «La prioridad de la democracia sobre la filosofía», en *Objetividad*..., cit.

[20] *Contingencia, ironía*..., cit., p. 216.

[21] Cfr. «Sobre el etnocentrismo: respuesta a Clifford Geertz», en *Objetividad*..., cit., p. 283. El trabajo de Geertz que tiene en cuenta Rorty, «Los usos de la diversidad» de 1984, está incluído en el vol. (al que da nombre) *Los usos de la diversidad*, Barcelona, Paidós, 1999.

ALGUNOS SÍMBOLOS DE NUESTRA CRISIS *

Domingo Araya

Estamos, como siempre en la vida humana, naciendo y muriendo, es decir, en crisis. Lo preocupante sería no estarlo ya que vivir es estar en crisis, no estar nunca plenamente ajustados o definitivamente terminados.

Sin embargo, en la vida de los hombres o de las culturas, hay momentos en que esto se siente de modo especial, como en casos de enfermedad o de fracaso. En estos momentos críticos podemos sucumbir y dejar para siempre la crisis vital, pero si no morimos, saldremos fortalecidos. Las crisis no son puramente negativas, ya que pueden servir para propulsar lo afirmativo. Ambos polos forman la estructura esencial de lo real.

Solemos empeñarnos en olvidar/reprimir lo negativo, vano intento que nos agota. Deberíamos aceptar la crisis de existir y valorar su función vivificadora. Mientras más honda es nuestra crisis, más grande podrá ser nuestra regeneración.

El siglo XX ha sido una época de profunda crisis cultural. A finales del siglo XIX, la voz profética de Nietzsche anunció el abismamiento venidero con la frase «Dios ha muerto». Todo lo que creíamos seguro se hunde: el Fundamento absoluto. Este derrumbamiento es lo que también llamamos «nihilismo», y pertenece a la esencia de nuestra manera de estar en el mundo.

Las distintas filosofías del siglo XX responden a esta crisis nihilista, de muy diferentes maneras. Si algunos pensadores intentan escapar del hundimiento, aferrándose a la mejor tradición ilustrada, intentando construir el sujeto racional y libre, otros se sumergen en la noche a la espera del advenimiento de un nuevo amanecer.

---

* Durante el curso 1999/00 se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante un seminario sobre Derecho y Literatura, al que asistí como profesor invitado. En dicho Seminario, organizado por el Departamento de Filosofía del Derecho, leímos varios libros y los comentamos en las sesiones correspondientes. Algunas de estas lecturas, así como las interesantes discusiones que motivaron, están presentes en este escrito.

El problema, lejos de ser académico, afecta a la vida práctica, ya que una de las expresiones del nihilismo es lo que Heidegger ha llamado «dominio planetario de la técnica» y H. Arendt ve su expresión más directa en «el pensamiento totalitario». Otros pensadores ven como consecuencia directa de nuestra crisis el holocausto, los campos de concentración, el terrorismo en todas sus versiones y otras atrocidades que caracterizan nuestra época.

Me propongo mostrar cómo esta crisis del hombre occidental moderno se anuncia y expresa de modo privilegiado en algunos símbolos estéticos de nuestra época. Nietzsche decía, contra Hegel, que el arte es el fenómeno más transparente, es decir que es en la obra de arte, producto de la razón simbólica, donde mejor se revela lo real.

A través de cuatro novelas paradigmáticas, intentaremos mostrar las raíces de nuestra crisis y, tal vez, el camino de nuestro renacimiento.

Comenzaremos con una obra del siglo pasado, que se anticipa a su época y anuncia la nuestra: *Crimen y castigo*, de F. Dostoievski.

Raskolnikov, el protagonista de la obra, joven estudiante pobre, víctima de un error muy frecuente, de una idea falsa, y movido por buenas intenciones, mata. Analizaremos su pensamiento y su acto, idénticos a los que se han generalizado en la política totalitaria de nuestro siglo, a la luz del pensamiento de E. Levinas y de la presentación que hace del mismo A. Finkielkraut.

El error del joven ruso y el de tantos es: unos buenos fines justifican unos malos medios. M. Weber, en su *El trabajo intelectual como profesión*, distingue entre una ética de la responsabilidad, propia del político y entendida como aquella que asume «las consecuencias (previsibles) de los actos» y en la que «la consecución de objetivos "buenos" está ligada, la mayor de las veces, a la aceptación de medios éticamente dudosos, o al menos peligrosos, y a la posible aparición de efectos secundarios negativos» (Weber, 1983, pp. 140-145), y una ética de la convicción, con principios absolutos, y para la cual es imposible compatibilizar el bien y el mal. Raskolnikov, como la mayoría de los políticos, pertenece a la primera, y pone en la base de su acción el crimen. Sonja, la pequeña prostituta y mediadora de la salvación del criminal, encarna la segunda posición.

Raskolnikov duda de sus principios y no se mantiene firme en aceptar y asumir las consecuencias de su acto. Este Hamlet ruso no es consecuente con su propósito de «ser un Napoleón» y «sospechaba que había algo profundamente falso en sí mismo y sus convicciones» (Dostoievski, 1986, vol. II, p. 626). La lógica de este aspirante a emperador la expresa en los siguientes términos: «a un lado está una vejarruca estúpida… Al otro lado hay varias vidas jóvenes y lozanas… Cientos, acaso miles, de vidas humanas

podrían ponerse en marcha con el dinero de la vieja ¿No te parece que miles de buenas acciones pueden borrar un crimen insignificante? Una muerte a cambio de cien vidas…» (Dostoievski, p. 85).

Este es el dilema al que se enfrenta Raskolnikov, el joven «escéptico, abstracto y, por ende, cruel», imbuido de ideas darwinistas. Elegirá el poder y matará, aunque luego dudará y retrocederá. Piensa que si se hubiera mantenido firme, habría triunfado, la razón habría estado de su parte ya que, siguiendo a Calicles, el derecho es la fuerza. Se atreve a transgredir, tiene la osadía, se pone a prueba, quiere saber si es «una criatura temblona» o un legislador. Sonja le dirá: «¡Has derramado sangre!… ¡Eso está mal!… prostérnate ante el mundo entero… Necesitas aceptar el sufrimiento y redimirte por él». El joven se resiste, no ve su falta sino tan sólo su error de cálculo. Sigue con el prejuicio de que la humanidad se divide en una «materia prima» y en «hombres superiores» y que a estos últimos todo les está permitido.

Raskolnikov no pertenece a la estirpe de los déspotas; es capaz de amar y eso le perderá para el poder. Le gustaría, como a todos los hombres, estar solo, no amar a nadie y que nadie le ame, para así ejercer un egoísmo sin límites. Intenta desconocer la existencia del otro, del prójimo o, dicho con Levinas, del rostro desnudo del prójimo. Verá en la vieja usurera un simple medio que le permitirá realizar cientos de obras buenas. Contraviene así el segundo imperativo kantiano.

Levinas, en *Difficil liberté*, nos dice: «el rostro es esa realidad por excelencia en la que un ser no se presenta por sus cualidades» (Levinas, 1963, p. 326). Pero Raskolnikov sólo verá en su víctima a una «vejarruca», inservible salvo para que él realice sus planes. Para Levinas el rostro es simpre «viejo», con «arrugas», ya que se nos impone como una carga y nos responsabiliza de sus problemas, como «la carga que me está confiada», según la expresión de A. Finkielkraut, en su excelente estudio sobre el tema *La sabiduría del amor. Generosidad y posesión*. Lo que del otro se me revela en su rostro desnudo es su soledad y desamparo, pero es esto lo que intentamos eludir por todos los medios.

El reconocimiento de la culpa, el arrepentimiento, le permitirán «sobrellevarlo todo, incluso la vergüenza y la desgracia», serán el inicio de «su resurrección, de un nuevo modo de considerar la vida», tal como piensa Sonja. Sólo en ese momento, «la vida desplazará a la lógica», a la lógica instrumental.

Según Levinas, el otro nos carga con difíciles obligaciones y es ese el motivo por el que huimos hacia nuestra soledad o, en caso de no poder hacerlo, le agredimos. Raskolnikov preferirá la transgresión del crimen a la del amor, siempre más difícil. Amar implica abandonarse a uno mismo, sa-

crificarse, someterse al otro, «llegar al punto extremo en el cual uno ya no es más señor y amo» (Finkielkraut, p. 57).

El pensamiento del joven estudiante es el mismo que subyace en el totalitarismo y en el terrorismo: la persona singular y concreta es tan sólo una parte del todo, un detalle que podemos obviar en medio de un grandioso proyecto. El derecho y la justicia sucumben ante una abstracción. La vieja no cuenta para Raskolnikov, es algo en sí detestable, utilizable para sus planes. Es un humanista en cuanto quiere beneficiar a la humanidad con sus obras futuras, y ese fin bueno le permite olvidar a la persona concreta y sublimar su crimen.

Crimen y castigo es la historia del duro proceso que media para asumir la libertad y la responsabilidad de nuestros actos y, en caso de transgresión de la justicia, del reconocimiento de la culpa y de la expiación de la misma. Se empeña en creer que su falta está en haber fallado y no en haber matado. Su salvación, gracias a la mediación de Sonja, «la boba santa», se operará sólo cuando reconozca su crimen cainita. En efecto, cuando comprende que ningún fin puede justificar el asesinato, se inicia su resurrección. Entonces, se arrodilla de verdad y besa el suelo mugriento del Mercado del Heno, sabiendo con sus entrañas que el mandamiento «No matarás» no tiene condiciones. Sobre este difícil problema, A. Comte-Sponville, siguiendo a S. Weil, admite la posibilidad de matar justamente cuando, al no hacerlo, seríamos aún más injustos. Dice S. Weil, en *La gravedad y la gracia*: «En el caso de que la vida de X… estuviera tan ligada a la nuestra que ambas muertes tuvieran que ser simultáneas, ¿desearíamos, sin embargo, que el otro muriera? Si a pesar de aspirar con todo nuestro cuerpo y con toda nuestra alma a la vida podemos responder que sí sin mentir, entonces tenemos derecho a matar». (en Comte-Sponville, 1998, p. 234).

El crimen de Raskolnikov se vuelve constante y generalizado en el siglo XX. Ya no se tratará de un acto individual, sino de un fenómeno político en el que se aliarán la lógica y los procedimientos de producción industrial. Entonces, los déspotas de turno no dudarán, se atreverán, «escupirán a la muchedumbre», tendrán «la razón de su parte» y serán asesinos y legisladores al mismo tiempo. En algunos casos, buscarán la legitimidad en el pueblo o en sentimientos humanitarios, pero en todos los casos habrá un desconocimiento del rostro del otro que comparece ante mí y me exige buscar la justicia.

Veamos ahora otro de los símbolos de nuestra crisis: *1984*, de G. Orwell. El tema de esta obra es el totalitarismo, desgraciadamente omnipresente en nuestra época. Trata de la vigilancia y del castigo en las sociedades panópticas, que tanto preocupó a M. Foucault. El partido único, el déspota visto como «el Gran Hermano», el uniforme, la incapacidad para tolerar las dife-

rencias, el impero de la ideología. Sociedad paradójica en la que la guerra es la paz, la esclavitud la libertad y la ignorancia, fuerza. Es el problema del fanatismo, de la violencia, del odio, del miedo, de la venganza, es decir, de todas aquellas «pasiones tristes» que surgen de la falta de amor. En este sistema la disidencia es imposible, y si la hay, funciona a favor del régimen, en la forma «positiva» señalada por Marcuse en su crítica a la sociedad industrial avanzada. La oposición es un mito, inalcanzable como el castillo descrito por Kafka. Es un régimen en el que la gente desaparece durante la noche y en el que la rebelión se ha vuelto imposible. El individuo no tiene cabida, no hay escapatoria a la opresión despiadada, la intimidad, la dimensión de la libertad, ha sido anulada. El amor ha sido arrastrado junto al rostro del otro. El Partido ha conseguido penetrar en el pasado, borrándolo o alterándolo según sus conveniencias. La memoria es manipulada y la realidad es inventada, siendo la verdad el producto de una de sus tecnologías. Falsificación de lo real. La persona, único reducto donde podríamos refugiarnos, ha sido «vaporizada». En esta sociedad de pesadilla «se negaba no sólo la validez de la experiencia, sino que existiera la realidad externa. La mayor de las herejías era el sentido común». La racionalidad independiente de la voluntad de los que tienen el poder, ha desaparecido. Esto hace posible que dos más dos sean cinco. También el lenguaje sufre una depuración, es maniatado, uniformado, castrado en su carácter caprichoso y multívoco, en su capacidad metafórica, en su ser poético. Los sueños, el delirio, la poesía, el erotismo, son actos clandestinos de rebelión. El arte y la belleza son insoportablemente subversivos. El cuerpo y el orgasmo son peligrosos porque ponen en cuestión el orden establecido.

El relativismo extremo conduce a la aberración totalitaria, ya que no hay un criterio ni un parámetro en el cual apoyarnos. La libertad se confunde con la arbitrariedad, con el poder de inventar la verdad. Tal como dice T. Todorov en *El hombre desplazado*, el escepticismo radical nos conduce al imperio de la fuerza, es decir, al despotismo totalitario.

En la espantosa antiutopía imaginada por Orwell, la disidencia emana del mismo poder, que se vuelve absoluto. Goldstein, representante de la disidencia y supuesto autor de un libro contrario al régimen, es inventado por el propio sistema, que funciona mejor con este peligro tan inminente como irreal. Es el siniestro O'Brien, torturador y burócrata, el auténtico autor del libro de la oposición. Su inteligencia es tan grande como monstruosa: cuando recluta a Winston y a Julia para luchar contra el poder, les pregunta si están dispuestos a todo para conseguir el fin, incluso a echar vitriolo a la cara de un niño. Los militantes rebeldes responden que sí, pues el fin justifica todos los medios, salvo uno: dejar de amarse. También ellos están atrapados en la lógica totalitaria. Al final, cuando O'Brien muestra su verdadero ros-

tro y, tras diferentes torturas, ambos son llevados a la sala 101, que representa «lo peor del mundo», los amantes claudican y se traicionan, se pierden todas las esperanzas y el poder recupera su imperio total.

En el árido desierto totalitario descrito por Orwell, hay un oasis de felicidad: cuando Winston y Julia se encuentran amorosamente. Ambos reconocen en el otro «a una criatura humana que sufre» y, simplemente, dicen: «te quiero». El amor es lo único que corroe el poder.

En esta novela el poder se ejerce por el poder mismo, prolifera como un cáncer. El final es terrible: Winston es vencido definitivamente y aprende a amar al Gran Hermano. Los tentáculos del monstruo frío ocupan todos los recovecos del alma. Aquella maquinaria administrativa no sólo destruye a sus enemigos, sino que los cambia, los recicla. La ortodoxia consiste en ver el mundo a través del Partido. La imposición es total y ya ni siquiera es posible decir que dos más dos son cuatro.

Los «proles», personajes marginales y esclavizados, aún mantenían vivos sus cuerpos, pero son incapaces de rebelión, por lo que el Partido no se interesa por ellos. En cambio, todo lo demás está vigilado por la omnipresente telepantalla, que incluso consigue penetrar en la habitación, refugio y fortaleza de los amantes. Mundo clausurado y asfixiante, controlado hasta en sus mínimos detalles, espantosa metáfora de lo que en parte ha sido el siglo XX. A propósito del totalitarismo, dice A. Comte-Sponville, siguiendo a H. Arendt: «es el poder total (de un partido o del Estado) sobre el todo (de una sociedad). Pero si el totalitarismo se distingue de la simpe dictadura o del absolutismo, es sobre todo por su dimensión ideológica. El totalitarismo nunca es sólo el poder de un hombre o de un grupo: es también, y quizá primeramente, el poder de una doctrina, de una ideología (a menudo con pretensiones científicas), de una "verdad"» (1998, p. 199).

El totalitarismo es un sectarismo en el poder, un fanatismo productor de una «verdad» que justifica el poder que la genera. Uno de los rasgos de este sistema de opresión es la supresión de la distinción entre hecho y ficción, entre verdad y falsedad. Por eso el poder se permite afirmar e imponer que dos más dos son cinco.

Miremos ahora a nuestro tercer símbolo: *El señor de las moscas*, de W. Golding. También aquí nos encontramos con una obra de arte abierta a múltiples recreaciones, inagotable y enigmática, que nos invita a pensar permanentemente.

Los niños náufragos se hunden en el salvajismo y su humanidad se va borrando, dejando paso a las máscaras encubridoras del rostro desnudo. La civilización se descompone rápidamente mientras la locura va carcomiendo la identidad y la dignidad. La violencia irrumpe salvaje, desde dentro, has-

ta que se pierden los parámetros. La noche va ganando terreno al día, hasta que sólo queda «un círculo oscuro».

Los dos mundos que nos constituyen, el animal y el humano, el salvaje y el civilizado, están simbolizados, respectivamente, por la caza y el fuego, el festín y la caracola, la noche y el día, las máscaras y las gafas, la carne y la hoguera, el crimen y la asamblea.

Entre los personajes encontramos a Piggy, símbolo de la cordura y del sentido común. Pretende que «la vida es una cosa científica» pero sabe que no se puede «estar seguro de nada». Sabe pensar «pero no servirá para jefe», ya que le falta esa mezcla de ambición y de astucia que caracteriza a los que mandan. Al final será asesinado.

Jack, el cazador, encarna la violencia, la fuerza, «el mundo deslumbrante de la caza, la táctica, la destreza y la alegría salvaje». Poseía un deseo irreprimible de agredir y hacer daño. Tampoco él será jefe, sino tan sólo, el señor de la guerra.

Ralph está entre los dos opuestos, es su síntesis y es elegido para gobernar. Al final, cuando la violencia se apodera de los náufragos, permanece fiel a la racionalidad y lucha por salvar lo que queda aún de humano en aquellos salvajes. Es perseguido y desterrado por los violentos. La isla es destruida y en el momento en que todo se va a perder, vienen a salvarles. Entonces, Ralph, vestigio de la civilización derrotada, llora «por la pérdida de la inocencia, las tinieblas del corazón del hombre y la caída al vacío de aquel verdadero y sabio amigo llamado Piggy».

Simon es un personaje muy misterioso. Está preocupado por el enigma de la fiera, en contacto con el monstruo. Estamos en la parte medular de la obra, frente al símbolo más hermético: el señor de las moscas. La cabeza de un jabalí cazado se ha convertido en algo temible y poderoso, que mantiene sometidos a quienes le han investido con ese poder. Simon es un desmistificador, ya que descubre que el temible fetiche es «inofensivo y horrible». Al comunicar a sus compañeros lo que ha constatado, nadie le oye y, finalmente, le asesinan. Es el destino de los liberadores de esclavos.

El cadáver lleno de moscas resume el terror del hombre ante la muerte y, como reacción, la creación supersticiosa de los dioses. Dentro de las deidades, como ha mostrado Nietzsche en su *Genealogía de la moral*, en el tratado segundo, las habrá que ayudan a vivir y otras que favorecen la opresión. Este último sería el caso del señor de las moscas inventado por los náufragos.

La novela de Golding podemos interpretarla en clave freudiana. El hombre ha sido durante millones de años un animal de rapiña, un asesino y un antropófago. La conciencia y la cultura forman un frágil territorio ganado con enormes esfuerzos a las fuerzas agresivas. Freud comparaba el yo

con las tierras colonizadas sobre el mar por los laboriosos holandeses. En cuanto desaparecen las normas coercitivas, la agresividad puede irrumpir con fuerza incontenible. Tanatos crece, según la economía psíquica freudiana, en la medida en que lo erótico disminuye o desaparece. En la isla imaginada por Golding no hay mujeres y no hay momentos de erotismos, lo que apresura el desbordamiento de la violencia destructiva.

La caracola, símbolo de la racionalidad dialógica que busca el consenso, con «su frágil y refulgente belleza», será destruida y sólo quedará el imperio de la fuerza.

Vamos a ocuparnos ahora del cuarto símbolo: *El extranjero*, de Camus. También el filósofo-artista francés se enfrenta a lo anunciado por Nietzsche: la muerte de Dios. Frente al nihilismo y la tentación del suicidio, frente al ingenuo refugiarse en absolutos o supersticiones, Camus nos propone un pensamiento rebelde y una acción humana libre y responsable.

El protagonista de la obra, Meursault, es un hombre insensible que ha experimentado el absurdo de un mundo sin fundamento ni valores. Comete un asesinato sin un motivo claro, «a causa del sol». Tras un juicio, será condenado a muerte. Como todos los seres humanos, sabe que va a morir, aunque la suya es inminente y, con doble motivo, siente que la vida no merece la pena ser vivida, su radical extrañeza y finitud. De nada sirve la aparente elección de nuestro destino, desde el momento en que la muerte se nos impone y nos escoge necesariamente. Un cura acude a la celda y mantienen un áspero diálogo. Meursault no quiere perder tiempo con Dios y le dice que ninguna de las certezas que le ofrecen valen «lo que un cabello de mujer». Resignado y aguardando la muerte, evoca sus «más pobres y firmes alegrías: los olores del verano, el barrio que amaba, un cierto cielo de la tarde, la risa y los vestidos de María». Mediante el recuerdo desea revivirlo todo y, al final, consigue sentir, por primera vez, «la tierna indiferencia del mundo».

Con prosa certera y deslumbrante, Camus nos revela «un mundo árido, como un océano de metal hirviente», en el cual «llueve fuego» y el resplandor del sol abrasa y enceguece. Es el desierto anunciado por Nietzsche, en el que somos extraños aunque nos acostumbremos. El desencantado Meursault somos nosotros aunque lo hayamos olvidado, amparados en algunas cómodas seguridades. La salida que encuentra es apenas mejor que la desesperación en que se hunde, pero está claro que Camus nos invita a inventar una mejor. La lucidez del autor nos previene contra las múltiples formas de autoengaño y muy especialmente contra las ilusiones cesaristas, los absolutismos, las supersticiones o el humanismo. La pregunta planteada por Camus en *El extranjero* se refiere a cómo podemos superar el nihilismo sin caer en la ilusión. En el conjunto de su pensamiento observamos un llama-

do a asumir la libertad y la responsabilidad que ésta conlleva, intentando equilibrar la rebelión y moderación, compromiso y desapego, en un mundo absurdo. No debemos entregarnos a la desesperación ni a la inercia, como Meursault. Si bien es verdad que moriremos, no por eso se justifica el asesinato. La grandeza del hombre consiste en rechazar la tentación del suicidio y en otorgar un sentido al mundo, en combinar la experiencia de lo fútil con el vivir amando. Camus se rebela contra todas las formas de opresión y sostendrá no sólo que el fin no justifica los medios, sino que los medios justifican el fin. En *El mito de Sísifo*, pese al absurdo de la condena consistente en subir una roca que al llegar a la cumbre vuelve a caer, Camus nos propone una salida: querer subirla, transformando así, por la voluntad, la roca en *mi cosa*. Hacer de la necesidad virtud, ser libre aceptando la fatalidad, eligiendo el destino, es una idea que nos remite a Spinoza y al *amor fati* de Nietzsche.

Intentemos sacar algunas conclusiones después de revisar estos cuatro símbolos de nuestra crisis. En todos ellos hay violencia incontrolada, crimen, opresión, *hybris* desbordada. Por lo mismo, las ideas de justicia y de racionalidad son desconocidas y usurpadas mediante la transgresión de los límites. Hay en todos ellos un imperio de la fuerza y el afán de dominio. Son estas características las que dan origen al totalitarismo, signo distintivo del siglo XX. La mezcla de Raskolnikov y de Meursault, del fanático bien intencionado y del indiferente, configura el perfil de un tipo humano desgraciadamente abundante en nuestros días.

Frente al totalitarismo, luchan Winston y Julia, pero reproducen el esquema del poder, el criterio de eficacia, de que el fin justifica los medios, desconociendo la existencia de unos límites irrebasables. Si bien es posible que admitamos una violencia justa, es precisamente la justicia la que debe orientarnos y poner los límites. Cuando Dostoievski plantea en *Los hermanos Karamazov* el dilema de si para salvar a la humanidad fuera necesario torturar a un niño, está preguntando si somos utilitaristas o si la justicia está por encima de la felicidad. La respuesta de Dostoievski, como la de Kant, Camus o Rawls será: la justicia está por encima del bienestar y de la eficacia y es ella la única fuente válida de legitimidad. Es esto lo que desconocen los protagonistas de estas obras de arte y los tiranos que han llenado de sangre nuestro siglo. Es la ausencia de justicia y de prudencia y, sobre todo, de amor lo que explica el terrorífico imperio de la violencia y del afán de dominio que caracterizan nuestra época.

Bibliografía

CAMUS, A.: *El extranjero*. Alianza Ed., Madrid, 1987.

COMPTE-SPONVILLE, A.: *Pequeño tratado de las grandes virtudes*. Espasa, Madrid, 1998.

DOSTOIEVSKI, F.: *Crimen y castigo*. Alianza Ed., Madrid, 1986.

FINKIELKRAUT, A.: *La sabiduría del amor. Generosidad y posesión*. Gedisa, Barcelona, 1999.

GOLDING, W.: *El señor de las moscas*. Alianza Ed., Madrid, 1985.

ORWELL, G.: *1984*. Destino, Barcelona, 19ª ed., 1997.

WEBER, M.: *El trabajo intelectual como profesión*. Bruguera, Barcelona, 1983.

ÉTICA Y MODELO DE LOS PRINCIPIOS

Mª Teresa López de la Vieja
Universidad de Salamanca

En un artículo de 1998, R. Posner denunciaba la falta de respuestas prácticas que ofrecen la Teoría moral y algunos filósofos, a quienes se refería como «moralistas académicos». R. Posner criticaba con dureza las limitaciones de la Teoría moral contemporánea, por ser una base sumamente deficiente para guiar los juicios morales, o para orientar las decisiones en el ámbito jurídico. En este alegato contra el «moralismo académico» [1], Posner mencionaba expresamente a autores contemporáneos, tan diferentes entre sí como R. Dworkin, J. Rawls, J. Raz, Th. Nagel, M. Nussbaum. Todos ellos representan –en su opinión– un tipo de teoría que ha perdido definitivamente su creatividad. Los especialistas ya no son innovadores, no están a la altura de las demandas de los agentes, su trabajo no sirve para mejorar la conducta, ni siquiera resuelven sus propios desacuerdos teóricos... R. Posner pintaba una situación general muy desfavorable, en la cual los debates que realmente importan tenían lugar fuera del ámbito académico, era mejor explicar los fenómenos morales sin el concurso de las categorías morales, etc. El artículo retomaba los consabidos argumentos contra los excesos de la teoría, contra la separación entre teoría y vida práctica, entre categorías morales y dilemas prácticos, la incapacidad de los especialistas para hablar de lo que realmente motiva a los agentes. A cambio, defendía una versión de la moralidad ligada a lo contextual y a las intuiciones, dedicada a explicar las cuestiones prácticas, a cambiar las conductas, e incluso a ofrecer un nuevo punto de vista.

No es la primera vez que la Filosofía moral contemporánea ha sido objeto de críticas de este tipo, contra los excesos del análisis teórico y contra su falta de relevancia. Esta actitud negativa hacia lo teórico pretende devolver la primacía a lo práctico, tampoco es nueva aunque se presente bajo fór-

[1] Posner, R.: «The Problematics of Moral and Legal Theory», *Harvard Law Review*, 111, 1998, pp. 1638-1709.

mulas radicales. En los años ochenta, S. Toulmin abogaba ya por una nueva casuística, denunciando la rigidez o «tiranía» [2] de los principios de carácter absoluto. De este modo pretendía que las teorías se mantuvieran fieles a la complejidad de los problemas prácticos, resolviendo los casos particulares de forma prudente, discreta, sin la ayuda de reglas ni de principios. Sin embargo, la Filosofía moral contemporánea no ha logrado una posición de consenso sobre el tema, escindida todavía entre las cuestiones de principio y las formas de vida particulares, entre partidarios de un modelo normativo fuerte y, de otro lado, partidarios de aligerar la teoría, a fin de no perder el contacto con la experiencia moral. Por tanto, sería un error tomar al pie de la letra las objeciones de R. Posner y de S. Toulmin, como si fuesen «despedidas» de la teoría. En conjunto, los temas morales relevantes plantean casi siempre cuestiones de Metaética, al tiempo que las teorías normativas se ocupan de un modo u otro –directo o indirecto– de cuestiones prácticas [3]. Ficticias son también las tensiones fuertes entre «fundamentación» y «aplicación», o entre Teoría ética y éticas aplicadas. Es decir, un genuino interés por los aspectos teóricos y prácticos terminará por reducir las distancias entres los «moralistas académicos» –en los términos de R. Posner– y los agentes que deliberan sobre cuestiones morales.

R. Posner llamaba la atención sobre el valor del sentido común y de la experiencia moral. Sin embargo, exageraba los errores y las deficiencias de vocabulario y de metodología que lastran al «moralismo académico». En todo caso, la hostilidad hacia las teorías no es un método alternativo, ni la falta de relevancia se subsana apelando tan sólo al sentido común como criterio. Digamos que la Metaética es bastante vulnerable a las críticas, pero éstas no llegan muy lejos sin un análisis especializado, cuidadoso en el uso del vocabulario moral. Según este mismo criterio, el modelo de principios será tan vulnerable como parece serlo el «moralismo académico» y, sin embargo, resulta difícil analizar las cuestiones prácticas que realmente preocupan al agente sin el concurso de los principios morales. En las páginas siguientes se va a defender este punto de vista, rechazando, por tanto, las objeciones fuertes contra la Teoría moral: (1) los principios morales, sobre todo los *principios prima facie*, son lo suficientemente flexibles como para responder a las demandas de aplicabilidad, sin debilitar el aparato teórico y crítico de la Filosofía. (2) Hay que construir teorías relevantes, es cierto. Teorías que expliquen lo que sucede en la experiencia, en los casos reales, etc. Pero las teorías tienen siempre una aplicabilidad *restringida*, al no ofrecer un catálogo de soluciones para cada caso. (3) El mejor ajuste entre princi-

[2] Toulmin, S.: «The Tyranny of Principles», *The Hastings Center Report*, 6, 1981, pp. 31-39.

[3] Me he interesado por el equilibrio entre casos y principios en el volumen *Principios morales y casos prácticos*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 17-35.

pios y casos prácticos nunca podrá sustituir a la iniciativa y a la decisión de los mismos agentes, de la misma forma que la Teoría ética no ha sido reemplazada por éticas especiales, de pretensiones excesivas y con un aparato conceptual reducido. En suma, las teorías normativas y los *principios prima facie* son interesantes para aquellos agentes que tienen distintas visiones del mundo, teniendo que deliberar sobre problemas prácticos similares. Por eso mismo necesitan *normas flexibles,* así como teorías para analizar los casos, argumentos bien definidos, principios *prima facie*, etc.

El artículo recuerda el papel central que pueden desempeñar tanto el *modelo de los principios*, entendidos éstos como «mandatos óptimos» –según la terminología de R. Alexy–, como la *aplicabilidad restringida* en el análisis de las cuestiones morales. La idea de una «teorización incompleta» –como la denomina C. Sunstein– restaría fuerza a las críticas de R. Posner, y de todos aquellos autores que han hecho una excesiva valoración del sentido común. La renuncia a la teoría, el menosprecio de una tradición de debates, pulida por la controversia, por el análisis, etc., simplifican las cosas sólo en apariencia. En una situación como la actual, de pluralismo y simultaneidad de puntos de vista, los agentes no necesitan realmente soluciones para cada caso, sino condiciones favorables para deliberar y para actuar con autonomía. Y algunos principios para «dibujar la línea» de lo correcto, lo justo, lo tolerable, etc.

1. El modelo de los principios

Las Eticas cognitivistas son limitadas, tienen un contenido muy reducido, no consideran los motivos reales de los agentes, tienden al universalismo irrestricto, etc. Todas las críticas aciertan en su diagnóstico general. Sin embargo, la Casuística tampoco carece de dificultades a la hora de aplicar su método a las circunstancias particulares, encontrándose además bajo el peso de tradiciones [4] que hoy no podríamos asumir sin reservas. Por un lado, la Filosofía moral contemporánea ha derivado algunas veces hacia debates puramente teóricos, poco relevantes; por otro lado, las éticas especiales o «aplicadas» han abierto expectativas que no podían cumplir sin el apoyo de un fuerte aparato teórico. Por tanto, el rechazo hacia la gran teoría moral suele estar acertada en algunos casos, pero en otros casos ofrece soluciones débiles o insuficientes. Sin duda, el *modelo de los principios* carece del atractivo que rodea a las éticas que comienzan con andanadas contra la teoría, también suscitan menos interés que las éticas «aplicadas».

En cambio, este modelo aporta consistencia a la discusión sobre cuestiones prácticas de una cierta complejidad o envergadura. Los principios

[4] Para el método del caso y sus ventajas sobre las reglas y los principios, Jonsen, A., Toulmin, S.: *The Abuse of Casuistry*, University of California Press, Berkeley, 1988, pp. 1-20.

funcionan, por así decirlo, como la base que posibilitará un acuerdo entre agentes que mantienen distintos puntos de vista. En un contexto abierto, como ocurre en las sociedades pluralistas, este choque de formas de ver y formas de vivir es lo habitual; los principios nunca impiden tales desacuerdos, ni borran por sí solos las distancias. Y, sin embargo, aportan cierto equilibrio, algo así como un punto de referencia para cualquier discusión complicada. Son la expresión más sintética de los compromisos básicos que los agentes podrían asumir, sin tener que renunciar a sus propios puntos de vista: los principios marcan una línea clara que nadie debería rebasar, sean cuáles sean las circunstancias particulares. «Dibujan la línea» según la expresión de R. Nozick [5].

(a) Los principios son un tipo de *normas* , prescriben algo que tiene que hacerse, indican una conducta a adoptar. La dificultad [6] para definirlos de manera precisa tiene que ver con las dificultades que plantea el mismo lenguaje moral, por su estructura abierta [7]. Normas y reglas se dicen de muchas maneras, he ahí la primera consecuencia. Por ejemplo, el término «regla» se refiere a algo que se debe o que se ha de hacer, si bien hablamos también de acciones racionales en el caso de acciones que estén gobernadas por reglas. Según la definición de R. Alexy, los principios son «mandatos óptimos» [8], puesto que prescriben algo a realizar, pero a realizar de forma gradual, en mayor o en menor medida. En cambio, las reglas funcionan de otra forma, pues se trata de «mandatos definitivos», ya que sólo cabe cumplirlas o no cumplirlas, sí o no, sin gradación alguna. Esto significa que los principios se realizan a niveles distintos; como «mandatos óptimos». Entonces permitirán también una relación abierta con los casos prácticos. Prescriben algo, pero sin determinar el modo, el momento ni el grado mismo de la realización. Y esto resulta sumamente interesante para reforzar el papel de las normas en la discusión práctica [9]. Por tanto, los principios crean un marco bien definido, pero flexible. Además existen varios principios, de manera que habrá conflicto entre éstos, por eso hará falta deliberar y sopesar las razones para preferir un «mandato óptimo» a otro mandato. Esto significa, en suma, que no existen principios absolutos, sino principios que valen mientras la

[5] Nozick, R.: *The Nature of Rationality*, Princeton University Press, Princeton, 1993, pp. 3-40.

[6] Señalada en su momento por G.H. Von Wright, *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 21-35.

[7] Para la estructura abierta de este tipo de lenguaje, Brennan, J.M.: *The Open-Texture of Moral Concepts,* MacMillan, London, 1977, pp. 88-149.

[8] Alexy, R.: *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, pp. 237-238; *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985, pp. 71-157.

[9] Para el lugar de los principios en la argumentación jurídica, Atienza, M.: *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, pp.27-28.

información disponible no demuestre lo contrario. Esta despedida de los principios absolutos resulta sumamente útil en aquellos casos prácticos más conflictivos como, por ejemplo, la interrupción del embarazo, que tanto sufrimiento y polémica ha generado. ¿Hubiera sido todo más sencillo sin el peso de principios tan fuertes como la santidad de la vida?

(b) Los principios *prima facie* no son principios absolutos. W.D. Ross [10] se refería a los «deberes condicionados» o deberes de obligación imperfecta: prescriben algo, pero sólo en el caso de que no haya otro deber más significativo. Por esta razón, parecen relevantes las circunstancias propias de la situación, de tal manera que los principios son necesarios, pero no autosuficientes. Los principios *prima facie* introducen un enfoque especialmente interesante para las teorías cognitivistas, ya que permiten sostener que la argumentación práctica es racional, que hay analogía entre los criterios de verdad y la corrección práctica [11]. Y, al mismo tiempo, estos principios reducen las pretensiones sobre los casos y sobre los contenidos concretos. Por tanto, este modelo puede introducir cierto equilibrio entre las expectativas desmesuradas, que han abierto las éticas especiales, y la aplicabilidad indirecta de Teoría moral, tan criticada desde el sentido común.

Se puede decir que los principios establecen las condiciones para analizar los casos prácticos a partir de criterios racionales. Sólo las condiciones, un marco flexible, una aplicabilidad mediada por otros factores, etc. Pues las decisiones sobre el caso conciernen a los individuos o a los grupos; los principios sólo garantizan un punto de partida, algo así como cierta estabilidad en las razones para la acción. En general, hablamos de no matar, de no torturar, no privar de libertad, etc.; los agentes dirán cuál ha de ser la solución más correcta para cada situación. Los principios, entendidos como «razones para la acción» [12], son un punto de partida, cuya fuerza deriva de que no haya otras razones de tipo superior. En este sentido, se dice que los principios «dibujan líneas» y sirven para justificar las decisiones. Pero «justificar» no es lo mismo que «aplicar» o tomar decisiones.

2. Aplicabilidad restringida

J. Narveson [13] ya había llamado la atención sobre el estatuto impreciso de los principios. En este mismo sentido, D. Emmet [14] se refería a los dos

---

[10] Ross, W. D.: *The Right and the Good* , Clarendon, Oxford, 1967, pp. 16-47

[11] Habermas,J.: «On the Cognitive Content of Morality», *Proceedings of the Aristotelian Society* , 1996, pp. 335-358

[12] Raz, J.: *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 55-96.

[13] Narveson, J.: *Morality and Utility* , J.Hopkins University Press, Baltimore, 1967, pp. 21-50.

[14] Emmet, D.: *Rules, Roles and Relations* , St.Martin´s Press, New York, 1966, pp. 56-88.

usos de las «reglas morales», uso regulativo, como directrices para una conducta, y uso constitutivo, guía de actos específicos. Las cuestiones de terminología han sido consideradas también J. Searle [15], quien reconoce finalmente la ausencia de explicaciones claras sobre el concepto de «*prima facie*». Por su parte, R. Dworkin [16] distingue entre «principios» –no definen un programa a seguir– y, de otro lado, una «directiz» (*policy*) que define un programa de actuación. Por lo tanto, el modelo de los principios es complejo y presenta dificultades terminológicas. Ninguna de estas dificultades elimina, sin embargo, la función codificadora de las normas, la capacidad para sistematizar que tienen los principios [17]

(1) Según Nozick, la función codificadora interviene en tres niveles, nivel intelectual, interpersonal y personal. La función intelectual consiste en aportar justificaciones, guiar las acciones y las decisiones, para que puedan ser consideradas como decisiones correctas. La función interpersonal introduce cierta seguridad en la relación de los agentes, ya que los principios definen un tipo de interacción relativamente independiente o al margen de intereses circunstanciales, aumentando así la confianza en las relaciones personales. La función personal consiste en definir la propia identidad, ya que los principios pueden actuar a modo de filtro, aportando estabilidad o definiendo un comportamiento a largo plazo, hacia el futuro. Por tanto, el rendimiento de los principios es doble, ya que establecen un marco general para la acción y, además, ofrecen una información relevante para la deliberación práctica. R. Nozick afirma que los principios «dibujan la línea», en el sentido de que sistematizan y aportan racionalidad.

(2) Los principios pueden funcionar también como *premisas* o como punto de partida para la argumentación práctica. Sin este punto de partida, será imposible sopesar, poner en la balanza las razones a favor y las razones en contra de una decisión concreta. Por un lado, se puede decir que los casos constituyen un auténtico test para demostrar la aplicabilidad de los principios, de otro lado, los principios introducen una forma específica de ver los casos, y de hallar soluciones adecuadas para cada situación. Es más, el punto de partida, el modo según el cual se define una situación, determinará en buena medida el tipo de respuesta o la conclusión del razonamiento sobre los casos prácticos. Por ejemplo, la Etica medioambiental –tanto en su forma más radical, biocéntrica, como en su forma más moderada o antropocéntrica– apela al principio de preservación, para favorecer un trato más respetuoso con las otras especies. Sin embargo, la estrategia y los re-

[15] Searle, J.: «Obligaciones *prima facie* », en: Raz,J.: *Razonamiento práctico*, FCE, Mexico, 1986, pp. 153-170.

[16] Dworkin, R.: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, London, 1985, pp. 1-6.

[17] Nozick, R.: *The Nature of Rationality*, pp.3-40.

sultados concretos serán distintos, según sea el principio al que se apele. Al introducir el principio de justicia, se dirá que los agentes han de favorecer el trato equitativo entre generaciones y entre especies. Si, por el contrario, lo decisivo fuese el valor intrínseco de las especies, se dirá que los agentes han de evitar daños a los seres vivos, como seres valiosos por sí mismos, más allá de una consideración instrumental.

A lo largo de los últimos años, el interés por los casos prácticos ha propiciado el crecimiento de las éticas especiales, como disciplinas con un desarrollo independiente –como sucede con la Etica medioambiental–, e incluso con un desarrollo opuesto al de la Filosofía moral contemporánea. Algunos autores, como S. Toulmin [18], han llegado a pensar que la Medicina había «salvado la vida» a la Etica. Otros, como A. MacIntyre [19] ha llegado a la conclusión opuesta, que no hay una «nueva» Ética, sino bastantes malentendidos sobre los resultados de las disciplinas especiales. Por tanto, el rechazo de la teoría y la excesiva valoración de las éticas aplicadas podría derivar de una apreciación equivocada de lo que significa «aplicabilidad», cuando no la consolidación de intereses profesionales [20] restringidos. En definitiva, no resulta plausible una división del trabajo entre Etica general y éticas aplicadas [21]; es más, el papel central de la teoría destaca más cuanto más se desarrollan estas éticas especiales. Pues las cuestiones prácticas exigen claridad y precisión teórica. Desde una perspectiva externa, el «hecho del pluralismo» [22] tampoco conduce a una proliferación de éticas especiales, de códigos de conducta, de soluciones para el caso, etc., sino que muestra las ventajas de una Etica con pretensiones reducidas, en beneficio de agentes competentes y con autonomía para tomar decisiones.

3. Normas flexibles

Las críticas sobre el carácter abstracto de la Ética y de los principios aciertan sólo en parte. Ni los principios pueden dejar de ser abstractos [23]

---

[18] Toulmin, S.: «How Medicine Saved the Life of Ethics», en: De Marco, J.P., Fox, R.M., *New Directions in Ethics*, Routledge a. Kegan Paul, London, 1986, pp. 265-281.

[19] MacIntyre, A.:«Does Applied Ethics Rest On a Mistake?», *The Monist* , 1984, pp. 498-513.

[20] El papel de los intereses corporativos y profesionales en el desarrollo de las éticas especiales ha sido comentado por V.Held, *Rights and Goods. Justifiying Social Action*, University of Chicago Press, 1984, pp. 1-7.

[21] Sobre los problemas derivados de una división del trabajo en este campo, Brown, J.: «On Applying Ethics», en: Evans, J.D., *Moral Philosophy and Contemporary Problems*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, pp.81-93.

[22] Rawls, J.: Political Liberalism, Columbia University Press, New York, 1993, pp. XIII-XXXIV.

[23] La idea de que los principios han de ser necesariamente abstractos se encuentra en O´Neill, O.: «Abstraction, Idealization and Ideology in Ethics», en: Evans, J.D., *Moral Philosophy and Contemporary Problems*, pp. 55-69.

–como razones para la acción[24]– ni tiene sentido buscar un algoritmo para los casos prácticos. Los principios *prima facie* muestran distintos grados de obligación y, por tanto, favorecen el ajuste con los casos. Esto es, el argumento de R. Posner contra el «moralista académico» resultó ser menos demoledor de lo que aparentaba. En cambio, las observaciones de C. Sunstein sobre la función positiva de los desacuerdos en las sociedades heterogéneas pueden debilitar el papel central de las reglas en los argumentos prácticos. Por un motivo análogo al que se acaba de mencionar, algunas veces importa más lo que aún queda por decir, las circunstancias cambiantes y las necesidades del individuo que los acuerdos y las teorías completas.

1. El hecho de que se produzcan habitualmente serios desacuerdos sobre los valores fundamentales puede ser una buena señal. Una señal de apertura, de sensibilidad hacia lo particular, actitudes tolerantes, respeto por formas de vida y por los juicios morales, etc. Está claro que el énfasis sobre lo particular no es compatible con reglas demasiado rígidas, pero tampoco con reglas demasiado generales, que fuesen inaplicables o irrelevantes. En este contexto de rechazo de teorías y de principios de alto nivel, C. Sunstein propone que empecemos a «teorizar de forma incompleta»[25]. Justamente para no renunciar a reglas y principios, haciéndolos flexibles pero no ciegos hacia lo particular. Este autor admite tanto las ventajas de situaciones donde ya existen reglas claras, imparciales –pues minimizan los costes en el proceso de toma de decisiones, reducen la incertidumbre en los casos particulares, evitan situaciones desagradables a los ciudadanos, al definir el marco de sus derechos, permiten planificar, identificar responsabilidades, etc.–, como a las ventajas de la analogía entre casos similares. C. Sunstein defiende la adaptación de las reglas a los casos, para reducir los posibles riesgos, derivados tanto de la ausencia de reglas como de lo contrario, reglas ciegas e impersonales.

2. La mayoría de las teorías normativas han estado buscando algo parecido, una estrategia para ajustar las necesidades reales y las normas imparciales. Por tanto, se interesan por un modelo tan alejado de los principios dogmáticos como de los casos atípicos. ¿Puede haber un procedimiento lo suficientemente amplio como para recoger ambos elementos? El concepto de «aplicabilidad reducida» y los principios *prima facie* forman parte de una idea de reflexión moral, entendida como equilibrio y ajuste entre lo

[24] Aarnio, A., Peczenik, A.: «On Values. Universal or Relative?», *Ratio Juris*, 1996, pp. 321-330

[25] Sunstein, C.: *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 3-12.

universal y lo particular. También sirven para consolidar[26] una la Teoría moral postradicional, pero no postmoderna. Los argumentos de D. Ross, R. Dworkin, R. Nozick, C. Sunstein ayudan a explicar por qué optar por un modelo de principios desde el momento en que las sociedades valoran tanto la cooperación como las preferencias individuales. Por ejemplo, O. Höffe[27] considera a los principios como el contrapunto necesario de la cultura moderna, plural. En definitiva, los principios serán tan sólo un punto de partida; la complejidad de las demandas y de los intercambios revaloriza cualquier punto de partida que esté bien definido. Se trata de trazar líneas básicas, los agentes dirán luego si quieren y cómo quieren realizar el equilibrio entre los principios, entre principios y casos reales.

A modo de conclusión, puede decirse que los principios establecen un nivel óptimo o un ideal[28], cuya validez se encuentra al margen de intereses o de enfoques particulares. En ese sentido, los principios morales definen o «dibujan la línea» de lo aceptable y de lo inaceptable. Su fuerza y aplicabilidad dependerán de los agentes, por eso los principios sólo tienen la fuerza de las razones, y una aplicabilidad reducida o indirecta. Los principios, como «mandatos óptimos», traducen a normas lo que dice el punto de vista moral, ese punto de vista que está por encima –pero no al margen– de formas de vida y del contexto. Por tanto, los principios no son absolutos ni ignoran las contingencias o la situación real de los agentes. Son algo distinto, la expresión de lo normativo, así como un instrumento para dar razón de las decisiones, para deliberar sobre los casos prácticos. En el mismo sentido en que G. Ryle[29] decía que conocer una regla es, también, saber usar una regla.

De un lado, las sociedades pluralistas y heterogéneas potencian la decisión individual, debilitando la fuerza de los valores y de los principios absolutos. Por eso mismo, carece ya de sentido la figura del filósofo como moralista, alguien que se arroga la facultad de hablar en nombre de los demás agentes. Agentes que, por lo demás, son perfectamente competentes para elegir su forma de vida, su sistema de valores, e incluso para encontrar por sí mismos la solución correcta para los problemas prácticos. De otro lado, estas mismas sociedades requieren de ciertos valores, así como de ciertas prácticas que favorezcan la cooperación y la deliberación entre los ciudadanos. Los principios morales, como hemos visto, no dicen qué prácticas, qué

---

[26] B. Gert apuesta tanto por una Teoría moral desarrollada –para organizar las intuiciones morales– como por la Etica aplicada, «Moral Theory and Applied Ethics», *The Monist*, 67, 1984, pp. 532-548.

[27] Höffe, O.: *Kategorische Rechtsprinzipien*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, pp. 11-29.

[28] Peczenik, A.: *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, pp. 47-117.

[29] Ryle, G.: «Knowing How and Knowing That», *Proceedings of the Aristotelian Society*, XLVI, 1945-46, pp. 1-16.

valores, qué conductas habrán que adoptar en cada situación. Tan sólo establecen las premisas de la discusión, algo así como un marco general a fin de encontrar las mejores razones para la acción. Las críticas de R. Posner contra la Filosofía normativa señalaban algunos de los muchos defectos que percibimos en el trabajo de los filósofos. Sin embargo, los argumentos *ad hominen* no demostraban que los principios morales y la teoría sean innecesarios; son, tal vez, un acicate para mostrar la relevancia [30] de la Filosofía moral.

[30] Ante las quejas expresadas por R. Posner en su artículo, R. Dworkin abogaba por la indispensabilidad de la Teoría moral, «Darwin´s New Bulldog», *Harvard Law Review*, 11, 1998, pp. 1718- 1738.

SOBRE LA FUNCIÓN PROMOCIONAL DEL DERECHO. UN ANÁLISIS CONCEPTUAL

Juan Antonio Pérez Lledó
Universidad de Alicante

1. Introducción

No sé hasta qué punto será acertada mi impresión de que la reflexión sobre la función promocional del Derecho ha «perdido fuerza» en la teoría del Derecho de los últimos años; al menos creo que sí se puede afirmar tal cosa si tomamos como referencia el «momento dulce» que vivió ese objeto de estudio durante los años setenta y comienzos de los ochenta, cuando diversos trabajos de Bobbio llamaron la atención y suscitaron el debate sobre la relevancia de esa «nueva» (o más bien «recuperada») función del Derecho. No es mi intención discutir aquí ni las causas ni la justificación o no de ese menor interés. Sólo diré –argumentarlo me llevaría muy lejos– que en mi opinión hay buenas razones, intelectuales y políticas, para que los iusfilósofos volvamos a considerar la llamada vertiente «premial» del Derecho como un tema central sobre el que trabajar.

Una reivindicación de este tipo seguramente resulta menos convincente cuando quien la formula no ha predicado antes con el ejemplo. Y ése es mi caso. El origen de esta «Nota» –solo es eso, una nota– no es un concienzudo trabajo previo sobre la (con todo, muy abundante) literatura disponible acerca de la función promocional del Derecho. Yo andaba en otras cosas, y me puse a escribir lo que al final se ha convertido en las páginas que siguen simplemente para poner un poco de orden en el aluvión de ideas que informalmente surgieron en un despacho, el de mi compañero Josep Aguiló, cuando ambos discutíamos el borrador de un capítulo de tesis doctoral con su autor, Roberto Lara. Ese capítulo trataba del concepto de sanción en Bobbio, y en la discusión sobre el mismo los tres estábamos de acuerdo en la necesidad de aclarar y «reconstruir» algunas distinciones conceptuales apuntadas por Bobbio (y discutidas por otros autores) a propósito de la función promocional y las sanciones positivas. Eso intento hacer en esta Nota.

Etiquetarla como una «reconstrucción o propuesta» es de una ambigüedad deliberada. Hasta qué punto lo que aquí presento es una propuesta verdaderamente «novedosa» o por el contrario mucho de lo que se dice estaba ya, en alguna medida, en el mismo Bobbio o en otros autores, es algo que dejo para el especialista en función promocional del Derecho que desee realizar un trabajo filológico comparando éste con otros escritos. O lo dejo para mí mismo, para una futura versión más «académica» de este trabajo en el que se expliciten las referencias bibliográficas aquí omitidas, se presente previamente un «estado de la cuestión» y se entre a discutir con otros autores. Esta nota sólo pretende ser un «ensayo» escrito a tumba abierta donde se recoge únicamente la *pars construens*. Se diseña un esquema de distinciones conceptuales tal y como uno las ha pensado directamente: una nota sin apenas notas, sin demasiadas preocupaciones sobre si lo dicho estaba ya dicho y/o en qué medida se aparta de o es una crítica a otros[1].

[1] Me interesa destacar esto sobre todo porque el punto de partida ha sido, como he dicho, refinar (o aclarar, o reconstruir, o completar y –por qué no- corregir) ciertas distinciones conceptuales de Bobbio; y, claro, si eso se entiende como «enmendar la plana» nada menos que a Bobbio, y más aún en el terreno de las distinciones conceptuales, parecerá una osadía que, de entrada, requeriría bastantes páginas sobré qué había dicho Bobbio y en qué sigue o se aparta uno de él. Olvidémonos un poco de Bobbio y de si hago más crítica o más seguidismo de él, y vayamos a si funciona o no el esquema que presento. Por lo demás, creo que, aunque resulte llamativo, en el terreno que aquí nos ocupa, el de las específicas técnicas promocionales, Bobbio no se preocupó tanto como en otros temas por perfilar y desarrollar cuidadosamente un cuadro conceptual sistemático (aunque no dejara de trazar distinciones, y hablara –como haré yo aquí, pero modificando su significado- de premios, incentivos y facilitaciones). Probablemente, porque en realidad lo que más le interesaba sobre la función promocional no era el análisis conceptual. El propio Bobbio era consciente de que él dejaba trabajo analítico por desarrollar. A propósito de *su* distinción entre premios e incentivos, escribió: «Queda el problema que suscita esta distinción, por más o menos válida que sea, y que merecería ser profundizado quizá más que el problema esencialmente terminológico sobre el uso y abuso del concepto de función o sobre la existencia o no de una correspondencia entre las funciones y las técnicas. Se trata de afrontar, de ahora en adelante, una investigación analítica de todas las técnicas de alentamiento que son –y sobre ello estamos todos de acuerdo- una de las características del Estado contemporáneo, con el mismo cuidado por los aspectos particulares con que se ha llevado a cabo durante siglos el análisis de las medidas represivas. No sé si una investigación de ese tipo está aún por hacer (...). Sin duda, de la recogida de datos mediante investigaciones empíricas puede enriquecerse y perfeccionarse la tipología de las referidas medidas, y así alimentarse y orientarse mejor el debate sobre el derecho premial» (BOBBIO, Norberto, «La funzione promozionale del diritto rivisitata», *Sociologia del diritto*, 1984, núm. 3, p.26-27). Este trabajo pretende ser una contribución a esa investigación analítica a la que el propio Bobbio invitaba al despedirse él de este tema.

2. Planteamiento: fines a promocionar y medios promocionales

No todas las medidas promocionales promocionan las mismas cosas (¿conductas? ¿estados de cosas y/o valores?), ni todas utilizan las mismas técnicas, ni «promocionan por igual». Es decir, debemos distinguir entre el fin a promocionar y las técnicas o medios promocionales; y distinguir, entre éstos, aquellos que consisten en incentivar (motivar) conductas de aquellos que no consisten en motivar directamente la conducta (sino, simplemente, en posibilitarla o en premiarla). Propongo para ello distinguir cuatro conceptos básicos: premio puro, promesa de premio, incentivo puro y facilitación. Pero antes, una distinción conceptual previa, y una estipulación terminológica.

Cuando hablamos, en general, del «Derecho premial» o de la función promocional del Derecho, el objeto perseguido, promovido, favorecido, etc., al que nos estamos refiriendo puede ser:

a) Fines generales: es decir, bienes jurídicos, que serán «estados de cosas» o «valores» (a veces, simplemente «virtudes») considerados deseables por el Derecho, ya sea por razones de utilidad (son socialmente beneficiosos) o por razones «de principio» (son en sí mismos valiosos). Por ejemplo, los fines (normalmente de carácter social, económico, cultural, etc.) que persiguen las «directrices» o *policies* constitucionales; o los valores (de libertad, igualdad, justicia, etc.) que típicamente se expresan mediante «principios» en sentido estricto (obviamente, también subyacen valores a las directrices); o ciertas virtudes cívicas que simplemente se consideran encomiables a la luz de esos fines o valores.

b) Conductas (o clases de conductas) particulares: cursos de acción que se consideran deseables, o al menos valorados positivamente.

Las conductas, si se consideran deseables y por tanto objeto de algún tipo de favorecimiento (premio como puro reconocimiento, promesa de premio, incentivación, o facilitación), es por su vinculación con ciertos fines (estados de cosas o valores) generales deseables. Propongo por tanto que veamos los bienes y valores señalados en *a)* como los fines u objetivos a promocionar *indirectamente*; y reservar, respecto de ellos, las palabras «promoción», «promocionar», «función promocional», etc. Y que veamos el favorecimiento de conductas señaladas en *b)*, o sea, las medidas de diverso tipo que operan *directamente* sobre determinadas conductas o determinadas clases de conductas, como técnicas o medios para promocionar aquellos fines; y reservar, en cuanto predicadas de estas conductas como su objeto, palabras como «incentivación», «motivación» o «alentamiento», pero no «promoción». Aunque «promocional» ha de ser el adjetivo de las técnicas cuando en general nos referimos a ellas en sí mismas (la idea de téc-

nica está vinculada al fin para el que es medio, y ese fin se «promociona» como objetivo y en su caso resultado global), cuando hablamos de lo que esas técnicas «hacen» en concreto para promocionar esos fines, operando sobre conductas, quizá sería mejor usar esas otras palabras (para evitar confusiones y mantener clara esta distinción). En suma: se «promocionan» indirectamente ciertos fines (estados de cosas o valores), y para ello se utilizan ciertas «técnicas promocionales» que operan directamente sobre conductas, *por ejemplo* «motivándolas».

El interés de mi análisis, una vez preparado así el camino, radica en distinguir conceptualmente al menos cuatro de esas «técnicas promocionales». Y en mostrar cómo, operando las cuatro sobre o respecto de conductas, sólo dos de ellas (la «promesa de premio» y el «incentivo») operan «motivándolas» (suministrando razones operativas para la acción); mientras que las otras dos (el «premio puro» y la «facilitación») carecen de ese aspecto, conservando no obstante, aunque de modo mucho más débil, su virtualidad de «técnica promocional» favorecedora, en algún sentido, de estados de cosas o valores.

Dos observaciones más que corresponde explicitar ya en este «planteamiento», aunque volverán a aparecer más adelante: 1) El criterio aquí utilizado para distinguir las técnicas promocionales es «funcional» sólo en el sentido de que es el de la finalidad o intención del legislador o «dador» de la medida (la función social que él persigue), y no en el de cómo ésta opera de hecho en la mente de los destinatarios (algo seguramente más difícil de determinar); ni tampoco en el de cuál sea la función social que empíricamente se cumple en cuanto al logro real de los resultados, tanto de los inmediatos relativos a la realización efectiva de las conductas como de los mediatos relativos a la eficaz promoción de fines globales (algo también más difícil de determinar aunque seguramente de mayor interés); es más que probable que una conceptualización siguiendo esos otros criterios arrojara resultados distintos, pero eso sería ya un trabajo diferente –estaría bien realizarlo– del que he pretendido hacer aquí[2]. 2) Las que distinguiré son «cate-

[2] Valga en mi descargo, para quien insista en el mayor interés –desde luego, sociológico- de los otros criterios (cosa que no discuto), que ello no anula el interés que *también* tiene el criterio aquí adoptado; por ejemplo, sin ir más lejos, no hace falta ser un fanático del instrumento teleológico para reconocer alguna relevancia a mi criterio a los efectos de la interpretación *jurídica* de las normas con que se adoptan estas medidas. Por lo demás, este criterio no es distinto del que tradicionalmente se sigue cuando se distingue, en el ámbito de las sanciones negativas, entre sus «funciones» retributiva, preventiva (general y especial), resocializadora, etc.: aunque estas funciones pueden verse desde los otros puntos de vista, no es menos cierto que también (quizá sobre todo) suelen entenderse desde el de la finalidad buscada por el legislador. Y otra cosa: mi criterio no pretende tomar partido en la vieja discusión entre subjeti-

gorías» situadas en un nivel conceptual y, en principio, no aspiran a permitir clasificar las medidas promocionales que de hecho existen en nuestros ordenamientos jurídicos, ya que esos rasgos conceptuales aparecen a menudo combinados en la realidad jurídica en formas a menudo muy complejas; no por ello mi distinción se convierte en inútil, ya que en todo caso permitiría diferenciar *aspectos* conceptuales diversos que aparecen juntos en una misma medida real (no obstante, creo que hay muchos casos de medidas promocionales reales que sí encajan en una y solo en una de mis categorías, y en la medida en que así sea el esquema gana en utilidad). Veamos ya esas cuatro categorías.

3. El premio puro

Llamaré «premios puros» (o premios en sentido estricto) a las medidas o técnicas promocionales que cumplen exclusivamente una función retributiva, de premio y «reconocimiento» o elogio de ciertas conductas o trayectorias vitales especialmente virtuosas, meritorias o supererogatorias. Me refiero a las medallas, títulos, condecoraciones, etc. Las medidas de este tipo, aunque pueden conllevar (o incluso consistir exclusivamente en) un beneficio material o económico para el premiado, no cumplen la función de motivar la conducta.

Podría objetarse, obviamente, que la concesión de premios puede de hecho incentivar alguna pauta de conducta, pues la perspectiva del premio puede mover a la acción, y el premio ya concedido puede servir como ejemplo a terceros para motivarles a realizar conductas parecidas. Ante esto, hay que precisar lo siguiente: 1) Acabo de decir que el criterio que aquí sigo para hablar de función (en este caso, «no motivadora») es el de la finalidad perseguida por (aquí) quien concede el premio, y no la función (tal vez motivadora) que de hecho pueda cumplir en los potenciales beneficiarios: éstos puede que usen, o puede que no, el premio como incentivo para su conducta, pero en todo caso esta categoría del premio «puro» se define estipulativamente por el hecho de que quien lo da no busca motivar conductas (si así fuera, estaríamos ante el segundo concepto, el de «promesa de premio»). 2) En consecuencia, el caso extremo o «tipo ideal» de premio puro sería el que se concede *ex post*, y ni siquiera se ofrece o promete antes de ser realizada la conducta. Un premio, por así decir, mantenido «en secreto» por quien lo va a conceder, de modo tal que el potencial premiado no pudiera imaginar que lo obtendría si obrara de cierto modo, pondría claramente de

vistas y objetivistas sobre la interpretación; cuando hablo de la finalidad social del legislador, quien lo desee puede tomarlo perfectamente como «la finalidad de la medida» promocional (con ello nada cambia en mi análisis, y para mí no es momento éste de entrar en eso).

manifiesto que la intención del dador del premio no podía haber sido la de motivar conductas. De todos modos, no es necesario exigir, para hablar de «premio puro», el que no se haga pública su existencia: cabe perfectamente pensar en un premio que, siendo pública la posibilidad de su concesión, tenga no obstante una finalidad –para el dador, que es lo que cuenta– exclusivamente «de premio» a una conducta ya realizada y en absoluto de incitación para que se realice (la publicidad puede obedecer a otros motivos)[3]. Por otra parte, la concesión misma de un premio, aunque antes no se hubiera publicitado su posibilidad (indicativo determinante de que el dador no podía querer motivar la conducta de quien lo obtuvo ni de quienes podían haberlo obtenido si hubieran actuado así), podría no obstante ser susceptible de tener una intención motivadora respecto de otros sujetos en el futuro (como ejemplo de lo que podrían conseguir). El caso extremo de premio puro sería entonces el de aquel que, además de no haber sido ofrecido ni publicado de antemano, se hubiera concedido por haber realizado una conducta especialmente única y extraordinaria que ya nadie puede volver a realizar (ni siquiera serían posibles conductas del mismo o similar tipo), de modo que nadie podría ser motivado en el futuro y no se puede ni siquiera sospechar que el dador tuviera esa intención de ulterior motivación. En suma, sería un premio creado (o al menos publicitado) *ad hoc* y *ex post*, por conductas irrepetibles.

Desde luego, no resulta nada fácil encontrar ejemplos de casos «extremos» de premios puros. Ni falta que hace. Entiéndaseme bien: ese «caso extremo» es un «tipo ideal» quizá imposible de encontrar en la realidad (al menos, en el Derecho); pero mi intención al comenzar poniendo el listón tan alto era simplemente enfatizar –exagerar– *ad liminem*, con fines heurísticos, los rasgos conceptuales de esta categoría. A fin de cuentas, la clave es la intención retributiva y no motivadora del dador, y esto puede de hecho cumplirse plenamente en muchos casos reales aunque hubiera sido posible una intención motivadora (mi extremo consistía en hacerla incluso imposible). No hay por tanto que ceñirse a ejemplos demasiado extraordinarios (se crea un premio para Champollion por haber descifrado la piedra Rosetta, para

[3] Hablando de publicidad, parece que las cosas se invierten si nos referimos a la concesión misma (no a la posibilidad) del premio: típicamente, el premio puro cumple su función de elogio, de reconocimiento (social), precisamente dando la máxima publicidad a su concesión (que suele hacerse en solemnes ceremonias públicas con mayor difusión cuanto mayor es la entidad del premio). Pero no habría que excluir del premio puro el que se concediera «en privado». Simplemente, el reconocimiento sería de mucha menor intensidad, por parte de una o pocas personas: se trataría de un premio de menor entidad. En todo caso, la publicidad de la concesión ha de tener la finalidad de aumentar la entidad del premio, y quizá la de «mostrar» a terceros un modelo valioso (cfr. *infra*), pero no la de incentivar la conducta de éstos.

Amundsen por llegar el primero al Polo Sur, para Suárez por su labor en la transición democrática española; el nombramiento de «padre de la patria» a un golpista fundador de un nuevo régimen político es *ad hoc*, *ex post*, y desde luego ya no se quiere que esa conducta se repita...) ni demasiado «de laboratorio» (el mismo día de la abolición del servicio militar obligatorio se crea un nuevo premio para quien lo haya prestado del modo más disciplinado). Algunos premios existentes (condecoraciones civiles o militares, doctorados *honoris causa*, nombramientos de hijo predilecto, premios al negocio familiar que haya cumplido 150 años, etc.) se aproximan, en mayor o menor medida, al caso extremo de premio puro y caen básicamente dentro de esta categoría. Dicho esto hay que añadir que, por supuesto, seguramente la mayoría de los que solemos llamar «premios» buscan también una función motivadora y corresponden a mi categoría de «promesa de premio».

El premio puro no pretende motivar la conducta porque ésta consiste en una acción o sucesión de acciones (una «trayectoria») tan meritoria, heroica o virtuosa que quien concede el premio (máxime tratándose del Estado) no aspira a tanto como a incentivar su realización: no es función del Derecho moderno fabricar héroes ni hacer de los ciudadanos seres especialmente virtuosos. Pero, aunque no busque incentivarlas, si alguien llega a realizar esas conductas supererogatorias el Derecho no permanece indiferente: son conductas valiosas (según los valores del Derecho) que merecen un premio, y el Estado desea reconocerlas. Yo creo que ahí radica la explicación de por qué he preferido mantener a los premios puros dentro de la función «promocional» del Derecho: no promueven (no motivan) conductas, pero, al premiarlas y reconocerlas, sí promocionan ciertos valores y virtudes cívicas (y, por qué no, también ciertos fines utilitarios beneficiosos para una persona o para el conjunto de la sociedad) que el Estado considera dignos de un favorecimiento (aunque la técnica empleada sea más débil que la de la incentivación). La prueba de que esos valores o virtudes (que subyacen a y se manifiestan en las conductas) sí se ven promocionados o de algún modo favorecidos es mostrar que estos premios puros no se conceden sin más ante *cualquier* conducta meritoria, extraordinaria, que denote un sacrificio, entrega, destreza, aptitud, logro, etc. fuera de lo normal. Ha de tratarse de un mérito, aptitud, logro, etc. que el Derecho considera valioso, porque expresa ciertos valores (no cualesquiera) o contribuye a ciertos bienes asumidos como positivos por el Derecho. El Derecho no premia el mérito que supone escribir *El Quijote* en una caja de cerillas, ni muchas de las «heroicidades» jurídicamente irrelevantes que merecen en cambio un lugar preeminente en el *Libro Guinness de los Récords*. El Derecho premia (sin incentivar) según qué conductas porque desea ensalzar y hacer avanzar según qué valores. El premio puro no se vincula tanto a la dimensión regulativa del

Derecho cuanto a su dimensión valorativa, respecto de la cual también versa la «función promocional».

Precisando aún más: podría decirse que el Estado valora esas conductas, pero que, al menos en muchos casos, las conductas valoradas son aquellas que se han realizado precisamente *no* en atención a (movido por el interés en) la obtención del premio, sino por otras razones más encomiables (que manifiestan *virtudes* de altruismo, solidaridad, esfuerzo, valentía, abnegación y competencia en el trabajo, pericia y entrega en terrenos como la ciencia, el arte, el deporte...). Ahí radica el mérito, la cualidad intrínseca de la conducta, que se desea premiar. Por eso he hablado de una función «retributiva», en un sentido al menos próximo al de Kant. La función del premio puro no es la de prometérselo a alguien para motivarlo a que realice la conducta (cuya simétrica, entre las funciones de las sanciones negativas, sería la prevención especial), y ni siquiera la de que su concesión ya otorgada sirva de ejemplo para motivar a terceros en el futuro (cuya simétrica, en las sanciones negativas, sería la prevención general), sino simplemente la de otorgarlo porque la conducta lo merece en sí misma. Creo que la pena o sanción negativa no puede ser lo simétrico al premio puro porque la pena no puede prescindir de su función social preventiva; sin embargo, creo que sí tendría sentido hablar de premios con una exclusiva función retributiva (positiva) y en absoluto motivadora. Si el agente actuó movido (principalmente) por el premio, la función de éste (en cuanto que premio puro) quedaría desvirtuada. Si alguien realiza un acto externamente *conforme a* un modelo heroico de conducta durante una batalla, pero lo hizo para ganarse una medalla, no tendría sentido, en puridad, concedérsela: lo que la medalla premia y reconoce es el heroísmo (no simplemente el acto externo), y éste habría desaparecido si la intención del soldado era su puro interés personal en obtener la medalla. Del mismo modo que tampoco tendría sentido la medalla si realizó ese mismo acto por simple error, o porque se había vuelto loco[4].

[4] De modo similar podría decirse que la canonización como santo se negaría a aquel que ha seguido externamente un modelo de vida santa pero con la sola intención de ser canonizado como santo. En esto, la canonización sería un buen ejemplo de premio puro. Pero tengo serias dudas sobre si la institución de la santidad no tiene también funciones (intenciones) motivadoras para la Iglesia Católica, pues parece que la canonización como santo persigue incentivar ese modelo de conducta. Este ejemplo sería adecuado si uno distingue entre la santidad (las «vidas de santos") como modelo de vida que se propone a los fieles, y la institución de la canonización de santos como premio: si ese «premio» no persiguiera motivar vidas santas (que aún así se proponen), sino que se concede exclusivamente a quien ha llevado una vida santa sin que su motivo fuera ser canonizado como santo, creo que el ejemplo funcionaría. Doctores tiene la Iglesia a quienes preguntarles si las cosas son efectivamente así. Por mi parte, sólo añadiré que otro ejemplo de premio tomado de la religión, el cielo, quizá correspondería a mi ca-

Me temo que, por más que me esfuerce, este concepto de «premio puro» no dejará de parecer un tanto extraño. Confieso que yo mismo me siento incómodo al intentar caracterizarlo como lo estoy haciendo. Pero sospecho que esta incomodidad resulta inevitable para cualquiera que hable de premios, porque en su raíz se encuentra una dificultad más de fondo: la de hacer encajar una institución premoderna, como es la promoción de virtudes, en el seno del Derecho de impronta «liberal» contemporáneo. Se me ha objetado, por ejemplo, que probablemente sea cierto que el premio puro no persigue motivar la conducta del individuo concreto al que se premia (no cumpliría una finalidad simétrica a la de la «prevención especial» de las sanciones negativas), pero que en todo caso sí busca motivar la conducta de terceros, la de la sociedad ante cuyos ojos se presenta al premiado como un modelo a seguir (simétricamente a la prevención general); de lo contrario, no se ve qué papel social pueda jugar el premio (y el premio, al menos el otorgado *por el Derecho*, no puede dejar de estar socialmente orientado). En suma, el premio puro no incentivaría conductas concretas del premiado (se reconoce que el Estado «no quiere hacer héroes») pero sí «modelos de vida» que no dejan de ser también de conducta (aunque se trate de modelos globales de conductas indeterminadas que desean motivarse en un auditorio difuso). Ante esto he de decir de entrada que, si se aceptan las razones que explican que la concreta conducta del premiado sólo se desee reconocer y no motivar (razones del tipo «el Derecho no busca hacer héroes», ni incentivar conductas virtuosas), ¿por qué entonces sí iba el Derecho a querer motivar las conductas virtuosas de terceros? Las mismas razones que valen para (no querer motivar) la conducta del premiado valdrán, *a fortiori*, para (no querer motivar a) la sociedad en general. Queda, por supuesto, la cuestión de cuál será entonces la relevancia social del premio puro. Aparte de la obvia relevancia que ya tiene sobre los individuos concretos a los que se premia, la respuesta en realidad ya ha sido apuntada, cuando hice referencia al reconocimiento *social* y a la promoción general (social) de ciertos valores y virtudes cívicas, que reciben un trato de favor frente a otros, aunque no se motiven (ni motivación especial ni motivación general) conductas. Alguien podría decir incluso que el premio puro no opera en realidad sobre conductas. Yo diría mejor que sí opera sobre conductas, pero de un modo distinto al del incentivo motivador: opera sobre conductas pero solamente en cuanto que éstas son el «soporte material» de virtudes, de «disposiciones de carácter», cualidades o méritos; no es la conducta *externa* lo que se reconoce

---

tegoría de premio puro si se tomara –por el dador- como se toma en el conocido poema (atribuido, entre otros, a Teresa de Ávila) «No me mueve mi Dios para quererte... (el cielo que me tienes prometido)». Pero me parece que Santa Teresa es, en este poema, más kantiana que católica.

(y menos aún se motiva), sino la virtud intrínseca que la conducta concreta ejemplifica incorporándola en su «aspecto interno». Además de reconocerla, ¿también se quiere «motivar» esa virtud? La respuesta no es fácil, y depende de cuán «liberal» queramos ver al Derecho contemporáneo. Los premios remiten a las virtudes, y ello chirría al subsistir en un Estado liberal moderno sólo preocupado por conductas (especialmente por reprimir las indeseables siguiendo el criterio del daño) y que quiere ser neutral acerca de virtudes, disposiciones de carácter, modelos excelsos de vida, o ideales de perfección humana (no por casualidad el renacer del Derecho premial vino de la mano del Estado social, con sus tendencias «perfeccionistas» para el gusto liberal)[5]. Yo me inclino a pensar (no estoy muy seguro) que el Derecho moderno –nos guste o no– ni siquiera se propone motivar «virtudes internas» en este sentido. Su rastro premoderno se limitaría a elogiar esas virtudes («reconocerlas» en las personas en que se den y en –a través de– las conductas en que se manifiesten), y a «mostrarlas» como valiosas ante la sociedad, y ambas tareas son desempeñadas por los premios puros**.** Tendrían algo así como una función simbólica, ideológica, educativa. Se puede decir incluso que el derecho moderno no es neutral sino que «quiere» que desarrollemos esas virtudes (y que se realicen las conductas concretas que las encarnan); pero no llega a querer suministrarnos motivos para ello. Desde luego, no quiere dar motivos para realizar las concretas *conductas* virtuosas. Quizá la solución (la explicación de lo que defiendo) radique en distinguir entre *guiar* la conducta (decirnos qué hacer) y *motivarla* (dar razones o in-

[5] «Que premios e incentivos hayan perdido sus específicas fisonomías por el hecho de que ambos han sido investidos por un proceso de legislación masivo y, parece, irreversible, es un dato de hecho. Sostengo que esto es sólo un efecto. La causa, que aquí sólo puedo mencionar, radica en mi opinión en un hecho cultural de gran alcance: me refiero al declive, y quizá a la desaparición, de las doctrinas de la virtud. Las teorías de la virtud (en sus diversas formulaciones, de las clásicas como hábito o disposición a las más modernas de virtud como esfuerzo) establecían una conexión muy estrecha entre la virtud y sus obras. La premialidad podía ser considerada como un reconocimiento de la virtud e, indirectamente, una incitación a realizar acciones virtuosas. *El premio se dirigía no a la acción buena, sino al hombre bueno.* La premialidad desaparece del Derecho, quizá no por casualidad, precisamente cuando el Derecho se ocupó cada vez menos de disposiciones y cada vez más de acciones. Si este cambio ha sido un progreso o bien un regreso de la cultura jurídica, es cuestión importante y harto compleja, sobre la que no quiero tomar partido. Queda como un hecho que la técnica del incentivo es perfectamente coherente con la idea de que el Derecho se interesa sólo, o casi sólo, por las acciones, por los resultados, en una palabra, por las obras. Mientras tanto, también la vieja premialidad vuelve al escenario del Derecho, pero se encuentra con un socio, el incentivo, que tiene y persigue intereses bien distintos. Y no resulta fácil ver cómo pueda disolverse una sociedad hecha así, ciertamente ambigua, pero, parece, también lucrativa» (Giacomo Gavazzi, «Diritto premiale e diritto promozionale», en VV.AA., *Diritto premiale e sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 37-52, en p. 52, cursiva mía).

centivos para hacerlo). A través de los premios puros, al elogiar la virtud del premiado, el Derecho también está proporcionándonos *indirectamente* una guía de conducta, señalándonos una pauta o modelo de conducta a seguir; pero no llega a querer darnos ningún motivo, ningún incentivo, para seguirlo: *es una guía sin sanción (positiva)*. La analogía, como ya apunté, es la de las «vidas de santos», no la del cielo ni la canonización como motivo para seguir una vida santa. La guía es sólo indirecta (implícita) porque el premio puro es primariamente reconocimiento, juicio de valor (dije que se vincula más a la dimensión valorativa que a la regulativa del Derecho), pero todo juicio de valor implícitamente incorpora (compromete a) un aspecto regulativo (Hare). En todo caso, el premio puro indirectamente nos dice: «haced esto» (o mejor: «sed así», sed de tal modo que hagáis conductas como ésta). Pero *no* llega a decirnos: «para que hagáis esto, para que tengáis un motivo para hacerlo, os ofrezco un premio». No se puede incentivar una conducta sin a la vez guiarla, pero sí se puede, viceversa, guiar en la sociedad una conducta (mostrar indirectamente qué hacer) sin aportar incentivos para seguirla, y creo que esto es lo que ocurre con los premios puros. Por otra parte, si se acepta mi anterior discurso «kantiano» acerca de que el premio lo que reconoce es la intención meritoria (y no la simple conducta externa motivada por error, locura, o el interés en ganar el premio), entonces se entenderá que es un sinsentido decir que el premio puro quiere motivarnos para que actuemos *no* movidos por él (darnos un motivo para que obremos sin usarlo como motivo es *no* darnos un motivo).

4. La promesa de premio

Llamaré «promesas de premio» (también podemos llamarlas «**premios-incentivo»)** a las medidas o técnicas promocionales que cumplen simultáneamente, por un lado, una función retributiva (de premio y «reconocimiento» o elogio de ciertas conductas meritorias consideradas valiosas por el Derecho), y, por otro lado, una función «motivadora» (de incentivo de la conducta, suministrando «razones para la acción» respecto de esas mismas conductas). Las promesas de premio incentivan la conducta *ex ante,* y la reconocen *ex post* (además de incentivarla en terceros para el futuro).

En esta categoría entraría la mayoría de las medidas que solemos denominar «premios», porque conllevan la idea de elogio a la conducta que se hace merecedora de ellos, y su ofrecimiento –como suele ser lo común– se publicita, y se publicita con la intención de incentivar esa conducta, la cual se quiere incentivar precisamente por la vía de prometer un beneficio a quien la realice. Por ejemplo, las convocatorias de premios para quien realice la mejor obra científica, artística o literaria de un determinado tipo que se quiere promover (más claramente aún si se exige que la obra sea inédita); o la ins-

titución de la «Matrícula de Honor» (con o sin exención de tasas para el curso siguiente) para premiar al buen estudiante y a la vez motivar a todos para que estudien; o los premios, ofrecidos primero y luego concedidos con todos los honores, a aquellos agricultores cuyas cosechas alcancen un determinado nivel en un producto preferente para un plan quinquenal del Gobierno; o las promesas de promoción en el puesto de trabajo o de complementos salariales a quienes destaquen en la realización de ciertas tareas (como los «sexenios de investigación» en la universidad española).

En estas promesas de premio suele ofrecerse algún beneficio económico o material, pero siempre existe a la vez un aspecto de reconocimiento al autor de un acto u obra meritoria, lo cual las distingue de los puros incentivos (que motivan pero no reconocen, como veremos a continuación). Y, en sentido inverso, aunque a veces el beneficio prometido puede consistir en el simple reconocimiento, seguimos estando en esta categoría si ese reconocimiento se ofrece con la intención de que sirva de incentivo para motivar la conducta[6]. Lo cual distingue esta vez a las «promesas de premio» de los «premios puros» (que reconocen pero no motivan, como ya vimos).

Nada hay por tanto de incoherente aquí (a diferencia de lo que vimos que ocurriría en los premios puros) cuando se premia a alguien que actuó con la intención precisamente de obtener el premio. Ello no «desvirtúa» en absoluto al «premio-incentivo». Al contrario: para eso –para que actuara movido por él– era para lo que se había ofrecido. Y la dimensión de «reconocimiento», que sigue existiendo en esta «promesa de premio», no por ello desaparece: se considera que hay razones que justifican elogiar la conducta aún cuando su móvil fuera el premio (cosa, por cierto, que no necesariamente ha de ocurrir de hecho, aunque ésa sea la intención de quien promete el premio). Obviamente, no será ese móvil «interesado» de obtener el premio lo que justifique su componente de reconocimiento. Ha de haber elementos adicionales en la conducta (que pueden tener que ver con intenciones concomitantes y/o con aptitudes o méritos «objetivos», distintos de la intención subjetiva) que justifiquen su carácter meritorio: la conducta sigue poniendo de manifiesto virtudes valiosas para el Derecho del tipo de las que ya vimos al referirnos a los premios puros (pericia, esfuerzo, solidaridad, valentía, etc.), y son esas virtudes (no la intención de obtener el premio) las que, *ex post*, son objeto de «reconocimiento». Por supuesto, la exis-

[6] ...además de con la intención genuina de reconocer, se entiende. Si esa simultánea intención de reconocer por parte del dador en realidad no existe, sino que el supuesto reconocimiento es *sólo* un instrumento de motivación, nos encontraríamos ante un incentivo puro (cfr. *infra*) disfrazado de reconocimiento. Creo que un ejemplo de esto podría ser la institución del «empleado del mes» en los restaurantes McDonald's norteamericanos...

tencia (en su caso) del móvil (buscado por el dador) de obtener el premio (esa razón prudencial, no «por deber», aunque coexista con razones genuinamente morales) hace que la conducta sea significativamente menos «virtuosa», heroica, meritoria o supererogatoria que la que cualificaba para un «premio puro». Pero no por ello la conducta deja de ser digna de un cierto reconocimiento.

Por otro lado, el que no sea una conducta tan heroica explica que el dador (también si es el Estado) sí aspire esta vez a motivarla, y no sólo a reconocerla (a diferencia de lo que ocurría en los premios puros). Y ello a pesar de que dicha conducta no constituía un deber para el destinatario. Esto último es lo normal en estos «premios-incentivo», pero no es un requisito necesario: cabe pensar en casos extraordinarios (o quizá no tanto) en los que se promete un premio para incentivar y reconocer una conducta consistente en el correcto cumplimiento de un deber jurídico del destinatario. Por ejemplo, para combatir el absentismo laboral, se prometen beneficios y honores –en lugar o además de amenazar con sanciones negativas– a quien efectivamente cumpla con la jornada y calendario laboral que tiene el deber de cumplir. Se prestan más aún a estas medidas los deberes que no son de cumplimiento pleno de una conducta concreta, sino que son deberes de maximización de un estado de cosas dejando discrecionalidad en cuanto a la conducta idónea para ello.

Esta categoría de las promesas de premio corresponde a las medidas que han de considerarse sanciones jurídicas positivas propiamente dichas. Las cosas encajan: la denominación de «sanciones» positivas se justifica sólo en el caso de las promesas de premio, porque sólo aquí se puede trazar una simetría funcional con las sanciones negativas. La sanción negativa es la promesa (amenaza) de un mal y cumple tanto una función retributiva (negativa) *ex post* –se castiga porque la conducta en sí misma lo merece– como motivadora (preventiva) *ex ante*, para disuadir, para incentivar la omisión de conductas indeseables. Esta segunda función se cumple al amenazar, y también al imponer efectivamente la sanción (la imposición sirve de ejemplo a terceros, que ven la eficacia del castigo que recibirían también ellos). La promesa de premio como sanción positiva es, simétricamente, la promesa de un bien y cumple tanto una función retributiva (positiva) *ex post* –se premia porque la conducta en sí misma lo merece– como motivadora (incentivadora) *ex ante*, para incentivar la realización de conductas deseables. Esta segunda función se cumple al prometer, y también al conceder efectivamente el premio (la concesión sirve de ejemplo a terceros, que ven el premio que recibirían también ellos). Ya expliqué por qué esta simetría no existe en el caso de los premios puros (en ellos falta la función incentivadora, simétrica de la preventiva, la cual no puede faltar en la pena). En los casos

que nos faltan por ver tampoco existe esta simetría: los incentivos puros carecen de la función retributiva (tampoco ésta, en mi opinión, puede faltar en la pena), y las facilitaciones carecen de ambas funciones.

5. Los incentivos puros

Llamaré «incentivos puros» (o «incentivos en sentido estricto») a las medidas o técnicas promocionales que cumplen exclusivamente una función «motivadora», de guía e incentivo, suministrando «razones operativas para la acción» respecto de ciertas conductas.

Los incentivos puros únicamente buscan motivar *ex ante*, pues, una vez realizada la conducta, la concesión del incentivo prometido no representa «reconocimiento», premio o elogio alguno por méritos o virtudes encomiables, sino simplemente el cumplimiento del deber al que se había comprometido quien ofreció el incentivo.

Nada impide que ese cumplimiento, el «libramiento» del beneficio, se realice sin publicidad (no se busca un reconocimiento social), aunque el ofrecimiento del incentivo sí necesita obviamente ser publicitado entre los potenciales destinatarios para que se puedan sentir motivados por él.

La conducta incentivada *suele* ser, típicamente, una actividad económica o empresarial, cuya realización se desea favorecer creando o incrementando el interés particular del destinatario en realizarla, por su propio provecho; aunque, si el dador (tratándose del Estado) la incentiva, es porque objetivamente ello redunda en beneficio de (promociona) un fin público o general, normalmente un objetivo socioeconómico o *policy* que se desea promocionar. El beneficio con que se incentiva suele ser también de tipo económico o material; en todo caso, es difícil imaginar que ese beneficio pudiera ser de tipo honorífico sin que ello incorporara al incentivo puro la dimensión de reconocimiento de la que debe carecer (pero cfr. *supra*, nota 6).

Lo importante es que la conducta del destinatario no es considerada por el dador especialmente digna de elogio (ningún mérito o virtud se elogia en los agricultores cuando se les subvenciona para que arranquen las viñas); o al menos, aunque de hecho sea meritoria, no es intención del dador emplear el incentivo como medio de reconocimiento de ese mérito. El incentivo puro sólo cumple funciones motivadoras *ex ante*, en absoluto retributivas *ex post*. Por eso no hay aquí simetría con la sanción negativa: ésta no puede prescindir de su dimensión de reproche y de castigo sólo imponible a quien lo merece, con culpabilidad; mientras que en el incentivo puro no existe un simétrico elogio ni se requiere mérito alguno, sino que basta con la realización de la conducta externa o conforme. El otorgamiento *ex post* del incen-

tivo comprometido, si acaso, cumple únicamente, a su vez, ulteriores funciones motivadoras *ex ante*, en cuanto ejemplo que pueda servir de incentivo a terceros en el futuro.

Más aún: síntoma de que en el incentivo puro no existe el elemento de premio o «reconocimiento» *ex post* por conductas ya realizadas es el hecho de que, en muchas ocasiones (aunque esto no es requisito para hablar de incentivo puro), el beneficio en que consiste el incentivo se entrega con anterioridad a la realización misma de la conducta: nada puede haber de premio (de reconocimiento) en algo que se otorga por una conducta aún no realizada. Ejemplos de incentivos puros son las subvenciones a determinadas actividades económicas realizadas con ánimo de lucro; las ayudas y créditos blandos que se otorgan de antemano a los empresarios; muchos tipos de desgravaciones y beneficios fiscales...

Es cierto que muchos incentivos se ofrecen no a cualquiera sino únicamente a quienes reúnan ciertas capacidades o cualificaciones y/o hayan realizado cierto tipo de conductas en el pasado, y que ello podría interpretarse como una especie de premio o reconocimiento de méritos. Mi respuesta ante esto es la siguiente. a) Si efectivamente ocurre eso, simplemente habremos dejado de estar en la categoría del incentivo puro, y nos encontraremos ante una peculiar combinación de premio e incentivo: se trataría de un premio (sea «puro» o «promesa de») cuya peculiaridad radicaría en que el beneficio otorgado como reconocimiento consistiría no en una medalla, sino en haber sido elegido como destinatario de un incentivo para realizar una ulterior conducta (ejemplo: concesión de una prestigiosa beca o año sabático a un gran académico, en atención a sus méritos, para investigar en el extranjero); dicho incentivo puede a su vez ser un incentivo puro o ser una promesa de premio (en el caso de que exista, además, un elogio a la segunda conducta una vez realizada). b) Me parece que, *normalmente*, no es eso lo que ocurre en estos casos, los cuales suelen seguir siendo incentivos puros. La restricción de un cierto «historial previo» como requisito para ser destinatario de un incentivo no suele operar como un «reconocimiento» a dicho historial, sino como una simple forma de seleccionar (por razones técnicas y de economía, para maximizar la utilidad del incentivo) qué destinatarios son de hecho más idóneos para ofrecerles el incentivo por encontrarse en mejor situación o capacidad de realizar con éxito la conducta que se desea incentivar, sin que al dador le interese en absoluto elogiar los méritos de quien haya alcanzado dicha capacidad. Sea como fuere, no hay que perder de vista que, según el criterio que yo he propuesto, la intención relevante para decir si nos encontramos en a) o en b) es la intención del dador, y no el cómo se lo tome el destinatario.

6. Las facilitaciones

Llamaré «facilitaciones» a las medidas o técnicas promocionales cuya función consiste exclusivamente en *facilitar* (proveer) los medios para: 1) o bien *posibilitar* al destinatario la realización de ciertas conductas que de otro modo le resultaría empíricamente imposible realizar; 2) o bien *facilitar* o hacer «razonablemente posibles» determinadas conductas que de otro modo, aunque empíricamente posibles, le resultarían tan difíciles y gravosas que realizarlas supondría un acto supererogatorio que ni se pretende ni sería razonable esperar que llevara a cabo; 3) o bien, en algunos casos, simplemente *hacer algo más fácil* una conducta que de otro modo resultaría más gravosa (pero ni estrictamente imposible, ni tampoco especialmente heroica)[7].

[7] Cabría añadir entre las «facilitaciones» a aquellas medidas cuya finalidad es posibilitar o facilitar al destinatario la realización de ciertas conductas que, de otro modo, no es que sería imposible o gravoso realizarlas empíricamente, sino que: o bien a) no serían jurídicamente posibles (y la conducta, como tal conducta en sí misma jurídica, sería imposible sin más); o bien b) no estarían jurídicamente permitidas.

a) El primer tipo de estas, digamos, «facilitaciones jurídicas» consistiría en medidas dirigidas a posibilitar, mediante reglas que confieren poderes, conductas jurídicas (la realización de actos jurídicos, como contratos, testamentos, etc.) que de otro modo no sería posible realizar, porque dichas reglas «constituyen» la posibilidad misma de producir esos resultados «institucionales». No me ocuparé aquí de este sentido de «facilitación» porque hacerlo supondría entrar en un terreno que nos llevaría muy lejos respecto de la función promocional del Derecho de la que venimos hablando (referida a conductas físicas, no jurídicas). Pero conviene al menos apuntar que la finalidad de las reglas que confieren poderes viene a coincidir con la de las facilitaciones de conductas físicas de las que me ocupo aquí: al igual que, como en seguida veremos, ocurre en mis «facilitaciones», las reglas que confieren poderes no suministran al destinatario razones operativas para producir el resultado jurídico; únicamente constituyen la posibilidad del mismo. Como mucho, las reglas que confieren poderes, al igual que las «facilitaciones» de conductas físicas, aportarían simplemente razones auxiliares: unas y otras, todo lo más, participan de un modo indirecto (y normalmente más débil) en la guía de la conducta, ya que necesitan ser completadas con alguna razón adicional genuinamente operativa que motive la conducta. (Cfr. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, esp. pp. 66-73).

b) En cuanto a las «facilitaciones jurídicas» del segundo tipo, el «objeto facilitado» seguiría siendo una conducta física (sólo que la facilitación de la misma consistiría en permitir –lo cual es distinto de posibilitar- jurídicamente su realización, levantando una prohibición), por lo cual no habría dificultad alguna para entenderlas incluidas en mi concepto de facilitación. Estas facilitaciones podrían entenderse subsumidas en los casos 2) y 3) de mi definición, pues el «sacrificio no razonablemente esperable», o la «simple carga», respectivamente, que la facilitación viene a suprimir, bien pudiera consistir en una prohibición (o quizá en algún otro tipo de gravamen jurídico) que dificultaba la conducta empíricamente realizable. De todos modos, tampoco es en este segundo tipo de «facilitaciones jurídicas» en el que estoy típicamente pensando al elaborar este concepto de facilitación (lo que tengo en mente es más bien la aportación de medios materiales para posibilitar o facilitar empíricamente la conducta).

Lo importante es que las facilitaciones no pretenden –ni siquiera en el caso 3)– otorgar un «beneficio» o un «bien» de una entidad suficiente como para que éste opere en el razonamiento del destinatario como una razón o estímulo para realizar la conducta (como ocurría en los incentivos y en las promesas de premio), y mucho menos presentan algún aspecto de reconocimiento, premio o elogio de méritos (como ocurría en los premios puros y en las promesas de premio). Las facilitaciones simplemente intentan proporcionar al destinatario los medios necesarios (podríamos decir, la infraestructura) para hacer posible o menos gravosa la conducta. Pero contar con los medios para hacer algo –que nos sea posible, y además no especialmente costoso, realizarlo– no es todavía razón suficiente para hacerlo. El destinatario necesitará, además, alguna razón adicional, «en positivo», para actuar: no simplemente saber que, si quiere, puede; necesitará alguna razón para querer hacerlo. La facilitación *no* intenta proporcionar esa razón (si lo hiciera, nos habríamos pasado a la categoría del incentivo o a la de la promesa de premio). En suma, la facilitación, ni intenta «reconocer» conductas meritorias, ni intenta «motivar» la realización de conducta alguna: no estimula la conducta, no da «razones para la acción». O mejor dicho, por usar los conceptos de Raz, la facilitación no da «razones operativas» para la acción, sino que simplemente proporciona «razones auxiliares» (o modifica favorablemente el cuadro preexistente de razones auxiliares), por sí solas insuficientes para mover a la acción.

Son facilitaciones, por ejemplo, muchas de las medidas promocionales que adopta el Estado respecto de los discapacitados físicos. Algunas de ellas suponen posibilitar acciones de otro modo empíricamente imposibles. Por ejemplo, si los ejercicios de unas oposiciones son escritos, preparar una versión Braille de las preguntas para los invidentes; o si son orales, permitir a los mudos contestar por escrito (ésta en realidad sería una facilitación jurídica, cfr. *supra*, nota 7, b). El Estado no tiene un interés especial en que sean ciegos o mudos quienes se presenten a esas oposiciones, ni tampoco en incentivar a ciegos y mudos para que accedan a ese concreto puesto de trabajo. Simplemente, desea remover la imposibilidad a la que se enfrentaría aquel ciego o mudo que deseara ese puesto, pero esta medida ni da ni pretende dar a ese sujeto motivo alguno en positivo para concurrir a esa oposición. Otras veces, tal vez la mayoría, las medidas para los discapacitados pretenden lograr que sea para ellos «razonablemente posible» cierta conducta que de otro modo sería quizá empíricamente posible, pero tan gravosa que, en la práctica, su dificultad vendría a equivaler a su imposibilidad. Circular libremente por las calles de una ciudad donde no se han suprimido las barreras arquitectónicas puede que no sea literalmente imposible para quien está en una silla de ruedas porque en abstracto existen medios para superar esa

dificultad. Pero pretender que sea el propio discapacitado quien provea dichos medios (contar siempre con alguien que le ayude, o pagar a alguien para ello, o sufragar él los costes de la construcción de rampas) significaría esperar de él –aunque tuviera la capacidad para aportar esos medios– un sacrificio tan exagerado que sería absurdo e injusto esperarlo. Algo parecido cabe decir de los aparcamientos reservados para automóviles de discapacitados. Lo interesante en estos ejemplos es mostrar que el Estado, al dar esas facilitaciones, no pretende motivar a los beneficiarios para que hagan uso de ellas y realicen las conductas, sino únicamente hacérselas posibles o más fáciles, para hacer efectiva la igualdad con los no discapacitados. Al Ayuntamiento le resulta indiferente que los discapacitados circulen de hecho más o menos por la ciudad con su silla de ruedas o con su automóvil. No es la conducta misma lo que se quiere fomentar, sino la igualdad que supone el que les sea posible. Es más, bien pudiera ser que el Ayuntamiento, para reducir la contaminación y el caos de tráfico, estuviera desarrollando políticas (incluyendo incentivos) para que los vecinos (discapacitados o no) dejaran el coche en casa, y aún así mantuviera aparcamientos reservados a minusválidos. Con ellos, ese Ayuntamiento no quiere incentivar a los discapacitados para que conduzcan (desea lo contrario), pero los mantiene en aras a la igualdad. En general, en este tipo de facilitaciones, el «fin general» a promocionar es la igualdad de oportunidades, y no el bien o fin que resultaría como consecuencia de la realización de las conductas. Por otra parte, al dar estas facilitaciones a los discapacitados, tampoco se está «reconociendo» ni elogiando un supuesto «mérito» consistente en «ser discapacitado» ni nada por el estilo: proporcionar sillas de ruedas, construir rampas, o reservar aparcamientos, no supone «premio» alguno merecido por alguna conducta o trayectoria vital valiosa.

Muchas veces, estas facilitaciones están vinculadas a cuestiones de coordinación de conductas. Un ejemplo típico es la provisión de contenedores de basuras adecuados para el reciclaje, separando los de vidrio, papel, etc. Sin ellos no sería «razonablemente posible» la conducta del ciudadano ecológicamente concienciado. Algún héroe del ecologismo podría, como cuestión empírica, clasificar su basura y distribuirla él mismo entre las diversas plantas de reciclaje fuera de la ciudad, pero eso nada quita a la idea de que sin contenedores del Ayuntamiento el reciclaje de basuras sería «imposible». Aquí es la coordinación de conductas en todo un colectivo, no la conducta individual (que sería insignificante), lo que entra en juego. Proveer los medios (contenedores) para el reciclaje posibilita las conductas de reciclaje de los ciudadanos, coordinándolas entre sí. Pero serán necesarios ulteriores incentivos, o confiar en los motivos que la gente pueda tener para reciclar, porque la simple disposición de contenedores en todas las calles nos posi-

bilita contribuir al reciclaje, pero no nos da motivo alguno para ello. Y, sin embargo, que la conducta sea posible, ya supone en sí mismo un modo de promocionar un fin (el fin general, en este caso, sería la protección del medio ambiente), aunque no se incentive conducta alguna y esta técnica de promoción resulte por ello *normalmente* más débil.

7. Cuadro-resumen

Hasta aquí, mi construcción conceptual de las cuatro técnicas promocionales fundamentales. El siguiente cuadro sintetiza la clave de estas distinciones:

Técnicas promocionales

Finalidad / Técnica promocional	Reconocer	Motivar	Posibilitar o facilitar	*Ejemplos*
Premio puro	sí	no	no	*Nombramiento de hijo predilecto*
Promesa de premio	sí	sí	no	*Matrícula de honor*
Incentivo puro	no	sí	no	*Créditos blandos a empresas*
Facilitación	no	no	sí	*Aparcamientos para discapacitados*

8. Tres matizaciones

Resta todavía realizar tres puntualizaciones:

1) *La promesa de premio es una categoría mixta.*- Hace tiempo que se habrá advertido que, conceptualmente, y en puridad, la «promesa de premio» no es una categoría independiente, sino mixta: es la categoría que surge de la suma, en una misma medida, del premio puro y del incentivo puro (la suma hace que uno y otro dejen de ser puros). Carece pues de rasgos adicionales, distintos de los que proceden del premio y del incentivo en sentido estricto. Por eso dije que las promesas de premio pueden denominarse también «premios-incentivo». Ya advertí al comienzo que, en la práctica, las cuatro técnicas promocionales pueden aparecer combinadas entre sí de diversos modos, y que, en la determinación de los «conceptos primarios» a partir de los cuales formar esas combinaciones, perfectamente podríamos (si se quiere, debíamos) haber prescindido de las promesas de premio. Si he decidido no obstante incluir a las promesas de premio entre los cuatro conceptos básicos, en el mismo nivel que los otros tres, ha sido simplemente porque me parece que esta específica combinación, más que ninguna otra de las posibles, tiene una importancia, una «fuerza promocional» (como enseguida veremos), y se da en la práctica con una frecuencia tal, que justifica formar con ella una categoría autónoma. Y sobre todo porque, como hemos visto, sólo fabricando este concepto combinado encontraremos, en el

ámbito promocional o positivo, el concepto simétrico de la sanción negativa tradicional de los ordenamientos represivos. No me refiero a su analogía estructural con las sanciones negativas, sino a su analogía (o simetría) funcional: las tradicionales funciones retributiva-negativa (castigo) y preventiva (disuasoria) de la sanción negativa tienen su reflejo en las funciones retributiva-positiva (premio) y motivadora (incentivadora) de la «promesa de premio». Siendo pues el concepto clave, soy perfectamente consciente de que la «promesa de premio» no constituye, en el plano estrictamente conceptual, un concepto primario sino sólo una combinación de premio e incentivo.

2) *La diversa «fuerza promocional».*- Las promesas de premio son una técnica promocional mucho más «fuerte» (más capaz de lograr sus fines) que los premios puros, y más fuerte también que los incentivos puros y que las facilitaciones. En los premios puros se «favorecen» (promocionan) ciertas virtudes y valores sólo en el débil sentido de que éstos «se hacen avanzar» de algún modo simplemente porque premiarlos (reconocerlos) supone un cierto «trato de favor» simbólico o ideológico (se muestran como valiosos ante la ciudadanía) frente a otros valores o méritos que no reciben premio; pero no se pretende incentivar la conducta que no obstante se premia. Los incentivos puros son una técnica mucho más fuerte que los premios puros, porque dan razones para actuar; pero las promesas de premio añaden, a esa misma fuerza motivadora del incentivo puro, el plus promocional (por débil que sea) del «reconocimiento» que tenían los premios puros. Las facilitaciones son normalmente más débiles (en cuanto a su virtualidad promocional) que las promesas de premio y que los incentivos, porque no suministran razón alguna para actuar, sino que simplemente hacen posible o «razonablemente posible» la conducta, cosa que se sobreentiende que ya se daba en el caso de las conductas a las que se refieren los incentivos puros y las promesas de premio: se supone que si se incentiva una conducta (o si se incentiva y además se reconoce), es porque esa conducta ya era razonablemente posible. La facilitación aporta pues un elemento necesario pero no suficiente, y ese prerrequisito ya se daba en el incentivo y en la promesa de premio, los cuales aportan algo más. Dicha «posibilidad razonable» de realizar la conducta no se presupone siempre, sin embargo, en el caso de los premios puros. Es más: en ellos se trata normalmente de una conducta supererogatoria, y su carácter meritorio (a veces cuasiheroico) que es reconocido se debe precisamente a que no existía esa «posibilidad razonable». La facilitación aporta al menos dicha posibilidad razonable, y me parece que ello resulta promocionalmente mucho más útil que la función digamos ideológica del premio puro. Cierto es que la facilitación se detiene ahí, sin aportar razones operativas para realizar la conducta, pero en esa carencia el premio puro está a la par, porque tampoco busca motivar. En consecuencia,

según su diversa «fuerza promocional» (de los fines generales a promocionar), podemos ordenar las cuatro técnicas de menor a mayor fuerza como sigue: premios puros, facilitaciones, incentivos, y promesas de premio. Por supuesto, esta ordenación parte de la conceptualización misma de cada técnica en abstracto: el contenido concreto que pueda darse a cada una puede trastocarnos este orden; por ejemplo, un incentivo puro de una cuantía económica enorme, aunque carezca del componente de reconocimiento, seguramente resultaría mucho más efectivo que una promesa de premio cuya cuantía económica fuera muy escasa (el plus del reconocimiento no compensaría ese desfase). A lo que me refiero, cuando establezco este orden, es a que, *ceteris paribus*, o bien si prescindimos de su contenido concreto, cada una de las técnicas promocionales tiene la capacidad promocional relativa indicada por esa ordenación.

3) *Las compensaciones o indemnizaciones positivas*.- Sería en mi opinión razonable plantearse al menos la posibilidad de añadir una quinta categoría: las medidas compensatorias o indemnizatorias, cuya finalidad es meramente resarcitoria, reparadora; es decir, las medidas que no consisten en ofrecer u otorgar al destinatario un beneficio entendido como un plus añadido que mejore su situación, sino que solamente pretenden restituir el *statu quo ex ante* del destinatario que ha sufrido o pudiera sufrir un quebranto o sacrificio. La duda sobre si debemos añadir esta categoría puede surgir como consecuencia de reconocer su importancia en el terreno de las sanciones negativas: uno de los criterios tradicionales para distinguir entre sanciones penales y civiles es precisamente el de que la sanción civil es sólo resarcitoria (sólo se busca restituir al acreedor a su situación inicial, y se cumpliría su función si ello pudiera lograrse sin infligir un sufrimiento al deudor, por ejemplo si indemnizara un tercero); mientras que la sanción penal tiene una finalidad retributiva y preventiva (que en todo caso quedaría desvirtuada si no se infligiera un sufrimiento al autor mismo del ilícito). Quizá un análisis más refinado del que he podido realizar hasta aquí nos llevaría a una conclusión distinta, pero a falta del mismo creo que mi esquema perdería más que ganaría si incorporásemos las compensaciones como categoría autónoma.

A simple vista, alguien podría llegar a esta misma conclusión argumentando que las técnicas promocionales consisten en proporcionar (prometiéndolo o no) algún bien o beneficio (sea material o puramente honorífico) al destinatario, y que no se ve qué diferencia conceptual pueda suponer, a estos efectos, el que dicho bien o beneficio consista en mejorar su situación de partida o simplemente en compensar un perjuicio que su conducta (o algún otro suceso) pudiera ocasionarle y dejarle como estaba. A esto he de responder sin embargo que, efectivamente, igual da que el beneficio en que

consiste la medida sea un beneficio neto o la compensación de una pérdida, pero que la cuestión no es ésa. La cuestión es *para qué* pueda darse ese beneficio, sea neto o resarcimiento: sólo para reconocer, para motivar y/o para posibilitar/facilitar, o bien si cabe darlo también para alguna otra finalidad que pueda calificarse de cualitativamente distinta a esas tres, a saber, una finalidad «reparadora» o algo así (a fin de cuentas, en la vertiente negativa, se habla de finalidad resarcitoria –de las sanciones civiles– como distinta de las finalidades de la pena). Por supuesto que un premio puro puede consistir en un reconocimiento que se exprese no mediante una medalla sino resarciendo por los perjuicios que sufrió el agente al realizar una conducta supererogatoria: la compensación misma sería un acto de reconocimiento; por supuesto que el incentivo (sea puro o esté incluido en una promesa de premio) también puede consistir en resarcir posibles daños, y no sólo en aportar beneficios netos; por supuesto que facilitar una conducta puede consistir precisamente en compensar los sacrificios que supondría realizarla. Si por esto fuera, la cuestión de la autonomía de las indemnizaciones ni siquiera habría de plantearse. Mis dudas surgen no sólo porque en realidad parecidos juegos medios/fines pueden también entablarse entre las otras tres categorías (puestos así, quizá ninguna podría verse como autónoma), sino porque no me parece en principio descabellado presentar la reparación de un perjuicio no merecido como una finalidad «en sí misma» (no sólo como instrumento para alguna de las otras tres finalidades), y buscar algunos casos paradigmáticos en los que se resarce no para premiar, ni incentivar, ni posibilitar/facilitar, sino para eso, para resarcir.

Pese a estas dudas, he decidido (¿provisionalmente?) no dar autonomía a esta finalidad, en parte porque desde luego muchas de esas «indemnizaciones positivas» efectivamente serían medios para los otros tres fines, pero sobre todo porque me parece que una de mis anteriores categorías podría dar cuenta de al menos buena parte de lo que quedara. Me refiero a la categoría de las facilitaciones. Las indemnizaciones de las que estoy hablando son «positivas», y se diferencian por tanto de las sanciones (negativas) civiles porque en estas últimas hay un autor de un ilícito civil (un deudor que incumple; o un causante de un cuasidelito o daño civil, un *tortfeasor*) a quien se «castiga» con la obligación de indemnizar (mejor dejar de lado la responsabilidad objetiva, en la que hablar de sanción negativa resulta ya más forzado, aunque, si se incluye, lo que aquí quiero decir no cambia). En las indemnizaciones positivas, en cambio, la reparación la realiza el Estado, porque no hay una conducta culpable (ni objetivamente responsable) de nadie (o de nadie a quien exigir la compensación), y muchas veces ni siquiera una conducta del destinatario de la compensación: aunque también pueden darse indemnizaciones positivas por los perjuicios derivados de la pro-

pia conducta del destinatario (por considerarla valiosa, normalmente), los casos típicos son los de indemnizaciones por daños provocados por granizo, terremotos, inundaciones, terrorismo, guerras, u otros tipos de catástrofes. Dejando aparte la cuestión de si, en muchos casos, estas indemnizaciones no «operan sobre conductas» (mi planteamiento era el de medidas que operan sobre conductas para promocionar fines generales), la pregunta es: ¿Para qué finalidad quiere el Estado indemnizar, si «él no lo hizo»? ¿Es ésta una finalidad «autónoma»? Creo que esa finalidad, cuando no es instrumental para alguna de las otras tres, en la mayoría de los casos se puede reconducir y hacer coincidir con la de las facilitaciones. Al indemnizar, el Estado no quiere reconocer virtudes, ni incentivar directamente conductas, sólo quiere devolver al destinatario a la situación anterior al perjuicio sufrido. ¿Para qué? Si hablamos de conductas, para que al dañado le sea posible de nuevo realizar las mismas conductas que podía realizar antes, y con la misma facilidad (mucha o poca) que antes (y no con la dificultad añadida acarreada por el perjuicio que se quiere compensar). Esta finalidad es la misma que la de las facilitaciones. Cabe responder además (si no queremos hablar de conductas concretas): para hacer justicia, porque el daño sufrido es inmerecido (al menos en esa magnitud y consecuencias), por simple cuestión de igualdad, para restablecer las condiciones de igualdad de oportunidades –de posibilidades, de facilidades– con los demás que no sufrieron esa desgracia. Ese era el «fin general» a promocionar de algunas facilitaciones. Recuérdese el ejemplo de los discapacitados: la desgracia por la que se indemniza equivale a la desgracia inmerecida, de injustas consecuencias desigualitarias, de la discapacidad. Desigualdad (sea por discapacidad o por catástrofe) que se quiere corregir.

TEORÍA Y DOCTRINA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN LA PROPUESTA DE RICCARDO GUASTINI

María Concepción Gimeno Presa
Universidad de León

La elaboración de una teoría de la interpretación es una de las principales tareas a las que se han dedicado los filósofos del derecho en los últimos años. Sin embargo, han abordado el tema desde distintas perspectivas, con distintos métodos y, como es de esperar, con resultados muy dispares. Esta diversidad explica que hoy en día sean continuos los debates, así como las críticas que mutuamente se dirigen entre sí los estudiosos del tema. Una de estas críticas es la que consiste en considerar equivocadas aquellas teorías de la interpretación jurídica que no posean un carácter descriptivo. Quienes esgrimen esta objeción entienden que el tema de la interpretación jurídica puede ser enfocado desde diferentes perspectivas, pero que si lo que se pretende es elaborar una teoría de la interpretación del derecho lo que se debe efectuar es un estudio de carácter descriptivo. Este es el caso de autores como Giovanni Tarello y Riccardo Guastini. Concretamente este último distingue muy a menudo tres planos o niveles distintos de análisis del fenómeno jurídico que corresponden, además, a tres funciones del lenguaje diferentes: metateoría, teoría y doctrina.

Una metateoría, según Riccardo Guastini, corresponde a todo discurso que se refiera a lo afirmado en una teoría. Constituye un metalenguaje y sus enunciados pueden ser descriptivos, si se limitan a constatar lo expresado por el teórico, o normativos, si también indican lo que una teoría debería o no debería haber expresado. Una teoría de la interpretación, por su parte, se encarga de responder al interrogante básico «¿qué es interpretar?» apelando a un discurso descriptivo, esto es, mediante enunciados susceptibles de ser verdaderos o falsos. Se trata de un estudio científico. Una teoría de la interpretación jurídica es un análisis donde se describe el modo en el cual los intérpretes actúan de hecho. Por último, una doctrina da respuesta a la pregunta «¿cómo se debería interpretar, qué métodos debería el intérprete usar y cuál debería ser la finalidad de la interpreta-

ción?» [1]. La doctrina utiliza un discurso directivo, se mueve en el ámbito del deber ser y esta formada por enunciados normativos. El estudio doctrinal es un estudio político o ideológico de la interpretación. Se caracteriza por estar compuesto de enunciados no descriptivos sino valorativos. La finalidad de un estudio doctrinal de la interpretación jurídica es proponer, sugerir, o recomendar a los intérpretes acerca del modo en el cual deberían operar. Según Guastini el discurso doctrinal, que es el que desarrolla por lo general la dogmática jurídica, no es susceptible de control empírico, pues cumple una función prescriptiva [2].

Ocurre que a veces no se tienen en cuenta estas distinciones. Por ello es común encontrar propuestas que se autodefinen como «teorías de la interpretación del derecho» cuando en realidad constituyen «doctrinas de la interpretación». Esto ocasiona grandes confusiones, según Guastini, ya que bajo una apariencia de estudio científico y descriptivo se encubre una ideología política [3]. Esta es la falla que presentarían las teorías de la interpretación elaboradas por algunos iusfilósofos actuales como Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky. Las posturas de ambos iusfilósofos son rechazadas por el autor italiano porque no constituyen genuinos estudios teóricos sino doctrinas encubiertas de la interpretación jurídica [4].

En este artículo cuestionaré hasta qué punto Riccardo Guastini es fiel a la demarcación que establece, y con la que ataca a sus rivales teóricos, cuando defiende su propia propuesta sobre el tema. Dividiré el trabajo en dos partes. En la primera, sintetizaré la forma en la que Guastini responde a algunos de los principales problemas que plantea la interpretación del derecho. En la segunda, trataré de determinar si cuando responde a estos interrogantes, el autor se limita a describir lo que es interpretar o, por el contrario, incluye también enunciados normativos donde sugiere o propone có-

---

[1] GUASTINI, R., *Le fonti del diritto, e l´interpretazione,* Milano, Giuffrè, 1993, pág. 335.

[2] La diferencia entre teoría y doctrina de la interpretación defendida por Guastini se puede ver en GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme,* Torino, Giappichelli, 1990, pág. 133.

[3] Ver GUASTINI, R., «Due studi sulla dottina dell´interpretazione nei giuristi italiani del primo novecento», en Materiali per una storia de la cultura giuridica, 1977, volumen VII, pág. 115 nota a pie de página 2; «Tre domande a Francesco Viola» en Jori (ed) *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni: del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, págs 231 y 234.

[4] Ver GUASTINI, R., «Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un´appendice bibliografica», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XIII, nº 2, 1983, págs. 449-467, en especial pág.450; «Diritto, mite, diritto incerto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXVI, nº 2, 1996, págs. 513-525, en especial págs. 516 y 517. En ambos artículos, Guastini afirma que las posturas defendidas por los dos autores parten de confundir teoría con doctrina de la interpretación jurídica. La distinción entre teoría y doctrina es usada por Guastini como en ambos trabajos como el argumento más importante para criticar a los dos iusfilósofos.

mo se debería interpretar. Sostendré que existen elementos suficientes como para considerar que en su propuesta también se confunden ambos niveles de teorización. Esta constatación nos debe llevar a cuestionar, no sólo la propuesta del filósofo italiano, sino también la utilidad y el valor que cabe atribuir al propio criterio de demarcación analizado.

1. Guastini afirma que el término interpretar puede ser analizado en cuanto actividad o en cuanto resultado de esa actividad. Cuando él elabora su teoría de la interpretación del derecho parte de considerar dicho término en el segundo de sus sentidos. Por esa razón sostiene que el objeto de la teoría de la interpretación del derecho son los discursos de los intérpretes, es decir el resultado al que da lugar la actividad de los sujetos que interpretan el derecho. Concretamente, el autor define su teoría de la interpretación jurídica como un análisis lógico de los discursos de los intérpretes [5].

Guastini diferencia tres sentidos de «interpretación jurídica» de acuerdo al uso que se le da al término en distintos contextos [6], y además distingue cuatro tipos distintos teniendo en cuenta el sujeto que lleva a cabo la actividad interpretativa. Utilizaré estas dos clasificaciones para exponer los rasgos salientes de su propuesta.

La «interpretación jurídica», en *sentido estricto*, es la actividad que consiste en traducir un texto jurídico perteneciente, por lo general, a las fuentes del derecho, adscribiéndole un significado. Esto es lo mismo que redefinir su significado mediante la formulación de otro texto sinónimo del interpretado. Como la teoría estudiada parte de describir lo que es interpretar analizando los discursos interpretativos, el autor llega a esta definición teniendo en cuenta, por un lado, el estatuto lógico de los enunciados interpretativos, y por otro, su forma lingüística. El enunciado interpretativo es aquel que afirma que X significa D, donde X es un texto jurídico, o formulación normativa perteneciente a las fuentes del derecho.

De acuerdo con el estatuto lógico de un enunciado interpretativo, Guastini sostiene que interpretar no es nunca una tarea descriptiva. Cuando se interpreta nunca se describe el significado del texto jurídico porque todo tex-

---

[5] Ver Guastini, R., «Enunciati interpretativi» en Ars Interpretativi, *Anuario di ermeneutica giuridica,* Journal of Legal hermeneutics, Testo e diritto, Padova,Cedam, 1997, 2, págs 41 y 42. En torno al concepto de interpretar como actividad mental y la imposibilidad de un análisis lógico de la misma, ver *Le fonti del diritto, cit.,* pág. 332.

[6] Ver GUASTINI, R., *Produzione e applicazione del diritto. Lezione sulle «prelegi»,* Torino, Giappichelli 1987, págs. 67; «Redazione e interpretazione dei documenti normativi» en *Lezioni di tecnica legislativa*, a cura de Sergio Bartole, Padova, Cedam, 1.988, pág. 74; y también la voz «Interpretazione» en Belvedere, A; Guastini, R; Zatti, P; Zeno,V; *Glossario,* Milano, Giuffré, 1994, págs. 212-218.

to normativo es equívoco y la determinación de su significado, en consecuencia, siempre está sujeta a controversias [7]. El lenguaje natural adolece de vaguedad y ambigüedad. Interpretar significa para Guastini decidir o proponer un significado eligiendo uno de entre los varios significados posibles del texto [8]. Se puede elegir entre los significados que el texto jurídico puede tener en virtud de los usos lingüísticos, o se puede elegir un significado distinto. Al ser el discurso interpretativo un discurso prescriptivo, los enunciados que lo componen no son susceptibles de ser verdaderos o falsos.

Teniendo en cuenta la forma lingüística de los enunciados interpretativos, Guastini sostiene que en ellos se pretende reformular o redefinir el texto legislativo. De esta manera se pueden distinguir, dentro del discurso de un intérprete del derecho, dos tipos de enunciados interpretativos: Los que obedecen a la forma «E significa E_1» y los que obedecen a la fórmula standard «El supuesto de hecho F recae en el campo de aplicación de la formulación normativa E» [9].

En la fórmula del primer tipo de enunciados, E está por la formulación normativa que se quiere interpretar y E_1 es el enunciado interpretativo, o sea, es el enunciado que adscribe el significado al texto interpretado [10]. Ambos enunciados pertenecen por lo tanto a discursos distintos: E es el enunciado del discurso del legislador y E_1 es el enunciado del discurso del intérprete. Según Guastini E_1 es la reformulación de E en un lenguaje diferente: «E es un enunciado del lenguaje legislativo, mientras E_1 es un enunciado del

---

[7] Sobre el carácter no unívoco de los enunciados normativos, ver GUASTINI, R., «In tema di norme sulla produzione giuridica» en *Analisi e Diritto*, 1995, pág. 312; «Redazione e interpretazione dei documenti normativi», en *Lezioni di tecnica legislativa* a cura di Sergio Bartole, Padova, Cedam, 1988, en especial pág. 50. Para Guastini los textos de las fuentes del derecho no son unívocos porque adolecen siempre de los problemas inherentes al lenguaje natural, como son la vaguedad y la ambigüedad, y en algunas ocasiones también de problemas originados por las creaciones doctrinales.

[8] GUASTINI, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto,* Torino, Giappichelli,. Analisi e diritto, serie teórica 29, 1996, pág. 171. Existe una reciente traducción al castellano de esta obra, pero como en ella se introdujeron varios cambios en el texto, cada vez que me refiera a esta obra lo haré apelando a la edición original en italiano.

[9] *Teoria e dogmatica delle fonte*, Milano, Giuffrè, 1998, pág. 8; *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 2º ed., 1992, pág. 17 y sgs, «Interpretation (legal)», en *The Encyclopedia of Language and Linguistics*, vol. IV, Oxford-New York-Seul-Tokio, 1994, págs. 1.738-1.744.

[10] «Enunciati interpretativi», en *Ars Interpretandi, Anuario di ermeneutica giuridica*, Journal of legal hemeneutics, Testo e diritto, Cedam, Padova, 2, 1997, págs. 35-52, pág. 50; *Distinguendo...,* cit., págs.169-170*, Teoria e dogmatica delle fonte*, cit, pág. 8. *Le fonti del diritto,* cit., págs 332-333 donde concretamente afirma que «En el discurso del intérprete el texto de la fuente está citado textualmente». Tal y como hace en otras de sus obras el autor identifica texto normativo con el texto de las fuentes exclusivamente usándolos de forma indistinta. También parece hacer esta misma identificación en *Le fonti del diritto..,* cit., pág. 345.

[11] «Enunciati interpretativi...», cit., pág. 50.

lenguaje del intérprete» [11]. El intérprete, por lo tanto, lo que hace es reformular el enunciado legislativo, mediante otro enunciado que se supone sinónimo del interpretado [12].

Pareciera que cuando el autor alude a la reformulación se refiere únicamente a una redefinición de sus términos, con la que se precisaría el significado del texto legislativo evitando los problemas de vaguedad o ambigüedad que pudiera presentar. Según el autor, el intérprete de un texto jurídico intenta conseguir otro enunciado que sea su «equivalente en el sentido y coextensivo en la referencia» [13]. El intérprete pretende sustituir el texto legislativo por un texto sinónimo donde se precisen y se eviten los problemas que oscurecen el significado del texto interpretado. La relación de sinonimia que Guastini establece entre los dos discursos, el del legislador y el del intérprete, es la razón por la cual Guastini afirma que el enunciado interpretativo traduce al enunciado interpretado. Por lo tanto, interpretar el derecho es la actividad consistente en traducir un texto legislativo mediante otro texto sinónimo [14].

El segundo tipo de enunciados presenta una forma diferente en cuanto que con ellos se interpretan hechos y no textos normativos. Se trata de un enunciado que no es propiamente interpretativo, pues no asigna un significado al texto sino que se encarga de subsumir un supuesto de hecho en el campo de aplicación de una norma, es decir, de un texto normativo previamente interpretado [15]. En la teoría de Guastini estos enunciados no son nada más que «enunciados interpretativos disimulados, o indirectamente formulados» [16] ya que no se puede decidir si los hechos F caen o no en el campo

---

[12] *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., págs. 8 y 9.

[13] «Enunciati interpretativi...», cit., pág. 50 , la cita expresa el concepto de sinonimia que da el autor.

[14] Según Guastini la interpretación orientada a los textos es en todo análoga a la traducción. Mientras traducir consiste en establecer una relación de sinonimia entre dos textos (el texto traducido y el texto resultado de la traducción) formulados en dos diversos lenguajes naturales, la interpretación orientada a los textos consiste en establecer una relación de sinonimia entre un enunciado del lenguaje legislativo y un enunciado del lenguaje doctrinal o judicial , *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., en especial la pág. 9 , también en *La fonti del diritto*, cit., pág. 328 y en *Distinguendo..,* cit., pág. 169.

[15] Ver «Enunciati interpretativi...», cit., págs. 50 y 51, también *Teoria e dogmatica...*, cit., pág 9 y «Legal Language and Facts», en *The Encyclopedia of Language and Linguistics,* Pergamon Press, Oxford-New York-Seoul-Tokyo, 1994, págs. 2075-2080. Respecto a la interpretación en concreto o interpretación de hechos en el ámbito del discurso jurídico Guastini afirma tambien: «interpretar un hecho significa incluir aquel hecho dentro de una cierta clase de hechos, subsumir el hecho dentro de una norma, o tambien, calificar el hecho según la calificación de una norma para aplicarle la consecuencia jurídica que la norma establece», ver *Le fonti del diritto e l´interpretazione*, cit., pág. 324.

[16] *Teoria e dogmatica...*, cit., pág. 10.

de aplicación de la formulación normativa E sin haber primero decidido cual es el significado de E [17]. Según el autor, «todo enunciado subsuntivo presupone lógicamente un enunciado interpretativo ya que la interpretación orientada a los hechos exige una previa interpretación orientada a los textos» [18].

El análisis de la forma que adoptan los enunciados interpretativos le permite a Guastini restringir el concepto al que se llega con un estudio exclusivamente basado en el estatuto lógico del enunciado. En virtud del análisis del estatuto lógico de los enunciados interpretativos la interpretación podía ser o una actividad consistente en decidir o proponer uno de los significados que el texto tiene en virtud de los usos lingüísticos, o decidir o proponer un significado distinto, lo que implica crear un significado nuevo para el texto en cuestión. Pero teniendo en cuenta la forma de los enunciados interpretativos, interpretar sólo puede ser entendido como la actividad dirigida a reformular el texto legislativo, traduciéndolo [19]. Dado el requisito de sinonimia que el autor exige entre el enunciado interpretado y el interpretativo, sólo se considera interpretar a redefinir, esto es, a decidir el significado del texto legislativo evitando los problemas de vaguedad o ambigüedad que el mismo necesariamente padece.

Por otro lado, dado que el enunciado interpretativo de una disposición normativa puede ser de dos tipos, Guastini afirma que la interpretación, en cuanto actividad destinada adscribir un significado, puede versar sobre textos (interpretación en abstracto) o sobre hechos (interpretación en concreto) [20]. La interpretación jurídica es un género, según Guastini, de la interpretación de textos (abstracta), en cuanto que los enunciados que subsumen hechos requieren previamente la interpretación de una disposición normativa. Si bien son varios los tipos de textos jurídicos que pueden requerir ser interpretados, «en derecho, la interpretación es típicamente la reformulación de textos normativos de las fuentes» [21], y «en particular cuando se habla de la interpretación de las fuentes del derecho, interpretar significa aclarar el contenido y/o el campo de aplicación de una norma» [22].

En *sentido amplio* «interpretar» alude a un conjunto genérico de operaciones intelectuales muy distintas entre sí. Tal conjunto estaría formado, además de por la interpretación en sentido estricto, por otras operaciones que llevan a cabo los juristas, como por ejemplo la identificación de las

[17] «Enunciati interpretativi...»,m cit., pág. 51. *Teoria e dogmatica...*, cit., pág. 9.

[18] «Enunciati interpretativi...», cit., pág. 51.

[19] *Le fonti...,* cit., pág. 328.

[20] *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., pág. 8.

[21] *Le fonti...,* cit., pág. 328.

[22] *Le fonti...*, cit., pág. 325.

fuentes del derecho válidas y la consideración sistemática del derecho o construcción de un sistema de normas jurídicas. A su vez la sistematización del derecho implica una serie de operaciones distintas: como la integración del derecho (en presencia de lagunas), la solución de antinomias, y la exposición sistemática (o sea ordenada) de la disciplina jurídica de una materia determinada. Guastini diferencia claramente entre la actividad interpretativa y la actividad integradora del derecho. Cuando el juez interpreta redefine el texto normativo, mientras que cuando el juez integra el derecho crea una norma no existente con antelación. El juez integra el derecho ante problemas distintos a los problemas interpretativos y con técnicas diferentes a las utilizadas en sede de interpretación como expondré más adelante.

También el término «interpretación», en algunos contextos, es empleado en un *sentido amplísimo* viniendo a significar «a grosso modo, eludir una norma... En otras palabras, el término es usado a veces para sugerir que una cierta formulación normativa no es entendida ni aplicada según su significado «natural», sino que es alterada, para violarla evitando así sus consecuencias» [23]. Por último, Guastini afirma que a veces es usado como sinónimo de aplicación. Esto sucede cuando se refiere en particular a la interpretación judicial. Esta forma de usar el término interpretación es «del todo inoportuna» según el autor italiano [24].

Pasaré ahora a la segunda de las clasificaciones que mencioné en el inicio de este apartado. Teniendo en cuenta el sujeto que lleva a cabo la actividad interpretativa, en la propuesta de Guastini se pueden distinguir cuatro tipos de interpretación: **(1) la interpretación auténtica**, que es la que realiza el autor mismo del documento interpretado. El ejemplo más claro de este tipo es la interpretación de la ley que hace el mismo legislador mediante otras leyes; **(2) la interpretación oficial**, es la que lleva a cabo un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo la dada por el consejo de estado en sede consultiva; **(3) la interpretación judicial**, es la efectuada por un órgano jurisdiccional; **(4) la interpretación doctrinal**, es la hecha por los juristas, por lo general profesores de derecho, en obras académicas [25].

En la obra de Guastini se presta una especial atención al estudio de la interpretación doctrinal y judicial. El autor en más de una ocasión afirma que no está de acuerdo con aquellas teorías que sostienen que sólo los jueces interpretan los textos jurídicos. Alega en su crítica que esto supone dar

---

[23] *Le fonti del diritto...,* cit., pág. 331.

[24] Las diferencias entre interpretar y aplicar quedan establecidas en *Le font...*, cit., pág. 331.

[25] *Le fonti del diritto...,* cit., pág. 341. También en «Produzione e applicazione del diritto. Lezione sulle "prelegi"», cit., págs. 69-70.

demasiada importancia a la interpretación operativa y por ende a la interpretación de los hechos en detrimento de la interpretación en abstracto [26]. Para Guastini son intérpretes del derecho tanto los doctrinarios como los jueces. No obstante el autor establece una clara diferenciación entre la labor interpretativa de unos y otros. Se puede distinguir la interpretación judicial de la doctrinal de dos maneras: por un lado teniendo en cuenta la fuerza de cada una de ellas y, por otro, considerando la forma en la que cada uno de esos sujetos se enfrenta a la tarea interpretativa, es decir en virtud del papel que desempeña cada uno cuando realiza dicha actividad.

Según Guastini, «la interpretación doctrinal de una cierta disposición en realidad puede ser entendida como recomendaciones, dirigidas a los jueces, para atribuir a aquella disposición un cierto significado (propuesta de *lege ferenda*). En los sistemas jurídicos modernos los juristas no están jurídicamente habilitados para "decidir" el significado de los textos normativos: pueden solo avanzar sugerencias o propuestas. Sus propuestas interpretativas pueden, de hecho, ejercer influencia sobre las orientaciones jurisprudenciales de la corte (como también no ejercerla de hecho), pero están privadas de efectos jurídicos. Y es por esta razón que, según un cierto modo de ver, los juristas deberían limitarse a hacer un elenco de los posibles significados de los textos normativos, sin escoger o preferir alguno» [27]. Por su parte, «la interpretación judicial de una cierta disposición, por el contrario, puede ser entendida como «decisión» en torno al significado de esa disposición. Las decisiones interpretativas de los jueces producen efectos jurídicos» [28].

«En segundo lugar, el acercamiento a la interpretación que es propio de los juristas es diverso de aquel propio de los jueces. La interpretación doctrinal puede ser caracterizada como una interpretación orientada a los textos. Con esto quiero decir que normalmente los juristas se interrogan –o al menos así se supone– sobre el significado de los textos normativos en abstracto, esto es, sin preocuparse de la solución de una específica controversia. La interpretación judicial por el contrario, puede ser caracterizada como una interpretación orientada a los hechos, en el sentido que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo cuanto un

[26] Por esta razón Guastini critica algunas teorías interpretativas como la de Zagrebelsky cuando este autor sostiene que por interpretación jurídica debe entenderse la investigación de las reglas adecuadas al caso, rebatiéndole el autor italiano argumentando que esta tesis supone una identificación de la interpretación *in genere* a la interpretación judicial, ver «Diritto mite, diritto incerto»,en *Materiali per una storia della cultura giuridica,* anno XXVI, nº 2, págs. 513-525.

[27] *Le fonti del...,* cit., págs. 341 y 342.

[28] *Le fonti...,* cit., págs. 341-342.

particular supuesto de hecho o controversia, que hay que solucionar. Los jueces, en realidad, no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo en abstracto, sino que se preguntan si un supuesto de hecho cae o no dentro del campo de aplicación de una cierta norma. Dicho en otros términos el juez no puede limitarse a la interpretación textual. La aplicación del derecho requiere conjuntamente: (a) la interpretación de la fuente, y (b) la calificación del supuesto de hecho. A su vez la calificación del supuesto de hecho presupone (c) la subsunción de los hechos en la causa» [29].

Por otra parte, el autor establece otra diferencia entre la interpretación doctrinal y la judicial. Los jueces no pueden limitarse a describir los significados actuales o posibles de los enunciados legislativos, deben elegir un significado determinado, desechando los otros. «A diferencia de la interpretación doctrinal, la interpretación judicial no es mera interpretación conocimiento: es siempre interpretación-decisión o, como dicen algunos, interpretación operativa» [30].

De acuerdo con la propuesta de Guastini, el derecho se interpreta siempre que se quiere asignar a un texto jurídico un significado. Esta labor es siempre previa y necesaria a la aplicación del derecho. Y ello porque, cuando se aplica el derecho, no se aplican textos sino normas. La explicación de esta respuesta se basa en cuatro ideas fundamentales que se encuentran presentes en el núcleo de la concepción del derecho que defiende el autor.

La primera se refiere *al concepto de derecho*. Para Guastini el derecho es un conjunto de formulaciones normativas, o sea, de textos escritos. El autor no comparte el concepto de derecho dado desde el normativismo, teoría que identifica derecho con conjunto de normas. Según Guastini hay que diferenciar «disposición normativa» de «norma». La primera es el enunciado legislativo, que tiene siempre varios significados. La segunda es la disposición normativa ya interpretada, o sea, es el significado que se le ha adscrito. Entre disposición normativa y norma no hay una correspondencia unívoca [31]. No existe tal correspondencia, entre otras razones, porque «cada disposición, tiene un significado parcialmente indeterminado, y como tal admite más de una interpretación» [32]; porque «muchas disposiciones (si no todas) expresan –*conjuntamente*– una pluralidad de normas» [33], y porque

---

[29] *Le fonti...,* cit., pág. 342. En este mismo sentido *Teoria e dogmatica...,* cit., pág. 8. Esta segunda difstinción, en base a la diferente aproximación a la interpretación de jueces y doctrina, se establece en «Produzione e applicazione del diritto...», cit., pág. 70.

[30] *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., págs. 7 y 8 (la negrita me pertenece)

[31] *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., pág. 41-43,

[32] *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., pág. 47.

[33] *Produzione e applicazione del diritto...*, pág. 47.

existen normas que están expresadas en una pluralidad de disposiciones, o a *sensu contrario*, existen disposiciones que expresan no una norma entera, sino sólo partes, segmentos o fragmentos de normas [34].

La segunda se refiere al propio *concepto de interpretación* que defiende. Tal y como ya hemos visto, para Guastini la interpretación es una actividad con un fuerte componente volitivo o decisorio por parte de los operadores doctrinales y jurisprudenciales. Interpretar es decidir el significado de las disposiciones normativas. La diferenciación entre disposición normativa y norma adquiere una especial relevancia en la interpretación jurídica, pues la actividad interpretativa tiene siempre como objeto disposiciones normativas y nunca normas. Los discursos que tienen por objeto normas no son discursos interpretativos en sentido estricto, sino discursos que se refieren a la interpretación efectuada previamente por otro.

La tercera idea clave para explicar la respuesta de Guastini a esta cuestión está en *la teoría del significado* que presupone a lo largo de su obra. Según el autor, siempre que se interpreta el derecho se decide, porque las palabras no tienen nunca un sólo significado, sino que el lenguaje común y el lenguaje jurídico, en particular, es siempre vago y ambiguo. Por esta razón, las formulaciones normativas, los textos jurídicos, no tienen nunca un sólo significado sino que son susceptibles de expresar normas diversas. Al no tener las palabras un significado propio, su significado es el que les atribuye los que las usan y/o quienes las interpretan. El significado es cambiante y cada decisión interpretativa es siempre arbitraria.

La cuarta y última de las ideas claves es la diferencia que Guastini establece entre *la actividad de interpretar y la actividad de aplicar el derecho*. Esta distinción está íntimamente relacionada con la diferencia entre disposición normativa y norma. Cuando se aplica el derecho se aplican normas, cuando se interpreta se interpretan disposiciones normativas. Siempre que se usa una disposición normativa, se usa uno de sus significados posible, o sea una de las normas que puede expresar. Para ello se debe previamente elegir cuál es el significado en cuestión. Y elegir el significado es interpretar. Esta labor se requiere siempre que se resuelve un caso concreto, es decir siempre que el juez debe subsumir un supuesto de hecho en una norma. La tarea interpretativa es siempre previa a la aplicación del derecho, independientemente de que el supuesto de hecho concreto sea un caso claro o difícil, e independientemente de que el texto a interpretar sea un texto fácil o difícil. Guastini es partidario de un concepto lato de interpretación jurídica, lo que significa negar que se pueda hablar de casos fáciles o casos difíciles, de la misma forma que no cabría hablar de textos claros o textos os-

[34] Ver *Produzione e applicazione del diritto...*, págs. 49-50.

curos. Ello porque Guastini afirma que la misma distinción entre textos claros y oscuros es discutible, ya que claridad y oscuridad no son cualidades intrínsecas de un texto, sino que ellas mismas son fruto de interpretación, entendida en sentido amplio como adscripción de significado a un texto. Y son susceptibles de interpretación por dos razones: porque sólo después de haber interpretado un texto se puede decir si es claro u oscuro y, sobre todo, porque la misma claridad y oscuridad de un texto puede ser controvertida. El autor afirma que se puede decir que un texto es claro cuando los intérpretes están de acuerdo sobre su significado pero que, en todo caso, la claridad no es una propiedad del texto sino el fruto de una decisión interpretativa (consensuada) [35]. Como el juez interpreta en todo caso, «debe argumentar en defensa de sus decisiones, o sea, debe en todo caso argumentar a favor de la interpretación hecha y del significado elegido» [36].

Como he mencionado anteriormente, cuando el intérprete se enfrenta a un texto normativo y quiere asignarle un significado se puede encontrar, según Guastini, con dos clases de problemas que en la práctica son difíciles de distinguir. Por un lado, los problemas que nacen de los defectos intrínsecos que tiene el lenguaje natural con el que se expresan las fuentes del derecho. Por otro, aquellos que nacen de la superposición a los anteriores, de las (más o menos artificiosas) construcciones dogmáticas de los intérpretes. Estos últimos aparecen porque los dogmáticos persiguen otros fines con la interpretación, que el de asignar un significado al texto. Estos otros fines pueden ser responder a preguntas en torno a la naturaleza de la Constitución, o a la naturaleza del poder de revisión constitucional. También la interpretación es usada para responder a exigencias individuales de sistematización de las disciplina de las fuentes, o a elaborar construcciones dogmáticas relativas a la noción de fuente del derecho, a la jerarquía de fuentes, a las funciones de legitimidad constitucional, etc.[37].

No son problemas interpretativos, a juicio del autor, los derivados de las antinomias o lagunas legislativas en cuanto que la aparición de estos problemas jurídicos son posteriores o vienen originados con la propia interpretación [38]. La resolución de los mismos requiere una actividad diferente a la interpretativa como es la llamada «integración del derecho». En la propues-

---

[35] Este tema es tratado en *Le fonti del diritto...*, cit., págs. 329-340.

[36] Así afirma que «no se da "verdadera" interpretación sin argumentación: una "interpretación" en favor de la cual no se aduzcan argumentos no es una verdadera interpretacion» *Le fonti...*, cit., pág. 327.

[37] Ejemplos en torno a la diferenciación entre un tipo de problemas y otro se puede ver en *Le fonti del diritto...,* cit., págs. 347-348.

[38] Ver *Le fonti...*, cit., pág. 357, en este extremo la opinión del autor es diferente a la de Atienza ver «Estado de Derecho, argumentación e interpretación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pág. 471.

ta de Guastini se diferencia entre evitar una laguna y resolver la laguna ya existente. La interpretación sirve para evitar lagunas, o para crearlas, mientras que la integración es la actividad cuyo objetivo es resolver el problema. Por otro lado, las técnicas usadas por el juez para la resolución de estos problemas jurídicos son diversas a las técnicas interpretativas [39], de ahí que Guastini diferencie entre argumentos interpretativos y argumentos productivos. El autor afirma que «la expresión integración del derecho designa la elaboración de normas implícitas, para colmar lagunas», mientras que, como ya hemos visto la interpretación es la redefinición de un texto jurídico, en virtud de la cual se le adscribe un significado, lo que origina la aparición de una norma. No obstante, y pese a estas consideraciones, Guastini afirma que en la práctica no es posible separar netamente la elaboración de normas nuevas de la interpretación de disposiciones preexistentes [40].

Según Guastini el lenguaje natural es intrínsecamente un lenguaje ambiguo y vago. Por esta razón los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos objeto de interpretación. La vaguedad afecta al significado y por lo tanto a la semántica de los vocablos y de los sintagmas, mientras que la ambigüedad puede depender del significado de los vocablos o sintagmas (ambigüedad semántica), de la sintaxis de los enunciados (ambigüedad sintáctica) o del contexto de uso de los enunciados (ambigüedad pragmática) [41]. Un enunciado normativo es vago en cuanto que su predicado posee una referencia indeterminada, o sea posee una textura abierta o lo que es lo mismo, está sin determinar la clase de todos los individuos que poseen el atributo por el designado [42]. Un enunciado normativo es ambiguo semánticamente cuando puede referirse a varios significados a la vez de tal forma que descontextualizado no se sabe qué es lo que se entiende por dicho enunciado [43]. La ambigüedad sintáctica depende no del significado de los términos o sintagmas sino de la estructura lógica de los enunciados, del modo en el que están conectados sus componentes [44]. Por último, un enunciado es pragmáticamente ambiguo siempre que pueda ser usado para cumplir diferentes actos de lenguaje y el contexto no aclare qué acto lingüístico se ha pretendido realizar [45].

---

[39] La diferenciación entre interpretar el derecho e integrar el derecho se puede observar en *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., pág. 79.

[40] *Produzione e applicazione...*, cit., pág. 79.

[41] *Le fonti...,* cit., pág. 348.

[42] *Le fonti...,* cit., pág. 349, donde el autor recoge el concepto de referencia. El concepto de vaguedad se puede ver también en «Redazione e interpretazione de documenti normativi», cit., pág. 82.

[43] El problema de la ambigüedad semántica se establece en *Le fonti...,* cit., pág. 351.

[44] Un estudio de la ambigüedad sintáctica se puede ver en «Redazione e interpretazione dei documenti normativi», cit., págs.84-90.

[45] Sobre ambigüedad sintáctica y pragmática ver *Le fonti...*, cit. págs 353-355. También Guastini afirma que los problemas de interpretación pueden afectar a la ambigüedad sintácti-

Para Guastini los problemas de interpretación del derecho atañen a la dimensión semántica de las formulaciones normativas (es decir a la vaguedad y la ambigüedad semántica de las expresiones usadas). Sin embargo, afirma también que los problemas de interpretación no están de hecho confinados al dominio de la semántica. Problemas interpretativos e interpretaciones divergentes pueden surgir también en relación a las dimensiones sintácticas y pragmática de las formulaciones normativas. A decir verdad, en la práctica es difícil trazar una clara línea de separación entre estas tres dimensiones [46].

En la obra del autor italiano también se afirma que existen dos formas de interpretar un texto normativo. Estas dos formas de interpretación son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas: la primera consiste en interpretar el derecho literalmente y la segunda consiste en interpretarlo correctivamente. Estas dos formas originan dos conceptos de interpretación diferentes denominados: interpretación literal e interpretación correctiva [47], está ultima puede ser restrictiva o extensiva.

Se interpreta literalmente cuando se «atribuye a una disposición su significado "literal", esto es aquel más inmediato, el significado *prima facie*, como se suele decir, que es sugerido por el uso común de las palabras y de las conexiones sintácticas» [48]. Cuando se interpreta literalmente el derecho se adscribe el significado literal a la disposición normativa interpretada. La interpretación literal, para el autor, es diferente de la interpretación declarativa. En esta última se adscribe el significado que según el intérprete manifestó el legislador a través de la letra de la disposición [49].

Por otro lado, la interpretación correctiva es «cualquier interpretación que atribuya a un texto normativo otro significado que no sea el literal, es

---

ca y pragmática en «In tema sulla produzione giuridica» en *Analisi e Diritto,* 1995, pág. 311. Respecto a los problemas de ambigüedad pragmática en concreto el autor afirma que «preguntarse si las normas que confieren poderes normativos son permisos o mandatos (disimulados) no es distinto de preguntarse si la autoridad normativa que ha emanado tales normas habían cumplido un acto lingüístico de mandato o un acto lingúístico de permiso», «In tema di norme sulla produzione...», cit., págs. 311 y 312 (la traducción me pertenece).

[46] «In tema di norme sulla produzione...», cit., págs. 311 y 312.

[47] En sus obras más antiguas Guastini diferencia entre interpretación literal, restrictiva, extensiva, lógica, evolutiva, sistemática y adecuacuadora, (la trauducción es mía). Ver por ejemplo *Produzione e applicazione del diritto,* cit., págs. 69-73, o «Redazione e interpretazione dei documenti normativi», cit., págs. 79-82. Posteriormente el autor varía esta clasificación distinguiendo entre interpretación literal y correctiva. La interpretación correctiva a su vez, es subdividida en restrictiva o extensiva. Mientras que el resto de las posibles interpretaciones pasan a ser examinados por el autor como argumentos o técnicas interpretativas.

[48] La definición corresponde a *Le fonti...*, cit., pág. 360. En obras anteriores Guastini da una definición de interpretación literal algo diferente en cuanto que en lugar de hacer referencia a las relaciones sintácticas alude a «según el uso común de las palabras en su contexto», ver al respecto «Redazione e interpretazione dei documenti normtivi», cit., págs. 79-80, o también en *Produzione e applicazione del diritto...,* cit., págs. 70-71.

[49] *Le fonti...*, cit., pág. 361.

decir que no sea el más inmediato. Eso puede suceder o bien porque se otorgue un significado más restrictivo o más amplio que el literal» [50].

De acuerdo con la propuesta analizada, la interpretación jurídica es siempre una actividad estipulativa y nunca descriptiva, y ello con independencia de las razones con las que se justifique la adscripción. Por esta razón Guastini afirma que de hecho la actividad interpretativa es una actividad discrecional [51]. El carácter discrecional de la interpretación viene dado porque el poder jurisdiccional es también un poder político. Esto significa que no existe controles sobre las decisiones de los jueces constitucionales. Cuando la corte constitucional interpreta los textos constitucionales la decisión del significado por la que opta no está sometida a controles ulteriores [52].

Que la actividad interpretativa sea una actividad discrecional no significa que sea arbitraria, ya que esto implicaría identificar legislación y jurisdicción. Según Guastini, «entre legislación y jurisdicción es innegable, no obstante, una doble diferencia (al menos de grado): por un lado formular *ex novo* una norma es algo evidentemente distinto a interpretar un texto normativo (eso sí) preconstituído; por otro lado en todos o casi todos los sistemas jurídicos modernos, la legislación es fruto de decisiones no motivadas, mientras la jurisdicción consiste propiamente en decidir motivando, y precisamente motivando sobre la base de normas (asumidas o tratadas como) preexistentes» [53]. Guastini afirma el carácter discrecional de la interpretación, pero también establece expresamente su carácter no arbitrario [54]. De esta forma el autor sostiene que la actividad interpretativa está sujeta a límites o vínculos de dos tipos, normativos y factuales. Son vínculos normativos todas las disposiciones que indican o disciplinan la interpretación y/o la solución de controversias en torno a las cuestiones interpretativas. Son vínculos factuales el ambiente cultural donde opere el ordenamiento jurídico que se interpreta, ya que, «los usos lingüísticos corrientes admiten una

---

[50] Un estudio de la interpretación correctiva y sus clases se ve en *Le fonti...,* cit., págs. 365-366.

[51] Sobre el carácter discrecional de la interpretación, ver «Problemi di analisi logici delle decisione...», cit., pág 94, nota a pie número 10; *Le fonti del diritto...,* cit., págs. 345-346; *Le fonti del...,* cit., pág. 352.

[52] A este respecto ver «Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell´interpretazione», en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 1990, en especial las págs. 112-113, y 114. También ver, muy especialmente, «Principi di diritto e discrecionalità giudiziale» en *Diritto Pubblico*, 1998, págs.641-660. En el mismo sentido «La "costituzionalizzazione" dell´ordinamento italiano» en *Ragion Práctica* 11, en especial cuando el autor alude a las «decisioni manipolatrici», págs. 198,199.

[53] «Problemi de analisi logica delle decisioni costituzionali», *Analisi e Diritto*, Torino, 1990, pág. 95 (nota a pie de página 12).

[54] *Produzione e applicazione del diritto...,* cit., Págs 68-69.

gama que, aunque basta, comúnmente limitada de posibles significados para cada expresión dada. La atribución de significados que no caen dentro de esta gama son difícilmente sostenibles, sujetos a crítica, probablemente destinados al fracaso. Y es obvio que entre los hábitos lingüísticos difundidos están incluidos, si existen, las interpretaciones ya acreditadas y consolidadas de un cierto texto normativo. Es además obvio que son escasamente practicables todas aquellas interpretaciones que el intérprete no esté en grado de argumentar (o motivar) de modo convincente según los estándares de racionalidad asumidos en su ambiente cultural» [55].

2. Guastini diferencia entre teoría jurídica y dogmática jurídica. La teoría tiene por objeto el discurso de la dogmática. La dogmática tiene por objeto el discurso del legislador. Por otro lado, la teoría emplea un lenguaje descriptivo, mientras que la dogmática emplea un lenguaje prescriptivo o directivo. En este tema, el autor afirma estar de acuerdo con Tarello y Ross, y en contra de Bobbio cuando sostiene que la dogmática debería emplear un discurso valorativo. Guastini afirma, frente a Bobbio, que de hecho la doctrina es lo que hace y que un discurso de este tipo no es un discurso científico. Cuando en la propuesta de Guastini se define lo que es interpretar, se afirma que interpretar es adscribir siempre un significado a un texto redefiniéndolo. Como el texto jurídico es siempre ambiguo y vago, la tarea interpretativa no puede consistir en describir el significado de dicho texto pues éste nunca tendría un solo significado. Estas afirmaciones llevan al autor a afirmar que si la tarea interpretativa fuera descriptiva tendría que venir dada como un catálogo de posibles significados que tuviese el texto. Este tipo de actividad es la que el autor denomina interpretación conocimiento.

Pero también afirma que interpretan tanto la doctrina como los jueces. La doctrina propone un significado mientras que el juez decide el significado del texto. En ambos casos la tarea interpretativa es una tarea estipulativa. No obstante, Guastini añade un nuevo criterio distintivo entre la interpretación doctrinal y la judicial cuando señala que la doctrina puede llevar a cabo una interpretación descriptiva de los significados del texto interpretado, mientras que el juez nunca puede llevar a cabo este tipo de interpretación. Y a esto añade que «cuando los juristas no se limitan a describir los "marcos" de las muchas interpretaciones ofrecidas por una norma, sino proponen (a los órganos de aplicación) "una" interpretación de la norma, a preferencia de las otras igualmente posibles, no hacen ciencia jurídica: hacen

[55] *Le fonti...*, cit., págs. 337 y 338. También *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., pág. 69.

política del derecho. Su discurso no puede ser calificado como un discurso descriptivo, científico» [56].

Aparentemente Guastini parece caracterizar de forma diferente la interpretación doctrinal en uno y otro caso, pero podemos encontrar una razón que explique su postura de una manera diferente. Puede ser que, en el primer caso, Guastini se refiera a la labor interpretativa de una parte de la doctrina formada por los juristas, entendiendo aquí juristas como aquellos operadores jurídicos como los abogados. Mientras que en el segundo caso se esté refiriendo a la interpretación doctrinal entendiendo por doctrina los científicos del derecho, lo que él denomina los profesores en sus obras académicas. De esta forma, Guastini sostendría que los juristas cuando interpretan proponen, los científicos cuando interpretan conocen o describen los significados.

Ahora bien, cuando Guastini sostiene en sede de interpretación jurídica que los juristas que no se limitan a describir los marcos de las muchas interpretaciones ofrecidas por una norma no son científicos del derecho, no esta describiendo lo que los científicos hacen (ya que el propio Guastini sostiene que de hecho hacen otro tipo de tarea interpretativa), sino que está emitiendo un enunciado valorativo o prescriptivo indicando cómo debería ser la tarea de un científico del derecho, como debería ser la labor interpretativa de una parte de la doctrina (los científicos del derecho). Según la doctrina de Guastini los juristas deberían proponer un significado, los jueces deberán decidir un significado y los científicos del derecho deberían describir los significados que el texto jurídico puede tener.

La doctrina de Guastini se muestra incompatible con su teoría en cuanto que aquella traería como consecuencia negar el carácter de intérpretes del derecho a los juristas «científicos», ya que si éstos se limitasen a describir los posibles y múltiples significados que tiene un texto jurídico, no serían intérpretes del derecho al menos en sentido estricto, pues, tal y como hemos visto, según la teoría de la interpretación de Guastini, interpretar nunca es describir.

Guastini afirma que una teoría de la interpretación dice lo que es interpretar en base al análisis lógico de los discursos de los intérpretes. Sostiene que interpretar es asignar un significado a un enunciado normativo y que de hecho cuando la doctrina y los jueces cumplen esta función pueden o asignarle uno de los significados que él denomina cognoscibles o conocidos u otro significado nuevo. Esta es además la razón por la cual la actividad in-

[56] «Problemi epistemologici del normativismo», cit., pág. 185. Esta misma opinión la mantiene en *Dalle Fonti alle norme,* cit. También la mantiene Tarello en *L´interpretazione della legge,* Milano, 1980.

terpretativa es una actividad discrecional [57]. Los significados cognoscibles son los que expresa un enunciado en virtud de los usos lingüísticos o hábitos lingüísticos. Constituyen una gama abierta pero no infinita de significados. Si en la obra de Guastini sólo hubiese una teoría de la interpretación jurídica se debería limitar a describir lo que es la interpretación de hecho. Sin embargo, el autor niega que escoger un significado distinto de los cognoscibles o conocidos sea interpretar. Afirma por el contrario que, cuando sucede esto, en realidad no se interpreta porque se crea un significado nuevo y que la tarea de crear es tarea legislativa y no interpretativa. Se aprecia que en este discurso existe, por un lado, la explicación de lo que realmente sucede cuando se interpreta, y por otro lado, aquello que el autor considera que debería ser interpretar afirmando que si bien de hecho cuando se interpreta se asigna al texto un significado cualquiera, no debería ser así ya que la interpretación debería ser asignar un significado de entre los que según Guastini es posible que un texto pueda expresar en base a la aplicación de reglas lingüísticas [58].

De esta forma, Guastini incorpora en su teoría de la interpretación jurídica un enunciado prescriptivo con el cual propone al juez cómo debería interpretar el derecho y al mismo tiempo pone límites a la actividad judicial en cuanto que los jueces sólo deberían decidir entre los significados cognoscibles o conocidos del texto jurídico.

Cuando Guastini habla de la existencia de una gama amplia pero no ilimitada de significados conocidos o cognoscibles, se está refiriendo a aquellos significados que posee el texto eliminando exclusivamente dos problemas con los que se enfrenta el intérprete: la ambigüedad y la vaguedad del lenguaje jurídico. Sin embargo, tal y como hemos visto en el epígrafe anterior, cuando describía los problemas con los que el intérprete se encuentra a la hora de asignar un significado a un texto jurídico, añadía a los derivados de los defectos intrínsecos del lenguaje natural los que nacen de construcciones dogmáticas de los intérpretes.

Si el autor sostiene que los jueces sólo deben asignar un significado de los conocidos, y sólo son significados conocidos los que resultan de resolver los problemas derivados del lenguaje natural, está incorporando también

---

[57] Ver «Enunciati interpretativi...», cit., pág. 52; también en *Distinguendo...,* cit., pág. 170, en esta obra el autor habla de significados cognoscibles o conocidos .También utiliza la misma terminología en *Teoria e dogmatica delle fonte...,* cit., págs. 10 y 11.

[58] *Teoria e dogmatica...,* cit., pág. 11 donde el autor afirma que : «se puede observar que en el lenguaje comun de los juristas el vocablo interpretación es de hecho empleado para referirse a tres tipos de actividades diferentes... (3) la creacion de un significado, es cosa asimilable más a la legislación (a la creacion de normas) que a la interpretación propiamente dicha. En el mismo sentido, *Distinguendo...*, cit., pág. 171.

en su teoría otros dos enunciados prescriptivos con los que propondría: por un lado, que sólo deberían ser problemas interpretativos para el juez los problemas derivados del lenguaje y, por otro lado, que el juez no debería atender a la hora de asignar significado a un texto jurídico a las construcciones dogmáticas que el resto de los intérpretes hayan llevado a cabo acerca del sentido de ese texto jurídico, siempre y cuando esas construcciones dogmáticas no se limiten a establecer cuáles son los significados cognoscibles o conocidos del mismo [59].

* * *

El objetivo de este trabajo era analizar hasta qué punto la propuesta de Guastini resultaba una genuina «teoría de la interpretación» de acuerdo a los requisitos indispensables que el autor establece para estar en presencia de una teoría de la interpretación jurídica. La características principal que debe tener, para el autor, una estudio que pretenda erigirse en una teoría es poseer carácter descriptivo. Sin embargo, hemos podido encontrar algunos enunciados en la propia teoría de Guastini que serían propios de una doctrina de la interpretación, ya que se refieren a quiénes deberían interpretar y a cómo deberían llevar a cabo dicha tarea. Cuando Guastini sostiene que los científicos deberían describir los posibles significados del texto jurídico en lugar de proponer uno, o cuando afirma que no se debería interpretar para resolver problemas distintos a los generados por la vaguedad y ambigüedad del texto normativo, o bien cuando dice que quien interpreta debería elegir entre alguno de los significados que el texto expresa en virtud de los usos lingüísticos corrientes y no elegir un significado al margen de éstos, está formulando enunciados propios de una doctrina de la interpretación y no de una teoría. Pues todos ellos son ejemplos claros de enunciados prescriptivos.

Podríamos encontrar una razón que explicase por qué Guastini no es totalmente fiel a las pautas que establece para construir una teoría de la interpretación. La explicación pudiera ser que cuando Guastini describe lo que es interpretar parte de un concepto de interpretación distinto a cuando lo que hace es emitir enunciados dogmáticos. Cuando describe entiende la interpretación como interpretación resultado, o sea parte de analizar los discursos interpretativos. Mientras que cuando desarrolla su discurso dogmáti-

[59] Seguramente por incorporar estos dos enunciados prescriptivos es por lo que Guastini termina rechazando las técnicas interpretativas usadas para llevar a cabo una interpretación extensiva. El tema de cuáles son las técnicas interpretativas es otra de las cuestiones que trata la teoría de Guastini. En este trabajo no nos hemos centrado en su estudio pues excederíamos los límites de un artículo. No obstante un estudio acerca del mismo lo realicé en Gimeno Presa, Mª C., «La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini», *Anuario de Filosofía del Derecho,* 2000, sección 2ª (en prensa).

co se está refiriendo a la interpretación en cuanto actividad, es decir se refiere a actuaciones de los intérpretes, tanto de la doctrina como de los jueces. Independientemente de si ésta pudiera ser una explicación plausible o no al problema planteado, quizás sería más interesante examinar con más detalle la propuesta doctrinal de Guastini y extraer de ella la ideología política que según el autor todo estudio prescriptivo posee en el ámbito de la interpretación del derecho Por último, cabría plantearse también hasta qué punto es posible y deseable construir una teoría de la interpretación a partir de una caracterización como la que propone el autor.

UNA CRÍTICA A UN CRÍTICO DEL «NO POSITIVISMO». A PROPÓSITO DE «LA TESIS DEL CASO ESPECIAL Y EL POSITIVISMO JURÍDICO», DE ALFONSO GARCÍA FIGUEROA

Isabel Lifante Vidal
Universidad de Alicante

1. Introducción

En el artículo «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico», Alfonso García Figueroa pretende defender el «positivismo jurídico» y los logros metodológicos implícitos en él frente a una concepción del Derecho con cierto predicamento en los últimos años y que supondría una revisión de los postulados positivistas. Esta corriente se conoce con etiquetas muy diversas; utilizaré aquí la de «no positivismo» por ser la empleada por García Figueroa. Su estrategia consiste en utilizar, como eje para articular sus críticas, la tesis –cada vez más extendida– de que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general: la llamada «tesis del caso especial»[1]. Mi objetivo aquí es utilizar el análisis de este concreto artículo como excusa para ocuparme de la concepción del Derecho que subyace a estas críticas al «no positivismo». La elección de este trabajo de García Figueroa como representativo de esa concepción del Derecho se justifica porque, en mi opinión, en él se recogen de manera particularmente clara y bien articulada la mayoría de los argumentos que se utilizan en contra de las concepciones del Derecho rivales: las «no positivistas» o «postpositivistas». Mi objetivo no es entrar a discutir si los rótulos son usados adecuadamente en esta polémica, ni precisar los distintos significados que adquieren los mismos para los distintos autores, y ni siquiera defender las concretas

[1] Ahora bien, las concepciones del Derecho a las que se dirigen sus críticas en este artículo son prácticamente las mismas a las que en un trabajo anterior aglutina bajo el rótulo de «no positivismo principialista» (entre las que se incluyen como exponentes destacadas las teorías del Derecho de Dworkin o de Alexy). Me refiero a su libro *Principios y positivismo jurídico* (García Figueroa, 1998), en el que analiza críticamente la virtualidad concedida a los principios jurídicos y a su creciente protagonismo en el Derecho para desplazar al positivismo jurídico. Su argumentación en este libro, aunque algo más desarrollada, coincide en lo fundamental con la sostenida en el artículo aquí analizado.

teorías «no positivistas» que son objeto de crítica. Lo que pretendo es únicamente analizar la pertinencia de las críticas utilizadas y, al mismo tiempo, poner de manifiesto algunos problemas que en mi opinión existen en la concepción del Derecho que subyace a las mismas.

Recogeré en primer lugar la caracterización del positivismo jurídico y de la tesis del caso especial que García Figueroa toma como punto de partida; a partir de aquí expondré brevemente las críticas que este autor dirige a las teorías que defienden la tesis del caso especial (o, mejor dicho, a algunas versiones de esta tesis) y que se centran en el aspecto tendencialmente antipositivista que presenta esta tesis al reforzar la vinculación conceptual entre Derecho y moral. A continuación señalaré algunos problemas que, en mi opinión, pueden encontrarse en la argumentación en contra de este «desafío» al positivismo. La conclusión que espero que se extraiga de mi planteamiento no es, como he dicho, la defensa de alguna versión de la tesis del caso especial, sino poner de manifiesto algunos errores en la crítica al mismo, y la consideración de que ciertos postulados que se consideran incompatibles con las tesis positivistas no tienen en realidad por qué serlo, o si se quiere, que el «positivismo» (o la concepción del Derecho, en caso de que no se esté de acuerdo en seguir considerándola «positivista») que me parece aceptable no coincide con el presupuesto por García Figueroa.

2. La defensa del «positivismo jurídico»

Siguiendo fundamentalmente a Raz, García Figueroa considera que la «esencia» del positivismo jurídico radica en sostener la «tesis de la separación», según la cual no existiría una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la moral. Esta tesis se asienta a su vez en otras dos: la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la tesis de la falibilidad del Derecho. Según la primera, el Derecho es producto de una serie de prácticas sociales, se trata por tanto de una obra de los hombres; precisamente por ello es falible, y lo es tanto moral como técnicamente. Es moralmente falible porque sus respuestas pueden ser incompatibles con la moral crítica. Esta falibilidad moral es la que se expresa en la segunda tesis, la de la separación entre Derecho y moral: «se puede y se debe establecer los límites que separan las normas jurídicas de las normas morales, los usos sociales, etc.», que sería lo que Raz denomina la «tesis de los límites del Derecho». La falibilidad técnica implicaría que el Derecho no siempre proporciona soluciones a los problemas que se le plantean (puede ser impreciso lingüísticamente y presentar lagunas y antinomias); desde la perspectiva del aplicador del Derecho, esta falibilidad vendría a dar lugar a lo que, siguiendo a Lyons, denomina la «tesis del Derecho limitado». Esta tesis nos lleva normalmente –dice Gar-

cía Figueroa– a defender la tesis de la discreción judicial que impulsa al juez a buscar la solución en otros órdenes normativos.

Esta concepción del positivismo es relativa al concepto de Derecho, por lo que, en principio –dice García Figueroa–, no debería verse afectada por una tesis como la del caso especial que es relativa a la argumentación e interpretación jurídica. Sin embargo considera que los planteamientos de algunas versiones de esa tesis han intentado desafiar a los presupuestos del positivismo y es precisamente este intento el que es objeto de su crítica. Para exponerla, considera necesario analizar previamente en qué consiste exactamente la tesis del caso especial, ya que la misma adolece de una extremada ambigüedad. En particular, habría dos variables que deben tenerse en cuenta: 1) el carácter descriptivo o normativo de la tesis, y 2) la adscripción del razonamiento práctico general a la moral social o a la moral crítica[2]. Conjugando estas variables resultan cuatro distintas versiones de la tesis del caso especial:

a. El razonamiento jurídico *es* un caso especial de razonamiento moral social.
b. El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral crítico.
c. El razonamiento jurídico *es* un caso especial de razonamiento moral crítico.
d. El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral social.

En su primera versión, la tesis del caso especial no supone ningún desafío al positivismo jurídico y resultaría incompatible sólo con «un positivismo teórico estricto asociado a una teoría formalista de la interpretación». La segunda versión sería una tesis normativa sobre la argumentación jurídica que prescribe la adecuación del razonamiento jurídico a la razón práctica, y que podría verse como el complemento normativo de la primera versión; aquí se situaría la tesis de MacCormick (al menos en una de sus

[2] En este punto, García Figueroa lleva a cabo una observación sobre qué debe entenderse por «moral social» o «moral crítica», según se adopte el punto de vista interno o externo. En su opinión, desde un punto de vista externo es posible indicar qué significa moral crítica y moral social; sin embargo, desde la perspectiva del participante sólo es posible formular una «moral crítica social» (es decir, el conjunto de pautas aceptadas como correctas por el participante; se trataría por tanto de una moral objetivamente social, pero subjetivamente crítica). «Si el participante formula un juicio moral puramente crítico, entonces está adoptando un punto de vista externo, porque no acepta *a priori* la moral que evalúa. Si el participante formula un juicio moral puramente social (descriptivo), entonces también está adoptando un punto de vista externo, porque no acepta, sino que sólo describe una serie de prácticas. En ambos casos el participante deja de serlo genuinamente» (García Figueroa, 1999, p. 200).

posibles interpretaciones[3]). La cuarta versión no es considerada relevante, ya que –en opinión de García Figueroa– se limitaría a formular desde una perspectiva externa la teoría de la interpretación que sostendría un participante fuertemente comprometido con la moral positiva; se trataría, por tanto, de la postura de un positivista ideológico.

La tercera es la versión más fuerte de la tesis del caso especial; según ella el razonamiento jurídico queda conceptualmente vinculado al razonamiento moral racional. Ésta sería la versión de la tesis del caso especial defendida por Alexy[4]; para este autor todo acto de habla normativo (y el razonamiento jurídico lo es) presenta una pretensión de corrección. En principio esta pretensión sólo garantizaría la vinculación a la moral social; para vincular el razonamiento jurídico al razonamiento moral racional es necesario adoptar un punto de vista interno, que es precisamente lo que hace Alexy. Desde esta perspectiva, sería de algún modo contradictorio que un agente adoptara unos criterios jurídicos o morales que no fueran considerados por él mismo como correctos. Esta versión de la tesis del caso especial es la que interesa a García Figueroa porque es la que presenta una «especial virtualidad antipositivista» y porque, además, es la que mayor relevancia ha adquirido en los últimos años.

¿En qué consiste la «virtualidad antipositivista» de esta versión de la tesis del caso especial? En opinión de García Figueroa, según la misma, los juristas «hacen justicia según derecho», lo cual implica: 1) que «el juez hace siempre justicia en alguna medida cuando aplica el Derecho» (lo que supondría una moralización del razonamiento jurídico) y 2) que «siempre aplica el Derecho en alguna medida cuanto imparte justicia» (lo que supondría una juridificación del razonamiento moral). La primera afirmación entraría en conflicto con la tesis positivista de la separación entre moral y Derecho, en tanto que presupone con carácter necesario lo que el positivismo

[3] García Figueroa señala que la teoría de MacCormick ha sufrido una evolución desplazándose desde esta segunda versión de la tesis del caso especial a la tercera. Este desplazamiento vendría reconocido por el propio MacCormick, quien ha señalado que ha sido convencido por Alexy y Habermas acerca de la vinculación entre la razón práctica discursiva y el razonamiento jurídico, matizándose por tanto sus planteamientos inicialmente positivistas al estilo hartiano.

[4] No estoy segura de que la tesis del caso especial defendida por Alexy se encuentre bien caracterizada en el trabajo de García Figueroa, al menos si tenemos en cuenta las matizaciones que el propio Alexy ha establecido recientemente al defender su tesis frente a las críticas formuladas por Habermas; fundamentalmente la consideración de que el razonamiento práctico general, del que el razonamiento jurídico sería un caso especial, no puede ser identificado sin más con el razonamiento moral (cfr. Alexy, 1999). Sin embargo, voy a dejar esta cuestión al margen, dado que, como ya he dicho, no pretendo defender ni la teoría del Derecho de Alexy, ni una determinada versión de la tesis del caso especial.

considera contingente: cierta corrección moral en las premisas normativas (entre ellas las jurídicas) del razonamiento jurídico (ha de haber al menos un cierto grado de injusticia que ha de quedar excluido). Y la segunda afirmación, la de que el juez aplica el Derecho al impartir justicia, afectaría a la tesis positivistas de los límites del Derecho y, en consecuencia, a la tesis del Derecho limitado y a la tesis de la discreción judicial (pp. 210 y ss.). Veamos por separado los problemas que plantean estas dos afirmaciones.

Respecto a la incompatibilidad con la tesis de la separación entre Derecho y moral, García Figueroa sostiene que la misma podría salvarse apoyándose en alguna de las dos siguientes posibilidades: a) establecer la corrección moral en términos puramente formales, procedimentales; o b) restringir la extensión de los razonamientos jurídicos y limitarla a aquéllos que proporcionan premisas adecuadas para un razonamiento moral correcto. Ambas estrategias son, en su opinión, legítimas, pero se ubicarían en un discurso puramente estipulativo que plantearía los siguientes problemas: desde un metadiscurso analítico, supondría importantes riesgos de confusión e incorporaría cuestiones metaéticas difíciles de resolver (como: ¿qué significa «justicia»?, ¿dónde está el límite de lo justo, lo injusto y lo extremadamente injusto?); desde un metadiscurso normativo, la estipulación no positivista comporta la devaluación de la moral crítica. Esta saludable relativización de la polémica en términos de meras estipulaciones lingüísticas nos debería llevar –dice García Figueroa– al terreno de determinar qué concepto de Derecho es el menos engañoso posible desde un metadiscurso analítico y normativo; y, desde esta perspectiva, considera que el positivismo sigue siendo la mejor opción.

Respecto a la segunda incompatibilidad, provocada por la «juridificación del razonamiento moral», García Figueroa considera que la cuestión fundamental es aquí determinar si realmente «aplica el juez derecho cuando hace justicia», tal y como suponen los partidarios de la tesis del caso especial. En rigor, dice García Figueroa, el juez tiene el deber de aplicar el Derecho y solamente el Derecho. El problema parece ser que en las decisiones judiciales «la riqueza del *output* no puede ser explicada con tal pobreza de *input*». Para dar cuenta de ello caben dos interpretaciones: una positivista y otra no. Según el positivismo, el juez aplicaría el Derecho y ejercería además cierta discreción judicial. Al *input* inicial (el sistema jurídico) se le habrían añadido otros elementos (consideraciones de justicia, referencias a la moral social o condicionamientos ideológicos). Sin embargo, según el no positivismo, el sistema jurídico no sería tan restringido como sostiene el positivismo. Ésta sería la tesis fundamental de Dworkin. Por su parte, Alexy aceptaría esta tesis y consideraría que la misma ha de ser complementada además con la distinción en el Derecho de un lado pasivo (com-

puesto por una serie de normas: tanto reglas positivistas, como principios dworkinianos) y un lado activo (procedimientos); de manera que el Derecho debe ser contemplado, no meramente como un conjunto estático de normas, sino también como un sistema de procedimientos argumentativos. El resultado, dice García Figueroa, es que la teoría del Derecho tiende a convertirse en una teoría de la argumentación jurídica; y si a esto le añadimos que, según esta versión de la tesis del caso especial, la teoría de la argumentación jurídica tiende a convertirse en una teoría de la argumentación moral, entonces el Derecho tiende a aproximarse a una forma de razonamiento moral. Y de ello no sólo sale perjudicado, dice García Figueroa, el concepto de Derecho, sino que también se desvirtúa la función judicial: «si todo lo que el juez aplica es derecho por el hecho de aplicarlo, entonces el juez no está vinculado por derecho alguno» (p. 217). Estos problemas se basan, en su opinión, en la confusión de las nociones de pertenencia y aplicabilidad, causada por la adopción del punto de vista interno o del participante.

3. Una crítica a la crítica

Las críticas que, según acabamos de ver, dirige García Figueroa a la concepción «no positivista» del Derecho implícita tras la tesis del caso especial pueden agruparse atendiendo a su carácter conceptual o ideológico. Corresponderían al primer grupo (las de carácter conceptual) la denuncia de las confusiones entre teoría del Derecho y teoría de la argumentación jurídica, entre teoría de las fuentes y teoría de la aplicación, y entre pertenencia y aplicabilidad. Las críticas de carácter ideológico, que se vinculan a la adopción del punto de vista del participante, implicarían la «contaminación» ideológica de la teoría, generando a su vez la pérdida de virtualidad de la moral para operar como instancia crítica frente al Derecho. Mis observaciones a estas críticas van a seguir el mismo orden expositivo: en primer lugar analizaré los problemas argumentativos que, en mi opinión, pueden encontrarse en las supuestas confusiones conceptuales denunciadas por García Figueroa y a continuación expondré algunas observaciones relacionadas con su denuncia del carácter ideológico de las tesis «no positivistas».

3.1. Confusiones conceptuales

Empecemos con los problemas conceptuales. En opinión de García Figueroa, los defensores de la tesis del caso especial (en su tercera versión) confundirían la teoría del Derecho con la teoría de la argumentación, la aplicación, o el método jurídico, y olvidarían la distinción entre pertenencia y aplicabilidad, produciendo así una disolución del concepto de Derecho y de la función judicial. Veamos hasta qué punto estos reproches son merecidos.

3.1.1. El ámbito de la «teoría del Derecho»

Quizás una de las principales objeciones que García Figueroa atribuye a la tesis del caso especial es que tras ella se puede encontrar una confusión entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación o de la aplicación jurídica. Pero si nos fijamos, se parte de un concepto de «teoría del Derecho» que excluye totalmente cualquier asunto relacionado con la argumentación o aplicación, con lo cual la conclusión parece en principio inatacable: si hemos excluido, por definición, las cuestiones argumentativas o aplicativas del ámbito de la teoría del Derecho, entonces lógicamente dichas cuestiones han de quedar fuera de la misma. Pero la cuestión interesante –y ausente en su análisis– sería la de determinar si, y en su caso por qué, estas cuestiones no han de formar parte de una teoría del Derecho. Si no queremos pecar de esencialistas, habremos de admitir que una buena teoría del Derecho sería aquélla que dé cuenta adecuadamente del fenómeno jurídico: de la práctica y de la doctrina jurídica. En este sentido, y si estamos de acuerdo en considerar que el Derecho es fundamentalmente una técnica de control social, cuya función es la de guiar la conducta de los ciudadanos, creando para ello normas generales que pretenden orientar la conducta de cara al futuro y resolviendo los conflictos que puedan surgir, aplicando para ello esas normas, entonces habremos de admitir que el Derecho está compuesto por dos grandes «momentos»: la creación de normas generales y la aplicación de esas normas para la resolución de casos concretos. Cada uno de esos dos momentos tiene un protagonista fundamental (aunque no exclusivo): el legislador, en el caso de la creación de normas, y el juez, en el de la aplicación. Si esto es así, una buena «teoría del Derecho» será aquélla capaz de dar cuenta adecuadamente de ambos momentos o, al menos, habrá que considerar que esos dos momentos están igualmente legitimados para integrar una teoría del Derecho.

Ahora bien, en el Derecho nos encontramos con dos dimensiones, presentes –aunque con distinta intensidad– en todas sus manifestaciones[5]; me refiero a la dimensión de poder, o voluntarista, y a la dimensión justificativa, o racionalista. Estas dos dimensiones se encuentran entre sí en tensión, de manera que no es fácil (y quizás ni siquiera posible) integrarlas en una reconstrucción unitaria y coherente del fenómeno jurídico. Y es fácil perca-

[5] En este sentido, Aguiló señala, por ejemplo, que la situación normativa de cualquier autoridad jurídica vendría dada por dos factores: por un lado, por la determinación de cuáles son sus poderes; y, por otro lado, por cuáles son sus deberes relativos al ejercicio de esos poderes. Mientras que la primera perspectiva trataría de dar cuenta de los aspectos voluntaristas, la segunda se centraría en los aspectos racionales o justificativos (cfr. Aguiló Regla, 2000, pp. 119 y ss.).

tarse de que en cada uno de esos dos grandes momentos, o desde la perspectiva de cada uno de esos protagonistas, se acentúa una distinta dimensión del Derecho. Desde el momento creativo, el Derecho se ve fundamentalmente como un fenómeno en el que prima la dimensión de poder (o voluntarista); mientras que desde el momento aplicativo, la dimensión predominante es la justificativa (o racionalista).

La mayoría de las concepciones del Derecho adoptan, a la hora de analizar el fenómeno jurídico, o bien la perspectiva creativa o bien la perspectiva aplicativa, asumiendo como protagonista central del Derecho bien al legislador, bien al juez; y por tanto, caracterizan uno de estos momentos de manera central y el otro de una manera que podríamos considerar «residual». De este modo, las teorías que mejor han dado cuenta del Derecho como orden jurídico, serían las que han adoptado el punto de vista del legislador, pero al precio de presentar una teoría débil respecto al método jurídico. Y, al contrario, las teorías que adoptan la perspectiva del caso, y que serían las que ofrecen las mejores teorías del método jurídico, serían las que presentan problemas para reconstruir el Derecho como orden jurídico (Aguiló, 2000, pp. 182-187). Si ahora nos fijamos en cómo García Figueroa caracteriza expresamente la concepción del Derecho por él suscrita (que claramente se trata de una teoría del Derecho visto como orden jurídico, es decir, desde la perspectiva del legislador), veremos que la misma también incluye –como no podía ser menos– una determinada caracterización de la función aplicadora del Derecho, eso sí, presentada de forma subsidiaria o dependiente de la caracterización que se hace del Derecho visto como orden jurídico. ¿Qué otra cosa es, si no, la tesis de la discreción judicial? Y por el otro lado, la teoría del Derecho que suscriben los partidarios de la tesis del caso especial, en cuanto teoría que asume la perspectiva aplicativa, tendría como objetivo central ofrecer una caracterización del método jurídico, pero al precio de presentar sólo de manera residual una teoría del Derecho como orden jurídico. Esto último sería precisamente lo que podría denunciar García Figueroa frente a la teoría del Derecho que suscriben los partidarios de la tesis del caso especial. Pero lo que en mi opinión no resulta justificado es utilizar la perspectiva adoptada para analizar el fenómeno jurídico como argumento para negar la calidad de «teoría del Derecho» a una determinada concepción.

3.1.2. La distinción entre pertenencia y aplicabilidad. La caracterización de las fuentes del Derecho y de la adjudicación

Muy ligada a la crítica anterior, García Figueroa denuncia otra confusión conceptual en la que incurrirían los defensores de la tesis del caso especial: se trata en este caso de no haber tenido en cuenta la distinción, de-

sarrollada por Bulygin (1991), entre las nociones de pertenencia y aplicabilidad, produciendo así una confusión entre la teoría de las fuentes y la teoría de la adjudicación, de la cual saldría perjudicado no sólo el concepto de Derecho, sino también la caracterización de la función aplicadora del Derecho. Veamos cómo se desarrolla este argumento.

García Figueroa (pp. 217 y ss.) considera que una norma pertenece al Derecho cuando es válida[6], mientras que una norma aplicable sería aquélla susceptible de aplicación por los jueces. No voy a entrar aquí a determinar cuál es el concepto de «validez», o pertenencia, manejado por García Figueroa, pero creo que resulta claro que se trata de un concepto formal. En palabras de Moreso (y que creo que García Figueroa no tendría problemas en suscribir), el criterio es normalmente el genético o de legalidad, según el cual una norma *N* pertenece a un sistema jurídico *SJ* si hay otra norma *N'*, perteneciente a *SJ* que autoriza a un determinado órgano *O* la promulgación de *N* y *O* promulga *N*. Esta estructura genética depende de la pertenencia a dichos sistemas de normas que confieren poderes. Aunque pertenencia y aplicabilidad suelen coincidir, esto no siempre ocurre. Éste sería el caso, por ejemplo, de las normas extranjeras que resultan aplicables en un determinado Derecho en virtud de una norma de conflicto del Derecho internacional privado. Siguiendo a Moreso, cuyas aportaciones en este punto asume García Figueroa, podría decirse que la aplicabilidad de una norma depende siempre de la existencia de otra norma perteneciente al sistema y que obliga o faculta a aplicarla. Este esquema sería, en opinión de Moreso, útil para explicar no sólo la aplicabilidad de estas normas extranjeras, sino también la de las normas consuetudinarias, la de ciertas normas derogadas, o irregulares, y también el caso de los estándares de moralidad[7]. Obviamente, de entre estas dos nociones, la de pertenencia y la de aplicabilidad, la que goza de primacía para García Figueroa es la de pertenencia, que vendría determinada por criterios formales, ofrecidos por la teoría de las fuentes (entendida ésta en un sentido bastante limitado, como luego veremos), mientras que la de aplicabilidad (en realidad, dependiente de aquélla, e incluso prescindible) sería interesante, en todo caso, para una teoría de la adjudicación[8] (recordemos aquí la pretensión de García Figueroa de excluir la teoría de la adjudicación del ámbito de la teoría del Derecho).

---

[6] Cfr. Moreso, 1997, p. 145.

[7] Cfr. Moreso, 1997, pp. 155-160.

[8] Moreso se aparta de esta consideración, al estimar que la noción de aplicabilidad, aunque en algún sentido es dependiente de la pertenencia (puesto que las normas son aplicables o inaplicables en virtud de otras normas que pertenecen a los sistemas jurídicos) sí resulta interesante para la teoría del Derecho (Moreso, 1997, pp. 154-155).

A partir de aquí, García Figueroa denuncia la injustificada asimetría (fruto en su opinión de la adopción del punto de vista del aceptante) que se ha producido en el tratamiento que los juristas han dado a las distintas normas que, no «perteneciendo» a un determinado Derecho, resultan aplicables según el mismo. Así, mientras que, por ejemplo, las normas de otros Derechos, a cuya aplicabilidad remite una norma de Derecho internacional privado, han sido normalmente consideradas como «extrajurídicas»; por el contrario, es usual considerar que las normas «morales» o estándares del razonamiento práctico general sí que están integrados en el Derecho. En opinión de García Figueroa esta última consideración implica grandes inconvenientes para la caracterización de la función jurisdiccional: «Si todas las normas que figuran en la argumentación de un juez –dice García Figueroa– deben ser consideradas parte del derecho, entonces la propia vinculación del juez al derecho dejaría de existir [...] si todo lo que el juez aplica es derecho por el hecho de aplicarlo, entonces el juez no está vinculado por derecho alguno» (p. 217). Pero veamos con mayor detalle la argumentación de este autor.

Hay que ser conscientes de que la definición de pertenencia manejada es claramente estipulativa (pocos juristas considerarían que sólo «pertenecen» al Derecho las normas emanadas de autoridades, dejando fuera los principios implícitos, las normas consuetudinarias...); si situamos, por tanto, su discurso en el ámbito estipulativo, lo que debemos plantearnos es la virtualidad explicativa de estas categorías. Y en este sentido creo que esos dos casos (las normas que se suelen considerar «extrajurídicas» y las que suelen considerarse integradas en el Derecho) no pueden recibir, como propugna este autor, un tratamiento unitario porque son esencialmente distintos y –como voy a intentar mostrar– no creo que la explicación de cómo operan estas normas en el sistema jurídico a partir de esta disociación entre pertenencia y aplicabilidad resulte igualmente aceptable en ambos casos. En el caso de las normas que usualmente se consideran «extrajurídicas» (como las normas de otros ordenamientos jurídicos), la norma «aplicable» no pretende integrarse permanentemente en el sistema jurídico de que se trate, y quizá por ello en este caso sí tenga sentido disociar pertenencia y aplicabilidad de la norma. Piénsese, por ejemplo, en qué pasaría si se modificara una norma de Derecho italiano que resulta aplicable según el Derecho español para regular un determinado caso concreto; creo que sería raro pensar que se ha producido un cambio permanente en el Derecho español. Las normas del Derecho italiano no pretenden ordenar la conducta de la sociedad española. Sin embargo, en el segundo caso, el de los estándares de racionalidad práctica, o de las normas consuetudinarias, sí que se genera la pretensión de integración permanente en el Derecho; así, si se produce un

cambio en las normas consuetudinarias, o en los estándares de moralidad que se consideran «aplicables» en el Derecho español creo que tendría perfecto sentido sostener que ha habido un cambio en este Derecho. Lo que ocurre en estos casos es, en mi opinión, que no se puede explicar la «integración» de estas normas en el Derecho (o su función en el mismo) atendiendo al expediente de la «pertenencia», precisamente porque se ha tomado como punto de partida una definición de «pertenencia» en términos formales, de modo que sólo puede ser predicada de las «normas jurídicas» entendidas como documentos normativos o disposiciones que pueden verse como resultados institucionales (lo cual no quiere decir que dichas disposiciones no sean portadoras de significado, sino que su identificación se hace teniendo en cuenta exclusivamente el proceso institucional del que el texto es el resultado); es decir, se trata de las normas que son el resultado del uso de reglas que confieren poder. Sin embargo, cuando se habla de las normas consuetudinarias o de los estándares de moralidad, se está utilizando un sentido distinto de «norma», el cual, a diferencia del anterior, no se refiere a una disposición resultado de un proceso institucional y por lo tanto no puede decirse de ellas que «pertenezcan» al sistema en el sentido estipulado. Pero creo que aquí tampoco funcionaría la explicación en términos de «aplicabilidad» tal y como la entiende este autor. Si recordamos, una norma se consideraba «perteneciente» únicamente cuando había sido promulgada por un órgano autorizado para hacerlo por otra norma perteneciente al sistema y la «aplicabilidad» de una norma dependía siempre de la existencia de otra norma «perteneciente» al sistema, que obligaba o facultaba a aplicar aquélla. Pero, en la mayoría de esos casos, no hay manera de explicar la aplicabilidad del concreto estándar moral o de la concreta norma consuetudinaria por una mera referencia a una norma perteneciente al Derecho. Por supuesto que es normal encontrar normas jurídicas «pertenecientes» que remiten a la costumbre como fuente del Derecho, o que contienen alusiones, por ejemplo, a la moral pública; pero estas referencias o alusiones no son suficientes para identificar la concreta norma consuetudinaria o el estándar de moralidad que ha de ser aplicado (y no creo que estemos dispuesto a considerar que cualquier práctica social o cualquier estándar de moralidad, por el mero hecho de serlo, se considere jurídicamente «aplicable»). Y ello sin mencionar que en muchas ocasiones el recurso a estándares de racionalidad práctica se lleva a cabo sin que exista expresamente esa previa llamada de una norma «perteneciente» al sistema.

Con lo visto hasta aquí, es fácil darse cuenta de que García Figueroa trabaja con un concepto de fuentes del Derecho bastante reduccionista. Si consideramos que el problema de la teoría de las fuentes es el de determinar el origen de las normas jurídicas, el objetivo de dicha teoría ha de ser, por tan-

to, poner en relación las normas jurídicas con los procesos de los que ellas son el resultado. En este sentido las normas podrían clasificarse atendiendo a su origen, es decir, a las fuentes de las que proceden, en las siguientes categorías: normas provenientes de autoridades políticas, normas que provienen de autoridades jurisdiccionales, normas que provienen de ciertas prácticas sociales, y normas que provienen de la elaboración racional del propio Derecho[9]. Pues bien, de todas estas categorías, las únicas de las que daría cuenta la teoría de las fuentes que parece implícitamente asumida por García Figueroa sería la de las normas provenientes de autoridades políticas. Se trata de un concepto de fuentes que no sólo no puede dar cuenta de las normas que provienen directamente de lo que Aguiló llama la elaboración racional del propio Derecho, cuya aceptación como «fuente del Derecho» sería en el fondo la cuestión que late en su discusión con los representantes de la tesis del caso especial[10]; sino que ni siquiera conseguiría explicar la virtualidad de la costumbre[11] o de la jurisprudencia como creadoras de normas jurídicas. En todos estos casos para identificar la norma en cuestión es necesario contar con «algo más» que criterios formales o institucionales. Lo que justifica aquí la «incorporación» de esas normas a un determinado Derecho (llamémosle aplicabilidad, pertenencia o como se quiera) sería la idea de coherencia, la unidad de contenidos, lo que implica acudir a procesos ar-

[9] Tomo esta clasificación de Aguiló Regla (2000, p. 67).

[10] Respecto a la función creadora de Derecho de lo que Aguiló (2000, pp. 125 y ss.) llama la elaboración racional del propio Derecho, hay que ser conscientes de que el Derecho así creado (lo que suele considerarse como «Derecho implícito") no es el resultado del ejercicio de ningún poder normativo, sino del uso del método jurídico y por tanto está abierto a todos los que utilizan el Derecho para emitir juicios normativos evaluadores de normas y conductas, es decir en esta tarea creadora o integradora de Derecho pueden participar todos los integrantes de la comunidad jurídica (dogmáticos, juristas prácticos, opinión pública). Incluir en el Derecho las normas provenientes de esta elaboración racional del propio Derecho es lo que nos permite explicar por qué consideramos que cualquier participante en la práctica puede realizar críticas «**jurídicas**» a decisiones judiciales o a otras conclusiones normativas.

[11] Una adecuada comprensión de la costumbre como fuente jurídica exige, junto a los clásicos elementos material (el *usus*) y espiritual (la *opinio* o conciencia de obligatoriedad), un juicio de relevancia jurídica fundado en la idea de coherencia valorativa del Derecho Sin este requisito, no se podría distinguir a las costumbres jurídicas del resto de las reglas sociales. A veces se piensa que basta con la consideración de que la conciencia de obligatoriedad ha de ser «jurídica"; este intento de explicación se habría llevado a cabo mediante dos recursos, ninguno de los cuales resultaría satisfactorio: o bien se considera que el contenido de la *opinio* ha de ser «jurídica» (pero esto implicaría que el carácter de juridicidad sería anterior e independiente del sistema jurídico y se convertiría en poco menos que tautológico) o bien se considera que los sujetos de esa *opinio* son los jueces, y que de ahí proviene su juridicidad. Pero este último intento supondría considerar que las normas jurídicas lo son porque los jueces las aplican. Sigo aquí a Aguiló Regla (2000, pp. 92-96), quien a su vez utiliza en este punto el trabajo de Bruno Celano: «Consuetudine e norme sulla produzione di norme», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Turín, 1996.

gumentativos (lo que suele conocerse como el «método jurídico»); y esto sólo puede ser adecuadamente «observado» a partir de la dimensión justificativa o racionalista del Derecho a la que antes hacíamos referencia y que, como vimos, queda relegada desde la perspectiva asumida por García Figueroa para dar cuenta del Derecho.

Lo que estoy tratando de decir es que creo que la distinción entre la «teoría de las fuentes» y la «teoría de la adjudicación», o entre creación y aplicación del Derecho, no resulta tan clara como García Figueroa parece suponer. En ocasiones la aplicación del Derecho, y la argumentación jurídica o el método jurídico, contribuyen a la conformación del Derecho, a la creación de normas jurídicas, y en este sentido deben ser incorporadas por una teoría de las fuentes que pretenda dar cuenta del origen de todas las normas que integran el Derecho. Creo que con un concepto de Derecho como el que subyace a este «positivismo» que García Figueroa pretende rescatar no es que únicamente se pueda dar cuenta del Derecho como un conjunto de normas generales (dejando al margen otras cosas que conforman el Derecho: valores, procedimientos...), sino que, como hemos visto, ni siquiera puede darse cuenta adecuadamente de todas esas normas; me refiero a aquéllas que no tengan su origen en autoridades ni sean el resultado de un proceso institucionalizado; estas normas no pueden verse, por tanto, como el producto del uso de reglas que confieren poderes.

3.2. Los problemas «ideológicos»

En opinión de García Figueroa, la mayoría de las confusiones conceptuales en las que incurriría la tesis del caso especial encontrarían su explicación en el hecho de que en ella se adopta un punto de vista interno para analizar el Derecho. Al adoptar este punto de vista, se abandonaría el terreno descriptivo pasando a situarse bien en un terreno claramente prescriptivo, o bien en el más ambiguo ámbito de la «reconstrucción». Este último merecería, para García Figueroa, ser doblemente criticado: por un lado, por no ser completamente descriptivo y, por otro lado, por la ambigüedad que genera respecto a su carácter. Los problemas derivados de ello son, en palabras de García Figueroa, «la legitimación acrítica del poder y la disolución de la moral crítica como instancia evaluadora del Derecho». Pero analicemos con algo más de detalle esta objeción. Creo que en su argumentación podemos encontrar dos problemas distintos, aunque relacionados, y que no conviene confundir. Por un lado, está el problema del punto de vista (interno o externo) adoptado por la teoría del Derecho; y, por otro lado, la cuestión de si la teoría presenta o no un carácter puramente descriptivo. Ambas cuestiones no son totalmente equiparables, porque se mueven en niveles distintos. La aceptación o adopción del punto de vista interno parece

que ha de referirse necesariamente a algún determinado Derecho, mientras que se puede considerar que una teoría del Derecho no tiene un carácter puramente descriptivo sin que ello implique necesariamente la aceptación de ningún Derecho concreto. Así, podemos considerar que una buena teoría del Derecho no necesita aceptar ningún Derecho en particular, pero sostener al mismo tiempo que ha de ser «reconstructiva» con la práctica jurídica en general. Veamos por separado estas cuestiones.

3.2.1. El punto de vista de la teoría

En primer lugar, debemos preguntarnos qué alcance tiene la crítica de la adopción del punto de vista interno o del participante, qué quiere decir que la teoría «adopta el punto de vista del participante».

Hay que partir de que el Derecho es un fenómeno social y normativo. Como práctica social, su descripción requiere observación; si estamos interesados en dar cuenta de este fenómeno, entonces tendremos que observar a los participantes en dicha práctica que son quienes la conforman y determinan su contenido. El hecho de que se trate de un orden normativo implica que pretende guiar la conducta fundamentalmente a través de la aceptación de sus normas. De este modo, si la normatividad es un rasgo tan esencial del Derecho, entonces la teoría del Derecho tendrá necesariamente que fijar su atención en el aceptante. Pero esto no implica necesariamente que la teoría tiene que dejar de ser descriptiva. En palabras de Raz:

> «Una teoría sobre la naturaleza del Derecho no debe ser una teoría justificatoria, si ello quiere decir una teoría que justifique alguna acción. Todo lo que debe hacer es explicar el Derecho. Pero para hacer esto debe explicar que los jueces y otras personas consideran el Derecho como justificatorio, y de qué forma lo consideran así, de qué forma está presente el Derecho en su razonamiento práctico. Debe hacerlo así porque es un rasgo esencial del Derecho el que éste pretenda ser una razón para la acción [...] Si una teoría jurídica [...] no toma en cuenta ese rasgo, o aún peor, si ofrece una imagen del Derecho que sea inconsistente con él, entonces esa teoría es defectuosa»[12].

Para dar cuenta de este rasgo, de la normatividad del Derecho, habrá que preguntarse por qué consideran los aceptantes que el deber jurídico les obliga. En este punto la respuesta ha de ser necesariamente que obliga porque es aceptado, y será aceptado por el valor que se le atribuye. Podemos decir que este valor necesariamente ha de provenir o bien del valor que cabe atribuir a su origen (fundamentalmente las autoridades jurídicas) o bien del valor que cabe atribuir a su contenido (lo que la norma trata de proteger o promocionar). De este modo, los deberes jurídicos existen porque son acepta-

[12] En «Entrevista a Joseph Raz», Ruiz Manero, 1991, p. 331.

dos y son aceptados bien porque provienen de aquéllos que se consideran que están legitimados para obligar (las autoridades legítimas), bien porque protegen y promocionan aquello que debe ser protegido y promocionado («el deber jurídico obliga porque se está sujeto a la autoridad, o porque ordena lo correcto»). La aceptación puede, por tanto, explicarse bien a partir de una u otra perspectiva, y aunque estos dos aspectos pueden aparecer en principio como compatibles, el problema se planteará cuando se presente algún conflicto entre ambos[13]. De nuevo es importante percatarse de que son elementos que pueden entrar en conflicto, para cuya superación habrá que primar uno de estos aspectos. Pero otorgar primacía a uno u otro es ya una cuestión valorativa y no meramente descriptiva.

Ahora bien, puede que lo que García Figueroa critique sea una implicación más fuerte de la teoría con el punto de vista interno. Se trataría entonces, no de que la teoría dé cuenta de la perspectiva interna, o del participante[14], en el análisis del Derecho, sino que la propia teoría «acepte» el Derecho, lo que, como acabamos de ver, se traduciría en aceptar o bien las autoridades o bien los valores de ese determinado Derecho. Así interpretado, quizás se pudiera estar de acuerdo con algunas de las observaciones de García Figueroa. Pero en este caso, todo su planteamiento habría de ser revisado, y creo que muchas de sus apreciaciones no se seguirían. Para empezar, la conexión que se produciría entre el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general ya no podría describirse, siguiendo los presupuestos de este mismo autor, como una conexión con la moral crítica sin más. Como hemos visto, este autor considera que, desde el punto de vista del aceptante, no se puede hablar de moral crítica, sino en todo caso de una «moral crítica social». Con ello, las diferencias entre la versión de la tesis del caso especial de la que García Figueroa se ocupa (y que sintetizaba del siguiente modo: «el razonamiento jurídico *es* un caso especial del razonamiento moral crítico») y la primera versión de esta misma tesis (que consi-

[13] Cfr. Aguiló, 2000, pp. 170 y ss. En un sentido similar, Ross hacía referencia a distintos motivos que podían influir en el juez a la hora de aceptar el Derecho (él hablaba de un respeto desinteresado frente al mismo); en particular hablaba de lo que denomina la conciencia jurídica formal y la material. Mientras que la primera consiste en respetar el Derecho por la concordancia de su contenido con ideas morales y de justicia; la segunda supone el respeto al Derecho por el mero hecho de ser Derecho, por ser el producto de ciertas instituciones independientemente de que sus prescripciones reflejen ideas de justicia aceptadas; y ambas concepciones de la conciencia jurídica, advierte Ross, pueden entrar en conflicto (Ross, 1970, pp. 133-134).

[14] Identificar sin más el punto de vista interno con el del participante puede resultar un tanto inapropiado, pero creo que para los objetivos de este trabajo pueden omitirse mayores precisiones. De todos modos, sobre esta cuestión puede verse Puppo, 1999.

deraba que «el razonamiento jurídico *es* un caso especial del razonamiento moral social») se difuminarían mucho. Y aquí hemos de recordar que esta versión de la tesis del caso especial le parecía a García Figueroa aceptable.

3.2.2. El carácter descriptivo de la teoría

La segunda cuestión que antes hemos señalado tenía que ver con la crítica que se realiza a la teoría del Derecho suscrita por los partidarios de la tesis del caso especial por no tener un carácter puramente descriptivo.

A este respecto, lo que deberíamos plantearnos en primer lugar es si realmente el carácter puramente descriptivo de una teoría del Derecho es una ventaja de la misma, tal y como da por sentado García Figueroa, o si más bien implicaría algunas insuficiencias[15]. Antes hemos visto que el Derecho estaba caracterizado por algunos elementos que se encontraban en tensión entre sí; ahora bien, esta tensión es susceptible de ser descrita, pero las teorías del Derecho que pretenden presentar «**la** naturaleza» del Derecho como algo coherente y unívoco, lo que hacen es elegir un criterio de resolución de la tensión; esta resolución de la tensión –como veremos a continuación– ya no puede ser una mera descripción. Y son precisamente las teorías que optan por resolver estas tensiones, presentando la «naturaleza» del Derecho, las que en algún sentido participan en la práctica jurídica. Creo que resultaría bastante inútil una teoría del Derecho a la que se le negara la posibilidad de participar en la práctica jurídica[16].

En segundo lugar, cabe preguntarse si la teoría del Derecho que subyace a las tesis de García Figueroa cumpliría realmente con su pretensión de pura descriptividad. Y, en mi opinión, la respuesta ha de ser negativa. En sus tesis podemos encontrar connotaciones ideológicas o valorativas, con lo cual estaría presente igualmente un aspecto prescriptivo o reconstructivo. Acabamos de recordar que en la práctica social en la que consiste el Derecho pueden encontrarse elementos en tensión, en particular hacíamos referencia a los elementos voluntaristas y a los racionalistas o justificativos. En este sentido, la adopción de una determinada perspectiva para dar cuenta del Derecho (la perspectiva del Derecho como orden jurídico, o como Derecho del caso) o la explicación de la normatividad del Derecho a partir de la aceptación de las autoridades (dando primacía a la idea de «sujeción») o de

[15] Esta sería, por ejemplo, la opinión de Aguiló, para quien «el coste tremendo que tiene limitarse a describir es que nunca se puede orientar. La orientación sólo es posible desde la 'participación': **participar** en una práctica social no es sólo **reproducir** la conducta en que consiste esa práctica, es también **construirla**» (Aguiló Regla, 2000, p. 193. La negrita es del autor)

[16] A este respecto véase Puppo, 1999, p. 236.

la aceptación de los estados de cosas que se pretenden promocionar o proteger (dando primacía a la idea de lo «correcto») no pueden presentarse como una mera descripción. Si hay elementos en tensión, la resolución de esa tensión supone optar por uno de ellos[17]. Y la teoría del Derecho asumida por García Figueroa opta en estos dos casos. Opta por analizar el Derecho desde el punto de vista del legislador y opta por explicar la normatividad del fenómeno jurídico a partir de la idea de sujeción; en definitiva, opta por dar una clara primacía al elemento autoritativo o voluntarista sobre el elemento racionalista o justificativo del Derecho. Y esta opción no puede verse como correcta o incorrecta atendiendo a su adecuación al mundo, porque lo único que puede describirse es una práctica en la que encontramos elementos en tensión. Podría decirse que entre las dos concepciones del Derecho las divergencias no pueden describirse únicamente aludiendo a desacuerdos de creencias; lo que explicaría la existencia de tales desacuerdos sería la existencia entre ellas de un desacuerdo valorativo o de actitud. Mientras que el desacuerdo de creencias tiene que ver con la forma como las cosas han de ser fielmente descritas y explicadas, el desacuerdo de actitudes implica una oposición de propósitos, aspiraciones, necesidades, preferencias, deseos, etc. y tiene que ver con la forma como han de ser preferidas y, por ello, con la forma como han de ser conformadas por los esfuerzos humanos[18]. En nuestro caso, podemos considerar que la opción que resuelve las tensiones en el Derecho y que es la causa del desacuerdo de creencias entre las distintas concepciones rivales del Derecho viene determinada fundamentalmente por cuestiones de actitud, como podrían ser la confianza o desconfianza hacia la moral; y son precisamente estos desacuerdos valorativos los que generan los desacuerdos de creencia acerca de cómo ha de ser descrito el Derecho. Así, mientras que teorías del Derecho como la de la tesis del caso especial presentarían una actitud favorable frente a la moral, y considerarían que en determinados casos el método jurídico ha de incorporar al razonamiento moral; teorías como la de García Figueroa, mucho más escépticas frente al razonamiento moral, consideran que, en esos mismos casos, el método jurídico encuentra sus límites y ha de dar paso a la figura de la discrecionalidad.

4. Conclusiones

El principal problema de la concepción del Derecho que defiende García Figueroa radica, en mi opinión, en que la misma concibe al Derecho como un fenómeno «estático» o «cosificado»; no en el sentido de que no se

[17] Cfr. Aguiló, 2000, pp. 163 y ss.

[18] Cfr. Carrió, 1979, pp. 110 y ss.

puede modificar en el tiempo, sino de que el Derecho es visto en cada momento como algo que existe ya acabado e independientemente de los procesos que dan lugar a su creación. Se trataría, por utilizar las palabras de Bayón al describir la visión de las reglas sociales que considera necesario evitar[19], de una visión del Derecho como algo reificado y con contornos precisos. Esta visión concuerda con la formulación de la tesis de las fuentes sociales del Derecho ofrecida por Raz, donde el Derecho es visto como un **producto**. Desde esa concepción, el Derecho es considerado como algo que puede ser completamente objetivado y observado sin ningún tipo de participación (puede ser casi «fotografiado»). De hecho, la propia distinción entre pertenencia y aplicabilidad, junto al predominio total dado a la noción de pertenencia parece avalar esta idea. Se «pertenece» a un conjunto, conjunto que por definición es presentado como algo cerrado, algo que existe de manera acabada. En mi opinión, ésta podría ser la explicación de por qué se excluyen los aspectos argumentativos de la teoría del Derecho y se consideran como fuentes del Derecho únicamente a las que pueden verse como derivadas de autoridades. Se trata de ver al Derecho como un orden jurídico compuesto por una serie de normas que quedan identificadas como tales acudiendo a una cadena de validez formal; en la que no habría lugar ni siquiera para establecer ciertos requisitos de validez material, pues la comprobación de éstos exigiría llevar a cabo actuaciones argumentativas.

Al desatender el aspecto dinámico del Derecho, el Derecho como proceso o, por decirlo en terminología de Alexy, el lado activo del Derecho, se olvida que un rasgo esencial de las prácticas sociales es precisamente que se encuentran permanentemente en construcción. Si tenemos en cuenta este dato, la «aplicabilidad» ya no puede ser algo secundario y residual, sino que cobra relevancia, pero eso sí, deja de poder ser explicada únicamente en términos de «pertenencia», entendida como validez meramente formal. Es precisamente la «aplicabilidad» lo que interesa a los que observan al Derecho como una técnica social de resolución de problemas, y no desde un enfoque científico, desde el cual el Derecho sería visto meramente como un objeto para ser estudiado[20].

Para terminar señalaré que, si bien no sé si mis observaciones implican un abandono del «paradigma positivista», lo que sí creo es que las mismas serían compatibles al menos con las siguientes ideas positivistas: 1) El De-

[19] Aunque ésta objeción es presentada por Bayón respecto a la caracterización de una regla social, este mismo autor considera que sus observaciones resultan trasladables también para los sistemas jurídicos, puesto que éstos tienen su base en una regla social: la regla de reconocimiento (Bayón, 1991, pp. 713-721).

[20] Sobre esta diversidad de enfoque, cfr, Atienza, 2000.

recho es una práctica social, y en este sentido es creado y modificado por actos humanos. Se trata de la tesis de las fuentes sociales del Derecho, sólo que añadiéndole una dimensión dinámica o activa; por volver con la formulación de Raz de esta tesis, creo que la misma debería ser reformulada, en el sentido de que el Derecho no puede ser visto únicamente como el «producto» de la práctica social, olvidando la dinámica que conforma dicha práctica (el «proceso»). 2) Una cosa es describir o dar cuenta de un determinado Derecho, y otra valorarlo moralmente «desde fuera». Pero, por un lado, esto es compatible con considerar que una adecuada explicación del contenido de un determinado Derecho exige observar al aceptante y operar con sus parámetros, lo que implica acudir a valores morales, sean aceptados o no por el teórico. Y, por otro lado, no prejuzga la idea de que quizás una teoría del Derecho «comprometida» con ciertos valores –y en este sentido no meramente descriptiva– pueda resultar socialmente más útil que una teoría «neutral».

Bibliografía

AGUILÓ REGLA, Josep (2000). *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.

ALEXY, Robert (1999): «La tesis del caso especial», trad. Isabel Lifante, *Isegoría* nº 21, pp. 23-35.

ATIENZA, Manuel (2000): *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona (en prensa).

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos (1991): *La normatividad del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

BULYGIN, Eugenio (1991): «Tiempo y validez», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 195-214.

CARRIÓ, Genaro R. (1979): *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª edición.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1998): *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1999): «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico», *Doxa* nº 22, pp. 195-220.

LIFANTE VIDAL, Isabel (1999.a): *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

LIFANTE VIDAL, Isabel (1999.b): «Interpretación y modelos de Derecho», *Doxa* nº 22, pp. 171-193.

MORESO, José Juan (1997): *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

PUPPO, Alberto (1999): «Los rostros de la ciencia jurídica entre aceptación, descripción e inscripción del Derecho», trad. Daniel González Lagier, en *Doxa*, nº 22, 1999, pp. 233-261.

ROSS, Alf (1970): Sobre el Derecho y la justicia, trad. de Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires.

RUIZ MANERO, Juan (1991): «Entrevista a Joseph Raz», en *Doxa*, nº 9, pp. 321-344.

ALGUNAS REGLAS DE CLAUSURA

Ricardo Víctor Guarinoni
Universidad de Buenos Aires

I. Cómo clausurar

Narraremos una pequeña historia:

Reinaba en Bagdad un Califa terrible, llamado Abdul el Jurista, quien se ocupaba de dictar leyes rigurosas para sus súbditos. Sentía, como todo autócrata, una gran vocación por ordenar hasta el mas mínimo detalle la vida de los habitantes. Así, emitía diariamente bandos regulando todos los detalles de la vida, desde la posibilidad de usar barba hasta la forma de subir a un camello. Sin embargo, no estaba satisfecho, dado que lo aterraba la idea de haberse olvidado de regular alguna conducta y ésta fuera producida por alguno de sus súbditos. Dos o tres veces había ocurrido que caídes por él nombrados se habían negado a fallar en procedimientos judiciales, aduciendo que las conductas de los acusados no estaban contempladas en las leyes del Califa. Este había resuelto la situación fácilmente, mandando degollar a los jueces, los acusadores, los acusados y testigos del pleito, y todos sus parientes hasta el sexto grado, pero le persistía un cierto malestar intelectual.

Así fue que un día mandó llamar a dos de sus visires, renombrados por su sabiduría y conocimiento de las leyes, llamados Permib y Prohib. El primero tenía fama de ser un hombre recto y bondadoso, por lo cual gozaba del disfavor del Califa. El segundo, en cambio, era obsecuente y se esforzaba por profesar todas las ideas del gobernante.

El Califa les planteó el problema: «Tengo la sensación de que la vida de mis súbditos se me está escapando de entre las manos, como un puñado de arena del desierto. No consigo que mis leyes prevean todas las cosas que pueden hacer. Cómo lo puedo solucionar?»

El visir Permib, luego de considerarlo, respondió: «Lo que su Alteza necesita es dictar una ley que abarque todos los casos no contemplados en vuestras sabias leyes. Mi consejo, Señor, es: Dictad una ley que diga "todo lo que no está prohibido por alguna otra ley de este Califato, estará permitido". Con ello, todas las conductas de vuestros súbditos que no aparezcan en vuestras leyes serán permitidas. Por este medio sentaréis fama de benévolo, ya que aparecerán como permitidas por vos infinidad de conductas, y vigilante, ya que demostraréis que ninguna conducta de vuestros súbditos escapa a vuestra atenta mirada.»

El segundo visir, Prohib, dijo: «Mi consejo, Oh Alteza, es dictar una ley que sea la inversa de la que propone Permib. Vos sabéis que los habitantes del Califato son díscolos y descarriados, si no los guía vuestra mano protectora. Por

ende, os propongo sancionar una ley que exprese: "todo lo que no está permitido por alguna ley de este Califato, está prohibido". Así no tendréis duda de que lo que vos no permitáis expresamente, no será hecho. Y, para quienes violen la prohibición genérica, decretad la pena de muerte.»

El segundo consejo plugo al Califa, quien mandó dictar la ley, y, de paso, degollar a Permib, dado que encontró que no había ninguna ley que le permitiera dar consejos que el Califa no estaba dispuesto a seguir.

A esta ejecución siguieron otras, multiplicándose en proporción geométrica, dado que se sancionaba a los súbditos no solo por las conductas expresamente prohibidas, sino por cualquier cosa que dejaran de hacer. El Califa se vio obligado, muy a su disgusto, a dictar normas que permitieran cada vez mas conductas, pero nunca alcanzaba a prever las cosas que los súbditos dejaban de hacer, por lo que mandaba degollar a todo el mundo, hasta que se dio cuenta que iba a despoblar el país. Por ello, debió derogar la ley , coronando las ejecuciones con la de Prohib, causante de los problemas.

II. Las normas de clausura

Como resulta obvio, la historia citada refleja el viejo problema de las normas de clausura de un sistema jurídico, abordado en los principales estudios de Lógica Deóntica, con especial referencia al problema de las lagunas del Derecho. En el presente, me ocuparé especialmente de la posibilidad de clausurar el sistema con normas que no tengan como contenido permisiones, y ello llevará a algunas consideraciones generales sobre la aplicación de la Lógica al Derecho.

Von Wright [1] distingue, a partir del principio *nullum crimen sine lege*, entre sistemas cerrados y abiertos: «*Si se encuentra dentro de un orden normativo, entonces, con relación a este orden, todos los actos humanos están sujetos a norma. A tal orden "sin fisuras" lo llamaremos cerrado. A los órdenes normativos que no sean cerrados los llamaremos abiertos*».

Alchourrón y Bulygin definen a la regla de clausura como: «*una regla que calificaría deónticamente todas aquellas acciones que no estuvieran calificadas ya por el sistema en cuestión.*» [2] Y le adjudican las siguientes características: «*Una regla de clausura debe cumplir con las siguientes condiciones de adecuación: a) tiene que clausurar el sistema, es decir, hacerlo completo con respecto a cualquier UC (universo de casos) y cualquier UA (universo de acciones), y b) tiene que preservar la coherencia del sistema, es decir, no introducir nuevas incoherencias, de tal manera que si el sistema originario es coherente, también debe serlo el sistema que resulte de agregarle la regla de clausura*».[3]

---

[1] von Wright, Georg Henrik, *Norma y Acción*, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 102.

[2] Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Bs. As., 1970, pág. 190.

Hechas estas precisiones, debemos preguntarnos si es posible clausurar el sistema como lo hace el Califa de nuestra historia, es decir, con una norma que prohíba las conductas no expresamente permitidas.[4]

Tanto von Wright como Alchourrón y Bulygin se manifiestan en contra de tal posibilidad, en sus textos canónicos. El primero sostiene: «*Consideremos un posible resultado de una acción tal que no haya prescripción en el orden normativo en cuestión que permita hacer esta cosa (resultado), ni ninguna prescripción que permita abstenerse de ello. Entonces, ...el hacer y abstenerse de dicha cosa estarían prohibidos. Pero esto, ...es una imposibilidad lógica. Por eso un orden normativo no puede ser cerrado por medio de una norma que prohiba todos los actos y abstenciones no permitidos, a menos que haya en dicho orden, para cualquier resultado posible de la acción, un permiso para alcanzar este resultado o para abstenerse de alcanzarlo. Si se piensa que un inventario de todos los actos humanos no es posible.. entonces esta condición no puede satisfacerse. Y entonces la forma sugerida de cerrar un orden normativo debe ser rechazada como absurda*».[5]

En trabajos posteriores, von Wright sostiene que puede darse el caso de que el legislador sancione normas que obliguen y prohiban la misma conducta, y la lógica jurídica no puede tomar el papel de éste, sino solo mostrar las contradicciones normativas. Al legislador solo puede imputársele que no se adecue a standards de racionalidad.[6]

Por su parte, Alchourrón y Bulygin dicen: «*Si se quiere preservar la coherencia, es evidente que la regla de clausura tiene que ser permisiva, pues la permisión es el único carácter deóntico que puede calificar una acción y su negación sin que se produzcan incoherencias. Una regla de clausura prohibitiva (toda acción no normada está prohibida) daría lugar a incoherencia en los casos en que no estuviera normado p, ni tampoco estuviera normado –p, pues las normas "Php" y "Ph-p" son manifiestamente contradictorias.*»[7]. (En realidad, habría que hablar de soluciones «incompatibles» pensando en la norma de clausura prohibitiva. Alchourrón y Bulygin en este pasaje se refieren a Php y Ph-p como normas «*manifiestamente contradictorias*», cuando son contrarias, siendo Ph-p equivalente a Op).

---

[3] Id., pág. 190.

[4] También existe la posibilidad de clausurar el sistema mediante una norma que decrete la obligatoriedad de las conductas no permitidas expresamente (ver Alchourrón y Bulygin, op. cit., pág. 195), pero, teniendo en cuenta la interdefinición de los caracteres O y Ph, es equivalente a la mencionada en el texto, que es además mas rica en sus consecuencias pragmáticas.

[5] von Wright, op. cit., pág. 103.

[6] von Wright, Georg, Norms, «Truth and Logic», en *Practical Reason. Philosophical Papers*, Volume I , Basil Blackwell, Oxford, 1983.

[7] Alchourrón y Bulygin, op. cit., pág. 195.

Por otra parte, Echave, Urquijo y Guibourg admiten la posibilidad de clausurar el sistema mediante una norma prohibitiva genérica. Refiriéndose a la clausura del sistema mediante una norma permisiva, expresan: «*En efecto, así como ella dice que todo lo no normado (y por ello no prohibido) está permitido, podría decir –por ejemplo– que todo lo no normado (y por ello no permitido) está prohibido, con lo que el orden normativo se parecería mas a un régimen carcelario.*» [8] Sostienen que la regla permisiva, que permite las conductas no prohibidas, actúa como una condición extrasistemática de la lógica deóntica.[9]

Ante lo reseñado, cabe formular varias precisiones. En lo que sigue, trataré de demostrar que una norma que prohiba las conductas no permitidas debe ser desechada, no solo por llevarnos a la integración, en un sistema, de normas incompatibles, sino también por generar un problema pragmático insoluble, que termina por traer las consecuencias que la lógica predica acerca de las contradicciones, si buscamos reconstruir lo que normalmente los juristas entienden por prohibición.

III. ¿Contradicción normativa?

Hay un debate establecido acerca de la concepción deductivista de los sistemas jurídicos, en el cual entraré solo tangencialmente, dado que excede el tema del presente, pero no se puede dejar de considerar, dado que tiene que ver en forma fundamental con el uso de la lógica respecto de los sistemas normativos, y si ésta sirve, en definitiva, para algo, sobre todo a la luz de la imposibilidad de caracterizar en forma definitiva las contradicciones normativas, y el problema subsiguiente que genera la explosión de todo sistema deductivo a partir de que en él se detecte una contradicción.

Aquí solo cabe destacar que, por más que muchos filósofos del derecho han atacado el uso de la lógica en este campo, algunos llegando al extremo de sostener que el análisis del discurso jurídico necesita de un aparato conceptual diferente [10], no parece que se haya podido construirlo.

En lo que nos atañe, la crítica se centra en que la configuración de un sistema normativo como un sistema deductivo hace que una contradicción normativa permita inferir cualquier solución en el sistema, con lo que no se puede dar cuenta de sistema jurídico alguno.[11]

---

[8] Echave, Teresa, Urquijo, María Eugenia y Guibourg, Ricardo, *Lógica, Proposición y norma*, Astrea, Bs. As., 1980, pág. 155.

[9] Id., pág. 158.

[10] Cabe citar la crítica formulada por Atienza, Manuel, en «Sobre los límites del Análisis lógico del Derecho», *Theoria*, Segunda Epoca, Vol. VII, 1992, Tomo B, 1007-1018.

[11] Atienza, op. cit., pág. 1017.

Frente a este argumento hay varias respuestas. Por ejemplo, se puede concluir con Rodríguez [12], después de una larga argumentación que no puedo reproducir aquí, que, por no componerse exclusivamente los sistemas jurídicos de normas categóricas, las inconsistencias pueden limitarse solamente al caso en el cual aparecen soluciones incompatibles, y el resto del sistema aplicarse a los demás casos. Ciertamente, un sistema clausurado por una norma prohibitiva tendría más casos de inconsistencia que de consistencia normativa, limitada esta última a las conductas expresamente permitidas, y a las prohibiciones expresas, si sus omisiones estuvieran expresamente permitidas. Si esto es así, el sistema podría aplicarse en sus partes no inconsistentes.

Adhiero asimismo a la idea de Alchourrón de que es inescapable el recurrir a la Lógica para dar cuenta de nociones tan fundamentales como la de contradicción o conflicto entre normas, pero debe tenerse en cuenta que se trata de nociones relativas, aplicables a determinadas normas referidas a determinados sistemas. En ese sentido, no es soslayable el que no se puede determinar fácilmente en la práctica cuándo nos encontramos frente a un caso de este tipo, ya que se deben explicitar varios presupuestos: a) el sistema lógico que estamos utilizando; b) dentro de éste, cuándo es que se puede hablar de conflicto o contradicción normativos; la mayoría de los autores coincide en que no se puede adjudicar sin más valores veritativos a las normas, con lo que debe explicitarse cuál es el criterio a utilizar para hablar de contradicciones normativas; c) cuál es la reconstrucción del sistema, o su parte, que lleva al conflicto; siendo la Lógica un modelo del lenguaje, habrá diferentes reconstrucciones del sistema (que los juristas suelen llamar con el nombre genérico de «interpretación»); d) dentro de ésta, tener en cuenta las circunstancias fácticas que pueden llevar a una contradicción normativa, ya que muchas veces sólo se puede hablar de conflicto entre normas cuando, en los hechos, aparece un caso que tiene una conjunción de propiedades que caracterizan por separado normas que aportan soluciones incompatibles.[13]

Si se considera que la clausura del sistema por una norma prohibitiva lleva a una contradicción lógica, un sistema clausurado de esa manera llevaría a una imposibilidad lógica, por lo que sería imposible que existiera un sistema positivo con tales características. Empero, si se adopta una posición como la segunda reseñada de von Wright, sería posible la existencia de un sistema tal.

---

[12] Rodríguez, Jorge L., «Contradicciones normativas: Jaque a la concepción deductivista de los sistemas normativos», *Doxa*, nº 17-18, pp. 357-382.

[13] Ver Alchourrón, Carlos, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en Alchourrón y Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 300.

Sin embargo, en el caso de la clausura del sistema mediante una norma prohibitiva, si analizamos el problema desde el punto de vista pragmático, veremos que un sistema clausurado de ese modo produce una explosión como la que predice la lógica.

IV. ¿Qué hacer?

Hasta ahora, hemos hablado de «*prohibido*» como el carácter deóntico «Ph», pero ahora debemos tener en cuenta la dimensión pragmática del discurso jurídico: los sistemas normativos tienen como objeto servir de guías del comportamiento. Y un sistema normativo que incluyera una norma que dijera «*todo lo que no está expresamente permitido está prohibido*» no serviría de guía en absoluto, salvo en el caso de que haya en el sistema normas que establezcan conductas facultativas, aquellas expresamente permitidas y en que esté permitida su omisión [14], y solo para éstas. (En efecto, en un sistema clausurado de esta manera, la mera permisión expresa –o fuerte– de una conducta no sería suficiente. Imaginemos una conducta cualquiera, la de protestar, por ejemplo. Si existiera una norma que dijera: «*Está permitido protestar*», y no dijera nada acerca de la omisión de protestar, el no protestar estaría prohibido, con lo cual protestar sería obligatorio. Si en el sistema solamente existieran permisos y se omitiera la permisión de la omisión de las conductas permitidas, solo estaría permitido cumplir con las conductas obligatorias).

Supóngase un súbdito del sistema, que desea realizar una conducta p, y quiere saber si está permitida. Si recorre la lista de permisos y no encuentra ni el de p ni el de –p, ¿qué hará? Cualquier curso de acción le está prohibido respecto de p. Y como no es dable que el legislador haya previsto todas las conductas posibles, permitiéndolas (salvo que hubiera sancionado una norma de clausura inversa), siempre va a haber alguna respecto de la cual aparece su prohibición, así como la de su omisión.

Por otra parte, sin entrar en la discusión acerca de la forma canónica de una norma, tanto en el lenguaje coloquial como en el jurídico, la prohibición se suele ligar a la imposición de sanciones. Supóngase que a la norma de clausura se agrega una sanción (como hizo el Califa de la narración). ¿Qué hará el órgano encargado de aplicar sanciones? Debe sancionar por realizar conductas prohibidas. Pero en los casos no mencionados por las normas permisivas, debe sancionar tanto por omitir como por realizar una conducta. En el caso de las omisiones, deberá sancionar por haber omitido re-

[14] No efectuaré la distinción que hace von Wright (*Norma y Acción*, cit., pág. 62) entre abstenciones u omisiones, y mero no-hacer, basada en la posibilidad de actuar. Por tratarse de una regla de clausura, la prohibición genérica abarca todas las omisiones posibles, tal como todos acordarían que lo hace la regla «todo lo que no está prohibido está permitido».

alizar conductas que el súbdito no podía efectuar de ninguna manera, aún las más inverosímiles. (i.e., sería sancionable alguien por omitir hablar en sánscrito, omitir volar sin ningún aparato, o no utilizar un automóvil que funcione solo con agua, si es que esas omisiones no figuraban entre las permisiones expresas. Por eso el Califa se hubiera quedado rápidamente sin súbditos). Ello llevaría a aplicar sanciones a todos los súbditos en forma continua.

Las conductas de los súbditos se tornarían irrelevantes, ya que, aunque hubiera una enorme cantidad de actos facultativos previstos, siempre se podría describir una acción u omisión no contempladas, a las que indefectiblemente debería adosarse una sanción.[15]

La única forma de escapar a esta situación sería elaborar normas de facultamiento con tal generalidad que significaría un regreso al «*todo lo que no está prohibido está permitido*».

Por lo dicho, creo que no sólo hay argumentos lógicos para rechazar una norma de clausura prohibitiva, sino que un sistema que la contuviera sería empíricamente imposible, por razones pragmáticas.

[15] Recordemos que aquí se trata de una regla de clausura, que califica como prohibidas a acciones u omisiones. Puede haber otros casos en que la acción u omisión de un agente sean irrelevantes para la aplicación de una sanción. Por ejemplo, los que Kelsen llama «actos coactivos que no son sanciones», tales como la internación , etc., para personas que se encuentren en una determinada situación (Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1986, pág. 123). Igualmente se podría pensar en un legislador que sancionara una norma prohibiendo una conducta y su omisión, en cuyo caso se sancionaría a todos aquellos a quienes la norma comprende, con independencia de sus acciones, por una única vez.

SOBRE EL SENTIDO DEL DERECHO. CARTA A TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Querido amigo:

Las vacaciones de Navidad no me han sido propicias, sino todo lo contrario. De hecho, empiezo a escribir esta carta, con los comentarios prometidos al libro que escribiste con Alejandro Nieto (*El Derecho y el revés*) y al que él acaba de publicar (*El arbitrio judicial*), a mediados de enero, «aprovechando» la cancelación de un vuelo de Iberia que me ha dejado provisionalmente en dique seco. Eso me recuerda los sarcásticos (y justificados) comentarios de Nieto a los profesores universitarios que se pasan la vida «in giro», dispersos en múltiples y ocasionales ocupaciones que les impiden llevar a cabo un trabajo intelectualmente serio. Yo espero curarme del mal con el año sabático en los Estados Unidos; aunque ya veremos.

Estoy muy de acuerdo contigo en casi todo lo que dices en tu diálogo epistolar con Alejandro Nieto. Pongo el «casi» porque, como luego verás, hay algunos puntos en los que, me parece, discrepamos, aunque también pudiera ser que la discrepancia se eliminara tras un breve intercambio de razones. Quiero decir que es posible que se trate simplemente de algunas diferencias que se deben, más que a otra cosa, al hecho de que cultivemos disciplinas jurídicas distintas y tengamos experiencias también diferentes (la tuya, desde luego, más dilatada y más rica) en relación con el Derecho.

Aunque yo apenas conozca (personalmente) a Alejandro Nieto, tengo la impresión de que es muy cierto lo que dices de que su exagerado descreimiento actual en el Derecho es en cierto modo la consecuencia de una anterior fe, también exagerada; en algún momento (en la página 19), dices que se trata de «una actitud entre cínica y escéptica y más que eso dolorida», lo cual me ha recordado lo que Hart decía de los realistas radicales (los que sostienen de manera extremosa, como también a veces lo hace Nieto, la tesis de la indeterminación del Derecho), a los que calificaba como absolutistas o formalistas decepcionados. Por lo demás, me parece que lo que Ale-

jandro Nieto ha tratado de hacer en *El arbitrio judicial* (que obviamente es una continuación, o un desarrollo, de ideas que están ya en *El Derecho y el revés*, y quizás también en otras obras suyas que yo no conozco) es la «revuelta contra el formalismo» de los juristas españoles contemporáneos (de la mayor parte de ellos) que a él le parece un tipo de formalismo legalista particularmente cerril. Como recordarás, lo caracteriza esencialmente a partir de dos notas (la creencia en que el ordenamiento jurídico tiene siempre una sola decisión que se encuentra en los textos legales, y la pretensión de que la actividad judicial tiene un carácter meramente intelectual-cognitivo consistente en encontrar esa solución) y muestra cómo el ajuste de cuentas a esa concepción (lo que se ha llamado «la revuelta contra el formalismo») viene de bastante lejos: de lo que en un sentido amplio pueden considerarse concepciones «realistas» que surgen desde finales del XIX y, sobre todo, a comienzos del XX, coincidiendo con la crisis del Estado liberal.

Yo creo que, sin mucho temor a equivocarse, puede decirse que la de Nieto es una concepción realista del Derecho en una versión que, por momentos, parece verdaderamente radical; por eso, a veces recuerda también a la de los *críticos* americanos (los del movimiento «Critical Legal Studies») que, en realidad, vienen a ser una derivación –ellos consideran que de izquierdas– del realismo. Pero como tú también señalas, ese radicalismo (que si te despista a ti, imagina adónde puede llevarle a algún lector poco avisado, digamos, a un estudiante: sé lo que me digo) no es ni mucho menos una constante en su obra, sino que tiene un carácter más bien intermitente y quizás se deba al gusto por la iconoclastia (y a la brillantez literaria) del autor. Si me permites el sarcasmo, yo diría que el extremismo de su planteamiento resulta afortunadamente atemperado por cierta ambigüedad.

Para poner un solo ejemplo de lo que quiero decir con «ambigüedad»: En la página 190 de *El arbitrio judicial*, Nieto dice que en el proceso de adopción de decisiones judiciales «nada (con la única excepción de la premisa de determinaciones fácticas) puede ser objeto de prueba», lo que le lleva a concluir (tras otra serie de consideraciones) que los jueces vencen, pero no convencen «sino a los que están convencidos de antemano» (página 191). Parece una declaración muy tremenda, pero resulta que, en páginas anteriores, había escrito, siguiendo a Frank, que en la mayor parte de los conflictos que llegan a los tribunales lo que se discute son cuestiones de hecho. De manera que, si esto último es cierto, resultaría que, en la adopción de las decisiones judiciales, casi todo es objeto de prueba y, por tanto, no se ve por qué los jueces no han de poder convencer en la mayoría de las ocasiones. Ya sé que hay bastantes páginas de su libro dedicadas a mostrar que, en la argumentación en materia de hechos, el subjetivismo se cuela por todos los lados (aunque también alguna en la que pone cierta sordina a esa te-

sis), pero lo que quería es poner un ejemplo de esa propensión al «tremendismo» que, definitivamente, despista.

Releyendo lo que llevo escrito, tengo la impresión de haberme embarcado en una especie de discurso «contra Nieto», del que quisiera apearme (si puede decirse así) cuanto antes. La verdad es que mi concepción del Derecho no es ni mucho menos antitética con respecto a la suya. Para decirlo rápidamente, comparto con Alejandro Nieto (al igual que contigo) la crítica al formalismo, pero lo que me separa de su realismo jurídico (y en general, me temo, de cualquier realismo) es que la mía (como la tuya) no es una concepción escéptica del Derecho. Hace no mucho que he terminado de escribir un libro que empezó siendo una nueva edición de un texto de Introducción al Derecho (de comienzos de los 80) y que al final, me parece, ha terminado por convertirse en una obra distinta. Lo he titulado «El sentido del Derecho», porque la tesis de fondo viene a ser la de que, a pesar de todo (digamos, a pesar de todo lo que dice Nieto), es posible encontrar un sentido en el Derecho (no en cualquier Derecho sino, por ejemplo, en el de un Estado constitucional como el nuestro); o, quizás mejor, es posible operar en ese Derecho con sentido, puesto que el Derecho (en esto creo que los tres estamos de acuerdo) no es meramente un objeto para ser conocido, sino una realidad en la que se vive o en la que se participa: no una cosa, sino una actividad, una empresa.

Antes de entrar a señalarte cuáles son los aspectos concretos y los más generales de mi discrepancia con Nieto (¿será inevitable que escriba un «Contra Nieto»?), quisiera decirte lo mucho que he disfrutado leyendo estos dos libros (el primero ya lo había «medioleído» antes, pero «a saltos»). La brillantez de Nieto es tanta que hasta te gusta ver cómo dice cosas con las que, en el fondo, estás completamente en desacuerdo. Y el castellano de ambos es espléndido: el de Alejandro Nieto más barroco y el tuyo más sobrio, pero verdaderamente dos modelos a seguir. ¡Ojalá que, del derecho o del revés, ese libro sea leído por muchos estudiantes (y profesores)! Ayudaría además a comprender que el estilo, el bien decir las cosas, es mucho más que una simple cuestión de cortesía (aunque la cortesía, y en el país en el que vivimos, no sea poca cosa).

Una de las bases de la concepción de Nieto y que contribuye de manera muy importante a configurar el «nuevo paradigma jurídico» que defiende lo constituye la tesis de que las leyes no ordenan realmente la sociedad. La ley, dice en alguna ocasión, «es un programa, una oferta que se le hace al juez, para que éste la desarrolle y complete» (*D.R.*, p. 235); «una oferta que brinda el autor a los destinatarios» (*A.J.,*p. 46*)*; «una oferta que (...) se manifiesta en forma de directriz» (*A.J.*, p. 47); «una flecha que indica el rumbo a seguir» (p. 47); un mero límite dentro del cual «el juez tiene libertad de

movimiento» (p. 47); «la norma no es algo preexistente sino que es el juez quien no tanto ha de buscarla como elaborarla» (p. 94).

Obviamente, éste es un punto muy importante, pues en él se basa en buena medida la tesis de la indeterminación del Derecho que es, en el fondo, lo que le lleva a adoptar la actitud escéptica de la que vengo hablándote. Me ha extrañado, por ello, que tú parezcas estar de acuerdo con esa idea. Así, en la p. 50 dices compartir la tesis de que en la ley no está la solución anticipada a todos los conflictos singulares (hasta aquí, también yo estoy de acuerdo), pero añades luego que la ley viene a ser «un conjunto de criterios, orientaciones y directrices que el poder legislativo pone a disposición del juez para que éste resuelva bajo su propia responsabilidad». En realidad, creo tener una explicación para lo que dices: cuando formulas esa tesis, lo haces adoptando el punto de vista del abogado al que, naturalmente, sólo le llega lo que podríamos llamar la «patología» del Derecho; en tu última carta (en la p. 259), dices haber comprobado «mil veces que el asunto que te proponen *nunca* tiene una solución en la ley y que, en general, tampoco ha sido planteado en sede jurisprudencial». Pero la tesis, como tesis general, es en mi opinión falsa. Peor aún, lleva a ver el Derecho de una manera deformada.

El error creo que proviene de no haber distinguido entre diversos tipos de normas, de normas jurídicas. Como sabes, en el libro que Juan Ruiz Manero y yo escribimos hace algunos años, *Las piezas del Derecho*, formulábamos una teoría de los enunciados jurídicos en la que se distinguía básicamente entre normas regulativas y normas constitutivas, y dentro de las primeras, entre reglas y principios. Pues bien, la idea de ley, de norma jurídica, que tenéis (sobre todo –me parece– que tiene Nieto, el cual se remonta en este punto a von Bülow) vale para los principios (especialmente, para un tipo de principio al que nosotros llamamos «directriz») y para un tipo de regla que no es el más frecuente (las reglas de fin), pero no para la mayoría de las normas jurídicas que son *reglas* de acción, lo que quiere decir que funcionan como razones perentorias o excluyentes: suministran razones para llevar a cabo un curso de acción sin tomar en consideración los aspectos particulares de los casos concretos y para no considerar otras razones que pudieran existir en favor o en contra de lo prescrito en la norma. Éste es un tema sobre el que hemos escrito, y discutido, bastante y no es cosa de seguir aquí con la monserga. En lugar de ello, te referire una anécdota divertida y que tiene que ver con esto. Cuando estábamos escribiendo ese libro, nos encontramos (Juan y yo) con Alejandro Nieto en un congreso que se había organizado me parece que sobre la corrupción, y ambos quedamos, como puedes imaginar, encandilados con su agudeza. Le enviamos poco después uno de los capítulos (el que trataba de la distinción entre principios y

reglas) para saber qué le parecía, y nos contestó con una carta cuya síntesis venía a ser que la lectura del trabajo le había producido «una admiración indiferente».

Conectada con esa concepción de las normas está también la otra tesis de que no hay normas generales en el Derecho judicial (ni, en general, en el Derecho). «El juez que ha de elaborar en cada litigio la regla concreta de su resolución –escribe en *El arbitrio judicial*, p. 106– puede aprovecharse de lo que ya hayan hecho los jueces anteriores, pero siempre a conciencia de que no está manejando una norma general». «Caso por caso –se lee un poco después, p. 117–, sin admitir generalización alguna, el juez ha de ir ponderando el valor del derecho a informar y el del derecho a la intimidad; para decidir en consecuencia». «Lograr una armonía sistémica entre el juez y la ley –ésta es casi la conclusión de su libro– es una tarea intelectual fascinante y teóricamente factible que no nos autoriza, sin embargo, a olvidar que el equilibrio que vale no es el de las teorías y los sistemas, sino el que se logra (ocasionalmente) por algunos jueces en algunas de sus decisiones» (p. 401).

Pues bien, si los jueces operasen de esa manera puramente casuística, si construyeran así la jurisprudencia, el Derecho sería desde luego indeterminado, la seguridad jurídica –como a veces le gusta decir a Nieto–, un mito, y la experiencia jurídica, en suma, se parecería bastante a una pesadilla; como quizás sepas, Hart tituló un trabajo en el que estudiaba las dos grandes concepciones norteamericanas del Derecho, el realismo extremo y la posición de un Pound y, sobre todo, de Dworkin, así: «la pesadilla y el noble sueño». Pero yo no creo que las cosas sucedan exactamente como nos dicen Nieto y los realistas como Frank que suceden. Por lo menos, no me parece que sea eso lo habitual y, además, no es eso lo que deben –y pueden– hacer los jueces.

Hace años publiqué en *Claves* un artículo que titulaba «*Juridificar la bioética*» y en el que defendía la tesis de que en el Derecho se había desarrollado un modelo de racionalidad judicial, de racionalidad en la tarea de decidir casos (casos difíciles) a partir de principios, que podía trasladarse con provecho (y salvadas las distancias) al funcionamiento de los comités de bioética. Tomé como ejemplo un pedazo de jurisprudencia del tribunal constitucional español referido a los supuestos de conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y de información, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por el otro. Traté de mostrar que la forma de operar (de ponderar) del tribunal obedecía a un modelo de racionalidad (cabría llamarla «racionalidad prudencial») que se caracterizaba básicamente por dos operaciones: la construcción de una taxonomía a partir de las semejanzas y diferencias entre los diversos casos; y el paso de los

principios a las reglas, mediante la elaboración de criterios de prioridad, a través de los cuales se va determinando bajo qué circunstancias (generales) uno de los principios tiene prioridad sobre el otro. Esos criterios –las *rationes decidendi* de los casos– no pueden ser, creo yo, más que normas generales. Su individualización puede constituir una tarea muy compleja, pero si no existiera –si no hubiera generalización y, en definitiva, teoría– sería naturalmente imposible ver la jurisprudencia como una actividad racional (en cuyo seno tenga sentido hablar de continuidad temporal, de coherencia, de previsibilidad, etc.). La idea de que el Derecho es simplemente un conjunto de decisiones, de normas singulares, me parece simplemente falsa: si fuera así, no podría haber propiamente ni teoría del Derecho, ni técnica jurídica. No conozco a fondo la obra de administrativista de Alejandro Nieto, pero estoy seguro de que en muchos de sus trabajos –por no decir en todos– la tesis a la que me estoy refiriendo aparece refutada en la práctica (en su práctica de jurista).

También tiene que ver con la noción de norma jurídica la crítica que Alejandro Nieto formula al modelo de la subsunción y su tesis de que «el razonamiento judicial auténtico no es una subsunción, sino (...) un proceso de concreción que va desde la norma general a la regla del caso» (*El arbitrio judicial*, p. 112). Sobre esto hay tres comentarios que me gustaría hacerte. El primero es que esa afirmación (que en muchas partes del libro aparece expresada con gran radicalidad), no se compadece muy bien, a mi juicio, con lo que dice, por ejemplo, en la página 178: «el famoso silogismo de la subsunción opera a todo lo más –segun sabemos– como una operación *implícita* de cierre del razonamiento». Yo estoy de acuerdo con esto último, pero precisamente por ello, no veo que tenga sentido contraponer (como hace Nieto en la página 134) la subsunción lógica a la intuición, como dos procedimientos lícitos y jurídicos (no se contraponen porque están en contextos distintos); ni extraigo de ello (de que la deducción sea un ingrediente necesario de la justificación pero muchas veces no suficiente) ninguna conclusión escéptica sobre la posibilidad de justificar racionalmente las decisiones judiciales.

El segundo comentario es como sigue. Para explicar en qué sentido el razonamiento judicial no es un proceso de subsunción, sino de concreción, Nieto echa mano de una metáfora (de una analogía) que toma, creo, de Radbruch: la relación que va entre la obra escultórica (como el *David* de Miguel Ángel) y el bloque de granito a partir del cual se esculpió, sería la misma (la misma relación) que existe entre la norma legal y la regla del caso. «¿Qué utilidad tendría –se pregunta Nieto– "subsumir" el *David* de Miguel Ángel en la montaña de Carrara?» (p. 130). Pues bien, la respuesta a la pregunta no es sólo que tal cosa carece de utilidad, sino que la misma pregun-

ta carece de sentido, porque el uso de la metáfora lleva, en mi opinión, a un planteamiento equivocado del problema, que consiste en confundir el plano de la decisión y el de la justificación (cuya distinción, por otro lado, constituye uno de los caballos de batalla de Nieto). Lo que hace –o lo que hizo– Miguel Angel al esculpir su *David* es crear una estatua, una obra de arte, pero al trabajar como escultor no estaba llevando a cabo ninguna actividad justificativa; si se quisiera hablar aquí de «subsunción», no tendría que ser en relación con la montaña, sino con la teoría artística, la concepción del arte, de la que el *David* puede ser una instancia, un ejemplo. El juez en su sentencia, sin embargo, no sólo decide (crea la obra), sino que además justifica su decisión, y la subsunción se refiere únicamente –o básicamente– a este último aspecto; no es un instrumento para llegar a la decisión, sino para justificarla.

Finalmente, mi tercer comentario es que, con todo, pienso que hay un sentido en el que se puede contraponer –como lo hace Nieto– subsunción a concreción y que se conecta, de nuevo, con la tipología de las normas jurídicas. A mí me parece que de subsunción propiamente dicha sólo habría que hablar en relación con normas –mejor todavía, *reglas*– de acción (las que establecen que, si se dan ciertas condiciones, se debe hacer tal acción), pero no a propósito de las normas de fin (las que establecen que, en ciertas circunstancias, se debe alcanzar un fin más o menos determinado). El tipo de esquema básico para justificar una decisión en este último supuesto (o sea, cuando la premisa está constituida por una directriz o por una regla de fin) no es exactamente el silogismo subsuntivo, sino lo que Aristóteles llamó «silogismo práctico» (por ejemplo: A desea obtener el fin F; M es un medio necesario para obtener F; A debe realizar –o, según otra interpretación, emprende la acción de realizar– M). En el artículo con el que intervine en tu polémica con Parejo y con Sánchez Morón hice una breve referencia a ello, pero la verdad es que es un tema que alguna vez me gustaría tratar a fondo. En todo caso, me parece que los supuestos en los que propiamente cabe hablar de concreción y de discreción (cuando se está en presencia de directrices o de reglas de fin), son característicos de la actividad legislativa y administrativa, y juegan un papel relativamente menor (pero lo juegan) en la actividad judicial.

Vayamos ahora a la tesis de la única respuesta correcta, o sea, en la interpretación de Alejandro Nieto, a la tesis de que nunca, o casi nunca, tiene sentido pretender que existe una única respuesta correcta. Esta es una idea que aparece muchas veces, tanto en vuestro diálogo epistolar como en su libro. Tomo dos citas de Nieto de *El arbitrio judicial*, que me parecen características de su postura: «El paradigma renovador –escribe ya en el comienzo– sostiene que, de ordinario, la ley ofrece una pluralidad de solucio-

nes correctas, dentro de las cuales el juez, en un acto de voluntad, escoge una en el ejercicio de su arbitrio» (p. 28). Y más adelante: «En mi opinión, el ordenamiento jurídico abre de ordinario un hueco y encomienda al juez que coloque su decisión en cualquiera de los puntos del mismo. La determinación del hueco –es decir, de los límites externos lícitos de la decisión– es una cuestión de legalidad; mientras que la determinación del punto exacto donde va a situarse la decisión concreta es una cuestión de arbitrio» (p. 69).

Tu postura, por el contrario (con la que yo estoy básicamente de acuerdo) es que aunque el Derecho no sea «unívoco a bote pronto», «pretende siempre encontrar *la* solución»; no es fácil encontrarla –reconoces– y «nunca se puede estar demasiado seguro de haberla encontrado», pero la existencia de una solución correcta es no sólo una idea regulativa sino que, de alguna forma, está incorporada en nuestros sistemas jurídicos: «los textos legales al uso parten de la "unidad de doctrina" y proveen lo necesario para asegurar ésta». Todo esto lo dices en la página 112, y más adelante, en la 136, añades que, en 30 años de práctica de abogado, sólo en una ocasión te has encontrado con un caso en el que no cabría hablar de una única respuesta correcta (por tanto, un caso que no se podía resolver técnicamente) porque, en tu opinión, había dos soluciones igualmente correctas.

Yo, como te decía, estoy en lo esencial de tu parte, aunque el caso al que te refieres (del que luego hablaremos) no me parece un ejemplo convincente, y aunque mi concepción de la técnica jurídica difiere de la tuya en un aspecto que quizás tenga alguna importancia. Pero como aquí, en torno al tema de la única respuesta correcta, se suscitan demasiadas cuestiones, merece la pena –creo– tratar de poner un cierto orden, para ver si se pueden clarificar las cosas, quiero decir, las posturas.

Si yo he entendido bien a Alejandro Nieto, lo que le lleva a plantearse el problema, y a resolverlo diciendo que la tesis de la única respuesta correcta es una «falacia», es que, para aceptar esa tesis, hay que pensar que la solución del conflicto individual se encuentra ya en la ley (a esto lo llama la «falacia del determinismo legal») y hay que dar la espalda a una serie de fenómenos –de la vida del Derecho– que no pueden explicarse de acuerdo con el paradigma tradicional, como la existencia de sentencias contradictorias y de sentencias contra la ley. Aceptado esto, cabría todavía pensar que existe una única respuesta correcta (por ejemplo, que existe como una idea regulativa) que cabría hallar con instrumentos que en cierto modo están fuera del Derecho (o fuera de la ley), como la lógica deductiva, la técnica jurídica y la teoría de la argumentación jurídica. Ahora bien, Nieto acepta que la lógica (la lógica formal deductiva) provee criterios de racionalidad de validez objetiva, pero estos tienen un carácter justamente «formal» y resultan, por

ello, manifiestamente insuficientes. Valora la técnica jurídica, pero no hasta el punto de pensar que pueda desempeñar ese papel; a veces incluso cabría dudar de que pueda sentir verdadero aprecio por una actividad que le merece los comentarios que siguen: «cada uno cree en su propia técnica» *(El Derecho y el revés*, p. 183); el abogado concienzudo, con buena formación, que utiliza la técnica jurídica, «al final gana el cincuenta por ciento de los casos» (*El arbitrio judicial*, p. 199); «la calidad de una técnica es indemostrable» (p. 300); «no hay casi nunca una única solución técnica» (p. 300). Y la teoría de la argumentación jurídica le parece básicamente un empeño vano, pues la argumentación jurídica no pasaría de ser «una variante publicitaria» (*El arbitrio judicial*, p. 193). «Ésta es, para mí –había escrito poco antes, p. 187–, la gran –y triste– especificidad de la argumentación jurídica: su inutilidad radical. Porque nadie "escucha a razones" (...) *La argumentación jurídica se convierte de esta forma en un rito de cortesía que a nadie importa y ninguno atiende*. Es muy raro –casi podría decirse excepcional– que en una discusión dogmática un jurista se deje convencer por las razones de su antagonista». Entremos, pues, en cada uno de estos puntos.

Respecto al primero de ellos, el de que la solución al conflicto individual no se encuentra nunca en la ley, me parece que Nieto (y tú) lleváis razón, pero siempre y cuando el «nunca» lo sustituyamos por un «a menudo», «muchas veces», etc. Si no, como antes te decía, creo que existe el riesgo de tener (o de dar) una visión deformada del Derecho. Aun a riesgo de resultar pesado, creo que hay que insistir (mal que le pese a Alejandro Nieto) en que el Derecho consiste esencialmente en *reglas.* Por lo demás, no deja de resultar curioso que él se queje (y con razón) de los excesos de la jurisprudencia principialista o valorativa pero, sin embargo, sostenga una concepción de la ley, de las normas jurídicas, que las reduce puramente a principios (al eliminar las reglas), de manera que yo diría que lo que combate por un lado, lo alienta por el otro.

En relación con el fenómeno de las sentencias contradictorias que, naturalmente, es un hecho que no cabe negar, tengo la impresión de que Nieto comete en alguna ocasión algo parecido a una falacia (sería una modalidad de la falacia naturalista), consistente en pasar del ser al deber ser. O sea, del hecho de que sobre un mismo caso se hayan emitido dos sentencias contradictorias concluye sin más (o sin razones que puedan considerarse convincentes) que las dos son correctas. O dicho todavía de otra forma más general: del hecho de que sobre un asunto existan opiniones contrapuestas infiere que no hay un criterio objetivo para resolver cuál es la correcta, de manera que aquí se estaría dando un paso de lo fáctico a lo normativo. Hacia el final del libro, por ejemplo, escribe: «la declaración superior "del órgano superior" de que la sentencia inferior era absurda o irrazonable y, por ende,

arbitraria es una operación subjetiva, ya que, por ejemplo, el desalojo de los ocupantes sin título puede ser para unos absurda y para otros muy razonable (...) En su consecuencia, la pretendida rectificación no es tal sino una mera sustitución de arbitrio, aunque el juez superior crea lo contrario» (p. 389).

Pero vayamos a un caso concreto. Alejandro Nieto pone como ejemplo de pluralidad de soluciones, y en el que la decisión no puede depender más que del «temperamento» o «instinto jurídico» del juez, el caso de las jugadoras de lotería de Palencia. Le dejo contarlo: «Dos amigas venían comprando juntas con absoluta regularidad un décimo; circunstancia perfectamente conocida por la lotera y por el círculo de amistades de las protagonistas. Así sucedía que una de ellas, indiferentemente, adquiría el billete y luego se repartían pacíficamente los pequeños premios que ocasionalmente iban ganando. Pero sucedió que un día les tocó el premio gordo y como se trata inequívocamente de un título al portador, la jugadora que lo había adquirido y conservado cobró su importe y se negó a repartirlo con su compañera, quien, rota la vieja amistad, reclamó judicialmente la mitad de lo que en su opinión le correspondía (...) En el caso real el juzgador, considerando que la portadora del billete había obrado de mala fe, dio lugar a la reclamación, que justificó formalmente con la figura de la gestión de negocios ajenos. Aunque es manifiesto que si se hubiera fiado más de la otra amiga, podría haber desestimado cómodamente la demanda invocando la reglamentacion de loterías» (p. 231).

Ahora bien, hay aquí varios aspectos que, en mi opinión, Alejandro Nieto pasa por alto cuando quizás no debería hacerlo. Uno es que la expresión «podría haber desestimado cómodamente la demanda» me parece ambigua: pues una cosa es que ese juez hubiese podido fallar de manera distinta a como lo hizo sin haber cometido por ello un ilícito o, si se quiere, sin que esa decisión hubiese merecido un juicio de reproche (no todas las equivocaciones, jurídicas o no, son reprochables); y otra que tal fallo hubiese sido considerado un buen fallo (o sea, el mejor fallo posible). Otro aspecto es que, al emitir su opinion, Nieto parece dar por sentado que el juez no disponía de ninguna razón objetiva que le permitiese justificadamente dar por probado un determinado hecho (por ejemplo, la mala fe); pero curiosamente esta hipótesis queda desmentida por el propio relato que Nieto hace de los hechos (del que se infiere claramente que la amiga portadora del décimo había actuado de mala fe). Y, finalmente, el tercer aspecto es que a mí se me hace muy difícil pensar que alguien como Alejandro Nieto, empeñado como lo está en combatir el formalismo legal, pueda pensar que lo único a lo que cabe recurrir para oponerse a una decisión tan manifiestamente formalista como lo hubiese sido dejar a la amiga sin cobrar su parte del premio

sea el «instinto jurídico». Si la cosa fuese únicamente de instintos, ¿qué razón cabría dar para preferir el nuevo paradigma que él propugna frente al antiguo? ¿Habría que decir también en este caso que la opción por uno u otro paradigma es una cuestión meramente subjetiva, emocional? Si fuera así, ¿por qué iban a ser unos «instintos» mejores que los otros?

En el ejemplo que tú pones, no veo tampoco que se trate de un caso en el que no haya una única solución correcta. Si yo lo he entendido bien, se trata de una norma reglamentaria que, al regular las retribuciones de los funcionarios españoles en el extranjero, lo hace de tal manera que el texto puede ser entendido de dos formas distintas, y la ambigüedad no podría resolverse «apelando a la *ratio* de la misma» (p. 147), esto es, desde dentro de la propia norma. Ahora bien, parece claro que hay otros recursos interpretativos que permiten ir más allá de la norma (digamos, hasta el ordenamiento jurídico) y, de hecho, tú mismo reconoces que una de las dos soluciones significaría «la catástrofe» para la Hacienda Pública, de manera que si uno no profesa un formalismo jurídico exagerado, yo diría que la solución correcta no podría ser más que la que evita tal catástrofe (lo cual, es de suponer, coincide con la voluntad del legislador). Aquí, parecería que una cosa es que la defensa de cierta solución de un caso (por parte de un abogado) sea razonablemente factible, y otra cosa que esa sea la jurídicamente correcta (la mejor).

Naturalmente, aunque yo tuviera razón en estos dos ejemplos, eso no prueba nada respecto a que siempre exista una (y una sola) solución correcta para cada caso; además, personalmente, no me parece que pueda afirmarse que esto ocurra siempre. Pero sí creo que es un argumento para pensar que los criterios para evaluar la corrección de las decisiones jurídicas son bastante más estrictos de lo que muchas veces se piensa (de lo que piensa Nieto; ya sé que no es tu caso y que le has dicho lo mismo en una de tus cartas). Por lo demás, hay un tipo de problema (que también trae él en ocasiones a colación) para el que sí parecen existir claramente varias soluciones correctas: cuando el juez debe fijar una indemnización o el monto de una pena. Pero estos son precisamente supuestos regulados por reglas de fin o por directrices. Y, en todo caso, la indeterminación se produce únicamente en relación con el juez (el órgano) que toma la decisión, pero no con el órgano revisor. Quiero decir que si era correcto que el primero tomase, por ejemplo, la decisión X o Y, entonces no puede ser (sería incorrecto) que el superior revocase (pongamos por caso) la decisión X y la sustituyera por Y. Creo que este es, en efecto, un claro ejemplo de lo que Nieto entiende por arbitrio (y por arbitrariedad: la segunda decisión sería arbitraria).

Por lo que se refiere a la posibilidad de que existan sentencias contrarias a la ley (a ciertas leyes o normas) que, sin embargo, son válidas, me parece

que se trata de un fenómeno que no tiene que ver con la indeterminación del Derecho; no son casos en los que haya más de una sentencia correcta: la que contradice la ley y la que la respeta. A mi juicio, el equívoco, también en este caso, procede de no partir de la distinción entre normas regulativas y normas constitutivas. Si se hace así, entonces me parece que ya no se puede definir la ilicitud jurídica (la ilegalidad), como lo hace Nieto, como «la discordancia entre acto jurídico y ley (ordenamiento jurídico)» (p. 52), sino que ílicitas son únicamente las acciones contrarias a las normas de mandato (excluyendo, pues, del campo de las normas regulativas, a los permisos), mientras que la nulidad y la validez se vinculan con las normas que confieren poder. Sobre esta cuestión nos hemos ocupado también bastante Juan Ruiz Manero y yo (tratando de aclarar, precisamente, lo que significa la existencia de sentencias contra la ley, de reglamentos ilegales y de leyes inconstitucionales) y, como recordarás, es uno de los puntos centrales del libro *Ilícitos atípicos* que discutimos hace ya algún tiempo contigo en Alicante. En definitiva, dictar una sentencia contra la ley significa, en mi opinión, realizar un acto jurídicamente ilícito, incorrecto, aunque pueda resultar válido (en un sentido de validez).

Le toca ahora el turno a la lógica formal, pero dado que esta carta está adquiriendo dimensiones impropias del género al que pertenece, voy a limitarme a comentarte algo sobre un único punto. Nieto considera que el hecho de que «el único tipo de justificación cuya exigencia puede plantearse de modo incontrovertido e intersubjetivamente controlable, es la justificación en sentido formal» (la de la lógica formal) viene a apoyar su tesis del arbitrio judicial, y cita en su apoyo a Cristina Redondo (autora de las anteriores palabras), a la que, por cierto, veo ahora a menudo en Génova, lugar a donde la han traído *razones* que nada tienen que ver con la lógica formal. Ahora bien, así como para un filósofo del Derecho la reducción del campo de la justificación racional a la lógica no es una enfermedad mortal, pues la lógica por sí misma integra un campo de estudio de innegable interés, para el jurista dogmático (aunque se trate, como en el caso del libro de Alejandro Nieto, de alta –en sentido de abstracción– dogmática), esa reducción tiene, en mi opinión, efectos deletéreos. Así, si se aceptara esto (que sólo existen criterios formales de racionalidad), habría que condenar a la irracionalidad casi todo su trabajo sobre el arbitrio judicial, pues los criterios que él trata de elaborar (por ejemplo, para distinguir entre arbitrio y arbitrariedad) no son obviamente (en lo esencial) criterios lógico-formales. Yo creo que el error aquí consiste en pasar de la afirmación (verdadera) de que los criterios de la justificación lógica son *limitados* a la afirmación (que a mí me parece insostenible) de que la justificación se *limita* a la lógica.

El problema de la técnica jurídica y de su valor es demasiado complicado para ser tratado en una carta, pero quisiera decirte (ahora ya en forma prácticamente telegráfica) dos o tres cosas que me han llamado la atención, tanto en los escritos de Nieto como en los tuyos. Tú tienes, como es manifiesto, una opinión mucho más positiva de la técnica jurídica y consideras incluso que es «la única objetividad posible» en el Derecho. Con ello conectas también tu concepción del Derecho como «diálogo colectivo y constante, sostenido por un consenso social impreciso y cambiante, como arte o como práctica que, más que la justicia, pretende asegurar una convivencia razonable, una cierta paz social, a través del intercambio de razones dotadas de una cierta capacidad de persuasión del otro y ante los otros» (p. 202); y antes habías dicho también que el «único objetivo» del Derecho es «organizar y mantener la paz jurídica, no hacer Justicia» y que, en definitiva, se debe prescindir de la justicia (p. 58 y 59), si yo he entendido bien, para poner en su lugar (básicamente) a la técnica jurídica. Pues bien, aunque creo que el asunto habría que discutirlo despacio, me parece que a tu planteamiento se le pueden poner tres objeciones: las dos primeras las tomo de críticas que te hace Alejandro Nieto, y la tercera es de elaboración propia.

El primer problema que veo es que tu concepción de la técnica jurídica (que, por cierto, merecería la pena que desarrollaras más –si es que no lo has hecho en alguna publicación que yo no conozco) y del Derecho como diálogo tiene el riesgo de llevar a una concepción excesivamente condescendiente hacia el Derecho, si bien me parece que tienes razón al calificar como «injusto» el hecho de que Alejandro Nieto te incluya «entre los que consideran que el sistema es sustancialmente correcto». Pero me parece que apunta bien al insistirte en que la técnica jurídica no es neutral, sino que está siempre al servicio de algo y que ese «algo», que está más allá de la técnica, es lo más importante» (*El Derecho y el revés*, p. 183). ¿Y no te parece que sería mejor decir simplemente que el Derecho tiene una dimensión dialógica, en lugar de reducirlo sin más a diálogo?

Como recordarás, otra crítica que te hacía Nieto es que, en su opinión, la argumentación jurídica no es algo a lo que se recurre en los casos en los que la técnica jurídica no permite resolver un conflicto, sino en todos los casos (pues siempre existe, en alguna medida, una necesidad de argumentar). Me parece que en esto tiene también razón (aunque no en la consecuencia que pretende extraer de ahí: la falta de objetividad –y de utilidad– de la técnica jurídica y de la argumentación jurídica) y se conecta con el tercer problema que yo veo y que paso a plantearte.

Se trata de que tanto Alejandro Nieto como tú (él con mucho más énfasis) parecéis dar como cosa obvia que el discurso sobre la justicia carece de

cualquier viso de objetividad e incluso de racionalidad. Elijo algunas expresiones de Alejandro Nieto (hay muchas): la justicia es «un concepto evanescente y subjetivo», «un "sentimiento" indefinible y variado» (*El Derecho y el revés*, p. 192); «"los valores: la justicia, el interés público, etc." no deberían ser tenidos como justificaciones, puesto que no son elementos intelectuales, ya que meramente se perciben sin participación de la inteligencia» (*El arbitrio judicial*, p. 166), etc. Pues bien, por un lado, me parece que ese fuerte irracionalismo ético (que os lleva a los dos, lógicamente, a prescindir totalmente de la teoría moral en la construcción de cualquier teorización sobre el Derecho) tiene probablemente su explicación en la exposición al iusnaturalismo hispánico que habréis padecido durante vuestros años de formación pero, sinceramente, no creo que esté justificado. Date cuenta de que ni siquiera parecéis considerar que el juicio (el emotivismo en materia de justicia) merezca algún tipo de justificación, sino que lo dais por sentado como cosa obvia. En el caso de Alejandro Nieto, esa actitud, al fin y al cabo, es coherente con su escepticismo y relativismo, si bien en alguna ocasión (la verdad es que en pocas) hace alguna apelación a la justicia que no se sabe cómo hay que tomar, a tenor de lo antes transcrito («A todos corresponde entonces intentar que este gobierno de hombres sea tendencialmente justo y no azaroso o despótico. Un esfuerzo que hay que recomenzar de nuevo cada día: oficio propio de juristas» p. 395). Pero en el tuyo, no veo de qué manera se puede casar, por ejemplo, la tesis de la única respuesta correcta como idea regulativa, con el párrafo que antes transcribía y en el que vienes a decir que hacer justicia no es un objetivo del Derecho (y es de suponer que tampoco de los legisladores, de los jueces o de los abogados). ¿No te parece que si sólo se tratase de la paz social quizás no hiciera falta tanto diálogo? Y si es como tú dices, ¿de qué manera se podría distinguir entre Derecho –sistema jurídico– justificado y no justificado? ¿O todos lo están? ¿No hay manera –manera racional– de justificar una preferencia por un sistema jurídico que incorpore, pongamos por caso, el principio de interdicción de la arbitrariedad?

Este asunto, el de cómo configurar la técnica jurídica, es algo que a mí me interesa mucho y sobre el que, por cierto, no sería malo que hicieramos alguna vez un encuentro (por ejemplo, entre administrativistas y filósofos del Derecho). Mi opinión es que la técnica jurídica (o, quizás mejor, las diversas técnicas jurídicas) debería considerarse como una actividad de la que forma parte tanto la argumentación jurídica como la moral; la técnica jurídica utiliza inevitablemente instrumentos argumentativos y aplica criterios provenientes de alguna teoría moral y política (que, por supuesto, pueden no estar explicitados). Pero probablemente el rasgo más característico de la técnica jurídica (frente a otras técnicas) sea la importancia que en ella tie-

nen los valores morales y los objetivos políticos. Te pongo un ejemplo que extraigo de un trabajo que acabo de leer de un juez amigo, a propósito de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Hay procesalistas (que parecen haber tenido mucha mano en esa ley) que sostienen que el fin del proceso es dar una respuesta jurídica a un caso y no resolver un conflicto. Pues bien, parece obvio que si se acepta esa tesis (si se excluye el valor de la justicia), los problemas de interpretación que plantee la ley (en relación con cuestiones como las posibilidades de intervención del juez en el proceso, su obligación de motivar, etc.) se resolverán de manera muy distinta a si se parte de otra concepción del proceso (digamos como una institución en la que funciona como ideal regulativo la verdad y la justicia, o la justicia a través de la verdad).

Llego por fin a la cuestión de la argumentación jurídica. Yo no estoy de acuerdo obviamente con el poco crédito que le concede Alejandro Nieto, y las razones para pensar así, en cierto modo, ya las he ido enunciando en las páginas anteriores de esta carta tan larga. Sólo añadiré un comentario. Alejandro Nieto tiene, en mi opinión, un importante fondo de razón en su planteamiento. Tiene razón en subrayar el elemento político, de poder, que se encierra en cualquier decisión judicial y, en general, en todas las manifestaciones del Derecho; y, por consiguiente, también en denunciar la forma usual de entender el Derecho que prescinde de ese elemento y en su lugar (como forma más o menos consciente –ideológica– de ocultarlo) coloca alguna idea, en general –hay que reconocerlo– bastante vaporosa, de la racionalidad jurídica. Lo que ocurre es que, en mi opinión, da un paso de más al considerar tarea imposible o inútil la justificación de las decisiones judiciales. Por decirlo de otra manera, me parece que no basta con subrayar (como él lo hace) la distinción entre decidir y justificar, sino que habría que tratar también de ver de qué manera se vinculan entre sí ambas actividades. Una teoría adecuada de la argumentación jurídica (que, por lo que yo sé, no existe) tendría que dar cuenta de ambos fenómenos, de la explicación y de la justificación de las decisiones judiciales; o, para emplear otra terminología, tendría que operar tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación. Quizás pudiera decirse que la unilateralidad de las teorías de la argumentación jurídica al uso, que se sitúan únicamente en el contexto de la justificación, ha suscitado en Alejandro Nieto una unilateralidad opuesta, que le lleva, me parece, a sobrevalorar el contexto del descubrimiento (yo soy bastante más escéptico que él –al menos en esto le gano en escepticismo– respecto al interés de las teorías de los psicólogos que él tanto admira) y a despreciar (la expresión no me parece exagerada) el contexto de la justificación.

Si tuviera que dar un argumento último con el que oponerme al escepticismo jurídico de Alejandro Nieto, diría lo siguiente: se trata de una concepción que no logra dar sentido al Derecho y que, en cierto modo, se anula a sí misma. Yo creo que Nieto es perfectamente consciente de lo primero, y de ahí que varias veces parezca descartar que su enfoque del Derecho tenga cualquier propósito práctico. Refiriéndose precisamente a las diferencias «vitales» que existirían entre vosotros dos, escribe: «tú *quieres mejorar el mundo* a través de una lucha diaria por la justicia y por el Derecho; mientras que *mi pretensión es simplemente entender esa parte del mundo cubierta por el Derecho*» (p. 221). El problema es que al adoptar esa actitud, al considerar al Derecho como un mero objeto de conocimiento (al «resignarse», como creo que tú dices alguna vez), entra en contradicción con el punto de partida, con lo que tan enfáticamente había sostenido en la lección magistral de la Carlos III con la que se inicia vuestra correspondencia: «*Lo esencial es la actitud personal que adopta el jurista ante el Derecho. No se trata, por tanto, de una actitud intelectual, sino vital*. No es una teoría sino una praxis; una convicción, no una razón» (p. 14).

Claro que, por fortuna, como te decía al comienzo (y he leído también en alguna de tus cartas), en las obras de Alejandro Nieto que te comento hay mucho más que ese escepticismo al que tú y yo nos oponemos. Quizás por ello, en lugar de leer sus textos en una clave escéptica, yo recomendaría al lector que lo hiciera de acuedo con la intención con la que el autor dice haberlo escrito, y que es la de «bajar el Derecho del cielo de la lógica y de la certidumbre, pero no para hundirlo en el infierno de la arbitrariedad irresponsable, sino simplemente para humanizarlo, porque se considera que la decisión judicial (...) es obra de un hombre y no de una máquina subsuntiva o de un demonio tiránico» (*El arbitrio judicial*, p. 395). En este sentido, te diré que personalmente no tengo nada que objetar a las diez proposiciones, una especie de conclusiones del libro, que plantea inmediatamente antes del párrafo que te acabo de transcribir. ¿Y al fin y al cabo, la distinción entre el arbitrio y la arbitrariedad, que es el *leit motiv* de toda su obra (por cierto, poco importa que se hable de arbitrio en lugar de discrecionalidad, de razonabilidad o de equidad), puede llevar a algo distinto que a la elaboración de algunos criterios –objetivos– de racionalidad práctica?

Termino de redactar esta carta –como te daba a entender algunas páginas atrás– en Génova, en el Istituto Giovanni Tarello, que es uno de los mejores lugares que conozco para hacer filosofía del Derecho. Uno de los «rasgos de familia» de esta escuela genovesa (encabezada por Riccardo Guastini y Paolo Comanducci) es que, tras las huellas de su maestro Tarello, han tratado de hacer siempre una filosofía del Derecho de los juristas y para los juristas (la otra alternativa consiste en concebir la disciplina como una filo-

sofía del Derecho de filósofos que parten de alguna concepción general –filosófica– del mundo que tratan de aplicar al Derecho). Esa es también, en lo esencial, mi concepción de la filosofía del Derecho, y, por eso, he de confesarte que lo que de mí dice Alejandro Nieto en su libro, que no soy sólo un filósofo sino también un jurista, lo considero como el mayor elogio que he recibido nunca.

Espero tener ocasión, antes de irme a los Estados Unidos, de saber qué te parecen mis comentarios. Hasta entonces, y haciendo uso de una expresión que a veces usan los italianos y que a mí me resulta particularmente grata: ¡Salve!

Génova, enero de 2001

RESPUESTA A MANUEL ATIENZA

Tomás-Ramón Fernández
Universidad Complutense de Madrid

Madrid, 30 de enero de 2001

Querido Manuel:

Acabo de recibir tu carta con los comentarios al nuevo libro de Nieto y al diálogo epistolar que con él mantuve poco tiempo antes y dejo a un lado los «papeles» que inundan mi mesa de trabajo para intentar contestarla sin más demora, ya que en este oficio nunca se puede estar seguro de que mañana estés más libre que hoy.

Ceñiré mi respuesta a los aspectos concretos que me conciernen directamente, ya que en lo demás, es decir en la crítica a las tesis de Nieto, nuestro acuerdo es total.

Tienes razón cuando al comienzo apuntas que sería muy fácil eliminar nuestras discrepancias con un breve intercambio de razones. Te agradezco que así lo hayas pensado por la confianza que con ello me muestras.

Mi concesión inicial a Nieto acerca de la concepción de la ley como simple directriz, «flecha que indica el rumbo a seguir», etc., se explica en el contexto de un diálogo que quiso ser desde el principio tan espontáneo como lo hubiese sido una conversación personal. Por lo demás, me pareció que tenía que acercarme a él todo lo posible y «entrar en la distancia», como se dice en el lenguaje pugilístico, ya que, de otro modo el «combate» hubiera resultado tan imposible como el de dos boxeadores que se limitan a girar el uno frente al otro, amagando constantemente pero tan lejos que no pueden alcanzarse. En un debate forense no lo hubiera hecho, como es natural, y en una confrontación académica más formal hubiera precisado, sin duda, como tú lo haces en tu carta, que esta concepción de la ley es sólo aplicable a unos concretos tipos de normas, pero no a todas. Es ésta una lección que terminé de aprender en vuestras «piezas del Derecho» y que tengo bien presente, pero tenía que aceptar el intercambio en ese terreno, so pena de frustrar el debate o hacerlo demasiado «frío» para el público al que iba a dirigirse.

En lo que se refiere a la afirmación que en mi diálogo con Nieto hago de que en treinta años de ejercicio profesional como abogado sólo he en-

contrado un caso en el que, con toda sinceridad, no he llegado a tener claro cuál era la respuesta correcta, tengo para mí que, si pudieras ver un día los papeles del asunto, tu perplejidad sería al final semejante a la mía. En el libro hube de simplificar mucho el supuesto, ya que, de otro modo, el relato hubiese sido muy aburrido, amén de requerir más espacio de lo que una carta permitía.

No creo que la clave pudiera estar en la «catástrofe» para la Hacienda a la que aludo, expresión ésta relativa al mayor coste de una de las posibles interpretaciones un tanto exagerada, especialmente en estas fechas en las que una nueva sentencia, esta vez de la Audiencia Nacional, ha venido a sacudir el ya de por sí agitado escenario jurídico-político con un condena que, de confirmarse, obligaría al Estado a pagar cientos de miles de millones de pesetas a los funcionarios. Aquella «catástrofe» era cien veces menor.

Mi dificultad para encontrar en aquella ocasión una solución correcta y sólo una desde una perspectiva imparcial (como abogado me bastaba atenerme al tenor literal de la norma y a las dos Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que habían optado ya por la interpretación literal) venía, me parece, de que la norma reglamentaria a aplicar estaba sencillamente mal construida, muy probablemente porque los grupos de países a los que habían de aplicarse los coeficientes correctores destinados a compensar el diferente tipo de cambio y el también distinto coste de la vida no eran coherentes e incluían países poco homogéneos entre sí. A causa de ello, tanto si los dos coeficientes correctores se multiplicaban (tesis de la Administración), como si se sumaban (tesis de los recurrentes), los resultados eran estridentes en muchos casos.

Con todo, el hecho de que en treinta años de ejercicio profesional sólo en un caso me haya resultado imposible llegar a saber a qué atenerme, desde una perspectiva estrictamente objetiva, ya es suficientemente significativo. La excepción confirma la regla.

Voy con el tema de la técnica jurídica, al que me sería más cómodo dejar de referirme porque son tantos y tan generalizados los recelos y prejuicios que suscita que no consigo nunca hacerme entender. Tratándose de ti no hay mayor problema porque me conoces ya bastante bien y sabes cómo pienso y siento el Derecho y, por lo tanto, cómo acostumbro a hacerlo, pero a quienes no me conocen mis alegatos en favor de la técnica jurídica suelen llevarles al convencimiento de que soy un «tecnócrata». Tengo ya bien comprobado también que la crítica tópica a la técnica ofrece siempre una cómoda respuesta al que no se siente capaz de discutir en ese terreno y le proporciona una salida airosa que, además, suele merecer el aplauso del auditorio, que, normalmente, por poco técnico tira también a «progre», que es más cómodo y más lucido.

Yo no me tengo en absoluto por tecnócrata, pero sí por un buen técnico, que es cosa muy distinta. Sé muy bien que el Derecho no es sólo técnica, pero sé también que no puede hacerse bien si se carece de ella. De ahí mi empeño en que las discusiones se desarrollen siempre sin olvidar la dimensión de la técnica jurídica. En otras palabras: una cosa es la condición y otra el modo; no son condiciones en sentido técnico las llamadas *conditiones iuris*, que se limitan a repetir las exigencias y requisitos previstos en las normas aplicables al caso; hay condiciones suspensivas y condiciones resolutorias, las condiciones imposibles anulan la obligación que de ellas dependa, etc. Y así se podrían enunciar miles de conceptos, decantados a lo largo de los siglos, que son tan precisos y exactos como la fórmula del ácido sulfúrico.

No todos los conceptos son tan precisos y están tan depurados, obviamente. Lo que yo llamo la técnica jurídica es un saber obtenido gracias al esfuerzo colectivo de las generaciones de estudiosos y prácticos del Derecho que se han sucedido a lo largo de dos mil años, saber que está sujeto, además, a un proceso permanente de revisión y ajuste que va depurando el contenido de cada concepto y cada pieza del sistema. Como es un saber histórico la solidez y fiabilidad de cada uno de esos conceptos tiene que ver mucho con su antigüedad, lo mismo que la consistencia de un terreno depende de la edad geológica de sus diferentes capas.

La consistencia de los conceptos jurídicos es –repito– distinta. Puede, incluso, ser escasa cuando se trata de conceptos que están en período de solidificación todavía, pero es enorme, tanta –insisto– como la fórmula del ácido sulfúrico, en otros muchos casos, de los que son buen ejemplo, me parece, los que más atrás he citado a propósito de las condiciones. Los primeros ofrecen mucho margen para la discusión y, por supuesto, para la manipulación también, pero ese margen va disminuyendo proporcionalmente a medida que crece la consistencia del concepto en juego y llega un momento, incluso, en que prácticamente desaparece.

En otras palabras: hay tesis que no se pueden sostener, que nadie que sepa lo que hay que saber puede sostener. Yo «no puedo» sencillamente sostener determinadas posiciones como abogado, por mucho que le interesen a mi cliente, porque ni siquiera «tengo» palabras con que hacerlo. Tampoco «puedo» sostener lo contrario de lo que tengo escrito y publicado, a menos que aporte nuevas razones, que habrán de ser muy serias además, en pro de mi nueva opinión, que, a falta de este «plus» de razonamiento, no sería creíble sencillamente y carecería de todo poder de convicción. Y lo mismo un Tribunal, que está «atrapado» por su propia doctrina anterior, de la que «no puede» apartarse como no exhiba muy buenas razones.

La técnica jurídica «sujeta» y limita la discrecionalidad y el arbitrio, en una medida ciertamente menor que la lógica formal, respecto de la cual se encuentra en un escalón inferior, pero con parecida eficacia.

La alusión que hago en el libro a estos tres estadios –lógica formal, técnica jurídica y reglas de la argumentación–, no debe entenderse, como es natural, en el sentido en el que la toma Nieto, de cuya objeción tú te haces eco. Argumentar hay que hacerlo en todos los casos, como es obvio. Si yo separo artificialmente, a efectos dialécticos, esos tres estadios es solamente para mostrar que en el proceso argumental tienen una eficacia decreciente, en el bien entendido, sin embargo, que los tres la tienen y mucha o, dicho de otro modo, que la de la técnica jurídica está sólo a un paso de la de la lógica formal y la de las reglas de la argumentación, que a Nieto le parecen inanes, a dos pasos, no a mucho más.

Creo que me explico o, por lo menos, que tú me entiendes. Voy a ponerte un ejemplo vivido: yo fui abogado en el famoso «juicio de la construcción» de Burgos de un empresario, a quien entonces no conocía y a quien hoy tengo el mayor aprecio y considero buen amigo porque es una excelente persona, al que la Audiencia Provincial condenó a seis años de prisión por un supuesto delito de falsedad de documentos públicos y privados por estimar que había alterado la situación de una parcela que no tenía más que un solo lindero fijo, ya que se segregó de una finca matriz con la que vino a lindar por los tres vientos restantes.

Si los magistrados de la Audiencia Provincial –y luego los de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que confirmaron su sentencia– hubieran conocido las técnicas propias de nuestro Derecho Urbanístico no hubieran podido apreciar la existencia de delito alguno, ya que, aun dejando de lado la imprecisa descripción registral de la parcela (ésta venía a ser como una cortina que corre a lo largo de su guía –el único lindero fijo– y que puede estar, por lo tanto, en cualquier punto de ella), se hubieran dado cuenta de que la supuesta alteración de la situación de la misma era sencillamente absurda habida cuenta de que, dentro de una misma unidad de actuación, todos los terrenos tienen la misma edificabilidad cualquiera que sea su posición. «Mover» artificialmente la parcela (correr la cortina) no tiene el más mínimo sentido, por lo tanto, ya que la edificabilidad correspondiente es siempre la misma; el resultado de multiplicar la superficie de la parcela por el índice de edificabilidad asignado por el plan a la unidad. Sólo si es para «sacar» la parcela de su unidad y llevarla a otra unidad contigua con un índice de edificabilidad mayor, cabe pensar en la comisión de un delito. En otro caso es sencillamente impensable la comisión voluntaria de la alteración documental de la situación de la parcela, muy especialmente cuando el propietario de la misma era un empresario experimentado, que había construi-

do ya miles de viviendas en una larga carrera profesional desarrollada siempre en la propia ciudad, y, además, un Arquitecto técnico que conocía perfectamente el ordenamiento urbanístico y el Plan General de la ciudad.

Pues no hubo manera de evitar la condena, porque para que haya diálogo es imprescindible que quienes hablan utilicen el mismo lenguaje.

¿Comprendes ahora el porqué de mi insistencia en la importancia de la técnica jurídica? En treinta años me he encontrado muchas veces, muchísimas, demasiadas, con esos «diálogos de sordos». Tú, como teórico del Derecho, te vienes esforzando en trabar un diálogo científico con nosotros, los dogmáticos, porque crees, con toda razón, que sin él vuestro esfuerzo corre el riesgo de ser estéril. Yo, como jurista dogmático, hago lo propio enfatizando la importancia de la técnica jurídica porque sé por experiencia que es imprescindible elevar su nivel, que es, en general, muy bajo si se toma como referencia el colectivo entero de abogados y de jueces. La técnica jurídica no puede, desde luego, resolverlo todo. La advertencia es absolutamente banal. Sí puede, en cambio, resolver la gran mayoría de los problemas cotidianos.

No faltará quien piense que mi actitud es soberbia, arrogante o pretenciosa. Me da igual. Seguiré insistiendo en ello, aunque me lleven los demonios cada vez que oigo decir que la técnica no es neutral. Sé muy bien que con el gas se puede proporcionar calefacción y también la «solución final», pero no acepto de ningún modo que con ese argumento tópico se pretenda despachar sin más el asunto. Mientras lo hagamos así, estaremos aplazando la solución de muchos problemas que la tienen y malgastando un tiempo precioso para esforzarnos en enfocar mejor aquellos que, no teniéndola en la misma medida o, quizás, en ninguna otra, admiten, en cambio, una mayor y mejor aproximación.

Hay un apunte en mis cartas a Nieto, que en la tuya no has comentado, sobre el que me gustaría insistir. Me refiero a lo que llamo el «escenario procesal». Me parece importante llamar la atención sobre esto, porque tiene que ver mucho con el problema de la única solución correcta y también con el de la técnica jurídica y con el de la argumentación y creo que los teóricos del Derecho no le prestáis la atención que requiere. Cuando os proponéis un caso, tomado incluso de la realidad, sois, me parece, demasiado maximalistas o, si quieres, demasiado ambiciosos. Buscáis, ni más ni menos, *la* solución, en lugar de limitaros a indagar «la solución del caso tal y como se ha planteado».

Lo que quiero decir es que los problemas jurídicos nunca se plantean en abstracto. Surgen en la realidad, entre fulano y mengano, y se desarrollan de determinada manera y no de otra, en unas circunstancias concretas y no en otras distintas. Su discusión se produce en un proceso dado en el que se

cruzan entre los abogados de las partes unos ciertos argumentos, más afortunados o menos. Podría ser de otro modo, en otras circunstancias, con otros abogados y manejando otras razones…, pero es como es y sobre esa concreta base es como ha de buscarse y obtenerse la respuesta correcta al conflicto así planteado.

Esto es bastante más fácil que buscar la respuesta correcta, en ese sentido más abstracto en el que vosotros acostumbráis a hablar. Está bastante más a nuestro alcance también, porque no se trata de hallar la solución justa, sino sólo la solución procedente en este concreto caso. La presión es menor cuando se busca la paz que cuando se busca la justicia. Nos conformamos más pronto y mejor, aunque la sentencia sea desfavorable, si de antemano hemos aceptado que lo que del proceso y de los jueces podemos obtener es la paz. Sabíamos que no teníamos el 100% de razón, porque, de otro modo, difícilmente se hubiera producido el conflicto (hay, por supuesto, muchos pleitos que se provocan o se sostienen a sabiendas de que no se tiene ninguna razón, simplemente por demorar un pago inevitable, por obtener del tiempo alguna otra ventaja e, incluso, por agotar al adversario cuando éste esté más débil y forzar el compromiso), y, como lo sabíamos, nos resignamos al ver que la sentencia ha terminado por dar mayor peso a las razones del contrario. Exigimos sólo que la sentencia que así decide en contra nuestra haya tenido en cuenta nuestras razones y que se haya esforzado en demostrar que las de nuestro adversario eran mejores. Nunca nos convencerá del todo, naturalmente, pero sólo nos indignará en el caso de que deje de lado nuestros argumentos caprichosamente o acepte los del contrario sin justificar por qué lo hace.

Eso es, al menos, lo que a mí me ocurre, como abogado, cuando recibo la sentencia de un asunto en el que he intervenido y, más o menos, lo que piensa también el cliente en su interior, aunque de labios afuera diga siempre que le han hecho una faena.

Es en este sentido, pensando que así se desarrollan las cosas en la realidad y que ésa es, en fin, la función que realmente, valga la redundancia, cumple en la sociedad el Derecho, el proceso y el aparato judicial, como debe entenderse lo que en mis cartas digo de la paz como objetivo de todo ello.

Eso no supone que desconozca la dimensión moral del asunto. Simplemente intento situarme en un plano más abajo, más a mi alcance, más a mi medida, más modesto en una palabra, en el que sea posible ir cosechando algún pequeño éxito de cuando en cuando y no continuas decepciones. Por maximalista mi amigo Alejandro ha llegado al final de su carrera académica frustrado y dolorido.

Pero, en fin, de todo esto habría mucho que hablar y de un solo golpe no es posible soltarlo todo. Sería una suerte que pudiéramos conversar seguido y con más frecuencia, pero también aquí las cosas son como son.

Pongo, pues, punto final, tanto más cuanto que hace sólo un instante sonó el teléfono y eras precisamente tú para decirme que este sábado te marchas a Estados Unidos. Que tengas una feliz y fructífera estancia allí. Gracias por la atención que me has prestado una vez más y un fuerte abrazo.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A ROBERT S. SUMMERS

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Manuel Atienza: Empecemos con algunas cuestiones de biografía intelectual. ¿Cómo surge tu interés por la filosofía del Derecho?

Robert S. Summers: Nací en 1933, cerca de un pequeño pueblo en una región aislada y montañosa del este de Oregón, en los Estados Unidos. Muy pronto sentí curiosidad por el mundo exterior, especialmente acerca de cómo se gobernaban las cosas. Como parte de ello, recuerdo haber tenido una curiosidad muy temprana por el Derecho. Donde yo me crié, los símbolos de «la ley» eran el pistolero y la insignia del *sheriff*. Recuerdo haber pensado y haberme preguntado acerca de qué otra cosa podía ser el Derecho. Parecía que tenía que haber algo más. En la escuela secundaria, no sólo mantuve mi interés por cómo se dirigían las cosas, sino que yo mismo me convertí en una especie de «dirigente». Participé activamente en la organización *Futuros granjeros de América* y aprendí mucho acerca de los procedimientos parlamentarios. En la organización estudiantil de la escuela secundaria adoptábamos incluso reglas. Fui elegido presidente de la organización estudiantil de mi escuela secundaria. Después, durante los cuatro años de *College* en la Universidad de Oregón, antes de entrar en la Facultad de Derecho, continué con este interés activo en cuestiones de dirección, de procedimiento parlamentario y de adopción de reglas. También fui elegido presidente de la organización estudiantil de mi universidad. Durante mi estancia en la Universidad de Oregón fui un estudiante serio y adquirí un fuerte interés por cuestiones de fundamentos, cualquiera que fuera la materia. Una experiencia especialmente importante para mí en esa época de estudiante universitario fue un curso que seguí de teoría política que ponía algún énfasis en el Derecho. Quien lo daba era un destacado profesor llamado Howard Dean. El libro de texto lo había escrito un profesor de la Universidad de Cornell, George Sabine, y tenía como título *Historia del pensamiento político*. El curso era muy absorbente, especialmente las partes que se referían al Derecho y al Derecho natural.

Inmediatamente después de la Universidad, y antes de entrar en la Facultad de Derecho, recibí una beca Fulbright para estar un año en la Universidad de Southampton, en Inglaterra. Era el año 1955-56. En ese año me encontré y trabé amistad con uno de los más conocidos filósofos del Derecho en ese tiempo: el profesor H. L. A. Hart, de la Universidad de Oxford. Este fue un momento clave; desde entonces, nunca dejé de estar interesado en las cuestiones de fundamentos en relación con el Derecho. Entonces me sentía también inclinado hacia lo internacional, de manera que es comprensible que me resultara interesante la filosofía del Derecho. Esta disciplina, a diferencia de las de Derecho positivo, trasciende las fronteras nacionales. Empecé mis estudios de Derecho, en la Facultad de Derecho de Harvard, el curso 1956-57. Hart era entonces profesor visitante en Harvard y le vi con mucha frecuencia. Al año siguiente, tomé el curso de «*Jurisprudence*» del profesor Lon L. Fuller y tuve un éxito excepcional en ese excitante curso. También, mientras era estudiante en Harvard, me encontré y hablé varias veces con Roscoe Pound. Entonces Pound era muy mayor, pero resultaba fácilmente accesible para los estudiantes. Todas estas experiencias me llevaron a sentir un interés cada vez mayor por la filosofía jurídica.

M.A.: ¿Cómo llegaste a ser profesor de Derecho? ¿Y cómo se fue desarrollando tu interés por la filosofía del Derecho?

R.S.: Cuando era profesor ayudante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oregón (después de un año de ejercicio práctico en Portland), en el otoño de 1960, tenía ya un gran interés por los problemas de filosofía del Derecho. Sin embargo, la Facultad de Derecho de Oregón era una Facultad pequeña y durante muchos años no hubo oportunidad de enseñar filosofía del Derecho. Pero leí bastante sobre el tema y me animó ver que podía publicar sobre ello en revistas de filosofía y de Derecho. Dos de mis primeras publicaciones, ambas breves y modestas, aparecieron en revistas de filosofía: una en *Mind* sobre lógica jurídica, y otra en *The Philosophical Quarterly* sobre «ser y deber ser» en la teoría acerca de la naturaleza del Derecho. (¡Gilbert Ryle era entonces el editor de *Mind* y su carta aceptando mi artículo me llego al corazón!). En 1961 apareció la obra magna de H.L.A. Hart, *The Concept of Law*¸ y yo me lancé a ella inmediatamente.

En el otoño de 1962, Hart era profesor visitante en California (en la U.C.L.A.) y aceptó una invitación que le hice para impartir una conferencia en la Universidad de Oregón. (En esa ocasión fue cuando me invitó a pasar un año en Oxford para estudiar con él). En 1962, yo había publicado un breve trabajo en el *Journal of Philosophy*, sobre el tratamiento que Hart hacía del tema de la justicia en *The Concept of Law*. En 1963, publiqué un

largo ensayo en el *Duke Law Journal*, sobre *The Concept of Law*. Fue mi primera publicación importante en filosofía del Derecho y me sentí muy animado por su acogida general y, en particular, por lo que Hart pensaba de ella. Tuve una gran suerte en contar con el consejo, en mis primeros trabajos, de un competente filósofo de la Universidad de Oregón, llamado Frank Ebersole. Realmente, el Departamento de filosofía en aquel tiempo era de gran nivel. Durante un período de años relativamente corto tuvo a miembros tan distinguidos como Arthur Pap, perteneciente anteriormente al Círculo de Viena, Frank Ebersole, John Wisdom, el famoso filósofo de la Universidad de Cambridge, Ruth Anna Mathers (más tarde Ruth Anna Putnam), que pasó luego al Wellesley College, Robert Richman, Virgil Dykstra, Arnulf Zweig y Albury Castell. Muchos de ellos me prestaron un gran apoyo, al igual que un profesor de Derecho con preocupaciones teóricas entonces en la Universidad y que se llamaba Hans A. Linde. En ese período, Gilbert Ryle visitó la Universidad de Oregón para dar una conferencia y estuvo cenando con nosotros (con mi esposa Dorothy y conmigo) ¡Recuerdo todavía los temas de conversación de aquella estimulante cena!

M.A.: ¿Cuál fue el siguiente estadio de tu desarrollo filosófico?

R.S.: Bueno, yo era básicamente un autodidacta en la materia; había asistido únicamente al curso de Fuller que estaba dedicado básicamente a la llamada disputa entre el positivismo y el Derecho natural. Sentía una fuerte necesidad de hacer algún tipo de estudios de postgrado sobre la materia. Con cartas de apoyo de Hart y de Fuller, recibí una modesta beca, con fondos de la Fundación Rockefeller, para estudiar filosofía jurídica con Hart en Oxford, durante un año: 1964-65. El curso fue una verdadera introducción a la obra de Hart y a la filosofía analítica de Oxford. El año fue de lo más excitante en muchos sentidos. ¡Sería posible dedicarle todo lo que queda de esta entrevista sólo a ese año!

M.A.: Bueno, dinos algo acerca de la experiencia de estudiar con Hart

R.S.: Insistía siempre mucho en la importancia de pensar sobre un problema y llegar por uno mismo a la solución. Por supuesto, también quería que sus estudiantes leyeran a fondo sobre el problema. No ahorraba críticas sobre los trabajos y los esquemas que preparaba y le entregaba antes de nuestras reuniones regulares, pero sin embargo nunca dejaba de combinar la crítica con el ánimo que infundía. Su evidente excitación cuando estaba frente a una cuestión interesante le inspiraba a uno. No estaba interesado en tener discípulos. Era además bastante autocrítico. Dado que él y Fuller eran las dos figuras principales en la materia en la segunda mitad del siglo XX en el mundo anglosajón, yo estaba realmente impresionado por el hecho de que Hart fuera realmente tan modesto. Se tomaba también

un interés personal en los que estudiaban con él. Conmigo fue realmente amable. Hizo gestiones para que pudiera encontrarme con (y pudiera asistir a seminarios o a clases de) varias figuras de Oxford como Isaiah Berlin, Gilbert Ryle, Freddie Ayer, Peter Strawson, Geoffrey Warnock, Geoffrey Marshall, John Lucas, A.J.P. Kenny y otros. Desde luego, asistí a las propias clases de Hart en ese año, que incluían un curso sobre derechos y deberes en la tradición utilitarista y un curso sobre la teoría de Hans Kelsen. También asistí a su seminario sobre teorías contemporáneas del Derecho y a su seminario conjunto con Rupert Cross y Nigel Walker sobre el elemento mental en el delito. Durante ese año trabé amistad con algunos de los estudiantes graduados de Hart más sobresalientes, como Peter Hacker y Joseph Raz.

M.A.: ¿Hay alguna publicación de ese año que consideres significativa en tu desarrollo teórico?

R.S.: Sí. En ese año, por sugerencia de Hart y de otros, leí muchos de los escritos del profesor John Langshaw Austin y preparé una primera redacción de un artículo sobre la buena fe en Derecho de contratos, sobre el que continué trabajando después de mi vuelta a Estados Unidos. Finalmente se publicó a comienzos de 1968 en la *Virginia Law Review*. En ese artículo apliqué el análisis de los términos excluyentes ("excluder") a la buena fe y logré mostrar que esa expresión es usada típicamente por los jueces no como el nombre de un simple estado mental de tipo positivo o cualquier tipo único de estado, sino que más bien es usada típicamente para excluir una heterogénea variedad de formas de mala fe. Usando esa conceptualización, logré mostrar que el *common law* americano en materia de contratos contenía una gran cantidad de Derecho de amplio alcance sobre la buena fe, algo que nadie había visto anteriormente. De esa manera, pude ver no sin sorpresa que el análisis filosófico es capaz de mostrarnos la manera de ver muchas cosas importantes y correctas que están delante de nuestros ojos, pero de las que antes no nos habíamos dado cuenta. Se podría decir, simplificando las cosas, que la percepción presupone la conceptualización. ¡Desde luego, los filósofos son especialmente buenos en esto último! El artículo demostró que los tribunales ya habían reconocido una obligación general de buena fe, y se convirtió en la base fundamental para la nueva sección 205 de la segunda edición del *Restatement* americano de contratos, que es uno de los tres nuevos desarrollos importantes en el Derecho americano de contratos entre los dos *Restatements* (el primero había aparecido en 1932 y el segundo es de 1981). También, como resultado de la recepción del artículo, tuve invitaciones de diversas Facultades de Derecho para dejar la Facultad de Derecho de la Universidad de Oregón, donde había estado durante ocho años. Me establecí de manera permanente en la

Facultad de Derecho de Cornell en 1969. Aunque Hart nunca vio el artículo antes de su publicación, recibí una carta suya aprobándolo. Estoy seguro de que nunca hubiera escrito el artículo si no hubiera sido por el año en Oxford estudiando con él. Otro artículo que escribí parcialmente durante el año de Oxford se tituló «Los nuevos juristas analíticos» y apareció en 1966, en el volumen 41 de la *NewYork University Law Review*. Este artículo da cuenta entre otras cosas de la conexión entre la filosofía analítica oxoniense y la metodología de la filosofía del Derecho. Durante ese año en Oxford, concebí también la idea de editar lo que llegaron a ser dos colecciones de ensayos escritos fundamentalmente por otros, uno titulado *Essays in Legal Philosphy* (1968) y otro *More Essays in Legal Philosophy* (1971). Ambos fueron publicados por *Blackwell* en Inglaterra y por *University of California Press* en Estados Unidos. Estos también fueron muy leídos en su tiempo, como el anuncio de algo relativamente nuevo en la filosofía del Derecho, atribuible en amplia medida a desarrollos en la filosofía analítica de Oxford. La primera de estas dos colecciones incluía también una amplia introducción que escribí y que reflejaba la influencia metodológica de esa filosofía.

M.A.: ¿Cómo describirías los siguientes estadios de tu trayectoria intelectual?

R.S.: ¡Nunca dejé de volver a Oxford! Pasé nuevas estancias sabáticas allí en 1974-5, 1981-82, 1988-89 y, desde 1980, la mayor parte de mis veranos los pasé en Oxford. En 1991-92 fui nombrado profesor visitante Arthur L. Goodhart de ciencia jurídica en la Universidad de Cambridge, universidad en la que, desde entonces, he tenido el privilegio de pasar mucho tiempo con colegas que me han estimulado mucho. En todos esos años, visité también regularmente a teóricos del Derecho de Escocia, especialmente a Neil MacCormick y (antes) a Archie Campbell en Edimburgo. Visité también regularmente el continente europeo, donde conocí a un buen número de filósofos del Derecho, especialmente en Austria, Francia, Alemania, Escandinavia, Italia y España. Sentí un interés cada vez mayor por la obra de iusfilósofos europeos contemporáneos, así como por los escritos de autores anteriores como Jhering, Heck, Radbruch y Weber. A partir de 1980 fui invitado con frecuencia a dar conferencias en universidades de habla alemana, y en 1985 fui profesor visitante durante todo un semestre en la Universidad de Viena. Desde la década de los 80, la Universidad de Göttingen se convirtió en mi principal hábitat intelectual en el continente, y he tenido allí magníficos intercambios académicos con figuras tales como Okko Behrends, Ralf Dreier, Robert Alexy y el Franz Wieacker de los últimos tiempos. Creo haber recordado en algún lado que he sido invitado a dar conferencias en unas setenta universidades fuera de

los Estados Unidos, principalmente en Europa. Siempre me ha parecido que eso era estimulante y que ayudaba a mi trabajo. Comenzando en 1983, me convertí en el director del círculo de Bielefeld (el *Bielefelder Kreis*) y continué con esa función durante quince años. Se trata de un selecto grupo de quince teóricos del Derecho de diversas partes de Europa que se reúne anualmente para trabajar en metodología jurídica comparada. Como consecuencia de esos encuentros, soy el co-autor de dos libros que han tenido muy buena recepción, uno sobre la comparación en la interpretación de las leyes y otro sobre la comparación de los precedentes judiciales. El co-director de esas actividades fue el profesor Neil MacCormick, que hizo contribuciones muy importantes.

M.A.: ¿Qué libros de filosofía del Derecho has escrito en los últimos tiempos?

R.S.: Escribí un libro sobre la teoría del Derecho americana que se publicó en Cornell University Press en 1982. El libro apareció también en alemán y en holandés. Se tituló *Instrumentalism and American Legal Theory*. En ese libro daba cuenta de, y criticaba, el surgimiento y la recepción de la teoría jurídica en los Estados Unidos desde el final del siglo XIX hasta las décadas centrales del siglo XX. Mostré la fusión de la filosofía pragmatista americana, la Jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico, y reconstruí la teoría general resultante en términos de una serie de lo que llamé principios básicos del instrumentalismo pragmático. Entre esos principios están estos: (1) el propósito de la teorización jurídica es hacer el Derecho más útil para la «ingeniería social», (2) el principal objetivo del propio Derecho es el más o menos utilitarista de servir a los «deseos» y a los «intereses» de los ciudadanos, (3) el Derecho es esencialmente una serie de herramientas -instrumentos- a emplear como un tipo de tecnología de acuerdo con los descubrimientos de la ciencia social, (4) los jueces en el sistema jurídico tienen que desempeñar una función destacada en la creación e implementación de políticas a través del Derecho, (5) el criterio esencial para identificar el Derecho válido es predictivo -es decir, el Derecho válido consiste en aquello que puede predecirse que harán los órganos públicos (*officials in power*), especialmente los jueces-, y (6) la eficacia del Derecho deriva en último término del monopolio que los órganos (*officials*) del sistema tienen sobre el uso de la coerción, la fuerza y la acción directa del Estado. A esa teoría le puse el nuevo nombre de «instrumentalismo pragmático», en lugar del de «realismo jurídico», y sometí a cada uno de los anteriores principios a un análisis positivo, así como a una amplia evaluación crítica.

En 1984 publiqué una introducción general a la vida y obra de Lon L. Fuller. El libro apareció en la Stanford University Press con el título de *Lon*

L. Fuller. Presté una amplia atención a la teoría iusnaturalista de Fuller, especialmente a su Derecho natural procedimental. Pienso ahora, y he pensado durante mucho tiempo, que Fuller fue una gran figura en la materia y ha sido indebidamente olvidado. Estuvo también muy interesado en lo que yo llamo «las formas jurídicas», y estoy seguro de que mi actual interés en este tema se inspira en buena parte en él, especialmente en su trabajo sobre lo que llamó «las formas del orden social», que incluían la aplicación judicial del Derecho, la legislación y los contratos. También me resultó estimulante su libro *The Internal Morality of Law*. Escribí un amplio comentario de su obra en el número en memoria de Fuller editado por la Harvard Law Review (volumen 92).

En 1987 publiqué con el profesor de la Universidad de Oxford Patrick Atiyah, en la Oxford University Press, *Form and Substance in Anglo-American Law* (en 1991, el libro apareció en edición rústica, con pequeñas revisiones). El libro fue inusualmente bien recibido y fue ampliamente comentado, hechos sin duda atribuibles en buena parte a la magnífica contribución de mi distinguido coautor. El libro ofreció una nueva forma de analizar el razonamiento jurídico en términos de estilos más «formales» o más «sustantivos». Este análisis, que se desarrolla con cierto detalle, se presenta como una contribución a la teoría jurídica, en sí misma considerada. El libro contiene también una tesis comparativa. Desarrolla las diferencias en el razonamiento jurídico en Inglaterra y en los Estados Unidos, argumentando que el inglés es un sistema más bien «formal», y el americano es más «sustantivo». Además, el libro examina un amplio campo de factores culturales, institucionales e históricos que influyen en el estilo formal del sistema inglés y en el estilo sustantivo del sistema americano.

M.A.: ¿Hay algún otro libro que deba mencionarse aquí?

R.S.: Bueno, soy el autor y coautor de trabajos de cierta importancia en Derecho mercantil y en Derecho de contratos, pero supongo que te estás refiriendo a la teoría jurídica. Realmente, he publicado tres colecciones de artículos de teoría del Derecho: uno en la Duncker & Humblot de Berlín, en 1992, titulado *Essays in the Nature of Law and Legal Reasoning*; otro en la editorial Dartmouth en Inglaterra, en 2000, titulado *The Jurisprudence of Law´s Form and Substance*; y otro más publicado en Kluwer Academic Publishers, titulado *Essays in Legal Theory*. Tengo el proyecto de otras colecciones de ese tipo. En todas ellas, salvo en una, he revisado en alguna medida los artículos.

M.A.: Me gustaría comentar algo sobre tu trabajo de 1978 titulado «Dos tipos de razones sustantivas: El núcleo de una teoría de la justificación en el *common law*». Allí defiendes la tesis de la primacía de las razones sustantivas (frente a las autoritativas) en el *common law* y la importancia de

la distinción (dentro de las razones sustantivas) entre razones de fin y razones de corrección. Quisiera plantearte dos cuestiones. La primera es si crees que es posible generalizar tus tesis a la argumentación judicial en general. La segunda es si hoy sigues estando de acuerdo con la tesis de la primacía de las razones sustantivas.

R.S.: Sí, creo que la tesis se aplica, con algunas modificaciones, a los sistemas de *civil law* basados fundamentalmente en códigos. Desde luego, un importante tipo de modificación que habría que hacer es que habría que dar cuenta de manera más completa de los diferentes roles de las razones autoritativas en los dos tipos de sistemas. En importantes áreas de un sistema de *common law* los jueces tienen una mayor responsabilidad a la hora de crear nuevo *common law* y revisar el antiguo *common law* que la que generalmente tienen los jueces en un sistema codificado. Eso significa que en un sistema de *common law* hay más espacio para la influencia de las razones sustantivas. Para hacer nuevo *common law* y revisar el antiguo *common law*, los jueces tienen que construir y que evaluar las razones sustantivas relevantes que favorecen o que se oponen a las decisiones propuestas. Pero a pesar de esas diferencias, creo que hay un considerable espacio para el razonamiento sustantivo en un sistema de Derecho codificado. Me parece que es posible desarrollar una teoría general de la argumentación jurídica que atraviese esos sistemas. Como digo, tal teoría debería dar cuenta de las diferencias como las que acabo de mencionar. El *Bielefeld Kreis* al que antes hice referencia ha hecho algunos progresos reales en esa dirección.

En general, yo diría que las razones autoritativas, esto es, formales, tienen primacía frente a las sustantivas en un sistema jurídico considerado como un todo. Esas razones proveen una base más común para las acciones de los destinatarios del Derecho de lo que lo hacen las razones sustantivas. Sin embargo, sigo manteniendo el punto de vista de que en la creación de nuevo Derecho a través del tiempo las razones sustantivas son las que tienen primacía.

M.A.: El Derecho es, en cualquier lado, un aspecto muy importante de la vida social. Pero en los Estados Unidos esa importancia parece haber sido llevada al paroxismo. Supongo que no hay exageración en decir que se trata de la sociedad mas juridificada en la historia de la humanidad. ¿Cómo explicas eso? ¿Crees que ese hecho está relacionado con las peculiaridades del sistema jurídico estadounidense?

R.S.: Esas son, como sabes, cuestiones muy complejas. ¡Si tuviera respuestas finales para ellas, sería algo a exhibir y hacer circular luego a través del mundo! Sólo por esa razón, no desearía que se me viera como alguien que tiene respuestas a esas cuestiones. En vez de ello, ofreceré

simplemente unas pocas especulaciones. Si con lo de «juridificada» quieres decir que estamos sometidos a una gran cantidad de legislación, no estoy muy seguro de que estemos más «juridificados» hoy de lo que lo está Gran Bretaña. Puede ser también que en muchas áreas Alemania esté tan «juridificada» como nosotros. En estos tres países existen también vastas áreas de «no-juridificación». Por ejemplo, en todos estos países existe una amplia libertad para entrar en relaciones contractuales de muchos tipos. También, en todos estos países, hay una amplia libertad de expresión de todo tipo –religiosa, civil y personal. Muchas otras libertades básicas están ampliamente reconocidas en esos y también en otros países europeos. Tales áreas están «juridificadas» sólo en una determinada extensión y principalmente en el sentido de que el Derecho es usado, a veces en forma enérgica, para proteger tales áreas de «no-jurificación». No conozco lo suficiente como para poder decir si el sistema americano utiliza el Derecho para proteger tales libertades en mayor medida de lo que lo hacen esos otros países, y por tanto si, en ese aspecto, está más «juridificado».

Sin embargo, el sistema americano parece estar más juridificado que otros sistemas occidentales en ciertos aspectos. Por ejemplo, parece que nosotros usamos el sistema judicial de manera más intensa que muchos de esos otros países. Esto es en parte porque nosotros hacemos un amplio uso del jurado en los casos civiles. También en parte porque tenemos el llamado «contingent-fee» según el cual al abogado se le paga según lo que se obtenga de la otra parte. Otro factor es formal. Mucho de nuestro Derecho, en cuanto creado por órganos legislativos y judiciales, carece de definición, y a mucho le falta simplicidad. Al mismo tiempo, nuestras metodologías de interpretación jurídica tienden a ser más abiertas y, por tanto, relativamente menos determinadas, otra deficiencia formal. Todo esto hace que mucho de nuestro Derecho legislativo y judicial sea altamente discutible y objeto de litigio. Habría mucho más que decir, pero a excepción de mis puntos de vista sobre la forma, podríamos estarnos apartándonos de cuestiones con un interés teórico general.

M.A.: Pasemos entonces a hablar del tema de las formas en el Derecho sobre el que has estado trabajando intensamente en los últimos años y sobre el que pronto aparecerá una obra tuya. ¿Podrías sintetizar las tesis de ese próximo libro?

R.S.: La tesis es que todos los tipos de fenómenos jurídicos tienen formas distintivas y que esas formas contribuyen a la realización de cualquiera de los fines del Derecho. Una vez que se desarrolla con detalle la tesis, uno puede ver fácilmente la verdad de ello. De hecho, puede que sea bastante obvio. Si embargo, nadie ha desarrollado la tesis de manera frontal, sistemática, comprehensiva y en profundidad. Puedo ilustrar

brevemente la tesis con un ejemplo simple. Un tipo de fenómeno jurídico es una regla. Una regla tiene una forma básica, entendiendo por tal la ordenación sistemática y con algún propósito de aquello sobre lo que versa la norma. Esta forma básica tiene aspectos constitutivos. Uno de esos aspectos formales es un grado de definición. Para que una regla como un todo, incluyendo aquí sus elementos no formales como su finalidad social o algún otro contenido, sea efectiva, la regla debe, entre otras cosas, tener un apropiado grado de definición. Por ejemplo, una regla dirigida a los conductores de vehículos en ciertas áreas debe especificar un determinado límite de velocidad, tal como «no más de 45 millas por hora», más que permitir simplemente a los conductores «conducir razonablemente». Aquí, si la regla está bien diseñada en cuanto a la forma y en cuanto al contenido, dará a los conductores una base determinada para el comportamiento de manera que, cuando se apliquen a sí mismos la regla, la misma servirá para las finalidades relevantes de seguridad en las carreteras y fluidez en el tráfico. Un grado de definición apropiado: (1) establece una prioridad entre esas dos finalidades en un nivel determinado, (2) permite al conductor determinar con facilidad el significado de la regla, y (3) permite al conductor determinar de manera efectiva los hechos jurídicamente relevantes en cuanto al nivel de velocidad. Este grado apropiado de definición da también al conductor (4) información fidedigna de antemano sobre qué velocidad es ilegal, y también (5) hace más difícil que la policía trate de manera diferente casos de infracciones semejantes; ambos son valores asociados con el Estado de Derecho. Así pues, el grado de definición, un aspecto formal de la regla, contribuye a todos esos fines. Todos los fenómenos jurídicos tienen formas básicas y tienen aspectos formales constitutivos que sirven de manera semejante a fines, si bien en cada caso de manera propia. Lo anterior es meramente un ejemplo.

M.A.: ¿Cuáles son tus proyectos intelectuales para el futuro?

R.S.: Seguiré trabajando en ramas importantes de lo que llamo la teoría general de las formas jurídicas. Quiero hacer un libro sobre argumentación jurídica, con especial énfasis en las formas metodológicas implicadas. La interpretación de las leyes, por ejemplo, es un campo importante de la argumentación jurídica y los sistemas jurídicos tienen típicamente metodologías para la construcción y priorización de los tipos relevantes de argumentos interpretativos.

También quiero escribir varios artículos amplios: uno sobre el teórico alemán Rudolf von Jhering, otro sobre los límites del análisis económico del Derecho, y varios más. Espero también escribir un modesto ensayo autobiográfico para familiares y amigos.

M.A.: ¿Cómo ves la teoría del Derecho hoy en día?

R.S.: Creo que está floreciendo, lo que, desde luego, es muy bueno. Sin embargo, tengo también una reserva. Me parece que es fragmentaria y que hay mucha gente yendo por direcciones muy distintas. Un factor a tener en cuenta aquí es que muchos teóricos están motivados en su trabajo por programas políticos más que por proyectos genuinamente teóricos. Esto es cierto no solo con respecto a los ideólogos liberales, sino también en relación con los conservadores. Hoy en día, muchos trabajos que pasan por ser de teoría del Derecho no tienen una clara conexión con los problemas tradicionales de la materia como la naturaleza del Derecho, las relaciones entre el Derecho y la moral, la naturaleza del razonamiento jurídico y otros semejantes.

M.A.: ¿Cuáles han sido, en tu opinión, las contribuciones más importantes de los teóricos del Derecho en las últimas décadas?

R.S.: Desde luego, está el trabajo de Hart y el de los muchos e importantes discípulos en los que ha influido. Me gustaría también mencionar el trabajo de Fuller. Aunque ha sido menos influyente, creo que es de lamentar, pues tiene mucho que enseñarnos, también. Bobbio es muy importante. También Ross. Y también Pound. Entre los teóricos contemporáneos, hemos tenido obras destacadas de figuras como Robert Alexy, Kent Greenawalt, Neil MacCormick, Joseph Raz, John Finnis, Jules Coleman, Ronald Dworkin, Fred Schauer, Brian Leiter, y otros.

Tengo que mencionar que me parece que hay un importante avance en cuanto a sofisticación metodológica. Esto no puede resumirse en forma comprensible, pero varios números recientes de la revista *Legal Theory* incluyen agudos ensayos de naturaleza metodológica.

M.A.: ¿Cuál es el papel de la teoría del Derecho en las Facultades de Derecho de Estados Unidos?

R.S.: Este papel ahora, y parece que siempre ha sido así, es bastante precario. Muchas Facultades norteamericanas no tienen en absoluto un curso general de teoría jurídica. En muchas Facultades de Derecho donde se ofrece tal curso, son pocos los estudiantes que se inscriben en él. Un factor importante a tener en cuenta, desde luego, es la orientación fuertemente profesional de muchos de nuestros centros de Derecho. Pero con eso el problema queda simplemente planteado. Habría mucho más que decir. En ninguna Facultad de Derecho de Estados Unidos es hoy posible que alguien sea nombrado profesor de filosofía del Derecho sin tener que enseñar también y que escribir en alguno de los grandes campos del Derecho positivo.

M.A.: Qué consejos darías a un joven que (en América o en Europa) esté empezando a trabajar en filosofía del Derecho?

R.S.: La primera tarea es desarrollar un diálogo estrecho con la obra de los grandes teóricos en la historia de la disciplina. Luego, uno debe leer los escritos de las grandes figuras de hoy. ¡Sin embargo, no hay que leer demasiado! Eso puede fácilmente matar el impulso creativo. Hay que mantener un ojo abierto hacia los problemas de la materia que parezcan ser de gran interés. Pensar de manera independiente y creativa acerca de lo que es genuinamente interesante: esa es la mejor receta para lograr algo. Hay que evitar las poderosas tentaciones de los escritos polémicos. Y en lo que uno escriba, debe tratar de llegar al fondo de las cosas. La teoría jurídica realmente versa sobre cuestiones de fundamentos. Los mejores libros en la materia –en casi todas las ramas de la materia- no son realmente muy técnicos en cualquier sentido de la palabra.

M.A.: ¿Y qué les dirías sobre la conveniencia o no de escribir obras con otros?

R.S.: En general lo desaconsejaría. Trabajar con otro supone problemas de muchos tipos. Pero he de decir también que yo he sido particularmente afortunado en mis aventuras como coautor. Casi todas fueron emprendidas con amigos íntimos. Eso quiere decir que podíamos ser muy críticos cada cual con el trabajo del otro. Sin esto ultimo, es improbable que el trabajo con otro pueda resultar fructífero. Pero no abundan las oportunidades de trabajar con amigos íntimos.

(Traducción de Manuel Atienza)