

D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

***In memoriam: Nicolás María López Calera (1938-2012);
Gregorio Peces-Barba Martínez (1938-2012)***

Pedro Mercado Pacheco:

Nicolás María López Calera, una semblanza intelectual

Nicolás María López Calera, An Intellectual Portrait 17

Elías Díaz:

Gregorio Peces-Barba: hombre de leyes, hombre de Estado. In memoriam

Gregorio Peces-Barba: Lawman, Statesman. In memoriam 23

Sobre argumentación e interpretación

On Argumentation and Interpretation

Thomas da Rosa de Bustamante:

***El carácter argumentativo del Derecho: una defensa del post-positivismo
de MacCormick***

*On the Arguable Character of Law: An Argument for MacCormick's
Post-positivism* 41

Amalia Amaya:

La coherencia en el Derecho

Coherence in Law 59

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz:

La reducción al absurdo como argumento jurídico

Reductio ad absurdum as Legal Argument 91

Lorena Ramírez Ludeña:

Los desacuerdos en el Derecho

Disagreements in Law 125

Horacio-José Alonso Vidal:

Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del Derecho

Implicit Principles. Its Relevance to Law Applying 157

Xavier Abel Lluch:

La dosis de prueba: entre el common law y el civil law

The Dose of Proof: between Common Law and Civil Law 173

George Pavlakos:

Corrección y cognitivismo. Comentarios al argumento sobre la pretensión de corrección de Robert Alexy

Correctness and Cognitivism. Remarks on Robert Alexy's Argument from the Claim to Correctness 201

Lenio Luiz Streck:

La expansión de la hermenéutica filosófica en el Derecho

The Expansion of Philosophical Hermeneutics in Law 217

Josep Aguiló Regla:

Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta

Constitutional Interpretation. Some Theoretical Alternatives and a Proposal 235

Cuestiones de justicia

Justice Issues

Pompeu Casanovas:

Republicanism y justicia relacional

Republicanism and Relational Justice 261

Juan Manuel Pérez Bermejo:

El extraño viaje de G. A. Cohen (y de cierta crítica marxista al liberalismo igualitarista)

The Strange Trip of G.A. Cohen (and of Certain Marxist Critique of Egalitarian Liberalism) 281

Hugo Omar Seleme:

Democracia internacional, derecho humano a la democracia e intervención humanitaria

International Democracy, Human Right to Democracy, and Humanitarian Intervention 321

Federico Arcos Ramírez:

La justicia distributiva global: del igualitarismo de la suerte al constructivismo político

Global Distributive Justice: from Luck Egalitarianism to Political Constructivism... 361

Isabel Turégano:

Mujeres, ciudadanía y globalización

Women, Citizenship and Globalization 393

András Jakab:

Incumplir la Constitución por razones morales en la lucha contra el terrorismo. Un análisis pragmático de las suposiciones implícitas y de las soluciones propuestas en los discursos europeo y estadounidense en el debate «Estado de derecho vs. terrorismo»

Breaching the Constitution on Moral Grounds in the Fight against Terrorism.

A Pragmatic Analysis of Implied Presuppositions and Proposed Solutions in the European and American Discourses on the Debate «Rule of Law vs. Terrorism».....

413

Ricardo Cueva Fernández:

El «discurso del odio» y su prohibición

Hate Speech and its Ban.....

437

Eusebio Fernández:

Valores y empresa: el papel del pluralismo

Values and Corporations: the Role of Pluralism.....

457

Derecho y neurociencia

Law and Neuroscience

Mercedes Pérez Manzano:

El tiempo de la consistencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal

The Time of Consciousness and Free Will: Basic Elements for an Analysis on

Neuroscience and Criminal Responsibility.....

471

Daniel González Lagier:

¿La tercera humillación? (Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)

The Third Humiliation? (On Neuroscience, Philosophy and Free Will).....

499

Alasdair MacIntyre

Alasdair MacIntyre:

Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada

Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity.....

513

Rafael Ramis Barceló:

De la ética al derecho en la obra de Alasdair MacIntyre

From Ethics to Natural Law in the Works of Alasdair MacIntyre.....

527

Artículos

Articles

Robert Alexy:

El concepto de competencia de Alf Ross

Alf Ross' Concept of Legal Competence..... 549

Susan Haack:

Toda la verdad y nada más que la verdad

The Whole Truth and Nothing but the Truth 571

Ian Shapiro:

Sobre la no-dominación

On Non-domination..... 589

Pablo E. Navarro:

¿Son los enunciados jurídicos proposiciones normativas?

Are Legal Sentences Normative Propositions?..... 629

Giovanni Battista Ratti:

Sistemas normativos y proposiciones normativas indecidibles

Normative Systems and Undecidable Normative Propositions 641

Juan Pablo Mañalich R:

El concepto de acción y el lenguaje de la imputación

The Concept of Action and the Language of Imputation 663

Diego M. Papayannis:

Derechos y deberes de indemnidad

Indemnity Rights and Duties 691

Álvaro Núñez Vaquero:

Ciencia jurídica realista: modelos y justificación

Realist Legal Science: Models and Justification..... 717

Notas

Notes

Minor E. Salas:

Sin derecho ni razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real

Neither Law no Reason. On Criminal Garatism of L. Ferrajoli: its Cack of scientific validity and practical aplication 751

Luigi Ferrajoli: <i>El constitucionalismo entre principios y reglas</i> <i>Constitutionalism between Principles and Rules</i>	791
Juan Ruiz Manero: <i>A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, «soluciones en abstracto» y «ponderaciones equitativas»</i> <i>Regarding One of Luigi Ferrajoli's Latest Texts. A Note on Rules, Principles, «Abstract Solutions» and «Equitable Balancings»</i>	819
Rodolfo Vázquez: <i>Filosofía del derecho en Latinoamérica</i> <i>Legal Philosophy in Latin America</i>	833
 Entrevista <i>Interview</i>	
Juan B. Etcheverry: <i>Entrevista con John Finnis</i> <i>Interview to John Finnis</i>	859

IN MEMORIAM:
NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA
(1938-2012);
GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ
(1938-2012)

NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, UNA SEMBLANZA INTELECTUAL*

Pedro Mercado Pacheco

Universidad de Granada

En primer lugar quisiera agradecer en nombre del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y a la Comisión organizadora de estas jornadas la decisión de dedicar este acto a la memoria de los profesores N. M.^a LÓPEZ CALERA y G. PECES-BARBA que nos han dejado recientemente.

La razón de mi presencia en este acto es haber sido comisionado por mis compañeras y compañeros del Departamento para intervenir en este homenaje al profesor N. M.^a LÓPEZ CALERA. Y confieso que no ha sido fácil cumplir con el encargo. Por varias razones: por el propio carácter del acto, por el tipo de intervención que requiere y por la necesidad de condensar, dada la premura del tiempo del que dispongo, muchas cosas que uno no querría, ni podría dejar de decir.

Muchos de los presentes en estas jornadas han conocido y compartido con el profesor LÓPEZ CALERA otras jornadas y otros momentos. Puede que mis palabras no les aporten nada. Incluso algunos podrían hacer de él una semblanza mucho más fidedigna. Por ello, quisiera dirigir estas palabras especialmente a aquellos jóvenes o no tan jóvenes que no lo conocieron personalmente.

Quizás de él sólo sepan que fue un filósofo del derecho que ganó la cátedra muy joven, con tan solo 27 años, en una oposición en Madrid en 1966 en la que, según cuentan, destacó de forma muy brillante y que, tras un pequeño paréntesis de un año en la Universidad de Oviedo, volvió a Granada y dirigió el Departamento de Filosofía del Derecho de aquella Universidad durante más de cuarenta años.

Si tiene valor hoy hacer referencia a su trayectoria como filósofo del derecho es porque ella es fiel reflejo de la propia historia de nuestra disciplina durante los últimos cincuenta años.

Su formación inicial la realizó, según sus propias palabras, en una filosofía neoescolástica y en un contexto académico, el de los años sesenta, «cerrado y encerrado». Llegó a la Filosofía del Derecho de la mano del profesor A. DE ASÍS, del que siempre agradeció su apoyo personal y del que siempre le oí hablar de forma amable y con un profundo respeto y cariño. Él fue quien le propuso una tesis doctoral sobre J. COSTA, obligándole a estudiar el krausismo y la Institución Libre de enseñanza.

* Texto de la intervención realizada en el homenaje al profesor N. LÓPEZ CALERA en las XXIV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Santander, 15 de marzo de 2013.

Tenía una opinión muy crítica de la filosofía del derecho de aquellos tiempos: «El neotomismo imperante era realmente pobre e ignorante de sus fuentes, además de reaccionario y fascista» y, sin duda, lo que más le repugnaba era «la manipulación de aquella doctrina cristiana para los peores y más malvados fines». Poco a poco fue apartándose de aquella filosofía del derecho que, perversa e hipócritamente, quería servir a los valores más excelentes del cristianismo. Como él mismo reconocía «fue un cambio muy duro, sobre todo por la catarsis interior e intelectual que tuve que efectuar y que conllevó desprecios y amenazas de todo tipo, desde personas muy queridas por mí hasta los Guerrilleros de Cristo Rey».

Un cambio fundamental que le llevó no sólo a una evolución de su pensamiento hacia otros temas y autores, sino, sobre todo, a una defensa comprometida de la democracia y de las libertades.

La ruptura con esa tradición tuvo quizá su momento de mayor expresión en la valiente actitud que mantuvo N. M.^a LÓPEZ CALERA en el tribunal que juzgaba las oposiciones a cátedra de 1973, cuando con el apoyo de los profesores DELGADO PINTO y GONZÁLEZ VICÉN, deciden votar por los profesores E. DÍAZ y J. J. GIL CREMADES en detrimento de los candidatos oficialistas, y con el consiguiente escándalo de la academia.

Ese cambio y esa evolución se hicieron también patentes de forma paulatina en los temas y en los contenidos de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, la revista que dirigió durante más de cuarenta años y que supo con mucho esfuerzo mantener viva como referente en la filosofía jurídica y política.

En ese tiempo de mudanzas y de cambios, sus estancias en Alemania le sirvieron no sólo para profundizar en el estudio del krausismo, sino también y sobre todo en el idealismo alemán de KANT y HEGEL. Dos autores centrales en la obra de N. M.^a LÓPEZ CALERA. Y de paso le sirvieron para ponerse en contacto con los autores y temas de la *Hegel-Gesellschaft* que dejaron una huella indeleble en toda su producción intelectual posterior

Pero HEGEL no fue sólo una etapa intermedia sino un compañero inseparable en toda su trayectoria intelectual. Le dedicó libros y multitud de ensayos, desde «El riesgo de Hegel sobre la libertad», «Hegel y los derechos humanos», y otros muchos, hasta el que ha sido su último libro en el que estuvo trabajando durante los últimos años, ya jubilado como profesor emérito, una reflexión madura sobre la *Filosofía del Derecho* de HEGEL que publicaría el año pasado con el título de *Mensajes hegelianos* (Iustel, 2012).

Y de HEGEL al Estado, el otro gran tema en la obra de N. M.^a LÓPEZ CALERA, que cristalizaría en su obra *Yo, el Estado* (Trotta, 1992) una «teoría sustancialista que no sustancializadora del Estado», en la que defendía en el fondo una tesis bastante hegeliana: «Que las libertades se “salvan” o se “condenan” en el seno del Estado. No hay, por ahora, otro “lugar” público y colectivo para la realización de las libertades [...] Las libertades individuales dejadas a su juego se destruyen mutuamente, como el neoliberalismo dominante está demostrando de manera muy eficiente. Pero para que se salven es necesario que el Estado sea democrático, un Estado legitimado por la soberanía popular y por el respeto de los derechos humanos».

Al margen de esos dos grandes temas, N. M.^a LÓPEZ CALERA introdujo, dinamizó y participó en importantes debates abiertos en la filosofía jurídica española.

En 1977 organizó un seminario en Granada junto a P. ANDRÉS IBÁÑEZ y M. SAAVEDRA sobre «el uso alternativo del derecho» que fue el germen de un pequeño libro sobre el tema que tuvo una gran repercusión en el seno de la teoría jurídica y la judicatura española y una proyección importantísima en el ámbito latinoamericano.

Además intervino en temáticas tan variadas como el nacionalismo, el terrorismo, el interés público, o la corrupción y la ética pública. Y, por supuesto, no podemos olvidar su contribución al debate acerca de los derechos colectivos. Una aportación imprescindible en la teoría de los derechos desarrollada en nuestro país. Sobre este tema confesaba que no era un colectivista: «No tengo ninguna convicción dogmática sobre el sentido y el valor de lo colectivo en la vida humana», pero admitía que «hay derechos colectivos porque hay sujetos colectivos y que en el reconocimiento y protección de esos derechos colectivos estaban en juego importantes derechos individuales». Precisamente a los sujetos colectivos dedicó su último libro en activo con el título *Los nuevos leviatanes. Una teoría de los sujetos colectivos* (Marcial Pons, 2008).

Al margen de ideologías y de escuelas, el reconocimiento y la autoridad moral de N. M.^a LÓPEZ CALERA en el ámbito de la Filosofía del Derecho siempre nos abrió puertas en España y en el extranjero a todos sus colaboradores. Esa autoridad creo que fue decisiva para que se le encargara la organización del Congreso mundial de Filosofía del Derecho en Granada en el año 2005 que contó con la presencia estelar de J. HABERMAS, pero también de R. ALEXY, D. HELD, N. FRASER, I. YOUNG, L. FERRAJOLI, B. SANTOS, y un largo etcétera de participantes. El éxito de aquel congreso creo que fue una de sus últimas y mayores satisfacciones en el terreno académico.

Su trayectoria intelectual fue siempre expresión de compromiso y de independencia. Como apuntaba acertada y cariñosamente A. OLLERO, N. M.^a LÓPEZ CALERA «era independiente hasta de sí mismo, de cualquier tentación se sentirse autosatisfecho de sí mismo y de su entorno». Sirvan algunos ejemplos:

Cuando más fácil hubiese sido haberse presentado a las elecciones al Rectorado de la Universidad de Granada en los años ochenta como candidato oficial de la izquierda, él se obstinó en presentar una candidatura independiente en la que estaban integrados desde el propio A. OLLERO a un por entonces jovencísimo L. GARCÍA MONTERO. Aquel experimento, quizá por demasiado independiente, acabó fracasando.

Cuando más fácil hubiese sido subirse al barco de lo políticamente correcto y seguir la ola de la política de proliferación de universidades uniprovinciales, más enérgica era su voz en todos los foros públicos denunciando el sinsentido de dicha política. Estos y otros ejemplos que podrían citarse muestran la facilidad que tenía de nadar a menudo a contracorriente.

En política no le faltaron opciones para asumir responsabilidades y cargos políticos, pero siempre tuvo el reparo y el miedo a perder su independencia de criterio.

N. M.^a LÓPEZ CALERA fue un «maestro» en el sentido más convencional que el término tiene en el ámbito académico y universitario, pero fue un maestro sin «escuela». Una expresión más de esa independencia. Nunca formó un grupo más o menos

homogéneo en cuanto a temáticas y enfoques, sino todo lo contrario. Todos sus colaboradores, desde los primeros como, F. VALLS, A. OLLERO, M. MARESCA, A. JARA o M. SAAVEDRA, hasta las últimas generaciones de profesores que se han ido sumando al Departamento, hemos constituido un grupo heterogéneo y plural en el que han cabido desde el iusnaturalismo al marxismo, la hermenéutica, el utilitarismo, el feminismo y el ecologismo, «analíticos» y «críticos», la argumentación jurídica y la historia del pensamiento jurídico, y bajo su dirección se han realizado tesis de las más variadas temáticas y enfoques. Esa heterogeneidad y ese pluralismo, junto al respeto por el trabajo ajeno, la discusión racional y la crítica, creo que son notas características del grupo de filósofos del derecho que trabajamos en Granada. Características todas ellas que son también reflejo de la propia personalidad intelectual de N. M.^a LÓPEZ CALERA.

Hay tres pasiones, tres vocaciones, tres constantes imprescindibles en la vida de Nicolás: el amor a su ciudad, la dedicación al trabajo universitario y el sostén personal de su familia.

Su compromiso con Granada es incuestionable. No ha existido debate ciudadano en el que no haya participado e intervenido desde su asidua y constante colaboración en la prensa local de Granada. Casi más de mil páginas dan testimonio de su presencia constante en la vida pública y en la reflexión ciudadana. Y el amor por su tierra, no exento de una profunda y sincera autocrítica, sirvieron para que nos dejara un ensayo central para entender las características peculiares de *El ser granadino* (Comares, 1998).

En la Universidad de Granada constituía todo un referente. Había sido decano, colaborador estrecho en el Rectorado de su amigo F. MAYOR ZARAGOZA, miembro de prácticamente todos los Claustros y Consejos de gobierno. Rectores y candidatos a rectores, decanos y candidatos a decano, compañeros de las más diversas áreas jurídicas y no jurídicas, han buscado su consejo y han recibido su aliento para las más variadas empresas intelectuales.

Su espíritu de servicio público y su dedicación universitaria fueron ejemplares. Era un apasionado de sus clases, algo que cuidaba especialmente, y siempre nos transmitió el respeto y la consideración por el alumno y la responsabilidad social que entraña nuestro trabajo universitario. Cuando, por ejemplo, nos escandalizábamos de algunas decisiones absurdas e incomprensibles de nuestros jueces y magistrados decía que no sólo había que centrar la atención en los que firmaban aquellas sentencias, sino también buscar las responsabilidades en las Facultades de Derecho y en los profesores que habían «amueblado» sus cabezas.

En el terreno personal, Nicolás es impensable sin la presencia inseparable de M.^a L. ESPADA, profesora de derecho internacional, su compañera de vida. Orgulloso pregonaba que su mejor obra —y el mayor regalo— habían sido sus hijas y sus nietos. En sus últimos años —puedo dar fe— lo único que alteró su rutina y su horario espartano de trabajo en el despacho de la Facultad fue el calendario de los partidos de fútbol de sus nietos y los ratos que dedicaba a «maleducarlos» deliberadamente.

No era amigo de homenajes. Tan es así que ni tan siquiera consintió que organizáramos el tradicional libro homenaje con motivo de su jubilación en el año 2008. A lo más que accedió fue a ser entrevistado por sus dos más estrechos y cercanos colaboradores

—M. SAAVEDRA y M. MARESCA— para el número extraordinario del cincuenta aniversario de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* en el año 2010. Y creo que aceptó más por la revista y los entrevistadores que por él mismo. Una entrevista que con su fallecimiento recobra toda su actualidad e interés y a la que me remito¹ para quien quiera profundizar en la trayectoria intelectual y personal de N. M.^a LÓPEZ CALERA.

Por todo ello, creo que el mejor homenaje que se le puede brindar a Nicolás es intentar hacer en la medida de lo posible lo que él hubiera hecho en este caso. Él no hubiera desaprovechado la ocasión para provocar un debate, encontrar un pretexto para ejercer la crítica y, para bien o para mal, en mayor o menor medida, para no dejar indiferente a cualquier asistente a un acto suyo. Estas palabras mías en este acto pretenden ser lo más fieles posibles a ese estilo.

Para ello, permitidme que en este momento introduzca una anécdota personal.

El fallecimiento de Nicolás coincidió en el tiempo con la jubilación por enfermedad de nuestro compañero y amigo M. MARESCA. Cuando preparaba esta intervención, estaba ayudando a Mariano a dismantelar físicamente su despacho, a desempolvar y expurgar los papeles de más de cuarenta años de trabajo en la Universidad. Cuarenta años en los que ininterrumpidamente compartió con Nicolás el trabajo diario en el Departamento, pero también una amistad profunda. Entre aquellos papeles viejos había de todo, pero hubo una carpeta que llamó especialmente mi atención. Era una carpeta con los materiales teóricos y prácticos del curso 1972-1973, textos mecanografiados y anotados personalmente por ambos. En el cuaderno de prácticas, titulado «Derecho y libertad», uno podía encontrar textos de T. DE AQUINO, HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU, KANT y HEGEL, pero también de MARX y WEBER, pasando por ADORNO y HORKHEIMER, o MARCUSE y los textos de las Declaraciones de derechos de 1789 y 1948. Y entre las lecciones teóricas del programa, tras las obligadas sobre el concepto de derecho y la referencia al derecho natural, estaban —repito, en 1972— derecho y fuerza, derecho y revolución, derecho y cambio social.

La conclusión era obvia: cuán alejado estaba aquel programa de las guías docentes de las asignaturas de Teoría del Derecho de nuestros actuales grados. Es el transcurso inexorable del tiempo, pensé. Aunque hoy no sabría decir cuánto hemos ganado y cuánto hemos dejado atrás en ese trayecto. Aquella carpeta fue una invitación a la reflexión sobre el papel actual de la filosofía del derecho en la formación del jurista, sobre qué tipo de filosofía del derecho y sobre qué modelo de enseñanza del derecho. Una de las preocupaciones constantes de Nicolás.

Su opinión sobre la filosofía del derecho que se hace actualmente en nuestro país era bastante positiva, creía que existía pluralidad y rigor aunque echaba de menos planteamientos críticos y utópicos sobre el derecho, pero sobre todo destacaba que había acabado convirtiéndose en una filosofía jurídica «normalizada» con las de nuestro entorno y tiempo. En cualquier caso, no vislumbraba un futuro claro: «las cosas están mal con la exclusión “de facto” de la filosofía del derecho en las Universidades, que va a tener que refugiarse y trabajar en los “media” y en seminarios de estudio al margen

¹ M. MARESCA y M. SAAVEDRA, «Entrevista a Nicolás M.^a López Calera», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44/2010, 573-581. La mayor parte de las citas textuales utilizadas en esta intervención proceden de esta entrevista.

de los grados y los posgrados. Tiene mal porvenir, pero su mal porvenir va a afectar al porvenir de nuestras sociedades políticas que van así a incrementar sus déficits sobre valores como la igualdad, la libertad y la dignidad».

Era enemigo de una universidad alejada de la sociedad, como de una formación jurídica de espaldas a la práctica jurídica y a los problemas reales de los ciudadanos. Pero especialmente en sus últimos años asumió públicamente en diversos foros una actitud muy beligerante ante las últimas reformas educativas y, en especial, ante la actual deriva de la Universidad y ante el papel decreciente de asignaturas formativas como la filosofía del derecho en la formación del jurista y, más en general, ante el menguante peso de las humanidades en la enseñanza universitaria:

Un proyecto académico particularmente enfocado a «no pensar» —decía— nunca será un producto razonable de educación superior sino una respuesta obediente a los principios de la rentabilidad y la productividad que alimentan el sistema social vigente.

Por eso, estoy convencido que no desaprovecharía hoy la ocasión para insistir y reivindicar la necesidad de una formación integral del jurista, de proporcionarle materiales de contraste, de la necesidad de una filosofía del derecho entendida como una «teoría radical (que va a la raíz de los problemas) sobre el derecho y sobre la política». No conformarse con lo que el derecho «es» sino afirmar y luchar por su «deber ser», por la posibilidad de «mundos sociales alternativos».

Como defiende M. NUSSBAUM en el libro *Sin ánimo de lucro*, que fue el último que personalmente tuve ocasión de comentar con él, «el pensamiento crítico, la imaginación narrativa, la indagación profunda en las cuestiones perennes del ciudadano, nos hacen mejores personas, sí, pero también construyen más y mejor la democracia».

A Nicolás le gustaba recordar, citando a B. BRECHT, que luchar por lo evidente ha sido y sigue siendo dramático, y confesaba que «después de cuarenta años, he disfrutado ética e intelectualmente de esta tarea y me considero feliz por haber servido modestamente a la afirmación de lo evidente: la igualdad y la libertad de la persona humana, de los grupos y de los pueblos más desfavorecidos».

Gracias de nuevo por dedicar este acto a su memoria.

GREGORIO PECES-BARBA: HOMBRE DE LEYES, HOMBRE DE ESTADO. *IN MEMORIAM*

Elías Díaz

Universidad Autónoma de Madrid

Hombre de leyes, jurista conocedor a fondo del derecho, también con destacada práctica de la abogacía (recordado en muy conflictivos procesos políticos bajo/contra la dictadura), catedrático de Filosofía del derecho, estudioso pionero entre nosotros de la historia y realidad de los derechos humanos, rector-fundador de la Universidad Carlos III, siempre atento al trabajo de los estudiantes y eficaz director de sus equipos docentes e investigadores. Hombre de Estado, quiero decir con visión y sentido del Estado, político activo contra el régimen franquista, después en democracia diputado socialista, uno de los siete «padres» de la Constitución de 1978, gran defensor del Estado social y democrático de derecho, de sus instituciones jurídico-políticas, del Parlamento (fue presidente del Congreso de los Diputados entre 1982-1986), de las rectas funciones del poder ejecutivo y del poder judicial sin las cuales y su correlativa sociedad civil no hay democracia posible.

Pero ya todos conocen que G. PECES-BARBA, nuestro buen amigo y compañero, tanto en las líneas básicas del socialismo democrático como en las tareas de profesor e intelectual en la Universidad, murió el pasado 24 de julio de 2012. Ocurrió en la ciudad de Oviedo, en el Hospital Central de Asturias en cuya «Unidad de vigilancia intensiva» había sido internado al advertir —en Ribadesella, donde pasaba largas temporadas— cómo se agravaban algunas de las dolencias renales y cardiovasculares que le venían afectando de manera muy especial en los últimos tiempos. Allí en el pequeño reducto de dicha «Unidad de vigilancia intensiva» le visité muy pocos días antes, el jueves 19 de julio. Se alegró al verme aparecer. A pesar de todo, ese día se encontraba algo mejor. Estaba lúcido y tranquilo, incluso irónico, en la que por desgracia vendría a ser ya nuestra última conversación. Permítaseme aquí esta evocación personal en el comienzo de estas notas como trasunto de su final estado de ánimo y como señales para nuestra común memoria.

En esa mi visita al verle allí tan apacible metido en su acogedora cama, si bien conectado a diversos aparatos médicos, le insté directamente y sin más a que tenía que ponerse bueno enseguida y salir pronto de tan hospitalario lugar. Que con lo que teníamos encima (la famosa «prima de riesgo» subiéndolo y subiéndolo y la moral ciudadana cayendo y cayendo), hacía él mucha falta fuera, que —le espeté— «no olvides que tu eres un hombre de Estado», que en consecuencia por lo que dicen algunos —le sonreí con cierta sorna— «también a ti te cabe el Estado en la cabeza». Captó inmediatamen-

te la indirecta referencia y, asimismo sonriendo, me contestó marcando la diferencia: «Sí, pero a mí es el Estado bueno, el Estado democrático». Luego bajando el tono se lamentó de que las enfermeras se habían olvidado de afeitarse y de que por ello estaba con esa barba de días. No era para tanto pero se lo rebatí: «Mejor, así ahora pareces de verdad un intelectual de izquierdas, barbado y no tan afeitadito y aseado como vas siempre». Se sonreía otra vez, pero seguía protestando de la rigidez de las mencionadas enfermeras porque no le dejaban hacer nada de lo que él quería (posiblemente comer más y otras cosas). Le apremié, repelente yo, aduciendo nuestros debates iusfilosóficos sobre la importancia y necesidad o no de la obediencia a las normas, puntualizándole que allí las enfermeras eran las celantes de las normas, de las *nomoi* (más válido sin duda tal aserto para diálogos de la Grecia clásica que de la rescatada actual). No parecía muy convencido pero cambiamos a otras cuestiones más personales, durante el tiempo permitido todavía para una visita en esa unidad especial, tiempo algo ampliado por las amables vigilantas dados mis buenos consejos al disidente, desobediente y (poco) paciente. Así seguimos platicando y mirándonos —ése es mi recuerdo final— para una despedida que en mí era esperanzada pero, a la vez, temerosa de lo que tristemente ocurriría de modo inesperado, el martes siguiente, breves días después.

Ahora Gregorio ya no está. Por desgracia hemos perdido al amigo que por fortuna hemos tenido (en mi caso desde hace casi cincuenta años), amigo fraterno, yo hermano mayor, con todos los problemas ínsitos en la fraternidad. Hoy todos sabemos de ciertos intelectuales de los que con razón se dice que «están de más»; en cambio, nuestro amigo siempre estará entre los que se «echan de menos». Quedan los recuerdos, las huellas, los libros, las ideas, los otros comunes amigos (concordantes o discrepantes con él). En definitiva, todo lo que de algún modo nos permite seguir siempre contando con los que serían sus juicios y actitudes ante también los más o menos nuevos o retornados problemas. Asimismo de los que, tras su muerte, están ocupando el primer plano de la más urgente y acuciante actualidad y/o de la más profunda y decisiva realidad política y social. Pero ahí estará —ya que no sus consultas y opiniones directas— siempre del profesor la necesaria referencia de fondo y las aplicaciones concretas de su filosofía jurídica y política.

1. DERECHOS HUMANOS Y ESTADO DE DERECHO

Es desde esta su dimensión política e intelectual desde la que debe destacarse cómo la preocupación en la lucha por los derechos humanos y la consiguiente consideración crítica (no indiscriminada) del poder radicado en las instituciones públicas (el derecho y el Estado) constituyen —creo— los dos (tres) ejes centrales y más constantes —siempre aunando a lo anterior los valores de la ética y la justicia— de esa su filosofía jurídica, moral y política. Resaltaría enseguida en el conjunto de estos básicos elementos la aspiración «totalizadora» que —creo— le caracteriza. O, por decirlo en términos más cercanos y menos comprometidos, su permanente preocupación por la coherencia interna, por la sistematicidad de las realidades y los conceptos (derechos humanos e instituciones públicas) que forman parte de aquella.

Especialmente como jurista, en el talante intelectual de G. PECES-BARBA cabe siempre apreciar esa su pretensión de coherencia y sistematicidad. Y vinculado a ello,

como profesor de filosofía jurídica, moral y política, estaría esa su diferenciación entre valores, principios y derechos de raíz rigurosamente racional (adecuada por fuerza a la realidad). Crítico tenaz del iusnaturalismo, sus posiciones axiológicas se manifestaban cercanas a un normativismo crítico y realista o al, por él denominado, «positivismo corregido» (sobre ello, su *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, obra publicada en 2010 revisando lecturas y trabajos anteriores, en una trayectoria de cincuenta años a modo de resumen de su pensamiento. Y antes las contestaciones a la muy completa y aguda entrevista hecha por M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, publicada en *Doxa*, núm. 31, 2008).

El teórico aplicó a la política práctica y en momentos decisivos esas sus «señas de identidad». En su obra sobre *La elaboración de la Constitución de 1978*, el profesor rememora diez años después (Centro de Estudios Constitucionales, 1988) las tareas del diputado socialista PECES-BARBA junto a cada uno de los siete ponentes encargados de redactar —con los adecuados apoyos externos, por supuesto— el texto constitucional que tras la Ponencia, pasaría a revisión y aprobación en la correspondiente Comisión y en el Pleno del Parlamento para finalmente ser sometido al *referéndum* de la soberanía popular. En los debates de entonces, en sus intervenciones constituyentes, y también después en esa genética rememoración, quedan patentes los grandes esfuerzos, yo diría que hasta los «sufrimientos», de G. PECES-BARBA y su «desesperación» ante las incomprendiones de algunos, por lograr en la naciente Constitución una estructuración y una articulación coherente y rigurosa, incluso en el lenguaje, de acuerdo con las exigencias analíticas de la ciencia jurídica y, desde ahí, en cuanto objetivo de dicha totalización, asimismo con la filosofía del derecho como teoría de la justicia y con la filosofía política.

Retomando así, como quedó indicado desde el inicio de estas páginas, ese lugar preeminente para, por un lado, el poder (realidad) y, por otro, los derechos humanos y las instituciones públicas (racionalidad) como categorías propias de la interrelacionada filosofía política y jurídica del durante largos años rector de la Universidad Carlos III de Madrid, sobre ellas se articulan básicamente las dos grandes dimensiones que, siempre en potencial conflicto, identifican la posición que, por mi parte, suelo yo calificar como «realismo crítico». Por un lado, el del realismo, la concepción normativa, pluralista y con «textura abierta» del ordenamiento jurídico, de la validez del derecho —esto es lo decisivo— fundada en el poder: «hecho fundante básico» lo denomina aquél. Me parece que en G. PECES-BARBA ese poder no se refiere tanto al poder social (economía incluida) —así lo vería yo— sino más bien al que después se institucionaliza desde ahí, como poder político, en el Estado. Sus libros *Libertad, poder, socialismo* (1978) o su *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1983), ilustran con detalle sobre esa rigurosa pero no formalista ni aislada teoría del derecho —«normativismo realista», es su título— siguiendo la diferenciada estela de los grandes maestros H. KELSEN, H. HART y N. BOBBIO.

Y por otro lado, la faceta crítica, con la apreciación de que la teoría de la justicia, espacio donde se debate y argumenta sobre las decisivas cuestiones de la legitimidad y la justificación del derecho y del poder, constituye parte fundamental ineludible de la filosofía jurídica: y, como digo, el puente imprescindible de ésta con la filosofía política y con la filosofía moral. Hay que señalar enseguida, en coherencia con lo que se viene

afirmando aquí (y con mi plena concordancia), que para el profesor PECES-BARBA el contenido básico de tal filosofía de la justicia es precisamente los derechos humanos. Aquellos derechos —resaltemos— que vinieron a ser positivizados, legalizados, como detallados derechos fundamentales en nuestra Constitución, en cuanto concreción de los mencionados valores y principios, gracias en amplia medida a su firme personal insistencia dentro de la alta Comisión (bien acompañado desde la izquierda) como título I, arts. 10 a 55 de la misma. Desde otras posiciones políticas, recordemos, se prefería sobre ello un simple reenvío a los textos y declaraciones internacionales. Tales derechos derivan, como depurado resultado histórico y propuesta crítica racional, del mundo moderno y de la más autocrítica Ilustración expresados en la tríada ética y política de la libertad, la igualdad y la fraternidad (solidaridad). De ahí procede, no sin cambios ni conflictos de todo tipo, la «ética pública» —definía nuestro amigo— necesaria de seguir construyéndose hoy en libertad y democracia sobre la base de las fuertes exigencias de carácter universal que definen a la dignidad humana. Para todas estas importantísimas cuestiones tenemos, entre otros, sus libros y monografías sobre *Derechos fundamentales* (1973, con sucesivas nuevas ediciones), *Los valores superiores* (1984), *Ética pública y derecho* (1993), o *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho* (2002).

Fueron frecuentes y desde hacía mucho tiempo los trabajos de G. PECES-BARBA sobre unos y otros de esos derechos fundamentales, o sobre aspectos concretos de los mismos, y asimismo (Instituto «Bartolomé de las Casas», por él creado) las tesis doctorales que profundizan en ellos bajo su dirección. Es verdad que todos asociamos enseguida su nombre al de los derechos humanos y los derechos fundamentales. Junto a sus propias investigaciones de contenidos más teóricos e históricos habría que mencionar aquí también, ahora como director, la monumental obra colectiva *Historia de los derechos fundamentales*, en nueve volúmenes (desde 1998). Pero al lado de ello, como ya señalé, puede muy bien decirse que en su filosofía política está siempre presente de manera muy prevalente su insistencia por la radical necesidad, el carácter imprescindible del marco institucional y procedimental (democrático) en que como Estado de derecho mejor podrán y habrán de hacerse efectivas esas exigencias de protección y realización de los derechos fundamentales para todos los ciudadanos, entendida esta expresión de la ciudadanía en su sentido más amplio posible. La razón de ser del Estado de derecho es, así, precisamente la protección jurídica y la realización efectiva de esos, siempre en evolución, derechos fundamentales y constitucionales.

Soberanía popular como poder constituyente y como poder constituido (en sus diferenciadas manifestaciones e intervenciones), libertad crítica y de expresión, sufragio universal, regla de las mayorías, respeto a las minorías, voluntad de consenso, el ser humano como agente moral, doble participación en decisiones y en resultados, importancia básica de la cohesión e igualdad social, primacía del Parlamento como sede de la soberanía popular y, en consecuencia, función fundamental de las instituciones y de sus poderes ejecutivo y judicial (en división o separación, suele decirse, pero nunca aislados e incommunicados entre sí). Estos valores y principios constituyen también para él la base de la ya mencionada «ética pública» de la modernidad en su evolución hasta nuestros días. Y junto a otras decisivas derivaciones, son las piezas imprescindibles para esa siempre abierta realización de los derechos fundamentales (y hasta diríamos que de las éticas privadas) en el contexto del Estado social y democrático de derecho.

Dentro de ese ámbito general, en su obra sobre *La democracia en España, experiencias y reflexiones* (1996), el profesor PECES-BARBA —al hilo de su propia autobiografía personal— vino a llamar especialmente la atención en la vida política de nuestro país en esos años (pero creo que valdría casi aún más para hoy) acerca de las deficiencias y patologías (no insalvables, ni incurables) de dos instituciones básicas para la democracia como son nada menos que el Parlamento y los partidos políticos. En otras obras posteriores volverá, como veremos, a una consideración más extensiva de las diferentes causas de esas y otras patologías. La referida ahora al Parlamento formulará una muy insistente propuesta, ante la debilitación injustificada o la pérdida innecesaria de algunas de sus importantísimas funciones, en favor de una necesaria recuperación de su supremacía y posición de centralidad en cuanto legítimo representante de la soberanía popular dentro de una adecuada organización de los poderes públicos en tal Estado social y democrático de derecho. Quien fuera su presidente entre 1982 y 1986 subraya que «hay que hacer un sitio, siempre preeminente, al Parlamento en la democracia del futuro que, como dice TOURAINE —cita aquél—, no será sólo la democracia de la representación y de la deliberación, sino la democracia de la liberación, que intenta generalizar la efectiva dignidad de todos los hombres». Es decir, en una democracia de doble participación —suelo señalar yo— en la toma de decisiones y en la consecución de resultados, propone aquél un consecuente y representativo Parlamento que sea, como siempre, de deliberación y, a la vez entonces y en el futuro, de verdadera liberación.

Y respecto a los partidos políticos, tan imprescindibles y de justificada legitimidad, pero a la vez con tan fuerte proceso de deslegitimación fáctica en las democracias actuales, PECES-BARBA avisaba ya entonces de los gérmenes de fondo y riesgos reales que desvirtúan su carácter y sus importantes tareas. Así, por ejemplo, el clientelismo personalista, el partidismo cerrado, la falta de democracia interna, la selección inversa o negativa, las dependencias económicas, la inamovible profesionalización, el excesivo culto al gran líder, la extralimitación de las funciones y poderes de aquellos, dando lugar a esa criticada partitocracia. Patologías, ésas y otras, ya dijimos, que sólo podrán entrar en vías de solución, complejas en todo caso, fortaleciendo su progresiva democratización y libre crítica interna y un mucho mayor y abierto contacto con la sociedad civil, y con los nuevos movimientos sociales (le señalaba yo), en evitación de su anquilosamiento y dogmatismo burocrático. Junto a otras medidas más concretas bien vistas por aquél (cambios en las leyes electorales, formación de listas mucho menos subordinadas a la jerarquía partidaria, oposición al sistema absoluto de cierre y bloqueo, etc.), una buena solución —piensan muchos— iría asimismo por el paso progresivo del modelo tradicional de partido de «militantes» (no muy grato vocablo) a un mucho más abierto partido de ciudadanos, es decir, de contrastados votantes y coherentes simpatizantes. Concuero en gran medida con ello, más aún cuando en ciertas desgraciadas circunstancias (antiterrorismo de Estado, corrupción, aislamiento de la sociedad, falta de sensibilidad intelectual) me he visto impelido a declararme repetidamente en público y en privado, medio en broma, medio en serio, como «militante, no simpatizante».

Todos estos mencionados valores, principios, derechos y hasta los consecuentes procedimientos e instituciones para alcanzar y potenciar aquellos, forman pues parte

de la que se identifica hoy —ya se ha dicho aquí— como ética pública. «Quiero así decir —escribía G. PECES-BARBA, conectando en esa doble participación la inicial libertad fáctica de elección y la final autonomía o libertad moral (*Ética pública y derecho*, 1993)— que en este punto de vista del paradigma de ética pública de la modernidad, la libertad inicial o de elección tiene —subraya aquél— una organización política y jurídica, inspirada y fundada en el valor de la libertad social, a la que completan y matizan, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, que permite llegar a las personas a abordar el ideal de la autonomía o libertad moral». Ética pública incluyente, pues, que en su propuesta hasta incluiría (cuestión siempre debatida) a los excluyentes, al menos a los no violentos. Ésta es la grandeza de la ética pública democrática —señalaba aquél— que, por supuesto, en modo alguno se retrae ante la institucionalización en el Estado de derecho de los consecuentes mecanismos —incluso penales— de eficaz y legítima autodefensa. Dicha ética pública sería, así, resultado histórico y producción crítica racional, sometida a su vez a los propios controles internos y externos, en proceso de derivación constante y coherente desde una teoría de la justicia basada en esos valores de la libertad real para todos y de la autonomía moral personal en el marco hoy del Estado social y democrático de derecho.

2. LA ESPAÑA CIVIL: EL INTELLECTUAL Y EL POLÍTICO

Toda esta «teoría general» que identifica de manera un tanto esquemática la filosofía jurídico-política del profesor G. PECES-BARBA (se trata en efecto de una muy sucinta y fragmentaria síntesis vista desde mi propia, pero en gran parte compartida, perspectiva personal) se ha elaborado tomando siempre por él como referencia teórica y práctica la concreta circunstancia histórica de este país en ese largo tiempo que va desde la lucha contra la dictadura franquista a la construcción de la actual España democrática. Y lo ha plasmado —uniéndolo una vez más a su propia biografía— en el que, a título individual, podría considerarse como su último libro (*La España civil*, 2005) donde también se resumen y revisan las claves de sus propuestas intelectuales y políticas de siempre pero con no pocas aportaciones nuevas pensando más aún en el presente y el futuro colectivo (con posterioridad a él aparecería en 2007 la obra de los profesores de la Universidad Carlos III, por él dirigida, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, básica para la buena teoría y la democrática política legislativa sobre esta tan debatida y atacada cuestión).

En esa obra de 2005, dedicada a «la memoria de Antonio Machado, Fernando de los Ríos y Manuel Azaña, apóstoles de la España civil», escribe por su propia parte G. PECES-BARBA: «La España civil expresa una voluntad muy firme de contribuir con mis ideas al futuro de nuestro país, señalando los rasgos de una sociedad bien cohesionada. Es una obra reformista y moderada» —añade— donde «presento un modelo que me parece viable y posible; no es una utopía irrealizable, sino un proyecto difícil, aunque no imposible. Es una utopía reformista que puede hacerse realidad. Me considero —manifiesta aquél— un socialdemócrata, un socialista liberal que rechaza el extremismo, el fanatismo y la imposición». Tal filosofía jurídico-política democrática, con sus valores y principios, instituciones y procedimientos, fortalecidos en comunidad con Europa, constituyen —dice allí PECES-BARBA— los cimientos, «los pilares de

la España civil». Los mismos —concluye aquél vinculando ambas perspectivas— que «constituyen la ética pública recogida en la Constitución Española y que deriva como fundamento último de la idea de dignidad humana».

El punto de vista ético y el punto de vista sociológico —se señala allí recuperando la dimensión histórica de uno y otro— fueron logrando buenas coincidencias genéricas, aunque siempre a su vez con graves insuficiencias por ambas partes, vistas en el ámbito de la modernidad: por ejemplo, juntando aquí lo positivo y lo negativo, la afirmación del humanismo, la autonomía moral y la racionalidad *versus* las muy fuertes desigualdades sociales internas y la violenta explotación colonial internacional. No faltaron tampoco perversas justificaciones de estos grandes males desde posiciones naturalistas y mecanicistas propias después del peor hedonismo y predarwinismo. Proponiendo superar tal dualismo y disensión histórica y actual, que forma parte de las patologías de la Ilustración, asume el profesor PECES-BARBA su propia posición personal. Escribe así: «En el acervo de mis convicciones ideológicas o de ética pública se pueden distinguir tres momentos históricos desde los cuales —afirma— mi conciencia se ha ido formando: el Renacimiento y los humanistas y los libertinos, que están en el origen de conceptos como los de dignidad, felicidad o tolerancia; la Ilustración, en que surgen todos los nuevos ideales que van a acompañar el desarrollo de la dignidad, la Constitución, los derechos humanos, el Estado de derecho, la trilogía de la libertad, la igualdad y la solidaridad, la tolerancia y la paz; y, finalmente —subraya con este término y de manera especial—, el socialismo democrático, abierto a las corrientes moderadas de la satisfacción de las necesidades, de la búsqueda de la igualdad y de la solidaridad, así como a los nuevos valores del medio ambiente y partiendo de la universalización de esos derechos». Esos tres momentos —como vemos— son sustancialmente aquellos que en su día asimismo invocaba entre nosotros Fernando de los Ríos (*El sentido humanista del socialismo*, 1926) como germen y base de su concepción del mundo. G. PECES-BARBA siempre se identificaba más con él (incluso como «cristiano erasmista») que con el otro profesor filósofo socialista democrático más cercano a un cierto marxismo, Julián Besteiro, pese a haber sido éste y él mismo presidentes del Parlamento español, respectivamente en 1931 y en 1982.

A este respecto con alguna frecuencia nuestro buen amigo gustaba de explicitar los nombres propios individuales (me parece muy bien, yo también lo hago) de los ilustres por los que, dentro de esas y otras corrientes históricas de pensamiento, se considera, en mayor o menor medida, influido. Aparecen allí los que serían, pues, sus mejores polos de referencia: entre los clásicos PLATÓN, ARISTÓTELES, CICERÓN, SÉNECA, SANTO TOMÁS, GIORDANO BRUNO, SUÁREZ, VIVES, MONTAIGNE, ERASMO, GROCIO, DESCARTES, SPINOZA, LOCKE, LEIBNIZ, VOLTAIRE, DIDEROT, ROUSSEAU, CONDORCET, MONTESQUIEU, PAINE, TOCQUEVILLE, STUART MILL, BLANC, HEGEL, COMTE o MARX, «a mi juicio —señala aquél— los más relevantes hasta el siglo XX». Sin pretender ser exhaustivas, me extraña de todos modos la ausencia de I. KANT en estas listas, aunque sea cierto que en otros pasajes más sistemáticos de sus obras venga invocado. Entre las gentes del XIX y XX recupera en diferentes ámbitos a WEBER, HUSSERL, BERGSON, E.-A. CHARRIER —conocido como ALAIN—, E. BERNSTEIN, G. SOLARI, P. GOBETTI, H. KELSEN o J. MARITAIN; más recientemente J. RAWLS, R. DWORKIN y, sobre todo, N. BOBBIO. Entre otros autores españoles del siglo XX, el iusfilósofo PECES-BARBA se reconoce de manera particular en F. DE LOS RÍOS, P. DORADO MONTERO, G. DE AZCÁRATE, L.

JIMÉNEZ DE ASÚA; ya contemporáneos suyos, F. GONZÁLEZ VICÉN, J. RUIZ GIMÉNEZ y (generosa pero sé que sinceramente) él siempre añadía E. DÍAZ.

Pero, además —como vemos— de profesor de filosofía jurídica (ética y política), además de un teórico y un intelectual comprometido, de todos es sabido, G. PECES-BARBA fue también un político: como tal ejerció de manera muy influyente y activa hasta 1986, pero reservada y potencialmente siguió siéndolo hasta el final de sus días. El intelectual y la política: pocas de las gentes de su generación podrían representar mejor que él esa efectiva dedicación y vocación hacia estas dos tan decisivas e imprescindibles tareas que, de manera especial, en la España de todo este nuestro tiempo se han dado tan íntima, testimonial y fructíferamente relacionadas. No ha sido aquél un político que como tal optara por prescindir de su filosofía, de la necesidad de coherencia teórica y fundamentación ética. Ni ha sido un profesor —como muy principalmente siempre se reconocía él—, que, en diferentes momentos, haya rehusado estar incluso en primera línea de la práctica política; se desdoblaba y compatibilizaba muy bien ambas dimensiones, siempre ayudado y secundado en tan diferentes tareas por leales y eficaces equipos de colaboradores. El profesor de filosofía del derecho fue así sucesivamente diputado desde 1977, secretario general del grupo parlamentario socialista, miembro destacado —ya se ha dicho aquí— de la ponencia que elaboró la Constitución de 1978 y, finalmente, presidente del Congreso de los Diputados de 1982 a 1986.

Como es bastante lógico y normal que ocurra en relación con esos u otros dualismos de carácter personal, no ocultaré aquí en estas notas (biográficas, para nada hagiográficas) que entre sus críticos más severos algunos le consideraban tal vez por su aptitud para las relaciones públicas, su capacidad de trabajo o sus dotes organizativas, incluso conspirativas, es decir, como político práctico pero no estrictamente (a mi juicio, de modo en exceso estricto o, incluso, distorsionado) por sus creaciones iusfilosóficas. Otros, en cambio, poniendo en cuestión su talante de auténtico político (por no transigir, sino imponiendo sus propios criterios, ante determinadas decisiones públicas, incluso institucionales, invocando razones morales o jurídicas, recuérdese que con frecuencia se le acusaba de «juridicista»), sin embargo le reconocían y ensalzaban —¿puente de plata?— por sus méritos como profesor y después como rector (y creador) de la Universidad Carlos III de Madrid. Aparte de ello, es obvio que sus «enemigos», que los ha tenido, le negaban sin más y a la vez con contumaz ignorancia y malevolencia ésas y cualquiera otra de sus cualidades personales, intelectuales o políticas. Esto es algo que por desgracia se puso indignamente de manifiesto en amplios sectores de la derecha política y mediática con agresividad y aversión inusitada hacia él con ocasión de su nombramiento en 2004 como «Alto Comisionado de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo».

Sé que G. PECES-BARBA se sentía muy identificado (como, por lo demás, también el autor de estas páginas) con las reflexiones y el modelo propuesto por nuestro común maestro N. BOBBIO para el buen entendimiento de esa relación con tensión entre el intelectual y la política: las ha expuesto éste en diferentes momentos y escritos suyos pero principalmente en su obra *Il dubbio e la scelta. Intelletuali e potere nella società contemporanea* (1993). Señalaba allí N. BOBBIO que la particular actitud prescriptiva y optativa que define al intelectual, como hombre de cultura, se halla en su base firmemente radicada en los propios factores y valores que hacen posible, más fiable y

segura, la vida intelectual misma, la existencia y subsistencia de la cultura: son éstos el estudio, la indagación científica, la argumentación racional, la pluralidad crítica, la libertad para discrepar, el diálogo con la comunidad científica, etc. Pero, a su vez, hacia observar (también KELSEN, recuérdese, al tratar de su concepto de justicia) que todo ello constituye la base de lo que entendemos por democracia, por convivencia pacífica, libre y civil tan reclamada siempre para España por G. PECES-BARBA y de nuevo en este libro sobre *La España civil*.

De este modo N. BOBBIO subrayaba de manera consecuente que a los hombres de cultura les corresponde una tarea eminente en defensa de las condiciones básicas que permiten precisamente la supervivencia misma y el desarrollo de un mundo civil. Y unida a ella —dando un paso más— el compromiso (la responsabilidad) de actuar para la defensa efectiva de las condiciones y los postulados reales de la cultura. Desde esas condiciones y postulados básicos y de fondo, la filosofía política del maestro italiano se orienta de modo coherente a posiciones personales sobre las que hay general consenso en calificar —así lo hace también él— como muy concordantes con el denominado socialismo liberal. O —como yo más bien puntualizaría, entre otras cosas, por su insistencia en la importancia de la igualdad y de la presencia del Estado —como más identificadas con lo mejor de la socialdemocracia y, sin entrar aquí y ahora en mayores diferencias, con el propio socialismo democrático. Recuérdese que para N. BOBBIO (*Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, 1994; traducción española, 1995) la igualdad es precisamente la nota que caracteriza a la izquierda y que —en una u otra graduación cuantitativa— expresa la diferencia cualitativa con la derecha. Como actitud seriamente asumida, con éstas y otras mencionadas influencias, como político e intelectual G. PECES-BARBA vino siempre a identificarse dentro de esas muy concordantes características socialistas.

3. LAS PATOLOGÍAS DE LA DEMOCRACIA. POR UN SOCIALISMO LIBERAL

En esta perspectiva de un socialismo liberal, con el cual, junto al de socialismo democrático, prefería identificarse él, y en relación con sus referidas propuestas de presente y de futuro para una España civil y laica, PECES-BARBA va a resaltar y a estructurar la parte crítica de este su libro de 2005 en torno —dice— a tres patologías de la democracia que ahora, incluso en los últimos tiempos después de su muerte, han adquirido entre nosotros una aún mayor y más grave actualidad. Son —escribe aquél— los «principales obstáculos que identifiqué —señala— con tres cuestiones: el nacionalismo, porque no acepta la idea de España; la Iglesia, entendida como institución, porque no acepta plenamente lo que significa la democracia; y la derecha política, representada por el Partido Popular, porque no acepta en toda su profundidad, pese a los más de veintisiete años de arraigo, las bases fundamentales con las que se construyó el consenso, el gran pacto social [...] que hizo posible la Constitución de 1978». Son, como se ve, observaciones que más allá de sus derivaciones de carácter coyuntural, las que aquél denomina como «patologías de la autonomía, de la autoridad y de la crispación», reenvían a cuestiones muy de fondo que son, cada una de ellas, amplia e intensamente debatidas en la filosofía política actual.

a) Sobre la primera —nacionalismo como exacerbación de la autonomía en el actual Estado constitucional— con riesgos, dice, de dar lugar a una ilegítima «patología de la autonomía», de carácter soberanista y secesionista, en definitiva, de minorías que pretendan imponerse a las mayorías, la posición de G. PECES-BARBA (descontando algunos excesos y desajustes verbales de carácter ocasional) está bien clara. En todo caso los Estatutos, las reformas estatutarias de las Comunidades Autónomas y, por supuesto, los poderes derivados de aquellos, tienen que respetar los límites y procedimientos de la Constitución así como las competencias exclusivas del Estado. Proponer, los tales poderes, la ilegal desobediencia a la Constitución, obrar a sabiendas en contra de ella, implica autorizar a los demás órganos institucionales a hacer lo propio (situación, diríamos prehubbesiana) socavando toda democrática legalidad y legitimidad. Los Estatutos, normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, están autorizados por la Constitución, ya que emanan de ella. Ésta es —insiste— la norma fundamental básica del conjunto del sistema que autoriza y es responsable del resto del ordenamiento, incluidos los Estatutos. Y ése es el marco en el que, por de pronto, ha de situarse toda invocación (no se olvide que por unos u otros) del legítimo «derecho a decidir».

Por otro lado, sigue aquél, si se asume el título de «comunidades históricas», éstas no habrían de reducirse a las que ya habían puesto en marcha su Estatuto durante la Segunda República (aunque a su vez pudieran aducirse razones históricas para ello) sino que lo reivindica también para otras, quizás para todas, pues —recuerda— entre todas ayudaron a identificar a una de las primeras naciones y de los más viejos Estados de la Europa moderna. Respecto a España como nación, acuña G. PECES-BARBA la idea de España como «nación de naciones» (algo, pues, muy diferente al mero «Estado plurinacional»), en la cual los planteamientos soberanistas y los proyectos separatistas —dice— carecen de sentido. No tendrán además apoyos suficientes en esta sociedad y en el seno de Europa, una Europa que es ya de los Estados y de los ciudadanos y que no deja espacio para derechos colectivos ni para identidades cerradas. La nación española —concluye aquél— era el poder constituyente y, por consiguiente, previa a la Constitución. Las otras naciones se reconocían jurídicamente en la Constitución. Culturalmente tenían también una existencia anterior, pero su juridificación se produce desde la entrada en vigor de la Carta Magna.

Puedo concordar en gran parte con las posiciones de PECES-BARBA, sobre todo en la que fue fundamental condena absoluta del terrorismo y, en cualquier caso, la afirmación de la libertad para el pacífico disidente proveniente de allí. Pero yo también recomendaría (todavía Ortega y Gasset) «conllevar» serenamente en nuestros días, con mayores dosis de realismo, de diálogo y de esperanza activa, la existencia fáctica de tales nacionalismos. Para así buscar hoy vías de solución a nivel político —la cuestión es de largo recorrido— con su posible incardinación explícita en un Estado federal que, por lo demás, en cuanto a competencias no estaría —pienso— muy lejano de un evolucionado Estado actual de las Autonomías. Y para un tiempo futuro quizás podamos ir a la integración y progresiva «disolución» y pérdida de sentido en Europa de todos los actuales radicalismos nacionalistas de ese carácter soberanista.

Digo esto sin poder olvidar a la vez, en la filosofía política y social, las connotaciones más bien conservadoras, incluso en ciertos casos explícitamente reaccionarias de

unos u otros de esos nacionalismos. Son los derivados por lo general (siglos XVIII-XIX) de ciertas concepciones historicistas (ejemplo el mismo SAVIGNY) y de algún romanticismo no liberal donde se sueña como místico e irracional el alma de los pueblos y de la misma historia, es decir, donde lo real se hacía y se veía como racional precisamente para que —como desvelaba el MARX hegeliano— lo racional pudiera hacerse real (re-enviaría aquí al capítulo II de mi libro de 1966, *Estado de derecho y sociedad democrática*, en radical oposición a los idearios totalitarios inspiradores del otro no «periférico» nacionalismo, el del régimen franquista, por todos definido, según se configuraba por él mismo como nacional-catolicismo).

b) El segundo para PECES-BARBA de esos principales obstáculos a la pretérita, actual y futura España civil y laica es, ya veíamos, «la Iglesia, entendida como institución, porque —dice— no acepta plenamente lo que significa la democracia». Frente a ese obstáculo está, por de pronto, la crítica a toda teocracia, pero también hoy al fundamentalismo religioso y/o teológico que pretende imponer su dogma, su verdad (para ellos verdad absoluta), incluso en y frente a las sociedades democráticas y sus libres decisiones públicas, políticas y jurídicas. Como profesor y estudioso de estas cuestiones, aquél también ha dedicado frecuentes trabajos en revistas especializadas y en artículos periodísticos contra esa que llama «patología de la autoridad» (yo preferiría decir «patología de la verdad») referida muy en especial a la Iglesia católica. La ejerce ilegítimamente ésta, cuando sus jerarquías y sus seguidores políticos —en línea con el actual «fundamentalismo teocons»— sostienen que en el Parlamento no se pueden debatir ciertos temas, ni aprobar ciertas leyes, por entenderse que son contrarios a la verdad por aquella considerada como dogma intangible y como norma moral inmutable, eterna y natural. «En la actualidad —repetía siempre PECES-BARBA— se trata de temas como el divorcio, la eutanasia, el aborto o el matrimonio entre homosexuales, pero en el siglo XIX lo eran entre otros, el derecho de sindicación, el sufragio universal o la libertad de expresión y de conciencia». Recuérdese el *Syllabus* de Pío IX (1864) o el libro del presbítero F. SARDÁ I SALVANY, *El liberalismo es pecado* (1884), con nueva edición crítica (en los dos sentidos de la palabra) de S. HIBBS-LISSORGUES. Sobre Pío IX y su tiempo véase ahora publicada, en 2000, la sugerente obra de F. SOSA WAGNER.

Ésta es la tesis que, puede decirse, en líneas generales ha mantenido la Iglesia durante toda la Edad Media e incluso en la Edad Moderna, en clara oposición con el espíritu de la Ilustración. Se trata en definitiva de un iusnaturalismo teológico (y ontológico), basado en la triada jerárquica de ley eterna, ley natural y ley positiva, definidas siempre éstas por los poderes eclesiásticos, explícitamente opuesta tal doctrina a los caracteres propios de la democracia entendida, entre otras exigencias éticas y políticas, como libre expresión de la soberanía popular. Se volverá aquí sobre ello más adelante. Recordemos que, entre nosotros, G. PECES-BARBA se opuso con decisión y con toda razón a las pretensiones dogmáticas y antidemocráticas de semejante concepción que cercena sin más la libre soberanía popular.

En este punto lamento tener que constatar que la Iglesia católica no ha tenido el menor reparo ni prudencia alguna para condenar *nominatim* y de modo directo y explícito a nuestro amigo, todo hace pensar que a causa de esa su actitud crítica y democrática en defensa de la España laica y civil. Lo ha hecho ahora en concreto, días antes de la muerte de aquél, nada menos que a través de una muy alta jerarquía del Va-

ticano, en la solemne carta oficial emanada —así reza el texto— por «Tarcisio cardenal Bertone, secretario de Estado de Su Santidad» el pasado 11 de julio de 2012, quizá a instancias de la propia Conferencia Episcopal Española. En dicha misiva cardenalicia, carente de la más mínima consideración y respeto, se menciona al «señor G. PECES-BARBA» (es decir, a quien fue catedrático de filosofía jurídica, moral y política de la Universidad Carlos III de Madrid, fundador y primer rector de ella, Presidente del Congreso de los Diputados del Estado español) como una de las personas que dan pretexto a la «perplejidad» y reacción contraria del Vaticano frente los «reconocimientos» habidos a aquél, a causa de su otorgamiento del doctorado *Honoris Causa*, por la Pontificia Universidad Católica del Perú prohibiendo a ésta seguir utilizando los títulos precisamente de Pontificia y Católica. A los profanos, no expertos en esos asuntos eclesiales, todo esto nos suena a lo que otrora (y aquí, en nuestro país no tan otrora) hubiera sido sin más una especie de «anatema», de formal o informal «cédula de excomuniación», aunque ahora ya sin pasar el encausado al poder del «brazo secular» (*vid.*, con toda razón y fundamentación histórica el artículo del profesor J. SAUQUILLO sobre «La implacable “jurisdicción” de la Iglesia Católica», en *Cuartopoder*, 9 de noviembre de 2012).

Pero más allá de estos dogmatismos religiosos o patologías de la «verdad», la cuestión de fondo que siempre y también aquí se plantea, desde perspectivas muy diversas e incluso radicalmente contrarias, es la que hace referencia a la formulada como exigencia de «límites y limitaciones» de las mayorías y, por tanto, de la propia democracia. Sobre ello contestaba con contundencia PECES-BARBA: «Pero eso no es posible; no hay cotos vedados, ni política ni jurídicamente, a la deliberación por mayorías que no sean los que están en normas superiores (principio de jerarquía) o en materias para las que no está habilitado el órgano que pretende deliberar (principio de competencia)». Estimo que aquél está del todo en lo cierto cuando habla, como es su caso, en términos políticos y jurídicos en el marco de soberanías y/o mayorías ya constituidas, es decir constitucionales. Sin embargo, cuando se plantea con mayor radicalidad la cuestión de esos límites no sólo política y jurídicamente sino desde el punto de vista ético y en un marco constituyente —en él es donde, me parece, se sitúa nuestro común amigo E. GARZÓN VALDÉS cuando habla de «coto vedado» (cláusula que con todo yo también evitaría, prefiero la de «ciudad libre o abierta») —, entonces no cabe duda que la tal cuestión se hace más compleja exigiendo otras imprescindibles y complementarias argumentaciones. Reenvío aquí a mi escrito titulado precisamente «Entrada libre en el “coto vedado”», en el núm. 30 de *Doxa* (2008) en *Homenaje a Ernesto Garzón Valdés*. Yo casi lo dejaría aquí recordando lo siguiente: que mejor que de «límites» o «limitaciones» de la democracia —tan arteramente pregonados y aprovechados por muchos limitadores que nunca limitan a las dictaduras— yo preferiría hablar, digamos, de exigencias coherentes o, mejor, de imperativos de coherencia con los mismos principios éticos y políticos —así como con las posteriores secuencias de derivaciones en derechos humanos— que definen y justifican a las democracias. Con ello, por supuesto, que para nada pretendo yo dar por definitivamente zanjada la discusión ni, mucho menos, resuelto sin más el fondo último de la cuestión.

Como base de ese imperativo estaría —y esto me parece lo fundamental— la afirmación del valor prioritario de la autonomía moral individual, del ser humano como agente moral, en definitiva de la libertad (tomada en serio) sin la cual nada es posible,

tampoco la igualdad. Así, pues, como exigencias y derivaciones inmediatas, la libertad pública de expresión, de crítica, de deliberación, de participación tanto en decisiones (con libres elecciones y correspondiente representación parlamentaria...) como en resultados (de carácter social, económico, cultural...). La difícil y muy responsable valoración ética y política del cumplimiento, más o menos gradual, de tales exigencias o imperativos (llámensele, si se prefiere, derechos humanos), reconozcámoslo así, habrá de quedar otra vez ineludiblemente en manos de la entera comunidad, no de iglesias, institutos armados o grandes poderes económicos. Sobre esas bases, tal comunidad, que, no se olvide, se compone a su vez pluralmente de mayorías y minorías en relaciones de compleja interacción, actuaría ya en dicha posición incluso como hipotético nuevo poder constituyente.

Lo que sí es cierto, en cualquier caso, es que una dictadura que, supongamos, quisiera legitimarse y justificarse por su hipotético origen en elecciones democráticas (es el caso tan alegado de la llegada al poder de Adolf Hitler en la Alemania de 1933), tendría forzosa, es decir, coherentemente, que respetar —en su ejercicio— esas básicas e insuprimibles libertades y de modo especial tendría que seguir alimentando esa misma génesis legitimadora, por ella misma alegada, para que pudiera seguir considerándose como tal (democracia). Tendría que permitir la libre crítica (en la calle y en los medios de comunicación), tendría que existir un reconocimiento legal de la oposición política (partidos, sindicatos etc.), tendría que seguir convocando periódicas y regulares elecciones libres, etc. Eso no pasa en las dictaduras: lo que de verdad hay en ellas, incluso en esos casos tan frecuentemente citados, es un golpe de Estado dado por el propio Estado. Aquellas exigencias, imperativos de libertad son, en consecuencia, quienes definen e identifican a la democracia. Los llamados «límites», las «limitaciones» (si se prefiere utilizar estos términos) derivan única y exclusivamente de la insuprimible autonomía moral de —reitero, esto es lo fundamental— la conciencia individual, del ser humano como agente moral y, desde ahí con mediaciones a debatir, de la coherencia interna de la democracia misma.

c) Junto a esas dos mencionadas «patologías», de la «autonomía» y de la «autoidad» como las denominaba PECES-BARBA, la tercera de las que se presentan como obstáculos a la democracia viene asignada a la «derecha política», que aquí y ahora está «representada —dice bien— por el Partido Popular». Se la puede denominar, escribía aquél en 2005, siguiendo el anterior paralelismo, como «patología de la crispación» frente al espíritu de consenso y de entendimiento que caracterizó a la transición y a la redacción de la Constitución. Sus fuertes críticas a esa derecha política y a su correlativo partido son una válida y muy justa respuesta, ya se indicó en estas páginas, a los ataques desleales, agresivos e indignos de que había sido víctima con motivo de su nombramiento en 2004 como «Alto Comisionado de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo». Pero más allá de esta circunstancia, está la crítica de fondo a las connotaciones socioeconómicas muy conservadoras de esa derecha política, críticas a las que se refiere con alguna brevedad PECES-BARBA, desde el socialismo liberal, en su severa crítica al capitalismo del «todo vale», causa profunda de la tan creciente y corrosiva actual corrupción.

Lo que llama aquél «el enriquecimiento excesivo e injusto», que ha desempeñado —dice— un papel destacado para obstaculizar la implantación de una sociedad libre

y bien cohesionada en nuestro país, es —señala— una ideología de la sociedad capitalista que florece en tiempos de dictadura pero que convive y puede desarrollarse también en la democracia. Este capitalismo sin límites, con la carrera consumista y el egoísmo de la gran acumulación de bienes y riquezas, hace imposible la igualdad y la solidaridad y por eso daña también la libertad, incluso la de los propios beneficiados. Con frecuencia G. PECES-BARBA, en su crítica a la simulación de la economía como moralidad, es decir, de la reducción de ésta a aquélla y de la superioridad de las reglas técnicas del mercado sobre las que derivan de la dignidad de la persona, se acoge al veredicto clave de F. DE LOS RÍOS en su muy relevante obra, ya recordada aquí, sobre *El sentido humanista del socialismo*. Escribía éste, en efecto, en 1926: «El problema de la justicia social no es un problema de la libertad sin límites, sino —puntualiza— de la libertad para las personas y de subordinación de las cosas a los fines humanos». Pero en el capitalismo —acusa— son «lo primero las cosas, después las personas»; lo propio del capitalismo es «desentenderse del carácter de hombre de quien se utiliza como mercancía, comprando su trabajo». Nada extraño, pues, la conclusión de que «capitalismo y humanitarismo son, en efecto, dos términos antitéticos, contradictorios; la oposición en ellos es —dice— esencial».

Resultará oportuno recordar aquí algunos otros textos de quien, junto a otros, es nuestro común inspirador, el socialista liberal y democrático F. DE LOS RÍOS, también con el apoyo en las posteriores y valiosas investigaciones de V. ZAPATERO sobre él: «Así como el capitalismo ha significado —insiste DE LOS RÍOS— la exaltación de la idea de libertad aplicada a los objetos económicos con el fin de hacer más fácil la servidumbre de los hombres, el socialismo en cambio representa el sometimiento de la economía a un régimen disciplinario para hacer posible un mayor enriquecimiento de la libertad de las personas». Ese «régimen disciplinario» se llamaría hoy necesaria regulación democrática de los mercados. Lo que en definitiva habrá que hacer con respecto del hombre es —reclama en efecto aquél— «sustraerle del mercado» y con respecto a las cosas «someter la vida del mercado a las exigencias del interés general». El juicioso institucionista y el cristiano erasmista, que se integraban y formaban parte asimismo de su talante socialista, era muy duro en estas cuestiones: «Toda la política del imperialismo económico —escribía en ese su libro, recordemos de nuevo, publicado en 1926— ha consistido precisamente en apoderarse de los pueblos económicamente para poder justificar después el intervenir en su vida política» [...] «Tras los capitales —constata el “moderado” F. DE LOS RÍOS— están, pues, los Gobiernos; tras los Gobiernos, los ejércitos». Su posición no es nada *soft*, nada *debole*, sino muy fuerte (para hoy): «Lo que afirmamos es que el capitalismo en sí mismo es una organización no de lucha, sino de guerra y, como tal, enemigo de la paz entre los pueblos».

No parece que hayamos inventado, construido, mejor vía para ir liberándonos de todo ello, para «someter la vida del mercado a las exigencias del interés general», para evitar su sacralización fundamentalista (de pretendida justificación científica) que la del Estado democrático y la sociedad democrática, es decir, el Estado social y democrático de derecho. Eran frecuentes las conversaciones y las concordancias con G. PECES-BARBA sobre estas cuestiones. También para dar cuenta y razón, no nos olvidemos, del otro gran fundamentalismo de nuestro tiempo, el de carácter teocrático —antes tratado aquí— derivado del iusnaturalismo teológico tradicional. Por mi parte, últimamente vengo insistiendo en las coincidencias y la gran conjunción actual que de

hecho forman esos dos fundamentalismos, el tecnocrático del mercado y el teocrático de la religión: coalición fundamentalista de *neocons* y *teocons*, por decirlo en la jerga política actual. Al lado de las diferencias objetivas y subjetivas entre ellos, lo que les vincula y unifica es, precisamente, su contumaz rechazo del Estado, muy en especial su recelo y aversión a las intervenciones del Estado democrático. A ello se aludía en el fondo, como hemos visto, de esas críticas de G. PECES-BARBA hacia las patologías de la autoridad (de la verdad dogmática) eclesial, del no entendimiento y de la exclusión social en el conservadurismo de esa derecha política que, aquí y ahora, él identificaba en el partido popular. Es bien conocido que no pocos neoconservadores, presuntamente liberales (en realidad liberistas), para nada le han hecho ascos a su colaboración con Estados autoritarios y dictatoriales. En cambio, esos recelos crecen y se manifiestan con mayor insistencia en el día a día y en las grandes teorías ante la presencia activa y las decisiones de las instituciones públicas de representación popular, es decir, ante los Estados de mayor contenido y formato democrático. El mercado —es decir, las intervenciones de sus gestores, grandes bancos y otras agencias financieras— es para ellos la gran panacea contra tal maldad estatal. Y aquél es, por tanto, quien debe restringir, debilitar o incluso suprimir —Estado mínimo— tal intervencionismo. El Estado, según ello, sólo debiera intervenir, en la conservación y custodia vigilante del orden (económico y demás) establecido precisamente desde su no intervención.

Con aún mayor claridad y rotundidad se alecciona por parte de las iglesias y en esos mismos términos discriminatorios contra las intervenciones del Estado democrático. Aquí no es necesariamente el omnipotente mercado quien subordina y debe subordinar al Estado democrático, sino la doctrina de la jerarquía eclesiástica que, ya lo veíamos, se define como encarnación de la ley eterna y de la misma ley natural. Pero tal conjunción fundamentalista se dobla y refuerza, como con frecuencia ocurre por ambos bandos hoy, cuando la «*lex mercatoria*» se identifica sin más con la ley natural. Cuando se predica que el orden natural consiste exclusivamente en dejar hacer, dejar pasar, y en no intervenir desde las instituciones públicas en defensa del interés general y, por tanto, de los intereses individuales que no tienen así otra mejor y más eficaz defensa (excepto sólo tal vez a través de la vieja caridad y de alguna más moderna filantropía). En cualquier caso, la jerarquía, el poder eclesiástico se autoproclama como supremo y dogmático censor, incluso querría ser soberano decidor, sobre aquello derivado de su propia moral, que, según ella, el Estado no puede hacer, de aquello de lo que el Parlamento no puede tratar ni de ese modo legislar. Tales legítimas intervenciones del Estado se convierten sin más para ella en ilegítimas intromisiones de las cuales aquél se debe abstener.

Desde estas bases hablamos aquí del fundamentalismo como actitud teórico-práctica propensa o, incluso, esencialmente ínsita en tal dogmatismo metodológico y epistemológico. Es decir, como definidora acrítica de una única y verdadera ortodoxia: bien sea fundada, desde siempre, en el fideísmo religioso (fundamentalismo teocrático), bien, en los tiempos actuales, producida desde instancias económicas con pretensiones ideológicas cientificistas (fundamentalismo tecnocrático). Según una u otra, la ley civil no puede, por razones obvias (orden de los grandes poderes económicos), alterar para nada los dictados del mercado; ni puede la ley civil legislar en lo no permitido por tal concepción religiosa y moral (eterna y natural). En ambos casos, también con ciertas diferencias objetivas y subjetivas entre ambas como ya quedó señalado, el resultado es

la subordinación del Estado democrático, de la soberanía popular, a las absolutas necesidades de la determinación económica y a las, aún casi más absolutas, imposiciones de la potestad eclesial.

Es, pues, de suma importancia la crítica a esos fundamentalismos en su conjunción y efectiva coalición. Así como, por tanto, la recuperación y reconstrucción de las muy positivas funciones del Estado y el derecho, de las instituciones políticas y de una bien cohesionada y activa sociedad civil. Como señalaba también el ya antes recordado A. TOURAINE hoy el objetivo principal de la política teórica y práctica es «recuperar la capacidad de acción de un Estado debilitado —dice— desde hace dos décadas por el triunfo mundial del liberalismo»; y añade con rotundidad: «Por todas partes resurge la idea de la necesidad de las intervenciones del Estado». De lo que se trata, en definitiva, es de que la soberanía (oligarquía) del mercado no sustituya, subordine o anule a la soberanía (democrática) del Estado, es decir, del Estado social y democrático de derecho que es justamente lo que prescribe el art. 1.1 de nuestra Constitución. Todo ello, tales objetivos, que me parecen muy concordantes con lo mejor del socialismo democrático, son los que —a mi juicio— han identificado de siempre a la filosofía jurídica, ética y política de G. PECES-BARBA.

Las derivaciones concretas de aquélla en su tarea como intelectual crítico y como político siempre activo, son las que veo yo —con más de cincuenta años de comunidad y amistad— como las grandes dimensiones de su vida pública, de su ética pública. Las que, junto a las de carácter más privado y personal, conformaban el complejo talante de quien más allá de la cercanía, afecto e incluso jovialidad para con sus gentes, también a veces se evadía y distanciaba de los demás cuando lo quería o lo necesitaba. Entonces evitaba tenazmente hablar de lo que no quería, de asuntos o cosas de diversa índole que le incomodaban o disgustaban. Tomando en consideración algunos de los rasgos de ese su carácter íntimo pero, sobre todo, del conocimiento de su personalidad pública, política e intelectual, en memoria suya, he querido yo concluir precisamente así este tan grato homenaje que en estos momentos han querido rendirle los comunes amigos y colegas de la tan prestigiosa revista *Doxa*.

EL CARÁCTER ARGUMENTATIVO DEL DERECHO: UNA DEFENSA DEL POST-POSITIVISMO DE MACCORMICK *

Thomas da Rosa de Bustamante **

Universidad Federal de Minas Gerais (Brasil)

RESUMEN. En los escritos de N. MACCORMICK, existe tanto una teoría del derecho —la denominada teoría institucional— como una teoría de la argumentación jurídica. La atención que MACCORMICK presta a la justificación de las decisiones jurídicas le hace plantear asuntos que no pueden ser contestados por una teoría positivista del derecho. Esta es, claramente, una de las razones por las cuales este autor defendió abiertamente, en sus últimos trabajos, una teoría post-positivista del derecho. En este ensayo, dicha teoría es comparada con el positivismo contemporáneo, que puede ser ejemplificado por medio de la teoría jurídica de J. RAZ. Se concluye, después de un breve análisis de las tesis centrales del positivismo y de algunos argumentos de MACCORMICK que lo apartan de estas tesis, que el post-positivismo es superior a todas las versiones del positivismo jurídico. En el caso específico de MACCORMICK, los siguientes argumentos son contribuciones relevantes para el desarrollo de la ciencia del derecho más allá de los límites del positivismo jurídico: 1) la caracterización del derecho como un concepto «argumentativo»; 2) la teoría reflexiva de las fuentes del derecho, adoptada por MACCORMICK; 3) la concepción kantiana de la justificación jurídica que da fundamento a su teoría de la argumentación jurídica; 4) la tesis del caso especial; 5) la tesis de la pretensión de corrección del derecho y la obligación, que se deriva de ella, de hacer justicia conforme el derecho, y 6) la tarea desempeñada por la eticidad y por la moralidad política en la creación y en la aplicación del derecho.

Palabras clave: MACCORMICK, post-positivismo, tesis de las fuentes sociales, teoría de la argumentación jurídica.

ABSTRACT. In N. MACCORMICK's legal writings there is both a legal theory —the so-called institutional theory— and a theory of legal argumentation. His concern with the justification of legal decisions has made him ask questions which cannot be answered by a positivistic theory of law. This is, beyond any doubt, one of the reasons why this author has openly advocated a post-positivistic theory of law. In this paper, this theory is contrasted with contemporary positivism, which can be exemplified by J. RAZ's juridical writings. I conclude, after a brief analysis of the central theses of J. RAZ and of some of the theses advanced by MACCORMICK against positivism, that his post-positivism is a superior form of legal theory. In the case of MACCORMICK, the following points are both relevant for the development of legal science and incompatible with positivism: 1) his characterization of law as an argumentative concept; 2) his critical theory of the sources of law; 3) his Kantian conception of legal justification and his theory of legal argumentation; 4) the special case thesis; 5) the thesis of the claim to correctness and the obligation to do justice in accordance with the law; 6) and the role played by the ethical life of the community and by the political morality in the development and application of law.

Keywords: MACCORMICK, post-positivism, social sources thesis, theory of legal argumentation.

* Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2012. Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2012.

** Profesor y miembro del cuerpo docente permanente del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais. Doctor en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro. Contacto: *tbustamante@ufmg.br*.

INTRODUCCIÓN

En este ensayo se investiga la plausibilidad de la aserción de que el derecho es argumentativo, la cual está situada en el núcleo del post-positivismo de N. MACCORMICK. En nuestra interpretación de los trabajos de este autor, la insistencia del positivismo en la pretensión de que la validez de una ley puede ser identificada sólo por sus características formales —de suerte que el teórico del derecho debe limitarse a identificar la «fuente» de una norma jurídica para afirmar su validez— siempre fue incoherente con la teoría de la argumentación jurídica de MACCORMICK, incluso en su versión inicial.

Quizás la forma más fácil de entender eso sea comparar el post-positivismo de MACCORMICK con el positivismo excluyente de J. RAZ, que es la concepción positivista más radical sobre el carácter del derecho como hecho social y el método para atribuirle a una norma particular el status de una regla jurídica válida. El hecho de que la mayor parte de los positivistas incluyentes han desistido de su tesis original de que es posible una conexión contingente entre el derecho y la moral, es una buena razón para empezar nuestra argumentación con los trabajos de RAZ, que pueden ser descritos como la versión más robusta del positivismo jurídico contemporáneo.

Mi camino será el siguiente. En la primera sección, que es substancialmente menos extensa que la segunda, analizo algunas de las tesis de RAZ sobre la naturaleza del derecho. Estas tesis, según pienso, son aceptadas por las vertientes más importantes del positivismo contemporáneo. Ellas pueden suponer, por tanto, un punto de partida para cualquier investigación post-positivista sobre la naturaleza del derecho. En la segunda sección, por su parte, intento subrayar las afirmaciones centrales del post-positivismo de MACCORMICK, que parecen ser suficientes para que podamos abandonar el positivismo como proyecto teórico.

1. CONSIDERACIONES SOBRE LOS ASPECTOS CENTRALES DEL POSITIVISMO CONTEMPORÁNEO

Pese al debate entre los positivistas incluyentes y los positivistas excluyentes, referido a las diferentes interpretaciones de las «Tesis de la Separabilidad» entre el derecho y la moral, me parece que los positivistas contemporáneos hoy día tienen una nueva agenda para la teoría jurídica, que se refiere a la denominada «Tesis de las Fuentes Sociales». Quizás la formulación más exacta de esta tesis sea la elaborada por J. RAZ, que pone particular énfasis en la idea de que «todo el derecho está basado en alguna fuente», ya que «su existencia y contenido pueden ser identificados tomándose como referencia hechos sociales, sin recurrir a cualquier enunciado evaluativo» (RAZ, 1994: 195).

Es probable que la forma más sencilla de comprender la concepción de RAZ sobre el derecho sea retomar su distinción entre las dos fases de la argumentación práctica. Cuando consideramos la actitud de una persona respecto de una cierta acción propuesta, podemos diferenciar entre la etapa *deliberativa* y la etapa *ejecutiva*. En instituciones como el Estado, por ejemplo, frecuentemente es el caso de que algunos actores

son competentes para tomar decisiones, mientras que otros deben meramente *ejecutar* las decisiones tomadas por terceros. En la etapa deliberativa, según RAZ, «la cuestión sobre lo que debe hacerse está abierta a argumentos basados en todos los tipos de consideraciones», incluso razones morales, mientras que en la etapa ejecutiva la cuestión sobre lo que debe hacerse «será identificada sin recurrir a ulteriores argumentaciones morales», pues sólo consideraciones «positivas» pueden pertenecer a este sector de la racionalidad práctica (RAZ, 1994: 191).

Cuando pensamos en las instituciones jurídicas, la principal premisa que caracteriza la teoría de RAZ como positivista es la tesis de que el derecho «consiste únicamente en consideraciones positivas dotadas de autoridad». Esta presuposición desplaza todas las consideraciones morales, éticas, políticas y también pragmáticas hacia fuera de las fronteras del derecho y de la argumentación jurídica. Según RAZ, «consideraciones positivas son aquellas cuya existencia y contenido pueden ser aseveradas *sin recurrir a valoraciones morales*» (RAZ, 1994: 189). Puede decirse, por tanto, que para RAZ el derecho no es más que una autoridad institucionalizada.

Esta concepción estricta del derecho supone un ámbito restringido para el razonamiento jurídico y para la teoría del derecho. Un juez puede muy bien ser capaz de dejarse influenciar por consideraciones morales o cualquier otro tipo de consideraciones no-positivistas, pero cuando lo hace ya no está aplicando el derecho. Por el contrario, estará ejerciendo su competencia para *crear* una nueva regla jurídica, aunque dicha regla sea contraria al sentido literal de un enunciado normativo preexistente. Esta demarcación de los límites entre la *aplicación* y la *creación* del derecho es muy clara en la teoría jurídica de RAZ.

La esencia del positivismo jurídico contemporáneo, por tanto, está plasmada en la pretensión de que los *criterios de legalidad* son «independientes de su contenido» (*content-independent*), pues las denominadas «consideraciones positivas» serían suficientes para establecer la validez de cualquier regla jurídica particular. En efecto, incluso las figuras más prominentes del positivismo incluyente parecen haber abandonado ya su tesis original de que son posibles conexiones contingentes entre el derecho y la moral y pasan a reconocer que la versión de positivismo jurídico desarrollada por RAZ es más interesante que aquella anteriormente sostenida por esos autores. Para expresar esa idea en términos literales, cito el siguiente extracto de un artículo reciente de J. COLEMAN:

Aunque la visión convencional sea que el positivismo es definido por medio de la tesis de la separabilidad, la concepción más precisa es la de que el positivismo se define por su comprometimiento con la tesis de los hechos sociales. Una afirmación familiar de la tesis de los hechos sociales es la que RAZ denomina de tese de las «Fuentes Sociales». De acuerdo con esta tesis, la identidad y el contenido del derecho puede ser determinado únicamente por hechos sociales (COLEMAN, 2007: 586).

Podemos percibir, claramente, por tanto, que esta visión constituye un cambio significativo en la teoría jurídica de COLEMAN, pues su positivismo incluyente no puede ser establecido sin la Tesis de la Separabilidad. El autor parece claramente abandonar, por tanto, el positivismo incluyente que él mismo creó.

Sin el positivismo incluyente, las teorías jurídicas positivistas parecen retroceder a lo que BOBBIO entendía que era la esencia del positivismo metodológico, es decir, a la

tesis de que la validez del derecho no depende de su contenido, y de que el derecho debe ser estudiado como es, y no como sus estudiosos piensen que deba ser (BOBBIO, 1998: 23).

Uno de los modos de definir el post-positivismo, por tanto, es analizar las tesis que sus proponentes sostienen contra la Tesis de las Fuentes Sociales, pues basta que se descarte esta tesis para que se pueda definir a alguien como no-positivista o, si la persona en cuestión pretende apartarse también del iusnaturalismo, como post-positivista.

En las secciones siguientes, se hará un análisis del post-positivismo de N. MACCORMICK a fin de demostrar que su teoría trasciende los límites del positivismo. Se sostendrá, en lo siguiente, que el carácter argumentativo del derecho y las conexiones entre la argumentación jurídica y el discurso práctico no pueden ser reconciliados con el positivismo, y por tanto implican la necesidad de buscar un nuevo tipo de teoría del derecho.

2. EL DERECHO, LA MORAL Y LA ARGUMENTACIÓN: LA NATURALEZA DEL POST-POSITIVISMO DE MACCORMICK

Aunque MACCORMICK sólo adopte el rótulo de post-positivista en los últimos años de su carrera, su relación con el positivismo nunca ha estado libre de problemas. Incluso en sus escritos iniciales el autor nunca estuvo satisfecho con la posición positivista sobre la naturaleza del derecho. Pese a la influencia de HART sobre sus trabajos, siempre hubo críticas por parte del autor a la neutralidad científica absoluta de los proyectos teóricos de HART y KELSEN. Quizás el más expresivo de estos desacuerdos se refiera a la cuestión de la justificación de las decisiones sobre la validez de las normas jurídicas, consideradas desde la perspectiva interna. Como MACCORMICK enfatizó repetidamente, los teóricos del derecho deben, según su pensamiento, llevar el *insight* de HART sobre el punto de vista interno más allá de donde HART lo dejó en sus escritos teóricos¹. Cuando los teóricos del derecho tienen en consideración todas las implicaciones del punto de vista interno, el problema de la justificación de las decisiones jurídicas se torna central, como se puede leer en el siguiente pasaje de los escritos iniciales de MACCORMICK:

Una descripción positivista del sistema tal como opera *no puede* contestar a un tipo particular de interrogación que puede ser formulada *internamente* en un sistema jurídico: la cuestión puede ser formulada ante un juez, en un caso difícil, de la siguiente manera: «¿Por qué nosotros debemos tratar todas las decisiones alcanzadas en conformidad con una regla válida según nuestro criterio de validez como suficientemente justificadas?», y este es un interrogante que ocasionalmente puede ser planteado, y de tiempos en tiempos lo es. Además, el positivismo tampoco logra contestar a la cuestión planteada por los jueces con aún

¹ Para ilustrar este punto, puede mencionarse el siguiente fragmento de MACCORMICK en una entrevista concedida a M. ATIENZA en la ocasión de publicación de su libro *Institutions of Law*: «El aspecto en el que la obra de HART resulta más iluminadora y perdurable se refiere a la necesidad de entender la conducta gobernada por reglas desde el “punto de vista interno”. Esto es esencial para desarrollar una teoría clara y convincente de las normas; pero las reglas son sólo un tipo de normas. El análisis del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, aunque lleno de intuiciones valiosas, es, al final, incompleto e insatisfactorio. Se necesita un nuevo comienzo» (ATIENZA, 2006: 482).

más frecuencia: ¿Cómo debemos justificar las decisiones concernientes a la interpretación y a la aplicación de nuestros criterios de validez? (MACCORMICK, 1978: 63).

Esta cita demuestra que MACCORMICK está preocupado con algo que es normalmente olvidado por el positivismo contemporáneo: el problema de la justificación de las decisiones jurídicas. Está especialmente preocupado con la justificación de las decisiones jurídicas porque es consciente del elemento subjetivo que está siempre presente, en mayor o menor medida, en las actividades de interpretación y de aplicación del derecho. Además, asume el punto de vista de un «usuario» de la norma cuando reivindica para sí la tarea de construir una explicación teórica de la naturaleza del derecho.

Aunque su teoría institucional del derecho, la cual es una teoría jurídica en sentido estricto, establezca una diferencia entre el punto de vista del teórico del derecho y el de los juristas prácticos, la investigación del teórico del derecho queda «orientada por valores» cuando hace descripciones de las instituciones jurídicas (MACCORMICK, 2007: 301). Según MACCORMICK, «una explicación coherente de la naturaleza del derecho, y una explicación coherente del carácter de cualquier sistema jurídico moderno, debe tomar en serio los valores muy generales que son inherentes a la naturaleza del fenómeno jurídico». Los conceptos que un teórico del derecho emplea para explicar la naturaleza del derecho son, por tanto, «conceptos interpretativos» en el sentido de R. DWORKIN, pues el teórico debe adoptar un punto de vista hermenéutico que pretende «comprender las prácticas e instituciones de los seres humanos según lo que las hace inteligibles y válidas [...] para sus participantes» (MACCORMICK, 2007: 295).

Si, por una parte, el teórico tiene un cierto grado de distanciamiento respecto de los «actores centrales» de la práctica jurídica, debe tener, como un actor de segundo nivel, «un grado relativamente alto de compromiso, debidamente contrastado con los observadores externos» (MACCORMICK, 2007: 7). Aunque MACCORMICK sostenga que su teoría del derecho (*jurisprudence*) no tiene por objetivo solucionar problemas prácticos particulares (MACCORMICK, 2007: 302), la comprensión que esta ofrece para la categoría práctica del «derecho» presupone una reconstrucción racional de las instituciones jurídicas que «busca una consideración crítica de las reglas centrales a la luz de los principios y valores que subyacen a ellas». Dicha consideración crítica, según MACCORMICK, «puede indicar la dirección de futuras interpretaciones del derecho que rectificarán anomalías en el entendimiento corriente, incluso en la práctica judicial» (MACCORMICK, 2007: 292)².

A esta comprensión de la investigación jurídico-teórica como predominantemente crítica y orientada por valores, adoptada por MACCORMICK, se adiciona la concepción de la práctica de la argumentación jurídica como un proceso también necesariamente constructivo y hermenéutico, que parece no ser compatible con el esencialismo empirista que caracteriza la mayoría de las concepciones positivistas.

Para muchos positivistas el derecho es una especie de *entidad real* que está ahí para ser «conocido» o «descubierto» por el teórico del derecho. Los teóricos positivistas del derecho raramente participan de una actividad genuinamente interpretativa o hermenéutica cuando intentan «identificar» el derecho. El derecho posee, para ellos,

² Así como ALEXY, MACCORMICK sostiene que la ciencia del derecho no tiene sólo una dimensión empírica y una dimensión analítica, sino también una dimensión normativa (MACCORMICK, 2007: 292).

una esencia fáctica que puede ser observada y descrita *desde el exterior*. El teórico mira al derecho desde el punto de vista externo, pues su contenido ya está fijado y su significado no depende de las subjetividades del intérprete. Este tipo de positivismo, que es largamente dominante en la teoría jurídica anglo-americana, sostiene que hay una separación entre la «creación» y la «aplicación» del derecho. Se puede *identificar* empíricamente el «derecho válido» en una sociedad dada, pese el hecho de que el juez eventualmente puede «crear» un nuevo derecho cuando no estuviera satisfecho con la solución ofrecida por el sistema jurídico o, más frecuentemente, cuando estuviera enfrentando un caso todavía no solucionado por el conjunto de las reglas jurídicamente válidas. Es exactamente de este tipo de positivismo del que hablamos cuando pensamos en J. RAZ, para quien es posible «aplicar» el derecho sin ninguna ponderación de razones. La denominada «aplicación del derecho» es únicamente la *etapa ejecutiva* de la argumentación práctica. Todo el derecho puede ser encontrado en sus fuentes sociales, y la principal tarea del jurista es identificar esas fuentes, pues éstas le dan una orientación acerca de lo que se está obligado a hacer ante un caso particular.

Dicha diferenciación clara entre la creación y la aplicación del derecho lleva a otra distinción que es también típica del positivismo anglo-americano contemporáneo: la distinción entre «teorías del derecho» y «teorías de la decisión jurídica» (*theories of adjudication*). Las teorías del derecho conciernen en general a la identificación del derecho. Contestan a la cuestión acerca de lo que el derecho es, y no de lo que el derecho debe ser. Debe haber un único test para diferenciar las reglas jurídicas de los otros tipos de normas sociales, y este test normalmente tiene que ver con su pedigrí o con el proceso por medio del cual esas reglas son creadas (en otros términos, con sus fuentes). Desde esta perspectiva, el derecho es auto-referencial puesto que regula el proceso por medio del cual las normas jurídicas son creadas. Esta distinción entre «teorías del derecho» y «teorías de la decisión» supone un elemento positivista. En la realidad, difícilmente es posible imaginar un no-positivista que estuviera dispuesto a aceptar esta separación.

La diferencia entre una teoría del derecho (*theory of law*) y una teoría de la decisión (*theory of adjudication*) es crucial para el debate sobre el positivismo contemporáneo, ya que ilustra cómo este tipo de teoría caracteriza la función de la ciencia del derecho como disciplina teórica. Si la ciencia del derecho es clasificada como una teoría del derecho, por oposición a una teoría de la decisión, puede notarse un creciente abismo entre la teoría y la práctica, que son concebidas como contextos discursivos autónomos que raramente se comunican uno con otro. No es tarea de un teórico justificar cualquier práctica o decisión particular, e incluso proporcionar cualquier criterio para la interpretación adecuada y la aplicación del derecho. La tarea propia de la teoría jurídica es meramente explicar el derecho, en lugar de desarrollarlo o revisarlo. Un buen teórico del derecho debe, por tanto, dejar su objeto de investigación intacto. La teoría jurídica y la práctica jurídica son terrenos diferentes, que deben permanecer separados en la medida en que estén destinados a cumplir con sus papeles sociales.

Como se explicará a continuación, la versión particular del post-positivismo defendida por MACCORMICK tiene como punto de partida dichas distinciones y, por tanto, conduce a una concepción del derecho más rica, pues no acepta la estrecha separación positivista entre el derecho tal como es y el derecho tal como debe ser, y tampoco la

distinción entre las teorías del derecho y las teorías de la decisión. Además, también rechaza la tesis según la cual las fuentes del derecho son exhaustivas y suficientes para determinar el contenido de las reglas jurídicas.

El derecho es comprendido como una práctica interpretativa en la cual el sentido de sus normas es gradualmente construido, y no descubierto por la mera observación de fenómenos empíricos. El derecho como práctica social es inherentemente argumentativo, y una de las características más importantes de la argumentación jurídica es que permanece abierta a argumentos morales, éticos y pragmáticos que están involucrados en el discurso jurídico. En efecto, el discurso jurídico es entendido por MACCORMICK como un caso especial de discurso práctico, y eso es suficiente para que podamos decir que la propia naturaleza de la argumentación jurídica crea una obligación de decidir de modo moralmente correcto, o, en las palabras de MACCORMICK, una obligación de «hacerse justicia conforme al derecho».

2.1. El carácter argumentativo del derecho

El primer aspecto digno de mención en la teoría institucional de MACCORMICK es que el derecho comprende más que un conjunto de hechos institucionales que no necesitan de interpretación ulterior. Como orden normativo, y «como un orden práctico», el derecho está «en constante necesidad de adaptación a nuevos problemas prácticos» (MACCORMICK, 2005: 6). En este particular, MACCORMICK acepta la idea kelseniana de que el derecho presenta una estructura jerárquica en la cual las normas de rango más alto son individualizadas y concretadas en los procesos de legislación y de aplicación del derecho. En el derecho comunitario europeo, por ejemplo, el proceso de transposición del nivel del derecho supranacional para el nivel de los ordenes jurídicos domésticos «es parte del *Stufenbau*, es decir, del proceso que camina paso a paso de la norma general para las decisiones particulares de casos concretos» (MACCORMICK, 2005: 10). Como MACCORMICK escribe con claridad, él ve al derecho como «una disciplina argumentativa», y no como una «ciencia exacta». Una de las características más esenciales del derecho es su naturaleza cuestionable (MACCORMICK, 2005: 14-15). A diferencia de los positivistas, que erigen la certeza del derecho a la condición de único valor asegurado por el principio del Estado de derecho, MACCORMICK acredita que el «carácter argumentativo del derecho» es algo para ser celebrado en sociedades democráticas, pues él está profundamente convencido de la idea de Estado de derecho. El reconocimiento del Estado de derecho como idea política implica el reconocimiento del derecho como el *locus* de la argumentación (MACCORMICK, 2005: 13). Aunque el principio del Estado de derecho esté orientado hacia el valor de la certeza del derecho, este valor no es el único. Racionalidad y justicia también figuran entre los valores básicos que constituyen el ideal fundamental del Estado de derecho.

En esta interpretación, la indeterminación del derecho no es algo de lo que lamentarse. Tiene relación con la idea de Estado de derecho y con las reglas procesales de argumentación que se encuentran implicadas en la estructura institucional que establece. Las ideas de imparcialidad y de equidad entre las partes en una disputa jurídica, bien como el principio fundamental consubstanciado en el adagio *audiatur et altera pars*, están necesariamente conectados con la idea fundamental del Estado de derecho

y con el carácter argumentativo del sistema jurídico. En este sentido, merece la pena mencionar las siguientes palabras de MACCORMICK en el primer capítulo de la última versión de su teoría de la argumentación jurídica:

Creo en el carácter argumentativo del derecho, y considero eso admirable en una sociedad abierta. Debemos tomar en cuenta todos los aspectos de una cuestión importante, y no simplemente tomar parte por nuestros preconceptos o la certeza aparente. Debemos escuchar todos los argumentos, y celebrar, no lamentar, la naturaleza discutible que parece estar incorporada en el derecho (MACCORMICK, 2005: 16).

El propio principio del Estado de derecho, según MACCORMICK, implica un cierto grado de indeterminación en el sistema jurídico. Esta indeterminación, como lo explica el autor, no es sólo «el resultado del hecho de que los Estados comunican sus materiales jurídicos en el lenguaje (oficial) natural, y esta padece de ambigüedad, vaguedad o textura abierta», como sostenía HART (MACCORMICK, 2005: 26). Esta también resulta del «debido reconocimiento de los “derechos de defensa” en cualquier sistema de persecución penal y contencioso civil» (MACCORMICK, 2007: 26). Dicho con brevedad, el Estado de derecho implica y, en cierto sentido, amplifica el carácter discutible del derecho.

Si esta interpretación del ideal político del Estado de derecho es correcta, entonces los teóricos del derecho tradicionales están equivocados cuando presentan el valor de la certeza jurídica como el único contenido del Estado de derecho. Además, los teóricos están también equivocados cuando sostienen, como lo hace RAZ, que el derecho debe ser «encontrado» en un conjunto previamente determinado de «fuentes sociales», por medio de una argumentación puramente empírica. La validez y el sentido de una ley no puede ser meramente una cuestión de hecho, sino que, al contrario, precisa ser al menos en cierta medida una cuestión de argumentación. En la perspectiva de MACCORMICK, el derecho muy raramente está «fijado» (*settled*) y sus reglas son necesariamente derrotables, pues están inevitablemente sujetas a interpretaciones constructivas que pueden llevar a revisiones, reinterpretaciones e incluso a excepciones en sus supuestos de hecho. Las reglas jurídicas son vislumbradas como enunciando únicamente condiciones «ordinariamente necesarias y presuntamente suficientes» para las situaciones que regulan, ya que sus principios subyacentes, que proveen la justificación general del sistema jurídico, interaccionan con las provisiones más específicas que se encuentran en la legislación, en los precedentes y en la legislación secundaria (MACCORMICK, 2005: 241). Esta interacción puede, eventualmente, activar algún «antecedente» (*background factor*) cubierto por el principio justificador de la regla jurídica, que puede llevar al reconocimiento de excepciones no escritas a la regla inicialmente considerada por el intérprete. En las palabras del propio MACCORMICK, «la presencia de elementos no escritos parece ser una característica general del derecho» (MACCORMICK, 2005: 244).

2.2. La lectura interpretativa de las fuentes del derecho

En este momento, ya puede percibirse por qué la teoría interpretativa del derecho y de la decisión jurídica de MACCORMICK, que está en gran medida influenciada por la concepción de DWORKIN sobre el «derecho como integridad», está más allá de la

formulación positivista de la denominada «Tesis de las Fuentes Sociales», que parece ser el único punto comúnmente aceptado por todos los positivistas.

Todos los positivistas concuerdan en que el criterio decisivo para determinar la validez de una norma jurídica es la fuente o el origen de esta norma. Cuando una regla puede ser reconducida a una fuente jurídicamente reconocida, los teóricos del derecho pueden identificarla con un grado razonable de seguridad. Incluso las formas no ortodoxas de positivismo, como las teorías «inclusivas» de WALUCHOW, del último HART y de COLEMAN, tienen necesariamente que aceptar que cualquier contenido normativo que derive de una fuente jurídica válida tiene el carácter de una norma jurídica, bastando que esta regla satisfaga a la regla-maestra establecida en un sistema jurídico particular como un test para la validez jurídica de sus normas.

El reconocimiento, por MACCORMICK, del carácter inmanentemente argumentativo del derecho, por otro lado, parece implicar una doctrina de las fuentes del derecho completamente diferente. Los materiales encontrados en las fuentes del derecho, como leyes, precedentes, tratados y actos administrativos, no son «auto-interpretativos y auto-aplicables» (MACCORMICK, 2005: 23). Bien entendidos, esos materiales son «derecho» únicamente en un sentido pre-interpretativo (MACCORMICK, 1998a). Las ideas de MACCORMICK sobre la teoría de los precedentes judiciales son un buen ejemplo para ilustrar este punto. MACCORMICK sostiene que las teorías del precedente basadas en el derecho natural o en el positivismo jurídico contribuyeron no sólo para diferentes interpretaciones de la doctrina del *stare decisis* en el Reino Unido, sino también para diferentes usos prácticos y aplicaciones del derecho jurisprudencial. De un lado, la así denominada «teoría declaratoria de la decisión judicial» —que se presenta como compatible con los puntos de vista del derecho natural y que dominó el escenario jurisprudencial de Gran Bretaña hasta el inicio del siglo XVIII— «fundamentaron una hostilidad en relación a cualquier doctrina de precedentes absolutamente vinculantes, basadas en el argumento de que es lógicamente posible la existencia de errores judiciales, y por tanto los precedentes son apenas declaratorios o constituyen una evidencia de lo que el derecho es, y no propiamente normas jurídicas» (MACCORMICK, 1998a: 182). Por otro lado, el positivismo, al enfatizar el aspecto social del derecho, «necesariamente niega las premisas de la teoría declaratoria»:

No hay una esencia del derecho más allá de lo que fue decidido como «derecho» por alguna autoridad competente. De esto se sigue que, si los precedentes constituyen una evidencia del derecho, sólo pueden serlo porque a los jueces explícita o implícitamente fue atribuida autoridad para crear derecho a través de sus decisiones. De modo inverso, el propio reconocimiento del precedente como una evidencia del contenido del derecho significa el reconocimiento del poder de los jueces para crear el derecho (MACCORMICK, 1998a: 183).

Podemos ver, por tanto, que estas teorías producen serias consecuencias normativas en el modo en que el precedente judicial es recibido y aplicado en la práctica jurídica. Es por causa de tales consecuencias que MACCORMICK, al tratar el tema del precedente, sostiene que es necesaria una teoría que pueda superar la dicotomía «derecho natural *versus* positivismo», pues esta es la única manera de trascender los límites de la teoría declaratoria del derecho y de su contraparte positivista:

Ya no es posible [...] contentarse con un simple contraste entre el derecho natural y el positivismo al tratarse del precedente. Esta diferencia fue planteada, principalmente, por

R. DWORKIN, cuyo trabajo subvirtió la dicotomía sencilla entre el positivismo y el derecho natural. En lugar de un modelo de derecho como un sistema de reglas derivadas de fuentes predeterminadas, DWORKIN nos invita a re-concebir el derecho como un concepto esencialmente «interpretativo». Respecto de todo el conjunto de decisiones del legislador y de los jueces y de otras autoridades, a los cuales el positivismo conceptuó como agentes creadores del «sistema jurídico», DWORKIN nos invita a entenderlos como derecho únicamente en un sentido «pre-interpretativo» (MACCORMICK, 1998: 183).

Como lo explica MACCORMICK, de acuerdo con esta concepción la propia noción de «fuentes del derecho» precisa ser revisada: «Para un seguidor de la perspectiva de DWORKIN, si tratamos un precedente, o incluso un acto del Parlamento o del Ejecutivo, como una “fuente del derecho”, la concepción de “fuente” en cuestión debe ser radicalmente diferente de la asumida por un modelo positivista» (MACCORMICK, 1998a: 183). Siguiendo los pasos de DWORKIN, MACCORMICK llega a una teoría de las fuentes del derecho según la cual las leyes, los precedentes y demás materiales jurídicos «no constituyen en sí mismas derecho, sino únicamente materiales a partir de los cuales la tarea de construir el derecho debe realizarse». La especificación del contenido del derecho depende de un proceso interpretativo conducido por la idea de «integridad», en el sentido de DWORKIN (2000), o de «coherencia normativa», que es la misma idea en el vocabulario de MACCORMICK (2005). En dicha construcción interpretativa, el intérprete torna el derecho operativo cuando aplica esos materiales de acuerdo con los principios morales implícitos en el derecho, y este proceso hermenéutico es siempre guiado por la idea regulativa de alcanzar la mejor interpretación posible de esos materiales pre-interpretativos. Se puede ver, por tanto, que MACCORMICK defiende una teoría de las fuentes del derecho y una teoría de los precedentes que son incompatibles con el positivismo jurídico y con la visión de que la autoridad de una fuente es el único factor relevante para determinar la validez de una regla que pueda ser extraída de un precedente judicial. Las normas derivadas de los precedentes (o incluso de las leyes) serán fijadas en un discurso interpretativo donde los argumentos basados en la moralidad política y los argumentos basados en la razón práctica son ponderados de manera apropiada.

2.3. La teoría de la argumentación jurídica de MACCORMICK

El carácter argumentativo o discursivo del derecho y la concepción de fuentes del derecho como materiales pre-interpretativos, y no como respuestas definitivas a la cuestión de la validez de una regla, son profundamente compatibles con la ambición de MACCORMICK de construir una teoría normativa de la argumentación jurídica. Si el derecho necesariamente se refiere a una cierta concepción de justicia, y si su contenido último depende de una interpretación constructiva en el contexto de pretensiones de validez disputables para fundamentar normas individuales producidas en el proceso de aplicación del derecho, entonces es razonable sostener que una de las tareas de la teoría del derecho debe ser la de ofrecer un conjunto de directivas para ayudar a los juristas a «discriminar entre los mejores y los peores argumentos, es decir, entre los más o menos racionalmente convincentes» (MACCORMICK, 2005: vi). En este sentido, parte de la estrategia de MACCORMICK para reconciliar la dimensión argumentativa del derecho con el valor de la certeza del derecho —que son ambos supuestos e implicados por la idea política del Estado de derecho— es elaborar una teoría de la argumentación

jurídica que pueda ser capaz de encontrar los mejores criterios de racionalidad para las decisiones judiciales y los requisitos fundamentales que se imponen sobre el proceso de argumentación jurídica.

Aunque mucho pueda decirse sobre la teoría de la argumentación jurídica de MACCORMICK, es suficiente para nuestros propósitos hacer referencia al universalismo kantiano que es aceptado por la versión final de su proyecto teórico. Para MACCORMICK, cualquier decisión jurídica sólo puede ser justificada si puede pasar un test de universalización. Eso se sigue de la propia idea de justificación: «justificar es demostrar que algo es correcto», y «demostrar que algo es correcto es demostrar que, desde cualquier punto de vista objetivo acerca del asunto, el acto debe ser realizado, o por lo menos debería haber sido realizado, en vista de las características y de las circunstancias del caso» (MACCORMICK, 2005: 98). No hay justificación sin universalización para la teoría de MACCORMICK sobre la argumentación jurídica:

Para que hechos particulares —o motivos particulares— constituyan *razones justificativas* deben ser subsumibles en un principio de acción universalmente establecido, aunque este universal pueda ser tenido como derrotable. Eso se aplica a la razón práctica de modo general, y al razonamiento jurídico como un departamento del razonamiento práctico (MACCORMICK, 2005: 99).

Ello es suficiente para mostrar que la teoría de la argumentación de MACCORMICK se dirige hacia un *test de universalizabilidad* en el sentido del imperativo categórico de KANT, aunque este test sea adaptado a la forma del ideal de PERELMAN sobre el «auditorio universal» (PERELMAN; TYTECA, 1969) o de la idea regulativa de HABERMAS de una «situación ideal de habla» (HABERMAS, 1997).

De todos modos, MACCORMICK inequívocamente reconoce la importancia del principio moral de universalizabilidad cuando expresamente admite que la última versión de su teoría de la argumentación jurídica se aparta del no-cognitivismo de HUME, que solía estar presente en sus escritos de juventud, en busca de una filosofía moral kantiana (MACCORMICK, 2005: 30). En este aspecto, la teoría de la argumentación jurídica de MACCORMICK tuvo que incorporar dos tesis sostenidas por ALEXY para fundamentar su pretensión de que los principios de la moralidad universalista kantiana son relevantes para la argumentación jurídica: la tesis de la «pretensión de corrección» y la «tesis del caso especial». Si el derecho es un caso especial del discurso práctico y, como tal, erige una pretensión de corrección, entonces las reglas básicas de la argumentación que se aplican sobre el discurso práctico son también válidas para el discurso jurídico. Los mismos principios discursivos que se pueden encontrar en la filosofía moral kantiana son también válidos para el discurso jurídico, ya que este es nada más que un caso especial del primero con una serie de constricciones institucionales³. Sin esas dos tesis, MACCORMICK no sería capaz de fundamentar su pretensión, también común a ALEXY, de que las reglas de argumentación propuestas por pensadores como KANT o HABERMAS son también aplicables en la argumentación jurídica. Por tanto, no es difícil notar

³ Eso no significa obviamente, por otra parte, que el derecho y la moral no puedan distinguirse. El hecho de que el discurso jurídico opere en el interior de un conjunto de balizas institucionales implica que las decisiones jurídicas están limitadas por la exigencia de respeto a las leyes, a los precedentes y a otros materiales autoritativos que se encuentran en un sistema jurídico. Es esta restricción del razonamiento jurídico práctico lo que hace de él un caso especial del razonamiento práctico general.

que la teoría de MACCORMICK sobre la argumentación jurídica —por lo menos en su forma más desarrollada— presupone una ruptura con la tradición positivista. Como intentaré demostrar en las secciones finales de este trabajo, las tesis del «caso especial» y de la «pretensión de corrección», en la forma como MACCORMICK las interpreta, no pueden ser conciliadas con ningún tipo de positivismo.

2.4. La tesis de la pretensión de corrección

Uno de los momentos en que MACCORMICK más se aparta del positivismo es aquel en el que sostiene que el derecho erige una pretensión implícita de justicia. En efecto, MACCORMICK argumenta que el discurso jurídico se caracteriza por la presencia de ciertas pretensiones implícitas que están «necesariamente conectadas a la realización de interacciones discursivas entre la creación del derecho, el judicial y las instituciones o agencias ejecutivas del Estado» (MACCORMICK, 2007: 274). Todo acto de habla que introduce una norma o ejercita algún tipo de autoridad jurídica está conectado con el acto ilocucionario de afirmar la corrección de las normas generales o individuales producidas por medio de este acto. Cualquier acto de habla realizado en el contexto de una argumentación jurídica envuelve ciertas condiciones de fondo o pretensiones implícitas, y en particular la pretensión de corrección jurídica y moral (MACCORMICK, 2007: 275). Entendido como orden institucional normativo, el derecho busca la justicia y necesariamente se dirige a solucionar conflictos prácticos de modo moralmente aceptable: «Una cierta pretensión de justicia, es decir, una aspiración afirmada de estar alcanzando la justicia (aún si dicha pretensión fuera la máscara para una intención partidaria o siniestra) está necesariamente incorporada en el propio acto de creación del derecho en el contexto de un Estado-nación» (MACCORMICK, 2007: 276).

La pretensión de corrección incluye una pretensión de corrección moral, aunque no se contente exclusivamente con ella, y no sólo una pretensión de corrección de acuerdo con las leyes positivas del Estado. Dicha pretensión, que juega también un papel central en la teoría de ALEXY sobre la argumentación jurídica, está íntimamente conectada con la idea de que el derecho posee un carácter argumentativo. Los fundamentos de esta tesis pueden ser encontrados en la filosofía del lenguaje de HABERMAS. En su conocido ensayo *Teorías de la Verdad*, HABERMAS ha criticado las teorías filosóficas que definen la verdad de una aserción como la «correspondencia» con una cierta cosa o estado de cosas que es probado como existente en un mundo de objetos físicos (HABERMAS, 1997). Contrariamente a estas teorías, HABERMAS sostiene una concepción de verdad como consenso racional, que puede ser sintetizada en el párrafo siguiente:

La verdad no es una propiedad de las informaciones, sino de los enunciados; se mide no por la probabilidad de cumplimiento de pronósticos, sino por la unívoca alternativa de si la pretensión de validez de las afirmaciones es discursivamente desempeñable o no lo es. Llamamos verdaderos a los enunciados que podemos fundamentar...

Sólo puedo (con la ayuda de oraciones predicativas) atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que pudiera entrar en discusión conmigo atribuyese el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, me refiero al juicio de los otros y, por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contrafácticamente a todos los oponentes que pudiera encontrar si mi vida fuera coextensiva con la historia del mundo humano) (HABERMAS, 1997: 171).

Con este discurso ideal, HABERMAS busca el criterio de verdad que acredita estar ausente en las teorías epistemológicas que identifican la verdad de una aserción con la mera correspondencia, mediada por la experiencia sensorial, con un cierto estado de cosas. Ya que todos tenemos diferentes experiencias, una concepción de verdad basada únicamente en la percepción sensorial estaría equivocada porque ella no puede garantizar la objetividad del conocimiento que ella produce. Si no hay una realidad objetivamente accesible a nuestros sentidos, la racionalidad de las expresiones utilizadas por A o por B sólo puede ser verificada de acuerdo con la justificabilidad discursiva de las pretensiones de validez contenidas en los actos de habla desempeñados por cada hablante. Dicho en otras palabras, al comprender el discurso como un procedimiento argumentativo, HABERMAS está sosteniendo que en las interacciones lingüísticas entre A y B, «ambos erigen pretensiones con sus expresiones simbólicas, las cuales precisan ser criticadas y defendidas, es decir, fundamentadas» (HABERMAS, 1984: 9). Un juicio —sobre la *verdad*, en el caso de los actos de habla constatativos, o sobre la corrección, en los actos de habla regulativos, donde lo que se discute no es la verdad de un hecho, sino la validez de una norma— (HABERMAS, 1997: 130) sólo puede ser objetivo «si se realiza sobre la base de una pretensión de validez trans-subjetiva», de modo que las «aserciones y acciones dirigidas para fines son tanto más racionales cuanto más la pretensión que está conectada a ellas pueda ser defendida contra la crítica» (HABERMAS, 1984: 6). Por tanto, HABERMAS necesita adoptar un concepto de racionalidad comunicativa que está basado en un discurso cuyas propiedades formales sean capaces de generar un consenso libre y unificador.

Igual que los enunciados sobre hechos, las acciones normativamente reguladas también contienen expresiones significativas que están conectadas con pretensiones de validez criticables. Las normas a que estas acciones se refieren pueden también ser intersubjetivamente reconocibles, y la conveniencia discursiva de las pretensiones de validez erigidas para estas normas es lo que determina su racionalidad (HABERMAS, 1984: 15-16). En el campo de la ética, HABERMAS adopta una posición cognoscitivista según la cual las cuestiones prácticas o normativas pueden ser solucionadas por medio de una argumentación aducida en un discurso práctico donde la corrección de una norma es examinada (HABERMAS, 1984: 19). Este tipo de discurso es un proceso comunicativo que sólo puede ser racional si se aproxima a las siguientes condiciones ideales: 1) los hablantes deben estar en una «situación ideal de habla» que es fundamentalmente caracterizada por la «simetría de condiciones», de modo que cada participante en el discurso puede estructurar sus actos de habla de modo que no haya más coerción que la proveniente de la fuerza racional de los mejores argumentos (HABERMAS, 1984: 25); 2) la argumentación, como proceso de comunicación, debe ser entendida como «una forma de interacción sujeta a reglas especiales», y 3) la argumentación «tiene como finalidad producir argumentos vinculantes que sean convincentes en virtud de sus propiedades intrínsecas y respecto de los cuales ciertas pretensiones de validez pueden ser redimidas o rechazadas» (HABERMAS, 1984: 35).

Ya que no puedo profundizar aquí en la teoría del discurso racional, me voy a limitar a enfatizar uno de los puntos que aparentan ser centrales para ALEXY y MAC-CORMICK: la idea de que los actos de habla regulativos siempre erigen una pretensión de corrección normativa. Es con base en esta premisa que se sostiene que en todo acto

de creación y aplicación del derecho se erige implícitamente una pretensión de que dicho acto es correcto. En el núcleo de esta pretensión se encuentran: 1) la aserción de que el acto jurídico es substancial y procesalmente correcto; 2) la pretensión (que genera una garantía) de justificabilidad de esta aserción, y 3) la expectativa de aceptabilidad de la corrección por todos los destinatarios de la norma jurídica (ALEXY, 1998: 208). ¿Pero cómo puede ALEXY justificar esta tesis? Responde a esta cuestión de la siguiente manera: «Una pretensión implícita puede ser explicitada si se demuestra que su negación expresa es absurda» (ALEXY, 2005: 21). Adopta, por tanto, una estrategia pragmático-formal de demostrar que la negación explícita de la pretensión de corrección implica una contradicción entre el *contenido* del acto jurídico (sea una ley, una decisión judicial, etc.) y el contenido de la pretensión implícita en su promulgación. ALEXY denomina a este tipo de contradicción «contradicción performativa» (ALEXY, 1998: 210). Todo participante en el discurso jurídico que expresamente niegue la pretensión de corrección comete una contradicción de este tipo. Sería una contradicción performativa, por ejemplo, si en la promulgación de una constitución el primer artículo expresamente afirmase que «X es un Estado injusto». Lo mismo ocurriría si un juez pronunciara una sentencia enunciando algo como «X es condenado a prisión, aunque eso sea una interpretación incorrecta del derecho». La decisión de este juez podría ser clasificada como absurda porque contendría tanto una aserción implícita de que la decisión es correcta como una aserción explícita que contradice la parte implícita.

ALEXY sostiene, en uno de los fragmentos más importantes de su argumentación, que la pretensión de corrección tiene la función de establecer una conexión necesaria entre el derecho y la moral. La pretensión de corrección atribuye al derecho un carácter ideal que no estaba presente en las descripciones positivistas según las cuales el derecho puede ser definido como mera facticidad o como el resultado del ejercicio de la autoridad. Esta dimensión ideal del derecho fundamenta un principio general de moralidad que tiene la fuerza de una norma jurídica implícita en todo sistema jurídico. Juntamente con esta pretensión, ALEXY reconoce una norma pragmáticamente supuesta que establece un deber de interpretar y aplicar las normas jurídicas de forma correcta. Como consecuencia de la pretensión de corrección, puede argüirse que hay una conexión argumentativo-metodológica entre el derecho y la moral (ALEXY, 1998) que implica que los aplicadores del derecho tienen la obligación *prima facie* de hacer «justicia de acuerdo con el derecho». Esto es precisamente lo que MACCORMICK quiere decir cuando sostiene que el derecho está «necesariamente enfocado hacia la justicia», y esta pretensión está obviamente en contradicción con el positivismo jurídico. En resumen, dicha pretensión atribuye al derecho un carácter aspiracional e introduce una distinción entre el «derecho positivo real» (*actual positive law*) y el «derecho positivo ideal» (*ideal positive law*) (MACCORMICK, 2007: 257), así como una obligación discursiva, para los aplicadores del derecho, de intentar reconciliar esas dos dimensiones en sus interpretaciones constructivas.

2.5. La tesis del caso especial

Es necesario pronunciarse también sobre la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial de discurso práctico. La tesis del caso especial es relevante para las

teorías de la argumentación jurídica porque esta hace más fácil la percepción de las presuposiciones pragmático-formales del discurso jurídico. Cuando decimos que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico, nos comprometemos con la aserción de que hay ciertas obligaciones discursivas para los participantes de este tipo de discurso. Cualesquiera que sean las constricciones aplicables al discurso práctico general, también serán válidas para el discurso jurídico, aunque con el requisito adicional de que los hablantes deben obedecer a las leyes positivas con las cuales ellos operan. Como MACCORMICK escribe al expresar su concordancia con la tesis del caso especial, en la formulación de ALEXY, «la argumentación jurídica debe ser entendida como un caso especial de razonamiento práctico, y debe por tanto conformarse a las condiciones de racionalidad y de razonabilidad que se aplican a todos los tipos de razonamiento práctico» (MACCORMICK, 2005: 17).

La tesis del caso especial es, por consiguiente, importante porque conecta el derecho, la racionalidad y la retórica. También implica ciertos «deberes comunicativos» (VIEHWEG, 1979) para cualquiera que entre en un discurso o erija una pretensión jurídica. Por consiguiente, la adhesión de MACCORMICK a la tesis del caso especial implica que las razones morales, políticas y pragmáticas que inevitablemente se aplican en el discurso práctico general sean necesariamente incluidas en la argumentación jurídica, lo que contradice todo lo que los positivistas afirman sobre el razonamiento jurídico⁴.

2.6. La eticidad de las instituciones jurídicas

Finalmente, la teoría institucionalista de MACCORMICK es también substancialmente diferente del positivismo porque se niega a aceptar la descripción del derecho como un sistema necesariamente formal y monolítico de reglas previamente dadas. En este sentido, me parece que la mayor parte de los positivistas contemporáneos están tan comprometidos con sus prejuicios metodológicos que normalmente no consiguen siquiera percibir uno de los puntos más importantes de la teoría institucionalista de MACCORMICK, que se relaciona con la eticidad de las instituciones jurídicas (BANKOWSKI, 2007). Con base en una lectura «selectiva» de los textos de MACCORMICK, resaltan algunos «sentidos comunes» en la teoría institucional del derecho y terminan sosteniendo que encuentran en MACCORMICK un aliado en lugar de un oponente⁵. Cuando hacen esto, sin embargo, tienden a tergiversar la teoría que están analizando. En efecto, la teoría institucional de MACCORMICK presupone un elemento de *entendimiento mutuo* entre los miembros de una comunidad jurídica que está intrínsecamente sedimentado en el derecho (MACCORMICK, 1998b: 305). El derecho emana de la interacción social de los miembros de dicha comunidad, que es mediada por un proceso discursivo

⁴ Si aceptamos este argumento, tenemos que afrontar nuevos problemas como, por ejemplo, el del potencial conflicto entre argumentos «positivos» en sentido estrecho y los principios de justicia que pueden fundamentarse por medio de las reglas del discurso práctico. Ni MACCORMICK ni ALEXY parecen aceptar que haya siempre una primacía incondicionada de las razones «positivas» sobre las demás. Todavía no estamos en condiciones, sin embargo, de afrontar ese problema en el presente trabajo.

⁵ Se pueden encontrar ejemplos de positivistas que intentan leer a MACCORMICK como perteneciente a su campo de discusión en SCHAUER (1996), WALUCHOW (1994) y VILLA (2009).

en que estos miembros ejercen influencia unos sobre los otros y son transformados por las experiencias que adquieren en dichas interacciones. Este «entendimiento mutuo» no puede ser de cualquier tipo, ya que lo que hace a una regla institucionalmente reconocible no es sólo la conformidad con ciertas «reglas constitutivas» que determinan su significado —como acontece, por ejemplo, en el modelo de reglas constitutivas de SEARLE (1970)—, sino los «principios subyacentes» que constituyen la «causa final» de una institución concreta (MACCORMICK, 1998b: 305). Al igual que DWORKIN, MACCORMICK acredita que el significado de la práctica social denominada «derecho» deriva en parte de principios que proveen la coherencia general del sistema jurídico y que pertenecen al tiempo a la moralidad y al derecho positivo.

La distinción entre la posición de MACCORMICK y la del positivismo angloamericano es clara cuando se compara la pretensión positivista de tratar el derecho como «un sistema contenido en sí mismo y autogenerador que necesita ser distinguido de la política para organizar nuestras vidas» (BANKOWSKI, 2007: 198) con la idea constructivista, que MACCORMICK explícitamente acepta, según la cual el derecho está abierto a discursos de aplicación que llevan a su adaptación y eventual reinterpretación con base en consideraciones éticas y morales (GÜNTHER, 1993; MACCORMICK, 2005: 237 y ss.). Según la mejor interpretación de la teoría institucional de MACCORMICK, el derecho y sus instituciones crean una especie de espacio ético donde la coordinación para el *bien común* se hace posible y donde los individuos que viven en una comunidad política pueden participar en la formación de los valores y de los principios que rigen sus vidas (BANKOWSKI, 2007: 202). Las instituciones jurídicas son consideradas valiosas y los miembros de la comunidad política reconocen sus leyes no meramente como un conjunto cierto y previsible de órdenes expedidos sin su participación, sino como un sistema normativo que expresa una *forma de vida* a la cual ellos pertenecen y que es constitutiva para sus identidades y sus auto-comprensiones. Por otro lado, como BANKOWSKI argumenta de forma convincente, el positivismo tiende a alienar a los individuos en una sociedad capitalista y a reducirlos a la condición de jugadores en un juego de reglas donde la creatividad y el sentido crítico son restringidos (*narrowed down*) (BANKOWSKI, 2007: 199).

Ninguno de esos efectos negativos, sin embargo, está presente en la teoría de MACCORMICK. Las *Instituciones del derecho* de MACCORMICK son en realidad un intento de reconciliar de forma crítica la teoría jurídica y la teoría institucional, la teoría y la práctica, el derecho y su justificación moral, la política y la eticidad de la comunidad en la cual el derecho es constantemente reconstruido. El núcleo de este proyecto teórico, en mi interpretación, consiste en trascender a los límites del pensamiento jurídico que los positivistas establecen para sí mismos.

3. CONCLUSIÓN

Se puede percibir en esta discusión que el post-positivismo es una alternativa genuina al positivismo, pues rechaza los puntos centrales de este tipo de teoría y favorece una lectura interpretativa de las fuentes del derecho que evita el esencialismo empírico que de modo general afecta al positivismo.

Desde el momento en que se reconoce que el derecho es un concepto argumentativo y que el discurso práctico general está inherentemente conectado a la argumentación jurídica, debido a que los argumentos morales pueden volverse obligatorios en el discurso jurídico —al menos en los denominados «casos difíciles»—, ya no puede aceptarse la distinción nítida entre «pura creación» y «pura aplicación» del derecho. Tampoco puede aceptarse la distinción entre «teorías del derecho» y «teorías de la decisión», pues en muchos casos la admisión de argumentos morales en el razonamiento jurídico deriva de la propia naturaleza del derecho. Esas conclusiones pueden muy bien ser un camino que nos va a llevar lejos del positivismo jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R., 1998: «Law and Correctness», en *Current Legal Problems*, vol. 51, 205-221.
- 2005: «Derecho y moral», en *La institucionalización de la justicia*, Granada: Comares, 17-29.
- ATIENZA, M., 2006: «Entrevista a Neil MacCormick», *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 29, 479-489.
- BANKOWSKI, Z., 2007: «Bringing the Outside in the Ethical Life of Legal Institutions», en T. GIZBERT-STUDNICKI y J. STELMACH, *Law and legal cultures in the 21st century*, Varsóvia: Oficyna, 193-216.
- BOBBIO, N., 1998: «Sur le positivisme juridique», en *Essais de théorie du droit*, Paris: LGDJ, 23-38.
- COLEMAN, J., 2007: «Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, 581-608.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, 11.^a imp., Cambridge, MA: Belknap.
- GÜNTHER, K., 1993: *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and in Law*, trad. de John Farrel, Albany: State University of New York Press.
- HABERMAS, J., 1984: *The Theory of Communicative Action, Vol. 1. Reason and the Rationalization of Society*, trad. Th. McCarthy, Boston: Beacon Press.
- 1997: «Teorías de la Verdad», en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid: Cátedra, 113-158.
- MACCORMICK, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon.
- 1998a: «Precedent as a Source of Law», en E. ATTWOOL y COMANDUCCI, *Sources of Law and Legislation: Proceedings of the 17th World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Bologna, June 16-21, 1995*, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 69, 177-185.
- 1998b: «Norms, institutions and institutional facts», *Law and Philosophy*, vol. 17, 301-345.
- 2005: *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press.
- 2007: *Institutions of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- PERELMAN, Ch., y OLBRECHTS-TYTECA, L., 1970: *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, Bruxelles: Université Libre de Bruxelles.
- RAZ, J., 1994: *Ethics in the public domain*, Oxford: Oxford University Press.
- SCHAUER, F., 1996: «Positivism as Pariah», en R. GEORGE, *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press, 32-56.

- SEARLE, J. R., 1970: *Speech Acts. An essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
- VIEHWEG, Th., 1979: *Tópica e jurisprudência*, trad. de T. Sampaio Ferraz Júnior, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional.
- VILLA, V., 2009: «Neil Macconnick's Legal Positivism», en M. DEL MAR y Z. BANKOWSKI, *Law as Institutional Normative Order*, Aldershot: Ashgate, 44-64.
- WALUCHOW, W., 1994: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon.

LA COHERENCIA EN EL DERECHO *

Amalia Amaya **

Universidad Nacional Autónoma de México

RESUMEN. Este trabajo examina el concepto de coherencia y el papel que ésta juega en el razonamiento jurídico. En primer lugar, se ofrece un somero análisis de las teorías de la coherencia en el derecho, prestando atención a las teorías de la justificación tanto de los enunciados normativos como de los enunciados fácticos. En segundo lugar, se identifican una serie de problemas que afectan a las teorías de la coherencia en el derecho, tanto a las teorías que se ocupan de las cuestiones normativas como aquéllas que se centran en las cuestiones fácticas. En tercer lugar, se articula un modelo coherentista con el objetivo de solventar —o, al menos— mitigar los problemas que enfrentan las teorías coherentistas de la justificación jurídica. Según este modelo, una creencia acerca de los hechos o del derecho está justificada si y sólo si es óptimamente coherente, es decir, si es una creencia que un decisor jurídico epistémicamente responsable habría aceptado en virtud de su coherencia en circunstancias similares. Por último, se analizan las implicaciones del modelo de coherencia propuesto para una teoría general de la argumentación jurídica.

Palabras clave: coherencia, responsabilidad epistémica, inferencia a la mejor explicación.

ABSTRACT. This paper examines the concept of coherence and its role in legal reasoning. First, it gives an overview of the coherence theory in law, paying attention to coherence theories of the justification of both normative and factual propositions. Second, it identifies some problem-areas confronting coherence theories of legal reasoning about both disputed questions of fact and disputed questions of law. Third, with a view to solving these problems, it proposes a coherence model of legal reasoning. The main tenet of this model is that a belief about the law and the facts under dispute is justified if it is «optimally coherent», that is, if it is such that an epistemically responsible legal decision-maker would have accepted it as justified by virtue of its coherence in like circumstances. Last, this paper examines the implications of the version of legal coherentism proposed for a general theory of legal reasoning and rationality.

Keywords: coherence, epistemic responsibility, inference to the best explanation.

* Fecha de recepción: 6 de junio de 2011. Fecha de aceptación: 2 de julio de 2011.

** Muchas personas me han ayudado enormemente a desarrollar las ideas presentadas en este trabajo. Estoy especialmente agradecida a M. ATIENZA, N. CHOMSKY, C. ELGIN, F. SCHAUER, R. STALNAKER y M. LA TORRE.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, se han propuesto diversas teorías coherentistas en distintos ámbitos. En epistemología, se han propuesto teorías coherentistas de la justificación como una alternativa al fundacionismo¹. En algunas propuestas, no sólo la justificación epistémica sino también el concepto de verdad se han tratado de definir apelando a la noción de coherencia². En el campo de la filosofía de la ciencia, la coherencia se ha considerado como un criterio fundamental para la selección de teorías científicas³. La coherencia ha figurado también de manera central en algunas teorías de la razón práctica así como en algunas de las principales teorías del razonamiento moral⁴. La coherencia ha jugado un papel importante incluso en algunas teorías en psicología y en lingüística, en donde se ha utilizado el concepto de coherencia para explicar fenómenos tan diversos como la formación de impresiones⁵, la interpretación del discurso⁶ y el pensamiento analógico⁷.

El coherentismo ha sido también una posición teórica muy influyente en la teoría del derecho contemporánea⁸. A pesar de que hay distintas opiniones acerca del lugar que debe ocupar la coherencia en una teoría de la justificación jurídica, la mayoría de los filósofos del derecho están de acuerdo en que la coherencia es, al menos, un ingrediente importante en la justificación jurídica. Sin duda, las teorías coherentistas de la justificación jurídica han contribuido de manera importante a la mejor comprensión del concepto de coherencia y del papel que ésta juega en la argumentación jurídica. Sin embargo, estas teorías presentan algunos problemas que es necesario atender. En primer lugar, la mayoría de las teorías de la coherencia en el derecho se han centrado en la función que cumple la coherencia en relación a la justificación de los enunciados normativos y no se han ocupado de manera sistemática de analizar el papel que des-

¹ Vid., entre otros, L. BONJOUR, *The Structure of Empirical Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985; y K. LEHRER, *Theory of Knowledge*, 2.^a ed., Boulder, Westview Press, 2000.

² Para una revisión de la literatura acerca de las teorías de la verdad como coherencia, vid. R. C. S. WALKER, *The Coherence Theory of Truth*, London, Routledge, 1989.

³ Vid., por ejemplo, P. THAGARD, *Conceptual Revolutions*, Princeton, Princeton University Press, 1992.

⁴ Vid. H. RICHARDSON, *Practical Reasoning about Final Ends*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994; S. HURLEY, *Natural Reasons: Personality and Polity*, Oxford, Oxford University Press, 1989; y P. THAGARD y E. MILLGRAM, «Deliberative Coherence», *Synthese*, 108, 1996. Acerca de las teorías coherentistas de la justificación moral, vid., J. RAWLS, *A Theory of Justice*, ed. rev. Cambridge, Harvard University Press, 1999; A. H. GOLDMAN, *Moral Knowledge*, London, Routledge, 1988; y P. THAGARD, «Ethical Coherence», *Philosophical Psychology*, 11, 1998.

⁵ Z. KUNDA, *Social Cognition*, Cambridge, MIT Press, 1999.

⁶ Para una revisión de la literatura coherentista sobre la interpretación del discurso, vid., C. HELLMAN, «The Notion of Coherence in Discourse», en G. RICKHEIT y C. HABEL (eds.), *Focus and Coherence in Discourse Processing*, Berlin, DeGruyter, 1995.

⁷ K. J. HOLYOAK y P. THAGARD, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, Cambridge, MIT Press, 1995.

⁸ Vid., entre otros, N. MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», en W. KRAWIETZ *et al.* (eds.), *Theorie der Normen*, Berlin, Duncker and Humblot, 1984; R. DWORKIN, *Law's Empire*, London, Fontana, 1986; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989; J. RAZ, «The Relevance of Coherence», *Boston University Law Review*, 72, 1992; L. WINTGENS, «On Coherence and Consistency», en W. KRAWIETZ *et al.* (eds.), *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification*, Berlin, Duncker and Humblot, 2000; A. AARNIO *et al.*, *On Coherence Theory in Law*, Lund, Juristförlager i Lund, 1998; y J. C. HAGE, «Law and Coherence», *Ratio Juris*, 17, 2004.

empeña la coherencia en la justificación de los enunciados fácticos. En segundo lugar, las teorías de la coherencia en el derecho han adoptado fundamentalmente un punto de vista normativo y han prestado poca atención a los estudios de psicología cognitiva acerca de cómo razonan los decisores jurídicos. Por último, las teorías de la coherencia en el derecho son vulnerables a una serie de objeciones clásicas que se han dirigido en contra de las teorías coherentistas de la justificación.

En este trabajo —que es una versión reducida de un trabajo mucho más amplio—⁹ quisiera explorar la posibilidad de desarrollar una teoría de la coherencia para el derecho que sea potencialmente aplicable al razonamiento tanto acerca de normas como de hechos; que tome en cuenta algunos de los estudios de carácter empírico que se han realizado recientemente sobre el razonamiento jurídico; y que tenga la capacidad de resolver (o, al menos, de mitigar) las objeciones que se pueden dirigir en contra de una concepción coherentista de la justificación jurídica. En resumen, según el modelo de coherencia que quisiera presentar aquí, una creencia acerca de los hechos o el derecho está justificada si es «óptimamente coherente», es decir, si es una creencia que un decisor jurídico epistémicamente responsable podría haber aceptado como justificada en circunstancias similares. Un decisor jurídico es epistémicamente responsable en la medida en que cumpla con una serie de deberes epistémicos y lleve a cabo las actividades de investigación y deliberación propias de su cargo de una manera epistémicamente virtuosa. Según este modelo, los decisores jurídicos forman creencias acerca de los hechos y del derecho que están justificadas en virtud de su coherencia por medio de una inferencia explicativa. En esta propuesta, la coherencia se considera una cuestión de satisfacción de restricciones positivas y negativas y un estándar de justificación que depende de factores contextuales. De acuerdo con este modelo, la justificación jurídica es, por tanto, una cuestión de coherencia óptima.

El argumento de este trabajo se desarrollará de la siguiente manera. En las secciones 2 y 3 presentaré de manera somera las teorías coherentistas de la justificación de los enunciados normativos y fácticos en el derecho, respectivamente. En la sección 4 describiré algunos de los problemas que presentan las teorías de la coherencia en el derecho, tanto acerca de normas como de hechos. En la sección 5, presentaré los elementos principales de la propuesta coherentista que quisiera defender en este trabajo. En las secciones 6 y 7, examinaré los problemas del coherentismo a la luz del modelo de coherencia articulado anteriormente y presentaré una propuesta de solución. En la sección 8 se discutirán algunas de las implicaciones del modelo de coherencia propuesto para la teoría de la argumentación jurídica y, en general, para la teoría del derecho. Por último, en la sección 9, apuntaré algunos de los problemas que presenta la concepción coherentista de la justificación jurídica defendida en este trabajo.

2. COHERENCIA, JUSTIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Las teorías de la coherencia han ocupado un lugar central en la filosofía del derecho contemporánea. En lo que sigue, presentaré de manera somera el estado de la

⁹ Vid. A. AMAYA, *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford, Hart Publishing, en prensa.

cuestión en la teoría de la coherencia en el derecho. Comenzaré discutiendo brevemente las teorías de la coherencia normativa, es decir, las teorías coherentistas de la justificación de los enunciados normativos en el derecho.

Hay una gran variedad de teorías coherentistas de la justificación jurídica. Mientras que algunos teóricos del derecho definen la justificación jurídica exclusivamente en términos de coherencia, otros le dan a la coherencia un papel más modesto y consideran que la coherencia es un ingrediente fundamental, aunque no el único, de la justificación jurídica. Es posible, por tanto, distinguir entre teorías «fuertes» de la coherencia, según las cuales la coherencia es una condición necesaria y suficiente de la justificación jurídica y teorías «débiles» de la coherencia, que sostienen que la coherencia es una condición necesaria pero no suficiente de la justificación jurídica¹⁰. Entre las distintas teorías que analizan la noción de justificación jurídica apelando a la idea de coherencia, me centraré en tres propuestas particularmente influyentes: la teoría de la coherencia normativa de N. MACCORMICK¹¹, el modelo de la ponderación de A. PECZENIK¹² y la teoría del derecho como integridad de R. DWORKIN¹³. Como estas teorías son bien conocidas, presentaré tan sólo los rasgos centrales de las mismas¹⁴.

Una discusión de las teorías de la coherencia en el derecho no puede sino empezar con el trabajo de N. MACCORMICK, pionero en los estudios acerca de la coherencia y la justificación jurídica. MACCORMICK es uno de los pocos teóricos del derecho que han examinado el papel que juega la coherencia tanto en relación a la justificación de los enunciados fácticos como normativos en el derecho. MACCORMICK diferencia entre la «coherencia normativa», es decir, el tipo de coherencia que es relevante para la justificación de conclusiones acerca de cuestiones de derecho y la «coherencia narrativa», que es el tipo de coherencia que es relevante para la justificación de conclusiones acerca de cuestiones de hecho. Según MACCORMICK, la coherencia normativa —me ocuparé de la coherencia narrativa más adelante— es la propiedad de un conjunto de normas que pueden ser explicadas en base a una serie de principios generales que delinean una forma de vida satisfactoria. La coherencia normativa juega un papel importante pero limitado en la justificación de las decisiones judiciales en los casos difíciles. Según MACCORMICK, los argumentos de coherencia permiten identificar un conjunto de deci-

¹⁰ En filosofía, la «teoría de la justificación como coherencia» se refiere exclusivamente a las teorías «fuertes» de la coherencia.

¹¹ Vid. N. MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», *op. cit.*; N. MACCORMICK, «Argumentation and Interpretation in Law», *Ratio Iuris*, 6, 1993; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994; N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹² A. PECZENIK, «A Coherence Theory of Juristic Knowledge», *On Coherence Theory of Law*, *op. cit.*; A. PECZENIK, «Certainty or Coherence?», *The Reasonable as Rational? op. cit.*; A. PECZENIK, «Coherence, Truth, and Rightness in the Law», en P. NERHOT (ed.), *Law, Interpretation, and Reality*, Dordrecht, Kluwer, 1990; A. PECZENIK, «Law, Morality, Coherence, and Truth», *Ratio Iuris*, 7, 1994; «The Passion for Reason: Some Remarks on Coherence in Law», en E. GARZÓN *et al.* (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Ducker and Humblot, 1997; A. PECZENIK, «The Passion for Reason», en L. J. WINTGENS (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Kluwer, 1999.

¹³ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*; R. DWORKIN, «No Right Answer?», en P. M. S. HACKER y J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Clarendon Press, 1972; R. DWORKIN, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», *Philosophy and Public Affairs*, 25, 1996, y R. DWORKIN, «Thirty Years On», *Harvard Law Review*, 115, 2002.

¹⁴ Para una discusión detallada de estas teorías, *vid.* AMAYA, *The Tapestry of Reason*, *op. cit.*, capítulo 1.

siones como «justificables» pero la justificación de las mismas depende, en último término, de argumentos consecuencialistas. En este sentido, la teoría de MACCORMICK es una teoría de la coherencia «débil» ya que postula que la coherencia es una condición necesaria, pero no suficiente, de la justificación jurídica. En todo caso, a pesar de que la coherencia no nos permita justificar plenamente una decisión, según MACCORMICK, la coherencia es un valor esencial en el derecho en cuanto que contribuye de manera importante a realizar los ideales de justicia formal.

PECZENIK ha defendido una teoría de la argumentación jurídica que otorga a la coherencia un papel más amplio en la justificación. PECZENIK —junto con ALEXY— ha formulado un conjunto de criterios para evaluar el grado de coherencia de una teoría. En concreto, según ALEXY y PECZENIK, la coherencia de una teoría depende de criterios que determinan las propiedades de la estructura de soporte de la misma, de criterios relativos a los conceptos empleados por la teoría así como de criterios relacionados con las propiedades del ámbito de aplicación de la teoría¹⁵. PECZENIK sostiene que la coherencia se construye a lo largo del proceso de decisión judicial por medio de una operación de ponderación. La justificación jurídica es el producto del balance coherente de un conjunto de razones relevantes, que incluye tanto razones morales como razones jurídicas. No obstante, la forma en que PECZENIK concibe la operación de ponderación limita de manera significativa la capacidad de la coherencia de generar justificación. Para PECZENIK, el último paso en la operación de ponderación se basa, en último término, en las preferencias individuales y personales. La coherencia con un conjunto de razones relevantes hace que las decisiones sean no simplemente justificables —como sostendría MACCORMICK— sino plenamente justificadas. Sin embargo, en los casos en los que el balance coherente de razones permite justificar más de una decisión, los estándares coherentistas de la justificación no pueden guiar a los decisores jurídicos acerca de qué decisión deben aceptar como justificada. Desde el punto de vista de PECZENIK, las razones últimas que apoyan una decisión no son sino una cuestión que depende de las preferencias subjetivas de los decisores jurídicos.

Por último, la teoría del derecho como integridad ha sido ampliamente interpretada como una aproximación coherentista al derecho. Esta teoría está profundamente marcada por los compromisos coherentistas de DWORKIN. A mi modo de ver, DWORKIN sostiene una teoría coherentista de la justificación según la cual una decisión jurídica está justificada si es coherente con el conjunto de principios que mejor explica y justifica la práctica jurídica, a la luz de una teoría de la moralidad política. DWORKIN define no sólo la justificación jurídica, también —me parece— el concepto de verdad en el derecho en términos coherentistas. La teoría interpretativa del derecho de DWORKIN está comprometida con una teoría de la verdad como coherencia según la cual una proposición jurídica particular es verdadera si pertenece a la teoría que explica y justifica el derecho de manera más coherente. Por tanto, según DWORKIN, tanto la justificación de las proposiciones jurídicas como la verdad de las mismas dependen de su coherencia con un conjunto de creencias interpretativas acerca del derecho y de la moralidad política. Las razones de coherencia, desde este punto de vista, nos permiten identificar (en la mayor parte de los casos) una única respuesta como justificada así

¹⁵ Vid. R. ALEXY y A. PECZENIK, «The Concept of Coherence and its Significance for Discourse Rationality», *Ratio Juris*, 3, 1990.

como determinar de manera completa las condiciones de verdad de las proposiciones normativas en el derecho.

La motivación principal de las teorías coherentistas de la justificación de juicios normativos, me parece, es expandir el ámbito de la razón en el derecho más allá de los límites impuestos por las aproximaciones formalistas al razonamiento jurídico. Estas teorías tratan de avanzar una concepción más amplia de la razón en el derecho, exigiendo que las decisiones jurídicas satisfagan los criterios de coherencia en casos en los que, según las versiones formalistas del positivismo jurídico, los decisores jurídicos gozan de discreción. Las propuestas coherentistas discutidas anteriormente amplían el ámbito de aplicación de la razón en el derecho en distintas medidas. Según MACCORMICK, las decisiones jurídicas deben ser coherentes, además de ser consistentes con el derecho vigente. Esto restringe de manera importante la discreción de los decisores jurídicos, en cuanto que los argumentos de coherencia reducen el conjunto de decisiones justificables. Sin embargo, en los casos en los que varias respuestas son igualmente coherentes con el derecho aplicable, los decisores jurídicos han de decidir en base a argumentos consecuencialistas, los cuales tienen —según MACCORMICK— una naturaleza subjetiva. Por tanto, el alcance de la propuesta de MACCORMICK en relación con el objetivo de expandir el espacio de la razón en el derecho es relativamente modesto. La teoría de PECZENIK nos permite avanzar un paso más en la dirección de constreñir a los decisores jurídicos. Según MACCORMICK, las evaluaciones subjetivas entran en juego en cuanto hay dos decisiones que son igualmente coherentes con el derecho. A diferencia de MACCORMICK, en la propuesta de PECZENIK, las consideraciones de tipo evaluativo sólo juegan un papel en situaciones en las que hay dos decisiones que son igualmente coherentes con el conjunto de razones tanto jurídicas como morales. Por tanto, PECZENIK requiere que los decisores jurídicos satisfagan unas condiciones de coherencia más exigentes que las impuestas por MACCORMICK. Sin embargo, al considerar que el último paso en la deliberación depende de preferencias subjetivas, PECZENIK limita de manera importante la ambición coherentista de expandir el ámbito de la razón en el derecho. Por último, DWORKIN lleva a los extremos el proyecto coherentista de aumentar el dominio de la razón en el derecho al defender la tesis de que, salvo en casos excepcionales, las razones de coherencia nos permiten identificar una única decisión como justificada.

Mientras que MACCORMICK y PECZENIK parecen estar demasiado conscientes de los límites de la razón en el derecho, DWORKIN, por el contrario, parece ser excesivamente optimista acerca de la capacidad de la razón para guiar y constreñir los procesos de toma de decisiones jurídicas. A la luz del último objetivo del coherentismo, a saber, proporcionar una alternativa no escéptica a las concepciones formales del razonamiento jurídico, lo que sería deseable es contar con una concepción coherentista del derecho que le otorgue una función amplia a la razón en el derecho pero sin subestimar la seriedad de las objeciones escépticas. Por tanto, a pesar de que estas tres teorías han impulsado de manera fundamental el proyecto de ofrecer una visión no reduccionista del ámbito de la razón en el derecho, las aspiraciones coherentistas no han sido todavía plenamente satisfechas. Además, aunque estas teorías han contribuido significativamente a una mejor comprensión del concepto de coherencia y del papel que ésta juega en el razonamiento jurídico, no han logrado solventar algunos de los problemas tradicionales que afectan a las teorías de la coherencia. Me ocuparé de analizar estos

problemas en detalle más adelante, pero antes examinemos brevemente algunas teorías de la prueba según las cuales la coherencia juega un papel central en la justificación de los enunciados fácticos en el derecho.

3. COHERENCIA Y PRUEBA EN EL DERECHO

En el contexto del razonamiento acerca de los hechos, no hay una teoría de la coherencia que tenga un grado de desarrollo similar al de las teorías de la coherencia normativa. Como se indicó anteriormente, mientras que las cuestiones relativas al papel que juega la coherencia normativa en la justificación jurídica han sido ampliamente discutidas en la literatura, la función de la coherencia en la justificación de conclusiones acerca de los hechos en el derecho ha recibido una atención mucho menor. No obstante, la coherencia figura de manera prominente en algunas teorías de la prueba.

Las teorías coherentistas de la prueba pretenden ser una alternativa a las teorías probabilistas de la prueba, en concreto, al bayesianismo¹⁶. El modelo bayesiano de la prueba jurídica está basado en una concepción de la racionalidad de los decisores jurídicos según la cual ser racional consiste en razonar conforme a los axiomas de la teoría de la probabilidad, una de cuyas consecuencias lógicas fundamentales es el teorema de Bayes. En este sentido, las teorías coherentistas de la justificación de los enunciados fácticos en el derecho, al igual que las teorías de la coherencia normativa, tratan de superar una concepción formalista de la racionalidad jurídica. Estas teorías se han propuesto en tres ámbitos diferentes: la teoría de la prueba, la teoría del derecho y la psicología del razonamiento jurídico.

En el ámbito de la teoría de la prueba, hay una serie de juristas que han defendido teorías holistas de la evaluación de las pruebas¹⁷. Según el holismo, la fuerza probatoria de las pruebas disponibles debe ser valoradas en su conjunto¹⁸. Desde este punto de vista, no es posible aceptar un enunciado probatorio como justificado de manera aislada, sino que es el conjunto de pruebas, hipótesis y creencias generales el que confiere

¹⁶ Vid. P. TILLERS y E. D. GREEN (eds.), *Probability and Inference in the Law of Evidence: The Uses and Limits of Bayesianism*, Dordrecht, Kluwer, 1988. Dos conferencias que se ocuparon de manera exhaustiva de la teoría bayesiana de la prueba son: «Decision and Inference in Litigation», *Cardozo Law Review*, 13, 1991, y «Bayesianism and Juridical Proof», *International Journal of Evidence and Proof*, 1, 1997. Algunas monografías importantes son las siguientes: D. A. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Evanston, Northwestern University Press, 2001; J. B. KADANE y D. A. SCHUM, *A Probabilistic Analysis of the Sacco and Vanzetti Evidence*, New York, Wiley and Sons, 1996; B. ROBERTSON y G. A. VIGNAUX, *Interpreting Evidence*, Chichester, Wiley and Sons, 1995; y J. L. GASTWIRTH (ed.), *Statistical Science in the Courtroom*, New York, Springer-Verlag, 2000.

¹⁷ Vid. R. ALLEN, «The Nature of Juridical Proof», *Cardozo Law Review*, 13, 1991; R. ALLEN, «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence», *Northwestern University Law Review*, 58, 1994; R. ALLEN, «Rationality, Algorithms and Juridical Proof», *International Journal of Evidence and Proof*, 1, 1997; M. S. PARDO, «Juridical Proof, Evidence and Pragmatic Meaning: Toward Evidentiary Holism», *Northwestern University Law Review*, 95, 2000; P. TILLERS, «Mapping Inferential Domains», *Boston University Law Review*, 66, 1986; y P. TILLERS, «Webs of Things in the Mind: A New Science of Evidence», *Michigan Law Review*, 87, 1989. Para una breve pero iluminadora exposición crítica de las teorías holistas, vid. W. TWINING, *Theories of Evidence Bentham and Wigmore*, Stanford, Stanford University Press, 1985, 183-185; W. TWINING, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 (2.ª ed.), 306-311.

¹⁸ R. DAMAŠKA, «Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View», en D. S. CLARK (ed.), *Comparative and Private International Law*, Berlin, Duncker and Humblot, 1990, 91.

justificación a cada uno de estos enunciados. Por tanto, el holismo está implícitamente fundamentado en una concepción coherentista de la justificación según la cual una creencia está justificada si pertenece a un sistema coherente de creencias.

A pesar de que en el siglo XVIII hubo algunos precursores del holismo, solo recientemente éste ha sido una posición teórica importante en el derecho de la prueba¹⁹. En la teoría de la prueba contemporánea, la teoría holista más influyente es, probablemente, la teoría de la «plausibilidad relativa» propuesta por R. ALLEN²⁰. Según esta teoría «el razonamiento acerca de los hechos en el derecho consiste en la determinación de la plausibilidad comparada de las explicaciones ofrecidas por las partes en el juicio [...]. En los casos civiles, el juzgador de los hechos debe identificar la explicación más plausible de los eventos relevantes, mientras que en los casos penales, el fiscal debe proporcionar una explicación plausible de la culpabilidad y demostrar que no existe una explicación plausible de la inocencia»²¹. Para ALLEN, la plausibilidad de una historia depende de variables tales como su coherencia, grado de completud, singularidad, economía y probabilidad²². Esta aproximación es holista ya que las teorías propuestas por las partes deben ser aceptadas o rechazadas en su conjunto, teniendo en cuenta el estándar de prueba aplicable²³.

Otra aproximación holista a la evaluación de las pruebas que merece la pena destacar es la teoría pragmática propuesta por M. PARDO. Esta teoría se basa en la tesis holista de QUINE acerca del significado, según la cual el significado de cualquier enunciado es una función del papel que éste juega en una teoría del lenguaje considerada en su conjunto²⁴. PARDO sostiene que el proceso probatorio requiere la interpretación pragmática de un conjunto de enunciados acerca de las pruebas disponibles. Durante un juicio, las partes proponen interpretaciones pragmáticas alternativas de varios enunciados probatorios. Después, el juez o jurado organiza estos enunciados en la forma de narrativas o esquemas probatorios y elige la narrativa que explica mejor los mismos. Según PARDO, dicha elección se hace en base a «principios básicos de racionalidad, tales como cobertura, coherencia y singularidad»²⁵. A la luz de esta narrativa, el juez o jurado asigna significado pragmático a los distintos enunciados probatorios²⁶. Sólo entonces es posible determinar el valor probativo de las pruebas, en función del papel que las mismas juegan en el esquema probatorio desarrollado previamente.

La aproximación holista a la evaluación de las pruebas (y la epistemología coherentista en la que ésta se basa) goza de un alto grado de plausibilidad psicológica²⁷.

¹⁹ M. ABU-HAREIRA, «An Early Holistic Conception of Judicial Fact-finding», *Juridical Review*, 79, 1986.

²⁰ Vid. ALLEN, «The Nature of Juridical Proof», *op. cit.*; ALLEN, «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence», *op. cit.*

²¹ R. J. ALLEN y B. LEITER, «Naturalized Epistemology and the Law of Evidence», *Virginia University Law Review*, 87, 2001, 1528.

²² R. ALLEN, «Rationality, Algorithms, and Juridical Proof: A Preliminary Inquiry», *op. cit.*, 273.

²³ ALLEN, «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence», *op. cit.*, 609.

²⁴ Para una discusión de las principales teorías del holismo acerca del significado, vid. J. FODOR y E. LEPORE, *Holism: A Shopper's Guide*, Oxford, Blackwell, 1992.

²⁵ PARDO, *op. cit.*, 435.

²⁶ El «significado pragmático», según PARDO, es «el significado extra-semántico que el hablante añade a las oraciones (o como el hablante usa las oraciones)», *id.*, 429.

²⁷ Vid. R. HASTIE y N. PENNINGTON, «A Cognitive Theory of Juror Decision-Making: The Story Model», *Cardozo Law Review*, 13, 1991; W. A. WAGENAAR, P. J. VAN KOPPEN y H. F. M. CROMBAG, *Anchored Narra-*

Una serie importante de estudios empíricos demuestran que los jueces y jurados razonan acerca de las pruebas a partir de un conjunto de hipótesis que tienen forma narrativa. Por tanto, estos estudios establecen que la «coherencia narrativa» juega un papel importante en el razonamiento jurídico acerca de los hechos. Dos propuestas me parecen particularmente significativas: el modelo de la historia, desarrollado por HASTIE y PENNINGTON, y la teoría de las «narrativas ancladas», elaborada por WAGENAAR, KOPPEN y CROMBAG²⁸.

La tesis principal del modelo de la historia es que un proceso cognitivo central en la toma de decisiones por parte de jurados es la construcción de «estructuras narrativas» para organizar e interpretar las pruebas²⁹. Según el modelo de la historia, los jurados aceptan la historia que, entre una serie de historias alternativas, mejor explica el conjunto de las pruebas. HASTIE y PENNINGTON consideran que hay tres «principios de certeza» que gobiernan la selección de una historia como la mejor, a saber, «coherencia», es decir, el grado en el cual una historia tiene la capacidad de dar cuenta de las pruebas presentadas en el juicio; «coherencia», que es un criterio que tiene a su vez tres componentes, consistencia, plausibilidad y completud; y «singularidad», ya que el grado de creencia en una historia se reduce si hay múltiples historias coherentes³⁰. Por tanto, según el modelo de la historia, los jurados usan la coherencia narrativa como un criterio central para evaluar la aceptabilidad de la historia de la que va a depender su decisión.

La teoría de las narrativas ancladas examina el papel que juegan las narrativas en el razonamiento judicial en casos penales³¹. La tesis central de la teoría de las narrativas ancladas es que los jueces toman sus decisiones en casos penales en base a dos juicios:

tives: The Psychology of Criminal Evidence, New York, St. Martin's Press, 1993; y D. SIMON, «A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision-Making», *The University of Chicago Law Review*, 71, 2004.

²⁸ Tanto el modelo de la historia como la teoría de las narrativas ancladas le deben mucho al trabajo pionero de BENNETT y FELDMAN en el ámbito de la psicología social. *Vid.* W. L. BENNETT y M. S. FELDMAN, *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1981. El trabajo de BENNETT y FELDMAN también ha influido de manera importante en algunas aproximaciones coherentistas al razonamiento jurídico acerca de los hechos desarrollado por algunos teóricos del derecho, como B. JACKSON. *Vid. infra* en esta sección.

²⁹ *Vid.* R. HASTIE y N. PENNINGTON, «Evidence Evaluation in Complex Decision-Making», *Journal of Personality and Social Psychology*, 51, 1986; R. HASTIE y N. PENNINGTON, «A Cognitive Theory of Juror Decision-Making: the Story Model», *Cardozo Law Review*, 1991; R. HASTIE y N. PENNINGTON, «Explaining the Evidence: Tests of the Story Model for Juror Decision-Making», *Journal of Personality and Social Psychology*, 1992; R. HASTIE y N. PENNINGTON, «Reasoning in Explanation-Based Decision-Making», *Cognition*, 49, 1993; R. HASTIE y N. PENNINGTON, «Explanation-Based Decision-Making», en T. CONNOLLY *et al.* (ed.), *Judgment and Decision-Making: An Interdisciplinary Reader*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2000; R. HASTIE y N. PENNINGTON, «The Story Model for Juror Decision-Making», en por R. HASTIE (ed.), *Inside the Juror: The Psychology of Juror Decision-Making*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

³⁰ *Vid.* S. A. SLOMAN, «When Explanations Compete: the Role of Explanatory Coherence on Judgments of Likelihood», *Cognition*, 52, 1994.

³¹ WAGENAAR, VAN KOPPEN y CROMBAG, *op. cit.* Para una breve descripción de las tesis principales de esta teoría, *vid.* W. A. WAGENAAR, «Anchored Narratives: A Theory of Judicial Reasoning, and its Consequences», en G. DAVIES, S. LLOYD-BOSTOCK, M. MCMURRAN y C. WILSON (eds.), *Psychology, Law, and Criminal Justice*, Berlin, Walter de Gruyter, 1996. Para una crítica de la teoría de las narrativas ancladas, *vid.* W. TWINING, «Anchored Narratives: A Comment», *The Great Juristic Bazaar*, Darmouth, Ashgate, 2002; B. JACKSON, «“Anchored Narratives” and the Interface of Law, Psychology and Semiotics», *Review of Anchored Narratives*, por W. A. WAGENAAR *et al.*, *Legal and Criminological Psychology*, 1, 1996; M. DEN BOER, *Review of Anchored Narratives*, por W. A. WAGENAAR *et al.*, *International Journal for the Semiotics of Law*, 8, 1995; J. R. SPENCER,

la evaluación de la plausibilidad de la historia presentada por el fiscal y la evaluación acerca de si esta narrativa está anclada de manera adecuada en creencias de sentido común que son generalmente aceptadas como verdaderas³². Mientras que el primer juicio evaluativo determina la «bondad» de la historia, el segundo determina el grado en el que la misma está apoyada o anclada en los hechos. Estos dos juicios, de manera conjunta, dan lugar a una evaluación de la credibilidad de la historia del fiscal, que es de lo que depende —según estos autores— la decisión final del juez³³.

Tanto el modelo de la historia como la teoría de las narrativas ancladas son modelos psicológicos del proceso de toma de decisiones jurídicas que giran alrededor de la noción de historia. En ambos casos, la toma de decisiones acerca de los hechos se entiende como un proceso en el que se elaboran historias que nos permitan explicar las pruebas aducidas y se comparan las mismas en base, entre otros criterios, a su grado de coherencia. Un conjunto de estudios empíricos llevado a cabo recientemente por K. HOLYOAK, D. SIMON y S. READ ha planteado una visión diferente del tipo de coherencia que es relevante para el razonamiento acerca de los hechos en el derecho³⁴. Según esta propuesta, denominada «razonamiento basado en la coherencia», el concepto de coherencia que es central en una teoría descriptiva del razonamiento jurídico acerca de los hechos no es el de coherencia narrativa sino la noción de coherencia como satisfacción de restricciones.

La teoría del «razonamiento basado en la coherencia» postula que la toma de decisiones jurídicas es un proceso mediante el cual los decisores reconstruyen la representación mental del problema a resolver y convierten un problema de decisión difícil en uno fácil, permitiendo así que las decisiones se tomen con un alto grado de confianza³⁵.

«Anchored Narratives», Reseña de *Anchored Narratives*, por W. A. WAGENAAR *et al.*, *Cambridge Law Journal*, 53, 1994.

³² Algunos ejemplos de anclas serían las siguientes: «los testigos dicen la verdad la mayor parte de las veces», «si un juguete hace ruido es porque alguien lo ha pisado», «los patólogos casi nunca se equivocan», «en general, la gente nunca entra en casa ajena sin el conocimiento y el consentimiento de su dueño con buenas intenciones».

³³ WAGENAAR *et al.*, *op. cit.*, 10. Es importante destacar que la tesis principal de la teoría de las narrativas ancladas se diferencia de manera importante de la tesis central del modelo de la historia. Mientras que el modelo de la historia (y otras teorías como la de ALLEN) sostienen que los decisores jurídicos evalúan la plausibilidad de las historias del fiscal y de la defensa, «la teoría de las narrativas ancladas no asume que los jueces consideren dos narrativas, la del fiscal y la de la defensa, las cuales tendrían que considerarse igualmente relevantes hasta el final de la decisión, sino que, por el contrario, la teoría predice que es sobre todo la versión del fiscal acerca de lo que ocurrió la que será considerada y verificada en base a las pruebas presentadas por las dos partes», *id.*, 210.

³⁴ *Vid.* K. J. HOLYOAK y D. SIMON, «Bidirectional Reasoning in Decision-Making by Constraint Satisfaction», *Journal of Experimental Psychology: General*, 128, 1999; K. J. HOLYOAK *et al.*, «The Emergence of Coherence Over the Course of Decision-Making», *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 27, 2001; D. SIMON y K. J. HOLYOAK, «Structural Dynamics of Cognition: From Consistency Theories to Constraint Satisfaction», *Personality and Social Psychology Review*, 6, 2002; S. J. READ, C. J. SNOW y D. SIMON, «Constraint Satisfaction Processes in Social Reasoning», en R. ALTERMAN y D. KIRCH (eds.), *Proceedings of the 25th Annual Conference of the Cognitive Science Society*, Mahwah, Earlbaum, 2003; D. SIMON, C. J. SNOW y S. J. READ, «The Redux of Cognitive Consistency Theories: Evidence Judgments by Constraint Satisfaction», *Journal of Personality and Social Psychology*, 86, 2004. Para un resumen de este conjunto de estudios empíricos, *vid.* D. SIMON, «A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision-Making», *University of Chicago Law Review*, 71, 2004.

³⁵ Esta teoría es un modelo de toma de decisiones complejas. Las decisiones complejas son aquéllas en las que «las consideraciones constitutivas son muchas, contradictorias, ambiguas e incommensurables». *Vid.* SIMON, «A Third View of the Black Box», *op. cit.*, 516. La mayoría de los casos jurídicos que acaban en los tribunales

De manera más precisa, SIMON, HOLYOAK y sus colaboradores sostienen que en el proceso de toma de decisiones, la representación mental de la tarea del decisor jurídico sufre un proceso de cambio gradual hasta que, al final, alcanza un estado de coherencia con una de las alternativas de decisión, es decir, un estado en el que las consideraciones o «restricciones» que apoyan la alternativa elegida son firmemente aceptadas mientras que la fuerza de aquéllas que apoyan la alternativa rechazada es disminuida. A este punto, la decisión se sigue de la representación coherente con facilidad y confianza.

Los estudios que acabo de describir brevemente —el modelo de la historia, la teoría de las narrativas ancladas y la teoría del razonamiento basado en coherencia— le dan a la teoría holista de la prueba un apoyo empírico bastante sólido. Todos estos estudios muestran que la coherencia —la coherencia narrativa y, más recientemente, la coherencia como satisfacción de restricciones— es un criterio fundamental para evaluar la plausibilidad de las representaciones que determinan las decisiones de los jueces y jurados acerca de cuestiones de hecho. Sin embargo, los resultados experimentales también revelan que razonar acerca de los hechos mediante la construcción y comparación de la coherencia relativa de representaciones alternativas de los mismos entraña riesgos importantes. Por tanto, para que la teoría de la coherencia sea una alternativa plausible al probabilismo, es necesario mostrar que ésta no es sólo una teoría psicológicamente plausible sino también atractiva desde un punto de vista normativo. Algunos teóricos del derecho han defendido justamente la tesis de que la coherencia, en su variedad narrativa, es un criterio importante de la *justificación* de las conclusiones acerca de cuestiones fácticas en el derecho³⁶.

Hay varias teorías que explican la justificación jurídica en términos de coherencia narrativa. Una aproximación especialmente interesante es la propuesta por N. MACCORMICK³⁷. Según MACCORMICK, la coherencia narrativa es la propiedad de un conjunto de proposiciones fácticas que «tiene sentido» en su totalidad. De manera más precisa, lo que hace que una historia sea coherente —dice MACCORMICK— es el hecho de que sea explicable por un conjunto de principios explicativos de tipo causal y motivacional³⁸. Para MACCORMICK, la coherencia narrativa juega una función muy importante en la justificación de los enunciados fácticos en el derecho³⁹. En concreto,

de apelación son complejos en este sentido. Este modelo ha sido aplicado a los procesos de decisión judicial en las instancias de apelación así como a los juicios por jurado. Aquí, me centro exclusivamente en las aplicaciones de esta teoría al razonamiento acerca de los hechos. Para las aplicaciones de la misma al razonamiento judicial en casos de apelación, *vid.* D. SIMON, «A Psychological Theory of Legal Decision-Making», *Rutgers Law Journal*, 30, 1998; D. SIMON, «Freedom and Constraint in Adjudication: A Look Through the Lens of Cognitive Psychology», *Brooklyn Law Review*, 67, 2002.

³⁶ *Vid.* MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», *op. cit.*; N. MACCORMICK, «The Coherence of a Case and the Reasonableness of Doubt», *Liverpool Law Review*, 2, 1980; B. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988; B. JACKSON, *Making Sense in Law: Linguistic, Psychological, and Semiotic Perspectives*, Liverpool, Deborah and Charles Publications, 1996; y B. VAN ROERMUND, *Law, Narrative and Reality*, Dordrecht, Kluwer, 1997.

³⁷ Acerca de la teoría de la coherencia narrativa de MACCORMICK, *vid.* MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, 89-92; MACCORMICK, «The Coherence of a Case and the Reasonableness of Doubt», *op. cit.*; MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», *op. cit.*; N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, capítulo 11.

³⁸ MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», *op. cit.*, 50.

³⁹ Para una crítica de la tesis de MACCORMICK según la cual la coherencia juega un papel importante en la justificación de conclusiones acerca de los hechos en el derecho, *vid.* L. GIANFORMAGGIO, «Legal Certainty, Coherence and Consensus: Variations of a Theme by MacCormick», en P. NERHOT (ed.), *Law, Interpretation,*

la coherencia funciona como «un test de verdad o probabilidad en cuestiones de hecho y prueba acerca de las cuales no es posible obtener una prueba directa por medio de la observación inmediata»⁴⁰. La sugerencia de MACCORMICK parece ser que un juez o jurado está justificado en aceptar la hipótesis acerca de los hechos que sea más coherente con las pruebas presentadas en el juicio y con un conjunto de principios explicativos⁴¹. Según este autor, es, en último término, el vínculo íntimo que existe entre la coherencia narrativa y la racionalidad lo que permite atribuirle a la primera fuerza justificativa en el contexto jurídico.

A diferencia de MACCORMICK, otros teóricos del derecho han defendido una concepción más amplia de la coherencia narrativa según la cual la coherencia narrativa es un estándar de justificación jurídica que es relevante tanto en relación a cuestiones fácticas como normativas. El modelo narrativo de la decisión judicial de B. JACKSON es un ejemplo prominente de este tipo de aproximación⁴². Las principales tesis del modelo propuesto por Jackson son las siguientes: i) la premisa mayor del silogismo judicial tiene forma narrativa; ii) la premisa menor se construye también como una narrativa, y iii) la relación entre la premisa mayor y la menor debe ser concebida como una relación de coherencia o de ajuste entre esquemas narrativos. Por tanto, según esta concepción de la decisión judicial, el proceso de toma de decisiones jurídicas consiste de manera principal en comparar la construcción narrativa de los hechos con el modelo narrativo que subyace a la norma jurídica aplicable⁴³.

A pesar de que las propuestas brevemente examinadas en esta sección avanzan de manera significativa el proyecto de desarrollar una teoría coherentista de la prueba en el derecho, éstas no llegan a constituir una teoría completa de la coherencia. Además, estas teorías enfrentan, al igual que las teorías de la coherencia normativa, una serie de problemas que ponen en cuestión la viabilidad de las mismas. Paso ahora a describir los problemas principales que aquejan a las teorías de la coherencia en el derecho.

and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence, Dordrecht, Kluwer, 1990, 402. Según GIANFORMAGGIO, es la noción de «consenso» en vez de la de «coherencia narrativa» la que justifica la reconstrucción de los hechos en el derecho.

⁴⁰ MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», *op. cit.*, 48. Según VAN ROERMUND la concepción de la coherencia narrativa como un test de probabilidad, o plausibilidad, de los enunciados fácticos es demasiado restrictiva. Para este autor, «la coherencia narrativa» debe ser entendida como «el principio que estructura la relación entre hechos y normas (el caso y la decisión) no —como el profesor MACCORMICK parece sostener— como el principio que ordena solamente uno de los términos de esta relación» (traducción mía). *Vid.* B. VAN ROERMUND, «On “Narrative Coherence” in Legal Contexts», en C. FARALLI y E. PATTARO (eds.), *Reason in Law*, Milano, Giuffrè, 1988. JACKSON también ha propuesto una teoría de la coherencia narrativa que no restringe el papel de la misma al ámbito fáctico. A diferencia de MACCORMICK, JACKSON sostiene que la teoría de la coherencia narrativa es aplicable tanto a la construcción de los hechos en el derecho como a la aplicación de las normas jurídicas. *Vid. infra* en esta sección.

⁴¹ MACCORMICK ilustra cómo la coherencia narrativa funciona como un test para la justificación de las conclusiones fácticas en el contexto jurídico por medio del caso *Rex vs. Smith*. MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», *op. cit.*, 49-50. *Vid.* también MACCORMICK, «The Coherence of a Case and the Reasonableness of Doubt», *op. cit.*, 46-47; MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, 91-92.

⁴² *Vid.* JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, *op. cit.*; B. JACKSON, «Narrative Models in Legal Proof», *International Journal for the Semiotics of Law*, 1, 3, 1988; JACKSON, *Making Sense in Law*, *op. cit.*

⁴³ JACKSON, *Law, Fact, and Narrative Coherence*, *op. cit.*, 58-60.

4. ALGUNOS PROBLEMAS DE LAS TEORÍAS DE LA COHERENCIA EN EL DERECHO

Las teorías de la coherencia en derecho son vulnerables a una serie de objeciones. Es interesante notar que estos problemas son comunes a las teorías coherentistas de la justificación de enunciados normativos y fácticos en el derecho, en otras palabras, los problemas del coherentismo en relación tanto con normas como con hechos tienen, como se verá, una estructura similar.

4.1. Vaguedad

El primer problema que enfrentan las teorías de la coherencia en el derecho es el problema de la vaguedad. La mayoría de las teorías de la coherencia no cuentan con un concepto bien definido de coherencia. Las teorías de la coherencia normativa están basadas en un concepto de coherencia demasiado vago para los propósitos de una teoría de la justificación jurídica⁴⁴ y las teorías coherentistas del razonamiento jurídico acerca de los hechos apelan a una noción de coherencia narrativa que necesita especificarse de manera más detallada⁴⁵.

4.2. Holismo

En segundo lugar, las teorías de la coherencia están comprometidas con un holismo radical que resulta bastante problemático. Según las teorías de la coherencia normativa, la justificación depende de la coherencia de «todo» el sistema de creencias acerca del derecho y de la moralidad política⁴⁶. De manera similar, para las aproximaciones coherentistas al razonamiento acerca de los hechos en el derecho, «todo» el conjunto de creencias del decisor jurídico es relevante a la hora de determinar si una creencia acerca de los hechos está justificada⁴⁷. Esta versión holista radical da lugar a tres problemas fundamentales. Primero, las teorías holistas son implausibles desde un punto de vista psicológico, ya que para llevar a cabo los cálculos globales de coherencia que exigen estas teorías es necesario tener unas capacidades cognitivas

⁴⁴ El esfuerzo más importante en la dirección de precisar y determinar los criterios de coherencia normativa ha sido llevado a cabo por ALEXY y PECZENIK. *Vid.* ALEXY y PECZENIK, *op. cit.* ALEXY y PECZENIK han formulado una serie de criterios de coherencia que permiten evaluar la coherencia de un conjunto de proposiciones normativas. Sin embargo, esta teoría de la coherencia no da cuenta de cómo se pueden ponderar los distintos criterios cuando éstos entran en conflicto y, por ello, resulta, en un sentido importante, incompleta.

⁴⁵ *Vid.* TILLERS, «Web of Things in the Mind», *op. cit.*, 1252; PARDO, *op. cit.*, 401; TWINNING, *Rethinking Evidence*, *op. cit.*, 241; y M. TARUFFO, *La Prova dei Fatti Giuridici*, Milano, Gifuffrè Editore, 1992, 285.

⁴⁶ *Vid.* DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, 253; R. DWORKIN, «Natural Law Revisited», en J. ARTHUR y W. H. SHAW (eds.), *Readings in the Philosophy of Law*, New Jersey, Prentice Hall, 1993, 144; y A. PECZENIK y J. C. HAGE, «Legal Knowledge of What?», *Ratio Juris*, 13, 2004.

⁴⁷ Las teorías coherentistas de la prueba están comprometidas con una versión del holismo según la cual las decisiones acerca de los hechos son fundamentalmente el resultado de una interacción entre la información presentada en el juicio y el conocimiento general del mundo del juez o miembro del jurado. *Vid.* J. JACKSON, «Analyzing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidences», *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 1996.

y una memoria mucho mayor que la que tenemos los humanos⁴⁸. Segundo, el holismo es descriptivamente inadecuado, puesto que los decisores jurídicos no ponen en juego todas sus creencias a la hora de resolver un determinado problema fáctico o normativo. Y, por último, este tipo de teorías son también insatisfactorias desde un punto de vista normativo, en cuanto que hacen depender la justificación de una decisión jurídica de la coherencia de un subconjunto de creencias morales⁴⁹ y, en el caso del razonamiento acerca de hechos, parecen permitir que las decisiones se tomen en base a creencias que no están debidamente fundamentadas en las pruebas admitidas⁵⁰.

4.3. Circularidad y conservadurismo

En tercer lugar, están los problemas relativos a la estructura de la justificación coherentista, en concreto, los problemas de la circularidad y del conservadurismo. Una objeción principal en contra de las teorías coherentistas de la justificación es que son viciosamente circulares. Es necesario mostrar que las teorías de la coherencia normativa no nos llevan a aceptar como justificado un determinado principio jurídico en virtud de su coherencia con un conjunto de materiales jurídicos cuya justificación, a su vez, depende de su coherencia con este mismo principio⁵¹. En el contexto del razonamiento jurídico acerca de hechos, es preciso mostrar que las teorías coherentistas no justifican una creencia en un enunciado probatorio en virtud de su coherencia con una determinada hipótesis que, al mismo tiempo, se considera como justificada en cuanto que es coherente con dicha prueba⁵².

Otro problema que enfrenta una concepción coherentista del razonamiento jurídico es el problema del conservadurismo. Las teorías de la justificación como coherencia son intrínsecamente conservadoras, ya que sostienen que la justificación de nuevos elementos depende de su coherencia con el conjunto de elementos previamente aceptado⁵³. Esta tendencia conservadora obstaculiza el cambio normativo y, en sistemas jurídicos deficientes desde un punto de vista moral, lleva a perpetuar la injusticia en aras de la coherencia⁵⁴. En el ámbito fáctico, el conservadurismo inherente a las teorías de la coherencia puede conducir a interpretar las pruebas de manera que no perturben

⁴⁸ Vid. B. LEVENBOOK, «Coherence in Legal Reasoning», *Law and Philosophy*, 3, 1984, 371. KORNBLITH ha argumentado en detalle que los modelos globales de coherencia son implausibles desde un punto de vista psicológico, a la vista de las limitaciones cognitivas humanas. Vid. H. KORNBLITH, «The Unattainability of Coherence», en J. BENDER (ed.), *The Current State of the Coherence Theory: Critical Essays on the Epistemic Theories of Keith Lehrer and Laurence Bonjour*, Dordrecht, Kluwer.

⁴⁹ Los modelos holistas de la coherencia se consideran generalmente como problemáticos en cuanto que hacen depender la justificación de la coherencia de todo el sistema de creencias, en vez de la coherencia de un subconjunto relevante de creencias. Vid. A. PLANTINGA, *Warrant: The Current Debate*, Oxford, Oxford University Press, 1993, 112 y ss.

⁵⁰ Vid. W. TWINING, *The Great Juristic Bazaar*, Dartmouth, Ashgate, 2002, 80; y TARUFFO, *op. cit.*, 288-289.

⁵¹ Vid. L. MORAL, «A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning: A Model for the European Court of Justice», *Ratio Juris*, 16, 2003, 319.

⁵² Vid., por ejemplo, WANEGAAR *et al.*, *Anchored Narratives*, *op. cit.*, 211.

⁵³ Para una discusión excelente de este problema, vid. M. WILLIAMS, «Coherence, Justification, and Truth», *Review of Metaphysics*, 34, 1980.

⁵⁴ Vid. J. RAZ, «Dworkin: A New Link in the Chain», *California Law Review*, 74, 1986. Vid. también R. WACKS, «Judges and Injustices», *South African Law Journal*, 101, 1984.

la coherencia de las hipótesis que han sido previamente formuladas o, incluso, puede llevar a los decisores jurídicos a rechazar nuevas pruebas por razón de su incoherencia con las hipótesis aceptadas⁵⁵.

4.4. ¿Qué es la inferencia coherentista?

Un cuarto problema que afecta a las teorías de la coherencia en el derecho es que las mismas no dan cuenta del tipo de inferencias que pueden usar los decisores jurídicos para construir una interpretación coherente de los materiales normativos relevantes o de las pruebas e hipótesis aducidas en el caso concreto. En otras palabras, las teorías de la coherencia en el derecho están incompletas, en cuanto que no especifican los mecanismos mediante los cuales los decisores jurídicos pueden llegar a construir la interpretación del derecho más coherente o la explicación de los hechos que mejor satisfaga los criterios de coherencia.

4.5. ¿Por qué debe jugar la coherencia un papel en la justificación jurídica?

Por último, una pregunta, sin duda, importante es la cuestión de por qué la coherencia debe jugar un papel en la justificación bien de los enunciados fácticos bien de los enunciados normativos en el derecho. Ésta es una pregunta de «segundo orden» que tiene que ver no con el problema de cómo funcionan los argumentos de coherencia sino con la cuestión de «por qué» la coherencia ha de tener fuerza justificativa en el contexto jurídico. A pesar de que la literatura acerca de la coherencia en el derecho se ha ocupado, en alguna medida, de este problema, las teorías de la coherencia no ofrecen una explicación detallada de las razones por las cuales la coherencia es un valor fundamental en el derecho.

¿Son estos problemas irresolubles? ¿Es entonces el coherentismo en el derecho demasiado problemático para ser considerado como una opción teórica plausible? De entrada, a la vista de estos problemas, ¿por qué empeñarse en desarrollar una teoría de la justificación como coherencia? Más adelante, ofreceré algunas razones por las cuales la coherencia es un valor importante en el derecho, pero quisiera esbozar aquí algunos argumentos a favor de la coherencia con el propósito de (espero) mostrar que, a pesar de sus problemas, el coherentismo es una aproximación a la justificación en el derecho que merece la pena desarrollar.

En primer lugar, incluso los más escépticos acerca del valor de la coherencia, están dispuestos a aceptar que la coherencia es, al menos, un ingrediente de la justificación. Se puede discutir el alcance de la misma como mecanismo de justificación, si juega un papel positivo o meramente negativo, si tiene la capacidad de generar justificación o si, por el contrario, sólo puede aumentar el grado de justificación, pero no conferirla. Sin embargo, que la coherencia es relevante para justificación es una tesis altamente

⁵⁵ Hay bastantes estudios empíricos que prueban que los decisores jurídicos, de hecho, utilizan estas estrategias para construir la coherencia cuando razonan acerca de los hechos en el derecho. *Vid.* D. SIMON, «A Psychological Model of Judicial Decision-Making», *op. cit.*

plausible y generalmente aceptada. Si esto es así, entonces, incluso aunque no pudiera definirse la justificación exclusivamente en términos de coherencia, no parece que pueda analizarse de manera completa el problema de la justificación jurídica sin apelar a la idea de coherencia.

En segundo lugar, los argumentos de coherencia tienen un papel fundamental en los procesos de razonamiento y de decisión en diversos ámbitos; como dijo acertadamente ZIFF, «los humanos tenemos un gusto por la coherencia, somos expertos de la coherencia»⁵⁶. Por ello, el coherentismo ha de resultar una opción atractiva para todo aquel que esté interesado en desarrollar teorías acerca de la argumentación jurídica que estén conectadas, de alguna manera, con nuestras capacidades naturales de razonamiento.

Por último, el coherentismo es una teoría alternativa a las aproximaciones formales al razonamiento jurídico —cuyos problemas y limitaciones han sido ampliamente discutidos en las últimas décadas— que no tiene las implicaciones escépticas de las tradicionales alternativas anti-formalistas, como el realismo jurídico y los movimientos críticos.

En conclusión, aunque los problemas del coherentismo son muchos y serios, hay buenas razones para explorar la posibilidad de desarrollar un modelo coherentista del razonamiento jurídico que tenga los recursos para resolver o, al menos, mitigar los problemas que afectan a las teorías coherentistas de la justificación jurídica. En la siguiente sección, trataré de desarrollar dicho modelo, tomando como punto de partida un estudio de las teorías de la coherencia que se han propuesto en diversas disciplinas y aplicando algunas de las ideas desarrolladas en estos campos al ámbito del derecho⁵⁷.

5. UN MODELO COHERENTISTA DE RAZONAMIENTO JURÍDICO

El modelo coherentista de razonamiento jurídico que quisiera defender en este trabajo consta de cuatro elementos fundamentales: un concepto de coherencia en términos de satisfacción de restricciones, la idea de que la inferencia coherentista en el derecho es un tipo de inferencia a la mejor explicación, una concepción de la justificación jurídica como «coherencia óptima» y una aproximación contextualista a los estándares coherentistas de la justificación jurídica.

5.1. La coherencia en el derecho como «satisfacción de restricciones»

El primer ingrediente del modelo de coherencia que quisiera proponer aquí es una concepción de la coherencia para el derecho en términos de satisfacción de restricciones. P. THAGARD ha desarrollado una teoría de la coherencia como satisfacción de restricciones según la cual un conjunto de elementos es coherente cuando satisface

⁵⁶ P. ZIFF, «Coherence», *Linguistics and Philosophy*, 7, 1984, 24.

⁵⁷ Para una descripción detallada de las teorías de la coherencia defendidas en la filosofía y la lingüística, *vid.* AMAYA, *The Tapestry of Reason*, *op. cit.*, capítulos 3 al 9.

una serie de restricciones positivas y negativas⁵⁸. THAGARD ha aplicado esta teoría general de la coherencia a una gran diversidad de campos, entre otros, la ética y la epistemología. Esta concepción general de la coherencia puede ser aplicada también con provecho, me parece, al ámbito del derecho. En el contexto jurídico, podríamos distinguir entre dos tipos de coherencia, la «coherencia normativa», es decir, el tipo de coherencia que es relevante para la justificación de los enunciados normativos y la «coherencia fáctica», *i. e.* el tipo de coherencia que es relevante para la justificación de los enunciados fácticos. Ambos tipos de coherencia pueden ser analizados tomando como base la teoría de THAGARD acerca de la «coherencia ética» y la «coherencia epistémica», respectivamente, aunque es necesario introducir algunas modificaciones para adaptar la teoría a las singularidades del contexto jurídico.

La coherencia fáctica requiere la interacción de los mismos tipos de coherencia que, según THAGARD, son relevantes para la justificación epistémica (a saber, la coherencia analógica, conceptual, perceptual, deductiva y explicativa) más un tipo de coherencia adicional, la coherencia deliberativa. Es necesario añadir este tipo de coherencia al conjunto de tipos de coherencia que son relevantes para la justificación de los juicios de hecho en el derecho porque, a diferencia de otros tipos de razonamiento acerca de hechos, el razonamiento acerca de los hechos en el derecho es, en último término, una parte de una instancia de razonamiento práctico acerca de si se debe o no condenar. Cada uno de estos tipos de coherencia se especifican, según THAGARD, a través de una serie de principios. Entre los distintos tipos de coherencia que son relevantes para la justificación de las conclusiones acerca de los hechos, la coherencia explicativa es, sin duda, el tipo de coherencia más importante. Según los principios de la coherencia explicativa, la coherencia explicativa es una relación simétrica, las restricciones positivas surgen de relaciones de analogía y explicación y las negativas, de relaciones de incompatibilidad y contradicción. Los elementos —en este caso, las proposiciones que describen pruebas e hipótesis acerca de los hechos— son aceptados si tal aceptación maximiza la coherencia, es decir, si maximiza la satisfacción de las restricciones impuestas por estos principios, teniendo en cuenta que —en virtud del llamado principio de prioridad— se le debe dar cierta preferencia a las proposiciones que describen pruebas. A estos principios habría que añadir algunos principios que yo llamaría «institucionales» con el fin de dar cuenta de la presunción de inocencia y de las restricciones impuestas por los estándares de la prueba.

La coherencia normativa resulta de la evaluación integrada de los mismos tipos de coherencia que, según THAGARD, son relevantes para la justificación moral (a saber, conceptual, perceptual, explicativa, analógica y deductiva) con una importante adición: la coherencia interpretativa. Es preciso añadir este tipo de coherencia porque el razonamiento jurídico es, de manera esencial, un tipo de razonamiento interpretativo. Este tipo de coherencia es, me parece, el tipo de coherencia que contribuye de manera más importante a la justificación de los enunciados normativos en el derecho. Los principios de la coherencia interpretativa son estructuralmente análogos a los principios de la coherencia explicativa, excepto que las restricciones positivas y negativas se establecen entre hipótesis interpretativas —en lugar de fác-

⁵⁸ THAGARD y K. VERBEURGT, «Coherence as Constraint Satisfaction», *Cognitive Science*, 22, 1998.

ticas— y lo que podríamos llamar «elementos normativos» (precedentes, principios, etc.), que juegan un papel en el cálculo de la coherencia interpretativa similar al papel que juegan las proposiciones que describen pruebas en el cálculo de la coherencia explicativa.

El análisis de la coherencia en el derecho en términos de satisfacción de restricciones nos permite elaborar una concepción unitaria de las inferencias jurídicas, ya que la coherencia fáctica y la coherencia normativa comparten una misma estructura, a pesar de que los tipos de coherencia, los elementos y las restricciones relevantes sean diferentes. En base a este análisis, la inferencia jurídica, tanto acerca de proposiciones fácticas como normativas, podría describirse como un proceso de maximización de la coherencia que consta de los siguientes pasos o etapas: 1. La identificación de una «base» de coherencia, es decir, del conjunto de elementos que se pretende hacer coherente⁵⁹. 2. La construcción de un conjunto de «contrastes» [*contrast set*] o, lo que es lo mismo, de un conjunto de alternativas de decisión plausibles⁶⁰. 3. La elaboración de estas alternativas de decisión a través de una serie de mecanismos de construcción de la coherencia⁶¹. 4. La evaluación de las distintas decisiones posibles en virtud de los criterios de coherencia, normativa y fáctica, que se han propuesto anteriormente. 5. La selección como justificada de la decisión que mejor satisfaga los criterios de coherencia establecidos por las teorías de los tipos relevantes de coherencia, sobre todo, la coherencia explicativa, en el caso de los enunciados fácticos, y la coherencia interpretativa, en el caso de los enunciados normativos.

Este proceso de maximización de la coherencia se puede describir mejor como una «inferencia a la mejor explicación» mediante la cual los decisores jurídicos construyen un conjunto de hipótesis fácticas y normativas y seleccionan como justificada la hipótesis que es mejor, es decir, la hipótesis que es más coherente. La conceptualización de la inferencia coherentista como una inferencia explicativa es el segundo elemento del modelo coherentista del razonamiento jurídico que quisiera proponer, y que paso a analizar a continuación.

5.2. Inferencia a la mejor explicación en el derecho

El segundo elemento de esta propuesta coherentista es la tesis de que la coherencia se construye en el proceso de decisión jurídica a través de una «inferencia a la mejor explicación»⁶². La inferencia a la mejor explicación es un tipo de inferencia mediante

⁵⁹ El término «base» de la coherencia es de RAZ. *Vid.* RAZ, «The Relevance of Coherence», *op. cit.*

⁶⁰ El término «*contrast set*» lo tomo prestado de JOSEPHSON. *Vid.* J. JOSEPHSON, «On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation», en M. MACCRIMMON y P. TILLERS (eds.), *The Dynamics of Judicial Proof*, Heidelberg, Physica-Verlag, 2002, 293.

⁶¹ Para un análisis detallado de estos mecanismos, *vid.* A. AMAYA, «Formal Models of Coherence and Legal Epistemology», *Artificial Intelligence and Law*, 15, 2007.

⁶² Para una elaboración detallada de un modelo de inferencia a la mejor explicación en el derecho, *vid.* A. AMAYA, «Inference to the Best Explanation in Law», en H. KAPTEIN, H. PRAKKEN y B. VERHEIJ (eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Ashgate, Farnham, 2009. Acerca de la inferencia a la mejor explicación en el contexto de la prueba, *vid.* también K. ABIMBOLA, «Abductive Reasoning in law: Taxonomy and Inference to the Best Explanation», *The Dynamics of Judicial Proof*, *op. cit.*; R. ALLEN y M. PARDO, «Juridical Proof and the Best Explanation», *Law and Philosophy*, 27, 2008.

el cual se construyen y evalúan hipótesis explicativas⁶³. Por tanto, la tesis que quisiera defender es que los decisores jurídicos forman creencias justificadas acerca de los hechos y las normas en el derecho a través de la construcción, en primer lugar, de una serie de hipótesis interpretativas y fácticas y, en segundo lugar, de la selección de una de ellas como justificada. Según esta concepción del razonamiento jurídico, la inferencia en el derecho es un proceso que consiste en dos etapas fundamentales, construcción y selección, que tiene carácter «eliminativo», es decir, que funciona por exclusión, y que es derrotable, ya que siempre es posible descubrir una explicación mejor que derrote a la explicación elegida.

La coherencia juega un papel fundamental tanto en la etapa de generación como en la de selección de hipótesis fácticas e interpretativas. En la etapa de construcción, la coherencia es una herramienta que ayuda a reducir el conjunto de hipótesis que se deben someter a consideración, de manera que las hipótesis que son altamente incoherentes con creencias empíricas y normativas básicas no se consideran lo suficientemente plausibles como para que merezca la pena evaluarlas posteriormente en la etapa de selección. En esta etapa, la coherencia también juega un papel primordial, ya que proporciona los estándares de evaluación necesarios para determinar cuál, entre las posibles alternativas, es la mejor hipótesis. La sugerencia, por tanto, es que la «mejor» explicación en el derecho es la explicación que mejor satisface los criterios de coherencia establecidos por las teorías de la coherencia fáctica y normativa.

Esta concepción explicativa de la inferencia jurídica, aunque —me parece— atractiva, no está exenta de problemas. A mi parecer, el problema principal que tiene que enfrentar un modelo de inferencia a la mejor explicación en el derecho es el llamado «problema de la consideración insuficiente» [*problem of underconsideration*]⁶⁴. Según el modelo de la inferencia a la mejor explicación, el razonamiento jurídico funciona por exclusión y, como consecuencia de ello, la justificación jurídica depende, al menos en parte, de cuestiones relativas al contexto de descubrimiento. Pero el problema que surge entonces es el siguiente: ¿qué ocurre si el proceso de generación o descubrimiento de alternativas no es lo suficientemente bueno? En otras palabras, ¿qué excluye la posibilidad de que la mejor explicación sea simplemente la mejor alternativa de un conjunto deficiente de alternativas? El problema es que no parece que tengamos ninguna razón para aceptar la mejor hipótesis fáctica o normativa como justificada ya que es perfectamente posible que la hipótesis verdadera acerca de los hechos, o la mejor hipótesis interpretativa acerca del derecho, se encuentre entre aquellas alternativas que se han dejado de considerar. Este problema es, me parece, un problema que debe tomarse en serio. Lo que quisiera sugerir es que es posible solucionar el problema de la consideración insuficiente complementando el modelo de la inferencia a la mejor

⁶³ Vid. G. HARMAN, «Inference to the Best Explanation», *The Philosophical Review*, 74, 1965; T. DAY y H. KINCAID, «Putting Inference to the Best Explanation in its Place», *Synthese*, 98, 1994; Y. BEN-MENAHAM, «Inference to the Best Explanation», *Erkenntnis*, 33, 1990; P. LIPTON, *Inference to the Best Explanation*, 2.ª ed., London y New York, Routledge, 2004; W. LYCAN, *Judgment and Justification*, New York, Cambridge University Press, 1988; y W. LYCAN, «Explanation and Epistemology», en P. K. MOSER (ed.), *The Oxford Handbook of Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁶⁴ El problema de la consideración insuficiente ha sido formulado por B. VAN FRAASSEN. Vid. B. C. VAN FRAASSEN, *Laws and Symmetry*, Oxford, Clarendon Press, 1989. P. LIPTON ha abordado este problema en «Is the Best Good Enough?», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 43, 1993. Vid., también, S. PSILLOS, «On Van Fraassen's Critique of Abductive Reasoning», *The Philosophical Quarterly*, 46, 1996.

explicación con una concepción responsabilista de la justificación⁶⁵. En concreto, lo que quisiera argumentar es que un decisor jurídico está justificado en aceptar la mejor hipótesis fáctica o normativa —en contra de lo que sostiene la objeción— a condición de que haya construido el conjunto de hipótesis a considerar de un modo epistémicamente responsable. Me referiré a la hipótesis que un agente epistémicamente responsable identificaría como «mejor» como la hipótesis que es «óptimamente» coherente. Veamos ahora en qué consiste esta idea de «coherencia óptima» que, según el modelo propuesto, constituye el núcleo de la noción de justificación jurídica.

5.3. La justificación jurídica como coherencia óptima

El tercer elemento que me parece esencial en una teoría de la coherencia es la idea de que los juicios de responsabilidad epistémica son relevantes para la atribución de creencias justificadas acerca de los hechos y del derecho. En concreto, la tesis es que una hipótesis interpretativa o fáctica en el derecho es «óptimamente coherente» y, por tanto, está justificada si podría haber sido el resultado de un proceso epistémicamente responsable de maximización de la coherencia⁶⁶. La responsabilidad epistémica requiere el cumplimiento de una serie de deberes epistémicos así como el ejercicio de un conjunto de virtudes epistémicas en el desempeño de las actividades de investigación y deliberación en el derecho⁶⁷. Entre los deberes epistémicos que son relevantes para el razonamiento de tipo coherentista en el ámbito jurídico podríamos mencionar el deber de buscar más pruebas acerca de las proposiciones que son dudosas a la luz de las pruebas disponibles o el deber de creer sólo aquellas proposiciones que estén justificadas por las pruebas admitidas a juicio⁶⁸. En el contexto de investigación acerca de los hechos y el derecho, para ser epistémicamente responsable es necesario el ejercicio de virtudes tales como la exhaustividad, la perseverancia en el seguimiento de una línea de investigación y la apertura de mente en la selección y evaluación de pruebas, mientras que en el contexto de deliberación acerca de los hechos y el derecho, algunas virtudes primordiales son la apertura a nuevas alternativas, la dis-

⁶⁵ Acerca de la distinción entre concepciones responsabilistas y no responsabilistas de la justificación, *vid.* J. PRYOR, «Highlights of Recent Epistemology», *The British Journal for the Philosophy of Science*, 52, 2001. Para una defensa de la concepción responsabilista de la justificación, *vid.* R. M. CHISHOLM, *Theory of Knowledge*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1977; y H. KORNBITH, «Justified Belief and Epistemically Responsible Action», *The Philosophical Review*, 92, 1983. Para una discusión contemporánea de las aproximaciones responsabilistas a la justificación, *vid.* M. STEUP (ed.), *Knowledge, Truth and Duty: Essays in Epistemic Justification, Responsibility and Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁶⁶ He desarrollado en detalle esta propuesta en relación al ámbito fáctico en A. AMAYA, «Coherence, Justification, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-finding», *Episteme: A Journal of Social Epistemology*, 5, 2008.

⁶⁷ Acerca de los deberes epistémicos, *vid.* R. FELDMAN, «Epistemological Duties», *The Oxford Handbook of Epistemology*, *op. cit.* La literatura acerca de las virtudes epistémicas es muy amplia, *vid.*, entre otros, L. ZAGZEBSKI, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; A. FAIRWEATHER y L. ZAGZEBSKI (eds.), *Virtue Epistemology: Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2001; y G. AXTELL (ed.), *Knowledge, Belief, and Character*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2000.

⁶⁸ *Vid.* R. J. HALL y C. R. JOHNSON, «The Epistemic Duty to Seek More Evidences», *American Philosophical Quarterly*, 35, 1998. La formulación clásica del deber de creer de acuerdo con las pruebas se debe a CLIFFORD. *Vid.* W. K. CLIFFORD, «The Ethics of Belief», *The Ethics of Belief and Other Essays*, New York, Prometheus Books, 1999.

posición a considerar objeciones que pongan en cuestión las hipótesis preferidas y la habilidad de imaginar cómo las diferentes alternativas podrían afectar a las partes en el proceso⁶⁹.

Ahora bien, a este punto, resulta pertinente preguntarse: ¿cuánta diligencia es necesaria para ser diligente en el contexto jurídico? ¿Qué pruebas es preciso procurar para cumplir con la obligación de buscar activamente razones para creer en una determinada hipótesis? ¿Qué nivel de cuidado es necesario para comportarse de una manera epistémicamente responsable? Una aproximación responsabilista a la justificación jurídica está incompleta a menos que exista alguna manera de determinar el nivel de escrutinio que es necesario satisfacer para poder tener creencias justificadas tanto acerca de los hechos como del derecho. La tesis que quisiera proponer aquí es que el contexto es esencial para determinar el nivel de cuidado debido y, por tanto, para fijar la severidad de los estándares de justificación jurídica. Este elemento contextualista es el cuarto —y último— de los componentes del modelo coherentista de razonamiento jurídico que pretendo articular y defender en este trabajo.

5.4. Coherencia y contexto

Los juicios de coherencia son altamente sensibles a rasgos contextuales, en otras palabras, cuando de coherencia se trata, como dice MARGOLIS, el contexto es la clave⁷⁰. La idea fundamental que, me parece, es necesario incorporar en una teoría coherentista de la justificación jurídica es que los estándares de justificación varían con el contexto⁷¹. El rol del agente decisor, la importancia de lo que está en juego, las restricciones de carácter metodológico y dialéctico, los objetivos y los recursos disponibles son algunos de los rasgos contextuales que son especialmente relevantes a la hora de establecer la severidad de los estándares de justificación jurídica⁷². Por ejemplo, en la mayoría de los sistemas jurídicos, los estándares de justificación son más exigentes cuando el costo de tomar una decisión equivocada es muy alto, como es el caso en el derecho penal, particularmente, en relación con los delitos más graves. La tesis es, por tanto, que los mecanismos de tipo contextual juegan un papel fundamental en la determinación de la severidad de los estándares de justificación jurídica.

Los estándares coherentistas de la justificación jurídica se pueden hacer más o menos exigentes a través de la modificación de tres dimensiones centrales en una teoría de la coherencia: la base de la coherencia, la constitución del conjunto de contrastes y

⁶⁹ Acerca de los rasgos de carácter que distinguen la conducta epistémicamente virtuosa, *vid.* N. COOPER, «The Intellectual Virtues», *Philosophy*, 69, 1994; J. MONTMARQUET, *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1993, 23-26; y ZAGZEBSKI, *The Virtues of the Mind*, *op. cit.*, 114.

⁷⁰ *Vid.* J. MARGOLIS, «The Locus of Coherence», *Linguistics and Philosophy*, 7, 1981.

⁷¹ Que los estándares de justificación están sujetos a variaciones que dependen del contexto es la tesis principal del contextualismo. *Vid.*, entre otros, D. B. ANNIS, «A Contextualist Theory of Epistemic Justification», *American Philosophical Quarterly*, 15, 1978; S. COHEN, «Knowledge and Context», *The Journal of Philosophy*, 83, 1986; D. LEWIS, «Elusive Knowledge», *Australasian Journal of Philosophy*, 74, 1996; y K. DEROSE, «Contextualism: An Explanation and Defense», en J. GRECO y E. SOSA (eds.), *The Blackwell Guide of Epistemology*, Malden, Blackwell, 1999.

⁷² Para una discusión de los factores contextuales que son relevantes para la justificación, *vid.* M. WILLIAMS, *Problems of Knowledge*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

el grado de coherencia que se considera necesario para atribuir creencias justificadas⁷³. Por ejemplo, el cargo y la condición de experto ayudan a determinar cuál es la base adecuada de la coherencia: mientras que en la elaboración de una teoría política o jurídica puede ser necesario hacer coherente un conjunto amplio de creencias acerca del derecho y de la moralidad política, en la toma de decisiones judiciales, la justificación de las mismas depende del grado de coherencia que tenga un conjunto de elementos mucho más reducido. De manera similar, el conjunto de alternativas que es preciso considerar para alcanzar creencias justificadas por virtud de su coherencia también depende del contexto. Por ejemplo, restricciones de carácter metodológico ayudan a configurar el conjunto de alternativas, destacando la importancia de algunas de éstas y determinando qué alternativas uno puede justificadamente ignorar. Para ilustrar el punto: mientras que la hipótesis según la cual es posible que la creencia de un testigo ocular sea producto de la alucinación es una hipótesis que debe ser seriamente considerada en el contexto de una investigación filosófica, esta hipótesis puede ser obviamente ignorada en un contexto jurídico. La severidad de los estándares de justificación también puede ser determinada incrementando o reduciendo el grado de coherencia que es necesario para la justificación. Por ejemplo, una determinada teoría del caso puede ser lo suficientemente coherente como para atribuir responsabilidad civil, pero ser, sin embargo, insuficientemente coherente para atribuir justificadamente responsabilidad penal.

En resumen, según el modelo propuesto, una hipótesis fáctica o interpretativa está justificada si es la más coherente de un conjunto de hipótesis alternativas que se ha construido de una manera epistémicamente responsable. Es posible alcanzar una solución «óptimamente coherente» a un determinado problema fáctico o normativo en el derecho a través de un proceso de inferencia a la mejor explicación. La coherencia es, según este modelo, una cuestión que depende de la satisfacción de una serie de restricciones y un estándar de justificación que varía con el contexto. Paso ahora a examinar cómo se podrían abordar, con los recursos de este modelo de coherencia, los problemas del coherentismo identificados anteriormente.

6. LOS PROBLEMAS DEL COHERENTISMO: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

La concepción de la coherencia en términos de satisfacción de restricciones nos permite solucionar el primer problema que se ha señalado antes, esto es, el *problema de la vaguedad*, ya que la concepción de la coherencia fáctica y normativa como satisfacción de restricciones nos proporciona una serie de criterios precisos para evaluar y comparar el grado de coherencia de las distintas alternativas.

⁷³ El contexto no sólo impone un límite «mínimo» que debe ser satisfecho para poder tener creencias justificadas, sino también un límite «máximo», que asegura que el nivel de cuidado no se incremente a menos de que haya una razón especial para ello. Dado que hay limitaciones tanto de recursos cognitivos como de tiempo (límites que son particularmente visibles en el contexto jurídico), es importante evitar hacer trabajo extra, que no sea necesario en un determinado contexto de justificación. Como dice FOGELIN, elevar los estándares de justificación conlleva una serie de «costes de transacción» que, como todos los costes, es preferible evitar. *Vid.* R. FOGELIN, *Walking the Tightrope of Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 123-124.

El *problema de la circularidad* sólo surge si uno acepta una concepción lineal de la inferencia según la cual la justificación es una propiedad que se transfiere de una creencia a otra a través de una cadena. Sin embargo, el modelo de coherencia propuesto rechaza esta concepción «tubular» de la justificación y se basa, por el contrario, en una concepción holista según la cual la justificación de una hipótesis fáctica o interpretativa depende de su coherencia con el resto de los elementos relevantes⁷⁴. Además, en este modelo se asume que las relaciones de coherencia son simétricas y, por tanto, que dos elementos que son coherentes entre sí, son mutuamente interdependientes, y no que uno se infiere del otro. Por tanto, esta teoría evita el problema de la circularidad que es endémico a las teorías coherentistas, mostrando cómo las pruebas y las hipótesis fácticas, por un lado, y los elementos normativos y las hipótesis interpretativas, por el otro, se justifican mutuamente.

Este modelo también nos permite solventar *el problema del conservadurismo*. En el contexto del razonamiento acerca de los hechos, el modelo nos permite asegurarnos de que las pruebas juegan el papel que deben jugar en la selección de una hipótesis como justificada, ya que se da prioridad a las proposiciones que describen pruebas frente al resto de los elementos. Desde luego, siempre es posible rechazar estas proposiciones como injustificadas, si así lo requieren razones de coherencia. Sin embargo, esto es como debe ser: después de todo, ocasionalmente, tenemos buenas razones para dudar de la confiabilidad de las pruebas aducidas en un juicio. Sin embargo, el modelo garantiza que, a menos de que haya muy buenos argumentos de coherencia, los enunciados que describen pruebas sean aceptados y que, por tanto, éstos cumplan un papel fundamental en la determinación de la hipótesis acerca de los hechos que uno debe aceptar como justificada. En el contexto del razonamiento normativo, el modelo da prioridad a los enunciados que describen razones de autoridad y, en este sentido, sanciona una tendencia conservadora, al establecer que, para que una decisión esté justificada, ésta debe ser coherente con el conjunto de materiales autoritativos. Ahora bien, de hecho, que las razones de autoridad tengan un status privilegiado es un rasgo fundamental del razonamiento «jurídico» que diferencia a este tipo de razonamiento, precisamente, de otros tipos de razonamiento práctico. No puede ser, por tanto, un problema que la teoría de la coherencia reconozca el lugar prominente que tienen estas razones en la justificación de las proposiciones normativas. El problema surgiría, desde luego, si esta tendencia conservadora impidiera el cambio normativo, pero el modelo sí que da cabida al cambio normativo ya que permite rechazar las razones de autoridad siempre y cuando este rechazo aumente de manera significativa el grado de coherencia de las razones relevantes en su conjunto. Por tanto, este modelo exhibe un grado moderado de conservadurismo que es, me parece, una característica distintiva de nuestras prácticas de justificación jurídica.

La teoría de la coherencia propuesta aquí también nos permite solucionar los *problemas derivados del holismo* en cuanto que se fundamenta en una concepción contextualista de los estándares de justificación jurídica según la cual el conjunto de creencias que se tiene que hacer coherente no es todo el sistema de creencias del agente sino un subconjunto de las mismas que se considera relevante en el contexto particular. Esta

⁷⁴ El término «tubular» [*pipeline*] es de SHOGENJI. Vid. T. SHOGENJI, «The Role of Coherence in Epistemic Justification», *Australasian Journal of Philosophy*, 79, 2001.

aproximación contextualista a la justificación coherentista permite acercar este modelo a lo que los decisores judiciales pueden, de hecho, hacer, dadas nuestras limitaciones cognitivas; nos permite mejorar la adecuación descriptiva de la teoría, ya que explica de manera más adecuada los procesos de razonamiento que resultan en decisiones jurídicas justificadas; y al hacer que la justificación de una creencia acerca de los hechos o el derecho dependa exclusivamente de la coherencia de un subconjunto relevante de creencias solventa algunos de los problemas que surgen en relación a la adecuación normativa del coherentismo.

Otro problema que enfrentan las teorías de la coherencia es que las mismas carecen de una *descripción detallada de la inferencia coherentista*. El modelo propuesto soluciona este problema ya que proporciona una teoría acerca de los patrones inferenciales mediante los cuales los agentes jurídicos pueden llegar a tomar decisiones justificadas por virtud de su coherencia en términos de una inferencia a la mejor explicación. A pesar de que, sin duda, es necesario clarificar cómo operan las inferencias explicativas en el derecho, el modelo ofrece una descripción relativamente detallada de la manera en la cual funciona la inferencia coherentista en el derecho.

Por último, las teorías de la coherencia en el derecho no examinan de manera sistemática *las razones por las cuales la coherencia es valiosa* en el contexto jurídico. Como es bien sabido, una de las dificultades principales que enfrentan las teorías de la coherencia es la de demostrar que la coherencia nos conduce a la verdad (o a la corrección). A la luz de estas dificultades, pueden surgir dudas —legítimas, uno diría— acerca de si la coherencia tiene fuerza justificativa en el derecho. Para responder a la pregunta de por qué la coherencia confiere justificación en el derecho es necesario entrar a un debate de segundo orden acerca de cuáles serían las razones en base a las cuales se podrían justificar los estándares coherentistas de la justificación jurídica, es decir, es preciso ofrecer una meta-justificación adecuada de la concepción coherentista de la justificación jurídica. En la siguiente sección, ofrezco algunas razones por las cuales la coherencia es un valor importante en el razonamiento jurídico.

7. EL VALOR DE LA COHERENCIA

Para desarrollar un argumento a favor del valor de la coherencia en el razonamiento jurídico es necesario, en primer lugar, cuestionar una tesis acerca de qué es lo que hace que un determinado criterio de justificación sea valioso que está implícita en la mayor parte de las discusiones acerca de la justificación. Según esta tesis, un estándar de justificación es adecuado en la medida en que esté conectado de manera apropiada con la verdad y la corrección. Tomando esta tesis como punto de partida, se pone en tela de juicio que la coherencia pueda jugar un papel relevante en la justificación, dado que es dudoso que los estándares de coherencia puedan conducirnos a la verdad. Sin embargo, aunque, desde luego, uno de los criterios principales para evaluar un estándar de justificación es su capacidad para juzgar como justificadas creencias que son probablemente verdaderas, hay también otros criterios relevantes para determinar la adecuación de una teoría de la justificación. En lo que sigue, quisiera dar algunos argumentos a favor de una teoría coherentista de la justificación.

7.1. El argumento del anti-fundacionismo

La primera razón a favor de una teoría coherentista de la justificación, como la que se ha propuesto aquí, es de carácter negativo. A la luz de las serias dificultades que presenta la principal alternativa al coherentismo, es decir, el fundacionalismo, no sólo en el ámbito jurídico sino también en los distintos campos en los que se han presentado propuestas fundacionistas (en epistemología, desde luego, pero también en ética, filosofía de la ciencia, etc.), la teoría de la justificación como coherencia parece, en principio, atractiva, aunque, desde luego, es necesario ofrecer algunas razones positivas a favor de esta teoría⁷⁵.

7.2. El argumento acerca de la conexión entre coherencia y verdad

No parece que haya en las distintas propuestas coherentistas en diversos campos del conocimiento ningún argumento concluyente que demuestre que existe una conexión necesaria entre la coherencia y la verdad. Sin embargo, que no tengamos ninguna razón concluyente para creer que la coherencia conduce a la verdad, no significa que los esfuerzos por mostrar que la coherencia y la verdad están conectadas de manera adecuada sean inútiles. Por el contrario, hay un conjunto de estrategias diferentes que permiten concluir que la coherencia de nuestras creencias acerca del mundo no está desconectada de la verdad de las mismas⁷⁶. Estas estrategias proporcionan, me parece, un buen punto de partida para construir un argumento que demuestre que aceptar conclusiones acerca de los hechos en el derecho en virtud de su coherencia es una buena manera de alcanzar conclusiones (probablemente) verdaderas. El problema de si la coherencia conduce a la verdad es mucho menos serio en el ámbito normativo que en el ámbito fáctico, dado que las teorías anti-realistas de la verdad de los enunciados normativos se

⁷⁵ Para una crítica al fundacionismo acerca de la justificación epistémica, *vid.* W. ALSTON, *Epistemic Justification*, Ithaca, Cornell University Press, 1989; L. BONJOUR, *The Structure of Empirical Knowledge*, *op. cit.*; M. WILLIAMS, *Groundless Belief*, Princeton, Princeton University Press, 1999. Una clarificadora discusión de los problemas del fundacionalismo en el ámbito de la moral puede encontrarse en M. TIMMONS, «Foundationism and the Structure of Ethical Justification», *Ethics*, 97, 1987.

⁷⁶ Los argumentos principales que tratan de conectar la coherencia y la verdad (en un sentido realista) son los siguientes. BONJOUR apela a una inferencia a la mejor explicación. Según BONJOUR, la mejor explicación de la coherencia y la estabilidad de un sistema de creencias que satisface el llamado «requisito de la observación» (que garantiza que un sistema de creencias atribuya una nivel alto de confiabilidad a una variedad razonable de creencias cognitivas espontáneas) es que el mismo corresponda (a largo plazo y de manera aproximada) al mundo exterior. LEHRER introduce un elemento externista en su teoría coherentista de la justificación que garantiza que una creencia justificada es también una creencia verdadera. Según LEHRER, para que una creencia esté justificada de manera no derrotable y, por tanto, para que una creencia constituya conocimiento, debe ser más razonable para un agente epistémico sostener esa creencia que rechazarla en base al llamado «ultra-sistema» de creencias, es decir, el conjunto de creencias verdaderas de dicho agente. THAGARD ofrece el siguiente argumento indirecto a favor de que la coherencia conduce a la verdad: las teorías científicas son, al menos, aproximadamente, verdaderas y los científicos usan argumentos de coherencia, por tanto, la coherencia conduce a la verdad. Por último, DAVIDSON sostiene que hay una presunción a favor de la verdad de una creencia que es coherente con el conjunto de creencias de un agente, ya que la mayoría de las creencias de un agente son verdaderas. *Vid.* BONJOUR, *The Structure of Empirical Knowledge*, *op. cit.*, 169 y ss.; LEHRER, *Theory of Knowledge*, *op. cit.*, 132 y ss.; P. THAGARD, *Coherence in Thought and Action*, *op. cit.*, 78 y ss.; y D. DAVIDSON, «A Coherence Theory of Truth and Knowledge», *Subjective, Intersubjective, Objective*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

consideran en general más plausibles que las teorías anti-realistas de la verdad de los enunciados fácticos y que los estándares coherentistas de la justificación se pueden combinar más fácilmente con teorías no realistas de la verdad que con teorías que defienden una concepción de la verdad como correspondencia. Por tanto, el problema de cómo se conectan la coherencia y la verdad no presenta, en principio, un obstáculo serio a las propuestas de analizar la justificación de las proposiciones normativas en el derecho en términos de coherencia. En conclusión, a pesar de que no se puede demostrar que una teoría de la coherencia nunca nos va a conducir por derroteros equivocados, ya que ciertamente nos puede llevar a aceptar creencias acerca de los hechos y el derecho falsas o incorrectas, hay buenas razones, dado el objetivo de alcanzar el valor de la verdad en el derecho, para aceptar la teoría de la justificación como coherencia.

7.3. Coherencia y emoción

Las emociones, tal y como han demostrado algunos estudios recientes, son un componente fundamental tanto en el razonamiento práctico como teórico en el derecho, al igual que en otras áreas⁷⁷. Puesto que las relaciones de coherencia no tienen por qué ser relaciones entre elementos proposicionales y dado que los juicios de coherencia son sensibles a las respuestas emocionales, la teoría de la coherencia está mejor situada que otras teorías alternativas para dar cuenta del papel que juegan las emociones en la justificación jurídica⁷⁸.

7.4. El argumento de la plausibilidad psicológica

Como han puesto de manifiesto algunos estudios empíricos, la teoría de la justificación como coherencia parece tener un alto grado de plausibilidad psicológica⁷⁹. Ésta es una razón de peso a favor de esta teoría de la justificación. Desde una perspectiva naturalista, nuestras formas ordinarias de razonar constriñen el tipo de teorías normativas que son deseables; las teorías de la coherencia, a diferencia de otras teorías alternativas, satisfacen las restricciones impuestas por el naturalismo⁸⁰. Además, uno de los objetivos, me parece, fundamentales, de una teoría del razonamiento jurídico

⁷⁷ Vid. A. R. DAMASIO, *Descartes' Error*, New York, Putnam's Sons, 1994.

⁷⁸ THAGARD ha expandido su teoría de la coherencia para incorporar el papel que las emociones juegan en la toma de decisiones. Para una aplicación al derecho de esta teoría, P. THAGARD, «Why Wasn't O. J. Simpson Convicted?», *Cognition and Emotion*, 17, 2003.

⁷⁹ LIPTON ha interpretado los resultados experimentales que obtuvieron KAHNEMAN y TVERSKY en sus conocidos estudios sobre el razonamiento humano como prueba de la presencia de una fuerte tendencia al razonamiento de tipo explicativo. Vid. LIPTON, *op. cit.*, 108-113. MORAVSKI ha argumentado de manera persuasiva que la cognición puede ser vista como una actividad cuyo objetivo principal es el entendimiento y que, en un sentido importante, los humanos pueden ser caracterizados como *homo explanans*. Vid. J. M. E. MORAVCSIK, *Thought and Language*, London y New York, Routledge, 1990. SIMON, HOLYOAK y sus colaboradores han mostrado que la toma de decisiones complejas se lleva a cabo mediante la construcción de relaciones de coherencia entre una serie de factores relevantes. Vid. K. J. HOLYOAK y D. SIMON, «Bidirectional Reasoning in Decision-Making by Constraint Satisfaction», *Journal of Experimental Psychology: General*, 3, 1999; y DAN SIMON *et al.*, «The Emergence of Coherence Over the Course of Decision-Making», *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 27, 2001.

⁸⁰ Para una clara introducción al naturalismo, vid. P. GODFREY-SMITH, *Theory and Reality*, Chicago, Chicago University Press, 2003. Acerca de la historia del naturalismo, vid. P. KITCHER, «The Naturalists Return»,

es el de proporcionar una guía a los decisores jurídicos; la teoría de la coherencia, en cuanto que toma como punto de partida los procesos ordinarios de razonamiento, parece estar mejor situada para desempeñar esta función regulativa de los procesos de decisión jurídica que otras teorías que establecen patrones de razonamiento que están más alejados de las formas ordinarias que emplean los decisores jurídicos.

7.5. Las dinámicas de la justificación

Una ventaja de la teoría de la coherencia es que, a diferencia de otros modelos de justificación, esta teoría tiene los recursos necesarios para dar cuenta de los aspectos dinámicos de la justificación⁸¹.

7.6. El valor práctico de la coherencia

Las instituciones jurídicas están al servicio de una serie de objetivos y la coherencia es una herramienta valiosa para alcanzar algunos de ellos. Por ejemplo, la coherencia facilita la coordinación⁸², la efectividad⁸³, la seguridad jurídica⁸⁴, y la estabilidad social⁸⁵ que son, sin duda, valores fundamentales en los ordenamientos jurídicos. Por tanto, parece haber razones importantes de orden práctico para promover el valor de la coherencia en el ámbito del derecho.

7.7. El argumento acerca de la resolución del conflicto

La coherencia está asociada a una concepción del razonamiento práctico según la cual es posible deliberar racionalmente acerca de los fines y no solamente acerca de cuáles son los mejores medios para lograr ciertos fines. Es decir, los métodos coherentes no nos ayudan simplemente a realizar los distintos valores que se consideran centrales para el derecho, sino que son una herramienta fundamental para deliberar acerca de qué valores es importante perseguir y cómo sopesar los mismos cuando éstos entran en conflicto. Por tanto, la coherencia proporciona una guía inestimable para elegir entre distintas alternativas de decisión, tanto acerca de los hechos como del derecho, en casos en que hay conflicto de valores y, en este sentido, es de gran ayuda para el cumplimiento de la que es, quizá, una de las funciones más importantes del derecho, a saber, la resolución de conflictos a través de medios argumentativos⁸⁶.

The Philosophical Review, 101, 1992. Una colección de artículos acerca del naturalismo puede encontrarse en H. KORNBLITH (ed.), *Naturalizing Epistemology*, Cambridge, MIT Press, 1993.

⁸¹ S. HAACK ha argumentado que el coherentismo es particularmente apropiado para dar cuenta de los aspectos dinámicos de la justificación en «A Foundherentist Theory of Empirical Justification», en L. POJMAN (ed.), *The Theory of Knowledge*, Belmont, Wadsworth, 1999.

⁸² Vid. M. E. BRATMAN, *Intentions, Plans, and Practical Reasoning*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, 137. Vid. también RICHARDSON, *op. cit.*, 152-158.

⁸³ Vid. THAGARD y MILLGRAM, «Deliberative Coherence», *op. cit.*, 67.

⁸⁴ Vid. MORAL, «A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning», *op. cit.*, 320.

⁸⁵ Vid. ALEXY y PECZENIK, *op. cit.*, 145.

⁸⁶ Dice ATIENZA: «El derecho puede verse por ello (aunque ésta no sea la única perspectiva posible) como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos por medios argumentativos

7.8. El valor constitutivo de la coherencia

La coherencia es constitutiva de la identidad individual y política⁸⁷. Los decisores jurídicos, por tanto, no pueden sin más desatender las exigencias de la coherencia porque si así lo hicieran estarían, de hecho, negándose a determinar su propia identidad como miembros de una comunidad política. Esta dimensión constitutiva de la coherencia es una razón fundacional para valorar la coherencia como un estándar que debe guiar a los decisores jurídicos en el desempeño de sus funciones.

Estos argumentos, considerados en su conjunto, dan un apoyo importante a la teoría de la justificación como coherencia. Dado que parece haber buenas razones para la coherencia y puesto que, como he argumentado anteriormente, los problemas del coherentismo no son de imposible resolución, una teoría de la justificación que le dé un papel importante a la coherencia, como la que se ha propuesto en este trabajo, parece ser un buen candidato para una teoría de la justificación jurídica. Después de haber articulado y defendido un modelo coherentista del razonamiento jurídico, pasemos ahora a examinar algunas de las implicaciones que tiene este modelo para la teoría general de la argumentación jurídica.

8. COHERENCIA, RAZONAMIENTO JURÍDICO Y TEORÍA DEL DERECHO

El modelo de coherencia propuesto tiene, me parece, algunas implicaciones interesantes para la teoría general de la argumentación jurídica y, de manera más amplia, para la teoría del derecho. Esta propuesta coherentista está basada en una concepción de la justificación jurídica que se aparta, en algunos aspectos centrales, de la concepción de la justificación que caracteriza a la teoría estándar de la argumentación jurídica.

En primer lugar, el modelo de coherencia articulado y defendido en las secciones anteriores, se basa en una concepción *anti-fundacionista* de la justificación jurídica, es decir, este modelo niega que exista un conjunto privilegiado bien de proposiciones fácticas bien de proposiciones normativas que confieran justificación al resto de proposiciones acerca de los hechos o el derecho. En este sentido, este modelo se aparta tanto de las concepciones positivistas formales del razonamiento jurídico como de las aproximaciones probabilísticas al razonamiento acerca de los hechos en el derecho, que están basadas en una epistemología fundacionista. El modelo propuesto también se aleja de otras concepciones anti-fundacionista que se han defendido en la literatura jurídica —como la de DWORKIN— en cuanto que, a diferencia de éstas, el modelo otorga —a través del principio de prioridad— cierta preferencia a las proposiciones que describen razones de autoridad así como a los enunciados probatorios, aunque, en último término, su justificación depende, al igual que la del resto de las proposiciones, de las relaciones de coherencia que éstas tengan con los otros elementos fácticos y nor-

y en las distintas instancias de la vida jurídica». Vid. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 59.

⁸⁷ HURLEY ha defendido en detalle que la coherencia tiene un valor constitutivo de la identidad personal y comunitaria en su libro *Natural Reasons*, *op. cit.*, especialmente, en el capítulo 13.

mativos. De este modo, frente a otros modelos coherentistas, que conciben la justificación jurídica como un problema «puro» de coherencia, el modelo propuesto entiende la justificación jurídica como un problema «discriminatorio», reconociendo el papel fundamental que deben jugar las razones de autoridad y las pruebas en la justificación jurídica de las proposiciones normativas y fácticas, respectivamente⁸⁸.

En segundo lugar, el modelo de coherencia propuesto está basado en una concepción *contextualista* de la justificación jurídica según la cual los estándares de justificación jurídica de las conclusiones acerca de cuestiones tanto de hecho como de derecho dependen de factores contextuales, tales como los objetivos relevantes, la importancia del caso, las consecuencias de la decisión o las restricciones de tiempo y recursos. En este sentido, este modelo se aleja de la concepción de la justificación dominante en teoría del derecho según la cual es posible definir los estándares de justificación jurídica de manera general, sin atender a los rasgos específicos del caso concreto, y contribuye al desarrollo de aquellas aproximaciones, todavía minoritarias, que tratan de articular estándares de justificación jurídica sensibles al contexto.

En tercer lugar, esta propuesta coherentista está fundamentada en una concepción *responsabilista* de la justificación jurídica, según la cual, los estándares de justificación jurídica no son independientes de los estándares de responsabilidad que regulan la deliberación de los decisores jurídicos. En este punto, el modelo propuesto se aleja de manera fundamental de las teorías estándar de la justificación jurídica, en las que el estudio de los deberes y virtudes de los decisores jurídicos se considera una materia que cae, de manera característica, fuera de su ámbito de aplicación. Por el contrario, según la propuesta defendida aquí, el análisis de los estándares de responsabilidad es una parte fundamental de la teoría de la justificación jurídica. El modelo propuesto, por tanto, permite apreciar que existen importantes conexiones entre la teoría de la argumentación jurídica y la ética profesional. En cuanto que el modelo de coherencia propuesto defiende una concepción de los estándares de responsabilidad en la que juegan un papel importante tanto los deberes como las virtudes, este modelo destaca la relevancia de nociones aretaicas para una teoría de la justificación jurídica y, de manera más general, apunta la posibilidad de desarrollar una jurisprudencia de la virtud⁸⁹, como una alternativa aún por explorar a las tradicionales teorías del derecho de corte kantiano o consecuencialista.

En cuarto lugar, según el modelo coherentista propuesto, el razonamiento jurídico —tanto acerca de normas como de hechos— es un razonamiento primordialmente de tipo *explicativo*. Aunque el razonamiento explicativo se ha discutido en alguna medida en la literatura jurídica, la discusión se ha centrado en el papel que la abducción juega en el descubrimiento de hipótesis fácticas⁹⁰. Este modelo, sin embargo, se basa en

⁸⁸ Acerca de la distinción entre problemas puros de coherencia y problemas discriminatorios de coherencia, *vid.* THAGARD, *Coherence in Thought and Action*, *op. cit.*, 70-72.

⁸⁹ El término «*virtue jurisprudence*» ha sido acuñado por SOLUM. *Vid.* L. SOLUM, «Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging», en M. BRADY y D. PRITCHARD (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003. Para una colección de ensayos acerca de la jurisprudencia de la virtud, *vid.* *Virtue Jurisprudence*, L. SOLUM y C. FARRELLY (eds.), New York, Palgrave MacMillan; y *Virtue, Law, and Justice*, A. AMAYA y H. HO (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2012.

⁹⁰ *Vid.* D. A. SCHUM, «Species of Abductive Reasoning in Fact Investigation in Law», *The Dynamics of Judicial Proof*, *op. cit.*; y D. SCHUM, «Marshalling Thoughts and Evidence during Fact-Investigation», *South Texas Law Review*, 40, 1999.

una concepción más amplia de la inferencia explicativa según la cual la inferencia a la mejor explicación es un tipo de inferencia que juega un papel importante no sólo en el contexto de descubrimiento sino también en el de justificación y que, además de tener una importancia central en el razonamiento acerca de los hechos en el derecho, es un patrón de inferencia fundamental en el razonamiento normativo. En este sentido, este modelo de coherencia saca a la luz los importantes paralelismos estructurales que parecen existir entre las inferencias fácticas y normativas en el derecho y, por tanto, apunta a la posibilidad de desarrollar una teoría unitaria para ambos tipos de inferencia.

En quinto lugar, este modelo se basa en una concepción *naturalista* de la justificación jurídica, es decir, en una determinada concepción acerca de la relación entre las cuestiones normativas y las descriptivas según la cual para determinar cómo deben razonar los decisores jurídicos es indispensable tomar en consideración las investigaciones de tipo empírico acerca de cómo, de hecho, se toman las decisiones jurídicas. En este sentido, este modelo cuestiona la tesis —generalmente asumida en las teorías estándar de la argumentación jurídica— según la cual hay una separación fundamental entre la psicología de los procesos de decisión jurídica y las cuestiones acerca de la justificación de las decisiones jurídicas e invita a considerar el posible impacto de los recientes desarrollos en psicología del razonamiento en la elaboración de una teoría normativa de la argumentación jurídica⁹¹.

Por último, el modelo coherentista propuesto se basa en una concepción amplia de la racionalidad práctica según la cual el razonamiento jurídico no es un razonamiento exclusivamente instrumental sino que, por el contrario, es también un razonamiento acerca de fines y valores. De este modo, este modelo se aparta de las aproximaciones tanto formalistas como realistas según las cuales el razonamiento jurídico es un razonamiento de tipo medio-fin y se inscribe en el conjunto de teorías que defienden que la deliberación en contextos jurídicos consiste, al menos en parte, en razonar acerca de fines y valores. Este modelo, en cuanto que presenta la inferencia coherentista como una forma *no instrumental* de razonamiento práctico, pretende, por tanto, contribuir, en alguna medida, al estudio de los patrones argumentativos mediante los cuales se razona acerca de fines y valores en el derecho.

9. UN CATÁLOGO DE PROBLEMAS ABIERTOS

La teoría coherentista a la justificación jurídica presentada en este trabajo tiene, me parece, algunos rasgos deseables. En primer lugar, esta teoría tiene un ámbito de aplicación más amplio que algunas de las aproximaciones coherentistas al razonamiento jurídico, ya que es, en principio, aplicable tanto al razonamiento acerca de cuestiones de hecho como de cuestiones de derecho. Además, esta teoría parece plausible desde un punto de vista psicológico, puesto que está basada en una concepción de la coherencia como satisfacción de restricciones y, como han mostrado algunos estudios recientes

⁹¹ Ha habido, no obstante, algún intento aislado por desarrollar el programa naturalista en el derecho, *vid.* B. LEITER, «Naturalism and Naturalized Jurisprudence», en B. BIX (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998. En el contexto del derecho de la prueba, *vid.* ALLEN y LEITER, *op. cit.*

en psicología cognitiva, una gran parte de los procesos cognitivos humanos puede ser entendida en términos de redes conexionistas, como las que se usan para representar los mecanismos de satisfacción de restricciones. Por último, aunque —huelga decirlo— el modelo propuesto no soluciona de una manera plenamente satisfactoria los problemas tradicionales del coherentismo, me parece que, al menos, mitiga de manera significativa la importancia de los mismos. De todos modos, el modelo, desde luego, no está exento de problemas. Para concluir, quisiera señalar someramente algunas de las dificultades que tiene esta propuesta coherentista.

En primer lugar, el análisis de la coherencia en términos de satisfacción de restricciones tiene algunos problemas que no son, me parece, menores, tales como el problema de cómo generar el *input* para el cálculo de coherencia o el problema de cómo integrar los distintos tipos de coherencia que son relevantes para la justificación jurídica.

En segundo lugar, el análisis de las inferencias explicativas en el derecho presentado en este trabajo apenas toca algunos de los aspectos generales de los mecanismos mediante los cuales es posible construir la coherencia en la toma de decisiones jurídicas. Es necesario analizar en mucho más detalle los procesos de descubrimiento de hipótesis interpretativas y fácticas novedosas así como el problema de cómo las inferencias a la mejor explicación confieren justificación a sus conclusiones en contextos jurídicos, por nombrar sólo algunas de las cuestiones que tendrían que ser atendidas.

En tercer lugar, en este trabajo se ha defendido una concepción responsabilista de la justificación jurídica según la cual los estándares de responsabilidad epistémica son relevantes para la atribución de creencias justificadas en el derecho. Sin embargo, la articulación en detalle de esta concepción de la justificación jurídica presenta muchos problemas. Entre otros, es esencial investigar el problema de si los conceptos deónticos y aretaicos en base a los cuales se han definido los estándares de responsabilidad epistémica conectan de manera adecuada con la verdad y la corrección de los enunciados fácticos y normativos en el derecho, respectivamente.

En cuarto lugar, una versión contextualista de la teoría coherentista de la justificación jurídica, como la que se ha defendido aquí, abre un flanco al relativismo. Para poder liberar a la teoría de la coherencia de sospechas escépticas o relativistas, es necesario especificar en detalle los rasgos del contexto que son relevantes para los juicios de coherencia así como aclarar cómo se individualizan los contextos en el derecho.

En quinto lugar, una concepción naturalizada de la justificación jurídica puede parecer, en principio, incompatible con la normatividad de la misma. Es preciso, por tanto, mostrar que el programa naturalista, entendido correctamente, no implica desproveer de normatividad a la teoría de la justificación jurídica.

Por último, se podría objetar que el modelo de justificación propuesto aquí asume una concepción excesivamente intelectualizada de los procesos de decisión jurídica, en cuanto que otorga un papel fundamental a las virtudes epistémicas y a las habilidades intelectuales de los decisores jurídicos. Es necesario, por tanto, clarificar cómo las habilidades epistémicas y morales contribuyen a la corrección de las decisiones jurídicas y, en concreto, cómo los deberes epistémicos y morales, por un lado, y las virtudes intelectuales y morales, por otro, se relacionan entre sí.

Éstos son algunos de los problemas que sería necesario abordar para poder desarrollar una concepción coherentista de la justificación jurídica basada en los principios generales expuestos en este trabajo. Estos problemas están ligados a cuestiones más amplias, tales como el posible impacto de los estudios en ciencias cognitivas en la teoría del derecho, la naturaleza derrotable del razonamiento explicativo, la relación entre contextualismo y relativismo en el derecho, las implicaciones del naturalismo para la normatividad de la teoría del derecho, o la relevancia de la teoría de la virtud para la teoría de la justificación jurídica. En este sentido, espero que, al menos, el modelo propuesto sugiera algunas líneas de investigación interesantes tanto en la teoría de la coherencia como, de manera más general, en el ámbito de la teoría del derecho.

LA REDUCCIÓN AL ABSURDO COMO ARGUMENTO JURÍDICO *

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN. Mediante la *reducción al absurdo*, *reductio ad absurdum* o *argumento apagógico* se defiende una tesis mostrando que rechazarla tiene implicaciones absurdas porque lleva a una contradicción. El argumento tiene distintas variantes, y es más o menos concluyente, dependiendo de su lógica interna y de la justificación de la premisa que se considera absurdo negar. Este trabajo discute la tipología y algunos problemas específicos que presenta este argumento en el razonamiento jurídico, en particular su naturaleza lógica, su relación con el ideal de coherencia del ordenamiento jurídico, su proximidad con los argumentos consecuencialistas y su carácter emotivo y potencialmente falaz. Además se muestran y clasifican varios ejemplos de uso del argumento en la motivación de decisiones jurídicas.

Palabras clave: *reductio ad absurdum*, argumentación jurídica, motivación judicial.

ABSTRACT. By means of the *reductio ad absurdum* or *apagogical argument* a thesis is argued showing that its denial has absurd implications because it leads to a contradiction. The argument has different variations, and it is more or less conclusive, depending on its inner logic and on the justification of the premise whose denial is regarded as absurd. This paper discusses the typology and some of the specific problems shown by this argument in legal reasoning, particularly its logical nature, its relation with the ideal of coherence or the legal order, its vicinity with consequentialist arguments and its emotive and potentially fallacious character. Moreover, several examples of use of the argument in the motivation of legal decisions are offered and classified.

Keywords: *reductio ad absurdum*, legal argumentation, judicial justification.

* Fecha de recepción: 7 de junio de 2012. Fecha de aceptación: 3 de julio de 2012.

INTRODUCCIÓN¹

Por *reducción al absurdo*, *reductio ad absurdum* o *argumento apagógico*² se conoce un modo de argumentar, empleado con cierta frecuencia en el razonamiento jurídico, que consiste en defender una tesis mostrando que rechazarla tiene implicaciones absurdas porque lleva a una contradicción. Dicho de otro modo, el argumento consiste en refutar una hipótesis por sus implicaciones absurdas con el fin de fundamentar otra tesis alternativa. El argumento tiene distintas variantes, y es más o menos concluyente, dependiendo del rigor lógico de su planteamiento y de la justificación de la premisa que se considera absurdo negar. En este trabajo pretendo ampliar las escuetas presentaciones de esta técnica que recogen los textos sobre argumentación jurídica. Precisaré primero sus características y variantes, poniendo algunos ejemplos de uso en la motivación de decisiones de órganos judiciales y del Tribunal Constitucional (§ 1). A continuación, examinaré algunos de los problemas específicos que presenta este argumento en el razonamiento jurídico (§ 2).

1. EL USO JURÍDICO DE LA REDUCCIÓN AL ABSURDO

1.1. El argumento: descripción y tipología

El argumento por reducción al absurdo, tal como se emplea en el razonamiento jurídico, fundamenta una tesis mostrando que su negación u otras alternativas conducen lógicamente a un resultado imposible o de otro modo inaceptable, y en último término a la contradicción de negar lo que a la vez se acepta explícita o implícitamente como premisa. Se trata de una aplicación peculiar de una conocida forma de demostración lógica y matemática, pues en el ámbito jurídico no sólo se emplea como prueba deductiva, sino también como instrumento retórico o dialéctico para defender la tesis considerada más idónea o razonable.

El argumento por reducción al absurdo puede entenderse de varias maneras:

a) En su sentido más estricto o fuerte, el lógico y matemático, el argumento demuestra una tesis probando que, dadas ciertas premisas, de la hipótesis que la niega se deduce una contradicción, con lo cual negar la tesis es una imposibilidad lógica. Por tanto es una prueba *por contradicción e indirecta*, y así se denomina también en ocasiones este argumento.

¹ El presente trabajo se integra en el Proyecto de investigación DER2010-19897-C02-02. Una versión incipiente fue sometida como comunicación a un encuentro de investigadores organizado por el Proyecto. Agradezco a los compañeros del proyecto de investigación los comentarios realizados a borradores de este trabajo.

² La denominación «argumento apagógico» proviene de la palabra griega ἀπαγωγή (*apagōgē*, llevarse), que ARISTÓTELES usa en los *Analíticos Primeros* (29b6 y 50a31) en la expresión ἢ εἰς τὸ ἀδύνατον ἀπαγωγή (*eis tō adýnaton apagōgē*), traducible como «reducción a lo imposible» (ARISTÓTELES, ed. 1998: 125 y 214). Pero en la misma obra emplea otras expresiones para referirse a la reducción al absurdo, por ejemplo: *eis tō adýnaton ágontas* (*op. cit.*, 27 a 15, p. 110). Además, ἀπαγωγή o «reducción» es también el nombre que da ARISTÓTELES a un tipo de razonamiento distinto tanto de la deducción como de la inducción (*op. cit.*, 69 a 20, p. 290), y al que PEIRCE dio el nombre de *abducción* (*vid.*, por ejemplo, BEUCHOT, 1998). Sobre la confusión entre *apagōgē* (abducción) y reducción al absurdo, *vid.* también AGUIRRE, 2002.

b) En un sentido algo menos estricto, el argumento consiste en rechazar una hipótesis (para defender otra alternativa) mostrando que tiene como consecuencia lógica una falsedad o imposibilidad fáctica; o algo que se tiene generalmente por falso. Aquí cabe una subdivisión, y así RESCHER (2005) distingue entre consecuencia falsa (argumentos *ad falsum* o *ad impossibile*) e implausible o anómala (argumentos *ad ridiculum* o *ad incommodum*).

c) En un sentido todavía más amplio, el argumento rechaza una hipótesis (para defender otra alternativa) mostrando que tiene una consecuencia lógica inadmisible o inaceptable por ser incoherente con el sistema de referencia. Con esto el argumento puede tomar un cariz axiológico o teleológico³. El nombre de argumento *ab absurdo*, usado a veces, se corresponde mejor con esta versión menos rigurosa, que puede degenerar fácilmente en falacia. Pero conviene distinguir entre la reducción al absurdo y otros argumentos diferentes basados en las consecuencias. La reducción al absurdo se fija en las implicaciones lógicas de una hipótesis, mientras que la argumentación consecuencialista atiende a los efectos que probablemente causará su puesta en práctica. Además, los argumentos consecuencialistas pueden orientarse a evitar resultados simplemente indeseables o inconvenientes; mientras que la reducción al absurdo más bien trata de denunciar la incongruencia. Sobre la diferencia entre argumentación *ad absurdum* y consecuencialista volveré más adelante (*infra* § 2.6).

La anterior clasificación describe las variedades de uso del argumento más que diferencias en su estructura lógica, y por esta razón es algo engañosa. En su estructura las tres variantes pueden reducirse a la primera, pues en todos los casos el argumento consiste en poner de manifiesto una contradicción lógica. La variedad estriba en el origen de la contradicción. En todos los casos el objetivo del argumento es hacer patente que afirmar una cierta hipótesis implica negar una tesis previamente asumida, a la que llamaré *premisa de contraste*, y que para evitar esa conclusión imposible lógicamente (a saber: que la premisa de contraste es a la vez verdadera y falsa) necesariamente hay que abandonar dicha hipótesis en favor de su alternativa. Las diferencias, por tanto, no están en el núcleo del argumento sino más bien en la naturaleza de la premisa de contraste. En la primera variante, esta premisa forma parte del propio argumento que contiene la hipótesis que se rechaza. La reducción al absurdo simplemente la reutiliza para refutar esa hipótesis mostrando que ésta conduce a negar aquella premisa y, con ello, que el argumento es internamente inconsistente. En la segunda variante la premisa de contraste es un dato empírico que el argumento propuesto pasaba por alto. Aquí la reducción al absurdo muestra que la hipótesis rival conduce a negar ese hecho, y por tanto que es falsa. En la tercera variante la premisa de contraste es una tesis sobre lo que es congruente con el sistema de referencia; por ejemplo, con el derecho que interpretan de modo enfrentado la hipótesis que se rechaza y la alternativa que se defiende.

Las diferencias en la naturaleza de la premisa de contraste repercuten en la fuerza del argumento y justifican la clasificación propuesta. Para confiar en un argumento

³ Dice KLUG [(1982) 1990: 196]: «Cuando se trata del argumento *ad absurdum* que aparece en la jurisprudencia [...], habrá que averiguar caso por caso si cuando se invoca dicho argumento lo que se quiere indicar es la estructura lógica de la respectiva inferencia, o si por el contrario lo que se quiere es más bien formular un juicio *teleológico*». En efecto, la reducción al absurdo tiene interés como argumento jurídico tanto en su forma lógica rigurosa como en usos no estrictamente deductivos (al respecto: ATIENZA, 2006: 155 y ss.). En todo caso, nada de esto desmiente el carácter sustancialmente lógico del argumento, como veremos.

por reducción al absurdo, o en cualquier otro, se requiere que sea lógicamente *válido* (justificación interna) y además que sea *sólido*, en el sentido de que sus premisas sean verdaderas o suficientemente plausibles (justificación externa). En la reducción al absurdo del primer tipo *a*) las premisas son las del argumento rival y éste se rechaza por su inconsistencia, para cuya demostración basta la justificación interna. En cambio, en sus variantes de *b*) verdad empírica y de *c*) tesis sobre la coherencia, la premisa de contraste puede ser controvertida y demanda un fundamento independiente, que es más complicado de obtener en el último caso. Reducir al absurdo una hipótesis es hacer ver que conduce a negar una tesis que a la vez se afirma, y en esta contradicción consiste el absurdo; pero unas veces esa tesis afirmada (la premisa de contraste) acompaña originalmente a la hipótesis y otras veces es una tesis empírica o interpretativa presupuesta posteriormente por la reducción. Así pues, la reducción al absurdo pone de manifiesto que la hipótesis lleva *a*) a contradecir sus propias premisas de partida, y por ello a una inconsistencia; o *b*) a contradecir un hecho conocido, y por ello a una falsedad; o *c*) a contradecir una interpretación pacífica sobre el contexto de la hipótesis, y por ello a una incoherencia. En todos los casos el absurdo es una contradicción, pero en los dos últimos la connotación es una falsedad o una incoherencia. Además, esta connotación ocupa el primer plano cuando la tesis empírica o interpretativa que se presupone (y cuya negación crea un absurdo) no es explicitada tampoco al efectuar la reducción al absurdo, como no suele serlo en el ámbito jurídico, de manera que el argumento viene a decir que la hipótesis es absurda *porque* implica una falsedad o una incoherencia, aunque formalmente dice que es absurda porque implica una contradicción con una premisa presupuesta.

Hasta aquí hemos visto distintas variantes del argumento por reducción al absurdo en función del tipo de implicación que se rechaza. Una segunda fuente de variaciones es qué se tome como hipótesis alternativa de la tesis que se pretende fundamentar. En la versión más genuina de la reducción al absurdo, la demostración deductiva lógica y matemática, se refuta la negación de la tesis que se pretende probar. Sin embargo, en el razonamiento jurídico la calificación de absurdo se dirige contra una hipótesis alternativa de la tesis que se defiende y no siempre contra su negación directa. Obviamente ambas versiones convergen cuando hay solamente dos alternativas, la tesis defendida y una hipótesis rival, de manera que refutar ésta equivale a afirmar aquella, y viceversa⁴. En ocasiones, no obstante, la tesis que se quiere defender tiene más de una alternativa, de modo que refutar algunas de ellas no basta para probar dicha tesis, sino que habría que refutarlas todas.

En vista de lo expuesto, podemos reiterar que el argumento por reducción al absurdo, tal como se emplea en el razonamiento jurídico, fundamenta una tesis mostrando que su negación u otras alternativas conducen lógicamente a un resultado imposible o de otro modo inaceptable. Según esta caracterización amplia del argumento, cabe distinguir en él tres variantes, con sendas versiones excluyentes no excluyentes, las

⁴ Según MARTÍNEZ ZORRILLA (2010: 79), «el argumento apagógico resulta bastante débil si es el único que se utiliza en apoyo de la interpretación propuesta, ya que no ofrece argumento alguno a favor de ésta, sino tan sólo en contra de otra alternativa posible». Pero para demostrar T es suficiente argumento que $\neg T$ es falso. Además la reducción al absurdo también tiene cabida para defender una tesis mediante la refutación no exhaustiva de sus alternativas, porque refuerza la tesis defendida como una solución que evita el absurdo y puede ser aceptada.

cuales se representan en la siguiente tabla resumen y desarrollaré a continuación con algunos ejemplos⁵.

<i>Fundamentación de una tesis T por reducción al absurdo</i>				HIPÓTESIS	
				<i>Negación de T ($\neg T$)</i>	<i>Otras alternativas a T</i>
IMPLICACIÓN	IMPOSIBILIDAD	INCONSISTENCIA (contradicción lógica)	ABSURDO	(1) Demostración	(1')
		FALSEDAD (conflicto con hechos reales o aceptados)		(2)	(2')
	INACEPTABILIDAD	INCOHERENCIA (incongruencia con ideas implícitas)		(3)	(3')
		INCONVENIENCIA (consecuencias indeseables)		—	—

1.2. Absurdo por inconsistencia

El modo más ortodoxo y efectivo de emplear la reducción al absurdo es mostrar que la hipótesis rival conduce a un resultado incompatible con las premisas asumidas al formularla; esto es, que quien formula esa hipótesis se contradice y su razonamiento resulta insostenible y absurdo. Hay, entonces, una afinidad entre argumentar a favor de una tesis reduciendo al absurdo la hipótesis opuesta y rechazar la hipótesis opuesta porque su defensa es un razonamiento absurdo. El argumento que sostiene la hipótesis opuesta se rechaza en un caso porque hay en él una inconsistencia implícita; y en otro porque es inconsistente de modo evidente y explícito. Aunque el segundo modo de argumentar no es una reducción al absurdo, creo que merece la pena poner de relieve esta afinidad.

1.2.1. Inconsistencia implícita

La reducción al absurdo pone de manifiesto una contradicción implícita en un razonamiento. Refuta un razonamiento no por ser evidentemente ilógico o absurdo,

⁵ Otros estudios enumeran y clasifican modalidades de la reducción al absurdo en la motivación de decisiones del Tribunal Constitucional y de órganos jurisdiccionales; por ejemplo: EZQUIAGA, 1987; o FERNÁNDEZ ABAD y ESTREMER A CEBRIÁN, 1995. Aunque me guió también por esos estudios, la clasificación que sigue se basa en la tipología expuesta, según la cual el argumento en su uso jurídico muestra que una cierta hipótesis conduce a resultados: a) inconsistentes con sus premisas, b) falsos o c) incoherentes desde el punto de vista jurídico.

sino por implicar una conclusión ilógica o absurda que parece pasar desapercibida. El argumento denuncia en el razonamiento rival una inconsistencia que no es inmediatamente visible, pero que una vez sacada a la luz invalida dicho razonamiento. Ahora bien, para lograr este efecto, el argumento *ad absurdum* debe contar con premisas sólidas y respetar la lógica. El siguiente ejemplo puede ilustrar la utilización correcta e incorrecta de la reducción al absurdo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), 464/2010, de 20 de julio de 2010

Se discutía la interpretación de un contrato de seguro. El descuido de un empleado del parque de atracciones de Madrid durante trabajos de mantenimiento provocó un accidente que causó daños en una máquina. La sociedad que explotaba el parque tenía una póliza llamada «Riesgo básico: todo riesgo daños materiales», que cubría los daños causados por un hecho «súbito, accidental e imprevisible». En cambio excluía el riesgo «avería de maquinaria», cubierto por una póliza opcional y definido como «los daños y/o pérdidas sufridos por las máquinas aseguradas, como consecuencia de una causa accidental, súbita e imprevisible de origen interno, no clasificada como riesgo excluido, ocasionados por: 1. Impericia, negligencia y actos malintencionados del personal del Asegurado o de extraños [...]». La compañía aseguradora entendió que los daños no estaban cubiertos por el seguro, y el conflicto llegó a juicio. La primera sentencia falló que el daño estaba cubierto, porque la causa del siniestro no tuvo un origen interno. La Audiencia Provincial de Madrid revocó esa decisión porque el riesgo cubierto eran los daños causados por un hecho «súbito, accidental e imprevisible» y sin embargo el accidente en este caso no era imprevisible sino que había sido causado por un error humano y podían haberse tomado medidas de precaución para evitarlo. Esta resolución fue a su vez casada por el Tribunal Supremo, que sostuvo lo siguiente (FJ 3.º):

[L]a interpretación del concepto «imprevisible» por el tribunal sentenciador conduce al absurdo de que una póliza «Todo Riesgo» no cubriera el debido al error humano y sí, solamente, los daños debidos a fuerza mayor.

Que tal interpretación no se ajusta a los arts. 1.284 y 1.286 CC⁶ se advierte en seguida porque, de aceptarse, resulta que ni siquiera habiéndose contratado la garantía opcional de «Avería de Maquinaria» el seguro habría cubierto el siniestro, pues en tal caso también los daños tendrían que deberse a una causa «accidental, súbita e imprevisible», siendo así que la cobertura de esta garantía sí comprende muy expresamente los daños ocasionados por «impericia, negligencia y actos malintencionados del personal del asegurado o de extraños», demostración palpable de que en el contrato de seguro litigioso la imprevisibilidad es plenamente compatible con la negligencia de los empleados de la asegurada demandante.

En la motivación del Tribunal Supremo pueden reconocerse dos argumentos que se presentan como reducciones al absurdo, con desigual fuerza lógica. Un primer argumento parecería ser que es absurdo que una póliza «todo riesgo» excluya los daños causados por un error humano, porque (se sobreentiende) si es todo riesgo ha

⁶ Art. 1.284 CC: «Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto». Art. 1.286 CC: «Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato».

de cubrir también ese riesgo. Este argumento podría tener atractivo retórico, pero es muy débil. La denominación «todo riesgo» de una póliza de seguros no significa que incluya todos los riesgos, ni tampoco el debido a error humano. En el presente caso, por ejemplo, no se discute que la póliza «todo riesgo» excluye los daños previsibles; y está claro que excluye las averías de maquinaria causadas por negligencia, las cuales están cubiertas por un seguro opcional. Además, aquí la premisa de contraste sería la misma conclusión que se quiere demostrar, por lo que el razonamiento sería circular, una petición de principio (*vid. infra* § 2.9). Vendría a decirse que en el caso presente el daño debido a error humano no queda excluido del seguro «todo riesgo» porque es absurdo que un seguro «todo riesgo» excluya el daño debido a error humano.

Según el segundo argumento, es absurdo que todo daño causado por negligencia se considere previsible, porque en otro caso carecería de sentido la póliza opcional de *avería de maquinaria*, la cual cubre daños causados por negligencia siempre que sean imprevisibles. Este argumento sí tiene consistencia lógica y es una eficaz reducción al absurdo. La posibilidad de que haya daños negligentes e imprevisibles cubiertos por un seguro hace efectivamente absurdo afirmar que los daños negligentes son siempre previsibles y prueba la tesis contraria, según la cual no todos los daños negligentes son previsibles⁷.

1.2.2. *Inconsistencia explícita*

Distinto de la reducción al absurdo, aunque afín a ella, es el argumento que desacredita una tesis al mostrar que se fundamenta en un razonamiento que es ilógico o absurdo de modo patente o explícito. En el terreno jurídico, este último argumento tiene un reflejo visible en el criterio jurisprudencial que hace anulables las decisiones judiciales que carecen de una motivación mínimamente racional, porque son arbitrarias y vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva. Se reprocha el error judicial que consiste en violentar la lógica, no el error en la decisión que violenta los hechos o el derecho. El absurdo y la arbitrariedad pueden darse tanto en la apreciación de la prueba y la fijación de los hechos, como en la interpretación y aplicación del derecho⁸. El criterio del Tribunal Constitucional para apreciar que una argumentación es absurda se recoge en su Sentencia 164/2002, de 17 de septiembre (FJ 4.º):

[L]a validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha

⁷ Cuestión distinta es si era eso lo discutido. Si lo que sostuvo la Audiencia Provincial de Madrid no fue que toda negligencia implica previsibilidad, sino que en el caso juzgado hubo negligencia y previsibilidad (es decir, que la coincidencia de negligencia y previsibilidad fue contingente pero no era necesaria), entonces tampoco el segundo argumento del Tribunal Supremo es efectivo, y el supuesto absurdo que denuncia se desvanece.

⁸ Un resumen de criterios para considerar que la apreciación judicial de la prueba es absurda y arbitraria puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil, Sección 1.ª) de 1 de junio de 2011 (FD 4.º). En cuanto a la interpretación o la aplicación del derecho hay un resumen en la Sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 3 de octubre de 2008 (FD 3.º).

unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas.

Como ejemplo de argumentación manifiestamente absurda podría citarse la que censura el Tribunal Constitucional en su Sentencia 151/2001, de 2 de julio. En ella estima un recurso de amparo contra la inadmisión por el Tribunal Supremo de un recurso para unificación de doctrina interpuesto porque el Tribunal Superior de Justicia de Asturias había resuelto en una sentencia que en cierta fecha el contrato de trabajo del recurrente estaba en vigor y en otra sentencia que estaba extinguido. El TC razona así (FJ 4.º):

Y aunque es verdad que unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia no es posible separarse luego de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento. Y ello porque, en la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica relevante para el derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron [...], cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas [...], y es claro que unos hechos idénticos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica [...].

1.3. Absurdo por falsedad

Una segunda modalidad de reducción al absurdo toma como premisa de contraste una proposición que se supone verdadera, y el argumento consiste en refutar una hipótesis (para fundamentar una tesis alternativa) mostrando que implica el absurdo de negar esa proposición verdadera. En el uso jurídico de la reducción al absurdo cabe distinguir si la falsedad es por contraste con hechos del mundo (falsedad fáctica) o con datos jurídicos (falsedad jurídica).

1.3.1. Falsedad fáctica

A menudo los órganos judiciales rechazan un argumento o una tesis por considerar que lo que sostiene o implica no se corresponde con la realidad; y en ocasiones recurren para ello a la reducción al absurdo. Cuando así lo hacen dan por supuesto que el contraste con la realidad al que conduce esa posición es tan palmario que sería absurdo mantener la hipótesis una vez notada su implicación. El argumento se basa en mostrar la implicación, pero el rechazo se basa en la falsedad del resultado de esa implicación. Pondré un ejemplo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.^a) núm. 26/2002, de 21 de marzo

Se discute un recurso de una sentencia que consideró probado, oído el testimonio de dos agentes de la Guardia Civil, que el recurrente condujo bajo los efectos del alcohol, no se detuvo ante la señal de alto de los agentes y, tras ser perseguido unos minutos, intercambió la posición de conductor con la de su acompañante. El recurrente alegaba que no conducía él sino su acompañante y que hubo error en la apreciación de la prueba. La Audiencia coincide con el juez de primera instancia en creer más verosímil la versión de los agentes (FJ 1.^o):

[...] ante la contundencia de los hechos acreditados por su intervención, como infiere el mismo Juzgador, al destacar por reducción al absurdo, el hecho que el vehículo prosiguiera su marcha, pese a la orden de detención dada por los agentes, siendo así que iba conduciendo una persona sobria, en la versión del acusado.

Parece razonarse que si en efecto no conducía el recurrente sino su acompañante, ello implicaría que el coche se detuvo ante el alto de la Guardia Civil, porque los conductores sobrios se detienen al recibir el alto de la Guardia Civil; pero como el coche no se detuvo, resulta que esa hipótesis implica un resultado falso y conduce al absurdo, y por eso debe ser desestimada. El argumento, aunque defectuoso, se presenta como una reducción al absurdo⁹.

1.3.2. Falsedad jurídica

El resultado inaceptable que se confronta con la reducción al absurdo es a veces una afirmación claramente falsa sobre el derecho. Esta posibilidad está a medio camino, en un continuo difícil de compartimentar, entre las referencias a la falsedad fáctica (§ 1.3.1) y a la incoherencia jurídica (§ 1.4). Porque si una afirmación es jurídicamente falsa lo será o bien porque es contraria a los hechos, o bien porque es incoherente con un conjunto aceptado de afirmaciones sobre el derecho. No obstante, con esa cautela en mente es viable singularizar esta modalidad de absurdo jurídico que consiste en implicar como verdadera una proposición nítidamente contraria al derecho¹⁰. En la falsedad fáctica la referencia típica son hechos del mundo susceptibles de verificación, mientras que en la falsedad jurídica la referencia típica son contenidos normativos. Éstos están muy expuestos a la interpretación, pero pueden ser suficientemente claros para fundamentar juicios de verdad o falsedad. Por esto mismo cabe distinguir también

⁹ El argumento es defectuoso porque la implicación que da por supuesta es discutible (pues cabe la posibilidad de que un conductor sobrio no se detenga ante el alto de la Guardia Civil), y además es precisamente lo que se discute (pues el recurrente alega que conducía alguien sobrio que no se detuvo), con lo cual el argumento incurre en petición de principio.

¹⁰ Distinta de la reducción al absurdo por falsedad jurídica es el argumento que combate una determinada tesis mostrando que se apoya en una falsedad. El argumento aquí no es la implicación de la tesis combatida, sino su falta de sustento. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) 5898/1997, de 6 de octubre de 1997, se dice que algunas de las peticiones del recurrente «no son de considerar pues se basan en argumento falso, cual es la falta de personalidad de la entidad sobre cuyo alcance el propio recurrente se contradice» (FD 5.^o).

entre negar una realidad jurídica que se tiene pacíficamente por verdadera (absurdo por falsedad) y negar una tesis jurídica que se desprende de prácticas incuestionadas (absurdo por incoherencia). Tal vez con un ejemplo se vea mejor este matiz.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1.^a) núm. 613/2008, de 19 de marzo

Se desestima un recurso en el que un trabajador despedido por unas manifestaciones verbales sostenía que estaban protegidas por su libertad de expresión. La sentencia considera que el trabajador incumplió los deberes laborales de buena fe, diligencia y colaboración que impone el Estatuto de los Trabajadores, e incurrió en causa legal de despido. Y añade (FD 1.^o):

De ello se infiere con toda facilidad la razón del fracaso del recurso que se examina ahora, aunque sea por el elemental método de reducción al absurdo, pues sí, como el mismo sostiene, cualquier juicio, opinión o crítica vertida en cualquier lugar u ocasión y por cualquier medio estuviese amparada sin más por el derecho fundamental invocado, como comprendida en su legal contenido, quedarían vacías cuantas disposiciones castigan el exceso dañoso para los bienes ajenos jurídicamente protegidos y, desde luego, en referencia al objeto procesal, las causas de despido radicadas en ofensas o malos tratos de palabra o en mala fe contraria a los fines empresariales o al patrimonio económico y también moral o personal de los demás trabajadores y del empresario.

El argumento expuesto es sencillo: la hipótesis de que las opiniones o críticas realizadas por el trabajador están siempre protegidas por el derecho fundamental a la libertad de expresión debe rechazarse, porque implica que el derecho nunca pone límites a la libertad de expresión para proteger otros bienes, ni nunca permite al empresario despedir a un trabajador por causa de sus expresiones, lo cual es claramente falso. Se trata de una falsedad jurídica, porque resulta evidente que el derecho no ampara cualquier expresión, y por ello una hipótesis que conduce a esa conclusión inaceptable es absurda. Hay sin duda una incoherencia con el ordenamiento jurídico (pues la implicación que hace el recurso es incongruente con los principios del ordenamiento), pero más bien un conflicto directo. Y podría entenderse que hay una falsedad fáctica (pues hay de hecho legislación publicada que dispone consecuencias negativas para las expresiones ofensivas), pero requiere interpretación más que verificación.

1.4. Absurdo por incoherencia

He sugerido que, entendida en sentido amplio, la reducción al absurdo puede basarse en la relación de coherencia, que es un tipo de congruencia más débil que la consistencia lógica (no contradicción) y que la correspondencia con los hechos (no falsedad), pero más próximo a ellas que a la relación de utilidad, conveniencia o deseabilidad basada en las consecuencias. A mi juicio, circunscribir el argumento por reducción al absurdo a las versiones basadas en la inconsistencia, la falsedad o la opinión común (RESCHER, 2005; JANSEN, 2007), es excesivamente restrictivo. En su variante más empleada en el razonamiento jurídico, el argumento por reducción al absurdo muestra que la hipótesis cuestionada conduce a resultados claramente incongruentes

con ideas, valores o principios característicos del contexto intelectual en el que ha de entenderse la hipótesis. La hipótesis se califica de absurda porque sus implicaciones son notoriamente incoherentes con presupuestos ideológicos sobre el sistema de referencia comúnmente asumidos; porque carece de sentido desde el punto de vista de ese sistema, en nuestro caso el ordenamiento jurídico. Puede ser difícil distinguir entre la incoherencia y la falsedad en relación con un sistema de referencia; pero lo que pretendo transmitir es que la reducción al absurdo puede funcionar también cuando la contradicción con aquél no es frontal y nítida (falsedad), sino difusa pero notoria.

Es una cuestión de interpretación, e indeterminada, cuáles son las exigencias básicas de la coherencia jurídica; y es una cuestión de grado cuándo se respetan. En todo caso, el uso jurídico de la reducción al absurdo suele hacer referencia a ideas muy difundidas y poco polémicas sobre los mínimos de racionalidad y de funcionalidad exigibles en el derecho, y a conflictos patentes con tales mínimos. Se asume que el ordenamiento jurídico tiene unas propiedades necesarias para cumplir su función y una unidad fundamental de contenido y de propósitos. Esta base ideológica se concreta en una serie de tesis sobre el derecho que actúan como *premisas de contraste* de cualquier hipótesis jurídica, por cuanto impiden mantener las que impliquen proposiciones contradictorias con ellas. Estas premisas jurídicas conciernen a diversos aspectos del derecho y admiten distintas clasificaciones. Aquí distinguiré tres tipos de coherencia del ordenamiento y de sus normas, así como su respectiva incoherencia, según se refieran al contenido (§ 1.4.1), a la eficacia (§ 1.4.2) o a los fines (§ 1.4.3). No son tipos necesariamente excluyentes, ni tampoco exhaustivos, sino sólo ilustrativos.

1.4.1. *Incoherencia con el contenido del ordenamiento y de sus normas*

El punto de vista jurídico típico considera inaceptable y absurda cualquier tesis sobre el contenido del derecho que no respeta en él una cierta armonía y unidad de criterio. Se asume que el ordenamiento jurídico es efectivamente un orden y posee una estructura sistemática que tiene que ver con la forma de producción y con el contenido material de sus normas. Este aspecto de la coherencia jurídica fundamenta diversas premisas que sirven de referencia para otras tantas reducciones al absurdo. Así, por ejemplo, se toma como absurda la interpretación que implica que dos normas del ordenamiento igualmente válidas y aplicables se contradicen entre sí; o que una norma se aparta de los principios explícitos o implícitos de otras normas, cuando puede interpretarse en armonía con ellos. Veamos una muestra.

Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, de 19 de julio

Discute el significado de la expresión «correspondiente documento» en la Disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, que decía:

En las transmisiones onerosas por actos inter vivos de bienes y derechos que se realicen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, cuando el valor comprobado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales exceda del consignado por las partes en

el correspondiente documento en más del 20 por 100 de éste y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, este último, sin perjuicio de la tributación que corresponda por el Impuesto citado, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo.

El Abogado del Estado sostuvo que el «correspondiente documento» es la autoliquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales (ITP). El Tribunal Constitucional discrepa, con el siguiente argumento (FJ 2.º):

En primer lugar está la propia letra de la norma, que no habla de «autoliquidación», sino de «correspondiente documento». Pero, sobre todo, afirmar, como hace el Abogado del Estado, que ese «documento» es la autoliquidación en el ITP, implica sostener que el comportamiento infractor del adquirente —a saber, la determinación en su declaración del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de una base imponible inferior al valor real— puede tener trascendencia tributaria para el transmitente (el gravamen como ganancia patrimonial en el IRPF o en el Impuesto de Sociedades [...] de la diferencia entre el valor comprobado y el valor declarado), que, evidentemente, no es —no puede ser— responsable del eventual incumplimiento de las obligaciones tributarias de la persona con la que contrata, a saber, el adquirente.

En definitiva, por «correspondiente documento» hay que entender el documento, público o privado, en el que las partes contratantes plasman la transmisión. Cabe, desde luego, distorsionando la letra del precepto y obviando las consecuencias absurdas a las que conduce, hacer una distinta interpretación; ello, sin embargo, supondría una reconstrucción de la norma misma no explicitada debidamente en el texto legal impugnado y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que constitucionalmente no le corresponde [...].

Es decir, para el Tribunal Constitucional el «correspondiente documento» es el que plasma el acuerdo de transmisión porque la hipótesis alternativa (según la cual es la autoliquidación del impuesto) tiene implicaciones absurdas. Y las implicaciones son absurdas porque resultaría algo ajeno a los principios y la lógica del ordenamiento, algo inaceptable desde el punto de vista jurídico; a saber: que la responsabilidad tributaria de quien transmite a otro un bien esté en función de los impuestos que eventualmente liquide el adquirente (porque nadie puede ser obligado a responder por actos de personas de las que no es responsable).

1.4.2. *Incoherencia con la eficacia del ordenamiento y de sus normas*

También resulta incoherente y absurdo, desde el punto de vista jurídico típico, privar de sentido al ordenamiento como medio de regulación de conductas. Si una hipótesis implica que alguna norma jurídica carece totalmente de función, implica un absurdo y debe abandonarse. Son derivaciones de esta idea, por ejemplo, que es absurda la interpretación jurídica que implica que el texto de una disposición legal no expresa su contenido; que una norma es totalmente superflua e inútil; o que carece de eficacia. Pondré algunos ejemplos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 20 de diciembre de 1993

El argumento que nos interesa aquí versa sobre la interpretación del art. 9.1 del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 abril, de Medidas de Política Económica, que decía así:

1. Los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Texto Refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el art. 1.566 del Código Civil.

Estaba claro que con la nueva regulación era admisible evitar la prórroga legal mediante pacto; pero la duda interpretativa era qué ocurría a falta de tal pacto. La prórroga legal no era «aplicable forzosamente», pero ¿era aplicable por defecto, cuando no hubo pacto en contrario? La sentencia contesta negativamente y aporta este razonamiento (FD 4.º):

La expresión: «...sin que sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido en el art. 57...», no implica que la prórroga legal sea un elemento natural del contrato, cuya existencia se presuma salvo pacto en contrario. Ello porque, pese a que no sea muy feliz la dicción legal, han de utilizarse los criterios hermenéuticos que recoge el art. 3.1.º del Código Civil. Se ha de acudir a la interpretación sistemática no sólo a lo ya expresado sino al último inciso del art. 9.1.º «...y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el art. 1.566 del Código Civil». Esta mención a la tácita reconducción, de admitir la interpretación de que se mantiene en vigor el régimen de prórroga forzosa salvo pacto en contrario, no resultaría comprensible y conduciría a una argumentación *ad absurdum*.

Es decir, la sentencia rechaza una interpretación según la cual la prórroga legal seguía siendo aplicable a falta de pacto que la excluyese. La interpretación rechazada tenía sin duda apoyo en el texto, que al referirse a la aplicación de la prórroga legal a los nuevos contratos no dice «sin que les sea aplicable», sino «sin que les sea aplicable forzosamente», con lo cual habría que entender que sí es aplicable en alguna medida, aunque no contra la voluntad de las partes. Sin embargo, a juicio de la Audiencia, esta interpretación conduciría al absurdo de privar de sentido a la remisión expresa que hace el precepto a las reglas generales de la tácita reconducción. La idea es que si la prórroga legal forzosa se mantuviese por defecto, la tácita reconducción ya no tendría razón de ser y la referencia a ella en el artículo sería ininteligible y estaría vacía de contenido¹¹. De aquí se sigue que esa hipótesis interpretativa es insostenible, ya que conduce a un resultado jurídicamente inadmisibles, como es que un precepto legal carezca totalmente de efectos si alguna interpretación permite atribuírselos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Social) 2407/2007, de 27 de enero de 2009

El objeto del proceso era un despido disciplinario declarado improcedente. El convenio colectivo de la empresa decía: «Declarado improcedente por la Jurisdicción Social el despido de un trabajador será éste el que opte entre readmisión o indemnización, excepto en los casos en que el despido se efectúe a consecuencia de ofensas verbales o físicas a personas que trabajan en la empresa, deslealtad, abuso de confianza o

¹¹ Este razonamiento puede discutirse. La tácita reconducción puede tener razón de ser también con un sistema de prórroga legal, sobre todo cuando ésta puede excluirse por pacto. El precepto podría estar diciendo que el pacto de excluir la prórroga forzosa es admisible pero no puede afectar en ningún caso a la tácita reconducción, cuya regulación sí es aplicable forzosamente. Esta interpretación es acaso incorrecta, pero no absurda.

fraude en las funciones desempeñadas, [etc.]». La empresa pretendía aplicar la excepción, porque había despedido al trabajador por una supuesta transgresión de la buena fe contractual que los sucesivos procedimientos judiciales consideraron inexistente. Se discute, entonces, si un despido es «a consecuencia de» las prácticas citadas en el convenio colectivo simplemente cuando así lo declara el empresario o, por el contrario, se requiere que el motivo se haya dado realmente según el parecer judicial. El Tribunal Supremo sostiene lo segundo, y razona así (FJ 2.º):

la interpretación que el recurso sostiene —otorgando los efectos discutidos a la simple acusación de la falta— conduciría al absurdo [argumento *ad absurdum*, de constante utilización por la Sala (...)] de que fácilmente pudiera burlarse la mejora atribuida por el Convenio Colectivo a los trabajadores, bastando para ello con la formal —gratuita— imputación de cualquiera de las causas de despido excluyentes del beneficio [ofensas, transgresión de la buena fe, drogadicción y riñas], en artificio incluso rechazable por contrario al art. 1.256 CC, que prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de las obligaciones.

Según esto, la hipótesis de que el despido es «a consecuencia» de los motivos que exceptúan la obligación de readmitir si así lo declara el empresario implica que éste podría evitar la readmisión simplemente aduciendo esos motivos en el despido, y ello crea el absurdo de hacer disponible una obligación jurídica taxativa (la premisa de contraste aquí es que las obligaciones taxativas no están a disposición de los sujetos obligados); de manera que ha de abandonarse esa hipótesis a favor de una interpretación alternativa según la cual ha de darse «la realidad del hecho imputado» para que el despido sea «a consecuencia» de él¹².

Sentencia del Tribunal Supremo (Social, Sección 1.ª) de 16 de octubre de 2006

En este ejemplo se considera absurda una interpretación que hace que una acción expresamente permitida por la ley sea imposible de realizar. Se trataba de la posibilidad que prevé el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores de evitar salarios de tramitación en caso de despido improcedente cuando la indemnización se deposita «en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido». En el caso presente entre el despido y el depósito los juzgados estaban cerrados por ser días festivos (Semana Santa); y el Tribunal Supremo razona así (FD 2.º):

Obviamente si [la indemnización] se ha de depositar en el juzgado, es preciso que, en el momento que deba realizarse, exista la posibilidad material de hacerlo, por hallarse abiertas las dependencias del órgano judicial en las que el depósito deba realizarse. Es absurdo entender que el empresario no puede lograr la exención del pago de salarios de tramitación, porque —no estando disponible el órgano en que ha de realizarse— no pueda llevar a cabo el depósito que la Ley exige. [...] Y debemos rechazar cualquier interpretación que conduzca al absurdo. Es por ello que, siendo la actividad a realizar una actuación ante los juzgados, el plazo ha de ser considerado como plazo procesal, procediendo descontar los días inhábiles para su cómputo.

¹² El problema obvio de esta interpretación es que si en efecto hubiese ocurrido el hecho que legalmente justifica el despido, éste ya no sería improcedente. El Tribunal Supremo sortea esta dificultad exigiendo que la realidad del motivo esté «básicamente acreditada pero no tenga entidad suficiente para justificar la decisión extintiva». Es una solución plausible para interpretar un precepto ambiguo, pero no es una solución obvia, lo cual indica quizás que la interpretación rival no es totalmente absurda.

1.4.3. *Incoherencia con los fines del ordenamiento y de sus normas*

El punto de vista jurídico también considera incoherente con el ordenamiento jurídico, y absurda, cualquier hipótesis que impida que las normas jurídicas favorezcan los fines que las justifican. Como los fines de las normas jurídicas son muy variados y difusos, también lo son las ocasiones en las que se interpreta por este motivo que una conclusión jurídica es inaceptable o absurda. Puede tratarse de fines concretos de una norma determinada, producto de una política legislativa particular. O puede tratarse de fines genéricos que cabe atribuir al ordenamiento jurídico en su conjunto, por ser sus valores superiores, implícitos o explícitos. Por ejemplo, puede rechazarse una interpretación jurídica porque implica un resultado contrario a los fines de justicia, de promoción de la utilidad social y del bien común, de eficiencia, de seguridad, etc. Este motivo de incoherencia es muy amplio, y puede invitar a considerar absurdo cualquier resultado que a quien argumenta le parece irrazonable, contrario al sentido común o perjudicial. Veamos también aquí un ejemplo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1.ª) 30/2005, de 14 de marzo de 2005

En esta sentencia puede verse un ejemplo de reducción al absurdo por referencia a lo que el decisor considera sensato y razonable. Se discute si un registro domiciliario autorizado por un juez por un presunto delito de tráfico de drogas se realizó correctamente. Entre los posibles motivos de nulidad alegados por el recurso estaría que la policía entró en el domicilio antes que la secretaria judicial. La Audiencia Provincial considera que este motivo debe desestimarse, y se apoya en este argumento (FD 3.º):

Como declararon los testigos agentes de la Policía Nacional [...], la entrada en el domicilio registrado por parte de la Secretaria judicial tuvo lugar entre el grupo de agentes policiales, algunos de los cuales penetraron en la vivienda por delante de ella justamente por razón de su condición de funcionarios armados, como ocurre en la generalidad de los registros domiciliarios, y por razones de estricta seguridad. De manera que la tácita pretensión de los acusados de que el secretario judicial sea el primero en penetrar en la vivienda registrada, seguido de los policías judiciales, so pena de supuesta nulidad de dicha diligencia, debe ser rechazada simplemente por reducción al absurdo, debiendo recordarse que el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige en este tipo de diligencias la presencia del Secretario judicial exclusivamente en su calidad de fedatario público, sin necesidad ni obligación alguna de poner en riesgo su vida o su integridad física.

El argumento empleado es simple: la tesis según la cual un registro domiciliario es nulo si no lo inicia personalmente el secretario judicial debe rechazarse, porque implicaría que el secretario judicial tendría que asumir un riesgo para su vida o integridad física en muchos registros domiciliarios, lo cual es jurídicamente absurdo e inaceptable. Pero la razón por la que esta implicación es absurda (la premisa de contraste) hay que presumirla: porque es irrazonable y contrario al sentido común exigir al secretario judicial, cuya función y responsabilidad es dar fe pública, que asuma esos riesgos. Se toma aquí como punto de vista jurídico (fundadamente) el postulado de que el derecho persigue fines razonables por medios razonables, y de ahí se sigue que

son inaceptables las tesis jurídicas que conducen a consecuencias incoherentes con esa razonabilidad en los fines y en los medios.

2. PROBLEMÁTICA DE LA REDUCCIÓN AL ABSURDO EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La argumentación por reducción al absurdo practicada en el razonamiento jurídico, en particular en la motivación de las decisiones jurídicas, tiene peculiaridades que suscitan problemas específicos. Abordaré seguidamente algunos de ellos.

2.1. Forma lógica del argumento

En los estudios sobre la argumentación jurídica, la reducción al absurdo suele clasificarse entre las formas de argumentos especiales¹³. Se trata de argumentos cuya forma lógica se reconoce con cierta facilidad y puede ser expresada como una inferencia válida si se explicitan y formulan adecuadamente todas las premisas.

Ahora bien, no es evidente cómo ha de formalizarse el argumento jurídico por reducción al absurdo. Según ALEXY [(1978) 1989: 270] un caso del argumento por reducción al absurdo se da cuando se rechaza una determinada interpretación (R') de una norma porque «lleva a resultados que se califican como inaceptables, absurdos, incomprensibles o con alguna otra expresión semejante»; en cuyo caso el argumento tendría esta estructura:

1. $O \rightarrow Z$.
2. $R' \rightarrow Z$.
3. $\neg R'$.

En la exposición de ALEXY, la reducción al absurdo parte de una prescripción —el estado Z está prohibido ($O \rightarrow Z$)— y concluye una descripción ($\neg R'$). La conclusión del argumento formalizado por Alexy no es que la interpretación (R') que lleva al resultado prohibido (Z) está prohibida ($O \rightarrow R'$), sino que no es verdadera o no es válida ($\neg R'$). Esto es chocante, y de hecho la prohibición ($O \rightarrow R'$) es la conclusión que subyace (ver ALEXY, [1978] 1989: 233). Sin embargo un razonamiento que combinase enunciados deónticos ($O \rightarrow Z$) y fácticos ($R' \rightarrow Z$) para obtener otro enunciado deóntico ($O \rightarrow R'$) da lugar a paradojas (*vid.* ZULETA, 2005: 77). La formalización de la reducción al absurdo tomando como punto de partida una prescripción requiere la lógica deóntica y acarrea problemas.

Las dificultades expuestas se evitan tratando la reducción al absurdo como un argumento con un punto de partida descriptivo. Así lo entienden, además, recientes análisis del argumento (KLOOSTERHUIS, 2007; JANSEN, 2007). Sigo aquí este punto de vista.

¹³ KLUG [1982], 1990: 139; ALEXY [1978] 1989: 266; GASCÓN y GARCÍA FIGUEROA, 2005: 200. En cambio TARELLO (1980: 369) incluye el «argumento apagógico (o *ab absurdo* o *reductio ad absurdum* o «hipótesis del legislador racional»)» junto con los demás argumentos de la interpretación. EZQUIAGA (1994) lo clasifica entre los argumentos «sistemáticos», distintos de los «interpretativos». Para ASÍS (1998: 75), es un criterio de justificación que interviene en el respaldo de algunas reglas jurídicas.

De este modo, por ejemplo, en lugar de «Z está prohibido» ($O\text{-}Z$) la premisa es «Z es falso» ($\text{-}Z$). En esta solución las normas jurídicas se representan como enunciados descriptivos y su contenido prescriptivo se reconduce a una norma extrajurídica que obliga a actuar conforme a la realidad descrita por el derecho. No sostengo que ésta sea la manera adecuada de representar las normas jurídicas, sino tan sólo que es una estrategia útil para analizar la reducción al absurdo en su uso jurídico. Se trata de ver el derecho como un conjunto de instrucciones, semejantes a las de un juego, de modo que « $\text{-}Z$ » significaría algo así como «Según el derecho (o las reglas del juego), Z no es verdadero (o válido)»; o bien: «Z es contrario a derecho»; o también: «Para seguir el derecho (o el juego) ha de rechazarse Z». El argumento se conduciría así:

1. $\text{-}Z$.
2. $R' \rightarrow Z$.
3. $\text{-}R'$.

El argumento viene a ser una versión extendida de la regla de inferencia *modus tollens* (WESTON, 1992: 55). El *modus tollens* parte de un condicional y de la negación de su consecuente y de ahí deduce la negación del antecedente. La demostración por reducción al absurdo opera según ese mismo esquema. Muestra que la verdad de una cierta hipótesis A implica la verdad de otra B, la cual sin embargo se considera falsa ($\text{-}B$), y de todo ello deduce que la primera hipótesis también es falsa ($\text{-}A$). Es decir:

$$\begin{array}{l} A \rightarrow B \\ \text{-}B \\ \hline \text{-}A \end{array}$$

2.2. La justificación jurídica por reducción al absurdo

Una decisión o conclusión jurídica se justifica de modo concluyente mediante una reducción al absurdo cuando ésta o bien se construye explícitamente como una demostración lógica a partir de premisas verdaderas o suficientemente fundadas, o bien puede reconstruirse así pues son inferencias correctas a partir de premisas implícitas verdaderas o fundadas. En otro caso, el argumento puede ser más o menos persuasivo, pero no basta para justificar la conclusión. La deducción por reducción al absurdo demuestra una tesis probando que al negarla se incurre en contradicción con una tesis previamente aceptada; y la justificación de la conclusión requiere no sólo que el argumento tenga lógica interna, sino también que las premisas que emplea sean sólidas, incluida la tesis previamente aceptada que se considera absurdo negar y que sirve de *premisa de contraste*. Considérese el siguiente ejemplo.

Auto del Tribunal Constitucional (Sala 2.^a) 274/1983, de 8 de junio

Una persona que había sido eliminada en unas oposiciones para obtener una plaza de auxiliar en un ayuntamiento y cuyos recursos judiciales habían sido desestimados recurría en amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efecti-

va. El Auto inadmite el recurso por entender que esta tutela no se extiende a la discrecionalidad técnica; y motiva así su decisión (FJ único):

La primera de las razones que aduce en favor de su pretensión de amparo la recurrente consiste en la supuestamente necesaria fiscalización por parte de los jueces y Tribunales del poder judicial de «cualquier actuación administrativa» incluso de aquellas consistentes en decisiones de órganos competentes para resolver oposiciones en función de valoraciones técnicas, como ocurrió en el caso en que ella opusió y no fue propuesta por el Tribunal juzgador. Ahora bien, tal afirmación carece de fundamento, pues aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar los aspectos jurídicos de la actuación del órgano juzgador de la oposición, en modo alguno pueden sustituir o corregir a éste en lo que su valoración tiene de apreciación técnica, pues de admitirse la hipótesis que la recurrente sostiene tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada Tribunal con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores, y tal supuesto es absurdo no sólo porque humanamente implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Por ese lado, la demanda carece manifiestamente de contenido constitucional.

El razonamiento del Tribunal Constitucional sigue estos pasos:

1. Sólo es competente jurídicamente para fiscalizar las decisiones técnicas administrativas sobre una materia quien es competente técnicamente en esa materia¹⁴ (la sentencia asume esta tesis como una premisa que es absurdo negar).

2. Los órganos judiciales no son competentes técnicamente en todas las materias que son objeto de decisiones técnicas administrativas (también esta tesis se acepta como premisa que es absurdo negar).

3. Supongamos esta hipótesis (según propone la recurrente): Los órganos judiciales son competentes jurídicamente para fiscalizar las decisiones técnicas administrativas sobre cualquier materia.

4. Los órganos judiciales son competentes técnicamente en todas las materias que son objeto de decisiones técnicas administrativas (se deduce de 1 y 3).

5. Los órganos judiciales son y no son competentes técnicamente en todas las materias que son objeto de decisiones técnicas administrativas (tesis absurda, por contradictoria, que se deduce de la combinación de 2 y 4).

6. Los órganos judiciales no son competentes jurídicamente para fiscalizar las decisiones técnicas administrativas sobre cualquier materia (conclusión que se sigue de lo anterior, al negar la hipótesis 3 por conducir al absurdo).

Aquí el Tribunal Constitucional refuta una hipótesis (3) mostrando que combinada con premisas aceptadas (1 y 2) tiene implicaciones contradictorias, y concluye así la tesis opuesta (6). El argumento es válido desde el punto de vista lógico, porque sus pasos son inferencias correctas. Sin embargo el argumento sólo proporcionará una justificación suficiente de la conclusión si sus premisas son sólidas, lo cual es el caso de

¹⁴ El argumento del Tribunal Constitucional se aprovecha de la ambigüedad de la expresión *ser competente*, que significa tanto *tener capacidad técnica* como *tener capacidad jurídica*. Cuando dice que «los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar los aspectos jurídicos», se refiere seguramente a la competencia jurídica, pero su argumento pretende asociar ésta a la competencia técnica. Aquí supondré que el argumento versa sobre la competencia jurídica de los tribunales, y que el Tribunal asume como premisa que sin cierta competencia técnica no hay competencia jurídica.

la segunda (sí parece absurdo negarla), pero no en cambio de la primera premisa, que es inverosímil¹⁵.

2.3. La motivación de las decisiones jurídicas por reducción al absurdo

El recurso a la reducción al absurdo es a menudo en la motivación de las decisiones jurídicas sólo un refuerzo, más o menos retórico o pragmático, de una justificación directa. No obstante, en ocasiones la reducción al absurdo se presenta como un argumento suficiente para la motivación. El siguiente Auto es expresivo al respecto.

Auto del Tribunal Supremo (Civil, Sección 1.^a), de 18 de abril de 2008

Se discutía la interpretación del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que como 16.^a causa de abstención y recusación incluye «haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad [...]». El Tribunal toma en consideración una posible lectura según la cual un juez ha de abstenerse de intervenir en cualquier litigio que trate de una materia de la que ya se había ocupado antes y sobre la que ya tiene una opinión formada, con el fin de preservar su imparcialidad. Al Tribunal Supremo le parece que esta interpretación aboca a un resultado absurdo y es insostenible (FD 2.^o):

La causa 16.^a del art. 219 LOPJ no es aplicable al criterio jurídico que los jueces hayan manifestado al resolver los asuntos sometidos a su decisión. De mantenerse una interpretación distinta se produciría el absurdo de que los jueces sólo podrían conocer del mismo tema jurídico una única vez, pues de volverse a plantear, como ya expuso con anterioridad un criterio, le estaría vedado intervenir, por lo que tendría que abstenerse. Y las conclusiones que llevan al absurdo no pueden mantenerse en derecho (Sentencias de 21 de noviembre de 1994 y 28 de febrero de 1996), conforme al principio general reconocido por la jurisprudencia de que debe rechazarse toda interpretación e inteligencia que conduzca al absurdo (Sentencia de 9 de junio de 1956).

2.4. Uso y abuso del calificativo «absurdo»

En los comentarios sobre el uso jurídico de la reducción al absurdo es común destacar que lo que se toma como consecuencia absurda no lo es siempre de modo evidente para cualquiera, sino que a menudo es discutible y discutido; y que cuando el absurdo es evidente no hay necesidad de señalarlo. Se dice, entonces, que el argumen-

¹⁵ La tesis de que sólo tiene competencia jurídica para enjuiciar un hecho quien tiene cierta competencia técnica sobre la materia es extraña a la realidad del derecho. Los jueces y tribunales son competentes para fiscalizar conductas en materias sobre las que suelen carecer de conocimiento técnico: negligencia médica, falsedades contables, trastornos de la personalidad, etc. A menudo a los órganos judiciales se les exige enjuiciar materias no jurídicas y la única competencia extrajurídica que se espera de ellos es la habilidad para obtener la información técnica relevante de los peritos y expertos y, en su caso, para discriminar entre ellos cuando discrepan.

to es o bien problemático (cuando hay desacuerdo sobre lo que es absurdo) o inútil (cuando hay acuerdo)¹⁶.

Este supuesto inconveniente del uso jurídico de la reducción al absurdo —o es problemático o es inútil— no es baladí, pero tampoco debe exagerarse. De un lado, los desacuerdos sobre lo que es absurdo no son probablemente tan abundantes como parecen creer los críticos. Una cosa es lo que se declara o pretende en una controversia jurídica y otra lo que se cree verdaderamente. Cuando una decisión jurídica afirma que cierto resultado es absurdo, probablemente lo es para cualquiera, aunque ciertamente haya muchas excepciones. De otro lado, el consenso sobre lo que es absurdo no hace inútil o irrelevante el argumento. Por lo pronto, no es del todo cierto que nunca se hagan propuestas claramente absurdas¹⁷. Además, sobre todo, el argumento por reducción al absurdo puede ser lo suficientemente complejo como para mostrar que una hipótesis en apariencia verosímil conduce, tras un cierto número de pasos lógicos, a una conclusión inesperada e inaceptable.

Ahora bien, no cabe duda de que la reducción al absurdo es a veces sólo un recurso retórico, y puede dar lugar a un tipo de falacia que consiste en utilizar un lenguaje cargado o emotivo para reforzar la tesis que se defiende o para desacreditar la tesis opuesta¹⁸. Cuando el argumento por reducción al absurdo carece de una forma lógica reconocible o no puede reconstruirse como un argumento lógico, es muy posible que sea un argumento emotivo y falaz. El uso retórico de la invocación del absurdo es fácilmente explicable, pues la norma o interpretación que acaba siendo percibida como absurda será inevitablemente «derrotada»¹⁹.

2.5. Interpretación e ideología en el absurdo por incoherencia

En la argumentación jurídica, las versiones de la reducción al absurdo basadas en la inconsistencia o la falsedad se construyen con premisas cuya solidez no suele

¹⁶ Según TARELLO (1980: 369) «el “absurdo” es una noción históricamente relativa y mutable» y raramente tiene objetividad social; pero cuando en un área sociocultural todos consideran absurda una norma a nadie se le ocurre interpretarla en ese sentido. GUASTINI [(1996), 1999: 218] recoge la misma idea: «La percepción de qué es absurdo y qué es, en cambio, razonable, es algo absolutamente subjetivo y, por tanto, siempre controvertible. En los raros casos en que una determinada interpretación aparece como “obviamente” absurda, esto es, sentida como absurda por la generalidad de los intérpretes en un contexto histórico (social, cultural, etc.) determinado, el argumento en cuestión resulta totalmente inútil, ya que sirve para excluir una interpretación que nunca nadie soñaría proponer». En el mismo sentido, GASCÓN y GARCÍA FIGUEROA (2005: 206).

¹⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo (Civil, Sección 1.ª), 211/2000, de 28 de febrero de 2000, resuelve un curioso caso en el que alguien que había visto desestimado un recurso de nulidad de actuaciones en un proceso, con condena en costas, impugnaba la tasación de costas porque las actuaciones eran nulas según había sostenido en su recurso. La sentencia subraya el carácter absurdo de la pretensión.

¹⁸ Hay diversos modos de argumentación falaz que aprovecha las emociones para desacreditar una tesis sin aportar razones, y calificarla sin más de absurda es uno de ellos. Otros son ridiculizar la tesis adversa o asociarle consecuencias indeseables. También sembrar dudas sobre quien la sostiene o sobre la sensatez de sostenerla, lo cual se conoce como *envenenar el pozo* o *descalificar la fuente* [WESTON (1992: 87) 2006: 129]. Se comete esta falacia cuando se argumenta así: «Ninguna persona sensata piensa que...» (el ejemplo es de WESTON, 1992: 87). No hay apenas distancia entre ese modo de argumentar y este otro: «Es absurdo sostener que...».

¹⁹ Escribe GARCÍA AMADO (2010: 197): «Las normas “positivas” pueden y deben ser “derrotadas” cuando conducen para un caso a resultados que la generalidad de los ciudadanos puede tener por absurdos, en cuanto que opuestos a dichas evidencias generalmente admitidas. De ahí la enorme potencia del argumento al absurdo como límite a las aplicaciones lógica o semánticamente posibles de las normas “positivas”».

cuestionarse, y por ello se considera que si el argumento es correcto su conclusión resulta probada. En cambio, las versiones basadas en la coherencia son más conflictivas, porque sus premisas son tesis interpretativas, siempre polémicas, sobre lo que es o no congruente con el ordenamiento jurídico. Algunos autores alertan contra la utilización de la reducción al absurdo en estas versiones más débiles²⁰. Pero denunciar una incoherencia fundamental con el ordenamiento puede bastar para construir un argumento jurídico justificatorio, porque en el derecho la justificación es un asunto de racionalidad y razonabilidad y no (solo) de lógica o de verdad²¹.

Las tesis sobre la coherencia jurídica que operan como premisas (usualmente tácitas) de las reducciones al absurdo se refieren ante todo al contenido normativo, del que se supone cierta homogeneidad en orientación y principios; pero también a ideas fundamentales sobre las funciones y fines del derecho (*supra* § 1.4). Vista así, la noción de coherencia ejemplifica y a la vez resume un conjunto de propiedades que los juristas comúnmente asocian a los ordenamientos jurídicos y emplean como guías para interpretarlos. La recepción de estos presupuestos metodológicos o ideas regulativas es explicada otras veces como la aceptación del postulado de que el legislador es racional, o al menos razonable. Sin duda, la aceptación de este postulado tiene mucho que ver con el uso habitual de la reducción al absurdo como argumento jurídico²². Con todo, esta atribución debe tomarse con cautela, pues los juristas son conscientes de que el derecho es imperfecto y no todo defecto les resulta absurdo. A los juristas no les resulta absurda cualquier contradicción, falsedad, incoherencia o disfunción del ordenamiento jurídico y de las interpretaciones de éste, sino sólo las graves y manifiestas. Ante ciertas irracionalidades del ordenamiento tenidas por menores o inevitables (por ejemplo la existencia de normas superfluas, confusas, ambíguas o con fines incompatibles con los de otras normas), la interpretación jurídica tratará de corregirlas; pero no se argumenta que la disfunción es inexistente por absurda, ni tampoco que es absurda la interpretación que no trata de corregir la disfunción sino que se aprovecha de ella. Es difícil ser más preciso, porque es una cuestión de grado y de apreciación cambiante cuáles son las incoherencias menores a las que los juristas se resignan y cuáles las incoherencias graves que les resultan inadmisibles.

²⁰ Por ejemplo, según APPIAH (2003: 52), «es importante en una prueba por *reductio* que la consecuencia que extraemos no solo nos resulte absurda, sino que sea efectivamente falsa»; y «hemos de ser muy cuidadosos con la reducción *ad absurdum* como forma de argumento. Esto se debe a que no siempre está claro que lo que tomamos como absurdo realmente es falso».

²¹ Dicen STELMACH y BROZEK (2006: 115): «Al probar que el enunciado no-A es falso, probamos por medio de la ley de la doble negación que el enunciado A es verdadero. En un discurso práctico (jurídico), sin embargo, no probamos la verdad, sino la racionalidad y la corrección. No obstante debemos proceder de modo similar. Podemos probar que la tesis A es racional o correcta probando que la tesis opuesta, es decir no-A, es absurda».

²² Sobre el «modelo dogmático del “legislador racional”», *vid.*, por ejemplo, NINO (1989: 86-101). EZ-QUIAGA (1994: 97) pone en relación la reducción al absurdo con el postulado del legislador racional: «En principio, y por el papel que cumple en relación con el legislador racional, el razonamiento *ad absurdum* no puede considerarse un argumento autónomo, sino un esquema *ad excludendum* del que se vale el postulado para rechazar, mientras se utiliza otro argumento interpreta[tivo], toda atribución de significado que implique poner en cuestión la imagen de racionalidad del legislador; cualquier interpretación que conduzca a resquebrajar alguno de los atributos que se predicán del legislador racional será considerada absurda y rechazada».

2.6. Consecuencias y fines

En los análisis del razonamiento jurídico es habitual tratar indistintamente el argumento por reducción al absurdo y otros argumentos consecuencialistas o teleológicos. La asociación es natural, pero en rigor se trata de una confusión. En ambos casos hay un punto de partida de cuya negación se obtiene una premisa hipotética, la cual es rechazada por las consecuencias que supuestamente conlleva. La diferencia estriba, según JANSEN (2007: 258), en que en el argumento por reducción al absurdo las consecuencias son implicadas o bien lógicamente o bien causalmente a partir de una premisa descriptiva imaginaria; mientras que el argumento consecuencialista apunta hacia una cadena causal real con un punto de partida prescriptivo. La distinción es sutil, pero relevante. El argumento por reducción al absurdo tiene que ver con las consecuencias lógicas de la hipótesis que se rechaza, y no tanto con sus consecuencias empíricas. La hipótesis se refuta con contradicciones, contraejemplos y analogías que rompen la cadena lógica; y el argumento mismo (la refutación de la hipótesis) se rebate con otras herramientas lógicas. En contraste, los argumentos consecuencialistas se basan en la causalidad empírica y se rebaten tanto con la lógica como con hechos. El argumento de la pendiente resbaladiza, por ejemplo, es consecuencialista pues está basado en una supuesta sucesión causal de eventos: se rechaza cierta solución en apariencia inocente porque previsiblemente dará lugar a resultados indeseables graves. Este modo de razonar es a menudo falaz y puede ser objetado por razones lógicas —por reducción al absurdo, precisamente—; pero si tiene fundamento empírico ha de refutarse con otros datos empíricos²³.

La esencia de la reducción al absurdo es poner de manifiesto una implicación lógica que resulta problemática, y no tanto el resultado que debería evitarse y que hace problemática la implicación. El argumento es sistemático y no sustantivo²⁴. En cambio, los argumentos consecuencialistas son sustantivos, pues el interés se sitúa en describir un mal y la probabilidad de que suceda. No obstante, cuando se rechaza una hipótesis porque tiene consecuencias indeseables o inconvenientes (y no falsas o ilógicas), es fácil que confluyan y se confundan la reducción al absurdo y la argumentación conse-

²³ Por ejemplo, hay quien sostiene que el consumo de hachís debe estar prohibido porque conduce al consumo y dependencia de drogas más peligrosas, ya que muchos adictos a éstas comenzaron consumiendo hachís. Podría pensarse que cabe aquí una reducción al absurdo: debe prohibirse el consumo de hachís, porque en otro caso se favorece la adicción a drogas duras, lo cual es absurdo. Sin embargo, este argumento no es una reducción al absurdo, sino una pendiente resbaladiza, porque la secuencia entre la hipótesis (se permite el consumo de hachís) y la consecuencia *absurda* (se facilita la adicción a drogas duras) no es lógica, sino causal. El argumento es consecuencialista, y un modo de contestarlo es negar los hechos en que se basa. La reducción al absurdo, en cambio, apunta a una secuencia lógica. Por ejemplo, puede objetarse así la anterior pendiente resbaladiza: si ha de prohibirse el consumo de hachís porque la mayoría de los adictos a drogas duras lo consumieron antes, también (lógicamente) habrá de prohibirse el consumo de leche por la misma razón, lo cual es absurdo. Este argumento no se contesta con hechos, sino negando su lógica interna o reformulando la pendiente resbaladiza.

²⁴ Según KLOOSTERHUIS (2007: 73), si el argumento *ad absurdum* se define en sentido amplio, la inconsistencia se da «entre una interpretación específica y un efecto deseado que no puede considerarse como un principio indisputado del sistema jurídico. En estas situaciones, el *argumentum ad absurdum* es un argumento consistente en razones sustantivas y no un argumento sistemático». Pero la propuesta de KLOOSTERHUIS es diferenciar con cuidado el argumento sistemático y el sustantivo, y para ello es acaso preferible no llamar reducción al absurdo a un argumento consecuencialista sustantivo.

cuencialista. Ciertamente, cuando se considera «absurdo» defender una interpretación jurídica que conduce a un resultado notoriamente indeseable, no importa demasiado si esta consecuencia es una implicación lógica o una probabilidad causal. Sin embargo, conceptualmente son argumentos distintos. No por decir que las consecuencias indeseables son «absurdas» estamos ante una reducción al absurdo. La clave de la reducción al absurdo no está en identificar un consenso sobre lo que es absolutamente rechazable, ni en alertar sobre un riesgo probable, sino en identificar un inconveniente lógico en el argumento rival. La reducción al absurdo tiene lugar cuando la consecuencia inaceptable se sigue lógica o sistemáticamente de la hipótesis cuestionada, y no cuando se sigue causalmente. En la teoría y en la práctica jurídicas se denomina a veces *reducción al absurdo* a un argumento que persigue evitar consecuencias «absurdas»; pero ésta sí es una utilización tal vez demasiado laxa de este nombre²⁵.

El rechazo de una solución jurídica porque causaría consecuencias indeseables es una versión de la argumentación consecuencialista, que también se detecta en las decisiones jurídicas pero está menos presente en sus motivaciones. El uso de argumentos consecuencialistas como criterio de selección entre posibilidades jurídicas alternativas puede encontrar justificación (así MACCORMICK, 1994: 128-151). Otra cosa es el uso de argumentos consecuencialistas para corregir el derecho y desplazar la solución que resulta de éste. Para lograr este resultado puede ser útil argumentar que la respuesta del derecho es tan inconveniente que resulta absurda, y por tanto es inaplicable. Pero, como se dijo, no debe confundirse un argumento consecuencialista con una reducción al absurdo.

Ahora bien, sin duda es cierto que una respuesta jurídica cuyas consecuencias son claramente indeseables es sospechosa de no ser realmente la respuesta querida por el derecho, y es susceptible de ser rechazada con una reducción al absurdo. El derecho cumple ciertas funciones, tiene ciertos fines, posee un sentido o propósito; y las normas e interpretaciones que producen unos resultados abiertamente opuestos a tales funciones, fines y sentido no encajan en el derecho y han de quedar fuera de él. En los casos más flagrantes de consecuencias indeseables convergen los argumentos consecuencialistas y teleológicos con la reducción al absurdo basada en la coherencia (*vid. supra*

²⁵ En contra, WACKE (2007: 453): «Entre este modo de argumentación [al que llama indistintamente *deductio ad absurdum* y *reductio ad absurdum*] y la de “considerar las consecuencias” existe a mi parecer sólo una diferencia de grado, pero no de raíz». Más adelante (p. 454) añade: «En mi opinión [y en contra de Uwe DIEDIRISCHEN (DIEDIRISCHEN, 1973)], entre la *reductio ad absurdum* en sentido estricto y la forma más bien popular de argumentar por la insostenibilidad de la opción contraria no existe una diferencia esencial». Y todavía más adelante (p. 455) coincide con quien incluye el argumento *ad absurdum* entre los argumentos de probabilidad. Sin embargo, como expliqué, hay una diferencia conceptual entre la reducción al absurdo y los argumentos que se basan en la probabilidad de consecuencias indeseables. Un ejemplo del propio WACKE ilustra esta diferencia. WACKE (2007: 456-457) pone como muestra del argumento que considera las consecuencias la interpretación que hace POMPONIO (*Digesto* 18,3,2-3) de una cláusula de la compraventa según la cual «*Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*» («si el precio no fuese pagado dentro del término, se tendrá por no comprado el fundo»). El argumento es que si se interpreta que la compraventa queda sin efecto siempre que el comprador no pague a tiempo, entonces el comprador no asumiría el riesgo de que el fundo comprado pierda valor antes del pago (por ejemplo, porque arda la casa), pues podría evitarlo con el impago; pero esto es absurdo, porque —dice POMPONIO—, la cláusula «se ha convenido en interés del vendedor» y no del comprador. A mi entender este argumento es una reducción al absurdo aunque aluda a unas consecuencias, porque su propósito no es advertir que la interpretación cuestionada causará resultados indeseables, sino mostrar que tiene implicaciones lógicas absurdas desde el punto de vista jurídico. POMPONIO no rechaza la interpretación rival por los perjuicios que causaría, sino porque carece de coherencia jurídica.

§ 1.4.3). El razonamiento teleológico se orienta hacia la consecución de fines y persigue la razonabilidad, mientras que el razonamiento lógico se orienta hacia la preservación de la consistencia y de la coherencia y persigue la racionalidad. Ambos son cruciales en la argumentación jurídica y siguen cursos independientes, aunque complementarios. Pero ambos coinciden en rechazar las soluciones radicalmente indeseables que, por serlo, se perciben como extrañas al sistema jurídico²⁶. Por eso puede ser difícil precisar de qué estrategia argumentativa se trata, como en este ejemplo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990, de 15 de febrero de 1990

Se discute la interpretación del art. 113.2 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (antes de su modificación por Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo). Según este precepto, en caso de apreciarse nulidad de la elección, el fallo de la sentencia será:

d) Nulidad de la elección celebrada y necesidad de efectuar nueva convocatoria en la circunscripción correspondiente o de proceder a una nueva elección cuando se trate de la del presidente de una Corporación Local, en ambos casos dentro del plazo de tres meses.

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre una decisión de 1989 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que apreció irregularidades en dos mesas electorales y anuló las elecciones en toda la circunscripción de Murcia. El TC admite que la interpretación literal del precepto «da a entender que, decretada la nulidad, la nueva convocatoria ha de efectuarse en «la circunscripción correspondiente», porque la nulidad debe extenderse a toda la elección celebrada, y ello aunque el vicio invalidante y relevante esté constreñido a una sola mesa». Sin embargo entiende que una interpretación sistemática y finalista conduce a otra solución, y que el Tribunal debió limitar a las dos mesas afectadas la anulación y nueva convocatoria electoral. Y como refuerzo de su interpretación hace esta reducción al absurdo (FJ 6.º):

El salto cualitativo consistente en la anulación del resultado electoral en toda la circunscripción por vicios advertidos en una o dos mesas llevaría, de admitirse como correcto, a una vulnerabilidad del proceso electoral en manos de quienes malévolamente quisieran (acaso por disconformidad con el resultado electoral previsible o incluso con el sistema electoral y democrático) alterarlo en términos generales, pues la introducción fraudulenta de determinadas y aisladas irregularidades en Secciones escasas y concretas determinaría la anulación de las elecciones en una o varias circunscripciones, con los consiguientes perjuicios al interés general consistente en la credibilidad del sistema y en la protección del mismo frente a fáciles y perturbadores abusos, lo que constituye un bien jurídico al que una interpretación de la legalidad electoral *ex Constitutione* no puede ser ajena.

Esto es, a juicio del Tribunal Constitucional la interpretación del TSJ de Murcia, apegada al texto de la ley, debe ser rechazada porque conlleva que alguien podría anular las elecciones en una o más circunscripciones electorales simplemente provocando la nulidad de la elección en una o unas pocas mesas electorales. Y esta consecuencia es absurda e inaceptable desde el punto de vista jurídico por ser contraria al interés

²⁶ Incluso puede verse la reducción al absurdo, siguiendo a SARTOR (2005: 161), como un modo de «atajar la complejidad del razonamiento teleológico» cuando «una sola consecuencia de una decisión es tan perjudicial que será improbable que pueda ser compensada por los efectos ventajosos de esa misma decisión».

general en mantener un sistema electoral creíble y efectivo, lo cual es tanto un efecto perjudicial como una implicación incoherente²⁷.

2.7. El supuesto sentido corrector de la reducción al absurdo

La reducción al absurdo puede tener un efecto corrector en el ordenamiento jurídico, cuando con ella se defienden interpretaciones de las normas que se apartan de su sentido más evidente. En efecto, el argumento busca a veces evidenciar los resultados absurdos a los que conduce la interpretación más inmediata o literal de la norma, con el fin de apoyar una interpretación alternativa y evolutiva. No obstante, por sí mismo el argumento *ad absurdum* no es necesariamente de índole correctora y opuesto al significado literal, contra lo que sugiere GUASTINI [(1996) 1999: 218]. En ocasiones el argumento protege la interpretación literal frente a propuestas alternativas que tienen implicaciones inaceptables, como ilustra el ejemplo que sigue. Es más, a menudo lo que se considera inaceptable es precisamente «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos», en frase del Tribunal Constitucional (Sentencia 22/1985, de 15 de febrero)²⁸.

Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) 607/2006, de 9 de junio de 2006

Se discute la interpretación del art. 132, caso 2.º, de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1947, en su redacción vigente en 1996 (ya modificada), relativo al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria. El art. 132 admite la suspensión de dicho procedimiento en ciertos casos:

2.º Si se interpusiere una tercería de dominio, acompañando, inexcusablemente con ella, título de propiedad de la finca de que se trate, inscrito a favor del tercerista o de su causante, con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor, y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio a favor del tercerista.

La duda estribaba en si lo que había de tener fecha anterior a la inscripción del crédito era la inscripción del título de propiedad del tercerista o el título de propiedad mismo. El Tribunal Supremo opta por la segunda interpretación, y dice en su sentencia (FD 3.º):

²⁷ Cabe añadir que el TC aprovecha a favor de su interpretación la ambigüedad sintáctica de la expresión legal «en la circunscripción correspondiente»: «Tal interpretación del 113.2.d) puede darse y debe darse, entendiendo, sin forzar los términos literales y a la luz de lo hasta aquí expuesto, que cuando allí se habla de nueva convocatoria “en la circunscripción” se puede tratar restrictivamente de solo en dos o varias y determinadas mesas “en la circunscripción”, si en ellas y sólo en ellas se creyó advertir la existencia de irregularidades relevantes». Lo que según esto dice el precepto es que al anular la elección en una mesa se debe convocar una nueva elección en esa circunscripción y no en otra distinta. Esta interpretación salva la literalidad del precepto, pero es a su vez susceptible de una reducción al absurdo, porque implica que si el precepto no existiese podría convocarse la nueva elección en una circunscripción no afectada por la nulidad, lo cual es sin duda absurdo.

²⁸ Tal vez la asociación entre argumento *ad absurdum* e interpretación correctora se deba a una asociación previa, ya comentada, entre el argumento *ad absurdum* y el razonamiento teleológico y consecuencialista. Así lo ve FETERIS (2009): «La argumentación teleológica-objetiva es a menudo empleada para corregir una regla *prima facie* clara si una interpretación literal conduciría a un resultado absurdo o irrazonable. Aquí la argumentación teleológica-objetiva forma parte de una argumentación referida a consecuencias absurdas (*argumentum ad absurdum*) o de una argumentación con base en la justicia».

Conforme al elemento gramatical, la interpretación debe hacerse estimando las dos comas como un paréntesis, de esta forma: ...título de propiedad de la finca de que se trate (inscrito a favor del tercerista o de su causante) con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor... (el que lo fue del procedimiento del art. 131). Lo cual se corresponde a la conceptualización y función de toda tercería, por lo que conduciría a una interpretación —aquí entra el elemento lógico, espíritu de la Ley— *ad absurdum* si se entendiera que el título debe estar inscrito antes de la constitución (por la inscripción) de la hipoteca; si lo estuviere, no sería posible inscribir tal hipoteca. Los autores que han estudiado el tema han advertido la dificultad de aplicar tal norma; no es dificultad, es absurda si se interpreta como si exigiera que el título de propiedad del tercerista [estuviese] inscrito con fecha anterior a la inscripción del crédito hipotecario; el título debe ser de fecha anterior, sin duda y debe estar inscrito, para obtener protección registral, pero no inscrito antes de la hipoteca. Con esta interpretación, esta Sala cumple lo previsto en el art. 1.6 del Código Civil al complementar el ordenamiento jurídico. La parte demandada y recurrida en casación cita una antigua sentencia, de 15 de diciembre de 1927 que parece afirmar lo contrario; aparte de que una sola sentencia no forma jurisprudencia, no es exactamente así: no se plantea el tema de la interpretación, sino que simplemente parte de la aparente exigencia de inscripción con anterioridad a la hipoteca.

De esta manera, el Tribunal Supremo defiende con una reducción al absurdo una interpretación muy apegada al texto. La ley dice: «título de propiedad de la finca de que se trate, inscrito a favor del tercerista o de su causante, con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor». Como se ve, al Tribunal Supremo le parece absurdo que se interprete el texto prescindiendo de las comas, como si dijese *título de propiedad a favor del tercerista inscrito con fecha anterior a la inscripción del crédito*. Su tesis es que ha de interpretarse como *título de propiedad (inscrito a favor del tercerista) con fecha anterior a la inscripción del crédito*; es decir, como *título de propiedad con fecha anterior a la inscripción del crédito e inscrito a favor del tercerista*. La primera interpretación corrige el sentido literal del texto al privar de función a las comas. Al Tribunal Supremo el resultado le parece absurdo, porque si la propiedad del tercero estuviese inscrita al ir a inscribir el crédito y la hipoteca, éstos ya no se hubiesen podido inscribir. Si la hipoteca se pudo constituir sin intervención del propietario tuvo que ser porque su propiedad no estaba inscrita. Según esto, la Ley Hipotecaria le exigía al tercero que su propiedad estuviese inscrita para poder suspender la ejecución de la hipoteca, pero no le exigía que la inscripción fuese anterior a la propia hipoteca²⁹.

²⁹ Sin embargo, la interpretación que el Tribunal Supremo considera absurda no lo es tanto. Su argumento parece dar por sentado que las inscripciones del título de propiedad y del crédito hipotecario a las que se refiere el artículo comentado son ambas en el mismo Registro de la Propiedad. En este supuesto, es efectivamente inviable que pueda inscribirse una hipoteca sobre una finca sin que intervenga quien en el propio Registro consta como su propietario. Ahora bien, el artículo podría referir la inscripción del título de propiedad a cualquier registro y no sólo al Registro de la Propiedad en el que se constituye la hipoteca. En este caso no sería absurdo exigir que el título de propiedad esté inscrito antes que la hipoteca, porque si la inscripción previa se hizo en un registro distinto de aquel donde se va a constituir la hipoteca, ésta es perfectamente posible. De hecho, la redacción actual del precepto equivalente corrobora esta interpretación. El art. 696.1 de la Ley 1/2007, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre los procedimientos de ejecución de bienes hipotecados, dice así: «1. Para que pueda admitirse la tercería de dominio en los procedimientos a que se refiere este capítulo, deberá acompañarse a la demanda título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía. Si se tratara de bienes cuyo dominio fuere susceptible de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la de inscripción de la garantía, lo que se acreditará mediante certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o de su causante y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio correspondientes».

2.8. Absurdo implícito y reconstrucción lógica

En la deducción por reducción al absurdo, el absurdo o contradicción surge cuando el argumento conduce a un resultado opuesto a una tesis previamente asumida. Para que la deducción sea válida, esa tesis de contraste ya asumida ha de estar presente en el argumento como una premisa o ser una consecuencia lógica de las premisas. Sin embargo, lo habitual en los razonamientos por reducción al absurdo que se plasman en las motivaciones de las decisiones jurídicas es que la tesis de contraste no se explicita ni sea deducible de premisas explícitas, y por ello estos razonamientos no suelen tener forma de demostración lógica ni pretenden tenerla. Más bien se presentan como argumentos materiales o pragmáticos a favor de una determinada decisión³⁰. Se quiere que la justificación resulte convincente, pero no por su rigor lógico, sino por basarse en el sentido común o en el sentido jurídico más elemental, y así se pretende dar a la tesis defendida un carácter autoevidente e incuestionable. Ahora bien, para que el argumento sea correcto ha de haber una premisa que entra en conflicto con las implicaciones de la hipótesis rechazada (la alternativa de la defendida). Esta premisa no puede ser un producto obtenido *a posteriori* en el razonamiento *ad absurdum*, sino que es precisamente su presupuesto. Pero entonces siempre es posible utilizar la premisa de contraste en argumentos directos, que pueden ser más sencillos y eficaces. Veamos un ejemplo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5.ª) 179/2007, de 20 de abril

La sentencia confirma una condena a reintegrar un pago de tributos que la empresa originalmente demandante, y aquí apelada, había hecho como sustituta. Entre otros razonamientos, la Audiencia Provincial apunta lo siguiente (FD 6.º):

Para concluir conviene señalar que la reducción al absurdo no es solo un método de demostración matemática, porque ningún análisis digno de la calificación de jurídico puede conducir al absurdo, como sucedería si a la apelada se le niega el acceso al proceso civil para pedir el reintegro de lo abonado como sustituto, porque, al no ser Administración pública, no dispone de otro medio para hacer efectivo su derecho.

Es decir, la Audiencia propone aplicar de modo intuitivo el argumento deductivo de la prueba por contradicción: se rechaza por contraria a derecho una interpretación que priva a un particular de su único medio para hacer efectivo su derecho, como es el acceso al proceso civil. Pero si se explicitan las premisas que emplea, el argumento que resulta es nítidamente deductivo. Expresado en lenguaje natural, el razonamiento quedaría aproximadamente así:

1. Todas las personas disponen de medios jurídicos (tienen medios jurídicos a su disposición) para hacer efectivos sus derechos (premisa).

³⁰ Sobre la diferencia entre las *concepciones de la argumentación* formal, material y pragmática, *vid.* ATIENZA, 2006. Como la invocación al absurdo en el razonamiento jurídico suele basarse en enunciados aceptados más que en enunciados verdaderos, se trataría principalmente de un tipo de argumentación pragmática (p. 92). No obstante, los elementos materiales y pragmáticos de la argumentación están con frecuencia imbricados (p. 257).

2. Las personas que no son Administración Pública no disponen de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos cuando no tienen acceso al proceso civil (premisa).

3. Cierta sujeto A es una persona y no es una Administración Pública (premisa).

4. Supongamos que A no tiene acceso al proceso civil (hipótesis que se quiere refutar).

5. El sujeto A es una persona (se deduce de 3, con la regla de eliminación de la conjunción).

6. Si A es una persona, entonces A dispone de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos (se deduce de 1 y 5, con la regla de eliminación del cuantificador universal).

7. A dispone de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos (se deduce de 5 y 6, con la regla de eliminación del condicional).

8. Si A es una persona y no es una Administración Pública, entonces A no dispone de medios jurídicos para hacer efectivo sus derechos cuando no tiene acceso al proceso civil (se deduce de 2 y 3, con la regla de eliminación del cuantificador universal).

9. A no dispone de medios jurídicos para hacer efectivos su derechos cuando no tiene acceso al proceso civil (se deduce de 3 y 8, con la regla de eliminación del condicional).

10. A dispone de medios jurídicos para hacer efectivo sus derechos y no tiene acceso al proceso civil (se deduce de 4 y 7, con la regla de inclusión de la conjunción).

11. A dispone y no dispone de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos cuando no tiene acceso al proceso civil (se deduce de 9 y 10, con la regla de inclusión de la conjunción).

12. No es el caso que A no tiene acceso al proceso civil (se deduce de 4-11 por reducción al absurdo, con la regla de inclusión de la negación).

13. A tiene acceso al proceso civil (conclusión; se deduce de 12, con la regla de eliminación de la negación).

En lenguaje formal³¹:

-1.	$\forall x(Px \rightarrow Dx)$	
-2.	$\forall x(Px \wedge \neg Ax) \rightarrow \neg(Dx \wedge \neg Cx)$	
-3.	$Pa \wedge \neg Aa$	$\vdash Ca$
4.	$\neg Ca$	
5.	Pa	$E\wedge, 3$
6.	$Pa \rightarrow Da$	$E\forall, 1, 5$
7.	Da	$E\rightarrow, 5, 6$
8.	$(Pa \wedge \neg Aa) \rightarrow \neg(Da \wedge \neg Ca)$	$E\forall, 2, 3$
9.	$\neg(Da \wedge \neg Ca)$	$E\rightarrow, 3, 8$
10.	$Da \wedge \neg Ca$	$I\wedge, 4, 7$
11.	$\neg(Da \wedge \neg Ca) \wedge (Da \wedge \neg Ca)$	$I\wedge, 9, 10$

³¹ Utilizaré los siguientes predicados y símbolos: P = «es una persona»; A = «es una Administración Pública»; D = «tiene medios jurídicos a su disposición para hacer efectivos sus derechos»; C = «tiene acceso al proceso civil». Las reglas de inferencia empleadas quedaron indicadas en la transcripción del argumento en lenguaje natural.

- | | | |
|-----|---------------|---------------|
| 12. | $\neg\neg Ca$ | $I\neg, 4-11$ |
| 13. | Ca | $E\neg, 12$ |

Tomando esas premisas como punto de partida, como creo que hace la Audiencia Provincial, el argumento por reducción al absurdo es lógicamente válido. Ahora bien, con esas mismas premisas parece más sencillo argumentar directamente:

- | | | |
|-----|--|----------------------------|
| -1. | $\forall x(Px \rightarrow Dx)$ | |
| -2. | $\forall x(Px \wedge \neg Ax) \rightarrow \neg(Dx \wedge \neg Cx)$ | |
| -3. | $Pa \wedge \neg Aa$ | $\vdash Ca$ |
| 4. | Pa | $E\wedge, 3$ |
| 5. | $Pa \rightarrow Da$ | $E\forall, 1, 4$ |
| 6. | Da | $E\rightarrow, 4, 5$ |
| 7. | $(Pa \wedge \neg Aa) \rightarrow \neg(Da \wedge \neg Ca)$ | $E\forall, 2, 3$ |
| 8. | $\neg(Da \wedge \neg Ca)$ | $E\rightarrow, 3, 7$ |
| 9. | $Da \rightarrow Ca$ | $Def\rightarrow/\wedge, 8$ |
| 10. | Ca | $E\rightarrow, 6, 9$ |

Expresado en lenguaje natural:

1. Todas las personas disponen de medios jurídicos (tienen medios jurídicos a su disposición) para hacer efectivo sus derechos (premisa).
2. Las personas que no son Administración Pública no disponen de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos cuando no tienen acceso al proceso civil (premisa).
3. Cierta sujeto A es una persona y no es una Administración Pública (premisa).
4. A es una persona (se deduce de 3, con la regla de eliminación de la conjunción).
5. Si A es una persona, entonces A dispone de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos (se deduce de 1 y 4, con la regla de eliminación del cuantificador universal).
6. A dispone de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos (se deduce de 4 y 5, con la regla de eliminación del condicional).
7. Si A es una persona y no es una Administración Pública, entonces A no dispone de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos cuando no tiene acceso al proceso civil (se deduce de 2 y 3, con la regla de eliminación del cuantificador universal).
8. A no dispone de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos cuando no tiene acceso al proceso civil (se deduce de 3 y 7).
9. Si A dispone de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos, entonces tiene acceso al proceso civil (se deduce de 8, por la interdefinición del condicional y la conjunción).
10. A tiene acceso al proceso civil (conclusión; se deduce de 6 y 9, con la regla de eliminación del condicional).

Es decir, el argumento asume unas premisas que conducen al fallo de la sentencia sin necesidad de invocar ningún absurdo. La Audiencia Provincial podría haber dicho:

Para concluir, puesto que la apelada ha de disponer de un medio para pedir el reintegro de lo abonado como sustituto y, al no ser Administración pública no dispone de otro que el acceso al proceso civil, no puede negársele dicho acceso.

El empleo de una reducción al absurdo donde es posible un argumento directo puede ser un recurso retórico, que busca la complicidad del interlocutor respecto de la premisa de contraste en la que se apoya el argumento. Pero también puede esconder una petición de principio, cuando la premisa de contraste es parte de lo que se discute. En el ejemplo anterior, la idea de que todas las personas disponen de medios jurídicos para hacer efectivos sus derechos, que es la base del argumento expuesto, no es a su vez justificada o respaldada, y ni siquiera es mencionada, sino que sencillamente se usa como algo evidente que es innecesario enunciar y absurdo cuestionar. En este caso no hay petición de principio, porque esa idea no formaba parte de la discusión, y por otro lado es fácil de fundamentar (por ejemplo, recordando el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva). Pero en muchos otros casos el recurso al absurdo es sospechoso.

2.9. Reducción al absurdo y petición de principio

En un buen argumento por reducción al absurdo, según vimos, la hipótesis rechazada (la negación de la tesis defendida) conduce hasta un resultado opuesto a una tesis previamente aceptada o premisa de contraste. El mejor modo de dar solidez al razonamiento, entonces, es explicitar la premisa de contraste y hacer visible su condición de tesis aceptada. En cambio, si la premisa de contraste no se enuncia desde el principio, sino que aparece en el curso del razonamiento, posiblemente el argumento no es una reducción al absurdo, sino una petición de principio. En la *petitio principii* se toma la conclusión como premisa, normalmente de modo implícito, por lo que el razonamiento es falaz. Para evitar la falacia, la reducción al absurdo ha de contar con premisas que tengan un fundamento independiente del propio argumento en el que intervienen. Dicho de otro modo, la aceptación de la premisa de contraste no puede seguirse de la reducción al absurdo, sino ésta de aquélla. Véase la siguiente muestra.

Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a) 409/2007, de 3 de julio

Se discute, entre otros asuntos, si al calcular la indemnización correspondiente a unas lesiones por accidente de circulación es posible sumar las consecuencias de una «incapacidad permanente total» y las de la «gran invalidez». La entidad aseguradora apelante argumentaba que ello supondría una duplicidad en el resarcimiento. La Audiencia explica en su Auto que si bien las resoluciones previas declararon que la víctima tenía una «incapacidad permanente total» (que inhabilita para la ocupación habitual), de la prueba practicada se desprende que era «absoluta» (para cualquier actividad), la cual «subsumiría o englobaría» aquélla; pero añade que no podría conceder ésta puesto que no fue pedida. Y continúa así (FD 4.^o):

Ahora bien, siguiendo este criterio de la «subsunción», no cabe duda de que un «Gran inválido» abarca y engloba en su ámbito conceptual a aquél que no puede ejercer ninguna ocupación, ya que además de «eso», necesita a una tercera persona que le ayude.

Por tanto, conceder indemnización o corrección al alza por una secuela incapacitante y además hacerlo porque esa misma secuela implica la necesidad de ayuda de tercera persona, supone indemnizar dos veces el primer concepto, cuya gravedad ha sido absorbida por el segundo de mayor gravedad.

De lo contrario, el Incapaz P. «Absoluto», como también —obviamente— lo es «total», tendría derecho a ambas indemnizaciones. Lo cual parece ser que nadie defiende en base al principio exegético de «reducción al absurdo».

Es decir, se argumenta que si las indemnizaciones por «incapacidad permanente total» y por «gran invalidez» fuesen acumulables (hipótesis), ello implicaría que también lo serían las indemnizaciones por «incapacidad permanente absoluta» y por «incapacidad permanente total», lo cual «parece ser que nadie defiende» porque es absurdo; y por eso hay que rechazar la hipótesis. Pero lo que también *parece ser* es que la Audiencia toma como premisa que no pueden sumarse las indemnizaciones por dos incapacidades cuando una engloba a la otra, y de ahí concluye, por supuesta reducción al absurdo, que no pueden sumarse las indemnizaciones por dos incapacidades cuando una engloba a la otra. Sin perjuicio de que sea efectivamente absurdo que puedan acumularse ambas indemnizaciones, lo que se discutía en este caso era precisamente eso, por lo que la reducción al absurdo no es aquí un buen argumento.

2.10. Desacuerdos sobre lo absurdo

El argumento por reducción al absurdo funciona sobre la base de que tanto el proponente como sus interlocutores consideran inadmisibile la conclusión a la que conduce la hipótesis rechazada, hasta el punto de que este común rechazo es una premisa del argumento (que no suele hacerse explícita). Como ya he apuntado, es normal en la reducción al absurdo presente en la motivación de las decisiones jurídicas que lo que se declara o presume absurdo lo sea efectivamente a juicio de cualquiera que examine el caso sin prejuicios. Sin embargo, hay muchas ocasiones en las cuales lo que al Tribunal le parece una tesis claramente inadmisibile no lo es tanto, como hemos podido ver en anteriores ejemplos. En algunos casos, además, los desacuerdos sobre lo que se considera absurdo se ponen de manifiesto en las propias sentencias, al reflejar los argumentos de las partes. Veamos otra muestra.

Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007, de 19 de diciembre de 2007

Se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Aquí nos interesa el debate sobre la nueva redacción del art. 11 de la LO 4/2000:

1. Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.
2. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga.

El recurrente sostenía que esta redacción era contraria a la Constitución y a diversos pactos internacionales, al hacer depender el derecho de sindicación de los extranjeros de la autorización de estancia o residencia en España y el derecho de huelga

de la autorización para trabajar. En cambio, el abogado del Estado —según resume la sentencia— objetó lo siguiente:

[L]os extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente. Y ello porque constituiría un absurdo irreconciliable con el sentido común permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera ejercer el medio de presión sobre el empresario que le otorga el derecho fundamental a la huelga.

Con independencia de la defectuosa secuencia lógica del párrafo, queda claro que a juicio del abogado del Estado es evidente que sólo puede tener derecho de huelga quien está autorizado a trabajar, que lo contrario sería absurdo y que cualquier interpretación de la Constitución que lo implique está equivocada. En contraste, para el Tribunal Constitucional excluir del derecho de huelga a los extranjeros que trabajen sin autorización administrativa es contrario al art. 28.2 CE, por lo que declara inconstitucional el inciso «cuando estén autorizados a trabajar» del art. 11.2 citado. Al respecto, el Tribunal argumenta así (FJ 7.º):

La concepción criticada no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental ejercitable en la defensa de los intereses de los trabajadores, entre los que puede encontrarse la consecución de la plena regularidad de su situación administrativa. De ahí que no resulte absurdo, como alega el abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados administrativamente para trabajar en España, quienes pueden ejercerlo para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma. De esta forma la norma aquí controvertida no garantiza la debida protección de los intereses que, a través del reconocimiento constitucional del derecho de huelga, se tratan de satisfacer.

Este ejemplo ilustra sobre la posibilidad de discrepancias en lo que se considera inaceptable y sobre algunos otros aspectos problemáticos ya señalados en la reducción al absurdo. Es un modo de argumentar que se presenta con la apariencia de razonamiento lógico —no en vano su origen es una demostración deductiva lógica y matemática— pero a menudo es sólo un recurso retórico o dialéctico cuya eficacia se basa en emociones. El argumento deja de tener fuerza cuando falla su lógica interna y también cuando sus premisas no son aceptadas, en particular cuando lo que toma como absurdo es discutible (como en el ejemplo anterior y en muchas otras interpretaciones de lo que *evidentemente* exige el ordenamiento jurídico) o discutido en el propio caso (petición de principio). Y aun siendo válido en su lógica interna y suficientemente sólido en sus premisas, el argumento por reducción al absurdo puede ser un rodeo innecesario. Pero otras veces, como hemos visto, resulta ser una herramienta poderosa y eficaz para la argumentación jurídica.

REFERENCIAS

- AGUIRRE, 2002: «La abducción en Aristóteles: Su papel en la lógica y en su teoría de la ciencia», *Revista de Filosofía y Teoría Política, Anexo 2004*, IV Jornadas de Investigación en Filosofía 7-9/11/2002, La Plata.
- ALEXI [1978] 1989: *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1978. Se cita por la trad. esp. de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- APPIAH, 2003: *Thinking It Through. An Introduction to Contemporary Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- ARISTÓTELES (ed.), 1988: «Analíticos Primeros», en *Tratados de lógica (Órganon)*, vol. II, introd. y trad. de M. Candel, Madrid: Gredos, 82-297.
- ASÍS ROIG, 1998: *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid: MacGraw-Hill.
- ATIENZA, 2006: *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- BEUCHOT, 1998: «Abducción y analogía», en C. S. Peirce y la abducción (monográfico), *Analogía Filosófica*, XX (1), 57-68. Ahora en <http://www.unav.es/gep/AN/ANIndice.html>.
- DIEDERICHSEN, 1973: «Die “Reductio Ad Absurdum” in Der Jurisprudenz», en P. PAULUS, U. DIEDERICHSEN y C.-W. CANARIS (eds.), *Festschrift Für Karl Larenz Zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 155-179.
- EZQUIAGA, 1994: «Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional», *Isonomía*, 1, 69-98.
- EZQUIAGA GANUZAS, 1987: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- FERNÁNDEZ ABAD y ESTREMERÁ CEBRIÁN, 1995: «Argumentación apagógica, a fortiori y económica», en CALVO GARCÍA (ed.), *Interpretación y argumentación jurídica. Trabajos del Seminario de Metodología Jurídica* (vol. I), Zaragoza: Prentas Universitarias de Zaragoza, 95-106.
- FETERIS, 2009: «Teleological Argumentation», *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, accessible en <http://ivr-enc.info>.
- GARCÍA AMADO, 2010: «Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas», en BONORINO (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial* [s.l.], Bubok, 179-204.
- GASCÓN y GARCÍA FIGUEROA, 2005: *La argumentación en el derecho*, Lima: Palestra (2.ª ed.).
- GUASTINI [1996] 1999: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappicheli, 1996. Se cita por la trad. esp. de J. Ferrer i Beltrán, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- JANSEN, 2007: «Refuting a Standpoint by Appealing to Its Outcomes: Reductio ad Absurdum vs. Argument from Consequences», *Informal Logic*, 27 (3) 249-266.
- KLOOSTERHUIS, 2007: «Ad Absurdum Arguments in Legal Decisions», en AGUILÓ REGLA (ed.), *Logic, Argumentation and Interpretation/Lógica, Argumentación e Interpretación, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft 110, 68-74.
- KLUG [1982], 1990: *Juristische Logic*, Berlin/Heidelberg: Springer, 1982 (4.ª ed.). Se cita por la trad. esp. de J. C. Gardella, *Lógica jurídica*, Bogotá: Temis.
- MACCORMICK, 1994: *Legal Reasoning and Legal Theory* [1978], Oxford: Clarendon Press.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, 2010: *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid: Marcial Pons.
- NINO, 1989: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México: UNAM.
- RESCHER, 2005: «Reductio ad Absurdum», *Internet Encyclopedia of Philosophy*, www.iep.utm.edu.
- SARTOR, 2005: «Legal Reasoning. A Cognitive Approach to the Law», en PATTARO (coord.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 5, Dordrecht: Springer.
- STELMACH y BROŽEK, 2006: *Methods of Legal Reasoning*, Dordrecht: Springer.
- TARELLO, 1980: *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè.
- WACKE, 2007: «La consideración de las consecuencias de las decisiones jurídicas mediante “deductio ad absurdum” (en derecho romano y en derecho moderno)», *Seminarios complutenses de derecho romano. Revista complutense de derecho romano y tradición romanística*, 20-21 (2007-2008), 451-480.

WESTON [1992] 2006: *A Rulebook for Arguments*, Indianapolis: Hackett, 1992 (2.^a ed.). Hay trad. esp. de J. F. Malem de la 3.^a ed. (2000), *Las claves de la argumentación*, Barcelona: Ariel (10.^a ed., 12.^a reimpr.).

ZULETA, 2005: «La fundamentación de las sentencias judiciales. Una crítica a la teoría deductivista», *Isonomía*, 23, 59-95.

Nota final: Muchas de las sentencias citadas en el texto pueden consultarse *on-line* en el Repertorio Oficial de Jurisprudencia (ROJ) del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), que gestiona el Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

LOS DESACUERDOS EN EL DERECHO *

Lorena Ramírez Ludeña

Universidad Pompeu Fabra

RESUMEN. En este trabajo me propongo abordar el problema de los desacuerdos en el derecho, inicialmente planteado por R. DWORKIN contra el positivismo de corte hartiano. Expondré primero los principales argumentos que han aparecido en el debate. Distinguiré después diferentes niveles en que puede haber desacuerdos entre los juristas y, tomándolos en consideración, articularé una respuesta pluralista a la crítica dworkiniana, que pretende mostrar que está lejos de socavar las tesis positivistas básicas. Asimismo, defenderé la incidencia de las nuevas teorías de la referencia en la respuesta positivista al problema de los desacuerdos. Para ello, argumentaré que el carácter convencional del derecho no está necesariamente vinculado con el carácter convencional del lenguaje del derecho. Las nuevas teorías de la referencia asumen que tenemos un conocimiento deficiente de los objetos a los que, no obstante, somos capaces de referir. Los desacuerdos pueden entonces tener sentido en tanto intentos en conflicto por determinar los rasgos centrales, o la naturaleza, del objeto de discusión.

Palabras clave: desacuerdos jurídicos, DWORKIN, positivismo jurídico, nuevas teorías de la referencia.

ABSTRACT. In this paper I analyze the problem of legal disagreements, initially raised by R. DWORKIN against hartian positivism. Firstly, I present the main arguments in the debate. Then, I distinguish different levels in which lawyers might disagree and, taking them into consideration, I articulate a pluralist answer to the dworkinian challenge that shows that the fundamental positivist tenets remain untouched. Moreover, I defend the significance of the new theories of reference in the positivist answer to the problem of legal disagreements. In this sense, I argue that the conventional character of law is not necessarily connected with the conventional character of legal language. The new theories of reference assume that we have a deficient knowledge of the objects to which, notwithstanding, we are able to refer. So, disagreements might make sense as conflicting attempts to determine the central features, or the nature, of the object under discussion.

Keywords: legal disagreements, DWORKIN, Legal Positivism, New Theories of Reference.

* Fecha de recepción: 3 de octubre de 2012. Fecha de aceptación: 13 de noviembre de 2012.

1. INTRODUCCIÓN

Existen intuiciones extendidas y hechos que difícilmente pueden controvertirse acerca del fenómeno jurídico. Por un lado, suele aceptarse comúnmente que, para que exista un sistema jurídico, deben tener lugar ciertos hechos sociales¹. Estos pueden cambiar, variando al mismo tiempo el derecho. Muchas han sido las propuestas que se han ofrecido para caracterizar los hechos sociales relevantes. En el modelo defendido por HART, el derecho depende de la convergencia en la conducta y las actitudes de determinados sujetos. Concretamente, los funcionarios públicos desarrollan una actitud crítico-reflexiva en relación con el patrón de conducta que mayoritariamente siguen al identificar el derecho². Al mismo tiempo, también es difícil cuestionar que a menudo se desacuerda sobre cuál es el derecho. A pesar de ello, el derecho parece regir nuestra conducta de un modo razonable.

¿De qué modo pueden conciliarse las distintas consideraciones anteriores? ¿Cómo es posible que el derecho rija nuestra conducta si los desacuerdos son frecuentes? ¿Puede afirmarse que el derecho depende de la existencia de convergencia, al mismo tiempo que se sostiene que a menudo existe controversia acerca de lo que establece? La disputa en torno a la problemática de los desacuerdos entre DWORKIN y los positivistas precisamente deja constancia de las dificultades que enfrentan estos últimos al tratar de salvaguardar el carácter convencional del derecho aun cuando los operadores jurídicos discuten —al menos en apariencia— sobre lo que el derecho prevé³. Esto es, mientras que el positivismo enfatiza el elemento convencional del derecho al destacar la relevancia de la convergencia en la conducta y las actitudes de determinados sujetos, DWORKIN pone el énfasis en su naturaleza controvertida, que atenta contra la idea de convergencia característicamente positivista. La problemática para el positivismo se ve acentuada puesto que, de acuerdo con su propia reconstrucción, las creencias y acti-

¹ Esto sería aceptado con carácter general por los autores no-positivistas, que también admiten que ciertos hechos sociales son relevantes.

² HART (1994: 103 y ss.), añade, como segunda condición para la existencia de los sistemas jurídicos, la eficacia general de las reglas identificadas por la regla de reconocimiento.

³ Resulta controvertido determinar en qué medida el positivismo se compromete con un modelo convencionalista acerca del derecho. De acuerdo con una caracterización estándar del modelo positivista, la existencia del derecho depende de que acontezcan determinados hechos sociales que son contingentes. Pero no todos aquellos que sostienen la relevancia de ciertos hechos sociales contingentes pueden ser considerados convencionalistas. En particular, me centraré en aquellas concepciones que afirman que el derecho depende de la convergencia de determinadas conductas y actitudes. En este ámbito, uno de los aspectos principales de discusión es qué tipo de vinculación debe existir entre las creencias y actitudes de los diferentes individuos. Así, en ocasiones se llama «convencionalistas» a quienes entienden que las razones para adoptar un estándar dependen, al menos en parte, del hecho de que los demás también lo adopten. En este trabajo no me comprometeré con una visión convencionalista acerca del derecho como ésta, sino que me limitaré a considerar qué problemas supone el hecho de que en la práctica jurídica los desacuerdos sean frecuentes para la noción de *convergencia* que subyace a las diferentes posiciones positivistas de corte *hartiano*. Emplearé los términos «acuerdo» y «desacuerdo» en un sentido laxo, sin comprometerme tampoco con el carácter explícito que frecuentemente se asocia con esas nociones. Y, aunque a efectos expositivos adoptaré el positivismo de HART y la regla de reconocimiento como elementos de referencia, entenderé que los criterios de identificación del derecho son convencionales sin asumir que se expresan en una regla de reconocimiento que impone a los funcionarios el deber de aplicar las normas que identifica. Acerca del carácter convencional del derecho, *vid.* MARMOR, 2009, y VILAJOSANA, 2010.

tudes de los participantes en la práctica jurídica deben ser tomadas en cuenta. Entre ellas destaca el hecho de que los participantes parecen discutir con sentido acerca de lo que el derecho establece. No obstante, conforme al modelo positivista, si el derecho depende de la convergencia, el propio desacuerdo muestra que no hay derecho. Por ello, los desacuerdos en casos controvertidos carecerían de sentido.

En este trabajo me propongo analizar los méritos de esta crítica al positivismo. Expondré primero los argumentos centrales que se han ofrecido en el debate sobre la cuestión. Distinguiré después diferentes niveles en que los juristas desacuerdan para terminar ofreciendo una respuesta pluralista al desafío *dworkiniano*.

2. EL DEBATE HART-DWORKIN

La disputa entre HART y DWORKIN transcurre durante un largo periodo de tiempo, con la intervención de numerosos autores, que desacuerdan incluso sobre el propio objeto de controversia. El debate filosófico ha sido cambiante y múltiple. Sin embargo, no cabe duda de que el problema relativo a cómo abordar los desacuerdos en el derecho ha ocupado un lugar central en la discusión entre positivistas y *dworkinianos*. En ocasiones se ha señalado que el problema de los desacuerdos no tiene la incidencia que DWORKIN y sus seguidores pretendían. Otras veces se ha considerado que este problema, a diferencia de las primeras críticas *dworkinianas*, sí supone un importante desafío para el positivismo⁴. Considero que se trata de una crítica de gran trascendencia, a la que debe ofrecerse una respuesta; no obstante, creo que el desafío planteado por DWORKIN no ha cambiado, aunque lo han hecho las *explicaciones* que ha dado de por qué el positivismo no puede ofrecer una caracterización adecuada de los casos difíciles, en los que los juristas desacuerdan. Así, en un primer momento DWORKIN destacó la imposibilidad del positivismo para dar cabida a los principios y al papel que estos desempeñan en los casos difíciles. Posteriormente, su crítica se concentró en el carácter convencional del modelo positivista, que no permite ofrecer una reconstrucción adecuada de la práctica jurídica en tanto práctica argumentativa. En cualquier caso, la dificultad del positivismo para dar cuenta de los casos controvertidos es una crítica recurrente desde los primeros escritos de DWORKIN⁵.

En sus planteamientos iniciales en *Los derechos en serio* (1977), DWORKIN señala que, si observamos lo que ocurre en los tribunales, puede constatarse el papel fundamental de los principios en las discusiones acerca de los derechos y las obligaciones jurídicas. A partir de casos extraídos de la jurisprudencia estadounidense, DWORKIN sostiene que no sólo las reglas sino también los principios forman parte del derecho y determinan los derechos y obligaciones de las partes en el proceso⁶. Los positivistas,

⁴ Aunque SHAPIRO (2007) y LEITER (2007), dos de los autores de referencia que han abordado la cuestión, coinciden en que se trata de un nuevo desafío planteado por DWORKIN, LEITER considera que no representa un serio problema para el positivismo.

⁵ El propio DWORKIN (2006: 254 y ss.), ha señalado que su proyecto contra el positivismo constituye una suerte de continuo.

⁶ Para DWORKIN (1977: 100), «existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios».

que asumen que las normas jurídicas son identificadas a partir de criterios relacionados con su pedigrí, no pueden dar cabida a los principios, puesto que el rol que estos desempeñan depende de consideraciones sustantivas. Conforme al modelo positivista, la existencia de una obligación jurídica depende de que el caso esté comprendido en una regla que es válida *porque* satisface determinados criterios que se vinculan con su origen (fue creada por una determinada autoridad, siguiendo determinados procedimientos, etc.) y no con su contenido. En ausencia de regla, tal obligación jurídica no existe y el juez ejerce su discreción⁷. Los principios no pueden entonces formar parte del derecho en el esquema positivista puesto que no contamos con ninguna fórmula para identificarlos⁸. Ello es así dado que, aunque suela defenderse la incidencia de un determinado principio destacando su impacto en las actuaciones de las instituciones jurídicas, los principios no tienen con tales actos una conexión lo bastante simple y directa como para que pueda afirmarse que son identificados conforme a los criterios especificados por la regla de reconocimiento.

En contraste con lo anterior, de acuerdo con DWORKIN los individuos tienen derechos que no dependen de su reconocimiento explícito por parte de los sistemas jurídicos y es deber del juez garantizarlos también en los casos difíciles, en lugar de crear retroactivamente nuevos derechos⁹. El juez debe determinar quién tiene derecho a ganar el caso empleando argumentos basados en principios, que justifican una decisión si muestran que ésta respeta o asegura algún derecho, y que dependen por tanto de consideraciones sustantivas¹⁰.

⁷ DWORKIN, 1977: 66 y ss. Según DWORKIN (1977: 83 y ss.), muchos de estos supuestos eran reconstruidos por los positivistas como casos de discreción en sentido fuerte, que podría ser definida como la posibilidad de elección entre distintos cursos de acción igualmente admisibles. Acerca de los diferentes sentidos del término «discreción», *vid.* IGLESIAS, 1999: 24 y ss.

⁸ De acuerdo con DWORKIN (1977: 72 y ss.), los principios, a diferencia de las reglas, son pautas no concluyentes que entran frecuentemente en conflicto. Estos conflictos se resuelven mediante el mecanismo de la ponderación.

⁹ Según DWORKIN (1977: 40), defender que no hay derechos cuando el caso es difícil presupone una teoría filosófica general, desde su punto de vista muy discutible, de acuerdo con la cual ninguna proposición puede ser verdadera salvo que exista algún procedimiento para demostrar su verdad. DWORKIN (1977: 36) no asume que los derechos tienen un carácter metafísico especial, sino que defiende que son triunfos políticos en manos de los individuos, que tienen tales derechos cuando una meta colectiva no justifica negarles lo que desean tener o hacer en tanto individuos, o cuando no es justificación para imponerles alguna pérdida o perjuicio.

¹⁰ DWORKIN, 1977: 146 y ss. Las afirmaciones de DWORKIN sobre el papel de los principios en el razonamiento jurídico dieron lugar a un debate en torno a las diferencias de estos con las reglas y a si la regla de reconocimiento *hartiana* podía darles cabida. La discusión se extendió también a la cuestión de la compatibilidad de los postulados básicos del positivismo con la incorporación de la moral en el derecho. Se trata del conocido debate, en el seno del positivismo, entre positivistas incluyentes y excluyentes. Mientras que los primeros defienden que la regla de reconocimiento puede contingentemente incorporar la moral entre las condiciones de validez jurídica, este extremo es negado por los positivistas excluyentes, quienes sostienen que la caracterización adecuada de tales supuestos requiere admitir que, para resolver estos casos, debe recurrirse a estándares extrajurídicos. En otras palabras, el positivismo excluyente se compromete con la conocida *tesis de las fuentes*, según la cual ninguna norma es jurídica si no cuenta con una fuente social. RAZ introdujo primero esta tesis en *The Authority of law* (1979) y la defendió especialmente en *Authority, law and morality* (1985), recogido posteriormente en *Ethics in the public domain* (1994). Para una defensa del positivismo jurídico inclusivo, WALUCHOW (1994), COLEMAN (2001) y MORESO (2001). Como principales exponentes del positivismo jurídico excluyente, *vid.* RAZ (1979 y 1994) y SHAPIRO (1998a, 1998b y 2011). Considero que, así entendidos, estos debates en el seno del positivismo no responden al desafío central de DWORKIN. Los positivistas incluyentes y excluyentes toman en consideración el carácter controvertido de la moral. Sin embargo, no ofrecen una respuesta adecuada para los supuestos verdaderamente problemáticos, en que la propia incorporación o remisión a la moral se pone en duda. El positivismo tiene dificultades para reconstruir adecuadamente lo que

Años más tarde, DWORKIN desarrolló muchas de las ideas anteriores en *Law's Empire* (1986), enfatizando el carácter argumentativo de la práctica jurídica. Esto es, los juristas discuten habitualmente acerca de lo que el derecho requiere y defienden sus posiciones ofreciendo razones¹¹. Concretamente, de acuerdo con DWORKIN la argumentación jurídica tiene un carácter creativo y constructivo. Por un lado, y del mismo modo que ocurre, por ejemplo, en el caso del arte, el derecho supone un ejercicio de interpretación creativa, en el cual se pretende interpretar algo creado por los individuos como una entidad distinta de ellos. En este sentido, determinar en qué consiste la práctica y qué requiere es algo diferente de determinar qué creen sus participantes. El razonamiento jurídico es además un ejercicio de interpretación constructiva, lo que significa que el derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas consideradas como un todo. La interpretación constructiva supone adscribir un propósito a un objeto o práctica para hacerlo el mejor ejemplo posible del tipo o género al que pertenece. Conforme a lo señalado por DWORKIN, atribuimos un propósito a la práctica a la luz del cual se determinan sus exigencias. Sin embargo, no todo tiene cabida, puesto que la historia o la manera en que la práctica u objeto se ha desarrollado restringe las interpretaciones disponibles¹². En este sentido, el mejor propósito es el que muestra la práctica a su mejor luz, equilibrando el respeto por la historia de la práctica y su justificación. En particular, el propósito del derecho es, según DWORKIN, el ejercicio justificado de la coerción estatal, tomando en consideración los derechos y responsabilidades de los individuos que derivan de las decisiones políticas del pasado¹³.

Los desacuerdos que dejan constancia del carácter argumentativo del derecho no se limitan a disputas generales acerca de si la moral constituye o no un criterio de validez jurídica, o al rol desempeñado por los principios en el razonamiento jurídico, sino que se ponen también de manifiesto cuando se discute lo que establece el derecho en un sistema jurídico particular invocando diferentes modos de interpretar las disposiciones. Pero, ¿por qué el positivismo no puede ofrecer una reconstrucción adecuada de tales supuestos? Conforme a lo señalado por DWORKIN en esta segunda etapa, el problema es que para los positivistas el derecho es una cuestión de hechos históricos (esto es, de acuerdo con la terminología empleada por DWORKIN se comprometen con la llamada *plain fact view*), en relación por ejemplo, a lo que el legislador o los tribunales han decidido en el pasado¹⁴. Es decir, la verdad de las proposiciones jurídicas —de las afirmaciones con respecto a lo que un sistema jurídico establece para un determinado supuesto o grupo de supuestos— depende de ciertos hechos históricos que

ocurre en estos casos, que dejan constancia de la ausencia de una práctica social uniforme relativa a la identificación del derecho.

¹¹ Según DWORKIN (1986: 13), cada actor entiende que lo que el derecho establece depende de la verdad de ciertas proposiciones que sólo tienen sentido en el marco de la práctica.

¹² DWORKIN, 1986: 45 y ss. DWORKIN (1986: 66 y ss.) distingue tres estadios, que no suelen diferenciarse claramente en la práctica: el pre-interpretativo, el interpretativo y el post-interpretativo. Acerca de las etapas de la interpretación constructiva, *vid.* IGLESIAS, 1999: 142-145.

¹³ DWORKIN, 1986: 93. A partir de este concepto pueden elaborarse diferentes concepciones que muestren la práctica a su mejor luz. Aunque no me detendré por el momento en esta cuestión, DWORKIN (1986: 176 y ss.) defiende, tras analizar el convencionalismo y el pragmatismo, el derecho como integridad. Sobre esta cuestión, IGLESIAS, 1999: 148 y ss.

¹⁴ DWORKIN, 1986: 7 y ss.

constituyen los fundamentos (*grounds*) del derecho¹⁵. Entonces, según DWORKIN, el positivismo podría dar cuenta de los desacuerdos empíricos, sobre si se han producido ciertos hechos en el pasado, pero no podría reconocer controversias acerca de qué elementos son jurídicamente relevantes. Así, no pueden ofrecer una caracterización adecuada de los llamados «desacuerdos teóricos», y deben entender que en realidad se trata de desacuerdos acerca de cómo debe ser el derecho, en lugar de acerca de sus fundamentos¹⁶.

De acuerdo con lo señalado por DWORKIN, frecuentemente se niega la posibilidad de que existan desacuerdos teóricos porque se suscriben teorías *semánticas* acerca del derecho. Las teorías semánticas sostienen que el significado de las palabras depende de criterios compartidos. En el caso del derecho, esto supone asumir que los juristas usan los mismos criterios al decidir si las proposiciones jurídicas son verdaderas o falsas. Así, conforme a la reconstrucción *dworkiniana* del positivismo, el propio significado de la palabra «derecho» hace que el derecho dependa de criterios compartidos y que el acuerdo en los fundamentos del derecho sea determinante¹⁷. Este es el conocido argumento del *agujón semántico*, que es introducido para explicar por qué los positivistas requieren que los criterios que empleamos para determinar cuándo las proposiciones jurídicas son verdaderas se establezcan por consenso¹⁸.

3. RESPUESTAS AL PROBLEMA

A continuación analizaré diferentes respuestas que se han ofrecido al problema de los desacuerdos. Antes, no obstante, abordaré brevemente la crítica de DWORKIN que destaca que el positivismo es una teoría semántica.

3.1. La crítica del agujón semántico

Como hemos visto, según DWORKIN el positivismo no puede ofrecer una caracterización adecuada de los desacuerdos porque defiende una teoría semántica conforme a la cual los individuos comparten criterios para la aplicación del término «de-

¹⁵ En mi reconstrucción, emplearé el término «fundamentos» en lugar de, por ejemplo, «criterios de identificación» o «fuentes», precisamente porque, como trataré de mostrar, los desacuerdos destacados por DWORKIN versan sobre cuestiones diversas: en ocasiones, sobre los criterios, otras acerca de las fuentes, a veces sobre cuestiones interpretativas, etcétera.

¹⁶ Los desacuerdos teóricos suponen diferentes reconstrucciones sobre lo que determina la verdad de las proposiciones jurídicas. Los desacuerdos empíricos, en cambio, asumen un acuerdo sobre los elementos determinantes, pero cuestionan si estos se han instanciado. En opinión de STAVROPOULOS (1996: 125), los desacuerdos teóricos o sustantivos son acerca de si algo es X, lo que desemboca en diferentes perspectivas respecto de cuándo algo es X.

¹⁷ DWORKIN, 1986: 31-37. Adviértase que, de acuerdo con DWORKIN, este no es un problema que afecte exclusivamente a HART, sino que también cabe reconstruir de este modo a positivistas como AUSTIN, a los defensores del derecho natural y a los realistas. Así, puede considerarse que todos ellos intentan dilucidar los criterios compartidos por los juristas para considerar que algo es o no derecho, y en este sentido serían también teorías semánticas.

¹⁸ DWORKIN, 1986: 33. Aunque DWORKIN señala en su trabajo que el positivismo ha sido picado por el agujón semántico, generalmente se utiliza la expresión para referir a la propia crítica de DWORKIN.

recho», o, lo que considera lo mismo, criterios para decidir cuándo una proposición jurídica es verdadera. Esto supone que los sujetos coinciden, si son competentes en el uso del término, en cuáles son los fundamentos del derecho. Cuestionarlos carecería de sentido puesto que conllevaría cuestionar los propios criterios de aplicación del término.

Entonces, si el propio significado de la palabra «derecho» hace que el derecho dependa de criterios compartidos, el positivismo estaría comprometido con asumir que las discusiones sobre los fundamentos del derecho constituyen disputas meramente verbales. Las controversias en este ámbito carecerían de sentido porque los sujetos estarían empleando el mismo término con distintos significados, sin que exista por tanto un desacuerdo genuino¹⁹.

Si atendemos a los trabajos de HART, la crítica de DWORKIN genera cierta perplejidad: HART no pretende proporcionar una definición de «derecho», sino un análisis del concepto de derecho²⁰, y manifiesta expresamente su rechazo de semánticas que vinculan los términos con condiciones necesarias y suficientes²¹. Y, aunque sostuvo que en la base de todo sistema jurídico existe una regla de reconocimiento que especifica los criterios para la identificación del derecho, aclaró de manera expresa que no es parte del significado del término «derecho» que tal regla esté presente en todos los sistemas²².

La crítica de DWORKIN puede ser cuestionada a partir, fundamentalmente, de dos grupos de argumentos: i) en su reconstrucción, DWORKIN asocia el modelo positivista *hartiano* con un modelo semántico criteriológico, pero no hay elementos en la obra del propio HART que nos conduzcan a tal conclusión y, lo que es más importante, hay modelos alternativos más plausibles que el que DWORKIN atribuye al positivismo, y compatibles con el mismo; ii) con independencia de que se sostenga o no el modelo criteriológico, puede cuestionarse la vinculación entre la posición semántica —en sentido estricto, la posición metasemántica²³— con respecto al término «derecho» y los criterios para determinar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas. Precisamente por ello, puede haber desacuerdo acerca de una de las cuestiones sin que lo haya en relación con la otra.

¹⁹ La cuestión no es sólo que en las disputas los términos deben emplearse con el mismo significado para que éstas tengan sentido, sino que además, si las condiciones de aplicación determinan el objeto de controversia, los sujetos estarían discutiendo acerca de *cosas* distintas. DWORKIN (1986: 37 y ss.) considera que el positivismo se halla en una encrucijada: o sostiene que los desacuerdos recaen sobre casos marginales de aplicación del término, en cuyo caso deberían comprometerse con que carecen de relevancia, o bien recaen sobre aspectos centrales, y entonces las controversias son sólo aparentes porque los sujetos emplean el mismo término con distintos significados.

²⁰ HART, 1994: 81. En este mismo sentido, *vid.* SHAPIRO, 2011: cap. 1.

²¹ HART, 1994: 15. En realidad, sorprendentemente DWORKIN no afirma que el positivismo busque proporcionar una definición del término, sino que es mejor reconstruirlo como una teoría acerca del término «derecho», puesto que es lo que más sentido da a su posición. En contraste con lo anterior, ENDICOTT (2001: 46) señala que la mejor reconstrucción de aquellos supuestos en que HART parece apelar a condiciones necesarias y suficientes consiste en entender que se está limitando a destacar los rasgos prominentes de los casos paradigmáticos de derecho.

²² HART, 1994: 246.

²³ Esto es, el debate en relación a si el positivismo adhiere o no el modelo criteriológico es un debate metasemántico, acerca de cómo se determina el contenido semántico de los términos y expresiones, que se halla en un nivel distinto de las posiciones específicas con respecto a cuál es el significado del término «derecho».

Si atendemos a la primera de las cuestiones, la crítica de DWORKIN parece fácilmente rebatible: las distintas concepciones positivistas no extraen sus conclusiones a partir del análisis del significado del término «derecho», sino que teorizan acerca de su naturaleza. Esta teorización se lleva a cabo con frecuencia a partir del análisis del concepto de derecho²⁴. No obstante, aun si admitiéramos que el positivismo está preocupado por el análisis del término «derecho», resulta criticable que DWORKIN le atribuya el modelo criteriológico simple. Dicho modelo asume que vinculamos una serie de descripciones con los términos, que nos son transparentes, y que determinan los objetos a los que se aplican. Es este un modelo demasiado exigente con el conocimiento individualizador de los sujetos —que generalmente es muy pobre y con frecuencia está equivocado— y que, en lo que aquí interesa, no puede dar sentido a los desacuerdos, puesto que los sujetos estarían asociando el mismo término con distintas descripciones, que referirían a diferentes objetos. Existen en cambio modelos mucho más plausibles, y actualmente bastante extendidos, que se oponen frontalmente al modelo criteriológico²⁵. Precisamente por ello puede rechazarse la crítica de DWORKIN, que plantea la cuestión a modo de disyuntiva entre el modelo criteriológico y la metodología interpretativa que él defiende: existen otras opciones y él ha atribuido al positivismo la menos plausible, que reconstruye adecuadamente un número muy limitado de términos.

Pero, incluso si aceptáramos que el modelo positivista se centra en el análisis del término «derecho», y admitiéramos además que adhiere al modelo criteriológico, considero que la crítica de DWORKIN es infundada. Así, DWORKIN establece un vínculo entre la posición que el positivismo supuestamente sostiene con respecto al término «derecho» y los elementos que determinan el valor de verdad de las proposiciones jurídicas de sistemas jurídicos específicos. Tal vinculación es sin embargo muy cuestionable: determinar cuál es el significado del término «derecho» parece algo distinto de determinar cuáles son los fundamentos del derecho de un sistema jurídico particular. Y, si nos centramos específicamente en el problema de los desacuerdos, puede haber desacuerdo acerca de los criterios que fijan la extensión de la palabra «derecho» sin que lo haya acerca de los fundamentos del derecho, y a la inversa. Por ejemplo, la práctica lingüística en España podría coincidir en considerar que el término «derecho» significa, tal como establece la Real Academia Española, «conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva», y, sin embargo, desacordar acerca de los fundamentos que determinan el valor de verdad de las proposiciones jurídicas del sistema español. También es posible que ocurra lo contrario: que exista un amplio consenso sobre los fundamentos, pese a que se desacuerde sobre si la definición de la Real Academia captura adecuadamente nuestras prácticas lingüísticas²⁶.

²⁴ Recientemente, SHAPIRO ha elaborado un enérgico argumento para mostrar de qué manera el análisis conceptual ilumina la naturaleza del derecho. *Vid.* SHAPIRO, 2011: 7 y ss. Por su parte, RAZ (2001: 1-37) diferencia también las preguntas por el significado de un término y las relativas al concepto —que no requieren que tengamos un término— y argumenta que HART se centra en la segunda de estas cuestiones.

²⁵ Así, tanto el modelo según el cual contamos con una familia de descripciones, como así también el de las nuevas teorías de la referencia, pueden dar cabida a disputas acerca del significado de los términos. Con respecto a la relevancia de la familia de descripciones, *vid.* SEARLE, 1958, y STRAWSON, 1959. Como partidarios de las nuevas teorías de la referencia, *vid.* DONNELLAN, 1970; KRIPKE, 1971 y 1980, y PUTNAM, 1973 y 1975.

²⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* COLEMAN-SIMCHEN (2003: 8). Consideremos, en cambio, que los positivistas tratan de capturar los aspectos centrales de la práctica jurídica y que generalmente lo hacen sirviéndose del

La crítica del aguijón semántico no representa, por tanto, un problema para el positivista. Este no extrae sus conclusiones sobre la relevancia de la convergencia de su adopción de una determinada semántica. Pese a ello, la convergencia en los criterios que determinan el valor de verdad de las proposiciones jurídicas es central para el positivista. Así, fruto de su análisis conceptual, el positivista concluye que la convergencia es relevante, pero ello no se sigue de defender que los conceptos requieren de criterios compartidos, sino de que forma parte de la mejor explicación del fenómeno jurídico. En otras palabras, la convergencia no es relevante por el *tipo* de concepto que es el concepto de derecho, sino porque el *resultado* del análisis conceptual así lo determina.

Resta entonces analizar la crítica consistente en que el modelo positivista, que requiere de la idea de convergencia, no permite ofrecer una caracterización adecuada de los desacuerdos en los criterios de identificación del derecho, las fuentes y su interpretación.

3.2. Problemas persistentes. Tres respuestas

Si tomamos en consideración la práctica jurídica, tal y como esta se presenta, los sujetos parecen desacordar sobre lo que establece el derecho. No desacuerdan acerca de cuestiones empíricas —por ejemplo, si el Parlamento aprobó una determinada ley—. Y tampoco parecen discutir acerca de cómo deben resolverse los casos cuando el derecho no establece una solución normativa o cuando la respuesta que establece les parece injusta. El positivismo, que hace de la convergencia un elemento determinante, parece incapaz de reconstruir adecuadamente esos casos puesto que la propia

análisis del *concepto* de derecho. Bajo una lectura más plausible de la crítica de DWORKIN, ésta denunciaría que los positivistas entienden que los sujetos comparten el concepto que ellos tratan de dilucidar, y que compartir un concepto requiere compartir los criterios de aplicación del mismo, lo que en el caso del derecho conllevaría la necesidad de convergencia con respecto a los fundamentos del derecho de los sistemas jurídicos particulares. Esto supone atribuir al positivismo tres tesis muy problemáticas: *a*) su análisis conceptual se basa en la identificación de los criterios de aplicación transparentes del concepto que comparten los sujetos; *b*) los sujetos no pueden discutir acerca de los criterios que comparten, y *c*) los criterios de aplicación del concepto de derecho son los criterios que emplean los juristas para determinar el valor de verdad de las proposiciones relativas a sistemas particulares. Aunque pueda resultar controvertido en sus detalles, el análisis conceptual que llevan a cabo los positivistas no se basa en la elucidación de los criterios compartidos en relación con el concepto de derecho. Si fuera así, su labor no sería muy distinta de la del análisis lingüístico. Los positivistas tratan de iluminar los aspectos centrales del fenómeno jurídico, tomando en cuenta verdades evidentes relativas al derecho y elaborando teorías que les den cabida en una suerte de equilibrio reflexivo. En este sentido, *vid.* SHAPIRO, 2011: 13 y ss. Asimismo, RAZ (2001: 6 y ss.) defiende que una buena explicación del concepto no tiene que comprometerse con establecer condiciones necesarias y suficientes para su aplicación, sino que supone frecuentemente destacar aspectos que no son distintivos del fenómeno, condiciones que son derrotables, exige también ofrecer una reconstrucción adecuada de su vínculo con otros conceptos, etc. Además, aun asumiendo la relevancia de los criterios compartidos, resulta plausible que los sujetos discutan acerca de ellos si tomamos en consideración aspectos como el carácter opaco y no individualista de dichos criterios. Así lo ha señalado RAZ, 2001: 14 y ss. De hecho, es frecuente afirmar que un sujeto ha adquirido un concepto, a pesar de que tenga un conocimiento muy deficiente acerca de sus criterios de aplicación. Finalmente, resulta cuanto menos extraño defender que los criterios compartidos relativos al concepto son los criterios que determinan el valor de verdad de las proposiciones de sistemas jurídicos particulares. Prueba de ello es que dos sujetos de dos sistemas distintos pueden emplear distintos criterios con respecto a las proposiciones de su sistema, aunque pueda afirmarse que comparten los criterios de aplicación del concepto. Y, aunque podamos afirmar que un sujeto ha adquirido el concepto de derecho, es posible y frecuente que no conozca los criterios que determinan el valor de verdad de las proposiciones en su sistema jurídico. Sobre estas últimas cuestiones, *vid.* HIMMA, 2002: 161 y ss.

constatación de la controversia dejaría constancia de que el derecho nada prevé sobre la cuestión.

Muchas han sido las estrategias de respuesta que tratan de preservar las tesis positivistas básicas. Por un lado, en ocasiones se ha negado que la cantidad y la entidad de los desacuerdos sean suficientes para refutar las tesis centrales del positivismo. Otras estrategias se han orientado a desacreditar los desacuerdos señalados por DWORKIN en tanto que desacuerdos teóricos acerca de lo que el derecho establece, y a ofrecer explicaciones alternativas. Finalmente, se ha tratado de dar cabida a los desacuerdos teóricos como genuinos desacuerdos sustantivos de forma que resulten compatibles con los postulados positivistas básicos. Analizaré brevemente las diferentes posibilidades.

3.2.1. *Los desacuerdos son marginales*

Para determinar si el problema planteado por DWORKIN constituye un desafío fundamental conviene plantearse, en primer lugar, si el problema de los desacuerdos teóricos es lo suficientemente significativo como para socavar las reconstrucciones positivistas. A estos efectos es importante advertir, por un lado, que prácticamente la totalidad de las acciones que llevamos a cabo diariamente están reguladas de algún modo por normas jurídicas. En este sentido, el número de disputas que tienen lugar en los tribunales es muy pequeño en relación con nuestro vínculo directo o indirecto con normas jurídicas.

Si atendemos exclusivamente a los casos que se discuten en los tribunales, puede constatarse, también sin dificultad, que muchos de ellos giran en torno a cuestiones probatorias o de otra índole, que no pueden caracterizarse plausiblemente como disputas sobre los fundamentos del derecho. Con frecuencia ocurre que las partes simplemente utilizan el sistema judicial por cuestiones de interés, por ejemplo para alargar un pago, perjudicar a un tercero, etcétera²⁷.

Sólo en determinados supuestos, especialmente en los litigios que llegan a los altos tribunales, tienen lugar desacuerdos que son, al menos en apariencia, acerca de lo que el derecho establece para la cuestión que es objeto del proceso. No obstante, el número de casos que se plantean y resuelven en dichas instancias superiores es muy pequeño en comparación con el número de casos que llega a los tribunales en general —y que ya es, como se ha señalado, muy pequeño si se toma en cuenta el vínculo cotidiano de nuestra conducta con el derecho—²⁸.

Además, no todo caso en que un individuo controvierte lo que el derecho establece resulta problemático para el positivismo. Por un lado, porque los desacuerdos relevantes, que cuestionarían la convergencia que destaca el positivista, son aquellos que se producen entre los funcionarios de justicia. Esto es, aunque otros individuos, por ejemplo los abogados, se sirvan de los criterios compartidos para determinar el

²⁷ VILAJOSANA, 2007: 49 y ss., y 2010: 173 y ss.

²⁸ *Vid.* LEITER, 2007: 1228 y ss., y VILAJOSANA, 2007: 49 y ss., y 2010: 173 y ss. Es importante tener además en cuenta si la relevancia de esos supuestos los convierte en algo central del fenómeno jurídico, tanto por lo que respecta a su importancia general, como a la incidencia del desacuerdo teórico en el propio caso en el marco del cual se desacuerda.

valor de verdad de las proposiciones jurídicas y puedan controvertirlos, su conducta y actitud no constituye la práctica relevante, por lo que tampoco sus discusiones y argumentos determinarán que esta no existe. Por otro lado, el hecho de que un individuo o un grupo de individuos que sí son funcionarios de justicia ponga en cuestión lo que el derecho establece todavía no atenta contra el carácter convencional del derecho, que requiere de una práctica generalizada de reconocimiento, y no de unanimidad. Una línea de respuesta a la crítica *dworkiniana* podría enfatizar entonces que, puesto que el positivismo ilumina ampliamente el fenómeno, no habría que abandonarlo por un problema que es residual²⁹.

A efectos de mostrar que el número de desacuerdos teóricos que requieren de una explicación plausible en un marco positivista es todavía menor, podría distinguirse entre los desacuerdos teóricos y los que versan sobre cuestiones interpretativas. En este sentido, podría sugerirse que la mayor parte de los desacuerdos que, al menos en apariencia, versan sobre lo que el derecho establece, son desacuerdos respecto de cómo interpretar los textos jurídicos, pero que estos no atentan contra los postulados positivistas básicos, que requieren simplemente un acuerdo en las fuentes del derecho. Así, aunque se defienda que los desacuerdos que recaen sobre la jerarquización de los cánones son abundantes —puesto que los operadores jurídicos cuentan siempre con un conjunto de cánones que conducen a múltiples opciones interpretativas y no es frecuente que se establezca jurídicamente un orden de prelación entre ellos— puede sostenerse al mismo tiempo que estos no atentan contra los postulados positivistas toda vez que lo fundamental es el acuerdo en las fuentes, y no en su contenido. Entonces, si dejamos de lado los desacuerdos interpretativos, el número de desacuerdos teóricos susceptibles de ser explicados se reduce sustancialmente³⁰.

En contraste con lo anterior, entiendo, por un lado, que es necesario cierto consenso acerca del contenido de las fuentes para dar sentido a la función que desempeñan tanto las fuentes como los criterios para identificarlas. Defenderé, además, que los desacuerdos acerca de la interpretación, que sí son relevantes a efectos de la problemática de los desacuerdos, no son tan abundantes como en ocasiones se asume.

Así, con respecto a la primera cuestión, desde mi punto de vista las condiciones de existencia de un sistema jurídico no pueden agotarse en la práctica de identificar textos

²⁹ Como señala LEITER (2007: 1239), cuando comparamos el alcance explicativo de distintas teorías resulta preferible una que suponga una explicación simple, que dé cuenta de más aspectos del fenómeno y que deje intactas las creencias y teorías bien asentadas. En este sentido, que una teoría no explique una parte del fenómeno no nos compromete con el abandono de la misma.

³⁰ Vid. VILAJOSANA, 2007: 49 y ss., y 2010: 173-175. En este mismo sentido, RATTI (2008) defiende que los desacuerdos acerca de la selección de un canon interpretativo específico son de naturaleza extrajurídica y suponen en última instancia desacuerdos concernientes a la existencia de principios morales o axiológicos objetivos. Según RATTI (2008: 308 y ss.), se trata de la elección de una determinada interpretación con respecto a un conjunto de diferentes e incompatibles, pero por hipótesis igualmente justificadas, soluciones jurídicas. La incidencia de la moral en las controversias interpretativas no da la razón a DWORKIN, de acuerdo con RATTI, puesto que tales desacuerdos no pueden ser reconstruidos como desacuerdos sobre las fuentes; no son desacuerdos relativos, por ejemplo, a si el derecho natural tiene o no valor de fuente jurídica. En realidad, son desacuerdos relativos a las fuentes de segundo orden, es decir, a criterios extrajurídicos de elección entre soluciones jurídicas antitéticas a las que puede recurrirse cuando los elementos jurídicos han fracasado. Entonces, de acuerdo con esta reconstrucción, casi todos los desacuerdos son éticos y no jurídicos y versan sobre lo que el derecho *debe ser*, y no sobre lo que el derecho *es*.

sin una actitud crítico-reflexiva respecto de ciertos modos admisibles de otorgarles un contenido. Imaginemos que un individuo considera que el Código Civil español es parte del derecho español pero entiende que su significado debe serle atribuido a partir de un programa informático que asigna significados al azar. Imaginemos que otro individuo considera que su contenido depende de lo que su hijo de diez años dice que expresa. Finalmente, un tercer individuo entiende que aquello que expresa el Código Civil depende del lenguaje ordinario. ¿Diríamos que hay un acuerdo entre los diferentes individuos acerca de que el Código Civil es parte del derecho si no hay un acuerdo básico sobre lo que expresa el Código? Si cada uno, siguiendo su propio criterio, sostiene una interpretación radicalmente diferente de la de los demás respecto de lo que establece el Código Civil, parece que invocar el Código Civil se torna algo superfluo. Dicho en otros términos, si la actividad interpretativa no es constitutiva de la actividad jurídica, la convergencia en las fuentes podría producir los mismos resultados que su ausencia (un total desacuerdo sobre qué normas son válidas) con lo cual podría ser un hecho completamente irrelevante. Por tanto, parece que la convergencia característica de los modelos positivistas estaría desprovista de sentido si no hubiera ningún acuerdo en relación a cómo interpretar las fuentes del derecho³¹.

Por otro lado, considero que aquellas concepciones que enfatizan la existencia de numerosas opciones interpretativas exageran el carácter controvertido de la interpretación jurídica. Es el caso de la posición de GUASTINI. De acuerdo con este autor, la existencia de múltiples instrumentos en los sistemas con los que estamos familiarizados supone que el intérprete tiene discreción para optar entre diferentes normas posibles. Pero esto no implica, dice GUASTINI, que cualquier interpretación sea admisible, sino sólo aquellas que están dentro del marco de posibilidades conforme a los diferentes instrumentos interpretativos. No obstante, la existencia de numerosas interpretaciones posibles, que además son cambiantes con el transcurso del tiempo, deja constancia de que el lenguaje ordinario no desempeña el papel que tradicionalmente se le ha atribuido y de que no existen enunciados interpretativos verdaderos³².

Me parece un hecho difícilmente controvertible que en los sistemas jurídicos actuales existen múltiples instrumentos interpretativos, y que las convenciones interpretativas son cambiantes. Sin embargo, esto no obsta a que, desde la perspectiva sincrónica, pueda reconocerse que vinculamos las fuentes jurídicas con determinados supuestos no problemáticos. Es decir, a partir de la constatación del hecho de que en la interpretación jurídica rigen diversos cánones e instrumentos interpretativos, no cabe concluir que los jueces tienen siempre discreción. Así, puede reconocerse que hay múltiples instrumentos jurídicos, que estos dependen de la práctica del conjunto de los intérpretes, y que pueden variar con el tiempo en virtud de los cambios en la práctica de dichos intérpretes y, sin embargo, seguir sosteniendo que, con respecto a cada *juez individual* y desde la *perspectiva sincrónica*, hay enunciados interpretativos verdaderos. Enfatizar que siempre hay un marco de interpretaciones posibles, dentro del cual el

³¹ Esta idea es sugerida por PAPAYANNIS (2010). En RODRÍGUEZ-PEROT (2010: 135 y ss.) se señala que entender que sólo se requiere un acuerdo acerca de las fuentes haría que esta tesis fuera compatible con el iusnaturalismo.

³² GUASTINI (2003 y 2011). Esta es una tesis característica del realismo genovés. A estos efectos, *vid.* FERRER-RATTI (2011), y CHIASSONI, 2008.

juez tiene discreción, no supone más que una distorsión de la realidad jurídica, que exagera el carácter controvertido de algunos casos que vienen dados y son resueltos en atención a los diferentes instrumentos interpretativos³³. Defender que una disposición expresa una multiplicidad de normas posibles nos hace perder de vista que hay un gran número de supuestos regulados que no suscitan dudas. Y, precisamente no suscitan dudas porque hay una caracterización de la norma expresada por la disposición que no es problemática, sin la cual dejaríamos de reconocer que el derecho es un instrumento capaz de guiar la conducta, en alguna medida al menos. Probablemente la descripción más adecuada de la situación sea que el lenguaje ordinario desempeña un papel fundamental en nuestra comprensión de lo expresado por las disposiciones y, en muchos supuestos, la solución que viene dada por atender al lenguaje ordinario no puede ser controvertida apelando a otros instrumentos, puesto que todos conducen a esa misma solución³⁴.

Por tanto, entiendo que es necesario tomar en cuenta los desacuerdos acerca de la interpretación en tanto que estos pueden afectar las tesis básicas del positivismo, pero sin exagerar el número de desacuerdos a que los diferentes instrumentos interpretativos dan lugar.

Hemos visto entonces que los desacuerdos, incluso computando los desacuerdos sobre cuestiones interpretativas, no son abundantes si los ponemos en relación con la incidencia del derecho en nuestras vidas. Entonces, como señalé con anterioridad, el positivismo no se vería amenazado puesto que ilumina en gran medida el fenómeno jurídico. Sin embargo, el problema es que la crítica de DWORKIN atenta contra un aspecto central del modelo positivista, que enfatiza la relevancia de la convergencia como elemento fundamental de los sistemas jurídicos³⁵. En este sentido, si la crítica *dworkiniana* afecta a uno de los aspectos básicos del modelo, la poca cantidad y entidad de los desacuerdos no convierten el problema en algo residual. En consecuencia, resulta necesario buscar explicaciones alternativas y plausibles de los supuestos problemáticos, lo que permitirá defender que el positivismo es una buena teoría del derecho. No obstante, que el número y la relevancia de los desacuerdos aparentemente teóricos sean pequeños no es superfluo puesto que ello facilita, como veremos en el próximo apartado, que encontremos explicaciones alternativas para esos pocos supuestos.

3.2.2. *No son genuinos desacuerdos teóricos*

Dos han sido las estrategias principales para defender que los desacuerdos, en apariencia teóricos y, como tales, problemáticos para un positivista, no son genuinos desacuerdos acerca de lo que el derecho establece. Por un lado, se ha defendido que aquellos que discuten están en un error³⁶. Por otro lado, que son hipócritas, al ser

³³ Distinguiendo entre la perspectiva individual y la de la comunidad interpretativa, y las perspectivas sincrónica y diacrónica, pero con el fin de defender una concepción realista —a la que denomina «realismo jurídico moderado»—, *vid.* la interesante posición de FERRER BELTRÁN en MORESO, PRIETO SANCHÍS y FERRER BELTRÁN, 2010: 152 y ss.

³⁴ *Vid.* MORESO, 1997: 222.

³⁵ SHAPIRO, 2011: 290.

³⁶ LEITER, 2007: 1226.

conscientes de que no hay respuesta jurídica correcta para la cuestión planteada, no obstante lo cual intentan enmascarar sus argumentos normativos³⁷.

En el ámbito moral se ha defendido la teoría del error con un alcance pretendidamente general³⁸. De acuerdo con esta posición, los juicios morales pretenden referirse a propiedades morales, pero, dado que tales propiedades no existen, todos los juicios morales son falsos. Reconstruir determinados supuestos que tienen lugar en el ámbito jurídico como casos de error parece algo más sencillo que defender que *todos* los juicios morales son falsos. Así, no resulta implausible afirmar que en ocasiones los individuos se equivocan puesto que creen que hay una respuesta jurídica con respecto a una cuestión, pero que en realidad no la hay.

En otros casos, los individuos parecen ser conscientes de que no hay respuesta pero discuten como si la hubiese. En tales supuestos los operadores jurídicos deciden en función de lo que les parece que debe ser el derecho, ya sea porque no están de acuerdo con la regulación y la problematizan, o bien porque no hay regulación sobre la cuestión³⁹.

La cuestión que quedaría entonces por responder es por qué se discute como si el desacuerdo fuera genuino, si en realidad no se trata de una disputa acerca de lo que el derecho establece. La respuesta obvia parece ser que aquellos que están en error no lo han advertido y que los que actúan con hipocresía no quieren desvelar la verdadera situación. Específicamente, los jueces tienen interés en ocultar que tienen poder y precisamente por ello simulan estar discutiendo acerca de lo que el derecho es, en lugar de acerca de su reforma. Pero, si esto es así, cabe plantearse por qué el lego no lo ha descubierto todavía. Una posible respuesta sería que, en realidad, las personas no tienen mucho conocimiento del derecho y se intimidan por aquel al que consideran experto, o simplemente le tienen deferencia, por lo que no sería sorprendente que no hubieran descubierto que, en algunos casos en que se discute acerca del derecho, en realidad se están introduciendo cambios. No obstante, también participan del debate y son conscientes de él juristas que no se dedican a la resolución de casos, lo que hace más difícil seguir manteniendo que no hay derecho y que siempre que discuten los individuos están en error o son hipócritas, en lugar de tratar de ofrecer otra explicación⁴⁰. Entonces, si bien parece que muchos supuestos pueden ser reconstruidos como instancias de error, hipocresía, o una combinación de ambos, otros casos requieren de una explicación alternativa⁴¹.

³⁷ *Ibid.*, 1224, y VILAJOSANA, 2007: 49 y ss., y 2010: 173-175.

³⁸ Especialmente, MACKIE, 1977.

³⁹ En este sentido, *vid.* LEITER, 2007: 1240 y ss. Las explicaciones que enfatizan que los individuos son hipócritas no encajan bien con algunos de los ejemplos introducidos por DWORKIN, en que el juez decide en un sentido —porque, según él, es lo que dicta el derecho— pese a que manifiesta que preferiría hacerlo en otro. Sin embargo, SHAPIRO (2007: 42) ha sugerido que tales supuestos pueden ser reconstruidos de manera plausible como casos de hipocresía en que el juez persigue objetivos más amplios, que no se limitan al caso concreto que está resolviendo. Por otro lado, si bien generalmente se ha sostenido que hay algunos supuestos de error y otros de hipocresía, no puede descartarse una explicación que combine ambos elementos. Ello ocurriría cuando, en relación con un mismo caso, unos individuos están en error y otros son hipócritas.

⁴⁰ SHAPIRO, 2007: 42 y ss.

⁴¹ Entender en cambio que el error y la hipocresía explican *todos* los casos conlleva una imagen de la práctica que muchos participantes rechazarían. No puede ser entonces un buen análisis de ella, al menos en tanto análisis interno, que pretende tomar en cuenta —aunque sin asumirla— la perspectiva del participante. *Vid.* BAYÓN, 1991: 481

3.2.3. *El positivismo puede dar cuenta de los desacuerdos teóricos*

Existen ciertas respuestas no problemáticas para el positivismo a la crítica de los desacuerdos en el derecho. Así, en muchos de los casos en que parece existir un desacuerdo teórico, en realidad nos hallamos en la zona de penumbra de la regla, en que el juez tiene discreción para decidir. Ello no supone que la decisión sea arbitraria, sino que el derecho como tal no impone una única solución. Por ejemplo, en el nivel de las fuentes del derecho, podría ocurrir que en un sistema jurídico se considere que lo que establece el parlamento siguiendo determinados procedimientos es derecho, pero, sin embargo, se dude acerca de si estas decisiones pueden comprometer a parlamentos futuros⁴². Lo mismo sucede con respecto a la interpretación de las disposiciones, ámbito en el que suele reconocerse que existe un núcleo de casos claros regulados y otros que suscitan dudas. La elección de una determinada interpretación por parte del juez en los casos problemáticos supone un ejercicio de discreción.

Por otro lado, si el desacuerdo acerca de los criterios de validez jurídica estuviese extendido, probablemente nos encontraríamos ante un sistema patológico y, dependiendo de la gravedad de la situación, podríamos incluso dudar de si se trata de una instancia de sistema jurídico⁴³.

No obstante, y aunque no todo se discute y generalmente los desacuerdos pueden ser entendidos como marginales, en ocasiones las disputas son acerca de casos centrales y, en términos *dworkinianos*, parecen enfrentar concepciones en pugna que destacan aspectos distintos de un mismo fenómeno. Es lo que ocurre cuando se produce una disputa interpretativa sobre casos importantes y existen diversas teorías enfrentadas.

Vimos que DWORKIN concibe el derecho como una práctica argumentativa en que se atribuye un propósito capaz de explicarla y justificarla; las exigencias de la práctica se determinan teniendo en cuenta ese propósito. De esta manera, muchas veces se observa que los juristas desacuerdan respecto de si la interpretación literal del precepto es correcta o si debe prevalecer una interpretación que tome en cuenta la intención del legislador. En supuestos de este tipo, lo que está implícitamente en discusión es qué justifica la coerción estatal en mayor medida. Para algunos, la mejor justificación depende de que se satisfaga la seguridad jurídica. Para otros, la justicia sustantiva tiene prioridad. Más allá de que alguna de estas alternativas, o una combinación de am-

⁴² En este sentido, COLEMAN (1982: 156 y ss., y 2001: 74 y ss.) distingue, con respecto a los desacuerdos sobre los criterios de identificación del derecho, entre desacuerdos sobre los criterios y desacuerdos sobre qué satisface los criterios. Según COLEMAN, el problema de los desacuerdos señalado por DWORKIN resultaría residual porque hay una amplia convergencia en lo primero. Cuando se producen, los desacuerdos sobre los propios criterios son relativos a casos de la zona de penumbra de la regla de reconocimiento, en que no hay una solución jurídica preestablecida. Por su parte, HIMMA (2002: 150-154) entiende que los desacuerdos pueden versar también sobre aspectos centrales si son consistentes con el reconocimiento mutuo del estándar como jurídicamente autoritativo. Las afirmaciones anteriores me parecen, no obstante, problemáticas. Considero que las estrategias de este tipo, que enfatizan la distinción entre los desacuerdos sobre los criterios y sobre qué satisface los criterios, o destacan el hecho de que haya un reconocimiento mutuo del estándar como autoritativo, nos conducen a una caracterización muy abstracta de las convenciones, que las convierte en vacías. Esto es, cualquier desacuerdo puede ser descrito como un acuerdo en un nivel superior de abstracción, pero este será sólo un acuerdo aparente, vacío.

⁴³ VILAJOSANA, 2007: 49 y ss., y 2010: 173 y ss.

bas, sea la correcta, lo interesante es que la defensa de cualquier solución refleja un compromiso con la justificación del ejercicio de la coerción estatal. Por esta razón, los desacuerdos son perfectamente inteligibles y, ciertamente, inherentes a la práctica jurídica. En el esquema de DWORKIN, entonces, los desacuerdos no son un problema, sino que precisamente dejan constancia de que su teoría reconstruye adecuadamente la práctica. No obstante, para el positivista suponen una amenaza capaz de socavar de raíz su proyecto teórico.

Como respuesta al desafío que plantean los desacuerdos, se han elaborado principalmente dos estrategias que tratan de fundamentar que los desacuerdos teóricos pueden tener cabida en un modelo positivista. Estas estrategias proponen, o bien la sofisticación del modelo convencionalista, o su abandono. Me referiré brevemente a la primera estrategia y expondré con mayor detenimiento la segunda.

En primer lugar, se ha defendido el llamado «convencionalismo profundo»⁴⁴. El positivismo, que enfatiza la relevancia del elemento convencional, parece enfrentado a un dilema por lo que respecta a su reconstrucción de las reglas sociales y al problema del seguimiento de éstas. Ambos cuernos del dilema conllevan que no pueda ofrecer una respuesta adecuada al problema de los desacuerdos. Si, por un lado, entendemos que una regla convencional se agota en el acuerdo explícito en la comunidad de referencia sobre sus aplicaciones correctas, los desacuerdos teóricos no resultan inteligibles puesto que la falta de acuerdo indica precisamente que no hay respuesta. Esta estrategia resulta además problemática dado que tomar en consideración la práctica de aplicación es compatible con multiplicidad de regularidades distintas, por lo que es difícil determinar qué regla se está siguiendo. Esto es, así entendida la regla no puede proporcionar una pauta de corrección porque cualquier aplicación futura puede hacerse concordar con las aplicaciones pasadas. Entender en cambio que el acuerdo recae meramente en los textos nos lleva a una concepción muy pobre acerca de la convención relevante, y a un regreso al infinito, por la necesidad de interpretar, a su vez, los propios enunciados interpretativos. BAYÓN se decanta en cambio por una posición distinta⁴⁵. Este autor ha sostenido la relevancia del acuerdo en los casos paradigmáticos, que deja constancia de la existencia de criterios públicos que no se limitan a esas aplicaciones. Según BAYÓN, «[e]l reconocimiento de los casos paradigmáticos implica dominar una técnica de uso: pero esto, a su vez, no requiere más que un conocimiento tácito de los criterios de corrección, que por tanto no tienen que resultarles a cada individuo que los usa perfectamente transparentes»⁴⁶. Esto explicaría ciertos desacuerdos, puesto que «ni el acuerdo mayoritario garantiza que sea ésa la respuesta correcta, ni la eventual falta de acuerdo implica necesariamente que no haya una respuesta correcta. Porque no es el acuerdo explícito en torno a las aplicaciones correctas lo que las define como correctas, sino el trasfondo de criterios compartidos»⁴⁷. Sin embargo, además de las dificultades que genera el confiar en la existencia de una respuesta convencional

⁴⁴ MOORE, 1987: 150 y ss.

⁴⁵ BAYÓN, 2002: 76-81. RODRÍGUEZ (2008: 13 y ss.) destaca también la problemática que representa tomar en consideración la práctica o la formulación de la regla y entiende que la posición de BAYÓN constituye una posible salida. *Vid.* también RODRÍGUEZ-PEROT (2010: 140 y ss.).

⁴⁶ BAYÓN, 2002: 79.

⁴⁷ *Ibid.* Determinar el trasfondo de criterios compartidos requerirá, según BAYÓN, de un razonamiento de naturaleza coherentista, siguiendo una especie de equilibrio reflexivo.

a pesar del desacuerdo, este tipo de posiciones tiene que comprometerse con que los desacuerdos son acerca de cuál es la convención en cuestión, lo que no parece ser una reconstrucción adecuada de muchos supuestos.

Siguiendo la segunda estrategia, SHAPIRO sostiene una posición en cierto modo similar a la de DWORKIN. No obstante, defiende que aquello acerca de lo que debe indagarse son hechos sociales, manteniéndose por ello en las filas del positivismo. Así, a diferencia de las posiciones positivistas tradicionales, SHAPIRO rechaza privilegiar las convenciones interpretativas. Como DWORKIN, entiende que, para dar sentido a los desacuerdos teóricos, resulta fundamental tomar en consideración el propósito de la práctica jurídica. Además, ambos coinciden en que la metodología interpretativa más adecuada en un sistema depende de cuál concuerda mejor con sus objetivos. Pero, a diferencia de DWORKIN, SHAPIRO no considera que la atribución de un propósito requiera de un ejercicio de filosofía moral y política, sino que lo relevante, aquello sobre lo que debe indagarse, son hechos sociales. En este sentido, según SHAPIRO, la tarea del intérprete jurídico es detectar los objetivos políticos que pretendían alcanzar los que diseñaron el sistema. Por ello, los propósitos relevantes son los que explican la práctica y no los que la justifican. Y va de suyo que estos propósitos podrían ser moralmente deficientes. Para desvelar esos objetivos el intérprete tiene que analizar la estructura institucional y determinar qué objetivos y valores explican mejor la forma que tiene el sistema. Asimismo, la metodología interpretativa correcta para el sistema será la que armonice mejor con los objetivos de aquellos que lo diseñaron⁴⁸.

De acuerdo con SHAPIRO, su reconstrucción no pretende defender la relevancia de ciertos hechos sociales para preservar a toda costa el positivismo, sino que es precisamente el prestar atención a determinados hechos sociales relativos a los que diseñaron el sistema lo que da sentido a tener autoridades. Así, según SHAPIRO, mediante el derecho pretendemos alcanzar determinados propósitos complejos. Dadas las dificultades, entre otras cosas, para determinar objetivos parciales que contribuyen a la satisfacción del propósito último, las deficiencias motivacionales de algunos sujetos, la incapacidad de otros para desempeñar la labor que se les asigna, etc., sería muy difícil y costoso satisfacer los objetivos en cuestión prescindiendo del derecho. Hay por tanto deficiencias en términos de confianza de los sujetos que dificultarían la consecución de los objetivos, que el derecho pretende compensar. En este sentido, el derecho nos permite alcanzar esos objetivos complejos estableciendo una distribución de roles en virtud de la confianza con respecto a las capacidades y el carácter de los diferentes actores. Por ello, afirma SHAPIRO, la metodología interpretativa adecuada en un determinado sistema depende de las actitudes de confianza y desconfianza de quienes lo diseñaron⁴⁹. Así, por ejemplo, la interpretación literal es más acorde con la desconfianza en determinados sujetos para llevar a cabo su parte correspondiente en la actividad compartida, que una interpretación que conceda mayor libertad al intérprete⁵⁰. No tomar

⁴⁸ SHAPIRO, 2011: 357 y ss.

⁴⁹ Esto hace que las interpretaciones sean o no correctas dependiendo del actor que las lleve a cabo (SHAPIRO, 2011: 358). Además, hay que tener en cuenta que la confianza con respecto a determinados actores por parte de los diseñadores del sistema generalmente no es absoluta sino relativa a otros actores, y que no es general sino que depende de ámbitos específicos (SHAPIRO, 2011: 363 y ss.).

⁵⁰ No obstante, SHAPIRO introduce complejas consideraciones que lo llevan a rechazar la correspondencia entre confianza y metodologías que conceden más discreción, y entre desconfianza y metodologías que

en consideración la distribución de confianza del sistema atentaría contra la propia lógica de tener autoridades para alcanzar esos objetivos complejos y, probablemente, impediría que fueran alcanzados⁵¹.

Los desacuerdos son entonces inteligibles en su reconstrucción puesto que los individuos pueden discutir acerca de: *a)* cuáles son los propósitos del sistema; *b)* cuáles son los objetivos parciales y los respectivos roles de los diferentes actores en aras a alcanzar el objetivo general; *c)* cuál es la distribución de confianza del sistema; *d)* qué niveles de confianza son más acordes con las diferentes metodologías interpretativas, y *e)* qué metodologías interpretativas encajan con los propósitos y distribuciones del sistema⁵². Se trataría de disputas genuinamente teóricas, que no dependen de una mera constatación de hechos, y que responden a los mismos principios que suelen adoptarse en la elaboración de teorías científicas⁵³. Esto es así puesto que los sistemas jurídicos cuentan con numerosos actores y diseñadores, lo que hace que las labores de extracción de los objetivos del sistema y de la distribución de confianza sean complejas. Asimismo, la adopción de una posición con respecto al vínculo entre las metodologías interpretativas y las actitudes de confianza y desconfianza también requiere de teorización. De este modo, la reconstrucción de SHAPIRO no sólo hace inteligibles los desacuerdos teóricos, sino que permite explicar por qué estos están tan extendidos.

En algunos casos, y dado que generalmente hay muchos diseñadores implicados, es posible que no haya una única ideología subyacente al sistema, o que ésta tenga tan poca entidad que no determine los debates interpretativos. Además, puede ocurrir que las posiciones de los diseñadores sean inestables con respecto a la distribución de confianza de los diferentes actores. Pero, afirma SHAPIRO, seguramente eliminaremos, tomando en consideración los diferentes pasos anteriores, ciertas posibilidades interpretativas. Y, lo que es más importante a efectos del debate acerca de los desacuerdos, SHAPIRO no parece considerar que la inteligibilidad de estos dependa de la existencia de una respuesta. Según SHAPIRO, lo relevante es que su reconstrucción hace inteli-

conceden menor libertad. Así, entiende que hay que tener en cuenta si los diferentes sujetos son o no hipócritas en sus actuaciones. Además, la decisión con respecto a la metodología interpretativa depende también, según SHAPIRO, del grado de conflicto existente con respecto a la disposición que va a ser interpretada. Sobre estas cuestiones, *vid.* SHAPIRO, 2011: 373 y ss.

⁵¹ SHAPIRO, 2011: 336 y ss. En otras palabras, existen muchos modos de satisfacer los objetivos generales del sistema. Si los diseñadores no establecieran objetivos más específicos no se satisfaría la función de coordinación del sistema a fin de alcanzar los objetivos generales. Los diseñadores resuelven estas cuestiones adoptando un determinado esquema institucional, del que se desprenden los objetivos más específicos. Si los intérpretes no atendieran a los objetivos —con diversos niveles de abstracción— que han quedado plasmados en el diseño institucional, dejaría de tener sentido la labor de los diseñadores. Pero estos no sólo establecen esos objetivos, sino además el modo de alcanzarlos. Llevan a cabo una determinada distribución de derechos y responsabilidades en atención a consideraciones de competencia y carácter de los miembros del grupo. Por tanto, resulta fundamental, para dar sentido al hecho de tener autoridades, atender a las decisiones de los diseñadores con respecto a la distribución de roles y a la confianza. Finalmente, también le privaría de sentido adoptar metodologías interpretativas no acordes con la distribución plasmada en el sistema (SHAPIRO, 2011: 336 y ss.). Esta explicación se centra en aquellos sistemas en que los participantes actuales de la práctica jurídica los aceptan porque confían en el juicio de las autoridades, por lo que las distribuciones de confianza implementadas resultan fundamentales. No obstante, podría haber sistemas oportunistas en que la aceptación viene dada por la consideración de que las normas son adecuadas moralmente. En estos sistemas la relevancia de la confianza tal y como es presentada en el texto sería distinta. *Vid.* SHAPIRO, 2011: 350 y ss.

⁵² SHAPIRO, 2007: 43 y ss., y 2011: 381 y ss.

⁵³ SHAPIRO, 2011: 367.

gibles los desacuerdos con carácter general, y explica por qué estos tienen lugar; que exista una respuesta correcta para el caso es una cuestión distinta y contingente⁵⁴.

La reconstrucción de SHAPIRO tiene además la virtud de dar cabida a los desacuerdos teóricos de modo que éstos no supongan concepciones en pugna sobre los elementos básicos del derecho. Es decir, los desacuerdos son inteligibles como disputas teóricas, al mismo tiempo que precisamente consolidan su teoría: que el derecho nos permite alcanzar fines complejos a partir de una determinada distribución de confianza, por lo que resulta fundamental identificarla. Aunque la respuesta al problema de los desacuerdos por parte de SHAPIRO supone asumir numerosas consideraciones relativas a su teoría del derecho como plan, algunos de sus argumentos resultarán, como veremos, de utilidad en la propuesta pluralista que aquí se presentará.

4. LA DISTINCIÓN DE NIVELES DE DESACUERDOS

En los dos apartados anteriores he expuesto la crítica de DWORKIN relativa al problema de los desacuerdos y algunas de las respuestas que se han ofrecido por parte de los defensores del positivismo. La estrategia que seguiré a continuación consistirá en defender, por un lado, que existen diversos niveles de desacuerdos, que no han sido claramente distinguidos. Y, por otro lado, que no cabe ofrecer una única respuesta a la crítica *dworkiniana*, sino diferentes argumentos que tomen en cuenta, precisamente, el nivel de desacuerdo que se esté analizando. Ello me conducirá a concluir que, si bien ninguna de las respuestas a DWORKIN es definitiva, una combinación de ellas sí puede serlo.

A partir de los diversos argumentos aparecidos en el debate, pueden distinguirse diferentes niveles en los cuales pueden producirse desacuerdos. El listado no pretende ser exhaustivo, sino sólo dejar constancia de que en el debate sobre los desacuerdos en el derecho se han ofrecido argumentos y contraargumentos en diferentes niveles, y ello muchas veces ha contribuido a que el problema parezca más grave de lo que en realidad es.

Por un lado, en el nivel *metodológico* las discusiones se centran en qué tipo de concepto es el concepto de derecho. En este nivel, DWORKIN ha defendido su modelo interpretativo y ha atribuido al positivismo el modelo criteriológico⁵⁵. Como hemos visto, los positivistas han rechazado esta caracterización de DWORKIN argumentando, entre otras cuestiones, que su proyecto no se centra en el análisis del término «derecho» o que desentrañar la naturaleza del derecho no requiere identificar criterios compartidos de aplicación del concepto. Con carácter general, puede afirmarse que los positivistas *hartianos* confían en el poder del análisis conceptual para captar el contenido del concepto de derecho y así esclarecer el fenómeno jurídico⁵⁶.

⁵⁴ SHAPIRO, 2007: 49, y 2011: 383. Es importante atender a ciertas cuestiones consideradas brevemente por SHAPIRO. Por un lado, puede ser difícil determinar quiénes son los diseñadores, o puede que el sistema no los tenga, y esta es una cuestión que puede variar con el tiempo (SHAPIRO, 2007: 55 n. 61 y 62). Además, puede no ser relevante deferir a los diseñadores si estos no son confiables. El aspecto fundamental es que si los diseñadores son confiables (algo que está presupuesto en todo sistema), deferir a sus juicios sobre cómo lograr los objetivos del sistema es la estrategia para alcanzarlos (SHAPIRO, 2007: 46).

⁵⁵ Vid. DWORKIN, 1986: 45 y ss.

⁵⁶ HART, 1994: 248 y ss. Vid. también el prefacio a la edición inglesa y el capítulo 1.

En segundo lugar, puede distinguirse el nivel relativo a los *elementos centrales del derecho*. En este nivel, las disputas giran en torno a qué es el derecho con carácter general. De esta manera, si se adopta una metodología interpretativa, podrían, por ejemplo, discutirse las ventajas e inconvenientes de defender el convencionalismo o el derecho como integridad. O, en el marco de las concepciones no-interpretativas, puede defenderse la relevancia de determinados hechos sociales pero discutirse cuáles son esos hechos. La posición que se adopte en este nivel no viene determinada por la que se ha adoptado en el nivel metodológico. En este sentido, podrían sostenerse tesis similares en relación a los elementos básicos del derecho, a pesar de que se suscriban metodologías diversas.

En tercer lugar, nos encontramos con el nivel de la *interpretación en abstracto*. En este nivel, puede defenderse una determinada posición interpretativa con carácter general —por ejemplo, podría enfatizarse la relevancia de las intenciones del legislador— o con respecto a determinados grupos de casos —por ejemplo, en relación a cómo atribuimos significado a los términos morales que aparecen en el derecho—. La teorización y el debate en este nivel generalmente se plasmarán en una discusión acerca de los diversos instrumentos interpretativos, su contenido y su orden de prelación en abstracto. Podría existir acuerdo con respecto a la posición que se adopte en este nivel, a pesar de que se desacuerde en relación a los niveles anteriores. Por otro lado, frecuentemente los autores derivan su posición en el nivel de la interpretación en abstracto de su concepción acerca de los elementos básicos del derecho. Por ejemplo, un partidario del derecho como autoridad puede promover un modelo que tome en consideración las intenciones del legislador⁵⁷.

¿Es problemático para el positivismo que existan disputas en los niveles anteriores? DWORKIN parece asumir que sí. Recuérdese que concibe el derecho como una práctica argumentativa, en la que los individuos discuten acerca del derecho. Los juristas desacuerdan sobre qué establece el derecho en un sistema particular. Pero también los teóricos manifiestan una actitud interpretativa con respecto al derecho, aunque en un nivel de abstracción distinto. Esto es así puesto que, de acuerdo con DWORKIN, o bien entendemos que los teóricos suscriben teorías semánticas, lo que conlleva no poder reconstruir adecuadamente los desacuerdos, o bien se los concibe como proponiendo teorías normativas en conflicto en el marco de una concepción interpretativa del derecho. De este modo, DWORKIN intenta mostrar que el debate que mantiene con HART y otros teóricos deja constancia del carácter argumentativo del derecho y de que *todas* las teorías, incluida la integridad, compiten entre sí en el plano normativo. Así, DWORKIN cree que subyace a la posición convencionalista de HART una preocupación fundamental por la legalidad⁵⁸.

La cuestión central es si la propia existencia de disputas entre los *teóricos*, que se manifiesta en los desacuerdos en los tres niveles anteriores, deja constancia del carácter argumentativo del derecho y si el hecho de que DWORKIN pueda dar sentido al resto de posiciones en el marco de su concepción interpretativa constituye un argumento

⁵⁷ En este sentido, MARMOR: 2005, capítulo 8. RAZ (1996), en cambio, niega tal conexión.

⁵⁸ Así, DWORKIN (2006: 183 y 188) reconstruye la respuesta de HART en el *Postscript*, que defendía la naturaleza convencional del derecho y la neutralidad valorativa de su proyecto positivista, como una concepción sustantiva de la legalidad.

a favor de su posición. Como trataré de mostrar, considero que, aunque es un hecho incontestable que los teóricos discuten sobre cuál es la metodología correcta para estudiar el derecho, cuáles son los elementos centrales de la práctica jurídica y qué metodología interpretativa es la más adecuada en abstracto, no puede contar como un argumento a favor de la teoría de DWORKIN que su reconstrucción pueda dar sentido a las disputas entre los propios teóricos.

Pensemos en la práctica que consiste en la obtención de conocimiento. En dicha práctica encontramos sujetos que, siguiendo el método científico, investigan y elaboran teorías acerca de los fenómenos del mundo. Por otro lado, imaginemos que un grupo de chamanes afirma que el conocimiento se obtiene a partir de la lectura de la borra del café. Mediante esta lectura, los chamanes piensan que están invocando a los dioses, que se manifiestan dando diferentes formas a la borra, permitiéndoles así adquirir conocimiento sobre distintos aspectos del mundo. Los chamanes creen que la práctica de adquirir conocimiento consiste precisamente en la invocación de los dioses, y consideran que los científicos han desarrollado un mecanismo distinto para invocarlos. Podrían discutir entonces con ellos acerca de cuál es el mejor modo de invocar a los dioses. En cambio, de acuerdo con los estándares científicos, la discusión con los chamanes carece de sentido. Si evaluamos ambas concepciones, el hecho de que una de ellas sea capaz de explicar por qué las controversias entre científicos y chamanes tienen sentido, y la otra no, resulta inconcluyente. Este ejemplo pretende mostrar por qué el hecho de dar sentido a los desacuerdos entre los teóricos no puede contar como argumento a favor de una determinada teoría. Volviendo concretamente al debate entre positivistas y *dworkinianos*, así como no cuenta a favor del chamán la posibilidad de interpretar que los científicos están involucrados en su *misma práctica* de obtención de conocimiento, tampoco favorece a DWORKIN el hecho de que en su reconstrucción el positivismo asuma una actitud interpretativa. En realidad, que los teóricos del derecho desacuerden no resulta en absoluto sorprendente. Esta es una característica invariable de la reflexión filosófica. Lo que realmente afecta al positivismo *hartiano* son los desacuerdos *entre los propios participantes*, léase los funcionarios públicos, respecto de la identificación del derecho válido en la comunidad.

En los tres primeros niveles que acabo de exponer, los desacuerdos versan sobre el derecho con carácter general. Los cuatro siguientes niveles que mencionaré se refieren a desacuerdos que tienen lugar en sistemas jurídicos específicos. Pueden distinguirse, cuanto menos, el nivel de la *identificación del derecho*, el nivel de las *fuentes*, el nivel de la *interpretación en un sistema específico* y el nivel de la *solución jurídica* para un determinado supuesto.

En el nivel de la *identificación del derecho* se discute cuáles son los criterios de validez compartidos que conforman la regla de reconocimiento en un sistema jurídico específico.

Podría desacordarse, además, sobre cuáles son las *fuentes* jurídicas de un sistema jurídico específico, así como el orden de prelación entre ellas. Aquí conviene distinguir dos niveles diferentes, el de las *fuentes-proceso*, y el de las *fuentes-producto*.

En relación a las *fuentes-proceso* del sistema, puede discutirse si la costumbre, los precedentes, la argumentación moral o ciertos pactos históricos celebrados antes

de la primera constitución, por ejemplo, son fuente del derecho con carácter general. Podría pensarse que estos desacuerdos no son algo distinto de los desacuerdos sobre la propia regla de reconocimiento, pero esto no es así. En este sentido, puede haber acuerdo sobre las fuentes-proceso, pero desacuerdo en la regla de reconocimiento. Un grupo de jueces podría entender que las costumbres son fuente del derecho porque así lo dispone la constitución. A su vez, otro grupo podría entender que es derecho lo que establecen los documentos normativos y la costumbre. Evidentemente, si la constitución fuese modificada y ya no mencionase la costumbre, el primer grupo dejaría de considerarla una fuente, mientras que para el segundo este hecho no alteraría el estatus de la costumbre como proceso productor de normas jurídicas.

En cuanto a las *fuentes-producto* del sistema, hay que tomar en consideración que, aun acordando sobre la regla de reconocimiento y sobre las fuentes-proceso, los funcionarios podrían desacordar sobre si una determinada costumbre es parte del derecho mercantil, por ejemplo. Supongamos que nadie duda que la costumbre en general es una fuente-proceso, pero se discute si se han verificado las condiciones fácticas necesarias para la creación de una costumbre en concreto, como aquella que establece que en ausencia de estipulación en contrario los costes de entrega corren a cargo del vendedor. En cualquier caso, este parece ser un puro desacuerdo *fáctico*, que no afecta a los criterios de validez jurídica.

La controversia puede centrarse también en el *significado* de las fuentes *de un sistema jurídico específico*. Por un lado, podrían cuestionarse *los criterios interpretativos*, es decir, aun existiendo acuerdo sobre todo lo anterior, todavía podría discutirse qué cánones interpretativos son válidos y, en todo caso, su prelación. Ya hemos visto que cierto acuerdo en este nivel es determinante. Además, la discusión podría recaer sobre *el significado de las fuentes-producto*, es decir, incluso acordando sobre todo lo demás, podría desacordarse sobre el significado de una concreta disposición normativa. Sin embargo, si prestamos atención a este tipo de desacuerdos, resulta claro que estos no pueden ser teóricos. Por ejemplo, si en el nivel anterior se acuerda en que el canon aplicable es la intención del legislador, pero se desacuerda sobre el contenido de la disposición, o bien en realidad no hay un genuino acuerdo en el nivel previo, esto es, estamos frente a un desacuerdo interpretativo, sobre cuál es el canon válido (¿se trata de la intención del legislador al momento de dictarse la norma, al momento de decidirse el caso, de un legislador ideal, etc.?), o bien el desacuerdo es *fáctico* (sobre cuál era la intención del legislador). Habiendo acuerdo sobre estas cuestiones, parece entonces que carece de sentido plantear que pueda existir acuerdo en el canon y desacuerdo en el significado de la disposición.

Otro nivel distinto se relaciona con la *respuesta* que prevé un sistema determinado *para un supuesto específico*. Es importante distinguir este nivel, puesto que podría darse un acuerdo en el nivel del significado pero desacordarse sobre cómo resolver un supuesto (por ejemplo, porque se reconoce que hay multiplicidad de instrumentos que pueden ser considerados, pero se discute acerca del mejor modo de resolver un supuesto), y podría existir acuerdo en la solución de un caso, pese a haber desacuerdo en los cánones específicos —de hecho, como vimos, generalmente los cánones coinciden en la solución de un gran número de supuestos—.

Asimismo, es frecuente que se produzcan desacuerdos acerca de qué tipo de desacuerdo se está manteniendo (*metadesacuerdos*). Por ejemplo, si bien generalmente se ha defendido que la disputa acerca de qué tratamiento teórico deben tener los términos morales está en el segundo nivel (¿son incorporados al derecho o son estándares extrajurídicos?), este modo de clasificar la disputa ha sido controvertida, entendiendo que en realidad se trata de un debate interpretativo sobre el contenido de los términos morales en un sistema específico (¿refieren a la moral crítica, a la moral positiva, a lo que los legisladores consideraban moralmente correcto?)⁵⁹. Además, en ocasiones se discute sobre el *carácter* de la disputa, resultando controvertido si ésta se ubica en el plano jurídico o moral⁶⁰. Finalmente puede discutirse la relación entre los diversos niveles. Por ejemplo, hemos visto que la crítica inicial de DWORKIN, que enfatiza el vínculo entre el significado de la palabra «derecho» y el acuerdo en los criterios de validez jurídica en un sistema jurídico determinado, conecta los niveles primero y cuarto, cuestión que ha sido controvertida por los positivistas.

5. UNA RESPUESTA PLURALISTA

Fruto de su análisis, el positivista destaca que el aspecto central del derecho es la convergencia de determinados individuos en ciertas cuestiones. Entonces, si tras un análisis cuidadoso de lo que hacen y dicen los participantes, y de lo que presuponen en sus actuaciones, concluyéramos que los individuos desacuerdan con frecuencia y que sus disputas tienen un carácter teórico puesto que no pueden ser explicadas plausiblemente de otros modos, la teoría positivista se vería seriamente amenazada. Por su parte, DWORKIN destaca que la práctica jurídica es interpretativa. No obstante, sostiene que el carácter interpretativo no es transparente a los participantes, sino que podemos afirmar que existe cuando nuestro comportamiento colectivo al usar el concepto de derecho se explica mejor si consideramos que su uso correcto depende de la mejor justificación de la práctica en que aparece. Esto no requiere de una mera constatación empírica, sino que depende de si da sentido a cómo los participantes discuten y a lo que hacen cuando presentan argumentos⁶¹. Si el desacuerdo no ocupara un lugar central en la práctica, o si no tuviera los rasgos que DWORKIN le atribuye, su defensa del concepto interpretativo de derecho y, en consecuencia, del derecho como integridad, no sería adecuada⁶².

Aunque en la discusión sobre la incidencia de los desacuerdos se han empleado ejemplos que pertenecen a los diferentes niveles, es fundamental tener en cuenta si existen entre los participantes disputas frecuentes en el nivel de la solución jurídica, que vengan dadas por desacuerdos en el nivel de los criterios de identificación o en el de los criterios interpretativos, y que pongan de manifiesto la existencia de un des-

⁵⁹ FERRER BELTRÁN, 2010: 167 y ss.

⁶⁰ En este sentido, vimos que RATTI afirma que los ejemplos de DWORKIN son en realidad casos de disputas extrajurídicas. En esta misma línea, COLEMAN ha defendido que los desacuerdos resultan inteligibles en un marco positivista aunque sean reconstruidos como desacuerdos morales.

⁶¹ DWORKIN, 2011: 158 y ss.

⁶² Esto es así en tanto que el concepto sea interpretativo, es condición necesaria para sostener la concepción del derecho como integridad.

acuerdo teórico que pueda ser entendido, en última instancia, como un cuestionamiento de que la convergencia constituye uno de los elementos centrales del derecho.

Por lo expuesto con anterioridad, puede ya anticiparse parcialmente la respuesta a DWORKIN. En primer lugar, los desacuerdos en apariencia teóricos son un fenómeno menor si tenemos en cuenta la incidencia del derecho en nuestras vidas, lo que facilita hallar explicaciones alternativas para los casos en que dichos desacuerdos se producen.

En segundo lugar, todo sistema jurídico cuenta con una serie de normas que regulan aspectos básicos del funcionamiento de sus instituciones jurídicas, con respecto a las cuales existe una amplia convergencia y no puede advertirse que se haya desarrollado una actitud interpretativa. Es el caso, por ejemplo, de las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir. Este tipo de normas otorga a los ordenamientos jurídicos la estabilidad necesaria para su existencia. Si bien la presencia de piezas intocables no nos ayuda a hacer inteligibles los desacuerdos acerca de lo que el derecho establece, deja constancia de que en el derecho existe un importante núcleo de acuerdo acerca de estas cuestiones fundamentales, lo que fortalece las tesis positivistas⁶³.

En tercer lugar, es poco habitual que el desacuerdo verse sobre los criterios de identificación del derecho. Pero, cuando es así, generalmente puede ser explicado de modo plausible como un caso de desacuerdo marginal en que el juez tiene discreción, compatible con la idea de convergencia exigida por el positivismo. Y, si en una determinada comunidad, los desacuerdos sobre los criterios estuvieran ampliamente extendidos, creo que dudaríamos seriamente que esa comunidad tenga derecho. Más bien, creeríamos estar frente a una institución o práctica social patológica, incapaz de satisfacer la mayoría de las funciones que consideramos típicamente jurídicas⁶⁴. Los desacuerdos acerca de las fuentes serían reconducibles, o bien a desacuerdos empíricos, o a desacuerdos sobre los criterios de identificación.

En cuarto lugar, y por lo que respecta a los desacuerdos interpretativos, considero que no basta para escapar al problema de los desacuerdos con señalar que existe convergencia en las fuentes. Ello, en tanto cierta convergencia con respecto a los modos de interpretarlas es necesaria para que el derecho cumpla con su función de guía de conducta y tenga sentido la propia idea de una regla de reconocimiento —que no se limita

⁶³ Vid. MORESO (2010a), quien ha sugerido que, para que exista un sistema jurídico, la controversia no resulta problemática siempre que algunas reglas procedimentales relativas a quiénes son las autoridades finales y a cuándo sus decisiones son obligatorias estén excluidas de la discusión. Sin embargo, y pese a que hay normas que gozan de gran estabilidad, no parece haber razones para afirmar que éstas no pueden ser controvertidas en ocasiones y variar con el tiempo. En este sentido, FERRER BELTRÁN (2010: 179). Es cierto que son normas menos cambiantes y que las disputas con respecto a ellas son sobre supuestos marginales. También lo es que cuestionarlas todas al mismo tiempo podría atentar contra la estabilidad necesaria para que el derecho pueda guiar la conducta. No obstante, nada impide que algún aspecto de ellas pueda controvertirse en un momento dado. Además, es evidente que diacrónicamente todo puede variar. En cualquier caso, me parece que la cuestión de interés a efectos de los desacuerdos continúa vigente más allá del debate acerca de las piezas intocables. El núcleo de la discusión que aquí nos ocupa gira alrededor de si, sincrónicamente, cuando se discuten diferentes aspectos acerca de lo que el derecho establece, se está discutiendo sobre algo preestablecido o no; y, si nos resulta intuitivo reconocer que la disputa es acerca del derecho, cómo esto afecta a las tesis positivistas básicas. Parecería entonces que, haya o no piezas intocables, el problema de los desacuerdos teóricos y su reconstrucción en el marco positivista persiste.

⁶⁴ En este sentido, VILAJOSANA, 2007: 49 y ss., y 2010: 173-175.

a identificar textos a los cuales el intérprete puede dotar de *cualquier* contenido—. Por tanto, desde mi punto de vista, es necesario un amplio acuerdo sobre los instrumentos interpretativos. Del mismo modo que ocurre con el nivel de la identificación, creo que existe un acuerdo extendido en este nivel, que los desacuerdos son marginales, y que si las controversias fueran extendidas dudaríamos acerca de si nos hallamos ante un sistema jurídico. En todo caso, reconocer la existencia de instrumentos interpretativos no supone admitir que todo es controvertido, como se desprendería de una posición realista extrema, sino que la propia práctica jurídica evidencia un acuerdo extendido sobre cómo están regulados numerosos supuestos.

En este ámbito, como señalé, existe un importante núcleo de supuestos no controvertidos, pero también puede observarse que habitualmente los sujetos invocan distintos criterios interpretativos para fundamentar diferentes soluciones para un mismo caso. ¿Se trata de genuinos desacuerdos teóricos que ponen en cuestión las tesis positivistas? La cuestión central a considerar es si lo que da más sentido a los desacuerdos en este nivel es una reconstrucción *à la* DWORKIN, en la cual los participantes intentan ofrecer la mejor justificación de la práctica jurídica. Atender a los argumentos que los juristas presentan, y al modo en que discuten, no parece dar la razón a DWORKIN. Por un lado, los abogados suelen ofrecer diversos argumentos para defender su posición, y su criterio de selección tiene que ver con lo que maximiza sus probabilidades de ganar el pleito. De hecho, van acumulando argumentos de distinta índole, que difícilmente pueden ser presentados como la expresión de una postura *iusfilosófica* coherente. Por su parte, no parece que los jueces tengan una práctica esencialmente distinta. También ellos en los casos difíciles, como ha mostrado LEITER con respecto al ámbito anglosajón, seleccionan sus argumentos de modo oportunista. De ello deja constancia el hecho de que muchas veces adhieren —y parecen hacerlo como una cuestión de principios— a un canon interpretativo que, sin embargo, dejan de lado en otras decisiones, sin resaltar ninguna particularidad del caso que lo justifique⁶⁵. Un análisis de los repertorios jurisprudenciales muestra que los jueces, lejos de mantener una disputa teórica, presentan una fachada de justificación para fundar sus decisiones. En esta línea, me parece más adecuado defender que en los casos problemáticos contamos con convenciones eminentemente jurídicas, que posibilitan la defensa de diversas posiciones. Y, si bien en estos supuestos los sujetos presentan sus opiniones afirmando que el derecho exige esa solución jurídica, la teoría del error y/o la hipocresía parecen el mejor modo de dar cuenta de lo que realmente ocurre.

Además, hay un tercer grupo de supuestos, en que los individuos no están en error ni son hipócritas, que tampoco suponen un desacuerdo teórico susceptible de socavar al positivismo. Es el caso en que la mejor interpretación de lo que los propios sujetos dicen y hacen nos lleva a concluir que, aunque asumen que no hay derecho, entienden que es parte de su función adoptar una decisión para el supuesto, por lo que intentan identificar la respuesta que mejor encaja con el sistema, la que les parece moralmente más defendible, la que consideran que tendrá mejores consecuencias, etcétera.

Existe un último grupo de casos que podría resultar problemático. En ocasiones, se discute acerca del significado de un *término* de modo que los diversos intervinientes

⁶⁵ LEITER, 2007: 1232 y ss.

en la disputa presentan concepciones en pugna acerca de los rasgos centrales del objeto al que el término refiere. Entonces, si entendemos que, conforme al modelo positivista, el valor de verdad de las proposiciones depende de existencia de convergencia entre los participantes también con respecto a la interpretación de las disposiciones, tales desacuerdos carecerían de sentido puesto que el propio debate manifestaría la ausencia de un significado preestablecido. Sin embargo, creo que el positivismo puede ofrecer una respuesta satisfactoria también para estos casos si recurrimos a las aportaciones que, en el ámbito de la filosofía del lenguaje, han realizado los nuevos teóricos de la referencia.

Del mismo modo que ocurre en nuestras prácticas lingüísticas cotidianas, determinados términos que aparecen en los textos jurídicos manifiestan ciertos rasgos destacados por los partidarios de las nuevas teorías de la referencia⁶⁶. Así, en ocasiones empleamos determinados términos para referir pese a contar con información deficiente con respecto a los objetos. Empleamos dichos términos para referir a una clase, que asumimos que tienen una naturaleza profunda. Y somos capaces de referir puesto que formamos parte de una cadena de comunicación, que nos remonta en última instancia a ejemplares de la clase, aunque nuestras creencias respecto a los objetos que pertenecen a la clase sean muy pobres y falibles. Entonces, para que haya una discusión con sentido los sujetos deben formar parte de la misma cadena de comunicación, que les remonte a instancias de la misma clase. Pero además, para que se produzca un desacuerdo sustantivo, debemos ser competentes en el uso del término, lo que exige que seamos capaces de emplearlo normalmente y que contemos con un estereotipo acerca de la clase. Por otro lado, el uso correcto del término dependerá de cuál es la naturaleza de la clase a la que referimos. La identificación de qué rasgos son determinantes puede estar en manos del hablante común o de expertos. Y, puesto que su determinación requiere de teorización, los desacuerdos pueden ser explicados como argumentos en conflicto que tratan de capturar los rasgos fundamentales de la clase, que determinan la pertenencia a la misma⁶⁷. Entonces, si entendemos que el derecho pretende guiar la conducta y, precisamente por ello, se expresa mediante el lenguaje ordinario, y el lenguaje ordinario frecuentemente responde a la reconstrucción ofrecida por los nuevos teóricos de la referencia, resulta plausible entender que el lenguaje del derecho se ajusta también, cuando incorpora tales términos, a dicha reconstrucción. Y, dado que la consideración de las nuevas teorías de la referencia depende de cómo se usan los términos, tomarlas en cuenta respeta la convergencia que se halla en la base del esquema positivista, precisamente porque depende de que tal convergencia exista. En otras palabras, asumir una concepción no convencionalista como la aquí propuesta depende de la propia conducta y actitudes de los participantes, por lo que el carácter convencional del derecho no tiene por qué implicar una concepción convencional de nuestras prácticas lingüísticas.

En supuestos como los anteriores, parece que los sujetos discuten acerca del concreto significado de una disposición, más allá de que acuerden sobre los cánones vi-

⁶⁶ *Vid.* KRIPKE, 1980, y PUTNAM, 1975.

⁶⁷ Esto es así incluso si acabamos descubriendo que no hay un único rasgo esencial. El modelo hace inteligible por qué los sujetos desacuerdan, aunque en determinados casos no haya una única respuesta a la cuestión.

gentes en la comunidad. En este sentido, contra lo que venía sosteniendo, parece que podrían existir desacuerdos en el nivel del *significado de las fuentes-producto* pese a acordarse en los niveles previos, porque podría aceptarse que el lenguaje ordinario es el canon interpretativo para ese caso, pero discutirse, por ejemplo, si los hongos son o no plantas, o si los tomates son o no frutos, y qué papel pueden desempeñar los expertos en la determinación de la respuesta.

Por otro lado, tomar en consideración las nuevas teorías de la referencia no sólo hace inteligibles los desacuerdos acerca de la naturaleza de la clase, sino también otros grupos de desacuerdos.

En ocasiones, se cuestionará si un determinado término responde a la reconstrucción de los nuevos teóricos de la referencia o al esquema convencionalista. Esto es posible, por un lado, porque el propio carácter convencional de un término no tiene que resultar transparente a aquellos que lo emplean⁶⁸. Además, la determinación de que los sujetos están empleando un término conforme a las nuevas teorías de la referencia no supone una mera constatación empírica, sino que requiere de cierta teorización sobre nuestras asunciones en el uso de los términos, lo que se pone de manifiesto en nuestras reacciones ante situaciones contrafácticas.

A veces ocurre, con respecto a algunos términos, que existen dos cadenas de comunicación distintas, una que remonta al uso cotidiano del término y otra al uso experto, y la disputa puede recaer precisamente en cuál es la cadena de comunicación en la que se inserta el término que aparece en las disposiciones jurídicas. La determinación de la cadena de comunicación adecuada también exige de teorización, por lo que podrán tener cabida desacuerdos con sentido acerca de estas cuestiones. Sería el caso, por ejemplo, en que la normativa introduce un impuesto relativo a los frutos, y se discute —puesto que es evidente que existen diferencias en este ámbito entre el uso ordinario y el uso experto— si los tomates se hallan o no comprendidos en la regulación⁶⁹.

En otro grupo de supuestos, la deferencia a determinados expertos no es controvertida. Entonces, si entendemos que el término se ajusta al modelo de las nuevas teorías de la referencia, el desacuerdo entre los propios expertos generalmente no planteará problemas dado que podrá ser reconstruido como intentos en conflicto de identificar los rasgos centrales de la clase. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de las nuevas teorías de la referencia, podría defenderse que el debate de la dogmática penal respecto a la causalidad no es una disputa verbal ni tampoco ideológica; se trata, más bien, de una discusión que pretende desentrañar cuál es su naturaleza.

Otras veces existe un uso extrajurídico del término y se discute si se ha dado lugar a una nueva cadena de comunicación, esto es, si se ha producido una nueva fijación de la referencia estrictamente jurídica. Esto exigirá un análisis que no se limita a la

⁶⁸ BURGE, 1975: 250.

⁶⁹ Estoy empleando un ejemplo similar al del caso *Nix vs. Hedden*, resuelto por la Corte Suprema norteamericana en 1893 (149 US 304, 1893), aunque he introducido modificaciones en el mismo —hago referencia a frutos, y no a verduras— a efectos de dejar de lado ciertas complejidades del caso original. MORESO (2010b: 41 y ss.) considera en cambio que la solución del supuesto requiere que atendamos a consideraciones pragmáticas, y no estrictamente semánticas.

constatación de determinados hechos, lo que explicará que pueda haber desacuerdos sustantivos también en este punto⁷⁰. Imaginemos que la normativa castiga el tráfico de plantas alucinógenas, y que se suscita el problema de si el tráfico con hongos alucinógenos está o no incluido. El hecho de que se planteen dudas con respecto a si el caso de los hongos está o no regulado deja constancia de que es controvertido si el lenguaje jurídico se sirve del lenguaje ordinario —que, en este caso, remite al uso experto— o si cabe entender que se ha producido una nueva fijación de la referencia. Si esto último ocurriera, habría una nueva cadena de comunicación estrictamente jurídica que, por ejemplo, supondría que el supuesto de los hongos sí estuviera incluido en la normativa por entender que el significado del término está ligado a la intención del legislador⁷¹.

Además, frecuentemente estará en cuestión quiénes son los sujetos que deben identificar los rasgos centrales de la clase. Creo que las consideraciones apuntadas por SHAPIRO con respecto a la distribución de confianza, que se plasma en el propio diseño institucional del sistema, tienen incidencia para determinar quiénes son los sujetos relevantes. Por ejemplo, pensemos en la disposición penal que emplea el término «causalidad» y en cuál es la distribución de confianza que se plasma en el sistema con respecto al mismo. En este ámbito las diferentes conductas tienden a estar reguladas de manera taxativa y suele considerarse al juez como un mero aplicador de las disposiciones, que no realiza valoraciones. Sin embargo, en el caso de la causalidad el legislador ha omitido establecer requisitos para la aplicación del término, aun habiendo tenido la oportunidad de hacerlo. Los jueces, por su parte, recurren en sus sentencias a las reconstrucciones de la dogmática. Estos han ido teniendo en cuenta diversas teorías dogmáticas, asumiendo que éstas dan cuenta, cada vez mejor, de supuestos problemáticos y que suponen progresivos intentos de desentrañar su naturaleza. El legislador, al modificar otras partes de la regulación penal, no ha introducido nuevas consideraciones con respecto a la causalidad, esto es, no se ha comprometido con una teoría específica acerca de la misma. Teniendo en cuenta lo anterior, podría concluirse que el sistema manifiesta una actitud de confianza con respecto a la dogmática jurídico-penal en relación con significado de determinados términos, lo que se plasma en la falta de especificación en la regulación y en las diferentes atribuciones y limitaciones previstas por la normativa. Establecer quiénes son los sujetos relevantes a efectos de desentrañar la naturaleza del fenómeno requerirá de teorización, lo que no impide que, en última instancia, la indagación apunte a hechos sociales.

Finalmente, existe un grupo de supuestos controvertidos en que se invocan diferentes instrumentos interpretativos y el lenguaje ordinario entra en la argumentación como un elemento más. En tales supuestos no hay una única respuesta jurídica para la cuestión y entran en juego consideraciones normativas para determinar la solución del caso.

⁷⁰ Y, generalmente, las propias dudas acerca de si ha surgido una nueva cadena dejarán constancia de que ésta no se ha consolidado y de que, probablemente, como ocurrió en algún momento con respecto al término «Madagascar», la referencia está indeterminada. El ejemplo de Madagascar fue introducido inicialmente por EVANS (1973).

⁷¹ Este caso fue discutido por la jurisprudencia alemana y concluyó con sentencia del BGH (25 de octubre de 2006), que establece que los hongos se hallan incluidos en la normativa que hace referencia a las plantas. Analizando este supuesto, MONTIEL y RAMÍREZ, 2010. MORESO (2010b: 31 y ss.) expone y discute tanto este supuesto como el caso de la jurisprudencia norteamericana relativo a los tomates.

Los desacuerdos anteriores son posibles en el marco de una concepción positivista acerca del derecho puesto que el modo en que se usan los términos en la práctica es determinante. En este sentido, no problematizan el acuerdo básico que requiere el positivista, ni subyace a ellos una concepción sobre los elementos básicos del derecho. Así, estos desacuerdos, que son profundos, no presentan visiones enfrentadas sobre los fundamentos del derecho, sino que se limitan a disputas relativas a la naturaleza de un determinado objeto al que refieren las disposiciones jurídicas. En otras palabras, si los desacuerdos teóricos requieren de concepciones en pugna acerca del derecho, el positivismo no puede darles cabida. Pero tampoco necesita hacerlo puesto que puede recurrir a explicaciones alternativas que permiten reconstruir tales desacuerdos con un alto grado de plausibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYÓN, J., 1991: *La normatividad del derecho: deberes jurídicos y razones para la acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2002: «Derecho, convencionalismo y controversia», en E. NAVARRO y C. REDONDO (comps.), *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa, 57-92.
- BURGE, T., 1975: «On knowledge and convention», *Philosophical Review*, 84: 249-255.
- CHIASSONI, P., 2008: «On the wrong track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation and easy cases», *Ratio Juris*, vol. 21 (2): 248-267.
- COLEMAN, J., 1982: «Negative and positive positivism», *Journal of Legal Studies*, 11: 139-164.
- 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J., y SIMCHEN, O., 2003: «Law», *Legal theory*, 9: 1-41.
- DONNELLAN, K., 1970: «Proper names and identifying descriptions», *Synthese*, 21: 335-358.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking rights seriously*. Citado por la traducción de GUASTAVINO, M., 1984: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel Derecho.
- 1986: *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing.
- 2006: *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press. Citado por la traducción castellana de M. IGLESIAS y I. ORTIZ DE URBINA, 2007: *La justicia con toga*, Barcelona: Marcial Pons.
- 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge: Harvard University Press.
- ENDICOTT, T., 2001: «Herbert Hart and the semantic sting», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's post-script*, New York: Oxford University Press, 39-58.
- EVANS, G., 1973: «The causal theory of names», *Proceedings of the Aristotelian society*, Supplementary vol. 47: 187-208.
- FERRER BELTRÁN, J., 2010: «Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso», en J. MORESO, L. PRIETO SANCHÍS y J. FERRER BELTRÁN, 2010, *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 147-182.
- FERRER BELTRÁN, J., y RATTI, G., 2011: *El realismo jurídico genovés*, Barcelona, Marcial Pons.
- GUASTINI, R., 2003: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: UNAM.
- 2011: «Rule-scepticism restated», en L. GREEN y B. LEITER, *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford: Oxford University Press. En prensa.
- HART, H., 1994: *The Concept of Law*, 2.^a ed., New York: Oxford University Press.

- HIMMA, K., 2002: «Ambiguously stung: Dworkin's semantic sting reconfigured», *Legal Theory*, 8: 145-183.
- IGLESIAS, M., 1999: *El problema de la discreción judicial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- KRIPKE, S., 1971: «Identity and necessity», en M. K. MUNITZ (ed.), *Identity and Individuation*, New York: New York University Press. Citado por la traducción castellana aparecida en L. M. VALDÉS VILLANUEVA, 2005, *La búsqueda del significado*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos.
- 1980: *Naming and necessity*, Cambridge: Harvard University Press.
- LEITER, B., 2007: «Explaining Theoretical Disagreements», *The Chicago Law School Review*, 76, núm. 3, 1215-1250.
- MACKIE, J., 1977: *Ethics. Inventing Right and Wrong*, London: Penguin.
- MARMOR, A., 2005: *Interpretation and legal theory*, 2.ª ed., Oregon: Hart Publishing.
- 2009: *Social conventions. From language to law*, Oxford: Princeton Monographs in Philosophy.
- MONTIEL, J., y RAMÍREZ, L., 2010: «De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de las sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal», *Indret*, 1/2010: <http://www.indret.com/pdf/691.pdf>.
- MOORE, M., 1987: «Metaphysics, Epistemology and Legal Theory», *Southern California Law Review*, 60: 453-506. Citado por la versión aparecida en M. MOORE, 2000: *Educating oneself in public*, New York: Oxford University Press.
- MORESO, J. J., 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2001: «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en P. CHIASSONI (ed.), *The Legal Ought*, Torino: Giappichelli, 37-63. Citado por la traducción en P. NAVARRO y C. REDONDO (comps.), 2002, *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- 2010a: «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables», en J. MORESO, L. PRIETO SANCHÍS y J. FERRER BELTRÁN, 2010, *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo: 49-86.
- 2010b: «Tomates, hongos y significado jurídico», en J. MORESO, L. PRIETO SANCHÍS y J. FERRER BELTRÁN, 2010, *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 15-47.
- PAPAYANNIS, D., 2010: «El aspecto interpretativo de la regla de reconocimiento». Manuscrito inédito.
- PUTNAM, H., 1973: «Meaning and reference», *Journal of philosophy*, 70: 699-711. Citado por la traducción castellana aparecida en L. M. VALDÉS VILLANUEVA, 2005: *La búsqueda del significado*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos.
- 1975: *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge: Cambridge University Press.
- RATTI, G., 2008: «Los desacuerdos jurídicos en la *jurisprudence* anglosajona», *Analisi e Diritto*, 301-331.
- RAZ, J., 1979: *The authority of law*, Oxford: Clarendon Press.
- 1985: «Authority, Law and Morality», *Monist*, 68: 295-324. Citado por la versión aparecida en J. RAZ, 1994, *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
- 1994: *Ethics in the public domain*, Oxford: Clarendon Press.
- 1996: «Intention in interpretation», en R. GEORGE (ed.), *The autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford: Clarendon.
- 2001: «Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's postscript*, New York: Oxford University Press, 1-37.

- RODRÍGUEZ, J., 2008: «Presentación. En torno a las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos», en G. SÚCAR, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Barcelona: Marcial Pons, 11-31.
- RODRÍGUEZ, J. L., y PEROT, P. M., 2010: «Desacuerdos acerca del derecho», *Isonomía*, 32: 119-147.
- SEARLE, J., 1958: «Proper names», *Mind*, 67: 166-173.
- SHAPIRO, S., 1998a: «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4: 469-508.
- 1998b: «The Difference That Rules Make», en B. BIX (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 33-64.
- 2007: «The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed», en A. RIPSTEIN (ed.), *Ronald Dworkin*, New York: Cambridge University Press.
- 2011: *Legality*, Cambridge: Harvard University Press.
- STAVROPOULOS, N., 1996: *Objectivity in law*, Oxford: Clarendon Press.
- STRAWSON, P. F., 1959: *Individuals. An Essay in descriptive Metaphysics*, London: Routledge.
- VILAJOSANA, J. M., 2007: *Identificación y justificación del derecho*, Barcelona: Marcial Pons.
- 2010: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Barcelona: Marcial Pons.
- WALUCHOW, W., 1994: *Inclusive legal positivism*, Oxford: Clarendon Press.

LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS. SU RELEVANCIA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO *

Horacio-José Alonso Vidal

Universidad de Alicante

RESUMEN. El trabajo analiza la importancia en la aplicación del derecho de los principios implícitos. El primer apartado, consiste en un análisis estructural y como razones para la acción de los principios implícitos. El segundo apartado, aborda la cuestión sobre si la aplicación de los principios implícitos supone un ejercicio de discrecionalidad por el órgano de aplicación del derecho o no. Finalmente, a modo de conclusión, el autor sostiene que, pese a su indudable interés teórico, los principios implícitos tienen una relevancia menor en la aplicación cotidiana del derecho, excepto en aquellos supuestos en los que se haga una interpretación novedosa del mismo.

Palabras clave: principios implícitos, razonamiento jurídico.

ABSTRACT. This paper analyzes the importance in legal reasoning of the implied principles. The first section is a structural analysis of the implied principles and as a guide for human behaviour. The second section deals with the question if the application of implied principles implies or not discretion by the competent authorities. Lastly, as personal conclusion, the author advocates that despite their theoretic interest, implied principles has a lesser relevance in the daily application of Law, except in those cases where an innovative interpretation of Law is done.

Keywords: implied principles, legal reasoning.

* Fecha de recepción: 7 de junio de 2012. Fecha de aceptación: 3 de julio de 2012.

1. PLANTEAMIENTO

Este trabajo tiene como objetivo analizar el papel en el razonamiento de los órganos de aplicación del derecho de los principios implícitos. Con este propósito, lo he estructurado en los siguientes apartados:

En el primero, expongo el análisis que ATIENZA y RUIZ MANERO hacen sobre los principios implícitos desde una doble perspectiva: estructural —de la que resulta que los principios implícitos no se distinguen de los explícitos— y, sobre todo, como razones para la acción, donde ambos tipos de principios sí que se diferencian. Su concepción me servirá de andamiaje conceptual para el resto de la exposición.

En el segundo, abordo la cuestión sobre si la aplicación de normas no identificables autoritativamente y, en concreto de principios implícitos, supone de suyo el ejercicio de discrecionalidad por el operador jurídico. En este sentido, expondré dos teorías sobre el particular totalmente contrapuestas. Por un lado, la concepción de DWORKIN de la aplicación del derecho como integridad y, por otro lado, la visión de GUASTINI de que la construcción de principios implícitos implica necesariamente arbitrariedad, y ello a pesar de formular un análisis impecable sobre las diversas técnicas que los juristas utilizan para la construcción de principios implícitos. Concluiré este apartado con mi propia visión sobre este problema, basada, con algunas matizaciones, en el trabajo *¿Qué queda del positivismo jurídico?* de Á. RÓDENAS.

Finalmente, termino la exposición con una reflexión propia, y que seguramente sea la más discutible de todo el trabajo: pese a que su interés teórico sea indudable, la discusión sobre la aplicación de los principios implícitos, desde un punto de vista práctico, me parece una cuestión de menor relevancia.

2. UN PUNTO DE PARTIDA: LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS EN LA TEORÍA DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS DE ATIENZA Y RUIZ MANERO

En la propuesta de clasificación de los principios jurídicos que formulan ATIENZA y RUIZ MANERO (1996: 6) se incluye la distinción entre principios explícitos y principios implícitos. Así, los primeros son aquellos formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, y los segundos, aquellos principios extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico. Estos autores califican esta distinción como exhaustiva y excluyente.

Si consideramos otra de las distinciones que formulan ATIENZA y RUIZ MANERO —entre principios en sentido estricto y directrices—, nos encontramos con que nada se opone a que ambos tipos de enunciados, principios en sentido estricto y directrices, sean implícitos. Así, estructuralmente, los principios implícitos no se distinguirían de los principios explícitos. En efecto, un principio en sentido estricto implícito puede formularse como un enunciado que correlaciona casos con la calificación normativa de una determinada conducta del mismo modo que un principio explícito. Asimismo,

una directriz implícita establece un fin que debe cumplirse en la mayor medida posible, al igual que lo hace una directriz explícita.

Sin embargo, desde la perspectiva de las normas como razones para la acción sí que existirían diferencias entre los principios explícitos y los principios implícitos, tal y como señalan ATIENZA y RUIZ MANERO (1996: 12). Los principios explícitos son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la razón por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas: a saber, su origen en una determinada fuente. No son razones perentorias porque no excluyen la deliberación del órgano jurisdiccional acerca de la decisión a adoptar, sino que son razones *prima facie* para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) —que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido— ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.

Por su parte, los principios implícitos, explican ATIENZA y RUIZ MANERO, también son razones para la acción no perentorias, por los mismos motivos que no lo son los principios explícitos. Y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento judicial no es en virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad intrínseca de su contenido. En opinión de estos autores, dicha cualidad no es su justicia intrínseca, sino su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes. Sobre este aspecto, incidiré más adelante cuando me ocupe de la aplicación de los principios implícitos por el órgano judicial.

Aunque ATIENZA y RUIZ MANERO no dicen nada al respecto, probablemente porque se sobreentiende, la aplicación de un principio implícito siempre exigirá un mayor grado de deliberación que la aplicación de un principio explícito, y ello porque, además de ponderar si existen otras razones (otros principios) —que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido—, el órgano judicial tendrá que hacer un juicio de adecuación del principio implícito con las reglas y principios explícitos del sistema.

Finalmente, los principios implícitos actuarían principalmente en el sistema secundario o sistema del juez, en cuanto dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos públicos (la aplicación de normas) de los órganos jurídicos, aunque también puede afirmarse su aplicación en el sistema primario. Así por ejemplo, el principio de autonomía de la voluntad era un principio implícito aplicable a la interpretación de los negocios jurídicos antes de su reconocimiento expreso por el Código Civil.

3. PRINCIPIOS IMPLÍCITOS Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

3.1. La concepción de DWORKIN

Ya es un lugar común en la Teoría del derecho contemporánea situar a DWORKIN como el principal precursor de la discusión sobre si el derecho es exclusivamente un sistema de reglas, cuestión a la que, como es sabido, da una respuesta negativa. En su obra, convertida en clásico, *Los derechos en serio*, DWORKIN (1999: 73-78) crítica que

el positivismo jurídico, y en concreto la versión del mismo planteada por HART, olvida que, cuando los juristas razonan, no sólo utilizan reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera que son adoptadas o desarrolladas, sino también otro tipo distinto de normas como son los principios. De este modo, la crítica de DWORKIN va dirigida a atacar las dos tesis básicas del positivismo, a saber: la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y la tesis de la discreción judicial. Conforme a la primera de estas tesis, la validez de una norma jurídica no depende de su corrección moral —ni de la corrección moral de una norma puede derivarse su validez jurídica—, sino de su conformidad con los criterios establecidos en lo que HART denomina la «regla de reconocimiento». Sin embargo, para DWORKIN esta tesis no se sostiene, puesto que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su *pedigree*), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Así, para DWORKIN un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, de hecho, la existencia de los mismos constituye una de las vías para la introducción de la moral en el derecho —constituyendo éste, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para criticar la separación conceptual entre derecho y moral—.

Por su parte, la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual cuando ninguna norma es aplicable a un caso en cuestión el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución, debe ser también rechazada, a juicio de DWORKIN, por dos razones: en primer lugar, porque implica una violación del principio de separación de poderes, ya que se le reconoce al poder judicial una capacidad de dictar normas que es exclusiva del poder legislativo. En segundo lugar, porque si esto fuera así, permitiría legislar *ex post facto*, ya que desde el momento en que se reconoce que el juez, en el ejercicio de su discrecionalidad, puede crear normas aplicables a un caso que no tiene una solución normativa por parte del sistema de fuentes, se está admitiendo la aplicación de una norma con carácter retroactivo, pues se trata de una norma que no existe en el momento en que se produjo el hecho (violándose, así, el principio *nullum crimen sine lege praevia*). Ambos problemas, para DWORKIN, pueden ser solucionados si se reconoce la existencia de los principios jurídicos. En efecto, la existencia de éstos demuestra que el juez no goza de discrecionalidad ni siquiera en aquellos casos en los que hay oscuridad, vaguedad o ausencia de reglas aplicables, ya que siempre va a poder recurrir a un principio del ordenamiento jurídico. De este modo, no existe discreción judicial, sino que para cualquier caso que se plantee, el sistema jurídico, compuesto por reglas y principios, ofrece una respuesta correcta.

Nótese que, conforme a lo expuesto hasta ahora, y si bien no utiliza expresamente esta terminología, DWORKIN siempre se está refiriendo a los principios implícitos, no a los explícitos, puesto que siempre parte de la base que los principios entrarían en juego cuando no existe una norma que sí pueda ser identificada por haber sido producida por una autoridad. Por ello, la teoría de DWORKIN es incompleta en la descripción de los principios como tipos de normas, ya que no da cuenta de los principios explícitos. Esta objeción es una de las réplicas que HART (1994: 252 y ss.) formula a la crítica de DWORKIN en el *PostScript*, donde señala que: «La preocupación por la interpretación constructiva ha llevado a DWORKIN a desconocer el hecho de que muchos principios jurídicos no deben su carácter a su contenido [...] sino a lo que él denomina su pedi-

gree, esto es, a la forma como han sido creados o adoptados por una fuente de autoridad reconocida». Como «fuentes de autoridad reconocida» señala HART a la legislación y la jurisprudencia judicial. Y como ambas fuentes de autoridad conforman un criterio de identificación general o convencional de los principios: «Por consiguiente —dice HART—, no existe la incompatibilidad que, según Dworkin, se da entre la aceptación de principios como parte del derecho y la doctrina de la regla de reconocimiento». Estos principios creados o adoptados por una fuente de autoridad reconocida son los principios explícitos.

Por otro lado, son dos los criterios de distinción entre reglas y principios que propone DWORKIN. Para explicar el primero, recurre al ejemplo de una sentencia dictada en 1889, cuando un Tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el caso *Riggs vs. Palmer*¹, si una persona que había asesinado a su abuelo debía tener derecho a recibir la herencia de éste al haber sido designado heredero en su testamento. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que «es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, conceden esta propiedad al asesino». Pero el tribunal continuaba señalando que «todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen». Como consecuencia de este razonamiento el tribunal falló que el asesino no recibiera la herencia. Es decir, este caso habría sido resuelto mediante la aplicación de un principio implícito que se deduciría del ordenamiento jurídico en su conjunto, que podría sintetizarse en que «nadie puede sacar provecho de su propio acto ilícito».

Para DWORKIN, la norma utilizada para resolver este caso sería de un tipo muy diferente a las que consideramos reglas típicas, como la proposición que señala que «la velocidad máxima permitida por la ley en la autopista es de cien kilómetros por hora».

Así, si bien concede que ambos tipos de normas —las reglas y los principios— apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, no obstante difieren en el carácter de la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas: si los hechos que estipula una norma de este tipo están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso, la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

Sin embargo, los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio acto ilícito, pero ello no implica que la ley nunca posibilite que una persona se beneficie de su acto ilícito, como sucedería en el caso de la usucapión. De este modo, lo que haría un principio es limitarse a fijar una razón para resolver en un determinado sentido, pero no exige una decisión en particular, porque pueden concurrir otros principios que apunten en dirección contraria y, en tal caso, es posible que aquel principio no prevalezca.

¹ El caso del «nieto apurado», como lo ha denominado CARRIÒ.

Ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en otros supuestos, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo.

La segunda diferencia que DWORKIN establece entre las reglas y los principios tiene que ver con una dimensión que, según su parecer, tienen los segundos pero de la que carecen las primeras: la dimensión de peso o importancia. Así, cuando los principios colisionan entre sí, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno; pero en este caso no puede haber una mediación exacta, por lo que el juicio respecto de si un principio en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, las reglas no tienen esta dimensión, esto es, no podemos decir que una regla sea más importante que otra, sino que cuando dos de ellas entran en conflicto, la decisión respecto a cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las reglas mismas mediante elementos externos a su contenido como, por ejemplo, otras reglas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior o algo similar.

En una obra posterior, *Law Empire*, DWORKIN (1986) avanza en su teoría, exponiendo cómo esos principios —implícitos— deben ser aplicados por el juez para la solución de un caso determinado evitando la discrecionalidad. Así, frente a la visión meramente fáctica² del derecho, característica del positivismo jurídico, DWORKIN defiende su Teoría del derecho como integridad. Para explicar su Teoría, DWORKIN se sirve de una figura contrafáctica, un juez denominado «Hércules», dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas. Pues bien, según DWORKIN, para el juez Hércules el derecho vigente consiste en los principios que proporcionan la mejor justificación disponible para el entendimiento del derecho como un todo, de tal suerte que ante un caso difícil el deber de Hércules sería encontrar los principios que expliquen de la mejor manera posible las reglas vigentes y que provean la mejor justificación moral para la decisión del caso.

3.2. La concepción de GUASTINI

La opinión de GUASTINI difiere totalmente de la de DWORKIN respecto a si la utilización de los principios implícitos para la resolución de casos implica discrecionalidad o no del Tribunal. Si para DWORKIN la manera de evitar esa discrecionalidad sería, precisamente mediante la aplicación de estos principios implícitos, de acuerdo a su Teoría del derecho como integridad, GUASTINI llega justo a la conclusión contraria.

GUASTINI (1999) parte de una distinción entre principios explícitos (que él denomina expresos) muy similar a la de ATIENZA y RUIZ MANERO. Así, son principios expresos los explícitamente formulados en una disposición constitucional o legislativa, de la que puedan recabarse (como cualquier otra norma) mediante interpretación. Por el contrario, son principios no expresos los que carecen de disposición, esto es, los no explícitamente formulados en alguna disposición constitucional o legislativa, sino

² *Plain-fact view of Law* en el original.

que son elaborados o «construidos» por los intérpretes en el momento de aplicar el derecho.

Pues bien, para GUASTINI (1999: 41) la aplicación de los principios implícitos supone mayor discrecionalidad judicial que la que se produce con la aplicación de los principios expresos. Y ello porque los principios no expresos son fruto, no de interpretación —es decir, de adscripción de significado a específicos textos normativos—, sino de integración del derecho por obra de los intérpretes. En este sentido, el iusfilósofo genovés señala que los operadores jurídicos a veces obtienen los principios implícitos de normas singulares, otras de grupos más o menos amplios de normas y en ocasiones del ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, se obtiene un principio de una norma singular cada vez que se formula hipótesis de una ratio, es decir, un fin, como perseguido por la norma, o de un valor de justicia, aunque también puede derivar de una norma concreta (como el principio de libertad de forma en la contratación, que en derecho español, la doctrina mayoritaria extrae del art. 1.281 del Código Civil). Como principios implícitos extraídos de una multiplicidad de normas, GUASTINI da el ejemplo del tradicional principio dispositivo en el derecho procesal civil (que, en efecto, en derecho español se deduciría de múltiples artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el art. 251, conforme al cual es la parte demandante en su escrito de demanda la que fija la cuantía del proceso, o el art. 399.5, que estipula que es también la parte demandante la que debe señalar su pretensión en el escrito demanda). Por último, como ejemplos de principios jurídicos implícitos extraídos del conjunto del ordenamiento, GUASTINI cita la «norma general exclusiva» o principio de libertad, esto es, todo lo que no está expresamente prohibido está permitido, o el principio de certeza del derecho.

GUASTINI (1999: 41-42) continúa señalando que es posible sostener, como hipótesis, que en nuestra cultura jurídica se hace uso de, al menos, tres diversas técnicas de construcción de principios implícitos.

Una primera técnica de construcción consiste en la «inducción» de normas generales —mediante abstracción, generalización o universalización—, a partir de normas particulares. GUASTINI califica a este procedimiento como *altamente discrecional* con la siguiente explicación. Supongamos una norma particular, N, que conecta la consecuencia jurídica, Z, a un supuesto de hecho complejo, F, que se realiza cuando se presentan conjuntamente las circunstancias A, B y C. La estructura de la norma N será: «Si A, B y C, entonces C». Pues bien, la formulación de un principio implícito en este caso conllevaría la realización del siguiente proceso intelectual por el intérprete. Se distinguen dentro de los elementos (A, B, C) que caracterizan al supuesto de hecho F, los componentes esenciales de los accidentales. En segundo lugar, se construye un supuesto de hecho F1 que no comprende los elementos accidentales (y que por tanto es más general que F). En tercer lugar, se formula el principio que conecta la misma consecuencia jurídica Z al supuesto de hecho F1. El problema para GUASTINI estribaría en que la distinción entre los componentes accidentales y los esenciales es completamente discrecional, de modo que el principio obtenido por universalización tendrá un contenido diverso según el intérprete haya elegido hacer abstracción al construirlo del componente A, B o C.

Una segunda técnica de construcción de principios implícitos consiste en la búsqueda por el intérprete —para GUASTINI, peyorativamente, se trataría de *conjeturas*—

de los fines, intenciones, valores del legislador. Esta técnica es la que se emplea cada vez que se obtiene la ratio de una norma. Pues bien, para GUASTINI estas conjeturas son obviamente discrecionales, pues es raro que una norma responda a un fin unívoco y todo resultado que una norma puede producir es susceptible de ser asumido como razón de ser de tal norma. Esta última aseveración de GUASTINI me parece claramente *contrafáctica* y una clara petición de principio. En efecto, son numerosos los casos en los que una norma tiene un resultado indeseado, y no por ello podemos asumir que, una de las finalidades posibles de la norma, era la obtención de ese resultado indeseado. Así por ejemplo, cuando se estableció la conocida como *Ley Seca* en los EEUU se produjo un aumento del contrabando de alcohol y de los delitos violentos relacionados con el mismo, y no por ello diríamos que una de las posibles finalidades de la norma era fomentar el mercado negro de esta sustancia y que las bandas mafiosas se liasen a tiros por el control de los canales de distribución.

Finalmente, la última técnica de construcción de los principios implícitos consiste: por un lado, en elaborar una norma implícita que se supone instrumental a la actuación de un principio previamente reconocido como tal; y por otro lado, en elevar después la norma implícita así construida al rango de principio. GUASTINI presenta como ejemplo el principio de igualdad de armas entre las partes en el seno de un proceso, principio que sería instrumental respecto al derecho de defensa.

En conclusión, la aplicación judicial de principios implícitos para GUASTINI no sería más que un ejercicio de discrecionalidad, cuando no de arbitrariedad por el Tribunal. Sin embargo, la razón de fondo para la visión negativa de este autor sobre la utilización de los principios implícitos en el razonamiento judicial no está explicitada en el trabajo que acabo de glosar, pero sí en otros. Así, el problema sobre la admisibilidad de los principios implícitos como normas aplicables para la resolución de casos estriba en que para este autor es una petición asumir que los principios tienen un contenido prescriptivo que hay que descubrir mediante la interpretación, pues para GUASTINI (1999b: 85) que los principios tengan un contenido prescriptivo es una tesis que habría que demostrar, lo cual es dudoso desde el momento que puede sostenerse que, precisamente, la imposibilidad de realizar una interpretación literal excluye que los principios tengan contenido prescriptivo³.

Considero que esta conclusión de GUASTINI es excesivamente simplista y no está a la altura de la fineza analítica que se colige de su tipología de las técnicas de construcción de los principios implícitos. De este modo, él mismo resta utilidad al completo análisis que hace de las técnicas de construcción de los principios implícitos, cuando sostiene que su utilización implica discrecionalidad, cuando no directamente su arbitrariedad. En este sentido, si el trabajo de GUASTINI se interpreta en términos puramente descriptivos, esto es, que se limita a relacionar las técnicas interpretativas de las que hacen uso los juristas para la construcción de los principios implícitos, y no a analizar la corrección de su aplicación, no se comprende entonces sus esfuerzos por definir

³ GUASTINI (1999b: 12) distingue entre dos tipos de interpretaciones: la interpretación declarativa o literal y la interpretación correctiva. La interpretación literal sería aquella interpretación que atribuye a una disposición su significado «literal» —el significado *prima facie*— que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas. Por su parte, la interpretación correctora es aquella que otorga a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto.

las condiciones de aplicación y los límites de cada técnica interpretativa, poniendo además numerosos y buenos ejemplos, de todo lo cual se deduciría una pretensión prescriptiva sobre el alcance y limitaciones de las referidas técnicas de construcción de principios implícitos.

Todo lo cual, evidencia, una vez más, que la pretendida separación que GUASTINI sostiene entre teoría y dogmática de la interpretación, de la que las técnicas de construcción de principios implícitos sería un subapartado, no funciona⁴.

3.3. Toma de postura

La aplicación de principios implícitos constituye un claro supuesto de aplicación de normas no identificables de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, lo cual tampoco debe extrañarnos. En efecto, como explica RÓDENAS (2003), es el propio ordenamiento jurídico quien en muchos supuestos permite al órgano jurisdiccional la posibilidad de resolver un caso mediante la aplicación de normas no identificables autoritativamente.

Así, nuestro propio sistema de fuentes, recogido en el art. 1 del Código Civil, establece que los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. Es decir, nuestro propio ordenamiento prevé la posibilidad de que a falta de norma identificable autoritativamente (ley o costumbre) puedan aplicarse los principios generales del derecho en una doble función: en primer lugar, para colmar lagunas. Y, en segundo lugar, o más bien complementariamente, con una función axiológica, esto es, para permitir el correcto entendimiento de las normas. El Tribunal Constitucional español ha expresado esta idea en los siguientes términos⁵:

Los principios generales del derecho, *no recogidos en el texto de la Constitución, o acogidos como principios rectores*, los cuales informan el ordenamiento constitucional, además de ser faros en la tarea de interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias.

De este modo, en contra de lo postulado por GUASTINI, estoy de acuerdo con RÓDENAS (2003: 433) cuando sostiene que una cosa es admitir que los jueces puedan aplicar normas que no resultan identificables de acuerdo con los criterios fijados en el sistema de fuentes, y otra diferente es hablar de discrecionalidad en estos casos, pues el derecho no renuncia a determinar cuándo los jueces pueden aplicar normas no identificables autoritativamente, ni le es indiferente cuál es su contenido. Así, en el caso de los principios implícitos, el operador jurídico que los aplique, deberá desarrollar una argumentación tendente a demostrar la existencia de dos condiciones de aplicación:

a) Subsidiariedad, esto es, que no exista norma identificable autoritativamente aplicable al caso, o bien que la norma identificable autoritativamente debe ser interpretada de forma diferente o incluso ser inaplicada por la concurrencia del principio implícito en cuestión.

⁴ Vid. la crítica que le dirige en el mismo sentido GIMENO PRESA: 2001.

⁵ STC 290/2000, de 30 de noviembre. Es de destacar, nuevamente, cómo nuestro Alto Tribunal, si bien no utiliza la terminología de principios implícitos, se está refiriendo a ellos, pues habla de principios generales del derecho no recogidos en el texto de la constitución o acogidos como principios rectores.

b) Coherencia, esto es, que el contenido del principio implícito sea coherente con las reglas y principios explícitos del sistema.

A continuación explicaré las condiciones de aplicación de cada uno de estos requisitos.

En primer lugar, el supuesto más claro de aplicación subsidiaria de un principio implícito se producirá cuando no exista una norma identificable autoritativamente —una regla o un principio explícito— para su resolución, esto es, cuando exista una laguna ordinaria. Un ejemplo lo tenemos en el caso resuelto por la Sentencia núm. 26 del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de marzo de 2011. Los hechos enjuiciados fueron los siguientes:

— El recurrente en amparo, un trabajador público de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, solicita realizar su jornada laboral en turno de noche para conciliar su vida familiar y laboral, lo cual no está previsto en norma alguna, ni legal, ni reglamentaria ni convencional, y tampoco en su contrato de trabajo. Tampoco la Administración para la que trabaja tiene, en su organización del trabajo, un horario nocturno, por lo que la petición del cambio de turno alteraría la organización del trabajo.

— En las sucesivas instancias judiciales se rechazó la pretensión del trabajador, al no existir una norma expresa que amparase su pretensión.

— Sin embargo, el Tribunal Constitucional otorga el amparo y reconoce la posibilidad de ese derecho en caso de que se haga una correcta ponderación de las circunstancias fácticas concurrentes, y lo incardina bajo el principio, constitucional, de conciliación de la vida familiar y laboral, principio implícito que se colegiría del mandato de no discriminación por circunstancias personales —art. 14 CE— y del principio de protección de la familia (art. 39 CE), con la siguiente argumentación:

Conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendientes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones.

En segundo lugar, también pueden constituir un caso de aplicación de principios implícitos, aquellos supuestos en los que sí existe una norma identificable autoritativa-

mente —una regla o un principio explícito— aplicable, si bien la concurrencia de un principio implícito en el supuesto concreto supone que el principio o regla explícitos deban interpretarse de forma distinta a la literal o incluso no aplicarse, es decir, son supuestos en los que existe una laguna axiológica. Un ejemplo lo tenemos en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de fecha 14 de febrero de 1998. Los hechos enjuiciados fueron los siguientes:

— Un ciudadano reclama a la Consejería de Medio Ambiente de Castilla y León unos daños producidos en las cosechas de trigo y cebada de su finca por la caza mayor en el año 1995.

— En el momento de plantear su reclamación existe una laguna procesal consistente en que no está determinado con claridad cuál es la jurisdicción competente para plantear judicialmente la reclamación, si la civil o la contencioso-administrativa.

— El Juzgado de Primera Instancia se considera competente y estima la reclamación.

— La Consejería de Medio Ambiente presenta recurso de apelación contra la referida Sentencia, basado en la excepción de falta de jurisdicción, alegando, en síntesis, que la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común ha supuesto la unidad de foro, a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, para cualesquiera reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración. Esta postura también parece ser apoyada por la Ley Orgánica 61/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues el art. 9.4 de dicho texto legal expresa que «conocerán, asimismo —los del orden contencioso-administrativo— de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive».

— Finalmente, la Audiencia Provincial de Soria desestimó el recurso con la siguiente argumentación:

«Aun reconociendo esa unidad de jurisdicción a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa la declaración de incompetencia de este Tribunal a los más de cinco años de ocurridos los daños, significaría embarcar al actor en una nueva búsqueda de juez competente, para entablar un nuevo proceso en el que, a lo largo de todas sus instancias y vicisitudes, tratara de obtener la satisfacción de un legítimo interés indemnizatorio, que tuvo su origen en la lesión de otro derecho constitucionalmente también protegido. No pudiéndose olvidar que, por lo general, los pleitos contencioso-administrativos son más gravosos o caros para el administrado que los civiles y que no puede compararse la celeridad de un juicio de cognición con un contencioso-administrativo. El Tribunal Supremo —Sentencias de 12 de junio de 1997, 20 de febrero de 1997, 23 de diciembre de 1997, etc.—, en supuestos semejantes al presente ha declarado que “a estas alturas aceptar un peregrinaje de jurisdicciones se presenta irritante y no acomodado a una gestión efectiva, ante un supuesto claro de responsabilidad por daños”» concluyendo con que «hay que afirmar que la evitación del peregrinaje procesal es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concertada la cuestión en este aspecto procesal y cumplir lo determinado en el art. 24 de la Constitución española. En definitiva, reconociendo la razón legal que le asiste al recurrente, confirmada por la resolución del Tribunal de Conflictos antes apuntada, lo cierto es que existía una laguna legal de carácter procesal que debe cubrirse en este caso concreto, y por las razones apuntadas,

según la precedente doctrina conforme al principio general de la evitación del “peregrinaje de jurisdicciones”».

Este tipo de lagunas se producen porque, siguiendo a SCHAUER (2004), cabría distinguir entre el significado de las formulaciones normativas y la justificación subyacente a las mismas. Conforme a esta distinción, puede suceder que en algunos casos se produzca un desajuste entre aquello que la formulación normativa nos exige y lo que la justificación subyacente a la misma requiere. Este tipo de situaciones se conocerían como experiencias recalcitrantes, y pueden presentarse de dos formas (RÓDENAS, 2003: 432). En algunos casos, puede suceder que las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporen ciertos supuestos a los que, sin embargo, su justificación subyacente sí sería aplicable. En estos supuestos, la prescripción contenida en la formulación normativa es *infraincluyente* en relación con su justificación subyacente. En contraposición, la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* cuando comprende estados de cosas que no produzcan la consecuencia representada en la justificación de la regla. Este tipo de experiencias recalcitrantes, a su vez, estaría representado por dos tipos de supuestos: aquellos que quedan fuera del alcance de la regla de acuerdo a su razón subyacente y aquellos otros que suponen una excepción a su aplicación considerando otras razones que no habían sido prevista en el balance original que dio lugar a la razón subyacente de la regla.

Ilustraré con el siguiente ejemplo cómo un principio implícito puede matizar la aplicación de una regla o un principio explícito, o incluso determinar su no aplicación. Así sucede, en relación a las medidas de protección de la legalidad urbanística, con el principio de menor demolición, el cual no se encuentra recogido positivamente, si bien la jurisprudencia contencioso-administrativa lo ha venido aplicando como manifestación concreta del principio de proporcionalidad. El principio de menor demolición resultaría aplicable en aquellos supuestos en los que existe una infracción urbanística, por ejemplo un exceso de edificabilidad, pero dicha infracción es de menor entidad, por lo que resultaría desproporcionado la aplicación de la medida de restauración de la legalidad urbanística prevista, esto es, la demolición.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 1993 explica lo que acabo de exponer en los siguientes términos:

El principio o criterio de proporcionalidad, congruencia y menor demolición, desarrollado por la jurisprudencia, pretende en su aplicación evitar la desarmonía que pudiera producirse entre la entidad o gravedad de la infracción cometida y las consecuencias dañosas que se derivan de la imposición de unas medidas de derribo desproporcionadas con dicha falta, resultando necesaria la ponderación de ambos factores bajo un criterio de proporcionalidad y congruencia, que debe actuar como presupuesto legitimador de las medidas que en cada caso concreto se adopten. Igualmente es necesario indicar que la doctrina jurisprudencial viene entendiendo que procede la aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los que la entidad de la infracción no se corresponda con el rigor y los efectos de la medida de demolición dispuesta (SSTS de 1 de julio y de 19 de septiembre de 1981). No procederá, por tanto, la demolición en los casos en que se esté ante desajustes mínimos con la normativa urbanística de la construcción ilegal.

En este supuesto, estaríamos ante una *experiencia recalcitrante supraincluyente*, en la que la apreciación del principio de menor demolición, un principio implícito, des-

plaza la aplicación de la regla que determina la demolición como medida de restauración de la legalidad urbanística.

Ahora bien, como señala RÓDENAS (2003:438), que los jueces dejen de aplicar una norma identificable autoritativamente, ya sea una regla o un principio explícito, a favor de la aplicación de un principio implícito no implica tampoco que los jueces tengan discrecionalidad para establecer el balance de razones que estimen oportuno, con tal de que se base en razones ya reconocidas por el ordenamiento jurídico, sino que será preciso que desarrollen una argumentación dirigida a demostrar la prevalencia de razones de primer orden aplicables al caso en cuestión que ya figuren tácitamente en el sistema.

La segunda condición de aplicación, como he apuntado, es la coherencia. En mi opinión, en este contexto el concepto de coherencia tiene varias implicaciones, a saber:

Una primera implicación sería de tipo lógico o conceptual, es decir, el intérprete colige la existencia del principio implícito a partir del derecho explícito. Esta operación es innecesaria para el intérprete cuando aplica derecho explícito porque éste se puede identificar en razón de la autoridad que lo ha producido. Conviene aclarar que estoy utilizando aquí el término lógica en sentido amplio, no como sinónimo de lógica-deductiva. En efecto, en ocasiones se puede presentar un principio implícito como una mera subsunción de un principio explícito ya reconocido por el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el principio de menor demolición al que hacía referencia anteriormente puede verse como una especificación en el ámbito de la restauración de la legalidad urbanística del principio de proporcionalidad consagrado en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Pero, en otros supuestos, el principio implícito será fruto de una operación de inducción con base en varias reglas concretas del ordenamiento jurídico, como el principio de justicia rogada en el procedimiento civil, que, como bien dice GUASTINI, se colige de varias reglas explícitas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Una segunda implicación sería la necesidad de que el intérprete formule un juicio de adecuación, es decir, no es suficiente con que el principio implícito se colija del derecho explícito sino que se requiere que su contenido se adecue al mismo. Ahora bien, el problema estriba en determinar cuándo se puede considerar que un principio implícito se adecua al derecho explícito. A esta cuestión, se le han dado diversas respuestas, como la ya señalada de DWORKIN, conforme al cual un principio implícito sería coherente si permite, en un caso difícil, explicar de la mejor manera posible las reglas vigentes y provee la mejor justificación moral para la decisión del supuesto.

MACCORMICK (*vid.* ATIENZA, 1997: 147) se expresa en términos parecidos cuando sostiene que una norma es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que resulten aceptables, en el sentido de que configuran —cuando son considerados en su conjunto— una forma de vida satisfactoria.

Con estas definiciones, sin embargo, el problema sólo se prorroga, porque, ¿qué ocurre cuando existe discrepancia sobre esos valores o principios generales? A este respecto, y como expone BAYÓN (2002: 71-72), cabría diferenciar entre un convencio-

nalismo explícito⁶—que limita el alcance de nuestras convenciones a aquellas cuestiones en las que se produce un acuerdo explícito— y un convencionalismo profundo—según el cual son los criterios tácitos de corrección los que fundamentan la objetividad de la convención y no los acuerdos explícitos realmente existentes—. De acuerdo a esta última tesis, para hallar esas convenciones tácitas el intérprete debe llevar a cabo una suerte de equilibrio reflexivo rawlsiano, en virtud del cual las hipótesis que se formulan sobre el peso de las razones en conflicto implicadas en la resolución de los casos concretos deben apoyarse en reconstrucciones de los criterios tácitos convencionales que dan cuenta de la institución o sector normativo en cuestión, y tales reconstrucciones, a su vez, deberán confrontarse con nuestras convenciones interpretativas más arraigadas que se ponen de manifiesto en los casos paradigmáticos. De modo que si se producen desajustes como resultado de las comparaciones, se salvarán mediante un ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y convenciones que nos lleven ora a descartar algunas de nuestras convenciones, ora a ofrecer otra reconstrucción, o, en fin, a reformular las hipótesis hasta lograr un ajuste mutuo entre los tres elementos.

No obstante lo anterior, la defensa de un convencionalismo profundo, sostiene RÓDENAS, no implica que siempre haya una única respuesta correcta para cada caso, pues para el convencionalismo profundo los límites del derecho estarían en los límites de nuestras convenciones, de suerte que aunque lo que determine la verdad o falsedad de nuestras convenciones sean los criterios tácitos compartidos por la comunidad y no el carácter expreso de la misma, todavía el derecho permanece indeterminado en todos aquellos supuestos que presentan una litigiosidad tal que es imposible fijar unos criterios tácitos compartidos.

Para el caso de los principios implícitos, sin embargo, mi opinión es que el operador jurídico no debe ir más allá del convencionalismo explícito porque, dado su carácter subsidiario, es necesario para su aplicación que exista un acuerdo previo explícito sobre el alcance de los principios o reglas de los que se derivaría el principio implícito que se pretende aplicar. Así, no tendría mucho sentido que un Tribunal aplicase el principio de menor demolición si, en lugar del principio de proporcionalidad, lo que contemplase el ordenamiento jurídico en su conjunto fuese un principio de cumplimiento estricto de las sanciones. Asimismo, tampoco tendría sentido que se dedujera la existencia del principio de justicia rogada en el procedimiento civil, si en su lugar la Ley de Enjuiciamiento Civil contuviese una serie de normas haciendo referencia al impulso de oficio como principio rector del proceso.

Por este motivo, mi propuesta de reconstrucción de la aplicación de los principios implícitos es más restringida, en términos de reglas procesales de la argumentación, que la que propone RÓDENAS (2003: 448) para la aplicación de normas no identificadas autoritativamente en general, de suerte que:

- 1) Los principios implícitos operarán en el razonamiento jurídico como razones para la acción no perentorias y no independientes de su contenido.
- 2) Corresponde a quien lo alega mostrar que un principio implícito debe ser aplicado (bien porque el caso en cuestión no está regulado expresamente por una norma

⁶ Doctrinalmente se ha denominado a este convencionalismo como superficial, yo prefiero denominarlo explícito por ser un término más descriptivo, ya que el adjetivo superficial tiene connotaciones peyorativas.

identificable autoritativamente, ya sea una regla o un principio explícito, o porque en el caso en cuestión constituye una excepción a una regla, está fuera de su alcance, o porque la regla resulta invalidada por la toma en consideración del principio implícito.

3) Quien pretenda la aplicación de un principio implícito, deberá realizar un razonamiento dirigido a demostrar: *a)* que el principio implícito se colige de principios o reglas explícitas del sistema, y *b)* que de acuerdo a las convenciones interpretativas explícitas, hay razones suficientes para la aplicación del principio implícito.

4. RELEVANCIA PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS

En mi opinión, pese a que la existencia y aplicabilidad de los principios implícitos para la resolución de un caso ha sido uno de los debates nucleares de la Teoría del derecho, al menos desde DWORKIN, por lo que su interés teórico es indudable, desde un punto de vista práctico me parece una cuestión de menor trascendencia. Ello es así porque la totalidad de los principios implícitos acaban por convertirse en principios explícitos. Este corolario me parece que es especialmente evidente en los sistemas jurídicos anglosajones, en los que expresamente se reconocen como fuentes de autoridad a la legislación y, sobre todo, a la jurisprudencia judicial. En efecto, una vez que un tribunal de Nueva York resolvió el caso *Riggs vs. Palmer* mediante la aplicación de un principio implícito consistente en que «nadie puede sacar provecho de su propio acto ilícito», dicho principio quedó explicitado de cara a futuros casos en forma de precedente vinculante.

En el derecho continental, si bien de forma menos evidente, me parece que se puede sostener una conclusión similar. Y es que, aunque el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho sea más discutible, lo cierto es que, como he defendido, la aplicación por los tribunales de un principio implícito acaba constituyendo una convención interpretativa explícita que es la que a su vez determina la propia aceptabilidad de la aplicación del principio implícito en cuestión.

No obstante lo anterior, existiría una importante salvedad a esta relativa intrascendencia práctica de los principios implícitos. Se trataría de aquellos supuestos en los que el órgano de aplicación realiza una interpretación novedosa del derecho, como sucedió en el caso *Riggs vs. Palmer*. Un ejemplo reciente en la jurisprudencia menor española lo tenemos en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, de fecha 17 de diciembre de 2011, que ha suscitado una gran polémica, al no permitir a una entidad financiera continuar el procedimiento de ejecución, tras haber resultado insuficiente la subasta del inmueble para cubrir la totalidad de la responsabilidad hipotecaria, lo que equivaldría, de facto, al reconocimiento de la dación en pago sin consentimiento del acreedor para la extinción de la deuda.

El razonamiento del tribunal en esta resolución es el siguiente:

— Existe una regla X que prescribe que la ejecución contra el deudor Y debe continuar contra el resto de sus bienes cuando la realización del bien Z no ha satisfecho el importe del crédito de R.

— En este caso, la regla X no es aplicable porque el bien Z estaba valorado por el propio R en caso de subasta por un importe superior al crédito, siendo coyuntural que la subasta se declarase desierta.

Reconstruyendo el razonamiento del tribunal, para justificar la no aplicación a este caso de la regla X, aplica una serie de normas implícitas del siguiente tenor:

Las entidades financieras no pueden sacar provecho de su propia actuación poco rigurosa al valorar los bienes hipotecados.

La valoración admitida por la entidad financiera constituye un acto propio que le vincula.

En resumen, esta resolución sí que estaría aplicando unas normas implícitas, que aún no se han consolidado, porque existe otra línea jurisprudencial, por ahora mayoritaria, que postula justo lo contrario, esto es, que lo dispuesto en el art. 579 de la LEC no puede dejar de aplicarse en estos casos⁷.

Pues bien, conforme a las reglas procesales de la argumentación que he expuesto anteriormente, considero que el Tribunal se habría excedido en este caso en la aplicación de normas implícitas, porque se habría apartado de las convenciones interpretativas explícitas, correspondiendo al legislador, y no a un tribunal, instituir la dación en pago como un medio para saldar las deudas hipotecarias.

REFERENCIAS

- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 1997: *Las razones del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del derecho*, Barcelona: Ariel.
- BAYÓN, J. C., 2002: «Derecho, convencionalismo y controversia», en *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- DWORKIN, R., 1986: *Law's empire*, Massachusetts: Harvard University Press.
- 1997: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- GIMENO PRESA, M.^a C., 2001: *Interpretación y derecho: análisis de la obra de Riccardo Guastini*, Universidad Externado de Colombia.
- GUASTINI, R., 1999a: «Principios de derecho y discrecionalidad judicial», trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, en *Jueces para la democracia*, núm. 34.
- 1999b: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Ciudad de México: UNAM.
- HART, H. L. A., 1994: *El concepto de derecho y Poscript.*
- RÓDENAS CALATAYUD, Á., 2003: «¿Qué queda del positivismo jurídico?», *Doxa*, núm. 26.
- SCHAUER, F., 2004: *Las reglas en juego*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

⁷ El art. 579 de la LEC establece que: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución». Así, el Auto de esa misma Audiencia, pero de otra Sección, la Tercera, de fecha 28 de enero de 2011, resolvió justo en sentido contrario.

LA DOSIS DE PRUEBA: ENTRE EL *COMMON LAW* Y EL *CIVIL LAW**

Xavier Abel Lluch **

(ESADE-URL)

RESUMEN. La decisión judicial se basa en un nivel de suficiencia probatoria (dosis de prueba). En los países anglosajones, se utilizan dos estándares de prueba. Por una parte, el *beyond any reasonable doubt*, basado en el principio de que es preferible la absolución de muchos culpables a la condena de un solo inocente, utilizado bajo la formulación del *beyond any reasonable doubt* o *satisfied so that you feel sure*, destacándose en la práctica de los tribunales que no es tan importante la concreta fórmula utilizada cuanto el grado de convicción del jurado sobre la culpabilidad del acusado. Por otra parte, el *preponderance of evidence*, también conocido como *balance of probabilities* o *preponderance of evidence*, propio del proceso civil, y que puede enunciarse afirmando que ante varias hipótesis sobre la existencia de un hecho deberá escogerse aquella que tenga el grado más elevado de confirmación lógica (*regla más probable que no*).

En los países del *civil law* no existe un equivalente a los estándares de prueba, y se utilizan reglas de valoración de la prueba, destacando entre ellas las reglas de la sana crítica, entendido como sistema de libre valoración motivado. También se han efectuado construcciones jurisprudenciales, como en el ámbito penal, la mínima actividad probatoria y como el coeficiente de elasticidad de la prueba.

Los estándares de prueba y las reglas de valoración de la prueba deben concebirse como mecanismos que permiten objetivar y racionalizar el proceso autónomo y subjetivo de formación de la convicción judicial.

Palabras clave: dosis de prueba, *beyond any reasonable doubt*, *preponderance of evidence*, reglas valoración prueba.

ABSTRACT. The judicial decision is based on a level of sufficiency of evidence. In common law systems there are two standards of proof. On the one hand, *beyond any reasonable doubt*, based on the principle that it is preferable to acquit many guilty people rather than condemning one innocent person. It is used with the wording *beyond any reasonable doubt* or *satisfied so that you feel sure*, and the courts emphasise that the wording is not as important, as the jury's degree of conviction about the culpability of the accused. On the other hand, *the preponderance of evidence*, also known as the balance of probabilities, used in civil actions, affirms that faced with different hypotheses the one with the highest degree of logical confirmations must prevail (more probable than not).

The civil law system does not have an equivalent to the standards of evidence, and they refer to the rules of assessing evidence, especially «reasonable judgment», understood as a system of free and reasoned assessment. There are also some case law constructions, such as in the

* Fecha de recepción: 6 de diciembre de 2012. Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

** Magistrado excedente. Profesor de la Facultad de Derecho ESADE-URL. Director del Instituto de Probática y Derecho Probatorio.

Agradezco las observaciones y comentarios de los profesores doctores M. TARUFFO y J. FERRER BELTRÁN, que han mejorado la versión inicial de este artículo. También al profesor J. PHILLIPS, del London King's College, por las facilidades bibliográficas durante una estancia de investigación en dicha universidad en el pasado mes de septiembre de 2012.

criminal courts, which require minimum proof of guilt or the coefficient of the flexibility of the evidence.

Both standards and rules of assessing evidence must be conceived as mechanisms that allow for a subjective decision-making process that is more objective and rational.

Keywords: quantum of proof, beyond any reasonable doubt, preponderance of evidence, rules of assessing evidence.

1. INTRODUCCIÓN

Procesalistas y filósofos del derecho comparten el interés por el tema de la dosis de prueba o los estándares de prueba, que abordaremos en el presente estudio, comparando los existentes en el sistema del *common law* (*beyond any reasonable doubt* y *preponderance of evidence*) con los equivalentes de los sistemas del *civil law*.

Es necesario empezar con algunas precisiones terminológicas. La dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona *standard of proof* que, en palabras del Tribunal Supremo americano, tiene por finalidad «instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración» (*In re Wip*)¹.

La dosis de prueba es una medida subjetiva judicial. No se ha descubierto un modo de medir la intensidad de la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, porque no es de esperar que la ley haga lo que todavía no han hecho la lógica ni la psicología². Es más, la mayoría de los psicólogos sostienen que los factores que configuran las respuestas humanas a la prueba no son ni totalmente transparentes ni fáciles de expresar formalmente³. Será necesario, por tanto, establecer mecanismos que nos permitan objetivar el proceso —subjetivo— de la formación de la convicción judicial.

2. PRUEBA Y VERDAD

También debemos efectuar unas consideraciones sobre la verdad como fin del proceso, tema complejo, y ampliamente debatido. En primer lugar, el proceso debe orientarse a la búsqueda de la verdad, no solamente por razones epistemológicas, puesto que el conocimiento se orienta a la búsqueda de la verdad, sino también de tipo moral —no es concebible un sistema moral que legitime la falsedad—, de tipo político —pues es una pieza básica de los sistemas democráticos—, e incluso de tipo procesal —pues una buena sentencia no puede basarse en una determinación de los hechos falsa—⁴, hasta el punto de que se ha afirmado que la verdad es el estándar de precisión de una buena sentencia⁵. Entre los procesalistas, algunos piensan que la verdad no *puede* ser determinada, por ser cuestión filosófica y ajena al proceso, y otros piensan que no *debe* ser determinada, pues el proceso solo tiene por fin un conflicto intersubjetivo. En segundo lugar, la verdad del proceso es siempre relativa. La moderna epistemología ha abandonado las verdades absolutas —probablemente con la única excepción de

¹ *In re wip*, 397 US 358, 370 (1970).

² WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, vol. 9, Little, EEUU, Brown & Company, 1981, 414-415.

³ DAMASKA, *Evidence law adrift*, Yale University Press, 1977, 42, quien en este punto cita la célebre frase de PASCAL «*Le coeur a ses raisons que la raison ne connaît point*».

⁴ M. TARUFFO, «Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos», en *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, 427.

⁵ L. HO HOCK, *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford University Press, 2008, 71.

la metafísica o la teología— y parte, por el contrario, de la afirmación que la verdad es siempre relativa y ello que es válido para todas las ciencias también lo es para el proceso, en el sentido que la verdad estará en función de la información suministrada y los métodos empleados para determinarla. Con razón se ha dicho que «el perfecto conocimiento [de la verdad] es inalcanzable en un mundo imperfecto»⁶. En tercer lugar, la verdad debe orientarse a la reconstrucción de la pequeña historia del proceso. Afirma TARUFFO «que la verdad de la que se habla en el proceso ha de concebirse como *aproximación* en la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica»⁷. Y, en cuarto lugar, la búsqueda de la verdad y la reconstrucción de la historia del proceso requiere decisiones de política legislativa, orientadas a la admisión de todas las pruebas relevantes y su libre valoración por el juez⁸.

Ante la dificultad de alcanzar la verdad en el proceso, algunos autores defienden que solo puede alcanzarse una probabilidad sobre la verdad o, con mayor precisión, un grado de probabilidad, dado que la probabilidad siempre se mide en grados⁹. Simplificadamente, puede afirmarse que existen dos concepciones sobre la probabilidad: la probabilidad «pascaliana», basada en métodos estadísticos y que ha tenido su expresión cualificada en el llamado teorema de Bayes; y la probabilidad «baconiana», basada en la confirmación lógica de enunciados, más ajustada al razonamiento probatorio, y que considera verdadero aquel enunciado que, con base a las pruebas, alcance un grado de confirmación lógica.

3. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

3.1. Generalidades del sistema anglosajón

Para entender la noción de estándar de prueba es preciso esbozar, resumidamente, algunos caracteres del sistema anglosajón que, siguiendo fundamentalmente a DAMASKA, resumimos a continuación:

En primer lugar, la complejidad en la regulación de la prueba, derivada, entre otros factores: *a*) de su volumen por la obligatoriedad del precedente; *b*) del escaso nivel de su orden, con la regulación de excepciones y contraexcepciones y, en general, la falta de regulación de principios generales, debido a que el cuerpo legislativo ha evolucionado sobre la base de casos particulares, lo que contrasta con la regulación de los sistemas del *civil law*, en la que se enuncian los principios propios del proceso civil y los propios del proceso penal, que informan la actuación de los jueces y tribunales, y *c*) de su carácter técnico y la peculiar manera como las fuentes de prueba acceden al proceso. En los ordenamientos del *civil law*, y a pesar de las diferencias entre el pro-

⁶ I. DENNIS, *The law of evidence*, 4.ª ed., Sweet & Maxwell, 2010, 4.

⁷ M. TARUFFO, «Consideraciones sobre prueba y motivación», en *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 29. En sentido similar, J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, 2010, 66 y 70.

⁸ M. TARUFFO, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, *op. cit.*, 22. En la misma línea, J. FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad*, Marcial Pons, 2010, 67 y 68.

⁹ REDMANYNE, *Standards of Proof in Civil Litigation*, *Modern Law Review*, vol. 62 # 2, March, 1999, 168.

ceso civil y penal, el proceso de averiguación de los hechos resulta más estandarizado, mientras que en los sistemas del *common law*, la investigación de los hechos resulta más compleja, muy influida por unas prácticas sociales y por una regulación que impide el acceso al proceso de información de contenido probatorio¹⁰. Como afirma irónicamente TWINING el sistema probatorio anglosajón «parece más extraño y complejo que el juego del cricket»¹¹.

En segundo lugar, la preocupación por filtrar el material que accede al jurado. Juegan un papel fundamental los conceptos de relevancia y admisibilidad de la prueba, y como afirmara el juez Goddard «actualmente el concepto de relevancia es el de mayor importancia y, en términos generales, toda prueba relevante para un hecho es admisible, mientras que la prueba irrelevante debe ser excluida»¹². Es propio del sistema anglosajón las reglas que excluyen la prueba sobre la base que puede ser sobrevalorada o influir en el jurado hacia un resultado desviado. El ejemplo por excelencia es la llamada *bearsay rule* (testimonio de oídas), cuyo fundamento radica tanto en el derecho al debido proceso cuanto en el deseo de proteger al jurado de elementos de prueba poco fiables. También existen normas que prohíben la prueba sobre las condiciones morales y personales de una persona, pruebas sobre conductas ilícitas o inmorales o similar información sobre el pasado de una persona. Advuértase, además, que dado que el jurado decide solo —sin la presencia del juez— y su decisión no puede ser reconsiderada —incluso en caso de veredicto no culpable, difícilmente se puede apelar— son necesarias unas instrucciones preliminares sobre los hechos antes de que el jurado se retire a deliberar¹³.

En tercer lugar, la preocupación por estructurar el análisis de la averiguación de los hechos, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que la correcta averiguación de los hechos es el principio fundamental de la prueba penal, tanto para la justicia del caso concreto cuanto para la protección de la sociedad frente al delito¹⁴. Rige el sistema de libre valoración de la prueba derivado, por una parte, de la libertad de un jurado no profesional para emitir un veredicto no motivado, y por otra parte, de la ausencia de normas de prueba tasada y de disposiciones que otorgan mayor valor a una prueba directa frente a una prueba circunstancial. Las llamadas reglas de exclusión de la prueba (*exclusionary rules*) sólo filtran la información que puede acceder al jurado, pero no contienen normas sobre valoración probatoria, y la ley confía en el sentido común y la experiencia del juez o jurado para la apreciación de los hechos¹⁵. Debe tenerse en cuenta que existe un tribunal jurado y no solo un jurado, de suerte que el veredicto surge de la deliberación de unos ciudadanos iguales que intercambian sus opiniones, siendo necesario que los jurados entiendan las instrucciones del

¹⁰ DAMASKA, *Evidence law adrift*, op. cit., 8-12.

¹¹ W. TWINING, *Rethinking evidence*, Evanson, III, 1994, 178.

¹² *Hollington vs. Hewthorn Co Ltd* [1943] K. B. 587 at 594 CA. Sobre relevancia y admisibilidad puede verse también A. KEANE, *The modern law of evidence*, 7.ª ed., Oxford University Press, 2008, 19-27.

¹³ DAMASKA, *Evidence law adrift*, op. cit., 12-17.

¹⁴ P. ROBERTS y A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2010, 19, quienes añaden estos cuatro principios fundamentales: 1) proteger al inocente de una condena errónea; 2) principio de la mínima intervención estatal; 3) principio del trato humano; 4) principio de mantener elevados estándares de «*propriety*» en el proceso penal.

¹⁵ I. DENNIS, *The law of evidence*, op. cit., 125.

juez, habiéndose postulado la necesidad de instrucciones escritas y con lenguaje más sencillo¹⁶.

Y, en cuarto lugar, la división de funciones entre el juez y el jurado. Como regla general, y sin perjuicio de algunas matizaciones, el juez se ocupa de las cuestiones de derecho y el jurado de las cuestiones de hecho (*ad quaestionem facti non respondet iudices, ad quaestionem legis non responden juratores*). Se entiende por cuestiones de derecho las relativas al derecho sustantivo, la capacidad de una persona de declarar como testigo, la admisibilidad de la prueba, la retirada de un hecho de la consideración del jurado y las directrices que imparte el juez al jurado en cuestiones sustantivas y sobre las pruebas presentadas. Se entiende por cuestiones de hecho las relativas a la credibilidad del testigo llamado a declarar, la eficacia a otorgar a los medios de prueba y, por supuesto, la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos¹⁷. Ello no obstante, el juez también se adentra en los hechos, con la investigación preliminar de los hechos (con la finalidad de determinar la admisibilidad de la prueba), la valoración de la suficiencia de la prueba (con la finalidad de decidir la retirada de un hecho de la consideración del jurado) y la valoración de la prueba (con la finalidad de comentarlo al jurado en el *summing up*).

3.2. La noción de estándar y de carga de la prueba

Los estándares de prueba están muy ligados a la tradición jurídica del *common law*. Los juristas anglosajones han buscado fórmulas breves que orientan al jurado en la valoración de la prueba, tales como *beyond any reasonable doubt*, para el proceso penal, y *preponderance of evidence*, para el proceso civil.

Se ha definido el estándar de prueba como la «medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos»¹⁸ y también como «el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada»¹⁹. El término estándar de prueba debe relacionarse con el de la carga de la prueba, que en el sistema anglosajón, tiene una doble comprensión: por una parte, la carga de la persuasión (*persuasive burden* o *legal burden*), entendida como la obligación impuesta a una parte por una disposición legal de probar un hecho controvertido; y, por otra parte, la carga de la evidencia (*evidential burden*), entendida como la obligación de una parte de aportar prueba suficiente de un hecho controvertido ante del tribunal de los hechos²⁰.

El concepto de la carga de la prueba se conecta con el del estándar de prueba, de manera que si la prueba aportada es suficiente se satisface el estándar de prueba y la

¹⁶ G. KRAMER, «Do jurors understand criminal jury instructions? Analyzing the results of the Michigan Juror Comprehension Project», *University of Michigan Journal Law Reform*, 1990, 1 y 14. Estudio sobre 600 jurados del Estado de Michigan.

¹⁷ A. KEANE, *The modern law of evidence*, *op. cit.*, 30.

¹⁸ P. MURPHY, *Evidence*, 11th edition, Oxford, 2009, 105.

¹⁹ L. LAUDAN, *Truth, error and criminal law...*, 64.

²⁰ A. KEANE y P. MCKEOWN, *The modern law of evidence*, 9.ª ed., 80 y 82, quienes, además, precisan que la «*persuasive burden*» o «*legal burden*» también recibe otras denominaciones, tales como «*the burden of proof*», «*probative burden*», «*the ultimate burden*», «*the burden of proof on pleadings*», y que la «*evidential burden*» también se la llama «*the burden of aducing evidence*» o «*the duty of passing evidence*».

carga legal puede entenderse satisfecha. El juez Lord Hoffman explica el proceso del siguiente modo:

Si una disposición legal requiere que un hecho se pruebe (un hecho controvertido), el juez o el jurado debe decidir si ha sucedido o no. No cabe afirmar que podría haber sucedido. La Ley opera con un sistema binario que sólo tiene los valores del 0 y del 1. El hecho o bien sucedió o bien no sucedió. Si el tribunal permanece dudoso, la duda se resuelve por la regla que distribuye la carga de la prueba. Si una parte no levanta su carga de la prueba, se le otorga el valor de 0 y se entiende que el hecho no sucedió. Si la parte levanta la carga de la prueba, se le otorga un valor de 1 y se entiende que el hecho sucedió²¹.

El derecho anglosajón reconoce sólo dos estándares de prueba, *beyond any reasonable doubt* (en el proceso penal) y *preponderance of evidence* (en el proceso civil), cuya distinción aparece formulada por el juez Denning en el caso *Miller vs. Minister of Pensions*, del modo siguiente²²:

La prueba más allá de toda duda razonable no significa la prueba más allá de la sombra de la duda. La ley no protegería a la comunidad si admitiera posibilidades caprichosas de desviar el curso de la justicia. Si existe una prueba tan concluyente contra una persona para dejarle solo una remota posibilidad en su favor, y dicha posibilidad podría ser descartada con la frase «por supuesto que es posible pero no es probable» el caso ha sido probado más allá de una duda razonable, pero nada menos que esto no sería bastante.

Y, con respecto al proceso civil, en la misma sentencia se añade:

La dosis está bien establecida. Es necesario una dosis razonable de probabilidad, aun cuando no tan elevada como la requerida en el proceso penal. Si la prueba es de tal entidad que el tribunal puede decir: «es más probable que no», la dosis de prueba se ha satisfecho, pero cuando las probabilidades son iguales, la dosis de la prueba no se ha satisfecho.

Se han generado algunas dudas, paradójicamente a partir de la misma sentencia del juez Denning, en la que, partiendo de la premisa que el proceso penal requiere una dosis más elevada de prueba que el proceso civil, afirma que no hay estándares absolutos en ningún proceso y dentro de cada estándar de prueba —*beyond any reasonable doubt* y *preponderance of evidence*— pueden existir grados (o intensidades) distintas de prueba, en función de la materia objeto de decisión. Siguiendo el mismo ejemplo propuesto por el juez Denning, un tribunal civil requiere un grado más elevado de certeza ante un caso de fraude que ante uno de negligencia y, en cualquier caso, nunca exigirá un grado de certeza tan elevado como un tribunal penal.

3.3. El estándar *beyond any reasonable doubt*

3.3.1. Origen

Sus raíces se han identificado en la teología cristiana y con el fin de proteger el alma de los jurados de la condenación. En el contexto medieval de la tradición cristiana los

²¹ *Re B (Children) (Sexual Abuse)* [2009] 1 AC 11.

²² [1947] 2 All ER 372, 373-374.

actos de enjuiciamiento de los semejantes podían tener consecuencias para la salvación de la persona encargada de juzgar, llegándose a sostener que un jurado que tenía dudas debía tomar la decisión más segura (esto es, la absolución) o abstenerse de juzgar. Por eso al jurado se le tranquilizaba y se le decía que podía sentirse seguro, mientras sus dudas fueran «razonables». La «duda razonable» aparece como correctivo a los temores del jurado, no tanto para procurar la inocencia de toda persona acusada, cuanto para facilitar la decisión del jurado, y garantizarle que no cometía pecado si condenaba al acusado, pues el objetivo del proceso no era tanto la prueba de los hechos, cuanto el bienestar moral del juzgador²³.

No resulta fácil situar en el tiempo la aparición del estándar *beyond any reasonable doubt*, aun cuando se le ha atribuido al papa Gregorio el Grande, en la Edad Media, cuando advertía a un obispo que era «un asunto grave e indecoroso emitir un juicio que parece ser certero cuando el asunto es dudoso» (*Graves satis est et indecens, ut in re dubia certa detur sententia*)²⁴.

En sus orígenes destaca la formulación del juez supremo Lemnuel Shaw del Tribunal Supremo de Massachussets en un caso resuelto en 1850 donde afirmaba:

Entonces, ¿qué es una duda razonable? Se trata de una expresión utilizada a menudo, probablemente bastante bien entendida, pero no fácilmente definida. No se trata simplemente de una posible duda, porque todas las cosas referentes a los asuntos humanos, y dependientes de la certeza moral, están abiertos a alguna posible o imaginaria duda. Se trata de aquel estado del caso, en el cual, después de la entera comparación y consideración de toda la evidencia, deja las mentes de los jurados en aquella condición que no puedan decir, hasta la certeza moral, de la verdad de la acusación. El acusador debe soportar la carga de la acusación. Todas las presunciones de la ley están a favor del inocente, y se presume que cada persona es inocente hasta que se prueba que es culpable. Si de la prueba se deduce que hay una duda razonable, el acusado debe ser absuelto. Porque no es suficiente con establecer una probabilidad, ni siquiera una fuerte probabilidad derivada de la doctrina de las oportunidades, de que el hecho objeto de acusación es más probable que sea cierto que lo contrario; sino que la prueba debe establecer la verdad del hecho hasta una certeza razonable y moral, una certeza que convenza y dirija el entendimiento y satisfaga la razón y el juicio, de aquellos que actúan conscientemente. Entonces se considera la prueba más allá de una duda razonable²⁵.

Las primeras expresiones fueron, no antes de 1970, frases tales como «una impresión clara», «sobre bases seguras», «satisfecho»; y después las expresiones de «duda racional», «duda racional y bien fundada», «más allá de la probabilidad de duda»²⁶. La fórmula parece cristalizar en 1970, cuando el Tribunal Supremo de EEUU afirma en el caso *In re Winship*:

el derecho al proceso debido protege al acusado de la condena excepto la prueba de más allá de toda duda razonable de cada hecho necesario para constituir el delito, del cual resulta acusado²⁷.

²³ J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, Yale University Press, 2008, 1-5 y 204.

²⁴ *Ibid.*, 116 y 202.

²⁵ *Commonwealth vs. Webster*, 59 Mass. 295, at 320 [1850].

²⁶ WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, vol. 9, *op. cit.*, 405.

²⁷ *In re Winship*, 397 U. S., 358, 364 [1970].

3.3.2. Reconocimiento legal y fundamento

Se ha seguido particularmente en los tribunales estadounidenses y del Reino Unido y también en algunos países del *civil law*, entre ellos Italia, en el que aparece recogido incluso en el Código Penal. Aparece recogido en algunas legislaciones latinoamericanas, como en los arts. 7, 372 y 381 del CPP de Panamá y el art. 340 del CCP de Chile. También ha sido recogido por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos el cual ha declarado que para vencer la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la acusación debe practicar una prueba que esté más allá de toda duda razonable (STRDH de 6 de diciembre de 1988, caso *Barberá, Messegue y Jabardo vs. España*).

Mientras unos autores destacan su fundamento ético-político, basado en la convicción que resulta preferible la absolución de muchos culpables, a la condena de un solo inocente, otros apuntan a una especial protección del derecho a la libertad²⁸, y al respeto a los principios fundamentales del proceso penal relativos a las garantías procesales del imputado, la racionalidad de la decisión judicial y la motivación de la sentencia²⁹. También se ha afirmado que el jurado en el proceso penal debe adoptar una «actitud protectora» hacia el acusado, mientras que en el proceso civil el juez debe adoptar una «actitud de imparcialidad» hacia las partes y desde esta perspectiva el estándar de prueba debe contemplarse como un «estándar de cuidado», existiendo una asimetría entre el estándar penal y el estándar civil³⁰.

3.3.3. Formulaciones legales

Existen dos formulaciones habituales de este estándar:

a) *Beyond any reasonable doubt*, expresión que ya constituye un clásico en la lengua inglesa, e incluso más allá de ella, y que en la formulación original del juez Denning, reza: «*It need not reach certainty, but it must carry a high degree of probability. Proof beyond reasonable doubt does not mean proof beyond shadow of a doubt. The law would fail to protect the community if it admitted fanciful possibilities to deflect the course of justice. If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favor which can be dismissed with the sentence "of course it is possible, but not in the least probable", the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice*»³¹.

b) *Satisfied so that you feel sure* (o más simplemente *sure of guilt*). En la formulación del juez Lord Goddard CJ: «*If a jury is told that it is their duty to regard the evidence and see that it satisfies them so that they can feel sure when they return a verdict*

²⁸ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., 48.

²⁹ M. TARUFFO, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, op. cit., 68; N. BASSAT TORRES, *La duda razonable en la prueba penal*, op. cit., 83.

³⁰ L. HO HOCK, *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford University Press, 2008, 229.

³¹ *Miller vs. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372, 373.

of guilty, that is much better than using the expression “reasonable doubt” and I hope in future that will be done»^{32,33}.

Un sector doctrinal prefiere la fórmula del «más allá de toda duda razonable», porque la expresión «sentirse seguro de la culpabilidad» puede sugerir un estándar de prueba demasiado elevado y puede incluso llevar a confundir la certeza legal con la certeza científica. Es una expresión que ha adquirido carta de naturaleza en el lenguaje jurídico, resultando familiar para los jurados y para los abogados³⁴.

Otros autores, siguiendo las indicaciones del *Judicial Studies Board*, aluden a que el jurado se sienta seguro, y recogen las recomendaciones de los tribunales de apelación en el sentido de que los jueces deben evitar definir —en referencia al estándar «más allá de toda duda razonable»— lo que resulta indefinible³⁵, añadiéndose que las explicaciones sobre este estándar pueden generar aun mayor confusión en el jurado, particularmente cuando se trata de distinguir el estándar *beyond any reasonable doubt*, del concepto de sentirse «seguro» o del concepto de «ser certero»³⁶, pues como se ha afirmado acertadamente que en la naturaleza de los asuntos humanos raramente se alcanza la certeza³⁷.

Tampoco faltan autores que han sugerido que ambas expresiones —*beyond any reasonable doubt* y *sure of guilt*— pueden utilizarse alternativamente o incluso acumulativamente, sin necesidad que los jueces empleen tales expresiones en las instrucciones que imparten al jurado, pues lo decisivo es que el juez exprese claramente que la carga de la prueba la tiene la acusación y que no se debe condenar hasta que se tenga la convicción de la culpabilidad del acusado, cualesquiera que sea la expresión empleada³⁸. Se argumenta que la expresión *beyond any reasonable doubt* dista mucho de explicarse por sí misma y que tampoco es seguro que en una sociedad pluralista y liberal la frase tenga el mismo significado para todos los miembros del jurado, pero no menor incertidumbre y problemática resulta la expresión *being sure*, proponiéndose la expresión *proof leaving no doubt*, que podría ser traducida por prueba fuera de toda duda³⁹.

³² *Summers* [1952] 1 All ER 1059; también en *Walters vs. R* [1969] 2 AC 26, PC; *Ferguson vs. R* [1979] 1 WRL 94, PC; *R vs. Bracewell* (1979) 68 Cr App R 44, CA (donde se puede leer esta instrucción: «No hay nada como la certeza en esta vida, la absoluta certeza. Deben preguntarse a Vds. mismos sobre el conjunto de la prueba, ¿me siento seguro?»).

³³ Otra definición, también descriptiva, en D. KRAMER, «Do Jurors understand criminal jury instructions? Analyzing the results of the Michigan Juror Comprehension Project», *University of Michigan Journal Law Reform*, 1990, 18 y 19.

³⁴ MCCORMICK, *On evidence*, op. cit., 577, para quien es incluso preferible que el juez se abstenga de la tentación de definirla, a no ser que el propio jurado lo solicite.

³⁵ CROSS, *On evidence*, op. cit., 163.

³⁶ A. KEANE y P. MCKEON, *The modern Law of Evidence*, op. cit., 106; I. DENNIS, *The law of evidence*, op. cit., 494.

³⁷ R. EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, 2.ª ed., London, 1983, 114.

³⁸ I. DENNIS, *The law of evidence*, op. cit., 494.

³⁹ P. ROBERTS y A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, op. cit., 253 y 255.

3.3.4. La aplicación en la práctica de los tribunales

Ante la diversidad de interpretaciones⁴⁰, los tribunales destacan que no es tan importante la formulación de un estándar concreto o las palabras utilizadas, cuanto la forma cómo el juez conduce el jurado para que éste alcance el grado de convicción requerido sobre la culpabilidad del acusado. Algunos casos pueden resultar ilustrativos⁴¹:

a) En el caso *Hepworth*⁴², Lord Goddard apuntaba que el juez actuaba sobre bases seguras si conducía al jurado a la idea que debía «estar satisfecho más allá de una duda razonable» y añadía que el jurado «debía estar seguro de la culpabilidad del acusado». Previamente el mismo Lord Goddard en el caso *R vs. Krizt* había afirmado que «si el juez comienza a usar las palabras “duda razonable” e intenta explicar qué es y qué no es una duda razonable, probablemente introducirá más confusión en el jurado que la explicación en lenguaje sencillo de que “el deber de la acusación es convencer de la culpabilidad del acusado”»⁴³.

b) En el caso *Walters vs. R*⁴⁴, Lord Diplock remarcaba que el juez tiene la oportunidad de ilustrar al jurado durante la prueba, usando la fórmula o estándar que estime más conveniente y evitando cualquier comentario sobre el mismo, pues la clave de la cuestión reside en que el juez convenza al jurado sobre el elevado estándar de prueba requerido para condenar. Así afirmaba «si el jurado ha entendido que debe sentirse seguro y no debe dictar un veredicto de condena a menos que se sienta seguro, y que la carga de la prueba la tiene la acusación y no la defensa, es irrelevante que el juez utilice una u otra expresión»⁴⁵.

c) En el caso *Ferguson vs. R*⁴⁶, se consideró que la fórmula «satisfecho más allá de toda duda razonable de manera que usted esté seguro de la culpabilidad del acusado» era segura y suficiente. Se añadía que no existía una fórmula con palabras fijas y la clave residía en la comunicación del estándar de prueba requerido, más allá de las concretas palabras empleadas.

d) En el caso *R vs. Majid*⁴⁷, el juez Moses, y tomando en consideración las instrucciones que el juez debe dar al jurado, afirma que los «jueces deben atender las recomendaciones del *Judicial Studies Board* en el sentido que antes de dar un veredicto de culpabilidad, deben estar seguros que el causado es culpable», insistiendo, además, que deben evitar dar instrucciones al jurado sobre la distinción entre «sentirse seguro» (*being sure*) y «sentirse convencido» (*being certain*).

⁴⁰ S. SHEPPARD, «The metamorphoses of reasonable doubt: how changes in the burden of proof have weakened the presumption of innocence», *Notre Dame Law Review*, mayo, 2003, 27, afirma que en 1867 en el *West's American Digest* se recogían hasta once definiciones diferentes del término *Bard*.

⁴¹ Extraídos de P. MURPHY, *On evidence*, op. cit., 107.

⁴² [1955], 2 QB 600 (CCA).

⁴³ *R vs. Krizt* [1950] 1 KB 82, [1949] 2 All ER 406; 90, 410.

⁴⁴ [1969], 2 AC 26, 30 (PC Jamaica).

⁴⁵ Lord Diplock [1969] 2 AC 26, 30.

⁴⁶ [1979] 1 WLR 94.

⁴⁷ [2009] EWCA Crim 2563, CA.

3.3.4. Interpretaciones

Siguiendo a LAUDAN podemos enunciar las siguientes interpretaciones sobre el estándar *beyond any reasonable doubt* (en adelante también BARD):

a) Certeza apropiada a las decisiones importantes de la vida (*BARD as That security of belief Appropriate to Important Decisions in One's Life*).

Podemos encontrar esta interpretación en las instrucciones al jurado del Quinto Circuito Federal U.S. al señalar: «La prueba más allá de toda duda razonable, por tanto, es una prueba de carácter tan convincente que uno desearía confiar y actuar sin duda en los asuntos más importantes de su vida»⁴⁸.

Se ha objetado que esta formulación es engañosa, pues aun en las decisiones más importantes de la vida —tales, como pueden ser, a título de ejemplo, cambiar de trabajo, contraer matrimonio, o rechazar la cirugía necesaria para un tratamiento médico— existe una duda razonable y se toman decisiones con la consciencia de esa duda razonable, que es precisamente lo que el sistema legal trata de evitar para la toma de decisión del jurado⁴⁹. Además siempre puede haber alguna posible duda en toda decisión⁵⁰. Esta formulación introduce un grado inaceptable de subjetividad relativa a la experiencia individual de cada jurado y tampoco puede afirmarse que exista uniformidad sobre los riesgos o dudas en las diferentes esferas de la actividad humana⁵¹.

b) Tipo de duda que haría vacilar a una persona prudente respecto de actuar o no. (*BARD as the Sort of Doubt That Would Make a Prudent Person Hesitate to Act*).

La interpretación se encuentra en las instrucciones al jurado del Segundo Circuito al señalar: «Una duda razonable es una duda basada en la razón y el sentido común, la clase de duda que llevaría a una persona razonable a vacilar con actuar»⁵².

Se ha objetado que no se trata de un criterio certero puesto que la gente corriente a menudo vacila en actuar incluso en supuestos de ausencia de una duda razonable. Se añade que no puede existir una analogía entre el estándar de la duda razonable y las situaciones de toma de decisiones en elecciones personales⁵³.

c) Perdurable convicción de culpabilidad (*BARD as an Abiding Conviction of Guilt*).

La formulación la podemos encontrar en las instrucciones al jurado adoptadas en los tribunales californianos: «La duda razonable se puede definir del modo siguiente: no se trata de una mera posibilidad, porque cualquier cosa relativa a los asuntos humanos y dependiente de la certeza moral está sujeta a una posible o imaginable duda. Se trata de aquel estado del caso en el que después de comparar y considerar toda la prueba, queda en la mente de los jurados una perdurable convicción, rayana en una certeza moral, de la verdad de la acusación».

⁴⁸ Fifth Cir. Crim. Jury Instr. 1.06 (1990).

⁴⁹ L. LAUDAN, *Truth, error, and criminal law*, op. cit., 36.

⁵⁰ J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, op. cit., 1.

⁵¹ P. ROBERTS y A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, op. cit., 254.

⁵² E. J. DEVITT et al., *Federal Jury Practice and Instructions*, § 12.10, at. 354 (4.ª ed., 1987).

⁵³ L. LAUDAN, *Truth, error and criminal law*, op. cit., 38.

La perdurable convicción de culpabilidad equivale tanto como a preguntar al jurado si su convicción es firme e invariable. Se objeta que la firmeza de la convicción y, en su caso, la intensidad de la misma es independiente de que la convicción sea o no racional o que esté fundada en pruebas⁵⁴.

d) Una duda razonable es una duda por la cual se puede dar una razón (*Reasonable doubt as a Doubt for which a Reason Could be Given*).

Se trata de una formulación que parece casi tautológica en la medida que se afirma que se considera una duda razonable aquella clase de duda por la cual se puede dar una razón.

Pero en su propia formulación ha recibido objeciones por los tribunales de apelación, pudiendo resultar ilustrativos algunos ejemplos. En el caso *State vs. Dauphinee* el tribunal de apelación de Pennsylvania razonaba que «en orden a ser “razonable”, la duda debe ser consistente entendida como opuesta a imaginaria, pero no es esencial que el jurado sea capaz de dar alguna razón capaz de considerarla, *puede existir sin que el jurado sea capaz de formular alguna razón para ella...*»⁵⁵. Y en el caso *State vs. Baker* se formula el reparo en unos términos muy similares: «Puede existir una duda razonable en la mente del jurado sin necesidad de formular ninguna razón»⁵⁶.

e) Duda razonable como probabilidad alta (*BARD as High Probability*).

Es una formulación más popular entre profesores y el público en general que entre los jueces, y que se puede enunciar señalando que la duda razonable debe ser equiparada a una elevada probabilidad. Esta formulación se ha inspirado en el estándar civil de prueba y en la regla más probable que no —que, como sabemos, afirma que para que un hecho puede considerarse como probado basta una probabilidad de más del 0,5 sobre 1—, que traducida al ámbito penal puede enunciarse afirmando que para una condena penal basta una probabilidad del 0,9 sobre 1 o del 95 por 100.

Una escala imaginaria —y con la dificultad que entraña la referencia a porcentajes numéricos— entre los estándares de prueba reconocidos en derecho anglosajón podría ser la siguiente: a) la *preponderance of evidence* requiere una porcentaje del 0,5 sobre 1; b) la *clear and convincing evidence* requiere un estándar del 0,7 sobre 1, y c) la *beyond any reasonable doubt* requiere en porcentaje de 0,9 sobre 1⁵⁷.

Tampoco esta formulación ha escapado de las críticas de aquellos que sostienen que la duda razonable no es un concepto cuantificable. Así, y a título de ejemplo, en el caso *Massachusetts vs. Sullivan* se afirma que «la idea de una duda razonable no es susceptible de cuantificación, sino que es intrínsecamente cualitativa»⁵⁸. Y en el caso *McCulloch vs. State* el Tribunal Supremo de Nevada afirma: «La idea de duda razonable es intrínsecamente cualitativa. Cualquier intento de cuantificarla conduce a reducir la carga de la prueba de la acusación, y probablemente comporta mayor confusión que claridad»⁵⁹.

⁵⁴ *Ibid.*, 39.

⁵⁵ *State vs. Dauphinee*, 121 Pa. Super. 565, at 590 (1936).

⁵⁶ *State vs. Baker*, 93 Pa. Super. 360 (1928).

⁵⁷ L. LAUDAN, *Truth, error and criminal law*, op. cit., 56.

⁵⁸ *Massachusetts vs. Sullivan*, 482 N.E. 2d 1198 (1985).

⁵⁹ *McCulloch vs. State*, 99 Nev. 72, at 75 (1983).

LLILQUIST, aun admitiendo la vaguedad del estándar *beyond any reasonable doubt*, sostiene que es comúnmente aceptado en el derecho penal norteamericano, pero no se trata de un estándar fijo, sino variable. Su reconocida vaguedad es suplida por la racionalidad del jurado, que sopesa los beneficios y costos de una absolución o condena incorrecta, de manera que a mayor gravedad en el delito se exigirá más grado de prueba, porque existe mayor aversión a una condena falsa que a una absolución falsa («teoría de la utilidad esperada») ⁶⁰.

3.3.5. Críticas

El estándar del *beyond any reasonable doubt* suscita varias críticas, empezando por propia expresión «duda razonable». Se afirma que el concepto de «duda razonable» no es preciso, puesto que no está claro ni qué clase de incertidumbre debe considerarse como una «duda legal», ni tampoco cuando la «duda legal» sobre la culpabilidad de un acusado pueden considerarse «razonable» ⁶¹, siendo además la razonabilidad de una duda una cuestión de valores que puede variar entre los miembros de un jurado no profesional ⁶². Se añade que el término «duda» es simultáneamente ambiguo e inútil. Ambiguo porque la duda puede ser objetiva —compartida por todos los operadores jurídicos— y subjetiva —relativa al estado mental de quien tiene que decidir—. E inútil porque no permite distinguir la duda suficiente de la duda insuficiente ni cuando una duda es razonable ni resolver los problemas del enjuiciamiento moderno basado en la prueba de los hechos ⁶³. Se concluye que se trata de una noción gravemente inadecuada, deliberadamente oscura, totalmente subjetiva y abierta a tantas interpretaciones como jueces exista ⁶⁴; tratándose de un concepto jurídico indeterminado que, dada su vaguedad, no resulta claro que dos tribunales se refieran a lo mismo cuando la emplean ⁶⁵.

Otras críticas se refieren a la dificultad de definir su significado y la tendencia a cuantificar el grado de culpa exigible. Algunos autores sostienen que es preferible que 20 culpables sean absueltos antes que un inocente sea condenado; otros autores que es mejor absolver a dos culpables que condenar a un inocente; otro que sería mejor absolver a 1.000 culpables que condenar a un inocente ⁶⁶. Todas estas formulaciones al destacar un distinto margen de error tolerable del estándar imposibilitan adoptar un criterio general.

También se ha censurado su eficacia probatoria. Se afirma que no es posible conocer su aplicación práctica, puesto que tuvo su origen en las cortes norteamericanas y los jurados norteamericanos no motivan sus veredictos y que los intentos de cuantifi-

⁶⁰ E. LLILQUIST, «Teoría de la utilidad esperada y variabilidad en el estándar de prueba más allá de toda duda razonable», en *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, op. cit., 142 y ss.; y con anterioridad y del mismo autor *Recasting Reasonable doubt: decision theory and the virtues of variability*, U. C. Davis Law Revision, November, 2002, particularmente en 40, en la que propone un modelo de instrucción al jurado.

⁶¹ J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, op. cit., 1.

⁶² I. DENIS, *The law of evidence*, op. cit., 493.

⁶³ J. Q. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, op. cit., 206-207 y 210.

⁶⁴ L. LAUDAN, *Truth, error and criminal law*, op. cit., 30.

⁶⁵ LL. MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, Barcelona, J. M. Bosch, 2000, 171.

⁶⁶ N. BASSAT TORRES, *La duda razonable en la prueba penal*, op. cit., 84.

car el concepto de «duda razonable» tampoco han resultado exitosos⁶⁷. Se añade que la necesidad de una mayor exigencia probatoria en el proceso penal suele fundarse en la «intensidad» de los bienes jurídicos protegidos, pues de la libertad del acusado depende de la declaración de los hechos probados, pero con ello se olvida que también en el proceso penal existen sanciones distintas que la pena privativa libertad (p. ej., la retirada de carné, la sanción pecuniaria, etc.), mientras que en el proceso civil también quedan afectados bienes y derechos fundamentales, cual sucede con la privación de patria potestad o la constitución de una persona en estado civil de incapacitado⁶⁸. Incluso limitándonos al proceso penal el estándar de prueba puede variar en las distintas fases del proceso, pues no es preciso la misma exigencia probatoria para la adopción de medidas cautelares (p. ej., prisión provisional), que para la conclusión de un sumario y la apertura del juicio oral, o para la condena del acusado, por citar algunos ejemplos⁶⁹.

Para superar estos inconvenientes se han formulado varias propuestas. WITHMAN propone efectuar una relectura del estándar más abierta y de mayor proyección moral, y sin necesidad de permanecer atado a una frase estereotipada, su existencia puede servir para recordar que el acto de juzgar tiene una trascendencia moral, que puede alcanzar, en los países del *common law*, a las instrucciones que se imparten al jurado⁷⁰. TARUFFO propone sustituir el concepto de «duda razonable» por otro equivalente como el de «certeza» o «casi certeza», o bien admitir que se trata de un concepto indeterminado que el juez debe concretar en cada caso particular⁷¹. FERRER BELTRÁN, tras dejar sentado que un estándar de prueba válido para el proceso penal debe partir de la triple premisa de desvincularse de las creencias, convicciones o dudas del sujeto decisor; de posibilitar un control de su aplicación; y de incorporar la preferencia por los errores negativos (absoluciones falsas) frente a los errores positivos (condenas falsas), postula un estándar de prueba consistente en la refutación de las hipótesis alternativas, esto es, de las demás hipótesis plausibles con la inocencia del acusado⁷².

3.4. El estándar *preponderance of evidence*

El estándar probatorio más habitual es el de la «probabilidad prevalenciente», que corresponde al estándar anglosajón de la *preponderance of evidence*⁷³ (o también *preponderance of probability*; *balance of probabilities* o *greater weight of evidence*), también conocido como criterio del *más probable que no*. Todas las formulaciones del estándar legal tienen un mismo fundamento: que la pretensión del demandante no tiene que ser muy probable, pero debe ser más probable que su negación⁷⁴.

⁶⁷ M. TARUFFO, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, 2010, 249.

⁶⁸ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 140.

⁶⁹ *Ibid.*, 141.

⁷⁰ J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, *op. cit.*, 210-212.

⁷¹ M. TARUFFO, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, *op. cit.*, 70.

⁷² J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, 147.

⁷³ Aclara P. MURPHY, *On evidence*, *op. cit.*, 111, nota a pie de página núm. 99, que el estándar «*preponderance of evidence*» es la formulación americana del estándar de prueba usual en los procesos civiles y debe entenderse equivalente a la formulación inglesa del «*balance of probabilities*».

⁷⁴ M. REDMANYNE, *Standards of Proof in Civil Litigation*, *op. cit.*, 168.

3.4.1. Formulaciones doctrinales

Para comprender mejor el exacto significado de esta regla podemos recurrir a la formulación literal y la autoridad de varios autores.

Desde la órbita anglosajona, MCCORMICK afirma «la prueba es preponderante cuando es más convincente para el tribunal de los hechos que la prueba opuesta»⁷⁵ o que «la existencia del hecho controvertido es más probable que su inexistencia» de manera que se convierte «en la convicción del tribunal de los hechos en la preponderancia de la probabilidad»⁷⁶. Para CROSS las expresiones «*preponderance of probability*», «*balance of probabilities*», o «*preponderance of evidence*», aun cuando podrían significar —particularmente esta última— que la prueba aducida por una parte debe ser superior que la aducida por su oponente, en realidad se trata de expresiones sinónimas que significan no tanto un nivel de prueba superior al de la parte adversa, cuanto la satisfacción de un nivel de prueba legalmente prescrito. Y ese nivel de prueba se traduce en la regla más probable que no⁷⁷. Para MURPHY, «el tribunal de los hechos debe poder afirmar, sobre el conjunto de toda la prueba, que el caso para la parte demandante se ha mostrado como más probablemente verdadero que falso»⁷⁸.

Desde la órbita continental, TARUFFO afirma «si la hipótesis positiva (es decir, la de la verdad de un enunciado) es más probable que la hipótesis negativa (es decir, la de la falsedad del enunciado), entonces el juez debe elegir la hipótesis positiva; pero en cambio deberá elegir la hipótesis negativa en caso que la falsedad del enunciado resulte más probable»⁷⁹. Y en sentido similar, FERRER BELTRÁN sostiene que «una hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria»⁸⁰.

3.4.2. Alcance

El estándar de la probabilidad prevaleciente parte de varias premisas, resumidas por TARUFFO, del modo siguiente: *a)* la decisión judicial es el resultado de elegir una entre las varias hipótesis posibles sobre los hechos; *b)* esa elección se orienta por criterios de racionalidad; *c)* la elección racional es la que toma como «verdadera» la hipótesis que resulte mejor fundada que otras según las pruebas producidas, y *d)* la probabilidad no equivale a no-certeza sino a un grado de confirmación de la verdad de un enunciado a la vista de los elementos de confirmación disponibles⁸¹.

⁷⁵ MCCORMICK, *On Evidence*, *op. cit.*, 574.

⁷⁶ *Ibid.*, 575.

⁷⁷ CROSS, *On evidence*, *op. cit.*, 162, quien cita en apoyo de esta afirmación el caso *Briginsbaw vs. Briginsbaw* (1938) 60 CLR 336. Este mismo autor, y con referencia a los Estados Unidos, cita a los autores DEVITT y BLACKMAN y su obra *Federal Jury Practice and Instructions* (3.ª ed., 1977) [71.14]: «Afirmar la prueba preponderante significa probar que una cosa es más probable que no».

⁷⁸ P. MURPHY, *Murphy on evidence*, *op. cit.*, 111.

⁷⁹ M. TARUFFO, *Probabilidad y prueba judicial*, *op. cit.*, 437.

⁸⁰ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, 47.

⁸¹ M. TARUFFO, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, *op. cit.*, 59; también N. BASSAT, *La duda razonable en la prueba penal*, *op. cit.*, 82.

Puede enunciarse afirmando que ante varias hipótesis sobre la existencia o inexistencia de un hecho debe elegirse aquella que tenga el grado más elevado de confirmación lógica. Conviene ante todo destacar que es un estándar de probabilidad lógica, aun cuando a menudo se formule con expresiones numéricas (como «más del 50 por 100», o más del «0,5 por 100»). Este criterio radica en dos ideas: la del *más probable que no* y la de *prevalencia relativa a la probabilidad*.

La regla del *más probable que no* implica que cada enunciado fáctico puede considerarse verdadero o falso y el juez debe elegir la hipótesis que tenga un grado de confirmación lógica superior a la otra. Presupone que existe una única hipótesis sobre un mismo hecho.

Debe estimarse como prevaleciente la hipótesis positiva sobre el hecho cuando las pruebas han confirmado la verdad del enunciado del hecho. Por ejemplo, si sobre un hecho existe una confirmación probatoria del 75 por 100 eso significa que la hipótesis negativa solo tiene una confirmación del 25 por 100 y, por ello, la hipótesis positiva sobre el hecho es *más probable que no* y debe tenerse por acreditada.

Debe estimarse como prevaleciente la hipótesis negativa sobre el hecho cuando no haya pruebas sobre la existencia del hecho, o la prueba resulte débil o incierta, o contradictoria, y también cuando haya pruebas que demuestren la hipótesis de la inexistencia del hecho⁸². Por ejemplo, si sobre un hecho existe una confirmación probatoria del 25 por 100, eso significa que esa hipótesis es «menos probable» que la hipótesis negativa que alcanzaría el 75 por 100.

Si la hipótesis positiva es tan probable como la hipótesis negativa, aplicando la institución de la carga de la prueba, el litigante que estaba gravado con dicha carga verá su pretensión rechazada⁸³.

La regla de la prevalencia de la probabilidad implica que sobre un mismo hecho existen hipótesis diferentes. El juez deberá partir también de la regla *más probable que no* y tomar en consideración solo aquellas hipótesis que tengan una confirmación positiva y, de entre ellas, aquella que haya recibido el grado de confirmación relativamente mayor. Por ejemplo, si sobre un mismo hecho existen tres hipótesis (*a*, *b*, *c*) y cuyos grados de probabilidad son del 40 por 100, del 55 por 100 y del 75 por 100, tendremos de elegir la hipótesis *c* con un grado de confirmación del 75 por 100 puesto que es la hipótesis que ha recibido el grado de confirmación mayor⁸⁴.

Ahora bien, tanto la *regla del más probable que no* cuanto la *regla de la probabilidad prevaleciente* presuponen que ha de existir un «mínimo necesario» para que una hipótesis pueda reputarse por verdadera y ese mínimo es el del 50 por 100. Pongamos un ejemplo: si el enunciado *a* tiene un grado de confirmación del 40 por 100 y el enunciado *b* tiene un grado de confirmación del 30 por 100, parecería que deberíamos tener por verdadero el enunciado *a*, pero ello no es posible porque existe una posibilidad del 60 por 100 que el enunciado *a* sea falso y una posibilidad del 70 por 100 que el enunciado *b* sea falso, y ambos deben ser tenidos por falsos,

⁸² M. TARUFFO, *Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos*, op. cit., 424.

⁸³ J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, op. cit., 86.

⁸⁴ N. BASSAT TORRES, *La duda razonable en el proceso penal*, op. cit., 82.

dado que no cumplen con el mínimo necesario del 50 por 100 de confirmación probatoria⁸⁵.

La regla del *más probable que no* ofrece la doble ventaja de minimizar el número de errores en la determinación de los hechos y confirma el principio de igualdad entre la posición del actor y la posición del demandado en el proceso civil⁸⁶.

3.4.3. Interpretaciones judiciales

Ciertas interpretaciones judiciales han introducido matizaciones en el estándar de la *preponderance of evidence*, bien porque se efectúan alegaciones graves (conductas criminales o desacato al tribunal, por ejemplo), bien porque se producen graves resultados (la pérdida de la custodia por un padre, por ejemplo). Se ha sugerido distinguir entre el «estándar flexible» (*flexible approach*) —cuando el estándar de prueba puede variar en función de la gravedad de los hechos— y la «probabilidad precedente» (*prior probability approach*) —cuando el estándar de prueba permanece inalterable pero se necesita mayor grado de prueba para satisfacerlo porque los sucesos más graves son los menos probables—⁸⁷. La diferencia fundamental entre el «estándar flexible» y el de la «probabilidad precedente» es que el primero incrementa el estándar de prueba, mientras que el otro contiene una mención o consideración sobre la cantidad de prueba precisa para alcanzar el estándar civil.

El estándar flexible puede verse en caso *Bater vs. Bater* en el que Lord Denning, tras sentar que un asunto civil «debe ser acreditado por la preponderancia de probabilidades», añade «pero puede haber distintos grados de probabilidad dentro de ese estándar. El grado depende del caso en cuestión. El tribunal civil que enjuicia un caso de fraude puede exigir un mayor grado de probabilidad que en un caso de negligencia»⁸⁸. Se entiende que el grado de probabilidad requerido para satisfacer el estándar civil debe ser proporcional con la ocasión y que debe ser flexible, aun cuando esta flexibilidad no puede borrar la distinción entre los estándares de prueba civil y penal, pues en un asunto civil no se exige un grado de probabilidad tan elevado como en un asunto penal, aun cuando existan alegaciones de naturaleza penal.

Se ha criticado que se trata de un estándar vago, pues mientras la *regla del más probable que no* es clara y tanto las partes como el jurado conocen el estándar que debe aplicarse, en la aproximación flexible el estándar varía en función de la gravedad de los hechos, lo cual depende de la valoración judicial y eventualmente puede producir que para casos similares se apliquen estándares distintos. Se añade que también puede dificultar la consecución de acuerdos entre las partes, puesto que al no estar claro el estándar de prueba que debe aplicarse, tampoco las partes tienen claras sus expectativas de si sus pretensiones serán o no atendidas, y con ello disminuyen las posibilidades de

⁸⁵ M. TARUFFO, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, op. cit., 61; N. BASSAT TORRES, *La duda razonable en el proceso penal*, op. cit., 82.

⁸⁶ M. REDMANYNE, *Standards of proof in Civil Litigation*, op. cit., 169-174.

⁸⁷ *Ibid.*, 174.

⁸⁸ [1950] 2 ALL ER 458.

acuerdo. Y también que pueden generar dudas en los tribunales de apelación acerca de qué estándar de prueba deben aplicar⁸⁹.

El estándar de la «probabilidad presente» («*prior probability approach*») puede verse en el caso *Re H* en el que el Lord Nicholls afirma: «cuando el tribunal pondera las probabilidades debe tener en cuenta como factor [...] que a mayor gravedad de la alegación menor probabilidad que haya ocurrido y, por tanto, más fuerte debería ser la prueba antes que el tribunal pueda decidir que la alegación ha quedado acreditada sobre el balance de probabilidades»⁹⁰. Se entiende que el estándar se basa en una correlación entre la gravedad del hecho y la frecuencia o probabilidad de su ocurrencia, de suerte que cuanto más improbable sea el hecho mayor cantidad de prueba será necesaria para satisfacer el estándar de prueba. Se objeta que esta posición parte de la discutible premisa que los sucesos graves suceden con menor probabilidad que los menos graves, aparte que también resulta muy discutible lo que debe estimarse por «grave», por lo que, a menudo, se resuelve sobre las específicas circunstancias de cada caso, el hecho controvertido en cuestión y las pruebas aportadas al caso⁹¹.

3.5. El estándar *clear and convincing evidence*

El estándar del «*clear and convincing proof*», reconocido en los Estados Unidos —pero no así en el Reino Unido, donde solo se reconocen los clásicos más allá de toda duda razonable y el balance de probabilidades⁹²—, pretende ser una medida más exacta y precisa del estándar de la *preponderance of evidence*.

Aparece recogido con una gran variedad de fórmulas en función de los tribunales y de los diferentes Estados, pero las más frecuentes son: «*by clear and convincing evidence*», «*clear, convincing and satisfactory*», «*clear, cogent and convincing*» y «*clear, unequivocal, satisfactory and convincing*»⁹³. Se ha sugerido que acaso estas expresiones resulten más entendedoras para el jurado e incluso que aun serían más asequibles si el jurado entendiera que la certeza de un hecho es «altamente probable»⁹⁴.

Se ha aplicado en casos de fraude u otros con hechos ilícitos semejantes, en casos donde hay particulares intereses en juego, como procedimientos de deportación y privación de nacionalidad, o en procedimientos civiles para internar indefinidamente a un enfermo mental contra su voluntad⁹⁵. Destaca el valor de los intereses en juego y debe utilizarse cuando hay un riesgo serio para la reputación de una persona o cuando el estado tiene interés en que una persona mantenga su estado o su libertad⁹⁶.

⁸⁹ M. REDMANYNE, *Standards of Proof in Civil Litigation*, *op. cit.*, 181-182.

⁹⁰ [1950] 2 ALL ER 458.

⁹¹ I. DENIS, *The law of evidence*, *op. cit.*, 498.

⁹² *In re D* [2008] UKHL 33; [2008] 1 WLR 1499; P. ROBERTS y A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, *op. cit.*, 257.

⁹³ McCORMICK, *On Evidence*, *op. cit.*, 574.

⁹⁴ WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, vol. 8, *op. cit.*, 424-431, recoge un elenco de las materias y numerosos casos en que se ha aplicado este estándar en los EEUU.

⁹⁵ A. L.-T. CHOO, *Evidence*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2009, 56-57.

⁹⁶ I. DENNIS, *The law of evidence*, *op. cit.*, 499.

Se ha objetado que un estándar intermedio, como el de la *clear and convincing evidence*, puede resultar perjudicial en los asuntos criminales, no solo por la propia vaguedad de sus términos —que lo son tanto como el de *beyond any reasonable doubt* o *being sure*—, sino porque pueden comportar potencialmente la errónea condena de personas inocentes y son incompatibles con los principios fundamentales de la prueba penal. Si se demanda un estándar de prueba más flexible, se corre el riesgo que el jurado puede llegar a razonar que, aun cuando no se ha probado la culpabilidad del acusado «más allá de una duda razonable», la condena es preferible a la absolución porque se ha perpetrado un delito grave y puede ser peligroso para la sociedad la libertad del acusado, con lo que se debilita la presunción de inocencia⁹⁷.

4. EL EQUIVALENTE EN DERECHO CONTINENTAL

La expresión «estándar de prueba» es ajena a la tradición de los sistemas continentales, en los que normalmente existe un juez profesional encargado de la valoración de la prueba y rige el principio de la necesidad de motivación de la sentencia, con aplicación del sistema de libre valoración (motivada) de la prueba o de prueba legal. De ahí que este epígrafe se haya rubricado «el equivalente (se sobreentiende a los estándares de prueba) en derecho continental».

Varias son las razones por las que resulta difícil hablar de un estándar de prueba en derecho continental. Primera, porque no siempre hay correspondencia entre los conceptos jurídicos pertenecientes a diferentes sistemas o tradiciones jurídicas, como son los del *common law* y del *civil law*. Segunda, porque las reglas de valoración de la prueba se refieren a la eficacia o ponderación de los medios de prueba, mientras que el estándar de prueba probablemente alude a un momento posterior, al grado o dosis de prueba que precisa el juez *después* de aplicar las reglas de valoración de la prueba. Y tercera, porque en el sistema del *common law* se pueden aplicar simultáneamente ambos conceptos, el de estándar de la prueba y el de valoración de la prueba, que es lo que hace el jurado cuando decide sobre el estándar del *beyond any reasonable doubt* —aplica el estándar— sobre la base de un sistema la libre valoración de la prueba —aplica una regla de valoración de la prueba—, mientras que en los sistemas del *civil law* no hay, en principio⁹⁸, estándares de prueba preestablecidos⁹⁹.

En los epígrafes siguientes se aludirán a los sistemas de valoración de la prueba más frecuentes —íntima convicción y libre valoración de la prueba—, y a las construcciones jurisprudenciales sobre la valoración de las pruebas —mínima actividad probatoria, en el proceso penal, y coeficiente de elasticidad de la prueba, en el proceso civil—.

⁹⁷ P. ROBERTS y A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, *op. cit.*, 256-258.

⁹⁸ Y digo «en principio» porque se podría argüir que en los sistemas de *civil law* aún subsisten vestigios de prueba tasada que implícitamente contienen un estándar de prueba.

⁹⁹ A. PAUL, *Sana crítica: The system for weighing evidence utilized by the Inter-American Court of Human Rights*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1804066>, 4 y 6.

4.1. La íntima convicción

Ha sido definida como «la libertad total del que juzga a la hora de apreciar la prueba, sin motivación, pero dentro de la “sinceridad de su conciencia”»¹⁰⁰. Sus orígenes históricos se vinculan al proceso penal y es obra de los ideólogos de la Revolución francesa, citándose como una de sus principales formulaciones el art. 342 del *Code d'instruction criminelle* francés de 1808. Aparece recogida en el art. 741 LECr., bajo la expresión de la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas.

La íntima convicción constituye el contrapunto al sistema de las reglas tasadas de valoración de la prueba, pues se libera al juez de cualquier sujeción a un razonamiento motivado, para hacer descansar la decisión judicial sobre su libre y soberana voluntad, aun legalmente cobijada bajo una genérica y vaga apelación a la conciencia. Constituye una reacción frente a las ataduras de la prueba legal, y parte del hecho que la motivación puede ser considerada como una manifestación de desconfianza hacia esa convicción o voluntad judicial. No se libera de las críticas de quienes consideran que comporta una concepción irracionalista de la decisión de los hechos, radicalmente distinta de la concepción racional de la decisión judicial, puesto que se fundamenta en un acto de intuición subjetiva del juez¹⁰¹, carente de motivación o con una motivación ficticia¹⁰². También se ha afirmado acertadamente que el sistema de la íntima convicción no se entendió meramente como una liberación de las reglas legales de la valoración, sino como la liberación de toda regla, incluidas las de la lógica o las leyes científicas¹⁰³.

La íntima convicción como estándar de prueba presenta varias objeciones. En primer lugar, la formulación de este estándar apela a «certezas» e incluso se ha utilizado la expresión «certeza moral» para referirse a este estándar. En segundo lugar, convierte al juez en un sujeto infalible respecto de la prueba, puesto que establece una conexión necesaria entre la creencia del juez de un hecho y la prueba de ese mismo hecho. En tercer lugar, al fundamentarse sobre las creencias subjetivas del juzgador, convierte en incontrolable su aplicación práctica¹⁰⁴. Se objeta también que el sistema de la íntima convicción comporta que la valoración de la prueba corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales de primera instancia, porque ante ellos se desarrolla la actividad probatoria; y que éstos no están obligados a motivar su decisión, esto es, a desarrollar una argumentación sobre su decisión¹⁰⁵.

La íntima convicción también se ha identificado con la expresión «certeza moral del juez», a menudo referida a la prueba como mecanismo de convicción judicial. Semejante identificación debe reputarse desacertada, tanto en el orden terminológico, como en el epistemológico y en el estrictamente procesal. Desde un punto de vista lingüístico, y sobre los hechos discutidos en el proceso se puede alcanzar o no la certeza, y

¹⁰⁰ J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, op. cit., 174.

¹⁰¹ M. TARUFFO, *Consideraciones sobre la prueba y motivación*, op. cit., 529 y 534.

¹⁰² *Ibid.*, 538.

¹⁰³ D. GONZÁLEZ LAGIER, *Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, op. cit., 75.

¹⁰⁴ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración de la prueba*, op. cit., 145, quien atendida la propiedad vaguedad de la apelación a la íntima convicción concluye que «no es un estándar en sentido estricto».

¹⁰⁵ D. GONZÁLEZ LAGIER, *Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, op. cit., 77.

si se alcanza la certeza no precisa que sea adornada del adjetivo «moral», mientras que, por el contrario, si no se alcanza la certeza, el adjetivo «moral» tampoco aporta nada y más bien induce a confusión. Epistemológicamente, una certeza en la determinación de los hechos del proceso, no puede basarse en la intuición subjetiva del juez, esto es, en un proceso inescrutable que se produce en el arcano del juez, pues ello equivaldría tanto como a validar una concepción irracional de la prueba. Y desde el punto de vista procesal, el principio de la libre valoración de la prueba, libera al juez de las reglas de la prueba tasada, pero no le libera de la racionalidad de la decisión en la determinación de los hechos, en el sentido que el juez deberá expresar en su sentencia qué hechos considera probados y en virtud de qué medios de pruebas. Esta exigencia, conocida como la motivación del juicio de hecho, es recogida en diversos ordenamientos jurídicos, en normas de rango incluso constitucional (p. ej., art. 120 CE).

4.2. Las reglas de la sana crítica

Constituye una regla de valoración de la prueba propia del derecho español que aparece recogida en textos procesales civiles y penales del siglo XIX. Fue introducida, por vez primera, a través del art 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que rezaba que «los jueces y Tribunales apreciarían, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos». Actualmente constituye una expresión habitual en textos legislativos y en resoluciones judiciales, pero en su día fue percibida como una novedad y como una necesidad de mitigar el rigor de la prueba legal¹⁰⁶.

La expresión de las «reglas de la sana crítica» causó fortuna en los Códigos Procesales Civiles, siendo reiterada, en sus mismos y literales términos en varios artículos de la LEC de 1881¹⁰⁷ y también en la LEC de 2000. Para los lectores familiarizados con el sistema del *common law* la expresión podría traducirse como *rational persuasion* o *rational assessment of evidence* o *sound judicial discretion*¹⁰⁸.

Constituye una regla de valoración de la prueba cuyo alcance resumimos en los siguientes puntos:

En primer lugar, la sana crítica permite ajustarse a las circunstancias «cambiantes locales y temporales y a las particularidades del caso concreto»¹⁰⁹. Conforme reiterada jurisprudencia no son reglas legales ni aparecen definidas en texto normativo alguno, de ahí su adaptabilidad. La jurisprudencia menor ha ofrecido pluralidad de nociones «aunque en definitiva [se] las vincula ora a principios lógicos, ora a reglas nacidas de la experiencia» (SAP Madrid, de 28 de noviembre de 2006)¹¹⁰, siendo muy extendida

¹⁰⁶ J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, op. cit., 89.

¹⁰⁷ Arts. 609 y 632 —referidos a la prueba pericial— y art. 659 —referido a la prueba testifical—.

¹⁰⁸ A. PAÚL, *Sana crítica. The system for weighing evidence...*, op. cit., 15 y 23.

¹⁰⁹ Sobre la naturaleza e importancia de la sana crítica puede verse M. SERRA DOMÍNGUEZ, «De la prueba de las obligaciones», en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. 2, M. ALBALADEJO (dir.), 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1991, 23-26; y del mismo autor, «El derecho a la prueba en el proceso civil», en *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, Comares, 1984, 583-585.

¹¹⁰ SAP Madrid, secc. 10.ª, de 28 de noviembre de 2006, FJ 5.º (EDJ 2006/414368), con cita de numerosa jurisprudencia.

la noción que constituyen «el camino del discurrir humano que ha de seguirse para valorar sin voluntarismos ni arbitrariedades los datos suministrados por la prueba» (SAP Guipúzcoa, de 15 de mayo de 2006) ¹¹¹.

En segundo lugar, la sana crítica es un sistema de libre valoración motivada. No se debe confundir la libre valoración de la prueba con la discrecionalidad judicial, puesto que como se ha dicho acertadamente «el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón» ¹¹². Una valoración libre debe ser una valoración razonada, y el juez debe explicar el cómo y el porqué otorga credibilidad al testimonio, al perito o la parte, en observancia del deber de motivación de las resoluciones judiciales (arts. 120.3 CE y 218 LEC). Las reglas de la sana crítica constituyen el expediente que permite racionalizar la discrecionalidad judicial en la valoración de la prueba, la cual debe guiarse por «las reglas científicas, por la lógica y la argumentación racional» ¹¹³. Se ha dicho con precisión que «frente a otros ordenamientos en los que, como reacción a la prueba legal, se pone el acento en la libertad del juzgador, el español pone el énfasis en la racionalidad que ha de estar en la base de la valoración» ¹¹⁴.

En tercer lugar, y en orden al fundamento de las reglas de la sana crítica, para algunos autores se trata de una concepción propia y exclusiva de los códigos españoles e hispanoamericanos; mientras que para otros, se trata de una distinta formulación verbal del principio del libre convencimiento del juzgador ¹¹⁵, en cuanto que únicamente existen sistemas de valoración de prueba legal y de prueba libre, y la expresión «sana crítica» alude a la necesidad de una prueba libre y motivada conforme a los dictados de la razón y la lógica que, en expresión centenaria y afortunada, fue condensada en la feliz expresión de «sana crítica».

En cuarto lugar, la sana crítica supone un enfoque de la valoración de la prueba desde la perspectiva de los medios y no del fin. Con acierto se ha dicho que «la sana crítica es un *medio*; la libre convicción es un *fin* o un *resultado*» ¹¹⁶. Tal vez el acierto y la pervivencia de esta expresión, ya centenaria, consista en haber desplazado la noción de la valoración probatoria desde la perspectiva del resultado a la de los medios, pues con ella se resalta y destaca el instrumento —la racionalidad o buen criterio judicial— de motivación.

En quinto lugar, y a partir de la propia terminología legal, y de modo pedagógico, GUASP explicaba que las «reglas de la sana crítica» «son los criterios normativos («reglas», pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y

¹¹¹ SAP Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 15 de mayo de 2006, FJ 3.º (EDJ 2006/398652).

¹¹² M. TARUFFO, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 52, marzo 2005, 67; y también en *Prueba y estándares de prueba judicial*, op. cit., 57.

¹¹³ M. TARUFFO, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Prueba y estándares de prueba judicial*, op. cit., 57.

¹¹⁴ J. MONTERO AROCA, *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, 434.

¹¹⁵ V. DENTI, «Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972 (2-3), 295; J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, op. cit., 89, para quien «aquello que se deduce de la “sana crítica” no difiere en absoluto de lo que pretende la *intime conviction* o la *frei Beweiswürdigung*».

¹¹⁶ S. SENTÍS MELENDO, *La prueba*, op. cit., 431.

objetiva («sana») para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: «crítica» acerca de una cierta realidad)¹¹⁷.

En sexto lugar, también se ha apuntado que el recurso al sistema de valoración conforme a las reglas de la sana crítica es una solución de compromiso entre la rigidez y la desconfianza hacia los jueces, representado por el sistema de prueba tasada, y la excesiva flexibilidad e irresponsabilidad, representado por el sistema de la íntima convicción¹¹⁸, aun cuando tal apreciación parte de la discutible premisa que la íntima convicción sea un sistema de valoración de la prueba, cuando menos desde una concepción de la valoración racional de la prueba.

4.3. La mínima actividad probatoria

Es un estándar desarrollado por el Tribunal Constitucional español con respecto al proceso penal. Se formula, por vez primera, en la STC 31/1981, de 28 de julio, en la que se afirma:

el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la LECr., supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso la concurrencia de una *mínima actividad producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo* y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la concurrencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el art. 741 LECr., son las pruebas practicadas en el juicio, luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él¹¹⁹.

La referida expresión —«mínima actividad probatoria de cargo»— significa que para obtener una sentencia condenatoria en el proceso penal debe realizarse una actividad probatoria de cargo que sea lícita y practicada con todas las garantías procesales en el juicio oral. La sentencia de referencia fue dictada en un recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES la destrucción de la presunción de inocencia requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1.º) corresponde al Tribunal de instancia la valoración de la prueba y toda condena que se dicte en el proceso penal debe ir precedida de una *mínima actividad probatoria*, de manera que una condena sin esa *mínima actividad probatoria* vulneraría el derecho a la presunción de inocencia; 2.º) esta *mínima actividad probatoria* debe haberse practicado con todas las garantías procesales y con respeto a los derechos fundamentales, debiéndose practicar la prueba con todas las garantías previstas en el art. 24.2 CE: contradicción, publicidad, oralidad e intermediación; 3.º) esta *mínima actividad probatoria* debe ser una prueba de cargo, esto

¹¹⁷ J. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, vol. 1.º, 2.ª parte, M. AGUILAR (ed.), Madrid, 1947, 647. En sentido similar, E. FONT SERRA, *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*, Madrid, La Ley, 2001, 187-188.

¹¹⁸ A. PAÚL, *Sana crítica. The system for weighing evidence...*, op. cit., 15 y 23.

¹¹⁹ STC, Sala 1.ª, de 28 de julio de 1981, FJ 3.º (RTC 1981/31) (la cursiva es mía).

es, debe permitir fijar la culpabilidad del acusado; y 4.º) la *mínima actividad probatoria* debe practicarse en el acto del juicio oral^{120, 121}.

El estándar de la *mínima actividad probatoria de cargo* se ha convertido en una cláusula de estilo en las sentencias penales y en la doctrina científica. Sin embargo, la expresión es censurable desde un punto de vista técnico-jurídico, dado que, por una parte, en materia de prueba penal parece más acertado referirse a la existencia o inexistencia de prueba que a «mínimos» o «máximos de prueba», y por otra parte, tampoco resulta adecuado referirse a la concurrencia de un determinado número de pruebas, pues la destrucción de la presunción de inocencia puede desprenderse de una sola prueba¹²². De ahí que en sentencias posteriores en vez de utilizar la expresión «mínima actividad probatoria» se emplee la expresión «suficiente actividad probatoria de cargo» (STS de 10 de abril de 2010)¹²³, o la expresión «medios probatorios suficientes» (STC de 19 de septiembre de 1988)¹²⁴ en otras se empleen otras expresiones tales como «juicio sobre la prueba» y «juicio sobre la suficiencia» (STS de 29 de octubre de 2009)¹²⁵.

Se ha criticado la expresión «mínima actividad probatoria», pues el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene revelando la exigencia de una máxima actividad probatoria de cargo. La apelación a la actividad probatoria no es sino una remisión a la necesidad de basar la convicción judicial sobre datos objetivos, pero, en

¹²⁰ M. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch, 1977, 124.

¹²¹ La STC, Sala 1.ª, de 25 de septiembre de 1989, FJ 2.º (RTC 1989/150) afirma: «[...] no todo acto procesal constituye acto de prueba, sino, antes al contrario, por actos de prueba tan sólo cabe entender los practicados en el juicio oral bajo los principios de contradicción e inmediatez del órgano judicial decisor, pues este Tribunal tiene declarado que las pruebas a las que se refiere el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr., en adelante) son “las pruebas practicadas en el juicio” (STC 31/1981), debiéndose exceptuar exclusivamente de dicha regla la prueba sumarial “anticipada y preconstituida”, siempre y cuando en su ejecución se haya garantizado la aplicación de los referidos principios de contradicción e inmediatez de un órgano judicial, de un lado, y pueda preverse su imposibilidad de reproducción en el juicio oral, de otro (STC 80/1986 y 150/1987)».

¹²² M. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, op. cit., 129.

¹²³ La STS, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 10 de abril de 2008, FJ 3.º (RJ 2008/1575) afirma: «El control, en la casación, de la presunción de inocencia se extiende sobre si ha existido una *suficiente actividad probatoria de cargo*, mediante medios obtenidos y aportados al proceso sin infracción de normas constitucionales u ordinarias, y sobre si en las inferencias, cuyas ilaciones el Tribunal *a quo* ha debido exponer, no se observa quebrantamiento de pautas derivadas de la experiencia general, normas de la lógica o principios o reglas de otra ciencia» (la cursiva es nuestra).

¹²⁴ STC, Sala 1.ª, 19 de septiembre de 1988, FJ 1.º (RTC 1988/160) afirma: «Sólo nos corresponde verificar si se llevaron al proceso penal, y con las debidas garantías, medios probatorios suficientes sobre esas circunstancias específicas, lo que excluiría una lesión del derecho a la presunción de inocencia, pero sin entrar en modo alguno en la valoración, en conciencia, que de tales pruebas haya realizado el juzgador, de acuerdo con el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ejercitando la función de juzgar que le encomienda el art. 117.3 de la Constitución, sin que este Tribunal pueda ni deba actuar como una tercera instancia (STC 174/1985, de 16 de diciembre)».

¹²⁵ STS, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 29 de octubre de 2009, FJ 2.º (RJ 2009/7812) afirma: «Es reiterada la doctrina de esta Sala en relación al ámbito del control casacional cuando se denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia. a) En primer lugar, debe analizarse el “juicio sobre la prueba”, es decir si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respecto al canon de legalidad constitucionalmente exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de la legalidad ordinaria y sometida al cedazo de la contradicción, inmediatez e igualdad que definen la actividad del Plenario; b) En segundo lugar, se ha de verificar el «juicio sobre la suficiencia», es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia [...].»

definitiva, y a pesar de la apelación a la racionalidad, todo dependerá de la convicción judicial¹²⁶. A diferencia de la expresión *beyond any reasonable doubt*, el estándar de la *mínima actividad probatoria de cargo* no nos ofrece una indicación sobre el grado de prueba necesario para condenar, amén que el estándar de prueba debe referirse al resultado probatorio, y no a la «actividad probatoria».

4.4. El coeficiente de elasticidad de la prueba

Ha sido un concepto desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con la institución de la carga de prueba y la dosis de prueba necesaria para lograr la convicción judicial. Sirva como punto de partida de nuestro comentario, y entre otras muchas, la STS de 30 de mayo de 2011, en cuyo fundamento jurídico tercero se afirma:

No cabe confundir el tema del *onus probandi* con el de la *dosis de prueba*. La carga de la prueba no entra en juego aunque la prueba utilizada por el juzgador sea escasa o de mínima entidad. Salvo los casos en que basta un principio de prueba, en los demás, la tasa de prueba exigible varía según las circunstancias del supuesto que se trate. Con arreglo al *coeficiente de elasticidad de la prueba* no es necesaria una concreta tasa de prueba. Para la convicción del juzgador puede ser suficiente cualquiera de los medios de prueba, o las presunciones; y la falta de entidad de una prueba sólo es denunciante en el recurso extraordinario, en sede del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, cuando incurra en irrazonabilidad o arbitrariedad. Pero este defecto constitucional (infracción del art. 24.1 CE) no es una mera hipótesis porque exige que se acredite su realidad, sin que baste la mera afirmación¹²⁷.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de referencia, alude a la dosis de prueba sobre la base de las siguientes afirmaciones. En primer lugar, no existe una dosis de prueba tasada, sino que varía en función de las circunstancias de cada caso. En segundo lugar, la dosis de prueba debe medirse con arreglo al coeficiente de elasticidad de la prueba. Y, en tercer lugar, la dosis de prueba suficiente para generar la convicción judicial puede provenir de cualquier medio de prueba o de las presunciones.

El coeficiente de elasticidad de la prueba es un concepto que aparece definido negativamente, de manera que no es necesaria una concreta tasa de prueba para que un hecho pueda resultar acreditado. En sentido negativo, por tanto, no se necesita una determinada cantidad o calidad de las pruebas para tener por acreditado por un hecho. Pero, y ¿en sentido positivo? El coeficiente de elasticidad de la prueba remite a la consideración que la suficiencia de la prueba es relativa y circunstancial, esto es y en otras palabras, es necesaria la objetivación en la valoración de la prueba —lo cual se consigue mediante la motivación—, pero esa valoración dependerá de la subjetiva convicción de cada juez, al no existir reglas tasadas. Se trata, en definitiva, y como acertadamente apunta MUÑOZ SABATÉ, de un problema psicológico y en el que no existen reglas objetivas en las que, a diferencia de la carga de la prueba, nos indiquen la dosis de prueba¹²⁸.

¹²⁶ J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, op. cit., 94.

¹²⁷ STS, Sala 1.ª, 30 de mayo de 2011, FJ 3.º (RJ 2011/3994) (la cursiva es mía).

¹²⁸ L. MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil LEC*, J. M. Bosch, 2001, 169.

Es un concepto de creación jurisprudencial que actúa como parámetro configurador de la dosis de prueba desde una triple perspectiva. Primero, en el plano ontológico, para sentar la premisa que la dosis de prueba en el proceso civil no es tasada y objetiva, sino circunstancial y relativa (dependiendo de la materia objeto de enjuiciamiento), y aun subjetiva (dependiendo del sujeto enjuiciador). Es circunstancial y relativa, porque no es lo mismo la dosis de prueba, por poner un ejemplo, para acreditar la existencia de un contrato de compraventa aportado por documento público que la falta de capacidad del testador para el otorgamiento del testador. Y es subjetiva, porque, a título de ejemplo, la credibilidad que puede producir la declaración de un testigo o un perito en el proceso civil para convencer al juez en la instancia puede no ser suficiente para convencer al tribunal en la apelación o, inversamente, el tribunal en la apelación puede resultar convencido por la declaración de un testigo o perito que no logró convencer al juez en la instancia.

Segundo, en el plano cuantitativo, para sentar la premisa que la dosis de prueba es independiente del número o cantidad de los medios de prueba propuestos y admitidos, pudiéndose desprender la convicción judicial bien de la concurrencia de distintos medios de prueba, bien, por el contrario, de la existencia de un solo medio de prueba con entidad suficiente. La convicción judicial, máxime en un ordenamiento procesal civil que prima el sistema de libre valoración de la prueba, no atiende tanto al «número» de pruebas practicadas cuanto al peso (eficacia) que se desprende de las pruebas practicadas, sean pocas o muchas.

Y tercero, en el plano cualitativo, para fijar la premisa que la convicción judicial puede desprenderse de cualquiera de los medios de prueba admitidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil y también por el método de las presunciones. No existe, por así decirlo, una jerarquía en los medios de prueba, aun sin ignorar la utilidad o idoneidad de unos medios de prueba para probar determinadas cuestiones.

Desde un punto de vista crítico debe objetarse que la expresión «coeficiente» puede dar a entender algo que es medible y que la expresión «elasticidad de la prueba» puede dar a entender que la valoración de la prueba es arbitraria, cuando en realidad, quiere expresar que la convicción judicial no depende de un número de pruebas (cantidad de la prueba) y que todas las pruebas e incluso las presunciones pueden formar la convicción judicial (calidad de la prueba).

5. EPÍLOGO

A modo de epílogo de este estudio interesa destacar las siguientes ideas:

Primera. El estudio de la dosis de prueba ha preocupado tanto a filósofos y a procesalistas, cuyos autores más autorizados defienden que la finalidad del proceso es la aproximación a la realidad histórica de los hechos.

Segunda. Existe una aspiración por objetivar la dosis de prueba, siendo preferibles aquellas opciones que optan por la noción de probabilidad lógica frente a la de la probabilidad cuantitativa, porque la primera permite sostener una concepción racional de la prueba, en el que la prueba se concibe como instrumento epistémico

para conocer la verdad de los hechos en el proceso y la decisión judicial como fruto de inferencias lógicas.

Tercera. El término estándar de prueba (*standard of proof*) aparece vinculado a la tradición jurídica del *common law*, y como una suerte de instrucciones que el juez ofrece a los jurados para fijar la regla mínima de suficiencia probatoria, distinguiéndose solamente dos estándares, uno propio del proceso penal y condensado en la expresión *beyond any reasonable doubt* e interpretado como la necesidad que el jurado se sienta seguro para emitir un veredicto de culpabilidad, y otro propio del proceso civil y condensado en la expresión *preponderance of evidence*, interpretado como que el juez debe tener por acreditadas aquellas afirmaciones que hayan recibido mayor sustento probatorio.

Cuarta. En derecho continental lo más similar a los estándares de prueba serían bien las reglas de valoración de la prueba, tales como la íntima convicción, la *frei Beweiswürdigung* o la apreciación según las reglas de la sana crítica; bien las construcciones jurisprudenciales, tales como la mínima actividad probatoria de cargo o el coeficiente de elasticidad de la prueba.

Quinta. El Tribunal Supremo español ha acuñado el concepto del «coeficiente de elasticidad de la prueba», ligado a la institución de la carga de la prueba, y que permite afirmar que la dosis de prueba no es tasada y objetiva, sino circunstancial y relativa —dependiente de la materia objeto de enjuiciamiento—, siendo independiente la convicción judicial del número o cantidad de las pruebas practicadas y pudiéndose formarse la convicción judicial de cualquiera de los medios de prueba practicados y también de las presunciones.

Sexta. La dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria. Los estándares de prueba (del *common law*) o las reglas de valoración de la prueba (del *civil law*) contribuyen a objetivar y racionalizar el proceso de formación de la decisión judicial que, en definitiva, es un proceso subjetivo y autónomo de cada juez o jurado.

A modo de toma de postura personal, cabe concluir que los estándares de prueba del *common law* responden a los principios propios del sistema anglosajón, en el que existen casos, particularmente penales, sometidos a la decisión de un jurado que precisa de instrucciones, mientras que las reglas de valoración de la prueba responde al modelo de decisión de un juez profesional, más característico del *civil law*. En ambos sistemas, y cualesquiera que sean sus principios, es necesario establecer mecanismos de objetivación y control de la decisión judicial y en ambos sistemas el juez debe ser capaz de exteriorizar los motivos racionales de su decisión.

CORRECCIÓN Y COGNITIVISMO. COMENTARIOS AL ARGUMENTO DE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN DE ROBERT ALEXY *

George Pavlakos **

Universidad de Amberes-Universidad de Glasgow

RESUMEN. El argumento de la pretensión de corrección ha sido presentado por R. ALEXY con el objeto de defender la idea según la cual los enunciados normativos admiten respuestas objetivas. Mi propósito en este trabajo es el de preservar esta aspiración inicial, aun a costa de desviarme de algunas de las ideas originales que soportan el argumento. Empiezo explicando una versión pura del cognitivismo normativo, con base en la cual propongo reconstruir el argumento de la pretensión de corrección. Sostengo que el contexto de emisión de las emisiones normativas está dirigido a la posibilidad de cognición normativa, pero no la constituye. Lo que constituye tanto la posibilidad como la necesidad de cognición, es la estructura proposicional de las normas. Concluyo que el argumento de la pretensión de corrección debe salvaguardar una distinción entre el contexto de emisión de un enunciado normativo y la proposición que individualiza el contenido de la emisión.

Palabras clave: R. ALEXY, pretensión de corrección.

ABSTRACT. The argument from the claim to correctness has been put forward by R. ALEXY to defend the view that normative utterances admit of objective answers. My purpose in this paper is to preserve this initial aspiration even at the cost of diverting from some of the original ideas in support of the argument. I begin by spelling out a full-blooded version of normative cognitivism, against which I propose to reconstruct the argument from the claim to correctness. I argue that the context of uttering normative propositions points to the possibility of normative cognition, but does not constitute it. What constitutes the possibility of cognition is, as of necessity, the propositional structure of norms. I conclude that the argument from the claim to correctness ought to safeguard a distinction between the context of uttering a normative sentence and the proposition that individuates the content of the utterance.

Keywords: R. ALEXY, claim to correctness.

* Traducción de G. VILLA ROSAS, del original en inglés G. PAVLAKOS (2012), «Correctness and Cognitivism. Remarks on Robert Alexy's Argument from the Claim to Correctness», *Ratio Juris*, 25: 15-30.

** Profesor investigador, Universidad de Amberes y profesor, Universidad de Glasgow.

La elaboración de este ensayo fue generosamente financiada con recursos de la beca Odysseus (Odysseus Grant) de la Fundación para la Investigación del Estado de Flandes (Research Foundation Flanders - FWO). Algunas de las ideas presentadas en este escrito han sido desarrolladas a lo largo de años de conversaciones con R. ALEXY, C. HEIDEMANN y más recientemente con J. M. CABRA. Les doy las gracias por su valiosa contribución. También agradezco a CIRSIFID y a *Ratio Juris* por haberme invitado a participar en la conferencia *Law and Morality: the Perspective of Robert Alexy*, que fue celebrada el 12 de noviembre de 2010 en Bolonia. Finalmente, quisiera agradecer los valiosos comentarios de la audiencia del *Dokrorandenkolloquium* del Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad de Kiel, donde presenté el penúltimo borrador del documento en junio de 2011.

1. PRELIMINARES

En una serie de ensayos de los años noventa K.-O. APEL sostuvo que él usaba a HABERMAS con el objeto de discurrir contra el mismo HABERMAS (*«mit Habermas gegen Habermas zu denken»*) (APEL, 1998, Chs. 11-13). A pesar de que posiblemente no puedo hacer una apuesta más alta que aquella de APEL, yo quisiera también argüir de una forma similar acerca de ALEXY en contra de ALEXY. Sin embargo, con una diferencia importante: mientras que en sus ensayos APEL habitualmente utilizó la línea argumentativa de HABERMAS para negar su conclusión, yo seguiré el camino reverso: yo quiero defender las ideas fundamentales de ALEXY que subyacen al argumento acerca de la pretensión de corrección, y al mismo tiempo revisar, que no rechazar, el camino argumentativo hacia ella.

El argumento acerca de la pretensión de corrección (en adelante APC) ha adquirido el estatus de una justificación casi legendaria, dirigida a sostener que los enunciados normativos tienen una respuesta objetiva, en lugar de una respuesta subjetiva o una mera decisión o ninguna respuesta en absoluto. Cuando HABERMAS evoca de manera temprana esta justificación en relación con la explicación de la ética del discurso, dicha evocación tiene el propósito de argüir que los discursos prácticos tienen significado cognitivo, en el sentido de que son conducidos por premisas las cuales admiten valores de verdad. Mi propósito en este ensayo es preservar la aspiración inicial, la cual el APC está dirigido a defender, aún a costa de separarlo de algunas de las ideas que lo sustentan. Al final creo haber aclarado y fortalecido el APC más que haberlo abandonado por completo —pero este veredicto final corresponderá al lector—.

Ésta será la estructura del ensayo: en la segunda parte adopto una versión pura del cognitivismo normativo y explico sus requerimientos. Yo sostengo que si la cuestión de la corrección es la de satisfacer la aspiración cognitivista, entonces dicha corrección debe estar de acuerdo con aquella versión paradigmática del cognitivismo. La tercera parte ofrece una interpretación y reconstrucción del APC de cara al cognitivismo en su versión pura. En este punto el APC es explicado como una estrategia dirigida a demostrar que el contexto de emisión de las proposiciones normativas está dirigido a la posibilidad de cognición normativa, pero no la constituye. Lo que constituye tanto la posibilidad como la necesidad de cognición, es la estructura proposicional de las normas (razones). El punto principal que aquí se plantea es que el APC debe salvaguardar la distinción entre el contexto de emisión de un enunciado normativo y la proposición que individualiza el contenido de la emisión. Finalmente la cuarta parte discute algunas consecuencias de la versión pura del cognitivismo para los actos de habla que afirman enunciados normativos.

2. COGNITIVISMO PURO

Yo sostengo que el éxito de todo programa cognitivista puede ser medido en relación a su capacidad para esclarecer nuestras razones normativas de una manera no psicologista. En resumidas cuentas, esta conclusión permite afirmar que sólo algunos tipos de cognitivismo tienen éxito, en tanto permiten explicar nuestras razones norma-

tivas como poseedoras de poder motivacional de manera independiente de cualquier estado mental psicológico.

Se puede argumentar que el cognitivismo con respecto a la normatividad presupone algo como lo siguiente¹: lo que nos motiva a actuar, es decir, las razones que nos motivan (y por consiguiente el significado normativo de los conceptos que usamos en relación con aquellas razones), no se deriva de un estado mental (es decir, de entidades naturalistas), sino que es idéntico a nuestras razones normativas. Razones normativas son aquello de lo que tratan nuestros estados mentales, cuando aquéllos explican nuestro comportamiento (PARFIT, 2006, 365). En cierto sentido apropiado del término, nuestros estados mentales tratan de manera típica de hechos. De esto se sigue que: yo tengo una razón para F no en razón al hecho de que yo estoy en un estado mental particular, sino en razón al hecho específico del que trata mi estado mental.

Cambiando al nivel del discurso (de manera tal que permanezcamos dentro de los confines del giro lingüístico, el cual es mayormente preferido por las teorías éticas discursivas): las razones para la acción se integran en entidades susceptibles de valor de verdad, es decir, en proposiciones², en oposición a actitudes proposicionales, es decir, creencias, deseos o estados volitivos en sentido amplio. Utilizaremos ejemplos concretos:

Razones motivantes *como* estados motivacionales:

(EM) La razón por la cual yo tomo una sombrilla es mi creencia en que va a llover.

De manera diversa, esto es lo que nosotros obtenemos cuando las razones motivantes son idénticas a los hechos:

(RM) La razón por la que yo tomo una sombrilla es (el hecho de) que llueve³.

Cambiando a un caso más complejo referido a un hecho normativo, el tipo de razón contrastante asume la siguiente forma:

(EM) La razón por la cual yo ayudo al necesitado es que yo creo/pretendo/deseo (que) ayudar al necesitado (porque) es bueno⁴.

(RM) La razón por la cual yo ayudo al necesitado es porque (el hecho de) ayudar al necesitado es bueno.

Se seguiría entonces que la «estructura» general de la razón motivante no-naturalista es:

El hecho «que F»

NO

El hecho de mi creencia/deseo/ etc. «que F».

¹ Las formulaciones siguientes le deben mucho al reciente trabajo de PARFIT (PARFIT, 2006).

² Además, si una proposición es verdadera, entonces un hecho existe.

³ Estrictamente hablando hay una premisa que falta aquí, que es la que pronuncia el valor de evitar mojarse. El hecho que informa la premisa que falta puede ser llamado, siguiendo a FITZPATRICK, 2009, una *razón normativa autónoma* mientras que el hecho de *que llueve* juega el rol de una condición que posibilita, la cual de manera concordante puede ser llamada razón posibilitante. Razones normativas autónomas son más complejas que las razones posibilitantes y, en última instancia, son las portadoras de la normatividad. Para una discusión detallada sobre razones normativas autónomas, *vid.* PAVLAKOS, 2011.

⁴ Obviamente existe una asimetría entre creencias y deseos. El contenido de las creencias depende del valor de verdad de la proposición —por el contrario, en cuanto a los deseos, éste no es el caso—. Sin embargo, una creencia en sí misma no es una razón motivante *como* razón normativa; sólo la proposición verdadera (*i. e.* el hecho) que corresponde a ella lo es.

Por consiguiente, en relación a las razones, un cognitivismo puro requiere que nuestras razones motivantes no sean los estados psicológicos que contienen una creencia/intención o un deseo, sino los hechos reales de los que tratan nuestras creencias, deseos, etc. Tales hechos constituyen nuestras razones normativas y, más allá, proveen el significado conspicuo o contenido de nuestras proposiciones de deber —el cual nosotros debemos cumplir—.

En resumen, debe ser elaborada una distinción entre estados motivacionales y razones motivantes: desde una perspectiva no-cognitivista (o mentalista), las razones motivantes se agotan en los estados motivacionales. Desde una perspectiva cognitivista las razones motivantes son independientes de cualquier estado mental (es decir, de actitudes proposicionales tales como creencias, deseos, etc.) e idénticas a los hechos que constituyen nuestras razones normativas. Ésto es lo que yo asumo como el punto fundamental del cognitivismo puro.

3. LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN Y LAS NORMAS COGNOSCENTES

Afirmar las premisas de un cognitivismo normativo puro tiene cierto atractivo como ejercicio intelectual. Sin embargo, carece de toda fuerza apodíctica: aún si el cognitivismo es bueno, útil o conveniente, su valor resultará comprometido a menos que se muestre que él no es una entre muchas opciones, sino que por el contrario, que existen razones (no instrumentales) para optar por los hechos normativos como los hacedores de verdad de nuestras proposiciones normativas, como opuestos a todo estado mental naturalista.

Es en este punto en el que interviene el argumento de la pretensión de corrección —que ya se encuentra en el trabajo de HABERMAS, pero elaborado de manera prominente por R. ALEXY en el campo de la teoría general del derecho—. Su rol en relación a la fundamentación del programa cognitivista de la ética del discurso es precisamente el de asegurar y profundizar la idea de que los hechos normativos son la clase apropiada de entidades que hacen nuestras proposiciones normativas verdaderas, de manera antecedente a los estados mentales de quien pronuncia un enunciado normativo (HABERMAS, 2001, 57n.). En el caso de ALEXY, el APC fue introducido con la intención específica de demostrar una unidad necesaria entre el derecho y la moral, una tesis que es comúnmente conocida como la tesis de corrección:

[El APC] dice que las normas jurídicas individuales y las decisiones jurídicas individuales así como los sistemas legales como un todo presentan necesariamente una pretensión de corrección. Un sistema de normas que ni de manera explícita ni de manera implícita tenga esta pretensión no es un sistema jurídico. A este respecto, la pretensión de corrección tiene un significado clasificatorio. Los sistemas jurídicos que tengan de hecho esta pretensión pero fallen en satisfacerla son jurídicamente deficientes. A este respecto la pretensión de corrección tiene un significado cualificadorio. Un significado cualificadorio exclusivo está unido con la pretensión de corrección de normas jurídicas individuales y decisiones jurídicas individuales. Estas son jurídicamente defectuosas si no tienen la pretensión de corrección o si ellas fallan en satisfacerla (ALEXY, 2002a, 36).

Pero también en este caso, el éxito de esta tarea se basa en la premisa del cognitivismo normativo. Yo asumo que una no polémica interpretación del APC es aquella

en virtud de la cual el derecho está necesariamente conectado con la moral en razón a que toda emisión de carácter normativo necesariamente posee un contenido cognitivo el cual es individualizado por hechos normativos idóneos (y, se debe añadir, que no hay nada inherente a aquellos hechos que sea peculiarmente jurídico)⁵. Además, ALEXY explícitamente concede algo entre líneas a la estrategia del cognitivismo puro, cuando él de manera general comenta sobre el estatus de las afirmaciones normativas (morales):

Enunciados morales que no planteen [la pretensión de corrección] no son juicios morales sino expresiones de emoción (ALEXY, 1999, 26).

Pero para que esto funcione hay que asegurarse que el APC pueda cumplir con el principal requisito del cognitivismo puro, cuya característica principal es la habilidad para mantener separadas las razones normativas de los estados motivacionales (como mentales).

Volvamos a la estructura del APC e indaguemos si a ella corresponde esta tarea. Yo ofreceré primero una reconstrucción del APC con el objeto de mostrar cómo él puede emplear el cognitivismo puro. Yo sostengo que él es la razón principal que permite el empleo del APC dentro del contexto más amplio de la teoría moral cognitivista, que es la ética del discurso. A continuación, examinaré algunas deficiencias del APC tal y como éstas emergen del debate entre sus críticos y ALEXY, deficiencias que amenazan con socavar la eficacia del argumento en tanto estrategia para sostener el cognitivismo. Mi objetivo será el de eliminar estas deficiencias y clarificar algunos otros malentendidos que pueden distorsionar el papel de la pretensión de corrección dentro del contexto más amplio de la teoría de la normatividad de ALEXY.

En primera instancia el APC apunta al hecho de que los enunciados normativos pueden ser afirmados. Si esto es verdad entonces se deduce de ello que tales enunciados tienen una estructura proposicional, y por consiguiente que ellos admiten una evaluación en términos de verdad y falsedad. Se deduce entonces que el hecho de *la posibilidad de aseveración apunta a la necesidad de la estructura proposicional de los enunciados normativos*. Que un enunciado normativo sea verdadero significa que, de hecho existe una obligación válida (o, de una forma más general, que él puede generar una genuina razón para la acción). Aunque las condiciones para crear una obligación pueden quedar por ahora abiertas, lo que es esencial en esta etapa es notar que existen razones de cierta clase que hacen a las proposiciones (normativas) verdaderas: esto es, existen hechos normativos, o normas⁶, los cuales deben mantenerse separados de las actitudes o pretensiones de otra especie⁷.

⁵ En esta medida, la carga de la prueba de la separación entre el derecho y la moral recaería en quien abogue por ello.

⁶ Tales hechos pueden ser llamados razones o normas. Para el caso de las razones, las cuales no pueden ser analizadas en este ensayo, yo prefiero el término «norma» sobre el término «razón», aunque ningún daño supone el uso de ellos de manera indistinta. «Norma» parece ser también la preferencia de ALEXY. Él adopta lo que él mismo ha denominado *concepción semántica de las normas*. Según dicha concepción, las normas no se identifican con el elemento lingüístico particular (*i. e.* enunciados), que las expresa, sino con el significado-contenido objetivo (que es la proposición), que es expresado (ALEXY, 2002b, 21-25); *vid.* también PAVLAKOS, 2011.

⁷ Los tres estadios del argumento se pueden presentar como las tres etapas de un argumento trascendental, con el fin de permanecer en línea con la intención de la ética del discurso y así otorgarle el dejo de una

Lo que se sigue a partir de esta reconstrucción, es que existe un aspecto objetivo de la pretensión de corrección —llamado la dimensión proposicional⁸— el cual no está a disposición de quien pronuncia el enunciado normativo pertinente. Para ser más preciso, ni la proposición, la cual individualiza el contenido del enunciado normativo, ni los motivos que hacen la proposición verdadera, son disponibles, en el sentido de ser dependientes de las condiciones de actuación del acto de lenguaje pertinente. Entonces si, dentro de otras cosas, el emisor no tiene la intención, o si falla en elevar la pretensión, sea ella implícita o explícita, o si eleva una pretensión diferente, o incluso si tiene la intención de contradecirla, la dimensión proposicional está destinada a permanecer inmune a todo esto⁹. Interpretar en esta perspectiva el APC puede perfectamente brindar los fundamentos necesarios para la posibilidad de los hechos normativos, como condición de un cognitivismo normativo puro, según lo expuesto anteriormente.

Es necesario advertir en este punto que al demostrar la necesidad de hechos normativos, en lugar de refutar los motivos de fondo, el APC refuta el mentalismo, o el no-cognitivismo en la metaética. Él no descarta las actitudes mentales (creencias, deseos) por ser motivos de fondo defectuosos, sino que por el contrario, sostiene que dichas actitudes mentales son en general, una *clase errónea* de objetos cuando se trata de hacer cualquier proposición verdadera, en especial si ésta es normativa. En este caso lo que se requiere son hechos, ya que cuando una proposición es verdadera, entonces existe un hecho. Este punto es importante, por lo que me permitiré elaborarlo un poco más: concepciones mentalistas o no-cognitivistas de la normatividad (con preeminencia entre ellas la del expresivismo) se basan en una imagen semántica del lenguaje normativo, que asume que las proposiciones se derivan, en cuanto a su contenido, de las actitudes mentales de los agentes. Esta *sui generis* pretensión semántica es profundizada más o menos como sigue. En contraste con explicaciones semánticas estándar, el expresivismo identifica las condiciones semánticas de corrección no como condiciones de verdad sino como condiciones de aseverabilidad. Este modelo alternativo semántico —denominado por M. SCHROEDER como «expresivismo de aseverabilidad» por obvias razones (SCHROEDER, 2008, 28-35)— sostiene que el contenido de un enunciado se encuentra semánticamente asociado con la condición de que el emisor se encuentre en un estado mental¹⁰. Tomemos por ejemplo el enunciado S: «El dolor debe ser evitado». En una semántica veritativa, el significado de este enunciado sería individualizado por la proposición el *dolor debe ser evitado*, el cual de manera subsecuente determinaría el contenido del estado mental en el cual el emisor se encuentra, cuando expresa S. ¡Esto no ocurre en el expresivismo de aseverabilidad! Aquí el contenido de S es derivado

necesidad conceptual (HABERMAS, 2001; 2002a). En consecuencia, el hecho de que los enunciados normativos sean frecuentemente aserciones es una premisa fáctica débil. Luego, la segunda premisa afirma, que el hecho de que dichos enunciados posean una estructura proposicional es una condición para su funcionamiento como aserciones. Finalmente, se seguiría que los enunciados normativos necesariamente poseen una estructura proposicional.

⁸ En estricto sentido la dimensión proposicional pertenece a los actos de habla más que a la pretensión. Con base en el argumento que aquí se presenta, esta dimensión es llevada a cabo debido a que se evoca la pretensión.

⁹ El único caso en el que el elemento performativo puede afectar el carácter proposicional de la emisión ocurre cuando la afirmación no alcanza a cumplir los criterios sintácticos y gramaticales de un enunciado bien formado (HEIDEMANN, 2005, 142).

¹⁰ Dado el postulado de la consistencia, lo que corresponde al caso de los deseos, se aplica también al caso de las creencias.

aún de la proposición el *dolor debe ser evitado* pero ésta no es la última instancia para adjudicar el contenido a S. Para que esta proposición sea en sí misma individualizada debe estar de acuerdo con el estado mental —creencia, deseo u otro— en el que se encuentra el emisor cuando expresa S, o citando a SCHROEDER: «En pocas palabras, podemos decir que el enunciado “expresa” éste [estado mental]» (SCHROEDER, 2008, 31). Por consiguiente, de acuerdo con esta perspectiva, los estados mentales son antecedentes a las proposiciones —y, por la misma razón, también a los enunciados— con respecto a su significado y contenido definitivos. Es precisamente este paso semántico el que requiere ser desmantelado antes de que el cognitivismo puro pueda ser asumido; y es el APC, al que corresponde ejecutar tal tarea de desmantelamiento.

Lamentablemente, el debate en torno al APC ha sido llevado a cabo en términos que confunden la dimensión proposicional de la pretensión de corrección con aquello que se puede llamar como su dimensión performativa. Por consiguiente, tanto el criticismo elevado en contra del APC como las defensas del mismo sostenidas por ALEXY, parecen pretermitir la tarea cognitivista clave del APC, esto es, su habilidad para bloquear toda fundamentación de la normatividad sobre objetos psicológicos inertes.

En particular, la mayoría de los críticos confunden la relación entre el acto de habla de la emisión de una proposición normativa y la proposición que es expresada. Es decir, ellos asumen la ejecución del acto de habla que afirma un enunciado normativo como constitutiva del contenido del enunciado que es afirmado. De esta manera, ellos identifican deficiencias que devienen posibles tan sólo si la dimensión performativa de la aserción es asumida como determinante de su dimensión proposicional. Por otra parte, los elementos de la ejecución, cuya presencia o carencia afectaría la ejecución de la aserción, son asumidos como si tuviesen impacto en la dimensión proposicional de la aserción. Dependiendo de la formación filosófica de cada crítico, este impacto es apreciado como positivo o rechazado como perjudicial.

Ésta es una muestra de los puntos de vista que se han presentado: ¿pueden las normas evocar una pretensión, o tan sólo las personas pueden hacerlo? y si sólo las personas pueden hacerlo, ¿no deviene entonces la pretensión demasiado subjetiva?, ¿qué sucede si las personas que toman parte en la práctica del derecho olvidan elevar la pretensión o incluso elevan una distinta? ¹¹. Además, si toda norma, como sostiene ALEXY, presenta necesariamente una pretensión de corrección, ¿cómo es posible que una norma continúe siendo legal aún cuando falle en erigir la pretensión de corrección (BULYGIN, 1993, 21; *id.*, 2000, 134)? En términos más generales, si la pretensión es necesariamente evocada en corrección con normas jurídicas (sea por las normas mismas o por los agentes que toman parte en la práctica) entonces no hay lugar a negar el carácter jurídico de una proposición jurídica. Finalmente, como otra crítica señala: si todo lo que es jurídico (sea un sistema o una norma) necesariamente implica la pretensión, entonces es perfectamente concebible un sistema jurídico que sea dirigido por un grupo de gente insensible, el cual no sólo yerre en elevar la pretensión sino que incluso

¹¹ C. HEIDEMANN cita el caso de los contemporáneos de GALILEO quienes, de manera irónica pronunciaron: «Si seguro, la tierra se mueve alrededor del sol», preguntándose por el impacto que puede tener, sobre la proposición que es afirmada, el hecho de que alguien se pronuncie de manera no seria, o incluso en broma (HEIDEMANN, 2005, 129).

explícitamente la contradiga, o simplemente pronuncie «x está jurídicamente obligado, aun cuando dicha obligación sea inmoral» (HEIDEMANN, 2005, 142).

En todos estos casos, la crítica asume de una u otra forma que el contexto de ejecución se abre paso en el contenido de la proposición que es afirmada. Esto está sin embargo lejos de ser una suposición sólida. Si yo afirmo: «Se debe robar bancos», aun cuando la dimensión performativa de mi afirmación realice un esfuerzo por reducir la ambigüedad de «banco», haciendo que dicha afirmación se refiera a la institución, permanece siendo cierto que no existe permiso, y mucho menos que se debe empezar a robar bancos¹².

Por el contrario, si la norma en cuestión no es otra que la proposición afirmada entonces, también es verdad, que los requerimientos para el éxito del acto de habla de aserción no pueden ser constitutivos del contenido de la norma (*como* proposición normativa verdadera). A lo sumo, ellos son un reflejo o un «síntoma» (HEIDEMANN, 2005, 140) de que la norma tiene una estructura cognitiva. Más bien, en este caso es la norma la que es constitutiva de los requerimientos para la eficacia del acto de habla relevante¹³. La norma *como* proposición verdadera introduce un elemento cognitivo en el acto de habla, el cual es antecedente al contexto dentro del cual el enunciado relevante es afirmado (incluyendo la cuestión de si el emisor pretende evocar una u otra pretensión)¹⁴. C. HEIDEMANN lo ha puesto en términos sucintos:

Si, sin embargo, la pretensión de corrección no es evocada [...] esto no tiene consecuencias necesarias para el significado-contenido normativo [GP: *i. e.* proposición] del enunciado o su validez (HEIDEMANN, 2005, 142).

En respuesta a los críticos, ALEXY introdujo en algún momento la distinción entre una evocación objetiva y una subjetiva de la pretensión, con el objeto de impedir el colapso del APC en la psicología del emisor (ALEXY, 1998, 206; *id.*, 2007). En este contexto ALEXY sostiene que mientras la evocación subjetiva de la pretensión se refiere a personas reales, aquélla objetiva se refiere a agentes idealizados *como* participantes en el sistema jurídico. Por un lado, una persona evoca subjetivamente una pretensión si ella desea hacerlo. Por el lado contrario, una pretensión objetiva «no es un asunto privado, sino que está necesariamente relacionada con el papel de un participante en un sistema jurídico» (ALEXY, 1998, 206).

No obstante, de cara al cognitivismo en su versión pura, la distinción de ALEXY no alcanza a bloquear la contaminación con elementos performativos de la dimensión

¹² Esta es una controversia clásica en filosofía, hasta qué punto las circunstancias contextuales dan forma al contenido de la proposición. Contextualistas parecen forzar esta influencia, mientras los no contextualistas, o literalistas se resisten a la estrategia contextualista (REVANATI, 2004; y para una aplicación en teoría jurídica: PAVLAKOS, 2009).

¹³ *Vid.* la siguiente parte sobre los requerimientos de la afirmación.

¹⁴ Se podría argumentar que la gran innovación de la teoría de los actos de habla fue precisamente su habilidad para ampliar el contenido semántico de las proposiciones a través de su enriquecimiento con elementos pragmáticos. Junto con esta función, los actos de habla resaltan, además de la comunicación, un elemento propio de la habilidad creativa incorporado en el pensamiento humano, en virtud del cual se pueden crear nuevas razones, ya sean ellas de creencia o de acción. No obstante, se debe ser cauteloso en otorgar a la mente humana una autoridad completa de contenido independiente en la creación de razones para la creencia y la acción. Una observación cautelosa hace evidente que tales razones deben ser poseedoras de un estatus mental independiente, si ellas deben valer como estándares fiables (PAVLAKOS, 2011).

proposicional del APC. En contraposición, nosotros podemos calificar su propuesta como «cognitivism débil». De acuerdo con dicha propuesta, el APC implica que sólo en la medida en que se pretende imparcialmente¹⁵ tener una particular postura respecto de un enunciado normativo, puede este último ser asumido como poseedor de un contenido proposicional objetivo. Lo que es, no obstante, decepcionantemente débil, porque ello presupone que el contenido de la norma es individualizado por (y en la medida permitida por) el estado mental en el cual se encuentra algún emisor. Una conclusión inmediata a partir de ello, es que el mismo enunciado acabaría significando diferentes proposiciones, cada vez que el contexto performativo variase. Para ilustrar el punto: si el emisor pretende bromear o no afirmar «que p », entonces la afirmación no sería sobre p sino sobre $p1$. Con el fin de obtener p a partir de «que p » necesitaríamos evidenciar que el emisor pretendió *afirmar* «que p »¹⁶.

El cognitivism débil es deficiente cuando se trata de dar contenido a la distinción —crucial para el cognitivism— entre estados mentales y los hechos que son nuestras razones normativas. La cuestión no es si las normas o las personas pretenden (aún necesariamente) expresar un enunciado con una intención asertórica (de hecho, yo estaría gustoso en admitir que en realidad sólo son personas quienes pueden pretender en este sentido). La cuestión es diferente: esto es, si, al inducir el modo asertórico, los enunciados normativos son necesariamente proposicionales (susceptibles de contenido cognitivo).

Es esta última necesidad, que conlleva el contenido proposicional, la que puede conferir la cantidad requerida de independencia mental del contenido normativo, que es obligatorio para el cognitivism en sentido puro. Aquí la necesidad se adhiere al contenido cognitivo de los enunciados normativos, no a la existencia de cualquier característica actitudinal de aquél que afirma esos enunciados. De esto se sigue, si puedo afirmarlo con arrojo, que la posibilidad (no la realidad) de aserción es la que fundamenta la necesidad del cognitivism. Entonces, cuando ALEXY sostiene: «Las normas individuales presentan necesariamente la pretensión de corrección (por consiguiente, siguen siendo jurídicas) aún cuando determinados funcionarios no lo hagan», uno debe leer «todo enunciado normativo es susceptible de valor de verdad sobre la base del hecho de que tiene un contenido proposicional (y esto es así, reitero, porque dicho enunciado puede ser afirmado)». En este sentido, el aspecto objetivo de la evocación de la pretensión así como de la necesidad es perfectamente compatible con cualquier deficiencia en las actitudes o intenciones de funcionarios particulares y con su fracaso en la evocación de la pretensión de corrección¹⁷.

¹⁵ Por «imparcialmente», entiendo aquí no un asunto de la psicología de un individuo particular, sino una cuestión de la psicología poseída por quien quiera que sea un participante en el sistema jurídico.

¹⁶ Desde luego la información sobre las intenciones del emisor es relevante para determinar el contenido de la proposición. Sin embargo, su importancia no debe ser exagerada: aun en el caso de expresiones extremadamente contenido-dependientes, tales como las expresiones indicativas, la mayoría de filósofos del lenguaje están dispuestos a reconocer que existen algunos contenidos de ejecución independiente que fijan la proposición en combinación con las circunstancias que rodean la emisión del enunciado relevante, el cual contiene la expresión indicativa. Es más, la pieza de ejecución independiente de la expresión indicativa es lo que guía la selección de aquellas piezas de información significantes para la individualización de la proposición, de entre aquellas piezas de información acerca de las intenciones de los emisores. Fundamental en esta vertiente es el trabajo de D. KAPLAN (especialmente KAPLAN, 1989).

¹⁷ Sobre este punto, *vid.* también la sección cuarta de este ensayo.

Por otra parte, la necesidad de someter las proposiciones normativas a fundamentación implica que toda proposición será verdadera o falsa. Propositiones normativas verdaderas constituirán obligaciones (normas) genuinas, mientras que aquéllas falsas no alcanzarán a ser distinguidas como normativas —ellas no serán consideradas como obligaciones (y aún más, ellas constituirían coacción sobre otros, si actuaran sobre ellos)—.

En este sentido, el APC establece la relación entre el derecho y la moral, al mostrar que la normatividad es una empresa cognitiva, sin tratar de demostrar que cada derecho, moral y demás deben ser considerados como normativos en el sentido de participar de una propiedad (no normativa) común (tal como la regla de un acto de habla)¹⁸. El punto de vista anterior presupondría que no existe tal cosa como el ámbito jurídico, que pueda ser constituido de manera antecedente a lo que cuenta como bases (normativamente sólidas). Sostener que la moral tiene relación con el concepto de derecho, no haría más que presentar una solución débil, referida a un filtro moral, que no alcanza a constituir una característica inherente al derecho.

4. LA AFIRMACIÓN DE UNA PROPOSICIÓN NORMATIVA

¿Cuáles serían las consecuencias de los diversos fracasos de la dimensión performativa de los enunciados normativos adecuadamente expresados al asumir el cognitivismo normativo puro? Éste será el tema de esta sección.

Dado el vocabulario de los actos de habla que más impregna la discusión sobre la pretensión de corrección, no sólo en ALEXY sino también en HABERMAS, es necesario aclarar las consecuencias que tiene una interpretación cognitivista de dicha pretensión, tal como ha sido propuesto en páginas anteriores. Aun cuando un profundo interés en el cognitivismo normativo ha dado a conocer la razón fundamental de la ética del discurso, es un hecho irrefutable que el particular vocabulario que ha sido empleado a través de los años por sus defensores, ha dado un fuerte apoyo a la impresión de que la posibilidad del cognitivismo depende de la fenomenología de la afirmación.

Afortunadamente, esa impresión es más débil de lo que parece, como he tratado de sostener en este escrito. No obstante, aún existe una justificada *aporía* en relación al impacto de la interpretación que propongo sobre la fenomenología de la pretensión de corrección: ¿En qué medida son modificadas las condiciones o las reglas de aserción de una proposición normativa, y con qué efecto?

Debido a la falta de espacio, tocaré sólo dos puntos: en primer lugar, voy a discutir las condiciones de éxito necesarias para afirmar un enunciado normativo. Segundo, ofreceré algunas nuevas respuestas con respecto a las consecuencias que resultan del fracaso de la afirmación adecuada de un enunciado normativo. En este caso, a pesar de que el fracaso de la afirmación adecuada de un enunciado normativo no puede tener un impacto radical en el contenido del enunciado, como algunas de las formulaciones de, entre otros, ALEXY nos conducen a pensar, existen aún algunos problemas relacionados con dicho fracaso que deben ser abordados.

¹⁸ Hay un dejo dworkiniano en esta empresa: la pretensión de que no es posible constituir primero la *differentia specifica* de cada dominio normativo y después otorgarles a ellos la fuerza práctica que es requerida.

Una vez que la realización del acto de habla ha sido separado de su contenido proposicional, puede apreciarse que la pretensión de corrección no puede (al menos, no de manera exclusiva) relacionarse con el aspecto performativo de la aserción. En otras palabras, sería un error asumir que la regla de aserción de una proposición normativa corresponde a su pretensión de ser correcta. Porque si lo hiciéramos, despojaríamos al componente proposicional del acto de aserción de la importante virtud de dotar por sí mismo de corrección: esto es debido al importante hallazgo de que toda aserción normativa (o, mejor, la proposición que es afirmada) difiere los criterios de su firmeza o corrección al *hecho normativo*, al considerarlo como verdadero. Es más, como ya se puso de manifiesto anteriormente, si hiciéramos ello, estaríamos forzados, en un momento posterior en nuestro razonamiento, a retornar falazmente a la dimensión performativa, en orden a recuperar el criterio de corrección. Tal medida, sin embargo, llegaría al fatal resultado de la abolición de la distinción entre las actitudes del emisor y cualquier otro elemento mental independiente que debe fundamentar nuestros juicios. Perder la dimensión de la independencia mental equivaldría a descartar la posibilidad del cognitivismo (normativo), el cual es la idea singular más importante que la ética del discurso desde hace algún tiempo ha logrado poner en la agenda de nuestra forma de pensar y hablar en relación a la normatividad.

4.1. Los requerimientos de la aserción

Si se admite una explicación cognitivista de la pretensión de corrección, las condiciones de éxito necesarias para afirmar un enunciado normativo incluirán: en primer lugar, el requerimiento de que el contenido de la emisión esté dado por una proposición, cuando ésta resulta ser cierta (*i. e.* un hecho). Segundo, el requerimiento de que el emisor se encuentre en un estado mental que incorpore directamente el contenido de la proposición emitida¹⁹. Mientras la razón de la primera condición debería estar más bien clara por ahora, la razón de la segunda requiere ser explicada. El punto es que, cuando un emisor emite un enunciado normativo, él o ella debe encontrarse en un estado mental que es determinado por la proposición la cual individualiza su emisión, sin la mediación de la absorción mental del emisor (esto es, su «impresión», o «idea») de la situación particular.

En contraste con la creencia de que, lo que es requerido es un estado mental «invertido» —aunque aspire a reflejar con precisión el mundo—, lo que es necesario es un estado de la mente que sea «externalista», en el sentido de que su contenido no sea determinado por las características mentales del emisor, sino por lo que hace una proposición verdadera (esto es, un hecho). El caso más importante de tal estado de la mente es el conocimiento. Al configurar esta condición, la segunda regla de aserción asume la forma de «la regla de conocimiento». Ésta dice:

¹⁹ ALEXY, en su ensayo «Law and Correctness» (ALEXY, 1998), parece agregar un tercer requerimiento, el cual está basado en las relaciones entre emisores: de acuerdo con él, afirmar un enunciado también implica que el emisor presenta a su audiencia una garantía de posible justificación, la cual además está conectada con una expectativa de que todo destinatario aceptará la proposición jurídica como verdadera. Según mi opinión, esto no determina un componente separado del acto de aserción, si es asumido que este último descansa sobre la regla según la cual se requiere que el agente se encuentre en un estado mental, el cual se adhiere al contenido proposicional de la emisión (*vid.* también la discusión en HEIDEMANN, 2005, 131-133).

(La regla de conocimiento) Se debe: afirmar p sólo si se conoce p ²⁰.

Con la regla de conocimiento, se configura de manera consistente la primacía de lo proposicional sobre la dimensión performativa de la aserción. Debido a que, con base en la regla de conocimiento, la ejecución de una aserción es correcta sólo si ella está fundada sobre un hecho normativo.

Por consiguiente, conforme a la interpretación que propongo, la pretensión de corrección comprende dos requerimientos o reglas: la regla del contenido proposicional y la regla de conocimiento. Mientras que la primera regla raras veces puede ser violada (e. g. cuando existe un claro desvío del discurso estructurado, o una consecuente privación del discurso) la segunda regla, la regla de conocimiento, puede ser violada en distintos momentos, en particular cuando el emisor adopta alguna otra actitud o cuando explícitamente se propone contradecirla. Sin embargo, cualquier falta de cumplimiento de la regla de conocimiento, aun cuando destruya el carácter del acto como acto de aserción, no puede despojarlo de su contenido proposicional y, por consiguiente, de tener que rendir cuentas ante aquellos hechos normativos que lo hacen verdadero o falso. La razón es simple: al basarse en la regla de conocimiento, la parte performativa se subordina a la dimensión proposicional. Así que, cuando la primera es socavada, sus efectos no se extienden a esta última, que continúa ejerciendo su efecto normativo: aun los dictadores, los abogados desilusionados o los calculadores tecnócratas siguen siendo responsables en relación a lo que es correcto o incorrecto, por lo que se puede decir que ellos están sujetos tanto a la evaluación normativa como a los hechos y dichos de cualquier persona que pretenda tener en cuenta el pleno de las consecuencias normativas de los pronunciamientos de ellos.

4.2. Los fracasos al afirmar adecuadamente

Pasaré ahora a examinar en mayor detalle algunas de las consecuencias de la falta de cumplimiento del segundo componente de la pretensión de corrección, esto es, la regla de conocimiento. ¿Qué ocurre cuando se niega o deja de actuar de acuerdo con la regla: «Afirma sólo aquello que conoces»?

i) Si la proposición normativa que se plantea es cierta (esto es, corresponde a un hecho normativo, o a una norma) entonces el daño es pequeño. Éste es el caso de un juez que dice: «Tú tienes que F, aun cuando yo pienso que hacer F es inmoral». En este caso, fuera del fracaso personal del juez, no se ha hecho realmente daño a los destinatarios de la ley²¹. Para ilustrar el punto mejor: piénsese en un juez moralista que pronuncia con resentimiento: «Las parejas homosexuales tienen derecho a adoptar niños, aunque esto es inmoral». Este fracaso de la afirmación apropiada de un enunciado normativo no hace su contenido falso de ninguna manera. De hecho las partes del caso estarían probablemente del todo satisfechas con la sentencia.

²⁰ En relación a la descripción cognitiva de la aserción y, de manera más amplia, a la poderosa reconstrucción del conocimiento como estado de la mente, *vid.* el trabajo fundamental de T. WILLIAMSON (WILLIAMSON, 2000, caps. 1, 11).

²¹ Es una cuestión diferente si se está exigiendo los daños causados por el hecho de que los jueces yerren al reconocer lo que es correcto. Lo que estoy examinando en el caso anterior es el impacto de la emisión judicial que es pronunciada.

ii) Si la proposición normativa que es afirmada es falsa (el hecho normativo/norma no existe), entonces, en la medida en que tiene un impacto en la vida de las personas, resultaría ser un caso de coacción pura. Así por ejemplo el juez que dice: «Tú debes seguir el *Führenprinzip*, aun cuando esto es inmoral». Esta emisión no da lugar a ninguna obligación (jurídica), precisamente porque la proposición que individualiza su contenido es falsa. Es interesante comparar este caso con respecto a sus resultados con el caso en el que R. FREISLER afirma adecuadamente el *Führerprinzip*. De nuevo aquí lo que se obtiene es un caso de pura e ilegítima coacción.

iii) Por último, quisiera examinar brevemente el fracaso de la dimensión performativa de la aserción en sí misma considerada, lo que es independiente de si la proposición que es afirmada es verdadera o falsa. ¿Existe un caso de un error más general, que aquél en el cual alguien deja de afirmar una proposición normativa adecuadamente? Ilustraré el punto por medio de una referencia a otra influyente teoría jurídica que acoge una versión de la pretensión de corrección entendida como marco conceptual del derecho: tengo en mente el modelo de autoridad de J. RAZ, el cual pone a la pretensión de corrección al servicio de una posición positivista fuerte. De acuerdo con RAZ, todo sistema jurídico tiene la pretensión de poseer una autoridad legítima como una necesidad conceptual. Por consiguiente, plantean dicha pretensión no sólo aquellos sistemas, que son de hecho legítimos, sino también aquéllos ilegítimos, que sin embargo comparten algunas características no normativas comunes con los primeros. En palabras de RAZ:

Un sistema jurídico puede carecer de autoridad legítima. Si éste carece de atributos morales necesarios para dotarlo de una autoridad legítima entonces no tiene ninguna. Sin embargo, él debe poseer todas las otras características de la autoridad, o de lo contrario sería extraño decir que él tiene una pretensión de autoridad. Para pretender tener autoridad, él debe ser capaz de tenerla, debe ser un sistema de la clase de aquéllos que son capaces en principio de poseer el requisito de las propiedades morales de la autoridad (RAZ, 1996, 215).

Él especifica las características que hacen un sistema de la clase de aquellos que es capaz en principio de poseer autoridad legítima, como sigue:

Las dos características son las siguientes. En primer lugar, una orden puede resultar autoritativamente obligatoria sólo si representa el punto de vista de una persona acerca de cómo deben comportarse sus gobernados, o al menos si es presentada de esta manera. En segundo lugar, debe ser posible identificar la orden como emanada por la supuesta autoridad, independientemente de otras razones o consideraciones que la orden se proponga resolver (RAZ, 1996, 218).

Con esta estrategia RAZ aísla las órdenes jurídicas de los fundamentos que hacen su componente proposicional verdadero o falso. No obstante, esta jugada tiene además la consecuencia de despojar a las órdenes también de su dimensión performativa: si la pretensión de poseer una autoridad legítima es reducida a la existencia del mandato de alguien, más una confianza directa en el mandato (esto es, sin referencia alguna a una razón de fondo), entonces ya no tiene relevancia la pretensión de poseer una autoridad legítima, si el agente afirma sólo lo que él conoce ser el caso. Tan pronto como, no obstante, se ha despojado a la pretensión de poseer autoridad legítima de un aspecto proposicional y uno performativo por igual, dicha pretensión comienza a disolverse en el aire.

No obstante, sin dicha pretensión, lo que el mandato de una autoridad cualquiera representará será coacción pura. Dado que pronunciar un enunciado normativo es en sí mismo una acción, esto hace que se encuentre sujeto a las mismas normas que gobiernan todo tipo de acción. De esto se sigue que toda declaración de una norma que no se guíe por el conocimiento de que la orden es una norma (correcta), configurará probablemente una imposición de fuerza sobre otros²².

En conclusión²³, una descripción cognitivista pura de la pretensión de corrección sostendría que, debido a la dimensión proposicional de la pretensión, todos los enunciados normativos están sujetos a una evaluación normativa sobre la base de los hechos normativos que hacen verdaderas o falsas las proposiciones relevantes. Con respecto al aspecto performativo de la pretensión, que es la regla de conocimiento, los siguientes casos deben ser distinguidos: si el emisor no sigue la regla, entonces el emisor no obstante eleva la pretensión de corrección a través de la dimensión proposicional de la pretensión. Sin embargo, el fracaso en la evocación de la pretensión puede constituir un yerro moral en sí mismo, para el caso de la parte performativa de la pretensión, esto indica que los actos de habla normativos son en sí mismos acciones, y en cuanto a tales, pueden ser considerados verdaderos o falsos, dependiendo de si ellos están de acuerdo o violan las normas existentes (*como* hechos normativos).

(Traducción de Gonzalo Villa Rosas)

REFERENCIAS

- ALEXY, R., 1998: «Law and Correctness», *Current Legal Problems*, 51: 205-221 (versión en español: ALEXY, R., 2010: «Derecho y corrección», *La institucionalización de la justicia*, Comares, 28-47).
- 1999: «My Philosophy of Law. The Institutionalisation of Reason», *The Law: in Philosophical Perspectives*, Luc Wintgens, 23-46. Dordrecht: Kluwer (versión en español: ALEXY, R., 2000: «La institucionalización de la razón», *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, 43: 217-249).
- 2002a. *The Argument from Injustice*, Oxford: Clarendon (versión en español: ALEXY, R., 1994: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Gedisa).
- 2002b. *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press (versión en español: ALEXY, R., 2002: «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de*

²² El contraste con el modelo de autoridad es instructivo, en la medida en que puede servir como una advertencia: los diversos intentos por evitar el aspecto propositivo de la pretensión de corrección lo más probable es que terminen también en una situación en la cual, la dimensión performativa es indeterminada (así por ejemplo, si se reduce al visto bueno de alguien). No obstante, en ausencia de las dos dimensiones, el derecho se convierte en un sistema de coerción pura.

²³ Hay además una pregunta relacionada con el impacto de la dimensión performativa de la pretensión sobre el estatus de las proposiciones normativas. Ésta concierne a la cuestión de si la ejecución correcta de la aserción puede afectar los fundamentos de la proposición que es afirmada. Recientemente S. DARWALL (DARWALL, 2007a) ha afirmado que las razones morales, en virtud de su carácter recíproco o relacional, están fundadas en la perspectiva segunda personal, que se plantea por las pretensiones que son presentadas por personas de manera recíproca. No puedo discutir esta perspectiva aquí en detalle. Mi propio punto de vista al respecto, es que el carácter recíproco de las normas morales, que es sin duda el caso, puede ser fundado de manera satisfactoria en la perspectiva primera personal que es generada por la capacidad reflexiva de las personas. Para una crítica a DARWALL, que se basa en una premisa similar, *vid.* Ch. KORSGAARD (KORSGAARD, 2007) y la respuesta de DARWALL (DARWALL, 2007b).

- Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 22: 13-64.
2007: reimp. en *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 511-562).
- 2007: «13 Replies», *Law, Rights and Discourse*, G. PAVLAKOS (ed.), Oxford and Portland: Hart, 333-336.
- APEL, K.-O., 1998: *Auseinandersetzungen in Erbrobung des Transzendental-prgmatischen Ansatzes*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- BULYGUIN, E., 1993: «Alexy und das Richtigkeitsargument», *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, AARNIO, A.; PAULSON, S. L.; WEINBERGER, O.; VON WRIGHT, G. H., y WYDUCKEL, D. (eds.), Berlin: Duncker & Humblot, 19-24.
- 2000. «Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality», *Ratio Juris*, 13: 133-137.
- DARWALL, S., 2007a: *The Second-Person Standpoint*, Cambridge Mass: Harvard University Press.
- 2007b: «Reply to Korsgaard, Wallace and Watson», *Ethics*, 118: 52-69.
- FITZPATRICK, W., 2009: «Recent Work on Ethical Realism», *Analysis*, 69: 746-760.
- HABERMAS, J., 2001: «Discourse Ethics: Notes on a Programme of Philosophical Justification», en J. HABERMAS, *Moral Consciousness and Communicative Action*, 43-115, Cambridge Massachusetts: MIT Press (versión en español: HABERMAS, J., 1987: «La ética del discurso: notas sobre un programa de fundamentación», *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid: Península, 59-134).
- HEIDEMANN, C., 2005: «Law's Claim to Correctness», *Jurisprudence or Legal Science?*, COYLE, S., y PAVLAKOS, G. (eds.), Oxford and Portland: Hart, 127-146.
- KAPLAN, D., 1989: *Demonstratives. An Essay on the Semantics, Logic, Metaphysics, and Epistemology of Demonstratives and Other Indexicals*, reimpreso en *Themes from Kaplan*, ALMOG, J. et al. (eds.), New York: Oxford University Press, 481-563.
- KORSGAARD, Ch., 2007: «Autonomy and the Second Person Within: A Commentary on Stephen Darwall's the Second Person Standpoint», *Ethics*, 118: 8-23.
- PARFIT, D., 2006: «Normative Reasons», *Oxford Studies in Metaethics*, vol. 1, Russ Shafer-Landau, Oxford: Clarendon, 325-380.
- PAVLAKOS, G., 2009: «Practice, Reasons, and the Agent's Point of View», *Ratio Juris*, 22: 74-94.
- 2011: «Law, Normativity and the Model of Norms», *New Essays on the Normativity of Law*, BERTEA, S., y PAVLAKOS, G. (eds.), Ch. 11. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- RAZ, J., 1996: «Authority, Law and Morality», en RAZ, J., *Ethics in the Public Domain*, edición revisada, Oxford: Clarendon Press, 210-237 (versión en español: RAZ, J., 2001: «Autoridad, derecho y moral», *La ética en el ámbito público*, Barcelona: Gedisa, 227-243).
- RECANATI, F., 2004: *Literal Meaning*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHROEDER, M., 2008: *Being For: Evaluating the Semantic Program of Expressivism*, Oxford: Oxford University Press.
- WILLIAMSON, T., 2000: *Knowledge and its Limits*, Oxford: Oxford University Press.

LA EXPANSIÓN DE LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA EN EL DERECHO *

Lenio Luiz Streck **

UNISINOS-RS (Brasil)

RESUMEN. El *giro hermenéutico-ontológico* que se produjo en el siglo xx proporcionó un nuevo enfoque de la hermenéutica, ahora filosófica. A lo largo de este giro radical, podemos ver tres fases, a saber: la hermenéutica como una técnica especial de interpretación (hermenéutica especial), como una teoría general de la interpretación y como hermenéutica fundamental. Sin embargo, aún con todos los cambios que se producen dentro de una teoría crítica, con la superación de la hermenéutica clásica, todavía hay una gran resistencia a aceptar la recepción de la Hermenéutica Filosófica por el derecho de los campos tradicionales de pensamiento jurídico contemporáneo.

Palabras clave: derecho, hermenéutica filosófica, interpretación, comprensión, H.-G. GADAMER, M. HEIDEGGER.

ABSTRACT. The *hermeneutic-ontological turn* occurred in the twentieth century provided a new approach to hermeneutics, philosophical now. Across the times to the radicalization of this turn, we notice three phases in hermeneutics, namely: hermeneutics as a special technique of interpretation (special hermeneutics), as a general theory of interpretation, and as fundamental hermeneutics. However, even with all the changes that occur within a critical theory, with the overcoming of classical hermeneutics, there is still a great reluctance to accept the receipt of Philosophical Hermeneutics by the Law of the traditional fields of contemporary legal thinking.

Keywords: law, philosophical hermeneutics, interpretation, comprehension, H.-G. GADAMER, M. HEIDEGGER.

* Fecha de recepción: 10 de octubre de 2011. Fecha de aceptación: 13 de noviembre de 2011.

** Profesor titular de UNISINOS-RS; pos-doctor en derecho; *lenio@unisinos.br*.

1. INTRODUCCIÓN

La palabra hermenéutica deriva del griego *hermeneuein*, y adquiere diversos significados en el curso de la historia. Esta busca traducir a un lenguaje accesible aquello que no es comprensible. De ahí la idea de Hermes, un mensajero divino, que transmite —y, por tanto, esclarece— el contenido del mensaje de los dioses a los mortales. Al realizar la tarea de *hermeneus*, Hermes se torna poderoso. En realidad, nunca se supo lo que los dioses habían dicho; sólo lo que Hermes dijo acerca de lo que los dioses dijeron. Se trata, pues, de una (inter)mediación. De modo que, a menos que se crea en la posibilidad de acceso directo a las cosas (a la esencia de las cosas), es en la metáfora de Hermes donde radica toda la complejidad del problema hermenéutico. Se trata de traducir lenguajes y cosas atribuyéndoles un determinado sentido.

En la historia moderna, tanto en la hermenéutica teológica como en la hermenéutica jurídica, el concepto ha sido entendido como arte o técnica (método), con efecto directivo sobre la ley divina y la ley humana. El punto común entre la hermenéutica jurídica y la hermenéutica teológica reside en el hecho de que, en ambas, siempre hubo una tensión entre el texto propuesto y el sentido que alcanza su aplicación en la situación concreta, sea en un proceso judicial o en una plegaria religiosa. Esa tensión entre el texto y el sentido a serle atribuido, coloca a la hermenéutica frente a diversas opciones, todas ellas ligadas a las condiciones de acceso del hombre, al conocimiento acerca de las cosas. Así se demuestra que es posible establecer reglas que puedan servir de guía al hermenéuta en el acto interpretativo, mediante la creación, p. ej., de una teoría general de la interpretación; o se reconoce que la pretendida cesura entre el acto de conocimiento respecto del sentido de un texto y su aplicación a un determinado caso, no son de hecho actos diferentes, o se reconoce, finalmente, que las tentativas de situar el problema hermenéutico ya sea en la subjetividad del intérprete o en la objetividad del texto, no han pasado de ser contraposiciones fundadas en el metafísico esquema sujeto-objeto.

La crisis que atraviesa la hermenéutica jurídica tiene relación directa con la discusión, propia del inicio del siglo XX, acerca de la crisis del conocimiento y el problema de su fundamentación.

Muchas tentativas de establecer reglas o cánones para el proceso interpretativo a partir del predominio de la objetividad o de la subjetividad o de conjugar la subjetividad del intérprete con la objetividad del texto, no resistieron las tesis del giro lingüístico-ontológico (HEIDEGGER-GADAMER), superadoras del esquema sujeto-objeto, comprendidas a partir del carácter ontológico previo del concepto de sujeto y de la desobjetivación provocada por el círculo hermenéutico y por la diferencia ontológica.

2. EL MARCO QUE DEFINE LA RADICALIZACIÓN DE LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA: EL GIRO HERMENÉUTICO-ONTOLÓGICO

El giro hermenéutico-ontológico, provocado por *Sein und Zeit* (1927), de M. HEIDEGGER, y la publicación, años después, de *Wahrheit und Methode* (1960), por

H.-G. GADAMER, fueron fundamentales para el surgimiento de un nuevo punto de vista sobre la hermenéutica jurídica. A partir de esa *ontologische Wendung*, se inició el proceso de superación de los paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista y subjetivista (filosofía de la conciencia) que hasta hoy sustentan, de una u otra forma, las tesis exegético-deductivistas-subsuntivas, predominantes en la llamada hermenéutica jurídica.

Antes de analizar sus consecuencias en el ámbito del pensamiento jurídico, conviene realizar una reflexión previa que permita identificar los caminos recorridos por la hermenéutica hasta la radicalización del giro hermenéutico-ontológico.

2.1. La hermenéutica y sus tres etapas: técnica especial de naturaleza interpretativa, teoría general de la interpretación y hermenéutica fundamental

Hermenéutica significa, tradicionalmente, *teoría o arte de la interpretación y comprensión de textos*, cuyo principal objetivo consiste en describir cómo se cumple el proceso interpretativo-comprensivo. En su sentido tradicional, la hermenéutica comporta, además de ese *carácter teórico-descriptivo*, una dimensión *prescriptiva*, en la medida en que, a partir de lo descriptivo, se intenta establecer un conjunto de reglas y métodos más o menos coherentes para interpretar y comprender *correctamente* los diversos textos que pueblan la escena cultural humana, sea en el ámbito del arte (literatura, poesía, etc.), sea en el ámbito religioso (interpretación de textos sagrados), sea en el ámbito jurídico (decretos, jurisprudencias, etc.). De tal modo, resultan así esbozados los ámbitos de conocimiento que habrán de interesarse, de manera más directa, por los problemas hermenéuticos: *a) la Filología; b) la Teología, y c) el derecho.*

En este punto inicial, es necesario atender un importante detalle: las reflexiones hermenéuticas siempre se desarrollan en una doble perspectiva. Hay una perspectiva teórica que procura describir cómo el proceso de *interpretación y comprensión* ocurre; qué tipo de conocimiento es ese; cómo ese conocimiento se articula en el interior de la dualidad que rige las teorías del conocimiento que oponen sujeto y objeto, en las que se afirma que en toda relación de conocimiento existe un sujeto que conoce y un objeto que es conocido, siendo el propósito de las teorías del conocimiento describir de qué modo esa oposición se resuelve en la mente, del sujeto que conoce. Esa sería una perspectiva teórica de la hermenéutica.

Por otro lado, existe también una perspectiva *prescriptiva* (práctica), en la medida en que esa descripción tiene como objetivo alcanzar un resultado: procura establecer reglas y métodos que conformen el proceso de interpretación y comprensión de modo que torne posible reducir los errores y malentendidos que puedan surgir de la lectura de los textos. Así, la hermenéutica no pretende solamente reunir un conjunto de conocimientos teóricos acerca del problema *interpretativo-comprensivo*, sino que en la línea del iluminismo-racionalista, pretende también generar criterios de *certeza y objetividad* a ser empleados en el proceso de interpretación y comprensión.

Las teorías clásicas de la hermenéutica operan, de una manera más o menos genérica, de la siguiente forma: primero se observan los problemas que emanan del proceso interpretativo, después se procura resolverlos a partir de la determinación de una

estructura metodológica que reduzca errores e incomprendiones, posibilitando, así, la correcta comprensión de los textos analizados.

En el siglo XIX, con la emergencia de la discusión acerca de la autonomía de las ciencias humanas —también llamadas de Ciencias del Espíritu (*Geisteswissenschaften*)—, el filósofo alemán W. DILTHEY habrá de emplear el término hermenéutica para designar la exploración y formación de la estructura metodológica de estas ciencias, basadas en un proceso de comprensión, mientras que las Ciencias Naturales —que recibieron su fundamento filosófico a partir de la *Crítica de la Razón Pura*, de KANT— estarían basadas en procesos de *explicación*, desarrollados a través de una sistemática que implica causas y efectos.

Posteriormente, a partir de la primera mitad del siglo XX, principalmente a través de M. HEIDEGGER, el término hermenéutica se transforma y adquiere una connotación que nunca había sido pensada antes en toda la historia de la filosofía. Frente a este nuevo uso, al menos tres cuestiones de la doctrina clásica de la hermenéutica fueron puestas en cuestión: 1) su uso restringido a la interpretación de textos; 2) la prioridad de la *interpretación* sobre la *comprensión*, y 3) la estructura metodológica como garantía de certeza y objetividad del proceso interpretativo.

En efecto, HEIDEGGER radicaliza el problema hermenéutico al introducir en él, algo que podríamos llamar *elemento antropológico*. Por medio de sus intuiciones fundamentales el filósofo puede percibir que toda comprensión, sea ella comprensión de un texto o de la propia historia, se encuentra ya fundamentada en la comprensión que el ser humano tiene de sí mismo, en cuanto ser histórico dotado de existencia. De ese modo, todas las estructuras fundamentales de la existencia humana¹ pasan a ser pen-

¹ Desde las *Interpretaciones fenomenológicas sobre Aristóteles* en 1921, pasando por el curso *Ontología - Hermenéutica de la Facticidad* en 1923, hasta llegar a su obra capital, *Ser y Tiempo*, en 1927, HEIDEGGER construye un concepto filosófico que produce una revolución en las teorías tradicionales de la subjetividad y de la conciencia. En efecto, el esfuerzo continuo del filósofo para poner la reflexión filosófica en los caminos de la vida fáctica —que, desde 1921 él ya llamaba facticidad— representó una ruptura con el carácter apodíctico que reviste el concepto de subjetividad desde DESCARTES, del mismo modo que rompía con las fundamentaciones empíricas del concepto de conciencia, que podemos observar en J. LOCKE. Ese concepto, que HEIDEGGER opondrá a toda la tradición filosófica anterior (Metafísica), es el concepto de *Dasein* (ser-ahí). *Dasein* será el término a partir del cual el filósofo designará —*filosóficamente*— al ser humano, a partir del cual serán analizadas las estructuras fácticas de la existencia humana. En la descripción realizada por el filósofo, *Dasein* es un tipo de ente que, en su modo de ser, posee como posibilidad la comprensión de su ser y del ser de los demás entes intramundanos. *Dasein* es, por tanto, el ente que comprende el ser y, en esta comprensión, tiene implícita una comprensión de su propio ser. El término alemán *Dasein* que tradicionalmente designa existencia (usado en este sentido por filósofos de la tradición metafísica, como es el caso de KANT, por ejemplo), encuentra serios problemas de traducción en otras lenguas. Esto porque HEIDEGGER atribuye al término una connotación diferenciada que mantiene el significado inicial de existencia, pero en el sentido de aquel ente que entre todos los otros existe, que es el ser humano. Para HEIDEGGER solamente *Dasein* existe, porque existencia implica posibilidades, proyectos. Los demás entes intramundanos, están a disposición, ellos *subsisten*. Esclareciendo la cuestión del *Dasein*, M. INWOOD afirma que: «*Dasein* es el modo de HEIDEGGER de referirse tanto al ser humano, cuanto al tipo de ser que los seres humanos tienen. Proviene del verbo *Dasein* que significa “existir” o “estar ahí, estar aquí”, el sustantivo *Dasein* es usado por otros filósofos, KANT por ejemplo para designar la existencia de toda entidad. Pero HEIDEGGER lo restringe a los seres humanos [...] ¿Porque HEIDEGGER habla del ser humano de esta manera? El ser de los seres humanos es notablemente distinto de los seres de otras entidades del mundo. *Dasein* es una entidad por la cual, en su ser, este ser es una pregunta» (traducción libre del portugués al español; en portugués: «*Dasein é o modo de HEIDEGGER referir-se tanto ao ser humano quanto ao tipo de ser que os seres humanos têm. Vem do verbo dasein que significa “existir” ou “estar aí, estar aqui”*». O substantivo *Dasein* é usado por outros filósofos, KANT por exemplo para designar a existência de toda entidade.

sadas y analizadas a partir de esta dimensión hermenéutica que fundamenta la propia existencia: comprendernos a nosotros mismos y a nuestra historia es condición de posibilidad para que podamos comprender textos, palabras, historias, etc. Por tanto: 1) del uso limitado a textos, la hermenéutica pasa a ocuparse de las estructuras fundamentales del ser humano; 2) interpretar un texto o una acción de otra persona, presupone una comprensión existencial de nosotros mismos; la prioridad de la interpretación cede lugar a la comprensión de modo que, no se interpreta para comprender, sino que se comprende para interpretar², y 3) el necesario ideal de transparencia que se encontraba por detrás de las posturas hermenéuticas tradicionales y que posibilitaba la creencia de que sería factible encontrar un método rígido y definitivo para evitar errores y mal entendidos, desaparece en el interior de la hermenéutica heideggeriana desaparece. Y ello porque, por el propio *hecho* de la existencia el ser humano situado históricamente, se constituye en un elemento esencial para cualquier interpretación, no hay posibilidad de alcanzar ninguna transparencia. La *facticidad* humana siempre deja algo afuera (algo siempre escapa) lo que permanece posible es la tentativa de iluminar nuevos espacios de significado, y ello importa la necesidad de una pluralidad abarcadora de alternativas a seguirse, que el estrecho ideal moderno del método no posibilita³.

De manera general, quedan esbozados los tres momentos que atravesó la hermenéutica: de disciplina especial para la interpretación de textos (sacros, profanos y jurídicos) también llamada *hermenéutica especial* hacia una teoría general de la interpretación, con DILTHEY y su proyecto de emancipación metodológica de las Ciencias del Espíritu; y por otra parte una hermenéutica fundamental, en cuanto reflexión incluida en las estructuras existenciales concretas de lo humano, tal cual lo describen HEIDEGGER y GADAMER. Procuraremos ahora abordar más de cerca cada uno de estos momentos.

2.1.1. *Hermenéutica especial*

Los estudios sobre hermenéutica no alcanzaban de una condición significativa antes de la eclosión del Humanismo Renacentista y de la Reforma Protestante. Solamente el uso canónico del término, en un sentido muy restringido a la exégesis de la Biblia, es que le otorgaba alguna dignidad durante la Edad Media. Pero la transición del Medievo a la Modernidad alteró ese panorama por dos razones: primero, en virtud del descubrimiento de los escritos profanos —prohibidos durante la Edad Media— y la necesidad de interpretación de estos escritos: segundo, en el contexto de la Reforma,

Mas HEIDEGGER restringe-o aos seres humanos. [...] Por que HEIDEGGER fala do ser humano dessa maneira? O ser dos seres humanos é notadamente distinto dos ser de outras entidades do mundo. O Dasein é uma entidade para a qual, em seu Ser, esse Ser é uma questão». INWOOD, Michael *Heidegger*. Traducción de A. UBIRAJARA SOBRAL, São Paulo, Loyola, 2004: 30-34.

² STRECK, 2004: capítulo V.

³ Conviene registrar aquí una observación de H.-G. GADAMER cuando aborda la cuestión del método: «En verdad, la palabra método suena muy bien en griego, sin embargo, en cuanto una palabra extranjera moderna ella designa algo diverso, a saber, un instrumento para todo conocimiento tal como DESCARTES la denominó en su *Discurso del Método*. En cuanto término griego la palabra abarca la multiplicidad, con la cual se penetra en una región de objetos, por ejemplo, en cuanto matemático, en cuanto maestro de obras o en cuanto alguien que filosofa sobre ética».

en virtud de la necesidad de buscar otra justificación para la interpretación de la Biblia que no estuviera reducida a la que provenía de la Iglesia de Roma.

GADAMER afirma que el primer registro de la palabra hermenéutica como título de libro remonta al año 1654, siendo atribuido al teólogo DANNHAUER. Fue él también quien probablemente sistematizó los estudios sobre hermenéutica y comenzó a hacer la distinción entre una hermenéutica teológica, una hermenéutica filológica y una hermenéutica jurídica⁴.

De una manera general, se puede decir que la hermenéutica teológica se ocupaba del arte de la interpretación de los textos sagrados; mientras que la hermenéutica filológica procuraba dar cuenta de la interpretación de las alegorías que aparecían en los textos de la literatura clásica. Los textos en griego exigían un esfuerzo muy grande para determinar los sentidos de las palabras, lo que inevitablemente llevaba a una interpretación de la etimología de cada uno de los vocablos empleados en las piezas clásicas. La hermenéutica jurídica, a su vez, procuraba dar cuenta de la interpretación de las compilaciones romanas. Era este el tiempo de la recepción y tenía todavía vigencia el derecho común, pre-codificado.

Esa fase marca en gran medida una configuración no unitaria de los estudios hermenéuticos, por eso se la denomina Hermenéutica especial, porque funcionaba como una disciplina especial para la interpretación de textos de cada uno de estos campos del conocimiento. GADAMER llama ese periodo hermenéutica clásica, y su importancia radica en que, ya en esa época, empiezan a aparecer los conceptos hermenéuticos fundamentales tales como: interpretación, comprensión y aplicación. También entonces surge una de las preocupaciones esenciales de la hermenéutica: la confrontación contra cualquier tipo de absolutismo dogmático.

2.1.2. Teoría general de la interpretación

Pero es con el romanticismo alemán que la hermenéutica asumirá sus contornos más sofisticados, llegando a ser tematizada expresamente como filosofía dotada de una universalidad. Nuevamente un teólogo, SCHLEIERMACHER, es quien efectuará esa tarea. La preocupación de SCHLEIERMACHER se refería a los problemas y los malentendidos que pudieran surgir en la comprensión de un texto. Malentendidos que llevarían a una interpretación completamente distinta del sentido que el autor del texto había procurado imprimirle. Era preciso entonces crear algo que permitiese que la interpretación preservase el sentido correcto, tal cual el autor lo prefigurara. Debido a su proximidad con la Ilustración alemana (*Aufklärung*), la propuesta de SCHLEIERMACHER se expresaba por vía del método. Pero el método de SCHLEIERMACHER era distinto de todos aquellos métodos que provenían de la tradición anterior. En parte, se trataba una continuidad del modelo circular ya conocido, a través del cual el intérprete se movería del todo hacia la parte y de la parte hacia el todo, a fin de avanzar en su comprensión con cada uno de los movimientos efectuados. Al final de este proceso, que SCHLEIERMACHER denominó *Círculo Hermenéutico*, el sentido original estaría preservado y la

⁴ GADAMER, 1986.

comprensión encontraría en él aquello que el autor volcó en el texto. El énfasis en el «sentido del autor» llevará a los comentaristas del mencionado filósofo a caracterizar su teoría de la interpretación como *hermenéutica psicológica*. La universalidad de la hermenéutica estaría garantizada por el método: se trataba de una universalidad procedimental⁵.

2.1.3. *Hermenéutica fundamental*

No es en este sentido que HEIDEGGER se apropia de la hermenéutica. La interpretación que propondrá es tan radical que el fondo metodológico que reviste el sentido tradicional de la hermenéutica quedará destruido. En un pequeño libro que corresponde a los inicios de la década de 1920 —en el cual el filósofo anticipa mucho de lo que será tratado más tarde en su obra máxima, *Ser y Tiempo*—, HEIDEGGER define un nuevo lugar para la hermenéutica y para el *Círculo Hermenéutico* de SCHLEIERMACHER. El nombre de la obra ya causa impacto; *Hermenéutica de la Facticidad*⁶.

A partir de este libro, la hermenéutica, hasta entonces utilizada exclusivamente para la interpretación de textos, pasa a tener por «objeto» otra cosa, la *facticidad*. ¿Pero qué es la *facticidad*? En una nota anterior, para explicar el giro ontológico de HEIDEGGER, afirmamos que el filósofo da al hombre el nombre de *Ser-ahí* y que el modo de ser de este ente es la *existencia*. Sin embargo, dijimos también que este ente —que somos nosotros— llamado *Ser-ahí*, es lo que él ya fue, o sea: su *pasado*. Podemos decir que eso representa aquello que desde siempre nos atormenta y que está presente en las preguntas: ¿de dónde venimos?, ¿hacia dónde vamos?

La primera pregunta nos remite al pasado, la segunda, al futuro. El pasado es el marco histórico impreso en nuestro ser: *Facticidad*; el futuro es lo que tiene-que-ser, que caracteriza el modo-de-ser del ente que somos (*Ser-ahí*): *Existencia*. Por tanto, la hermenéutica es utilizada para comprender el ser (*facticidad*) del *Ser-ahí* y permitir la apertura del horizonte hacia el cual él se encamina (*existencia*). Aquello que tenía un carácter óntico, vuelto hacia textos, asume una dimensión ontológica, procurando la comprensión del ser del *Ser-ahí*.

Adviértase: de un modo completamente innovador, HEIDEGGER coloca la reflexión filosófica en la concreción, en el plano práctico y precario de la existencia humana. Por

⁵ Para una amplia exploración histórica de la hermenéutica, reconstruyendo el camino de DILTHEY desde la reafirmación de la hermenéutica en el ámbito de la filología y de la teología en el iluminismo alemán (*Aufklärung*) y de las contradicciones de la hermenéutica romántica, hasta su construcción como metodología de las ciencias del espíritu: GADAMER, 1999. Es importante resaltar que en el plano de la hermenéutica jurídica las conquistas de SCHLEIERMACHER permanecieron inexploradas durante mucho tiempo. Al contrario de las otras disciplinas hermenéuticas (teología y filología), el derecho permaneció recluso en los cánones tradicionales de la exégesis, que fueron constituidos en el interior de la interpretación de los textos romanos, recopilados por SAVIGNY en el seno del historicismo. Son por todos conocidos los tradicionales métodos de interpretación: gramatical, histórico, lógico-sistemático. Posteriormente, IHERING —para muchos el fundador intelectual de la llamada *jurisprudencia de intereses*— introdujo el método *teleológico*, tanpreciado para la instrumentalidad del negocio. Es solo con el jurista italiano E. BETTI que el círculo hermenéutico de SCHLEIERMACHER será introducido, procurando crear cánones específicos para el desarrollo de la interpretación jurídica. Para un contexto general de todo lo que fue dicho, *vid.* STRECK, 2009a.

⁶ HEIDEGGER, 1923.

cierto que esa reflexión reclama una abstracción muy fuerte que resulta del distanciamiento necesario para percibir aquello que está más cerca nuestro. Sin embargo, la abstracción parte de algo concreto, fácticamente determinable y procura comprender aquello que nosotros mismos ya somos. Pero nosotros comprendemos lo que nosotros mismos ya somos, en la medida en que comprendemos el sentido del ser. También llamamos la atención respecto del hecho de que el hombre (*Ser-ahí*) y ser, están unidos por un vínculo indisoluble.

Esto porque, en todo aquello con lo que él se relaciona, el hombre ya comprendió su ser, aun cuando él no lo advierta. Hay, en toda acción humana, una comprensión anticipadora del ser, que permite que el hombre se mueva en el mundo más allá de un actuar en el universo meramente empírico, ligado a los objetos. No nos relacionamos con las cosas, esto es, con lo empírico, porque de algún modo ya sabemos lo que ellas son. Hay algo que ocurre, más allá de la pura relación objetivante⁷. Nuestro privilegio se constituye por el hecho de que tenemos la «memoria del ser»; o sea: tenemos un *privilegio óntico* —entre todos los entes, solo nosotros existimos—; y un *privilegio ontológico*, porque de todos los entes somos los únicos que, en su modo-de-ser comprenden el ser. De ese doble privilegio, el filósofo percibe un tercero: un *privilegio óntico-ontológico*, la comprensión del ser de este ente que somos, es la condición de posibilidad de todas las otras ontologías (del derecho, de la historia, del proceso, etc.)⁸.

Didácticamente, podemos decir: el hecho de afirmar que algo es, ya presupone que tengamos de ese algo una comprensión, aun cuando sea incierta y mediana. ¡Y más! Sólo nos relacionamos con algo, actuamos, direccionamos nuestras vidas, en la medida en que tenemos una comprensión del ser. Al mismo tiempo, sólo podemos comprender el ser en la medida en que ya nos comprendemos en nuestra *facticidad*. El seguimiento de esta rápida exposición, por sí solo, da cuenta ya de la estructura circular en que se mueve el pensamiento heideggeriano. Esa estructura circular es el *Círculo Hermenéutico*, no ligado más a la interpretación de los textos, sino a la comprensión de la facticidad y existencia del *Ser-ahí*⁹. Es preciso advertir que el hombre sólo comprende el ser en la medida en que pregunta por el ente. Veamos nuestro caso: colocamos en movimiento una reflexión sobre el proceso en la perspectiva de que, al final, podamos decir algo sobre su ser (una definición sobre el proceso comenzaría: el proceso es...).

⁷ Para un análisis pormenorizado: STEIN, 2002.

⁸ HEIDEGGER, 2005: 36.

⁹ Sobre el círculo hermenéutico en el sentido que asume en HEIDEGGER, STEIN anota lo siguiente: «El hombre se comprende cuando comprende el ser, para comprender el ser. Mas luego enseguida HEIDEGGER va a decir: “No se comprende el hombre sin comprenderse el ser”. Entonces la ontología fundamental se caracteriza por ese círculo: se estudia aquel ente que tiene por tarea comprender el ser y, con todo para estudiar ese ente que comprende el ser, es preciso ya tener comprendido el ser. El ente hombre no se comprende a sí mismo, sin comprender el ser, y no comprende el ser sin comprenderse a sí mismo; eso en una especie de esfera antipredicativa que sería el objeto de la exploración fenomenológica —de ahí viene la idea de círculo hermenéutico en el sentido más profundo—» (traducción libre del portugués al español; en portugués: «O homem se compreende quando compreende o ser, para compreender o ser. Mas logo em seguida HEIDEGGER vai dizer: “Não se compreende o homem sem se compreender o ser”. Então a ontologia fundamental é caracterizada por esse círculo: estuda-se aquele ente que tem por tarefa compreender o ser e, contudo, para estudar esse ente que compreende o ser, já é preciso ter compreendido o ser. O ente homem não se compreende a si mesmo sem compreender o ser, e não compreende o ser sem compreender-se a si mesmo; isso numa espécie de esfera antepredicativa que seria o objeto da exploração fenomenológica - daí vem a idéia de círculo hermenéutico, no sentido mais profundo»). STEIN, 2008: 79.

Pero nadie negaría que el proceso es un ente. Un ente que es interrogado en su ser, pues toda pregunta por el proceso depende de eso. ¿Qué es el proceso? ¿Cómo es el proceso? Así, aunque el ser y el ente se den en una unidad que es la comprensión que el hombre (*Ser-abí*) tiene del ser, hay entre ellos una diferencia. Esa diferencia es denominada por HEIDEGGER diferencia ontológica y se da por el hecho de que todo ente sólo es en su *ser*. En otras palabras, la pregunta se dirige hacia el ente, en la perspectiva de comprenderlo en su *ser*.

Hablamos del *Círculo Hermenéutico* y de la *diferencia ontológica*. Que son los dos teoremas fundamentales de la fenomenología hermenéutica. Sabemos, entonces, que el hombre (*Ser-abí*) se comprende a sí mismo y comprende el ser (*Círculo hermenéutico*), en la medida en que pregunta por los entes en su ser (*diferencia ontológica*).

Así, el fenómeno que aquí se enfatiza es la *comprensión*. A partir de HEIDEGGER, la hermenéutica tendrá raíces existenciales porque se dirige hacia la comprensión del *ser-de-los-entes*. Si en los paradigmas anteriores, regía la creencia de que primero interpretamos —a través de un método— para luego comprender, HEIDEGGER nos muestra, a partir de la descripción fenomenológica realizada por la analítica existencial en *Ser y Tiempo*, que *comprendemos para interpretar*¹⁰. La interpretación es siempre derivada de la comprensión que tenemos del ser de los entes. O sea, originariamente el *Ser-abí* comprende el ente en su ser y, de una forma derivada, vuelve explícita esa comprensión a través de la interpretación. En la interpretación, procuramos manifestar ópticamente aquello que fue resultado de una comprensión ontológica. La interpretación es el momento discursivo-argumentativo en que hablamos de los entes (proceso, derecho, etc.) por la comprensión que tenemos de su *ser*¹¹.

Y, como desde siempre comprendemos el ser, no hay un puente entre *conciencia* y *mundo*. Aquello que era reivindicado por KANT fue desmitificado por HEIDEGGER en el momento en que el filósofo descubrió el vínculo entre hombre y ser. No hay un puente entre conciencia y mundo, porque desde siempre ya estamos en el mundo comprendiendo el ser. O sea, hay un vínculo entre *ser-ahí-ser* y una cooriginariedad entre ser y mundo. No hay primero el *Ser-abí* y después el mundo o viceversa. El *Ser-abí* es *ser-en-el-mundo* y su facticidad es *estar-jugado-en el mundo*; su existencia es *tener-que-ser-en-el-mundo*, siendo que, desde siempre, está junto a los entes¹².

¹⁰ STRECK, 2004: 197 y ss.

¹¹ Así habla HEIDEGGER: «En la interpretación el comprender se apropia comprensivamente de lo comprendido por él. En la interpretación el comprender no se convierte en otra cosa, sino que llega al ser él mismo. La interpretación se funda existencialmente en el comprender, y no es este el que llega a ser, por medio aquella. La interpretación no consiste en tomar conocimiento de lo comprendido, sino en la elaboración de las posibilidades proyectadas en el comprender» (*Ser y Tiempo*, trad. de J. E. RIVERA, 4.ª ed., Santiago, Editorial Universitaria, 2005: 172).

¹² La idea heideggeriana de *ser-en-el-mundo* es de fundamental importancia para comprender la ruptura definitiva que el filósofo efectúa con relación a los dualismos de la tradición metafísica (p. ej., conciencia y mundo, palabras y cosas, conceptos y objetos, etc.). Como afirma HEIDEGGER: «El *Dasein* no es primero sólo un *ser-con-otro*, para luego, a partir de ser en convivencia, llegar a un mundo objetivo, a las cosas. Este punto de partida sería tan erróneo como el del idealismo subjetivista que antepone primero un sujeto que luego, en cierto modo crea un objeto. [...] El *Dasein* no está delante de las cosas como un ente que posee su propio modo de ser, sino que el *Dasein*, en tanto que ente, que se ocupa de sí mismo, es co-originariamente *ser-con-otro* y *ser* cabe el ente intramundano. [...] Sólo si hay *Dasein*, si el *Dasein* existe como *ser-en-el-mundo*, hay comprensión del ser, y solo si existe esta comprensión se devela el ente intramundano como lo subsistente y lo que está a la mano. La comprensión del mundo en tanto que comprensión del *Dasein* es comprensión de sí mismo. El yo y el

Hay otras peculiaridades que podríamos explorar en la transformación que se opera en la Filosofía con el pensamiento heideggeriano. A efectos de esta investigación, nos damos por satisfechos con la comprensión de que la hermenéutica recibe, a partir de entonces, un nuevo tratamiento, siendo colocada al nivel del mundo práctico. Lo que precisa quedar establecido es que el hombre (*Dasein*) se presenta en el centro del mundo, reuniendo los hilos de este mundo. Al escoger al hombre (*Dasein*) como punto central de su filosofía, HEIDEGGER no se concentra en un ente con exclusión de otros; el *Dasein* trae consigo el mundo entero¹³. Eso es así porque el *Dasein* es desde siempre ser-en-el-mundo; porque su condición es, comprendiéndose a sí mismo, la comprensión del ser (Círculo Hermenéutico); y comprende el ser a través de la pregunta por el ente (diferencia ontológica).

Captar las estructuras de comprensión (que como vimos siempre es histórica) no es posible por la vía del método, una vez que, como elemento interpretativo, el método siempre llega tarde. Lo que organiza el pensamiento y comanda la comprensión no es una estructura metodológica rígida —como creía SCHLEIERMACHER—, sino la diferencia ontológica. Todas esas conquistas heideggerianas serán recogidas después por otro hermeneuta, GADAMER, que encontrará espacio para la construcción de su hermenéutica filosófica. El título de su obra principal es *Verdad y método*, pero bien podría llamarse Verdad contra el método o Verdad a pesar del método, a partir de lo cual la hermenéutica se radicaliza como un *actuar mediador a través de la experiencia, del arte, de la historia y del lenguaje*¹⁴.

3. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA ANTE ESA INTRINCADA TESITURA

En la doctrina y en la jurisprudencia del derecho todavía resulta dominante la idea de que es indispensable el método o algún procedimiento capaz de alcanzar la «voluntad de la norma», el «espíritu del legislador» la correcta interpretación del texto, etc. Se cree que el acto interpretativo es un acto cognitivo y que «interpretar» la ley es extraer de la norma todo lo que ella contiene, circunstancia que denuncia a las claras, la problemática metafísica implicada en ese campo de conocimiento.

La hermenéutica jurídica practicada en el plano de la cotidianidad del derecho, echa raíces en la discusión que llevó a GADAMER a hacer la crítica del proceso interpretativo clásico, que entendía la interpretación como el producto de una operación realizada por partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, esto es, primero comprendo, después interpreto, para sólo entonces aplicar). La imposibilidad de esa censura, supone la imposibilidad de que el intérprete «extraiga» del texto «algo que el texto posee-en-sí-mismo», en una especie de *Auslegung*, como si fuese posible reproducir sentidos. Al contrario, para GADAMER, fundado en la hermenéutica filosófica, el intérprete siempre atribuye sentido (*Sinngebung*). El acontecer

mundo se cooptenecen mutuamente en un único ente, el *Dasein*. Yo y mundo no son dos entes, como sujeto y objeto, tampoco como yo y tú más bien, yo y mundo son, en la unidad de la estructura del ser-en-el-mundo las condiciones fundamentales del propio *Dasein*» (*Los problemas fundamentales de la fenomenología*, trad. de J. J. GARCÍA NORRO, Madrid, Trotta, 2000: 354-355).

¹³ INWOOD, *Heidegger, op. cit.*, 33.

¹⁴ GADAMER, 1999.

de la interpretación ocurre a partir de una fusión de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque comprender es siempre el proceso de fusión de ciertos horizontes sobre sí mismos.

Algunas posturas críticas sobre la hermenéutica jurídica —en especial la hermenéutica filosófica de H.-G. GADAMER— recibieron una nítida influencia de la ontología fundamental de matriz heideggeriana, a partir de sus dos principales teoremas: el círculo hermenéutico y la diferencia ontológica. Para interpretar, necesitamos comprender; para comprender, necesitamos tener una precomprensión, constituida como estructura previa del sentido —que se funda, esencialmente, en una posición previa (*Vorhabe*), visión previa (*Vorsicht*) y concepción previa (*Vorgriff*)— que ya une todas las partes del «sistema».

Tenemos una estructura de nuestro modo de ser en el mundo, que es la interpretación. Estamos condenados a interpretar. El horizonte de sentido nos es dado por la comprensión que tenemos de algo. Comprender es un existencial, una categoría por la cual el hombre se constituye. La facticidad, la posibilidad y la comprensión son algunos de esos existenciales. Es en nuestro modo de comprensión en cuanto ser en el mundo, que surgirá la «norma» como producto de la «síntesis hermenéutica» que se da a partir de la facticidad y la historicidad del intérprete.

De cualquier forma, todo lo que ha sido descrito aquí, apunta al siglo XX como la verdadera «era de la hermenéutica». Esa era, fundamenta la tesis de que la Teoría del derecho, durante el siglo XX, efectúa una especie de recepción de estas tres revoluciones descritas precedentemente (del lenguaje, del fundamento y de la ontología), encontrando su punto culminante en la filosofía hermenéutica de HEIDEGGER y en la hermenéutica filosófica de GADAMER. Esta recepción es percibida en diferentes grados por diversos autores. Pero, de una forma global, en todos ellos es posible percibir lo que J. LAMEGO llama «acceso hermenéutico al derecho».

En lo que toca a la fenomenología hermenéutica —entendida globalmente, incluyendo los descubrimientos tanto de HEIDEGGER cuanto de GADAMER—, es posible percibir en las obras de J. ESSER, F. MÜLLER, A. KAUFMANN y R. DWORKIN¹⁵ la recepción de los principales conceptos desenvueltos por esta tradición hermenéutica del siglo XX. En todos estos autores existe la posibilidad de pensar en un *acceso hermenéutico* al derecho.

3.1. La superación de la hermenéutica clásica y las posibilidades de recepción de la hermenéutica filosófica por el derecho

La superación de la hermenéutica clásica —o de aquello que ha sido denominado hermenéutica jurídica, como técnica en el seno de la doctrina y de la jurisprudencia practicadas cotidianamente—, implica admitir que hay una diferencia entre el texto jurídico y el sentido de ese texto, esto es, que el texto no «carga», de forma reificada,

¹⁵ En el contexto del derecho brasileño también, mis obras presentan esta «recepción» de la hermenéutica por la teoría del derecho [*Hermenéutica Jurídica e(m) Crise, op. cit.*, y *Verdad y Consenso*, Lima, ARA, 2009]. En cuanto a los otros autores citados en el texto, es importante ver: DWORKIN, 2000, 1985, 1997; KAUFMANN, 1999; MÜLLER, 1995, 1975, 2006; LAMEGO, 1990; ESSER, 1961.

su sentido (su norma). Se trata de entender que entre texto y norma no hay una equivalencia y tampoco una total autonomía. Entre texto y norma sí hay una diferencia, que es ontológica, porque —y aquí la importancia de los dos teoremas fundamentales de la hermenéutica jurídica de carácter filosófico— el ser es siempre el ser de un ente y el ente sólo es en su ser. El ser existe para dar sentido a los entes. Por esto hay una diferencia ontológica (no ontológico-esencialista) entre ser y ente, tesis que ingresa en el plano de la hermenéutica jurídica para superar, tanto el problema de la equiparación entre vigencia y validez, como el de la total separación entre texto y norma, resquicios de un positivismo jurídico que convive con una total discrecionalidad en el acto interpretativo.

Mientras tanto, la afirmación de que el «intérprete siempre atribuye sentido (*Sinngebung*) al texto» ni de lejos puede significar autorización para atribuir sentidos a los textos en forma arbitraria, como si el texto y la norma estuviesen separados (y, por tanto, tuviesen «existencia» autónoma). Como acertadamente dice GADAMER, cuando el juez adecua la ley a las necesidades del presente, tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica (*vid.* aquí, la importancia que GADAMER da al programa aristotélico de una *praktische Wissenschaft*). Esto no quiere decir, de modo alguno, que su interpretación de la ley sea una traducción arbitraria.

Por tanto, resultan rechazadas todas las formas de decisionismo y discrecionalidad. El hecho de que no exista un método que pueda dar garantía de «corrección» al proceso interpretativo, denuncia presente ya en el octavo capítulo de la *Teoría Pura del Derecho* de H. KELSEN, no autoriza al intérprete a escoger el sentido que más le convenga, lo que sería poner en práctica la discrecionalidad típica del convencionalismo exegético-positivista. Sin textos, no hay normas. La «voluntad» y el «conocimiento» del intérprete no permiten la atribución arbitraria de sentidos y tampoco una atribución de sentidos arbitraria. Al final, y la lección esta expresada en *Wahrheit und Methode*, si quieres decir algo sobre un texto, deja que el texto te diga algo.

La hermenéutica jamás habilitó ninguna forma de «decisionismo» o «realismo». GADAMER rechaza de plano cualquier acusación de relativismo como proveniente de la hermenéutica jurídica. Hablar de relativismo es admitir verdades absolutas, problemática en verdad jamás demostrada. La hermenéutica aparta el fantasma del relativismo, porque este niega la finitud y secuestra la temporalidad.

Una hermenéutica jurídica que se pretenda crítica, hoy debe, fundamentada en esa revolución copernicana, procurar corregir el equívoco de las teorías de la interpretación, que, aunque reconozcan que el derecho se caracteriza por un proceso de aplicación a casos particulares (concreción), incurren en el paradigma metafísico, al elaborar un proceso de subsunción a partir de conceptualizaciones (*vid.* el paradigmático caso de las súmulas vinculantes¹⁶ en Brasil), que se transforman en «significantes-primordiales-fundantes» o «universales jurídicos», «acoplables» a un determinado «caso jurídico». Esto ocurre de las más variadas formas en el *modus* interpretativo vigente en la doctrina y la jurisprudencia, como el establecimiento de *topoi* o de meta-criterios

¹⁶ Súmula es la consolidación de la jurisprudencia, equivaliendo, salvadas las especificidades de los sistemas jurídicos, a los precedentes del *common law*. Con la alteración de la Constitución de Brasil en el 2004, las Súmulas del Supremo Tribunal Federal en materia constitucional pasaron a ser Súmulas Vinculantes. En síntesis, las súmulas «positivan» la jurisprudencia dominante.

para la resolución de conflictos entre principios, más allá de las fórmulas que reglan la interpretación, propuestas por las diversas teorías de la argumentación jurídica.

No es suficiente decir, pues, que el derecho es concreción, y que «cada caso es un caso», como es común en el lenguaje de los juristas. Finalmente, es más que evidente que el derecho es concreción y que es hecho para resolver casos particulares. Lo que no es evidente es que el proceso interpretativo es *applicatio*, entendida en el sentido de búsqueda de la cosa misma (*Sache selbst*), esto es, en el sentido de no olvidar la diferencia ontológica. El derecho es parte integrante del propio caso y una cuestión de hecho es siempre una cuestión de derecho y viceversa. La hermenéutica no es filología. Es imposible escindir la comprensión de la aplicación. Una cosa es «deducir» de un topos o de una ley el caso concreto; otra es entender el derecho como aplicación: en la primera hipótesis, se estaría entificando el ser; en la segunda, se está realizando la aplicación de índole hermenéutica, a partir de la idea de que el ser es siempre ser-en (*in Sein*).

Así, aunque los juristas —en sus diferentes filiaciones teóricas— insistan en decir que la interpretación debe darse siempre en «cada caso», tales afirmaciones no encuentran comprobación en la cotidianidad de las prácticas jurídicas. En verdad, al construir «pautas generales», «conceptos lexicográficos, artículos doctrinarios y jurisprudenciales» o súmulas aptas para «resolver» casos futuros, los juristas sacrifican la singularidad del caso concreto, en favor de esas especies de «pautas generales», fenómeno, sin embargo, que no es percibido en el imaginario jurídico. ¿De ahí la indagación de GADAMER: existiría una realidad que permita buscar con seguridad el conocimiento del universal, de la ley, de la regla, y que encuentre ahí su realización? ¿No es la propia realidad el resultado de su interpretación?

El rechazo de cualquier posibilidad de subsunciones o deducciones, apunta hacia el propio núcleo de una hermenéutica jurídica inserta en los marcos del pensamiento pos-metafísico. Se trata de superar la problemática de los métodos, considerados por el pensamiento exegético-positivista como puertos seguros para la atribución sentidos. Comprender no es el producto de un procedimiento (método) y no es tampoco un modo de conocer. Comprender es, sí, un modo de ser, porque la epistemología es sustituida por la ontología de la comprensión. Esto significa romper con las diversas concepciones que se formaron a la sombra de la hermenéutica tradicional, de cuño objetivista-reproductivo, cuya preocupación es de carácter epistemológico-metodológico-procedimental, escindiendo conocimiento y acción, en la búsqueda de garantizar la «objetividad» en los resultados de la interpretación. La misma crítica puede ser hecha a la tópica retórica, cuya dinámica no escapa de las trampas de la subsunción metafísica. Por otra parte, el hecho de vincularse «al problema» no saca de la tópica, su dependencia respecto de la deducción y de la metodología tradicional, lo que resulta fundamentalmente de su carácter no filosófico.

3.2. Dificultades de aceptación de la recepción de las tesis de la hermenéutica filosófica por parte de los sectores tradicionales del pensamiento jurídico

A pesar de la revolución copernicana producida por la revuelta lingüístico-hermenéutica, es posible detectar nítidamente su no recepción por la hermenéutica jurídica

practicada en las escuelas de derecho y en los tribunales, donde todavía predomina el método, aunque genéticamente modificado por las teorías discursivas. Tantos métodos y procedimientos interpretativos puestos a «disposición» de los juristas, generan la objetivación de la interpretación, porque posibilitan al intérprete a sentirse excusado de mayores responsabilidades en la atribución de sentido, colocando en el fetichismo de la ley y en el legislador, la responsabilidad de las anomalías del derecho. Por eso es razonable afirmar que, en vista de la inexistencia de un «método fundamental», meta-método o meta-criterio que sirva como «fundamento último» (especie de reconducción del *fundamentum inconcussum absolutum veritatis*) de todo el proceso hermenéutico interpretativo, el uso de los métodos es siempre arbitrario, propiciando interpretación *ad-hoc*, discrecionales. La imposibilidad de un *Grundmethode* constituye, así, el talón de Aquiles de la hermenéutica jurídica exegético-positivista. En este punto, por otra parte, reside el fuerte vínculo entre la hermenéutica metodológica y el positivismo jurídico, que de este modo se torna refractario al paradigma establecido por el neoconstitucionalismo. Resistente al giro hermenéutico ontológico, la hermenéutica jurídica viene posibilitando la sobrevivencia de las viejas tesis positivistas-normativistas acerca de la interpretación, como la subsunción, el silogismo, la individualización del derecho en la «norma-general» a partir de «criterios puramente cognitivos y lógicos», la libertad de conformación del legislador, la discrecionalidad del poder ejecutivo, tanto como la consideración de la Constitución como un estatuto destinado solo a reglamentar del ejercicio del poder.

Por tales razones, asume absoluta relevancia la ruptura paradigmática proporcionada por la hermenéutica filosófica, exactamente por la circunstancia de que la hermenéutica jurídica deja de ser una «cuestión de método» y pasa a ser filosofía. Consecuentemente, en la medida en que la filosofía no es lógica, la hermenéutica jurídica no puede ser solamente una herramienta para la organización del pensamiento. La hermenéutica posee una temática específica, dirá GADAMER. A pesar de su generalidad, no puede ser integrada legítimamente en la lógica. En cierto sentido, comparte con la lógica la universalidad. Mientras tanto, en otro sentido, la supera. Consiguientemente, en la hermenéutica filosófica, la herramienta no es decisiva, porque en el lenguaje existe algo que está más allá del enunciado, esto es, el enunciado no carga en sí mismo con el sentido, que vendría a ser «desacoplado» por el intérprete. En la interpretación siempre queda algo afuera, lo no dicho, lo inaccesible. Es así que «ser que puede ser comprendido es lenguaje», dirá GADAMER.

Tampoco se puede confundir la hermenéutica jurídica con las teorías de la argumentación jurídica o cualquier teoría lógico-analítica, las que poseen nítido carácter procedimental, tratándose, pues, de otra racionalidad, que es apenas racionalidad discursiva. La teoría de la argumentación jurídica —a pesar de que procure colocarse en confrontación con el positivismo-normativista— no superó el esquema representacional sujeto-objeto, porque continúa en la búsqueda de reglas previas (procedimientos) que puedan conformar deductivamente, las decisiones judiciales. Y esto no difiere de la metodología positivista.

En consecuencia, el comprender no depende de la institución de una «supervisión epistemológica» que sería realizada por las teorías del (y sobre el) discurso jurídico de tipo procedimental (en sus diversos matices). En verdad, tales teorías juegan

como guardianes de una pretendida racionalidad instrumental, con lo que se torna razonable afirmar que una teoría de la argumentación jurídica puede ser válida sólo en aquello en que puede servir de auxilio en la justificación/explicitación del nivel de racionalidad comprensiva (estructurante del sentido, «como» hermenéutico) que, desde siempre, ya ha operado en el proceso interpretativo. Mientras que la hermenéutica filosófica trabaja en el nivel de un cómo hermenéutico-estructurante de la comprensión, que anticipa el sentido a partir del círculo hermenéutico, las teorías discursivas —en sus variadas formas— permanecen en el nivel de un cómo apofántico, axiomático-deductivo, de carácter lógico. Finalmente, comprensión y aplicación no acontecen en «etapas». Ellas simplemente coinciden. Aquí se sitúa la importancia de los argumentos basados en juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, que son condición de posibilidad para cualquier interpretación. Por otra parte, GADAMER es taxativo al reconocer el hecho de que ese es el terreno que la hermenéutica jurídica comparte con la retórica: el terreno de los argumentos persuasivos y no de los argumentos lógicamente concluyentes.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Hoy en día, en la era de las Constituciones compromisorias y sociales, en fin, en pleno pos-positivismo, una hermenéutica jurídica capaz de intermediar la tensión inexorable entre el texto y el sentido del texto, no puede seguir siendo entendida como una teoría ornamental del derecho, que sirva solamente para proveer «capas de sentido» a los textos jurídicos. Dentro de lo virtuoso del círculo hermenéutico, el comprender no ocurre por deducción. Consecuentemente, el método (el procedimiento discursivo) siempre llega tarde, porque presupone saberes teóricos separados de la «realidad». Antes de argumentar, el intérprete ya comprendió. La comprensión antecede, pues, a cualquier argumentación. Ella es la condición de posibilidad. Por tanto, es equivocado afirmar, por ejemplo, que el juez, primero decide, para luego fundar; en verdad, él sólo decide porque ya encontró, en la anticipación del sentido, el fundamento (la justificación). Y solamente es posible comprender esto a partir de la admisión de la tesis de que el lenguaje no es un mero instrumento o «tercera cosa», interpuesta entre un sujeto (cognoscente) y un objeto (a conocer). El «abismo gnoseológico» que «separa» el hombre de las cosas y de la comprensión acerca de cómo ellas son, no depende —en el plano de la hermenéutica jurídico-filosófica— de puentes que vengan a ser construidos —paradójicamente— después de que la travesía (anticipación del sentido) ya ha sido hecha.

De ahí la importancia de la precomprensión, que pasa a ser condición de posibilidad en ese nuevo modo de mirar la hermenéutica jurídica. Nuestros prejuicios que conforman nuestra precomprensión, no son jamás arbitrarios. Los prejuicios no son inventados; ellos nos orientan en lo enmarañado de la tradición que puede ser auténtica o no auténtica. Pero esto no depende de la discrecionalidad del intérprete y tampoco de ningún control metodológico. El intérprete no «domina» la tradición. Los sentidos que atribuirá al texto, no dependen de su voluntad, aunque así lo pretendan los adeptos del (metafísico) esquema representacional sujeto-objeto. El proceso unitario de la comprensión, por el cual interpretar es aplicar (*applicatio*) que desmitifica la tesis de

que primero conozco, después interpreto y solo después aplico, se transforma en una especie de blindaje frente a las opiniones arbitrarias. La interpretación jamás se dará en abstracto, como si la ley (el texto) fuera un objeto cultural. Hay siempre, un proceso de concreción, que es la *applicatio*, momento del acontecer del sentido, que ocurre en la diferencia ontológica. No hay textos sin normas; no hay normas sin hechos. No hay interpretación sin relación social. Es en el caso que se atribuirá el sentido, que es único e irrepetible.

BIBLIOGRAFÍA

- DWORKIN, R., 1985: *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press.
- 1997: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- 2000: *El Imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa.
- ESSER, J., 1961: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- GADAMER, H.-G., 1990: *Wahrheit und Methode*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- 1992: *Verdad y Método II*, 1986, trad. de M. OLASAGASTI, Salamanca: Sígueme.
- 1993: *Wahrheit und Methode*, Ergänzungen Register, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- 1999: *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 1975, trad. de A. Agud y R. DE AGAPITO, Salamanca: Sígueme.
- 2006: *Hermenêutica em Retrospectiva. A Virada Hermenêutica*, vol. II, Petrópolis: Vozes.
- GRONDIN, J., 2000: *Einführung zu Gadamer*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2000 (*Introducción a Gadamer*, trad. de C. RUIZ-GARRIDO, Madrid: Herder, 2003).
- HEIDEGGER, M., 1923: *Hermenéutica de la Facticidad*, trad. de M. JIMÉNEZ REDONDO. Disponible en www.beideggeriana.com.ar/hermeneutica/indice.htm. Acceso el 27 de julio de 2007.
- 1993: *Sein und Zeit*, Siebzehnte Auflage, Tübingen, Max Niemayer, Verlag Tübingen (Ser e Tempo, vols. I e II, 5.ª ed., Petrópolis: Vozes, 1995).
- 2005: *Ser y tiempo*, trad. de J. Eduardo Rivera, 4.ª ed., Santiago: Editorial Universitaria.
- KAUFMANN, A., 1999: *Filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- LAMEGO, J., 1990: *Hermenêutica e Jurisprudência*, Análise de uma «recepção», Lisboa: Fragmentos.
- MÜLLER, F., 1975: *Recht-Sprache-Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I*, Berlin: Duncker & Humblot.
- 1995: *Direito Linguagem e Violência: elementos de uma teoria constitucional*, trad. de P. NAUMANN, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- 2006: *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons.
- SCHAPP, I., 1985: *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*, trad. de E. STEIN, Porto Alegre: Fabris.
- STEIN, E., 2002: *Pensar é pensar a aferença. A filosofia e o conhecimento empírico*, Iljuí.
- 2004a: *Aproximações sobre hermenéutica*, 2.ª ed., Porto Alegre: Edipucrs.
- 2004b: *Exercícios de fenomenologia*, Iljuí: Unijui.
- 2008: *Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas*, 2.ª ed., Iljuí: Unijui.

- STRECK, L. L., 2004: *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, cap. V.
- 2009a: *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 8.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- 2009b: *Verdad y consenso*, Lima: ARA.
- 2009c: *Hermenéutica jurídica: estudios de teoría del derecho*, Lima: ARA.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. ALGUNAS ALTERNATIVAS TEÓRICAS Y UNA PROPUESTA*

Josep Aguiló Regla

Universidad de Alicante

RESUMEN. La ponencia trata de alcanzar algunas conclusiones relativas a la interpretación constitucional a través de analizar y/o responder un conjunto de preguntas: 1. ¿Qué significa tal artículo de la constitución? 2. ¿Cómo se justifica una interpretación, una asignación de significado a un texto de la constitución? 3. ¿Cómo se hace hablar a la constitución con una sola voz? 4. ¿Cómo concebimos (o definimos) la constitución del Estado constitucional?

Palabras clave: Constitución, interpretación constitucional, Estado constitucional.

ABSTRACT. The paper tries to reach some conclusions concerning constitutional interpretation by analyzing and/or answering a set of questions: 1. What does this article of the constitution mean? 2. How to justify an interpretation, *i. e.* an assignment of meaning to a text of the constitution? 3. How to make the constitution speak with one voice? 4. How to conceive—or define—the constitution of the constitutional state?

Keywords: Constitution, constitutional interpretation, constitutional State.

* Fecha de recepción: 19 de junio de 2012. Fecha de aceptación: 13 noviembre de 2012.

Este texto reproduce con pequeñas modificaciones la ponencia presentada en el «VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional» (en la Mesa 3 titulada «Interpretación constitucional»), con motivo de la celebración de los «20 años de la Constitución Política de Colombia de 1991» y titulado «Diálogos con el mundo». El evento tuvo lugar en Bogotá los días 10, 11 y 12 de octubre de 2011. El trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación «Argumentación y constitucionalismo» (Ref. DER2010-21032), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español. Quiero agradecer la ayuda que, con sus comentarios y críticas, me han prestado M. ATIENZA, I. LIFANTE, J. A. PÉREZ LLEDÓ, A. LOZADA y H. ORTIZ.

INTRODUCCIÓN: ALUSIONES, ELUSIONES Y UN PLAN DE TRABAJO

Empecemos acotando el tema de esta ponencia. Lo que aquí se va a decir queda circunscrito a la interpretación jurídica que toma como objeto de interpretación a la constitución, especialmente la parte dogmática. Quedan fuera de estudio, por tanto, los usos de la expresión «interpretación constitucional» que no entrañan eso, o que van más allá. Por ejemplo, a veces se habla de «“interpretación constitucional” de la ley» para aludir a la interpretación de la ley conforme a la constitución. Por tanto, el tema de la «interpretación constitucional», circunscrito a la interpretación jurídica de la constitución, es bastante más específico que el de la «interpretación jurídica en el Estado constitucional».

La noción de «interpretación constitucional» es compleja y problemática. Para mostrarlo tal vez sea suficiente con señalar que cada uno de los conceptos que forman la expresión, tomados por separado, «interpretación» y «constitución», resultan ya altamente controvertidos. Empecemos por «interpretación» y circunscribámoslo exclusivamente a la interpretación jurídica. La noción de «interpretación jurídica» puede problematizarse, por ejemplo, a partir de los siguientes elementos: *a)* Los «objetos» de la interpretación (¿qué es susceptible de ser interpretado? ¿Se interpretan textos o normas, textos o prácticas, o textos a la luz de prácticas? ¿Se interpretan acciones? ¿Y acciones institucionales?). *b)* Los «sujetos» de la interpretación (¿Quiénes interpretan? ¿Qué relación hay entre la interpretación de un dogmático del derecho y la de un juez? ¿Se trata de la misma operación? ¿Tiene sentido hablar de interpretación auténtica? etc.). *c)* La «actividad» en que consiste la interpretación (¿Qué operaciones incluye? ¿Interpretar es describir un significado o modificar un significado? ¿Tiene «naturalidad» descriptiva, adscriptiva o prescriptiva? ¿Se interpreta siempre que se aplica el derecho?). *d)* La «oportunidad» de la interpretación (¿Cuándo se interpreta y cuándo estamos ante un problema de interpretación? ¿Los problemas de calificación son siempre problemas de interpretación? ¿Cuál es la relación entre lagunas jurídicas e interpretación?). *e)* El «resultado» de la interpretación (¿Cuáles son sus productos? ¿Normas o enunciados interpretativos? ¿Qué relación hay entre ficciones e interpretación? Y formulado en términos un tanto paradójicos, ¿cuándo el resultado de una interpretación excede los límites de la interpretación?). *f)* La «calidad» de una interpretación (¿Cómo evaluamos una interpretación? ¿Cuándo una interpretación es correcta y/o está justificada?). Todas estas preguntas, y muchas otras que se han quedado en el tintero, ilustran bien el carácter problemático de la noción de «interpretación jurídica»¹. Como es obvio, aquí no voy siquiera a intentar esbozar un principio de respuesta.

La noción de «constitución» no se queda atrás en problematicidad teórica. Para ilustrarlo basta con señalar la discusión que, en las últimas décadas, se ha generado a propósito de, por un lado, la constitucionalización de los órdenes jurídicos como cuestión de hecho² y, por otro, el constitucionalismo como cuestión de teoría jurídica

¹ Cfr. I. LIFANTE VIDAL, «Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica», en I. LIFANTE VIDAL (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Palestra, 2010, 37-65.

² En mi opinión, la mejor y más clara caracterización del proceso de constitucionalización de un ordenamiento jurídico se encuentra en R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006, 239 y ss.

ca³. Piénsese, por ejemplo, en preguntas tales como las siguientes: ¿Qué concepto de constitución asumimos cuando hablamos de interpretación constitucional? ¿Un concepto meramente formal? ¿Hay constituciones formales que no son constituciones en el sentido del Estado constitucional? ¿Cuál es la relación entre constitución y orden jurídico? ¿Hay una conexión externa (la constitución es sólo un límite al orden jurídico) o interna (el orden jurídico es un desarrollo de principios constitucionales)? ¿Qué relación hay entre el Estado de derecho (como imperio de la ley) y el Estado constitucional? ¿Implica el Estado constitucional y/o el constitucionalismo jurídico un cambio de paradigma en relación con el imperio de la ley? ¿Qué relación hay entre propiedades de las constituciones y concepciones constitucionales? Nuevamente, desarrollar todas estas preguntas —y muchas otras conectadas con ellas— desborda por completo los límites de este trabajo.

Ante tal cúmulo de preguntas ¿cómo proceder? En realidad, la *alusión* a tantos problemas no es más que el recurso a un tópico —el de la inabarcabilidad del territorio— con la finalidad de hacerme perdonar la *elusión* con que voy a proceder a continuación. En esta ponencia me propongo simplemente decir algunas cosas sobre la «interpretación constitucional», que espero que resulten significativas, aun a sabiendas de lo mucho que se dejará fuera. El plan de trabajo es el siguiente. Trataré de realizar una aproximación a «interpretación constitucional» por la vía de analizar y/o responder una «selección» de preguntas: 1. ¿Qué significa tal artículo de la constitución? 2. ¿Cómo se justifica una interpretación, una asignación de significado a un texto de la constitución? 3. ¿Cómo se hace hablar a la constitución con una sola voz? 4. ¿Cómo concebimos (o definimos) la constitución del Estado constitucional? Si todo sale según lo previsto, la respuesta a cada una de estas preguntas tiene que permitir mostrar *algunas alternativas teóricas*; y la sucesión de respuestas tiene que servir para perfilar, aunque sea a grandes rasgos, una *propuesta* a propósito de aquello que nos reúne hoy aquí: la interpretación constitucional.

1. ¿QUÉ SIGNIFICA TAL ARTÍCULO DE LA CONSTITUCIÓN?

Preguntar por el significado de un artículo de la constitución pide una respuesta que cae de lleno en la zona de claridad de la noción de «interpretación constitucional». Tiene la ventaja de que, así formulada, permite eliminar algunas complicaciones: se pregunta por el significado de un texto (el objeto de la interpretación es un texto) que se halla bien recortado (formalmente bien delimitado), un artículo. Hecha esta delimitación, puede presentarse la interpretación como una estructura que correlaciona tres enunciados diferentes: un «enunciado a interpretar», un «enunciado

³ Dos temas han acaparado la discusión en teoría del derecho en las últimas décadas. El primero de estos temas ha sido el de la vigencia y/o la superación del positivismo jurídico. Uno de los resultados producidos por esta discusión ha sido el desplazamiento de la tradicional contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo por la más vigente que opone los autores (teorías) positivistas a los autores (teorías) postpositivistas. El segundo tema, no del todo independiente del anterior, ha sido el del (mal) llamado (neo-)constitucionalismo o *constitucionalismo jurídico*. La discusión ha versado sobre el tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho; y ha girado en torno a, por un lado, cuestiones de justificación y, por otro, cuestiones metodológicas (si dicha transición implica o no un cambio de paradigma jurídico).

interpretativo» y un «enunciado interpretado»⁴. La conexión entre estos tres enunciados vendrá dada por la presencia de un «problema interpretativo». Mostremos esta estructura tomando como ejemplo el art. 31.1 de la Constitución Española (en adelante CE).

<i>Enunciado a interpretar</i>	«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio»
<i>Problema interpretativo</i>	¿Excluye el art. 31.1 el matrimonio entre personas del mismo sexo?
<i>Enunciado interpretativo</i>	«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio», en el art. 31.1, no significa que sólo ellos pueden contraerlo entre sí».
<i>Enunciado interpretado</i>	«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio entre sí, lo cual no excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo».

Esta interpretación del art. 31.1 es la que, más o menos, hizo el legislador español. La cuestión está recurrida ante el Tribunal Constitucional y, obviamente, este último tiene «poder» para hacer una interpretación alternativa. Por ejemplo, su enunciado interpretativo podría ser este: «“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio” significa que sólo ellos pueden contraerlo entre sí». En mi opinión, esta interpretación sería una «invención» injustificada del Tribunal, pero eso no es lo relevante ahora. Lo importante es darse cuenta de que ambos enunciados interpretativos tienen la misma estructura: usan ciertas palabras para atribuir significado a otras palabras que sólo mencionan. Esta estructura es propia de las definiciones. El término «T» significa el significado S, es decir: «T» significa S.

Siguiendo a GUASTINI y a ATIENZA puede trazarse un paralelismo entre «definir» e «interpretar»⁵ de forma que queden relacionados los distintos tipos de definiciones con las diferentes concepciones de la interpretación. Es decir, puede establecerse una correspondencia entre definiciones lexicográficas, estipulativas y redefiniciones, por un lado, y concepciones cognitivistas, escépticas y mixtas de la interpretación⁶, por otro. El siguiente cuadro muestra un resumen de dicha correspondencia.

⁴ En el desarrollo de este epígrafe tengo muy en cuenta a M. ATIENZA, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2010, 21-24; que, a su vez, se inspira en R. GUASTINI, *Distintuendo*, Torino, Giappichelli, 1996, 160 y ss.

⁵ *Ibid.*

⁶ Escribe GUASTINI: «Se discute (desde siempre) en la doctrina cuál es el estatuto lógico de la interpretación [...] Se trata de saber si la interpretación (judicial) es un acto de conocimiento (esta es la tesis de las diversas teorías «cognoscitivistas») o por el contrario un acto de voluntad (esta es la tesis de las teorías escépticas)», en R. GUASTINI, «Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale», en *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 117. A partir de ahí, ilustra la distinción aludiendo a tres grandes teorías: a) la teoría de la interpretación de la ilustración (cognitivista); b) el neo-cognitismo contemporáneo (mixta), y c) el escepticismo realista (escéptica).

<i>Definición</i>	<i>Interpretación</i>
<i>Lexicográfica</i> : Definir es describir el significado con el que una comunidad lingüística usa una palabra. Una definición puede ser verdadera o falsa. Definir es una actividad de naturaleza cognitiva.	<i>Concepciones cognitivistas</i> : Interpretar es averiguar el significado de un texto. Una interpretación puede ser verdadera o falsa. Interpretar es una actividad de naturaleza cognitiva.
<i>Estipulativa</i> : Definir es crear/asignar un significado a una expresión. No puede ser verdadera ni falsa. Es una actividad esencialmente volitiva.	<i>Concepciones escépticas</i> : Interpretar es crear/decidir el significado de un texto. No pueden ser verdaderas ni falsas. Es una actividad volitiva.
<i>Redefinición</i> : Definir es adaptar un significado obtenido cognitivamente para alcanzar ciertos fines de claridad. Está a caballo entre los otros dos tipos anteriores de definiciones. Es una actividad que tiene un tramo cognitivo y un tramo volitivo.	<i>Concepciones mixtas</i> : Interpretar es elegir entre los diferentes significados convencionalmente posibles. Interpretar es una actividad de naturaleza mixta, tiene un tramo cognitivo y un tramo volitivo.

No hace falta detenerse a explicar el cuadro, pues resulta —creo— suficientemente pregnante. Sí quiero, sin embargo, mostrar un límite fuerte a la comparación entre «definición» e «interpretación» tal como aquí se ha presentado. El cuadro no es del todo homogéneo porque a la izquierda lo que hay son tres *conceptos* diferentes de «definición»; mientras que a la derecha lo que hay son tres *concepciones* diferentes de la interpretación jurídica. En este sentido, los tres conceptos de definición no compiten entre sí y nadie se ve compelido a construir una concepción de las definiciones que fuerce a elegir uno de los conceptos y a descartar los otros dos. Todo el mundo maneja los tres conceptos de definición y los usa en función de los contextos, las finalidades, los tipos de discursos, etc. Por el contrario, las concepciones de la interpretación jurídica sí se presentan a sí mismas como competitivas entre sí; aceptar, por ejemplo, la concepción cognitiva de la interpretación jurídica supone rechazar las otras dos.

Sea como fuere, lo anterior nos ha permitido asentar la idea de que interpretar es asignar un significado a un texto jurídico, en nuestro caso a un artículo de la constitución. Es evidente, sin embargo, que ello no nos resuelve demasiado. Avancemos, por tanto, hacia la siguiente pregunta.

2. ¿CÓMO SE JUSTIFICA UNA INTERPRETACIÓN, UNA ASIGNACIÓN DE SIGNIFICADO A UN TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN?

No hay gran diferencia entre hablar de criterios interpretativos y argumentos en favor de una interpretación. Los primeros ponen el acento en lo que es la guía de la

interpretación, es decir, en la actividad de interpretar y, por tanto, parecen operar *ex ante*; mientras que los segundos, lo ponen en la justificación de la interpretación y, por tanto, parecen operar *ex post*. Por ejemplo, la «literalidad», vista como criterio interpretativo, invita a la restricción en la actividad interpretativa; pero vista como un argumento, permite justificar y/o criticar ciertas interpretaciones ya realizadas. En este sentido, puede decirse que lo que opera *ex ante* como un criterio interpretativo correcto, opera *ex post* como un argumento interpretativo válido. Y, obviamente, si las cosas son de este modo, es perfectamente posible que en determinadas circunstancias haya criterios antinómicos entre sí (que apunten a resultados incompatibles) que posteriormente operarán como razones opuestas, en favor y en contra, de una determinada interpretación. Tener esto claro es muy importante para no incurrir en los mismos errores que cometió la teoría «estándar» de la interpretación jurídica debido a sus pulsiones formalistas⁷.

La constitución es un texto jurídico y como tal le son aplicables «todos» los criterios y/o argumentos jurídicos que pueden utilizarse para atribuir y/o justificar significados a los textos jurídicos. Naturalmente aquí no voy a ocuparme de todos ellos⁸. Sí me interesa centrarme en dos rasgos que presentan los textos constitucionales, sobre todo en su parte dogmática, y que pueden justificar una cierta especificidad interpretativa de las constituciones en relación con la interpretación de las leyes. El primer rasgo es el de la rigidez de los textos constitucionales frente a la flexibilidad de los textos legales. El segundo rasgo tiene que ver con la sobreabundancia de con-

⁷ Como plenamente representativo de esta teoría estándar de la interpretación considérese el siguiente párrafo de LUMIA: «La interpretación jurídica consiste en el reconocimiento del significado de la norma [...]. Un primer instrumento de la interpretación está constituido, por tanto, por el instrumento literal (o textual), esto es, por el llamado “tenor” de la norma, aunque éste no siempre desemboca en resultados unívocos acerca del significado de la misma [...] Es evidente que la cuestión no podrá decidirse sin investigar el objetivo (o *ratio*) de la norma, es decir, el fin respecto del que la norma tiene un valor instrumental; el elemento literal ha de integrarse, pues, con el teleológico [...] el ordenamiento jurídico no resulta de una simple yuxtaposición de normas, sino que constituye un sistema en el que cada norma recibe todo su significado de su relación con las demás normas, a cuya luz, por tanto, ha de ser interpretada; al instrumento teleológico se añade, por tanto, el instrumento sistemático [...] La verdad es que el legislador cuya voluntad debe ser investigada no es sólo la del legislador originario que puso la norma, sino la del legislador actual que, aún pudiendo derogarla, la mantiene [...] de ahí por qué el intérprete no puede olvidar la dinámica del sistema, esto es, el elemento histórico-evolutivo. Conviene subrayar que el elemento textual, el teleológico, el sistemático y el histórico-evolutivo no desembocan en diversos tipos de interpretación, sino que constituyen los momentos necesarios por los que debe pasar todo acto de interpretación», en G. LUMIA, *Principios de Teoría e ideología del derecho* (trad. de A. RUIZ MIGUEL), Madrid, Debate, 1982, 71-72.

⁸ En otro lugar he escrito a propósito del método jurídico y de la interpretación: «[...] todo se ve más claro si uno se aproxima al método jurídico no como un método para hallar o descubrir soluciones, sino más bien como un método para justificar soluciones; si uno se plantea la cuestión como lo hace la teoría contemporánea de la argumentación jurídica, donde el problema no es ya el de cómo hallar la solución, sino el de cómo justificar, dar razones a favor de, la solución propuesta. Así, volviendo sobre el ejemplo de la interpretación y mirándolo desde esta perspectiva, los llamados momentos de la interpretación jurídica dejan de ser procedimientos para hallar la “interpretación correcta” para pasar a ser esquemas de argumentos susceptibles de ser utilizados a favor de la interpretación considerada correcta. En definitiva, lo que quiero resaltar es la idea de que el problema del método jurídico no es el de hallar en las normas generales las soluciones correctas a los casos particulares, sino el de justificar soluciones particulares usando normas generales. Si se miran así las cosas y se admite que, en general, puede decirse que justificar es apelar a la razón en busca de aceptación de una tesis, entonces resulta fácil entender por qué el llamado en términos teóricos “problema del método jurídico” no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas», en J. AGUILÓ REGLA, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, 129.

ceptos valorativos y de principios en los textos constitucionales. Esto último hace que, en general, la regulación constitucional sea mucho más abierta que la de las leyes. No hay que olvidar que el ideal regulativo del «imperio de la ley» implica una regulación cerrada que excluya la deliberación por parte del aplicador⁹. De ahora en adelante, me referiré a estos dos rasgos de las constituciones como la *propiedad de la rigidez* y la *propiedad de la apertura regulativa*, respectivamente. Quede claro, ambas propiedades son *graduables* y *relativas*. Por rigidez se entiende dificultad para el cambio del texto constitucional. Se trata de una propiedad graduable porque una constitución es más rígida cuantas más exigencias se interponen para la modificación del texto constitucional. El nivel máximo de rigidez lo representan las cláusulas pétreas o de intangibilidad y el nivel mínimo las mayorías similares a las de la legislación ordinaria¹⁰. Y es también una propiedad relativa no sólo porque cada constitución es diferente en este sentido, sino también porque la rigidez puede variar en relación con diferentes partes de una misma constitución. Por apertura regulativa se entiende el grado de deliberación «valorativa» que exige la aplicación de una norma. Se trata de una propiedad graduable, donde el nivel 0 lo representan aquellas normas cerradas cuya aplicación excluye la deliberación y el nivel máximo, aquellas otras cuya aplicación exige siempre (y en todo caso) deliberación. De la gradualidad se sigue que una norma puede ser más abierta que otra. El art. 15 de la CE¹¹ ofrece un bonito ejemplo al respecto ya que prohíbe, en este orden, la «tortura», las «penas y tratos inhumanos y degradantes» y la «pena de muerte». El orden de más cerrada a más abierta es —parece claro— el siguiente: la prohibición de la «pena de muerte», la de la «tortura» y la de las «penas y tratos inhumanos y degradantes». Pasemos a explicar cómo estas propiedades de las constituciones, la rigidez y la apertura regulativa, pueden traducirse en peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación de las leyes.

⁹ Conforme al ideal regulativo propio del «imperio de la ley», el modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas; entendiendo por reglas normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. Este ideal regulativo apela a normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración. Las normas abiertas, desde este ideal regulativo, son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Las normas abiertas, conforme a este modelo, al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación respecto del ideal de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas.

¹⁰ La rigidez efectiva de una constitución depende de una combinación de exigencias jurídico-formales y de circunstancias políticas. Entre las primeras destacan factores como los siguientes: *a*) el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir; *b*) el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma, y *c*) la exigencia de la participación popular. Pero la rigidez efectiva depende también del contexto político, histórico, social. Como variables relevantes pueden mencionarse, por ejemplo, el sistema de partidos políticos (cuanto más disciplinados sean los partidos y más arraigada esté la cultura de coalición, tanto más fácil será reformar una constitución), el papel simbólico que desempeña la constitución en una sociedad, el papel que juegan las tradiciones políticas, etc. Sobre ello, V. FERRERES COMELLA, «Una defensa de la rigidez constitucional», en *Doxa*, núm. 23, 2000, 29 y ss.

¹¹ Art. 15. CE. «Todos tienen derecho a la vida y la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

2.1. Sobre la rigidez. De las palabras de los muertos y las interpretaciones de los vivos

Tanto la ley como la constitución son fuentes-acto, es decir, son disposiciones generales promulgadas por una autoridad¹². Ahora bien, la constitución juega un papel de conservación y orientación del sistema en su conjunto que la legislación no está llamada a jugar. En este sentido, es común decir, por un lado, que hay una cierta contradicción entre la idea de constitución y la de su constante modificación¹³ y, por otro, que la ley es el instrumento de cambio jurídico por excelencia. Es más, si bien se considera, la oposición entre «forma constitucional» y «forma legal» se inventa precisamente para dotar de la mayor estabilidad posible a ciertas normas llamadas a operar como normas fundamentales dentro de un sistema jurídico-político¹⁴. En este sentido, la forma constitucional expresa tendencialmente el consenso (lo unánime, lo fundamental, lo estático, lo inmodificable); mientras que la forma legal, expresa tendencialmente el conflicto (lo mayoritario, lo fundamentado, lo dinámico, lo modificable). Conforme a esta dialéctica entre lo fundamental y lo fundamentado, la rigidez constitucional parece estar plenamente justificada frente a la flexibilidad de la legislación. Pero vista en términos diacrónicos, la rigidez constitucional nos enfrenta a un problema de racionalidad que no nos plantea la flexibilidad de la legislación. No se trata sólo de la tan discutida «objeción contramayoritaria» en términos democráticos, sino también de la cuestión de la racionalidad de una acción cuyo sentido es la mera sumisión al pasado. En efecto, la acción meramente tradicional, la acción cuyo sentido es la mera obediencia al pasado, es acción irracional¹⁵. La rigidez constitucional nos enfrenta directamente con el problema de la relación entre los muertos y los vivos; pues, el sentido del *lex superior* constitucional es precisamente «bloquear», «inhibir», «dificultar» (dependiendo del grado) el *lex posterior* legislativo en relación con ciertas materias. Por eso, la rigidez de una constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en una suerte de dilema. Por un lado, si una constitución es rígida, se somete a los vivos a la voluntad de los muertos. Pero, por otro lado, si una constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces —suele decirse— los derechos no están garantizados, es decir, «no hay constitución». Por ello, en mi opinión, la síntesis armónica entre «los muertos» y «los vivos» desborda en gran medida la noción de sistema jurídico y sólo puede expresarse mediante nociones un tanto inestables y dialécticas

¹² Para una conceptualización completa de las fuentes-acto, *vid.* J. AGUILÓ REGLA, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.

¹³ A propósito de esto último, y teniendo en cuenta que lo que nos reúne aquí es la celebración del aniversario de la Constitución de Colombia, es oportuno decir que 30 enmiendas en 20 años tiene algo de excesivo.

¹⁴ Escribe KELSEN: «[...] Esta regla sobre la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto de la palabra. Es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal [...] De ahí surge la *idea de asegurar* a la Constitución la mayor estabilidad posible, diferenciando las normas constitucionales de las normas legales y sometiendo la revisión de las primeras a un procedimiento especial, que contemple condiciones más difíciles de reunir. Aparece así la distinción entre la *forma constitucional* y la *forma legal ordinaria*». H. KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)» (trad. de J. RUIZ MANERO), en H. KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, 114-115.

¹⁵ M. WEBER, *Economía y sociedad*, 10.ª reimpresión, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1993, 20.

como la de, por ejemplo, «*continuidad de una práctica constitucional*» que permite, por un lado, dar cuenta del aspecto ideal del constitucionalismo y, por otro, eliminar los términos indeseables tanto de puro *sometimiento al pasado* como de *ausencia de garantía de los derechos* (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos).

¿Cómo afecta todo ello a la interpretación de la constitución en relación con la interpretación de la ley? En mi opinión, de manera clara. Para explicarlo retomaré la vieja tensión entre autoridad y valor (o justicia) en la consideración de las normas jurídicas. Tanto la constitución como la ley son —ya lo he dicho— fuentes-acto (es decir, disposiciones, normas generales dictadas por una autoridad); sin embargo, en la interpretación de las normas constitucionales el componente autoritativo pierde mucha importancia en beneficio del componente valorativo; mientras que en la interpretación de la ley ese desplazamiento no se produce con tanta intensidad ni con tanta claridad. La interpretación de la constitución es mucho más dependiente de principios y valores que la interpretación de la ley y, en consecuencia, la interpretación literal y la intencionalista juegan mucho más papel en la interpretación de la ley que en la de la constitución. En la constitución, los muertos ponen las palabras y los vivos las interpretan a la luz de los valores que hacen que esas palabras sigan teniendo sentido para ellos; en la legislación, todos están «vivos»: tanto la autoridad que pone las palabras como aquellos que ponen los valores que las dotan de sentido¹⁶. El principio de la división de poderes no opera entre los muertos y los vivos, sino sólo entre los vivos¹⁷. Que los

¹⁶ La metáfora de los «vivos» y de los «muertos» puede resultar ambigua. Cuando se usa en términos constitucionales alude no sólo al mero paso del tiempo, pues es evidente que es perfectamente posible que una ley sea mucho más «vieja» (tenga más años) que la constitución. La diferencia es que el paso del tiempo en la ley es consentido en términos democráticos por los vivos, pues siempre tienen a su alcance la modificación de la misma. Eso es precisamente lo que trata de excluir la rigidez constitucional haciendo la modificación de la constitución altamente improbable o incluso imposible.

¹⁷ En mi opinión, el problema de la «tiranía del pasado» es irresoluble en la medida en que uno se aproxima a la constitución formal o rígida como un documento regulativo y autoritativo que trata de resolver *ex ante* todos los problemas jurídico-políticos que puedan plantearse. Es decir, si uno acepta el proceso constituyente como un proceso de *imposición que cierra la deliberación*, entonces la ilegitimidad de la forma constitucional me parece palmaria e irresoluble. Ahora bien, si uno ve el proceso constituyente como el origen de una práctica constitucional orientada por principios y valores, tal conclusión ya no es obvia. Ello es así porque la acción social orientada por principios y valores aceptados es una acción orientada hacia el futuro; y, en este sentido, la acción política de las generaciones constituidas puede ser una acción perfectamente racional; no tiene por qué ser una acción simplemente anclada en (o motivada por) la mera obediencia al pasado. Para que ello pueda ser así, las generaciones que actúan bajo una constitución tienen que ver el proceso constituyente (y en consecuencia aceptarlo) como un proceso guiado por la aceptación de ciertos principios y valores, y así, poder entender su propia práctica constitucional como guiada también por esos mismos principios y valores. Ello, en mi opinión, es fundamental para poder afirmar —en frase que ha hecho fortuna— que «la constitución pertenece a las generaciones vivas». Esta es la razón por la que hay que insistir en la idea de que los constituyentes «reconocen» valores, no los constituyen. Lo fundamental para la estabilidad de una práctica constitucional es que las generaciones vivas se «reconozcan» en esos mismos valores aunque sin duda es posible que los «teoricen» de maneras distintas a como los hubieran teorizado los «padres fundadores». Lo que dota de continuidad a una constitución es la orientación, no precisamente todos sus contenidos concretos. En la medida en que las generaciones vivas «reconozcan» también los valores incorporados a la constitución (aunque —repito— tal vez los teoricien de maneras diferentes) la estabilidad de esa constitución está, me parece, garantizada. La clave de la continuidad constitucional está en poder interpretar la acción de los constituyentes como orientada por el reconocimiento de principios y valores y la acción de los constituidos como orientada también por el reconocimiento de esos mismos principios y valores. Cfr. J. AGUILÓ REGLA, *Sobre la constitución del Estado constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004. 124 y ss.; y J. AGUILÓ REGLA, «“Tener una constitución”, “darse una constitución” y “vivir en constitución”», en *Isonomía. Revista de filosofía y teoría del derecho*, núm. 28, 2008, 67-86.

jueces muestren «deferencia» interpretativa al legislador tiene pleno sentido; que lo hagan con el constituyente, no¹⁸.

Esta tesis de la diferencia interpretativa entre constitución y ley a propósito de la cuestión de la rigidez no es unánimemente compartida. FERRAJOLI y DWORKIN vendrían a representar posturas incompatibles con ella aunque desde extremos opuestos. La concepción de FERRAJOLI¹⁹ podría formularse más o menos así. El derecho tiene una naturaleza autoritativa y tanto la constitución como la ley son fuentes-acto, es decir, disposiciones generales, textos normativos provenientes de una autoridad. Es más, la constitución solo tiene sentido desde el constituyente²⁰. En la edicción de normas —sean legales o constitucionales— rige el principio *voluntas, non veritas, facit legem*. El modelo justificado/racional de interpretación es el vinculado al «imperio de la ley» y lo que hay que hacer es trasladarlo a la interpretación de la constitución. En la aplicación del derecho —y, por tanto también, en la interpretación— rige el principio *veritas, non voluntas, facit legem*. La rigidez implica ciertamente una relación sistemática de jerarquía que puede llevar a denunciar las lagunas legislativas y las antinomias que generan las leyes inconstitucionales, pero no afecta para nada a la interpretación de la constitución; es decir, a la atribución de significados a los textos constitucionales. En este sentido, la rigidez no implica peculiaridad interpretativa: no hay diferencia porque el modelo prescriptivo de interpretación para la legislación se extiende a la constitución²¹.

¹⁸ En «Autoridades y personas», MARMOR se formulaba la siguiente pregunta: «¿es posible atribuir autoridad jurídica a una norma si su autoridad no se deriva de la autoridad de quien ha dictado esa norma?». Él básicamente respondía que no, pero en su argumentario, como buen británico, sólo tomaba como referencia al legislador (A. MARMOR, «Autoridades y personas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 17-18, 1995, 303). La tesis de la diferencia interpretativa aquí sostenida podría formularse de la siguiente manera: mientras que es cierto que la autoridad de una ley deriva de la autoridad del legislador, la autoridad de una constitución no deriva de la autoridad del constituyente.

¹⁹ En un texto reciente, FERRAJOLI ha ofrecido un resumen, por un lado, de sus tesis sobre el constitucionalismo garantista (el constitucionalismo justificado) y, por otro, de sus diferencias con lo que él llama el «constitucionalismo principialista»: L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (trad. de N. GUZMÁN), en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, 15 y ss.

²⁰ «El decimocuarto postulado [del positivismo jurídico] excluye que puedan ser constituyentes figuras consistentes en expectativas o en no permisiones positivas o negativas. Se deducirá [...] que “constituyente” no puede ser ni un derecho, ni una obligación ni una prohibición, sólo un poder y, precisamente, aquella específica facultad que llamaremos “poder constituyente” [...] Todos los derechos en efecto, incluidos los fundamentales, consisten en expectativas [...] constituidas», en L. FERRAJOLI, *Principia iuris. 1. Teoría del diritto*, E. Laterza, 2007, 100-101 (la traducción es mía).

²¹ Bien mirado, la propuesta de FERRAJOLI consiste en trasladar la noción de «estricta legalidad» del garantismo penal (cfr. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Barcelona, Trotta) a la de estricta constitucionalidad en el constitucionalismo garantista. En esta asimilación entre legislación y constitución FERRAJOLI llega a escribir: «Por otro lado, debemos darnos cuenta de que la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje legal, aun cuando en alguna medida ineliminables, no son simples defectos de la legislación. Son un vicio jurídico de ésta, porque violan los principios de la separación de los poderes y de la sujeción de los jueces a la ley y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del estado de derecho en su totalidad. Por eso, la ciencia jurídica debería hoy retomar el programa ilustrado de G. FILANGIERI y de J. BENTHAM de una «ciencia de la legislación», integrándolo con el programa de una «ciencia de la constitución», como la llamó G. ROMAGNOLI. Pasada la época de las primeras constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible», en L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (trad. de N. GUZMÁN), en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, 51-52.

DWORKIN —o, mejor, una cierta lectura de la obra de DWORKIN porque no siempre es fácil fijar con precisión su pensamiento— se opondría también a la tesis de la diferencia, pero desde el extremo opuesto al de FERRAJOLI. La tesis de la diferencia sostenía que en la interpretación de las normas constitucionales el componente autoritativo perdía importancia mientras que en la interpretación de la ley eso no ocurría con tanta intensidad ni con tanta claridad. Para DWORKIN la interpretación, toda la interpretación, es dependiente de valores. Más o menos su concepción podría formularse así: El derecho es una práctica interpretativa dependiente de valores; es decir, el derecho (todo él) se compone de un conjunto de reglas y de unos valores que estas reglas pretenden desarrollar. La autoridad juega un cierto papel —común en la constitución y en la legislación— en la identificación del objeto de la interpretación; es decir, en la determinación de los materiales jurídicos sobre los que versa la interpretación, en la llamada fase pre-interpretativa. Pero en las fases interpretativa y postinterpretativa se trata, respectivamente, de dotar de sentido valorativo a las reglas identificadas y de seleccionar la teoría que mejor integre los valores reconocidos²².

2.2. Sobre la apertura regulativa. ¿Imprecisión y pluralismo?

La propiedad de la apertura regulativa nos remite a dos cuestiones relativamente (sólo relativamente) diferentes entre sí. La primera es la de la dialéctica principios-reglas en la interpretación de los textos jurídicos; la segunda es la de la «semántica» de los conceptos «valorativos» (conceptos moral y políticamente muy «cargados»). Aquí no voy a entrar en la cuestión de los principios y las reglas; y no lo voy a hacer básicamente por dos razones. Una es que el tema de los principios y las reglas ha sido ampliamente discutido en las últimas décadas y es sobradamente conocido. Su abordaje aquí ocuparía demasiado espacio y rendiría poco. La otra razón para esta exclusión es que, bien mirado, el tema de los principios y las reglas es en parte redundante con lo dicho a propósito de la propiedad de la rigidez; pues la *tesis de la diferencia* interpretativa entre constitución y ley allí sostenida es fácilmente traducible en términos de principios y reglas: los enunciados constitucionales muestran una tendencia a ser interpretados como principios que no muestran los enunciados legales. Centrémonos, pues, en la otra cuestión, en la de los conceptos valorativos.

Con mucha frecuencia se oye decir que una constitución regulativa que sea democrática tiene que ser «abierta» para permitir que el sistema jurídico-político pueda reflejar las alternativas políticas y valorativas que operan a su amparo, es decir, el pluralismo. Esta forma de hablar sugiere dos ideas que no es que sean estrictamente falsas,

²² R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, 65 y ss. Por otro lado, es de sobra conocida la actitud de DWORKIN hacia la democracia mayoritaria como autoridad. En este sentido escribe: «La concepción constitucional de la democracia, en breve, adopta la siguiente actitud hacia el gobierno mayoritario. Democracia significa gobierno sometido a condiciones —podríamos llamarlas condiciones “democráticas”— de igual estatus para todos los ciudadanos. Cuando las instituciones mayoritarias proveen y respetan las condiciones democráticas, entonces el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos por aquella razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando sus provisiones o respeto son insuficientes, no puede haber objeción, en nombre de la democracia, a que otros procedimientos los protejan y respeten mejor» (la trad. es mía), en R. DWORKIN, *Freedom's Law. The moral Reading of the American Constitution*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1996, 17.

pero interpretadas a la ligera pueden producir una gran distorsión. La primera es que hay algo bueno en el pluralismo valorativo entendido como un hecho. Esta idea, muy arraigada en visiones simplistas de la democracia, no es más que un puro prejuicio. Tiene mucho más valor el consenso en torno a la abolición de la pena de muerte que la existencia de una división valorativa entre abolicionistas e instauracionistas. Por tanto, una cosa es gestionar correctamente el pluralismo valorativo que de hecho existe en una sociedad y otra muy distinta es otorgarle valor directamente. El valor tanto del consenso como del disenso fácticos depende del valor de la sustancia objeto de consenso y de disenso. La segunda idea equivocada consiste en considerar que «constitución abierta» es sinónimo de «constitución imprecisa»²³. La apertura regulativa tiene que ver con el uso de conceptos valorativos en los textos constitucionales; y estos conceptos no pueden analizarse solo con las categorías propias de los conceptos meramente clasificatorios. Hacerlo constituye, en mi opinión, un error. La apertura regulativa puede ser perfectamente una virtud de un texto constitucional, la «mera» imprecisión no lo es nunca.

Para explicarlo tomemos de nuevo el ejemplo del art. 15 de la CE. La primera prohibición (la de la pena de muerte) es obviamente cerrada, es decir, su aplicación excluye cualquier forma de deliberación práctica; y la excluye porque, por un lado, «pena de muerte» no es un concepto valorativo (su uso no presupone el «abolicionismo» ni el «instauracionismo») y, además, es un concepto bien preciso en términos clasificatorios. Si bien se considera, en torno al concepto «pena de muerte» no funcionan de manera relevante la distinción caso regulado/caso no regulado (porque no hay imprecisión clasificatoria) ni la distinción caso fácil/caso difícil (porque no se trata de un concepto valorativo). No ocurre lo mismo con «tortura» ni con «tratos inhumanos y degradantes». Se trata, sin duda, de conceptos valorativos: no puede haber «torturas» buenas ni «tratos inhumanos y degradantes» correctos. En torno a estos conceptos tiene pleno sentido la distinción caso fácil/caso difícil. Es cierto que «tortura» es un concepto más denso que «trato inhumano y degradante» y, en consecuencia, su prohibición es mucho menos abierta; pero, en mi opinión, ni uno ni otro concepto son reducibles a su componente factual. Centrémonos en la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes. Para determinar que Muamar el Gadafi sufrió, en el momento de su detención, un «trato inhumano y degradante» no hace falta deliberar nada: se trata de un caso fácil de aplicación de la prohibición. Ahora bien, determinar si algunos protocolos policiales de detención de sospechosos o acusados suponen un «trato inhumano y degradante» puede conllevar tener que desarrollar una intensa deliberación práctica y valorativa; en estos casos, aplicar la prohibición puede ser lo más parecido a resolver un caso difícil. Es lo que muchos sostuvieron en Francia a propósito del protocolo que se siguió en la detención de Dominique Strauss-Kahn el pasado mayo en New York.

Para entender adecuadamente el papel de los conceptos valorativos en una constitución debemos retomar la noción de práctica constitucional y distinguir

²³ Escribe R. GUASTINI, identificando prácticamente «regulación abierta» con «ausencia de regulación»: «En definitiva, los conceptos empleados en la formulación de los principios constitucionales son, evidentemente, conceptos jurídicos altamente indeterminados —que apelan a las doctrinas morales y/o las ideologías políticas de los intérpretes— cuya interpretación es, en consecuencia, altamente discrecional» (la traducción es mía), R. GUASTINI, *Nuovi Studi sull'Interpretazione*, Col. Studi di Filosofia analitica del Diritto, Roma, ARACNE, 2008, 142.

entre el momento de «darse una constitución» y el momento de «interpretar una constitución». En el momento de darse una constitución, cualquier constituyente «responsable» tiene que enfrentar dos problemas ineliminables en la medida en que la constitución sea un acuerdo sobre lo «inmodificable». El primer problema es el del *consenso*, es decir, tenemos dificultades para ponernos de acuerdo sobre lo correcto. El segundo problema es el del *compromiso*, esto es, tenemos inseguridad para comprometernos con reglas prácticamente inmodificables porque no somos capaces de establecer en abstracto y por adelantado exhaustivamente las circunstancias en las que la regla debería regir. La conciencia de estas dos dificultades permite explicar bien el papel que los llamados acuerdos incompletamente teorizados (o acuerdos superficiales) juegan en la redacción de las constituciones²⁴. La idea de práctica constitucional presupone, pues, que si tiene sentido llegar a tales acuerdos en el momento de darse una constitución, tiene que tener sentido interpretar los conceptos valorativos que son precisamente sus productos principales²⁵. Una vez más, la constitución rígida y abierta desborda la concepción del derecho como sistema, como conjunto ordenado de enunciados; pues la idea de «regulación abierta» se traduce en orientación valorativa y en ese tipo especial de «deberes» que llamamos «responsabilidades». Naturalmente, todo ello apunta a exigencias de tipo deliberativo-argumentativo y al desarrollo de las actitudes adecuadas para poder satisfacerlas.

Hay dos formas alternativas a la de «práctica constitucional» de abordar la cuestión del significado y la interpretación de los conceptos valorativos. La primera, que podríamos llamar convencionalista-decisionista, es especialmente adecuada para las concepciones del derecho como sistema. Estas concepciones suelen operar con la oposición caso-regulado/caso-no-regulado, en lugar de con la oposición caso-fácil/caso-difícil. La diferencia entre una y otra radica en que la noción de caso-no-regulado remite a la de discrecionalidad (entendida en términos jurídicos como mera *libertad* dentro del perímetro normativo) mientras que la de caso difícil remite a las nociones de deliberación y responsabilidad²⁶. Pues bien, para esta concepción convencionalista los conceptos valorativos se comportarían *grosso modo* como los demás conceptos. Cuando hay convención (zona de claridad y de oscuridad) su uso y aplicación no exige realizar valoraciones; cuando no hay convención (zona de penumbra), su uso y aplicación exige simplemente decisión²⁷.

²⁴ Sobre los acuerdos incompletamente teorizados, C. R. SUNSTEIN, «Constitutional Agreements Without Constitutional Theories», en *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 1, mayo 2000, 117-130.

²⁵ De ello me he ocupado en J. AGUILÓ REGLA, «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, 289-319.

²⁶ Sobre ello, *vid.* los trabajos de I. LIFANTE VIDAL, «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002, 413-419, y «Poderes discrecionales», en A. GARCÍA-FIGUEROA (coord.), *Racionalidad y derecho*, Madrid, CEC, 2006, 107-131.

²⁷ Un trabajo que refleja perfectamente estos planteamientos es P. E. NAVARRO, «La aplicación neutral de conceptos valorativos», en *Analisi e diritto*, 2007, 39 y ss. P. NAVARRO, siguiendo a C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, sostiene que el uso y la aplicación de conceptos valorativos no implica realizar valoraciones, puesto que en la medida en que exista una *convención* pueden ser usados descriptivamente, y que, en consecuencia, cabe su aplicación *neutral*. Así, puede leerse: «[...] cuando un juez aplica un concepto valorativo no es necesario que use a ese predicado para imponer sus propias valoraciones en una determinada situación, sino que puede intentar determinar a qué cosas se refieren los miembros de su comunidad mediante esos conceptos» (42).

La segunda alternativa a la de «práctica constitucional» es considerar que la mayoría de los conceptos valorativos presentes en las constituciones son, en realidad, «conceptos esencialmente controvertidos»²⁸, es decir, conceptos cuya característica esencial es la de carecer de una zona de claridad. Sus características serían las siguientes²⁹: 1. Se trata de conceptos evaluativos, es decir, de conceptos que se utilizan para asignar valor a acciones y a estados de cosas. 2. Son conceptos complejos; su caracterización requiere no solo la enunciación de un conjunto de propiedades que los ponen en contacto con otros conceptos, sino que además su uso exige la formulación de teorías que definan relaciones de prioridad entre dichas propiedades. La libertad, la igualdad, la dignidad, etc., no son aplicables directamente, requieren una concepción. 3. Son conceptos que tienen un carácter argumentativo, es decir, suelen estar envueltos en una permanente controversia. Y 4. son conceptos funcionales, es decir, se trata de conceptos que son usados para canalizar las disputas acerca de las cuestiones socialmente más relevantes; operan como el punto de «encuentro» (la arena, el ring, el foro, la cancha) en el que se ventilan las disputas políticas fundamentales. Por ello, del mismo modo que en el ring no cabe un resultado pactado, las disputas en torno a estos conceptos no pueden resolverse jamás mediante una simple estipulación convencional de significado. Tienen una carga emotiva tan intensa que nadie con aspiraciones de incidir sobre la realidad social de una comunidad puede renunciar a su uso; se trata de entrar en el ring y usar el concepto con el fin de ganar una disputa político-social. Si bien se considera, las tres primeras propiedades no les atribuyen el carácter de «esencialmente controvertidos». La cuarta, la que viene a determinar que su papel es meramente dialéctico³⁰, es la que excluye que tenga sentido hablar de interpretación de tales conceptos. Pues bien, quien entienda que los conceptos valorativos presentes en las constituciones son así (que no tienen ninguna zona de claridad y que su función es meramente dialéctica) habrá sentado las bases para un claro escepticismo interpretativo que resulta especialmente idóneo para las lecturas procedimentalistas (antisustantivistas) de las constituciones³¹.

²⁸ Cfr. W. B. GALLIE, «Essentially Contested Concepts», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 1956, 385-402, y J. WALDRON, «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», en *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, 509-540.

²⁹ M. IGLESIAS VILA, «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», en *Doxa*, núm. 23, 2000, 77 y ss.

³⁰ En este sentido, más allá del arbitrarismo y del voluntarismo que destila, creo que en el siguiente párrafo SCHMITT se encuentran no pocas bases para interpretar los conceptos políticos como esencialmente controvertidos: «[...] todos los conceptos, ideas y palabras poseen [en el ámbito de lo político] un sentido *polémico*; se formulan con vistas a un antagonismo concreto, están vinculados a una situación concreta cuya consecuencia última es una agrupación según amigos y enemigos (que se manifiesta en guerra o revolución), y se convierten en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación. Palabras como estado, república, sociedad, clase, o también soberanía, estado de derecho, absolutismo, dictadura [...], etc., resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar y refutar con tales términos». C. SCHMITT, *El concepto de lo político* (trad. R. AGAPITO), Madrid, Alianza, 1991, 60 y 61.

³¹ Llevado a su extremo esta forma de concebir los conceptos valorativos desemboca no solo en concepciones procedimentalistas del constitucionalismo, sino en concepciones abiertamente anticonstitucionalistas. Un claro ejemplo de procedimentalismo anticonstitucionalista son los trabajos de WALDRON. *Vid.*, por ejemplo, J. WALDRON, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, 18-51, y J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

2.3. Sobre la «constitución resistente». En memoria de Francisco TOMÁS Y VALIENTE³²

Escribe TOMÁS Y VALIENTE:

La resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política [...] también como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados, pero no definidos. Y además como resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria [...] Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma [...] resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma [...] Creo que puede formularse la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente en el sentido expuesto, protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas³³.

En un trabajo destinado a teorizar la noción de «resistencia constitucional» de TOMÁS Y VALIENTE sostuvo³⁴ que cualquier redactor de una constitución que fuera consciente, por un lado, del problema de la tiranía de las generaciones pasadas y, por otro, de los problemas de consenso y de compromiso, se vería limitado en su tarea por una función que relacionara la rigidez y la apertura constitucionales. Esta función vendría a determinar que si hay problemas de consenso y/o de inseguridad práctica, a medida que se incrementa la rigidez constitucional tiene que incrementarse también la apertura regulativa. Naturalmente ahí no se decía nada a propósito del punto óptimo de equilibrio entre ambas variables. Esta función estaba pensada para los procesos de redacción de las constituciones, pero no es difícil darse cuenta de que la misma puede proyectarse también sobre la cuestión de las peculiaridades de la interpretación constitucional. Si bien se considera, la tesis de la diferencia sostenida en los dos epígrafes anteriores puede sintetizarse en la siguiente máxima: cuanto más rígida es una constitución regulativa (es decir, cuanto más distancia hay entre forma constitucional y forma legal), más valorativa y menos autoritativa debe ser su interpretación.

3. ¿CÓMO SE HACE HABLAR A LA CONSTITUCIÓN CON UNA SOLA VOZ?

La primera pregunta que nos hemos formulado nos ha llevado a sostener que interpretar es asignar un significado a un texto, en nuestro caso a un texto constitucional. La segunda pregunta nos ha llevado a abordar la cuestión de los criterios y/o los ar-

³² F. TOMÁS Y VALIENTE fue magistrado del Tribunal Constitucional español entre 1980 y 1992 y lo presidió entre 1986 y 1992. En 1996, fue asesinado por ETA.

³³ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La resistencia constitucional y los valores», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16, vol. II, 1994, 639. La noción de resistencia constitucional puede usarse como un verdadero alegato en contra de la lectura «originalista» de las constituciones. En este sentido, apunta en la misma dirección que la noción de «constitución viviente», D. STRAUSS, *The living Constitution*, New York-Oxford, Oxford University Press, 2010.

³⁴ J. AGUILÓ REGLA, «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, 289-319.

gumentos que guían y/o justifican la interpretación constitucional; y hemos sostenido que las propiedades de la rigidez y de la apertura regulativa permiten sostener la *tesis de la diferencia* entre la interpretación de la constitución y la interpretación de la ley. La tercera pregunta nos enfrenta directamente con el problema de la unidad del derecho, aunque aquí —dado que hablamos de interpretación constitucional— nos lleve a la cuestión de la unidad de la constitución. Pero antes que nada, antes de hablar de respuestas al problema, tratemos de entender bien en qué consiste el problema de la unidad del derecho y/o de la constitución.

El problema de la unidad de la constitución y/o del derecho es el siguiente. Cuando resolvemos un problema constitucional nos encontramos con fenómenos tan normales como que un mismo artículo puede recibir interpretaciones contradictorias entre sí o que diversos textos de una misma constitución pueden apuntar en direcciones incompatibles, etc. Es decir, nos podemos topar con defectos como las antinomias, las lagunas, las imprecisiones, las incoherencias valorativas y un largo etcétera. Ahora bien, todo jurista sabe que al final de un razonamiento jurídico acabado la diversidad de sentidos, de normas aplicables, de soluciones posibles, etc., se reduce a la unidad del derecho o de la constitución. Esto es así porque el derecho es práctico y al final tiene que ser resolutivo (por ejemplo, ¿prohíbe o no la constitución española el matrimonio entre personas del mismo sexo?). Esto lo sabe todo el mundo. El problema es explicar cómo se produce esa unificación, porque la unidad del derecho y/o de la constitución, ¿tiene fundamento o simplemente se decide? O formulado en otros términos aunque el problema sea el mismo: ¿tienen los casos una única respuesta correcta?

Para arrojar algo de luz respecto de este punto quiero referirme a dos cosas diferentes. La primera es el papel que juegan las concepciones constitucionales en la construcción de la unidad de la constitución. La segunda es la proyección sobre el problema de la unidad de la constitución de tres actitudes básicas en relación con la unidad del derecho en general.

3.1. El papel de las concepciones constitucionales en la construcción de la unidad de la constitución

Las diferentes concepciones constitucionales proponen, por un lado, diseños constitucionales para las fases de redacción de las constituciones o de enmienda de las ya existentes y, por otro, lecturas o criterios interpretativos de las constituciones existentes, de las constituciones positivas. El primer caso no es relevante a los efectos de la interpretación constitucional; el segundo, sí. Aquí no puedo detenerme a hacer un repaso de las principales concepciones constitucionales. Ello nos llevaría demasiado lejos. Sí quiero, sin embargo, llamar la atención sobre una confusión que es muy común. En efecto, cuando las concepciones constitucionales formulan propuestas de lectura, suministran criterios para la interpretación de las constituciones ya existentes, a veces se produce una cierta confusión entre las propiedades o características de una constitución y las concepciones o las teorías de esa misma constitución. Este error es muy común y genera una gran distorsión en la discusión constitucional; por-

que, por ejemplo, una cosa es afirmar que una determinada constitución es democrática y otra muy distinta, defender una lectura democrática de esa misma constitución. La diferencia radica en que mientras que en el primer caso lo que se está diciendo es que la democracia es una de las propiedades o características de la constitución en cuestión, en el segundo lo que se afirma es que esa propiedad, la de ser una constitución democrática, debe prevalecer frente a otras posibles propiedades de esa misma constitución que pudieran entrar en conflicto con ella. En este sentido, las distintas concepciones de la constitución lo que hacen es tomar una o varias propiedades de la constitución y elevarlas a la categoría de propiedades «rectoras» de esa constitución. El garantismo, el originalismo, el procedimentalismo, el mecanicismo, el sustantivismo, el principialismo, etc., en cuanto concepciones de la constitución no niegan que junto a ciertas propiedades de la constitución coexistan otras, lo que afirman es que en caso de incertidumbre, indeterminación, conflicto, etc., cierta propiedad de la constitución debe prevalecer sobre las demás. Las disputas entre concepciones de la constitución no versan sobre las propiedades que caracterizan a una constitución, sino sobre la preeminencia de unas sobre otras. No se trata de disputas sobre cómo deben ser descritas las cosas (no se discuten las propiedades de una constitución), sino sobre cómo deben ser preferidas (se discute qué propiedad pesa más en caso de conflicto). Si se tiene claro esto, es fácil comprender el papel de «mediación» que juegan las concepciones constitucionales en la construcción de la «unidad de la constitución», en el proceso de hacer hablar a la constitución con una sola voz. Naturalmente, este papel de las concepciones constitucionales es argumentativo y justificativo³⁵.

3.2. ¿Tienen los casos una única respuesta correcta?

Respecto de esta pregunta caben tres respuestas básicas: Sí, a veces y nunca. Con las variables que hemos venido barajando hasta aquí, estas tres respuestas pueden hacerse coincidir con tres grandes concepciones del derecho que se proyectan sobre la interpretación del derecho, en general, y de la constitución, en particular. La concepción del derecho como práctica, la concepción del derecho como sistema y la concepción crítica del derecho. Aquí, como imagino que se comprenderá, no puedo detenerme a explicarlas. El siguiente cuadro muestra algunos corolarios que pueden extraerse de estas tres concepciones sobre el problema de la unidad del derecho a propósito de la interpretación constitucional.

³⁵ Lo que se acaba de decir respecto de las concepciones constitucionales no puede resultar extraño a ningún jurista acostumbrado a leer y a participar en las frecuentes y eternas discusiones relativas a las «naturalezas jurídicas» de las instituciones. Más allá del hecho de que esas discusiones tienden a estar presididas por un sinnúmero de enredos y a ocultar los términos sobre los que realmente versan, en lo arriba expuesto están dadas las claves para la comprensión de las mismas. Las discusiones a propósito de las naturalezas jurídicas son discusiones *normativas* destinadas a aclarar el alcance de un concepto o institución (es decir, sólo son operativas ante casos que no son claros); para ello se trata generalmente de determinar qué propiedad dentro del conjunto de propiedades que caracterizan al concepto o institución opera como propiedad «rectora» (la que determina su «esencia o naturaleza» y que permite definir prioridades entre esas propiedades); y, finalmente, son claramente argumentativas y justificativas (se trata siempre de ofrecer razones en favor de una determinada interpretación).

¿Tienen los casos una única respuesta correcta?

<i>Sí</i>	<i>A veces</i>	<i>Nunca</i>
El derecho como práctica	El derecho como sistema	El derecho presenta una indeterminación radical.
La constitución es una unidad dotada de sentido.	La constitución es un conjunto de enunciados cuya unidad es relativa a los casos.	La constitución es esencialmente contradictoria en términos valorativos.
— Hay una respuesta correcta para cada caso. — La única respuesta correcta expresa un ideal regulativo de la práctica constitucional.	— En los casos resueltos por el sistema hay una única respuesta correcta. — En los casos no resueltos, la unidad se decide.	— Nunca hay una única respuesta correcta. — La única respuesta correcta como ideal regulativo es falsa conciencia. — El derecho como sistema es falsa conciencia.
Caso fácil/caso difícil.	Caso regulado/caso no regulado.	El intérprete puede presentar todos los casos como regulados/no regulados o como fáciles/difíciles. Instrumentaliza las clasificaciones.
Énfasis en la dimensión valorativa del derecho.	Énfasis en la dimensión autoritativa del derecho.	Énfasis en la dimensión instrumental del derecho.
Concepción constructivista y/o interpretativista del derecho	Concepción convencionalista y/o sistemática del derecho	Concepción instrumentalista y/o crítica del derecho

4. ¿CÓMO CONCEBIMOS (O DEFINIMOS) LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL?

4.1. Dos maneras de concebir el Estado constitucional

La cuestión es clara: según cómo construyamos el objeto constitución extraeremos unos u otros corolarios interpretativos. Aquí no voy a detenerme en toda la complejidad que entraña el concepto de constitución. Lo que sí voy a hacer es contraponer dos grandes formas de concebir (identificar, definir) «jurídicamente» (es decir, en cuanto juristas) la constitución del Estado constitucional. La primera, inspirada en el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI, vendría a sostener que la constitución del Estado constitucional se define solo por *lex superior*; la segunda, que podríamos llamar «constitucionalismo principalista», sostendría que la constitución del Estado constitucional se define por *lex superior* más ciertos contenidos necesarios (definitorios).

Escribe y estipula FERRAJOLI³⁶:

Así, será conveniente utilizar la expresión «*ius-constitucionalismo*» o «*constitucionalismo jurídico*», o mejor aun «*estado constitucional de derecho*» o simplemente «*constitucionalismo*», para designar [...] al constitucionalismo rígido [...] En este sentido, *el rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia positiva de una lex superior a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad* [...] [en el original pp. 6 y 7. La cursiva es mía]

La finalidad [de este escrito, el de FERRAJOLI] es sostener [...] una concepción del constitucionalismo estrictamente «iuspositivista», entendiendo por «positivismo jurídico» una concepción y/o un modelo de derecho que reconoce como «derecho» a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia [en el original pp. 1 y 2].

Frente a esta forma de entender el Estado constitucional hay que afirmar que *no todo Estado que tiene una constitución* (una constitución rígida y regulativa: la *lex superior* de la que habla FERRAJOLI) *es un Estado constitucional*³⁷. Por sí misma la *lex superior* identifica tan poco al Estado constitucional de derecho como la *lex posterior* al Estado legal (o legislativo) de derecho. El «Estado de derecho», en general, no es simplemente observable a partir de puros rasgos estructurales. La rigidez constitucional orientada a preservar la «verdadera religión» (es decir, a negar la libertad religiosa) es incompatible con lo que llamamos Estados constitucionales. Lo que propone FERRAJOLI es que seamos leales al positivismo aunque para ello debamos vaciar el garantismo. La insuficiencia de sus planteamientos proviene de la necesidad de dotar de valor y de sentido a las referidas propiedades estructurales. Entre otras cosas, porque la rigidez y la normatividad de las constituciones sólo son valiosas (no en vano se trata de puras técnicas de protección) en la medida en que sean garantía de cosas a su vez consideradas valiosas. Estas mismas técnicas al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una expectativa no valiosa y/o no justificada) resultan simplemente insoportables e irracionales. Sólo si se introduce el componente de valor inserto en las constituciones tiene sentido, en mi opinión, a diferencia de lo sostenido por FERRAJOLI, hablar de «garantismo».

³⁶ L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (trad. de N. Guzmán) en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2011 (en prensa).

³⁷ Hace ya muchos años, en 1966, E. DÍAZ comenzaba su conocidísimo libro *Estado de derecho y sociedad democrática* con un lapidario «No todo Estado es un Estado de derecho». Esta frase pretendía cumplir algunas funciones coyunturales vinculadas a la resistencia democrática española a la dictadura franquista; pero la frase en cuestión tenía (y tiene) un sentido teórico que trasciende con mucho a aquella coyuntura política. El concepto de «Estado de derecho», viene a decir la frase, no es sólo un concepto descriptivo-clasificador, es también —y de manera muy relevante— un concepto valorativo. Ello es muy importante por lo siguiente: el Estado de derecho no coincide simplemente con la juridicidad o la legalidad como parecen suponer muchos juristas positivistas. Si así fuera, todo Estado moderno sería un Estado de derecho, pues ningún Estado puede prescindir del derecho como un instrumento para guiar y controlar las conductas. Es, pues, un concepto normativo/valorativo cuya función no es describir una mera propiedad del derecho moderno. Es un concepto normativo/valorativo, resultado de la asunción de ciertas exigencias ético-políticas y que sirve para evaluar los diferentes sistemas jurídico-positivos (cfr. F. LAPORTA, «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16, vol. I, 1994, 133 y ss.). Por ello, porque el concepto de «Estado de derecho» tiene la referida naturaleza normativo-valorativa, se explica que en torno a él puedan desarrollarse las actitudes crítico-prácticas propias de un «aceptante». Con el concepto de «Estado constitucional de derecho» ocurre exactamente lo mismo.

Una garantía independizada del valor de lo garantizado es, me parece, un sinsentido práctico.

En cualquier caso, y más allá de la discusión con FERRAJOLI, lo que me interesa resaltar es que hay dos grandes formas de definir en términos jurídicos la constitución del Estado constitucional: una, toma como rasgo definitorio del Estado constitucional sólo la forma constitucional (la *lex superior*), mientras que la otra incluye junto a la forma constitucional ciertos contenidos «necesarios». El siguiente cuadro resume algunos corolarios que se siguen de las mismas:

Estado constitucional definido

a) Sólo por <i>Lex Superior</i> (constitucionalismo garantista)	b) Por <i>Lex Superior</i> más ciertos contenidos necesarios (constitucionalismo principalista)
Todo Estado con <i>lex superior</i> es un Estado constitucional.	No todo Estado con <i>lex superior</i> es un Estado constitucional.
La Constitución es una «fuente-acto» y todo en ella es decidido.	La Constitución es una fuente-acto. Se decide la formulación de todas las normas, pero hay normas necesarias.
La explicación jurídica de todas las normas constitucionales remite al poder constituyente.	La explicación jurídica de algunas normas constitucionales remite al poder constituyente; la de otras, no.
Todos los derechos son constituidos.	Algunos derechos son reconocidos.
Los argumentos metaformales son metaconstitucionales.	Los argumentos metaformales no son necesariamente metaconstitucionales.

Expliquemos un tanto el cuadro, tratando de justificar sobre todo la opción *b*). Es evidente que en un sistema jurídico-político que cuenta con la «forma constitucional» (es decir, con una «constitución formal») se ha tomado una «decisión» respecto de qué cuenta como constitución dentro de ese sistema jurídico-político, pero de ahí no se sigue nada suficiente para la identificación del Estado constitucional. Sólo algunos Estados que cuentan con una constitución formal, rígida y regulativa son Estados constitucionales de derecho: aquellos cuyas constituciones satisfacen ciertos «contenidos». Lo característico (y distintivo) no está sólo en la forma ni sólo en la sustancia. Sino en que la forma (la *lex superior*) opera como garantía de una cierta sustancia, no de cualquier sustancia. Si uno acepta este elemental razonamiento se ve abocado a extraer el siguiente corolario. En toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios. No es concebible un Estado constitucional sin derecho a la libertad de expresión, sin derecho de asociación, sin democracia o sin los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, etc. Sin esos derechos y/o principios habrá *lex superior* pero no Estado constitucional de derecho. Es discutible cuál es el contenido «esencial» del Estado constitucional (aquel sin el cual no podría hablarse de Estado constitucional), pero lo que, en mi opinión, resulta indudable es que ese con-

tenido no se identifica sólo por la forma jurídica que adopta. Es, más bien, al revés: se le da cierta forma a un contenido porque se lo considera fundamental. Entender el Estado constitucional supone darse cuenta de que, a pesar de que la constitución es una fuente-acto, hay un núcleo en el cual opera el tan denostado por Ferrajoli *veritas, non auctoritas, facit legem*. Tomemos como ilustración de lo que se quiere decir el art. 16 de la CE³⁸. Es trivialmente cierto que la forma constitucional iguala los apartados 1 (reconocimiento de la libertad ideológica, religiosa y de culto) y 3 (deber de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica) de dicho artículo. No hay duda, ambos apartados son igualmente fragmentos de la Constitución española. Pero de ahí no se sigue que «pesen» lo mismo en términos jurídicos. El apartado 1 expresa un principio *necesario* del constitucionalismo democrático (de forma tal que si ese contenido fuera eliminado del texto y/o de la práctica constitucional difícilmente diríamos que estamos ante un Estado constitucional de derecho), mientras que el apartado 3 expresa todo lo más un contenido idiosincrásico (podría no formar parte de la Constitución española o ser derogado sin que ello afectase a la calificación del orden jurídico-político español como Estado constitucional). Detrás de esta afirmación hay argumentos «no formales», «para-formales» o «meta-formales», pero en ningún caso, meta-constitucionales o meta-jurídicos; pues es el producto de entrar a «ponderar» sustancia jurídica y de tomar en consideración, dentro de las normas constitucionales, la distinción entre normas necesarias y normas contingentes (es decir, idiosincrásicas)³⁹.

4.2. La distinción entre normas necesarias y normas contingentes (idiosincrásicas)

Como ya he dicho, en toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios que son inderogables. No sólo en el sentido de que la rigidez constitucional hace difícil (o altamente improbable) la derogación de su formulación normativa; sino en el sentido de que si se derogan, entonces el Estado en cuestión dejaría de ser un Estado constitucional. Por ejemplo, no es concebible la derogación del principio de libertad de expresión, o del de independencia de los jueces, o del derecho de asociación; pueden cambiar las respectivas formulaciones normativas en que se «reconocen» esos principios y/o derechos, pero no es posible su eliminación como principios y derechos y seguir hablando de Estado constitucional de derecho. Son, en este sentido, principios necesarios del Estado constitucional de derecho. En mi opinión, esto constituye una obviedad. Tan es así que, por ejemplo como una cuestión de hecho, nadie acude a la noción de poder constituyente para explicar por qué esos principios forman parte de la Constitución española. Se asume que si esos principios y/o derechos no es-

³⁸ Art. 16: «1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

³⁹ Esta distinción está inspirada en la oposición entre «normas comunes» y «normas idiosincrásicas» en el derecho constitucional europeo. Sobre ello, *vid.* A. J. MENÉNDEZ, «Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, 139 y ss.

tuvieran en la Constitución española, el constituyente español no habría constituido un Estado constitucional. En relación con estos contenidos explica bastante más la noción de «pretensión de corrección» que la noción de «voluntad del poder constituyente». Y, en este sentido, desde una perspectiva constructivista son mucho más expresión de un consenso ideal que de un consenso fáctico. Quien entienda lo anterior, entenderá por qué en el proceso de internacionalización del derecho constitucional hay ciertas normas que empiezan a jugar un genuino papel de «derecho común» en lugar del de un simple derecho comparado: en este sentido es muy importante el rol que juegan hacia el interior de los Estados constitucionales, por un lado, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y, por otro, la circulación de precedentes entre distintos tribunales constitucionales. Estos procesos no son sólo ni mucho menos el producto de una coordinación de constituyentes, sino el producto del desarrollo de una práctica y una conciencia de generación de un derecho constitucional común.

En toda constitución «positiva» de un Estado constitucional hay también normas que expresan contenidos «idiosincrásicos»; es decir, contenidos cuya explicación va referida a las peculiaridades históricas y sociales de cada Estado constitucional. En este sentido, en cada constitución hay normas cuya explicación necesita de la noción de poder constituyente; entendido éste como expresión de la singularidad histórica de cada Estado constitucional. Por ejemplo, la noción de poder constituyente es superflua para explicar por qué la Constitución española reconoce la libertad de expresión, pero es esencial para explicar por qué España es una monarquía y no una república. Es superflua para explicar el reconocimiento de la libertad religiosa pero es básica para explicar el deber de cooperación con la Iglesia Católica. Es decir, hay todo un ámbito en las constituciones positivas en el que es cierto el dictum de «*auctoritas, non veritas, fáciat legem*». Desde una perspectiva constructivista, todas estas normas expresan no un consenso ideal, sino un consenso fáctico. Finalmente, en relación con el proceso de internacionalización del derecho constitucional, estas normas dan lugar a un derecho constitucional comparado, no a un derecho constitucional común.

La adopción de un concepto no meramente formal de constitución y la asunción de esta distinción, u otra semejante, tiene una honda repercusión en la interpretación de las constituciones positivas. A modo de ejemplo, y ya para concluir, considérense las tres siguientes cuestiones:

a) ¿Puede haber principios constitucionales no formulados en la constitución positiva? En mi opinión, sí. La Constitución española suministra un espléndido ejemplo al respecto. En efecto, el título VI, «Del poder judicial», no hace ninguna alusión a la imparcialidad de los jueces, al principio de imparcialidad; habla de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la ley. La pregunta importante que hay que responder es si conforme al Estado constitucional español el principio de imparcialidad judicial está o no a disposición del legislador. Es decir, si el legislador mediante ley puede ponerlo o quitarlo según su parecer. En mi opinión, el principio de imparcialidad judicial es un principio constitucional aunque la constitución promulgada no lo reconozca y, en consecuencia, no es disponible por el legislador. Podría sostenerse que en realidad no se trata de un principio necesario sino simplemente de un principio implícito, pues podría extraerse por interpretación del resto de normas constitucionales. Sin duda ello es así, pero mi tesis pretende ser más

fuerte y es esta: no puede haber (no es concebible el) Estado constitucional de derecho sin principio de imparcialidad judicial. Y si las cosas son así, entonces el principio de imparcialidad judicial es un principio *necesario* del Estado constitucional de derecho.

b) En caso de conflicto y/o ponderación entre una norma necesaria y una norma idiosincrásica, ¿cuál debe prevalecer? Es evidente, en mi opinión, que si el razonamiento constitucional fuera meramente ideal debería prevalecer siempre la norma necesaria, es decir, el consenso ideal frente al consenso fáctico (histórico). Ahora bien, las cosas son generalmente más complicadas. En este sentido, conviene retomar la idea de práctica constitucional al completo, con sus componentes ideales y fácticos. El valor de los componentes idiosincrásicos de la práctica constitucional proviene en gran medida de haber hecho posible la práctica de los componentes ideales del constitucionalismo; y, en muchas ocasiones, la continuidad de los elementos idiosincrásicos aparece como condición necesaria para la continuidad de los componentes ideales. En este sentido, podría decirse que en ocasiones colapsa la distinción valorativa entre unos y otros componentes. Por poner un ejemplo bastante evidente de la Constitución española: la Corona no es ni por asomo un componente ideal y/o necesario del constitucionalismo; sin embargo, en España, durante mucho tiempo, ha circulado el «tópico» de que la continuidad de la Monarquía es una garantía de la continuidad de los componentes ideales del constitucionalismo. En este sentido, la idea de práctica constitucional vincula en muchas ocasiones el valor de unos a otros⁴⁰.

c) Tomando en consideración la distinción aquí asumida, ¿tiene sentido hablar de normas constitucionales espurias? La idea de norma espuria no alude como el punto anterior a un caso de colisión y/o ponderación entre una norma necesaria y una norma idiosincrásica. Se trata de otra cosa: hablar de normas constitucionales espurias supone hablar de: a) normas de la constitución positiva; b) que expresan un contenido idiosincrásico (son el producto de una voluntad), y c) se juzgan inválidas desde los principios necesarios del Estado constitucional de derecho. La cuestión es obviamente compleja y controvertida; y no voy a detenerme ahora en ella. Si quiero, sin embargo, hacer una advertencia: quien sostenga que las Cortes constitucionales tienen competencia para juzgar (controlar) en términos sustantivos y no meramente procedimentales el ejercicio del poder de reforma constitucional, tiene que admitir la posibilidad conceptual de la existencia de «normas constitucionales espurias». Dicha competencia sólo puede justificarse para preservar (evitar la derogación de) los principios necesarios del Estado constitucional y para prevenir la promulgación de normas espurias en relación con los parámetros definitorios del Estado constitucional de derecho.

5. CONCLUSIONES

En esta ponencia, más allá de los diferentes análisis que se han ido realizando a lo largo del texto, he procurado justificar dos tesis relativas a la «interpretación constitu-

⁴⁰ En este punto, aunque no coinciden exactamente con lo aquí sostenido, son plenamente relevantes todas las consideraciones que hace C. S. NINO en relación con la aceptación del control judicial de constitucionalidad frente a decisiones democráticas para preservar «la continuidad de la práctica constitucional». Cfr. C. S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, 701 y ss.

cional» o, mejor dicho, a la «interpretación de la constitución de un Estado constitucional»:

1. La tesis de la diferencia interpretativa entre constitución y ley: cuanto más rígida es una constitución regulativa (es decir, cuanto más distancia hay entre forma constitucional y forma legal), más valorativa y menos autoritativa debe ser su interpretación.

2. La tesis de la relevancia interpretativa de la distinción, dentro de las normas constitucionales, entre «normas necesarias» y «normas idiosincrásicas».

REPUBLICANISMO Y JUSTICIA RELACIONAL

Pompeu Casanovas *

Universitat Autònoma de Barcelona

Para Marta Poblet y todos los voluntarios del Libya Crisis Map.

RESUMEN. Este artículo plantea la conceptualización de la *justicia relacional*, el tipo de justicia que se fundamenta en la emergencia de patrones o pautas sociales que en principio ocurren al margen de los modelos jurídicos estatales. A partir de dos órdenes de modelos distintos —los modelos jurídicos del estado de derecho y los del republicanismo político— el artículo sugiere la posibilidad de fundamentar en el diálogo y en los modelos dialógicos las formas políticas y los comportamientos en red surgidos de la evolución de la Web 2.0 y 3.0. Se retorna así a algunas formas humanísticas de dialéctica y razonamiento que los estados-nación eliminaron de las instituciones y del pensamiento político desde el siglo xvi. Se analizan algunos casos concretos de agregación participativa de conocimiento o de resolución distribuida de problemas en la red (*crowdsourcing*) a partir de la actividad de *Ushahidi*, la plataforma para la confección de mapas de desastres naturales y de conflictos armados, activa en los recientes acontecimientos de Egipto, Libia y Somalia.

Palabras clave: justicia relacional, republicanismo, democracia deliberativa, diálogo, web semántica, *crowdsourcing* político.

ABSTRACT. This paper deals with the conceptualization of what I call *relational justice*, the type of justice grounded on the emergence of patterns or social rules which may be done outside of the legal models of the state. Stemming from two different orders of models —the legal models of the rule of law and those coming from political republicanism— this paper states the possibility to ground new political behaviors and forms issued within the evolution of the Web 2.0 and 3.0 on dialogue and dialogical models. Some humanistic forms of dialectical thinking are therefore coming back after having been erased from the political thought since the 16 c. by the post-Westphalian states legal formulae. Some specific and recent cases of web distributed problem solving (*political crowdsourcing*) are analyzed, such as social mapping with *Ushahidi*, an open platform to map natural disasters and violent conflicts (Egypt, Libya, Somalia).

Keywords: relational justice, republicanism, deliberative democracy, dialogue, semantic web, political crowdsourcing.

* Institut de Dret i Tecnologia, pompeu.casanovas@uab.cat.

1. INTRODUCCIÓN

Me propongo plantear en este artículo un problema que me preocupa desde hace tiempo y para el que no tengo solución aún¹. Se trata de la falta de fundamento dentro de la teoría del estado de derecho de un tipo de justicia que proviene de la base y que, a falta de mejor fórmula, he denominado *justicia relacional*; es decir, la justicia que no se establece a partir de los órganos estatales competentes —como los tribunales de justicia— para aplicar una ley o una regulación, sino que se estructura a partir de la

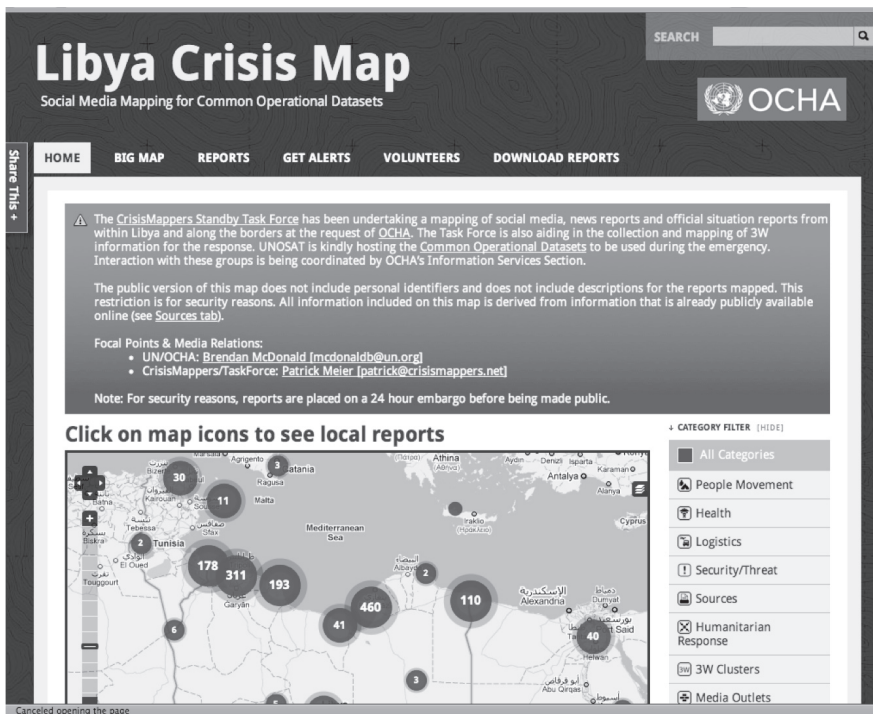


Fig. 1. Mapa de la crisis de Libia (abril, 2011). Fuente original (desaparecida en 2012): <http://www.libyacrisismap.net/>, el mapa se encuentra reproducido en <http://www.unocha.org/ocha2012-13/stories/libya>.

¹ El presente artículo tiene su origen en un texto de introducción a la filosofía del republicanismo político que escribí a instancias de X. SERRA para la revista cultural *Mirmanda*, a quien agradezco el interés y la invitación. La presente versión, mucho más extensa, en lengua castellana, incluye las notas, bibliografía y algunas revisiones importantes del texto. El carácter sintético de la primera parte del artículo quizás produzca una sensación de *déja vu* al lector habitual de textos de filosofía jurídica. Espero que éste no sea el caso para la segunda parte. Agradezco a mis compañeros del IDT-UAB, como siempre, su apoyo y lectura. Especialmente P. VALLBÉ efectuó una revisión crítica excepcionalmente útil. Esta investigación se enmarca en los proyectos CROWDSOURCING DER2012-39492-CO2-01, CONSUMEDIA IPT-2011-1015-930000, CROWDCRISCONTROL IPT-2012-0968-3900.

autorregulación de patrones o pautas sociales que actúan y se generan de abajo arriba para dar solución a problemas sociales o políticos².

Hay una pluralidad de ámbitos donde se aplica este tipo de justicia: la justicia de transición en situaciones posbélicas, o en estados fracasados o derruidos; la justicia para las víctimas en situaciones colectivas de genocidio o violencia masiva; la justicia en casos de mediación penal víctima-agresor (la denominada *Victim-Offender Mediation*, VOM). También se da en situaciones más próximas o cotidianas en los casos de *justicia reparadora*: los conflictos entre vecinos, los conflictos medioambientales, las disputas familiares, presentan a menudo este aspecto relacional que las leyes recogen mal y para cuya conceptualización la ciencia política y la teoría de derecho aún no disponen de un lenguaje común.

No es necesario tampoco acudir a la resolución o gestión de conflictos: cada vez que en un grupo humano aparece de forma consciente o espontánea una pauta o patrón de comportamiento de forma implícita o explícita, se produce un orden o sistema de regulación.

El positivismo jurídico solía describir el derecho contemporáneo a partir de normas positivas y de sus propiedades. Como tendremos ocasión de comprobar, las discusiones posteriores sobre reglas, principios, valores y directrices han abierto mucho más el campo, y han propiciado un debate centrado sobre el carácter moral e institucional del derecho. Creo que lo que vuelven a poner de relieve los mecanismos de resolución y gestión de conflictos (MASC, ADR, ODR) es la complejidad de su carácter político y social.

¿Qué sucede con conceptos de carácter moral y social, como el perdón y la compasión, o de carácter cognitivo, como la empatía? ¿Qué sucede no solamente en ausencia de ley aplicable, sino en la cotidianidad de las relaciones humanas cuando alguien decide que el diálogo con el enemigo, el agresor, el adversario o el contrincente excluye el recurso a la legalidad vigente porque este recurso es considerado contraproducente o no apto para mantener, gestionar o resolver la situación de conflicto?

¿Qué pasa si los ciudadanos deciden prescindir de la legalidad institucional porque los instrumentos que ofrecen los tribunales o las políticas públicas son considerados no pertinentes o incluso un obstáculo para una convivencia digna? ¿A qué modelo teórico corresponden los sistemas de gobernanza, con un protagonismo de la ciudadanía cada

Debo advertir al lector que la primera versión de este artículo es de mayo de 2011 y la última revisión de febrero de 2013. En tecnología esto es mucho tiempo: hay ya más de mil artículos sobre *crowdsourcing* en los repositorios de la ACM, Springer y IEEE, publicados en este intervalo. A finales de 2011 el equipo de Lybia Crisis Map obtuvo un reconocimiento general. Ganó el 2011 IAEM-Global Technology & Innovation Award de la International Association of Emergency Management (IAEM) y el premio de Naciones Unidas a una de las mejores iniciativas de voluntariado (http://www.onlinevolunteering.org/en/org/stories/2011_ocha.html). En la actualidad, después de su despliegue en los desastres, entre otros, de Somalia, Siria, Madagascar, Bosnia y Filipinas, la organización se enfrenta a retos de institucionalización que quedan ya fuera del objetivo del presente trabajo. Cfr. M. POBLET, «Móviles, mapas, satélites y redes sociales: gestión de crisis 2.0», *Lychnos*, 7, CSIC, 2011, http://www.fgsic.es/lychnos/es_ES/articulos/moviles_mapas_satelites_y_redes_sociales.

² Vid. P. CASANOVAS y M. POBLET, «Concepts and Fields of Relational Justice», en P. CASANOVAS, G. SARTOR, N. CASELLAS y R. RUBINO, *Computable Models of the Law. Languages, Games, Ontologies*, LNAI 4884, Heidelberg, Berlin, Springer Verlag, 2008, 323-340.

vez mayor, y los sistemas de justicia relacional, que parecen tener un papel creciente y más fundamental en la organización de las sociedades del siglo XXI?

¿Y qué sucede con las interacciones a través de la red? ¿Debería cambiar la concepción de lo que entendemos hoy día por derecho y por sistemas políticos? ¿Acaso no ha aumentado la capacidad *personal* de actuación política a través de los instrumentos para la organización del conocimiento? ¿No es hora de reconocer que las instituciones presentan a la vez un carácter social y artificial, como la construcción de *instituciones jurídicas electrónicas* ha puesto de manifiesto?³

No podré responder aquí a todas estas preguntas. Son en parte las cuestiones suscitadas por la elaboración del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña (LBMC, 2010)⁴. Me limitaré solamente a describir algunas de las respuestas clásicas del republicanismo como filosofía política y a sugerir algunas reflexiones finales.

Reformularé, pues, las preguntas de una forma menos directa, pero más tratable, de acuerdo con la terminología al uso. ¿Cómo se integran los mecanismos de diálogo en los ordenamientos jurídicos occidentales? Y, especialmente, ¿cómo se integra su vertiente política en los sistemas jurídicos?

2. DOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO

Existen dos modelos de diferente orden que no son coincidentes entre sí y que deberían distinguirse cuidadosamente: los modelos de la ética y la filosofía política, y los modelos jurídicos del estado de derecho. Tienen, sin duda, puntos en común, pero su origen y su formulación corresponden a momentos históricos, tradiciones y funciones distintas.

Son fáciles de confundir, porque el constitucionalismo contemporáneo, ya sea en la versión norteamericana derivada de los *framers* —JEFFERSON, JAY y HAMILTON— o en la versión europea deudora de la segunda y tercera generación de juristas de derecho público —especialmente los de la época de Weimar— suele encontrar el fundamento de los derechos en la estructura normativa de un estado cuya forma política se define en la propia constitución a partir de postulados de filosofía política. Pero no son lo mismo.

³ Cfr. <http://e-institutions.iiia.csic.es/>.

⁴ Cfr. <http://www.llibreblancmediacio.com>. El lector puede acceder tanto en catalán como en castellano a la totalidad de su contenido y a todos los datos elaborados, así como a los protocolos informáticos. En 2008, el año de referencia del estudio, se llevaron a cabo 141.602 mediaciones (154.384 personas mediadas). *Esto significa que más del 2 por 100 de la población catalana se vio implicada en un proceso de mediación*. Las entidades prestadoras de servicios sumaban un total de 515. Las cifras aumentan significativamente si se toman en cuenta las actividades de los servicios de integración social. Aunque la crisis ha alterado el panorama, nos sorprendió el grado de reacción y auto-organización de la sociedad catalana ante los nuevos retos a que se enfrentó desde el año 2000; entre ellos, un alto índice de incremento demográfico de la población extranjera (del 2 por 100 en el año 2000 al 15,9 por 100 en 2010) y una movilidad interna de cerca de un millón de personas (sobre 7,5 millones). Los sistemas de regulación basados en la mediación no se originaron en el parlamento, sino en la capacidad de reacción de la ciudadanía, la administración local, agencias autonómicas (e. g. Agencia Catalana de Consumo) y entidades como la Diputación de Barcelona y el Departamento de Justicia en los espacios donde se planteaban los problemas (desde el barrio y centros urbanos al sistema familiar, sanitario, educativo y penal).

Las asambleas constituyentes se nutren de dos fuentes: el principio de representación, y el acuerdo entre los diferentes grupos políticos de representantes que tratan de dotarse de un conjunto de instrumentos que les permita la articulación de principios políticos en mecanismos jurídicos concretos. Sólo es a partir del siglo XVIII, y sobre todo durante el siglo XIX, con el diseño de una sociedad regulada y codificada con distinción de los sistemas de derecho privado y de derecho público, que se impone la idea de un estado sometido al imperio de la ley⁵.

El estado de derecho es un asunto, pues, de juristas. Y existen hasta el momento dos modelos claramente diferenciados: el estado *liberal*, y el estado *procedimental* de derecho. El primero corresponde *grosso modo* al modelo clásico del imperio de la ley —separación de poderes, igualdad formal de los ciudadanos, sumisión de la administración a la ley, seguridad jurídica, respeto por los derechos subjetivos, irretroactividad del derecho penal, garantías procesales, sumisión de los hechos a las normas, argumentación razonada de los jueces y magistrados... Los autores subrayan uno u otro elemento, pero el punto fundamental radica en la sumisión de todos los comportamientos de los ciudadanos y de la propia administración del estado al orden del *derecho positivo*.

El segundo, el modelo *procedimental*, ha sido descrito como el correspondiente al desarrollo del estado del bienestar, donde las decisiones del ejecutivo prevalecen a menudo sobre las del legislativo, las profesiones jurídicas se flexibilizan, la estructura normativa se enriquece con valores, principios y directivas que no tienen sanción negativa ni una forma normativa estricta, y la legalidad del proceso es considerada tan importante como el propio contenido de la ley⁶. Cabe observar sin embargo que la crisis de la ley corresponde también a la crisis —y no solamente al desarrollo— del estado del bienestar⁷. Los cambios en la regulación social y política han sido mucho más profundos.

Desde el punto de vista normativo, este segundo modelo se caracteriza técnicamente por la importancia que otorga a la aplicabilidad directa de los principios constitucionales y a la extensión de los derechos fundamentales mediante una interpretación razonable de la ley. La argumentación, entonces, pasa a un primer plano y, en su versión más fuerte, defiende la existencia de una racionalidad específicamente jurídica que es comprendida como un subconjunto de la racionalidad práctica. Es decir, una

⁵ Como es sabido, la aparición del término *Rechtsstaat* es bastante reciente. Se da, *e. g.*, en la obra de R. VON MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, I-II (1832-233), Tübingen (1832-1833), y resulta fácil comprobar que no se trata de la regulación democrática de una sociedad dividida en clases, sino de la formulación de un liberalismo no democrático. El término *Rule of Law*, por otra parte, es aún más reciente: no es hasta 1885 que A. V. DICEY lo usa para describir la constitución británica implícita, no formulada en un texto, en el *Common law (An Introduction to the Study of the Law of the Constitution)*, 1885). No puede decirse, por otra parte, que las posiciones políticas de uno y de otro fueran progresistas. Todo lo contrario. Uno se oponía al sufragio universal. El segundo se manifestaba contrario a los derechos de las mujeres, y luchó aún más apasionadamente para no hacer ninguna concesión en favor de la autonomía de Irlanda.

⁶ *Cfr.* Así lo describía A. AARNIO hace veinte años, *cfr.* «Sobre el derecho y el estado del bienestar» (1991), en *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre la filosofía del derecho*, México, Fontamara, 1995, 35-48.

⁷ *Cfr.* M. TROPER, «Le concept d'État de droits», *Droits*, núm. 15, 1992, 51-63; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 1999.

racionalidad de medios a fines, o la subsunción de los hechos a normas acorde con una justificación externa de las primeras premisas⁸.

Prácticamente toda la última generación de juristas europeos, después de las teorías clásicas de H. KELSEN y H. HART, ha seguido por este camino que conduce a la constitución como principio básico de unificación y homogeneización del ordenamiento jurídico⁹. Es la diferencia entre estado *moderno* y *postmoderno* —en la expresión algo irónica de CHEVALLIER¹⁰— o, en la apretada síntesis de AGUILÓ, entre *positivismo* y *postpositivismo* jurídico¹¹. El problema, naturalmente, sigue siendo aquí el del criterio de validez o de legalidad que *sobreviene* en algún momento de la regulación para distinguir aquellos elementos (no siempre normativos) que pertenecen al ordenamiento jurídico, de aquellos pertenecientes a otros órdenes de regulación¹².

3. REPUBLICANISMO LIBERAL, REPUBLICANISMO DIALÓGICO Y NEOREPUBLICANISMO

El segundo orden de modelos es propiamente político y es mucho más antiguo: no se trata de la técnica y teoría de construcción jurídica del estado que se desarrolla a partir de las revoluciones del siglo XVIII, sino de la reflexión filosófica que engloba tanto a la forma del estado como a su contenido (normativo y no normativo) a partir de la relación del sujeto de derecho —el *ciudadano*— con el sistema jurídico-político de las instituciones estatales, ya sean éstas de los estados antiguos, medievales o modernos.

Es la perspectiva del ciudadano como sujeto moral activo dentro de la comunidad la que aquí importa: su actitud y también las propiedades —o *virtudes públicas*— que delimitan la forma cómo tiene que relacionarse consigo mismo, con los demás miembros de la comunidad y con la propia comunidad política en su conjunto¹³. Este modelo del ciudadano ideal, que construye la colectividad desde el interior, comprometido en el diálogo público para el bien o el interés común de sus iguales y practicante de un discurso razonable y razonado para convencerlos de sus posiciones, es el ciudadano de

⁸ Cfr. A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIC, «The Foundation of Legal Reasoning» (1, 2, 3), *Rechtstheorie*, 12 Band, 1981, 133-158, 257-279, 423-448.

⁹ Cfr. R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002 (original, Suhrkamp Verlag, 1986).

¹⁰ Cfr. J. CHEVALLIER, *L'État Postmoderne*, Paris, LGDJ, 2003.

¹¹ Cfr. J. AGUILÓ, «Positivism y postpositivismo jurídico. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, 665-675.

¹² No puedo tratar ahora este problema que no sólo tiene sentido si se acepta alguna versión del positivismo jurídico sino que ha sido planteado también desde la perspectiva socio-jurídica, e. g. por B. TAMANAHA y por W. TWINING. Cfr. B. Z. TAMANAHA, *A General Theory of Jurisprudence and Society*, Oxford University Press, 2001. Me limitaré a observar que desde el punto de vista de la justicia relacional resulta más pertinente la adopción del punto de vista de la descripción de los sistemas regulativos e institucionales desde la aplicabilidad y la posibilidad de tratamiento efectivo de los problemas que desde las propiedades formales de los modelos normativos. Estos deben y pueden realizar —como modelos— una función distinta a la de constituir la razón teórica del derecho, como pretende el postpositivismo. Un concepto clave radica en la redefinición de las nociones de *vínculo* y *vinculación* de los actores (entre sí y con los programas de conducta) en las distintas dimensiones de los sistemas regulativos. Cfr. LBMC, 2010, cap. 1, Introducción. <http://www.llibreblancmediacio.com>.

¹³ Vid. para una introducción comprensiva breve y documentada, R. GARGARELLA, «El republicanismo», en *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, 161-190.

HERMÁGORAS DE TEMNOS, HERMÓGENES DE TARSO, ISÓCRATES y, más tarde, de CICERÓN, SÉNECA y QUINTILIANO: un ciudadano que lo es por nacimiento y lo demuestra por su capacidad discursiva. *I. e.*, por la habilidad de practicar el arte de la *inventio*, y de concebir y imaginar soluciones argumentadas mediante *judicium* para solucionar los problemas de la comunidad política a la que pertenece, por estatus, de forma natural¹⁴.

No es extraño que por este carácter al mismo tiempo creativo y moral, dirigido a la comunidad, la retórica fuera recuperada para la construcción política de la ciudad-estado renacentista, de L. VALLA a MAQUIAVELO, y que de aquí pasase al pensamiento alemán, holandés, francés e inglés de la Reforma en los siglos XVI y XVII, pero ya sin el carácter discriminador característico de las sociedades antiguas. Es, en efecto, la línea de la *retórica* y de la *dialéctica* como crítica de la escolástica aristotélica medieval, y como aplicación de la lógica a la pedagogía, la política y el derecho: *ars discendi et disserendi*¹⁵. Y, de creer los documentados estudios históricos de Q. SKINNER sobre el pensamiento político inglés del siglo XVII, el planteamiento retórico afectaría a la misma obra de HOBBS, quien de 1640 a 1651 habría vuelto del revés sus argumentos iniciales contra ella para ponerla en obra en la redacción del *Leviathan*¹⁶. La *scientia civilis* hobbesiana no reproduce exactamente la *recta ratio* defendida en *De Cive* (1642) y en otros textos anteriores.

En todo caso, ésta constituye la primera oleada moderna del republicanismo político, vinculada al Renacimiento y a la Reforma, que condujo a la defensa del ciudadano en el mismo espacio público ligado a la idea de soberanía y constitución del Estado¹⁷.

Pero ni J. BODIN, ni Th. HOBBS optaron por la forma republicana como configuradora del segundo nivel del pacto social, que es el que da propiamente forma política al pacto de cesión de soberanía (*pactum subjectionis*). Los primeros teóricos del estado absoluto prefirieron la apuesta por la seguridad y el amparo bajo el poder del monarca.

En este proceso acontece un fenómeno que ha sido observado por algunos romanistas e historiadores del derecho: la construcción del estado moderno *juridifica*

¹⁴ *Vid.*, por todos, los tratados clásicos de CICERÓN, *De Inventione* (84 a. C.) y *De oratore* (55 a. C.), el primero escrito en su juventud, y el segundo obra de madurez. Hay una cierta distancia teórica del uno al otro, pero no varía la relación que establece entre el dominio del arte de la palabra, la sabiduría y la condición de ciudadano. Los tratados de CICERÓN están en la base de la formulación política agustiniana y de su noción de lenguaje (cabe recordar que Agustín de HIPONA fue maestro de retórica en Milán).

¹⁵ He tenido ocasión de actualizar este tema en P. CASANOVAS, «Legal Electronic Institutions and ONTOMEDIA: Dialogue, *Inventio*, and Relational Justice Scenarios», en P. CASANOVAS, U. PAGALLO, G. SARTOR y G. AJANI, *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems*, LNAI 6237, Berlin, Heidelberg, Springer Verlag, 2010, 184-204.

¹⁶ *Cfr.* Q. SKINNER, *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*, Cambridge University Press, 1996. SKINNER aplica aquí el método pragmático de reconstrucción del contexto para la interpretación de los textos históricos propio de la Escuela de Cambridge: «identificar lo que los autores *hacían* al escribirlos» (*ibid.*, 7). Esta forma de proceder ha sido muy debatida en los círculos de historiadores especializados en historia intelectual, *vid.*, por todos, M. GOODHEART, «Theory in Practice: Quentin Skinner's Hobbes Reconsidered», *The Review of Politics*, vol. 62, núm. 3, 2000, 531-561.

¹⁷ El nuevo republicanismo viene precedido por una atención renovada a los estudios de historia política intelectual que siempre son citados como revisión de los orígenes. E. g. J. G. A. POCOCK, *The Machiavellian Moment*, Princeton University Press, 1975. Una lectura renovada de MAQUIAVELO desde la retórica ha sido sugerida por V. KAHN, *Machiavellian Rhetoric: From the Counter-Reformation to Milton*, Princeton University Press, 1994.

un ámbito de relaciones que antes eran objeto solamente de la ética que gobernaba la polis o el conjunto social. El derecho ya no es ahora un objeto de regulación doméstica, privada, mercantil, distribuidora del *suum cuique* de derechos y obligaciones: se generaliza, gira hacia la abstracción, se transforma en un asunto de estado y, por lo tanto, la regulación cambia de dimensión. Se vuelve *política*¹⁸.

Este giro es importante porque, después del absolutismo monárquico, fundamenta las teorías europeas y norteamericanas del siglo XVIII sobre las que se asienta el estado-nación. Cabe observar, como ya hizo TOCQUEVILLE, que desde el punto de vista de la administración del estado la revolución inventó poco: fue el Antiguo Régimen quien proporcionó el andamiaje estructural de los Estados del siglo XIX. El Estado liberal fue durante mucho tiempo más una aspiración que una realidad ante el poder de los Estados que surgieron de la Paz de Westfalia (1648) y que han perdurado todavía como máquinas de guerra finamente engrasadas hasta bien entrado el siglo XX.

Ha sido preciso superar las versiones totalitarias del Estado-nación para contemplar la última oleada de republicanismo, que es muy reciente y recupera modernamente a las tres primeras (dialéctica, racionalista, ilustrada). El *neo-republicanismo*¹⁹ estudia y revitaliza las posiciones humanistas respecto a la libertad política, pero no ya a través del modelo de la ética pública, a la griega, o de la dialéctica humanista, sino mediante el modelo de estado de derecho constitucional o de *rule of law*. Es decir, desde la óptica de una semántica o representación del objeto ya filtrada por las teorías del derecho público durante los siglos XIX y XX.

Desde los años ochenta del siglo pasado, ésta ha sido la vía seguida por F. MICHELMAN, Q. SKINNER, J. COHEN, Ph. PETTIT y J. HABERMAS, entre muchos otros. Y es por ello que los autores neo-republicanos han insistido tanto en el análisis de los procesos e interpretaciones constitucionales como parte esencial de la participación ciudadana en el gobierno. Ya sea a favor, como los autores ya citados, o para mostrar los obstáculos a que la participación se enfrenta, como es el caso de C. SUNSTEIN, el *Administrator of the White House Office of Information and Regulatory Affairs* durante el primer mandato de Barack Obama. O incluso para denunciar la razón acomodaticia del entorno jurídico del presidente y la politización creciente de la cúpula militar del ejército, como B. ACKERMAN ha hecho en su último libro²⁰.

4. DIÁLOGO Y REPUBLICANISMO POLÍTICO

Hay dos rasgos políticos del nuevo republicanismo que deben ponerse de relieve y que recuperan los antiguos: el igualitarismo —el rechazo de los gobiernos tiránicos— y

¹⁸ Cfr. M. VILLEY, *Philosophie du Droit*, t. I, Paris, Dalloz, 1983; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987.

¹⁹ LOVETT y PETTIT definen el programa del neo-republicanismo en torno a tres ideas: i) una *persona libre* que no vive bajo la dominación de otros; ii) un *estado libre* que debe promover la libertad de sus ciudadanos; iii) la concepción de «una *buena ciudadanía* que se mantiene vigilante de la actuación estatal respecto a sus ciudadanos». Vid. F. LOVETT y Ph. PETTIT, «Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program», *Annual Review of Political Science*, 2009, vol. 12, 11-29.

²⁰ Cfr. B. ACKERMAN, *The Decline and Fall of the American Republic*, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

la libertad —especialmente, la negativa—²¹. Hay dos rasgos más de carácter epistemológico: la insistencia en la reflexión en común y la búsqueda de un conocimiento compartido. Y hay aún un tercero que en mi opinión es muy significativo y que da lugar a la inserción del nuevo republicanismo en la tradición ilustrada: la *confianza* en el conocimiento y su extensión mediante instrumentos racionales; entre ellos y de manera privilegiada, el derecho, y más concretamente, el estado de derecho. Todos acaban otorgando al derecho y al conocimiento sobre el derecho —*jurisprudence, Rechtswissenschaft*, o teoría del derecho— un estatus y un valor políticos privilegiados para la organización social. En la mayoría de los casos, ello quiere decir un retorno a la reflexión sobre la constitución y los principios y valores constitucionales. Tal y como lo expresó K. M. SULLIVAN en uno de los primeros simposios sobre la materia, en 1988:

SUNSTEIN y MICHELMAN vuelven a pensar el derecho, incluso a nivel nacional, no como una competición sobre intereses privados para satisfacerlos, sino como una deliberación o diálogo colectivo razonado y público sobre el bien común²².

Aquí se ponen de manifiesto los diferentes presupuestos culturales y filosóficos del republicanismo. En primer lugar, el pragmatismo subyace a las formulaciones norteamericanas: la democracia se transforma en *deliberativa* y, por lo tanto, es al proceso de decisión a lo que apuntan los análisis de los autores de Harvard, Yale, Chicago, Princeton y Stanford. Aunque el filósofo alemán use el mismo término de democracia *deliberativa*, el diálogo es entendido por HABERMAS desde la perspectiva hermenéutica como un transcendental que otorga sentido al proceso democrático mismo. No hay república ni forma política posible sin «comunidad de diálogo» a un nivel más básico que el de la forma de democracia argumentativa que establece como tercera vía entre el liberalismo primigenio y el republicanismo, tal y como lo entienden MICHELMAN y SKINNER²³. Como veremos más tarde, la deliberación sólo es una de las formas posibles de diálogo, dirigida a la toma de decisiones, y no puede ser confundida con el diálogo propio de la noción dialéctica de los humanistas.

Sin embargo, creo que hay una segunda vuelta de tuerca en el vínculo entre pragmatismo, hermenéutica y republicanismo que es común a todos. Se trata de la posición del propio intelectual como actor privilegiado del diálogo constitucional que él mismo propone. La posición intelectual de la que parte ya no es solamente la del saber que practica —ciencia política, economía, historia o sociología— sino que se encuentra ahora situada en una auto-reflexión donde el científico social *se transmuta en jurista*.

²¹ Frente a la libertad como no-limitación, los republicanos insisten en la libertad como no-dominación. Este planteamiento abunda en el planteamiento de I. BERLIN de la libertad negativa (ausencia de limitaciones) frente a la positiva (delimitación de objetivos, ejercicio de derechos). PETTIT define la libertad en función de la no-dependencia, SKINNER añade la no-interferencia e insiste en el planteamiento estructural del tema: «el problema de los que reconocen que están viviendo sujetos a la voluntad de otros». Q. SKINNER, «A third concept of liberty», *Proceedings of the British Academy* 117, 2002, 262. Vid. asimismo Q. SKINNER, «The republican ideal of political liberty», en G. BOCK, Q. SKINNER y M. VIROLI (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge University Press, 1990, 190-309.

²² K. M. SULLIVAN, *The Yale Law Journal*, vol. 97, núm. 8, «Symposium: The Republican Civic Tradition» (julio 1988), 1713-1723.

²³ HABERMAS distingue tres fundamentos básicos que dan lugar a concepciones distintas: i) liberalismo (basado en el mercado); ii) republicanismo (basado en la auto-comprensión ética), y iii) democracia deliberativa (basado en las condiciones institucionales para al diálogo donde la interacción se encuadra). Cfr. J. HABERMAS, «Three Normative Models of Democracy», *Constellations*, vol. 1, núm. 1, 1994, 1-10.

El derecho centra su atención desde su vertiente práctica: los saberes sociales iniciales de origen resultan así incorporados al saber jurídico para superar su formalismo y afán de autonomía.

Ya no se trata de la posición monista exclusivamente jurídica de la tradición positivista europea (la autonomía de la teoría general del derecho de la tradición de Kelsen, Ross y Hart); ni tampoco del activismo judicial del realismo jurídico norteamericano clásico de Pound, Llewellyn y Frank (centrado en el proceso mismo, *law-centered*, practicado por los *law-jobs*, en expresión de Llewellyn). No: la posición republicana no solamente admite, sino que exige la apertura a y desde las distintas ciencias sociales, al mismo tiempo que las sitúa en una posición normativa.

Hay pues lugar en el republicanismo para una tercera versión del Estado de derecho, *focalizada ahora en el conocimiento*, donde puede ser también incorporada la versión procedimental del derecho descrita anteriormente. El derecho devendría así, recordémoslo, argumentación reglada, un caso especial de la racionalidad práctica. Y sin embargo, a través de esta relectura desde las ciencias sociales, puede reaparecer una tradición mucho más peliaguda, y hasta cierto punto contradictoria con sus raíces ilustradas. Me refiero a la crítica de la representación política como ficción piadosa o romántica, que vuelve a planear peligrosamente sobre su discurso tal y como muestra el influjo de los pensadores más críticos con los mecanismos políticos de la democracia, que aparecen citados de vez en cuando en las formulaciones neo-republicanas del diálogo constitucional. Son pensadores de lo concreto, poco amigos de los modelos políticos que proyecten abstracciones sobre lo real, pero, por esto mismo, con una tendencia clara a la aceptación del estado de cosas impuesto por la misma realidad: E. Burke, L. Strauss y C. Schmitt. Sunstein llega a describir como «paternalismo libertario» su propia posición²⁴. Además, el pensamiento liberal de la Viena de entreguerras sigue jugando un papel importante en el neo-republicanismo.

Para R. Posner, *e. g.*, sin duda un incómodo compañero de viaje, la teoría de las élites de J. Schumpeter sigue siendo más explicativa que ninguna forma de diálogo. La democracia liberal es, en realidad, un asunto de pocos que compiten entre sí —y no siempre de forma legal— para lograr el apoyo de la mayoría. El «pragmatismo cotidiano» (*everyday pragmatism*) se acerca más que el filosófico a la realidad del norteamericano medio. Y la visión de la humanidad resulta para Posner más ajustada si nos comprendemos a nosotros mismos no como seres espirituales cercanos a los ángeles, sino más bien como «monos con un cerebro grande»²⁵.

Chocante en la expresión, si se quiere. Pero el hecho de partir de las ciencias sociales para la elaboración de la teoría jurídica tiene estos efectos: es necesario pensar desde los límites de las propias posiciones. La concepción de la verdad y del proceso de evaluación de las teorías representa una piedra de toque que va más allá de las críticas a las virtudes cívicas²⁶, o de la observación de que el hecho de romper la baraja

²⁴ Cfr. C. R. Sunstein y R. H. Thaler, «Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron», *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, núm. 4, 2003, 1159-1202.

²⁵ Cfr. R. A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003, esp. «Two Concepts of Democracy», 130-157.

²⁶ Tal como se formuló ya en los años ochenta, *e. g.* por M. A. Fitts, «Look Before You Leap: Some Cautionary Notes on Civic Republicanism», *Yale Law Journal*, 1987-1988, vol. 97, 1651.

no nos permite escapar del juego²⁷. Así, los esfuerzos han recaído sobre la superación del posible idealismo que supone la bondad del diálogo, empezando por los problemas que presentan los procesos deliberativos. Me limitaré a presentar aquí sólo uno de ellos: la concepción de la racionalidad colectiva.

5. DEL PROBLEMA DE LA RACIONALIDAD AL CONOCIMIENTO COLECTIVO

PETTIT lo plantea desde la teoría de la elección racional, mediante el argumento de que la «racionalidad colectiva debe primar por encima de la respuesta a puntos de vista individuales: el aspecto deliberativo debería tener prioridad por encima del democrático»²⁸. El análisis de la deliberación lo lleva así al planteamiento del «dilema discursivo»: el resultado de una decisión no es el mismo si se empieza votando colectivamente sobre las cuestiones relevantes que si se parte de las decisiones individuales para sumar después los votos. El resultado de la toma de decisiones varía de un caso a otro. Y, por lo tanto, es preciso decidir primero sobre los procedimientos de la decisión antes de tomarla. Es la línea de pensamiento relacionada con la teoría formal del voto que se remonta al *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions à rendre à la pluralité des voix* (1785) de CONDORCET, y denominada *social choice theory* desde la formulación del teorema de ARROW²⁹.

Por otra parte, para PETTIT, no se trata de restringir solo la deliberación a los representantes escogidos en las urnas, sino que es preciso abogar hasta cierto punto por una *despolitización de la política* en nombre de la práctica democrática. Esto significa llegar a un cierto número de situaciones donde la discusión se hace lo más pública posible. De las dos dimensiones del ideal democrático que PETTIT distingue, el democrático y el deliberativo, la solución consistiría en profundizar en el aspecto deliberativo³⁰.

SUNSTEIN adopta el punto de vista alternativo, más centrado en la economía del comportamiento derivada de las ideas clásicas de H. A. SIMON sobre la «racionalidad limitada» (*bounded rationality*) y de los experimentos de KAHNEMAN y TWERSKY sobre los «sesgos heurísticos» (*heuristic bias*) propios de la cognición humana³¹. Así, es el aspecto democrático lo que necesita ser implementado porque las limitaciones del comportamiento inherente a los procesos colectivos de comunicación y circulación de la información presentan excesivos problemas de control. Una vez en el terreno del

²⁷ Cfr. J. A. GARDNER, «Shut up and Vote: A Critique of Deliberative Democracy and the Life of Talk», *Tennessee Law Review*, vol. 63, 421-451.

²⁸ Cfr. Ph. PETTIT, «Deliberative Democracy, the Discursive Dilemma, and Republican Theory», a J. S. FISHKIN y P. LASLETT, *Debating Deliberative Democracy*, Oxford, Blakwell, 2003, 138-162. Este texto es una reformulación de «Deliberative Democracy and the Discursive Dilemma», *Philosophical Issues* (A Supplement to *Nous*), 2001, vol. 11, núm. 1, 268-299.

²⁹ El dilema discursivo de PETTIT es una generalización de la «paradoja académica» de KORNHAUSER y SAGER (las opiniones coherentes de los jueces desde el punto de vista individual son susceptibles de conducir a inconsistencias de juicio como grupo). Para un tratamiento analítico reciente, *vid.* Ph. MONGIN y F. DIETRICH, «An Interpretive Account of Logical Aggregation Theory», *Cahier de recherche GREGHEC*, núm. 941, HEC Paris, 2011. MONGIN y DIETRICH sustituyen la agregación probabilística por la agregación lógica.

³⁰ Cfr. Ph. PETTIT, «Depolitizing Democracy», *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 1, marzo 2004, 52-65.

³¹ Cfr. Ch. JOLLS, C. R. SUNSTEIN y R. THALER, «A Behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, 1998, vol. 50, 1471-1550.

activismo político, el flujo de la información a través de los medios de comunicación se vuelve incontrolable y es susceptible de errores cognitivos y de falsedades que se reproducen en cascada debido a la preferencia por la información más fácilmente accesible (*availability cascades*)³².

La perspectiva es ciertamente interesante porque abre el discurso jurídico-político no solamente a la economía sino a las ciencias cognitivas, es decir, a una perspectiva que entiende la racionalidad humana desde el punto de vista empírico y permite avanzar hacia un modelo de estado de derecho también abierto a las regulaciones no jurídicas que comprenden pautas sociales y políticas regulatorias. SUNSTEIN retorna también a los clásicos para el análisis de la racionalidad colectiva como flujo organizado de información.

Recuerda como, en uno de sus artículos más famosos, el economista liberal F. HAYEK lo planteó claramente en 1945 a la ciencia económica:

El carácter peculiar del problema de un orden económico racional está determinado precisamente por el hecho de que el conocimiento de las circunstancias que debemos usar no existe nunca en forma concentrada o integrada, sino sólo como unidades dispersas de un conocimiento incompleto y frecuentemente contradictorio que todos los individuos poseen por separado³³.

HAYEK formulaba el sistema de precios en el mercado como el mejor invento social para solucionar el problema de la agregación de información individual en un mecanismo colectivo de regulación. Los individuos, tomados por separado, desconocidos entre sí, son capaces de coordinar socialmente sus preferencias en función de sus intereses, la información de que disponen y sus decisiones singulares. El orden racional colectivo es producido entonces por agregación.

SUNSTEIN recupera este punto de partida y lo matiza. Se da cuenta de que los mecanismos digitales de transmisión transforman el contexto. Cuando se dispone de medios técnicos capaces de superar las barreras del espacio en la era de la información, lo importante es la agregación no sólo de la información, sino del *conocimiento*. ¿Hay un *conocimiento colectivo*?

Desde la publicación de *Republic.com* (2001) a *Republic 2.0* (2007), pasando por *Infotopia* (2006), SUNSTEIN ha ido advirtiendo, a contracorriente, los peligros que comporta para la democracia el uso indiscriminado de cualquier información accesible en la red, justamente porque nadie asegura que esta personalización sea la mejor forma de acceder a una información veraz. La crítica del *Daily-me*, una discriminada selección de noticias a medida en función de los gustos individuales que NEGROPONTE propuso a principios de los noventa, ha sido un *leit motive* en sus aportaciones, hasta hoy mismo³⁴.

Esto no obsta para que haya ido variando de posición a medida que los desarrollos técnicos han permitido la explosión de *wikis* y de *blogs*, con una participación masiva

³² Cfr. T. KURAN y C. R. SUNSTEIN, «Availability Cascades and Risk Regulation», *Stanford Law Review*, vol. 51, 1999, 683-6768.

³³ F. A. HAYEK, «The Use of Knowledge in Society», *The American Economic Review*, vol. 35, núm. 4, septiembre 1945, 519-530.

³⁴ Cfr. C. R. Sunstein, «The Daily We: is the Internet Really a Blessing for Democracy?», *The Boston Review* (2001), <http://bostonreview.net/BR26.3/sunstein.php>.

de la población. El problema de HAYEK queda bien perfilado en *Infotopia*: la agregación de conocimiento a partir de una información dispersa y desigualmente distribuida es posible a través de un nuevo medio tecnológico que cambia la naturaleza de la regulación sin cambiar la naturaleza del problema. Éste sigue siendo el de la optimización de las condiciones de ejercicio de la democracia. Pero ya no es el mercado, como proponía HAYEK, el único sistema viable de agregación.

La regulación —y especialmente la autorregulación— se produce porque la red ha creado un sistema de agregación de conocimiento colectivo que puede funcionar a través de millones de páginas web fácilmente accesibles. Pero aunque a partir de la existencia de las redes sociales sea posible el acceso y la participación masivas, los procesos de deliberación pueden no llegar a producir buenas decisiones porque la organización de este conocimiento no obtiene ni agrega todavía correctamente toda la información potencial de la que se dispone. Siguen ocurriendo fenómenos como la amplificación de los errores, los perfiles ocultos, las «cibercascadas» y la polarización de la posición en las decisiones colectivas.

La lección que extrae SUNSTEIN de todo ello, sin embargo, no es pesimista: si quieren emular el éxito del mercado, «los grupos deberían dar pasos firmes para incrementar la posibilidad de que la gente de a conocer lo que sabe»³⁵. Esto significa que deberían tener incentivos suficientes para hacerlo.

6. EL DIÁLOGO A TRAVÉS DE LA RED

Retomaré ahora el problema que he planteado al principio. ¿Pueden aplicarse los modelos jurídicos de democracia propuestos por el neo-republicanismo a la justicia relacional? ¿Es suficiente el segundo modelo normativo de estado de derecho, deliberativo o argumentativo, para dar cuenta del comportamiento colectivo que observamos a través de la red? Más aún: ¿basta con la aplicación de los resultados de modelos y experimentos provenientes de las ciencias sociales —historia, economía, ciencia política, ciencia cognitiva— para obtener un tercer modelo jurídico que permita al mismo tiempo la optimización de los mecanismos democráticos y el desarrollo de Internet?

Sí y no, a la vez. Pienso que este modelo híbrido inaugurado por los autores neo-republicanos que mezclan ciencia social, ética y teoría del derecho es muy atractivo. Impide al menos descontextualizar los mecanismos regulativos y exige un mayor cuidado en la construcción de instituciones y sistemas normativos. Esto ya es un paso hacia adelante que sitúa a la teoría jurídica en el interior de la teoría de la democracia y no al revés, tal y como hacía el iusnaturalismo y sigue proponiendo hoy el positivismo jurídico deudor del conceptualismo germánico de los siglos XIX y XX.

Pero no tenemos por qué esconder sus debilidades. Tengo la sensación al abordar estos temas de que este tipo de discurso abandona alguna cosa más sencilla, relacionada con nuestro comportamiento básico, con la pluralidad de lenguas posibles y con la

³⁵ C. R. Sunstein, *Infotopia. How Many Minds Produce Knowledge*, Oxford University Press, 2006, 201.

plasticidad en la construcción de culturas humanas diversas. La agregación de información desde la teoría económica liberal no es la única forma de tratar el problema del conocimiento colectivo.

Hace ya algún tiempo que la antropología identificó esta lógica inmediata, próxima, cotidiana, de la justicia relacional como correspondiente a las relaciones de *reciprocidad* que guían todavía en gran medida la conducta en las sociedades humanas. En los años cincuenta historiadores económicos como K. POLANYI y antropólogos políticos como K. WITTFOGEL insistieron en la complejidad del problema que planteaba la articulación colectiva de los contextos culturales. Las culturas son también *tecnológicas cognitivas*, y no es solamente el mercado el único mecanismo social eficiente para agregar información. Lo mismo sucede con el derecho, siempre que lo entendamos en interacción simbólica con un sistema cultural que *incorpora* en sentido estricto, como inteligencia distribuida, los mecanismos regulativos.

La estructura computacional se encuentra fuera y no dentro de los sujetos humanos (individual o colectivamente), tal y como han podido mostrar los estudios concretos de D. NORMAN, A. CICOREL, R. D'ANDRADE y, especialmente para el tema que nos ocupa, E. HUTCHINS³⁶. Las sociedades humanas lo son justamente porque son capaces de computar información compleja y de transformarla en conocimiento social. En ciencia cognitiva, el conocimiento disperso y desigualmente distribuido en individuos y grupos sociales constituyó el punto de partida para el denominado *PDP model* (*Parallel Distributed Processing model*), el uso de redes neuronales aplicado a los procesos de información³⁷.

En una línea más simbólica, en los años ochenta y noventa del siglo pasado, los científicos computacionales que se enfrentaron a los problemas del conocimiento en los primeros sistemas expertos ya se dieron cuenta de lo duro que era dominar esta pluralidad de formas: el conocimiento del sentido común expresado en una lengua natural es más difícil de identificar y modelar que el conocimiento experto. E. FINGENBAUM sintetizó en 1977 esta dificultad al acuñar la expresión *knowledge acquisition bottleneck*³⁸. La adquisición de conocimiento básico sigue siendo ahora mismo un problema de primer orden para la lingüística computacional y la inteligencia artificial³⁹. Y también para

³⁶ Cfr. E. HUTCHINS, *Cognition in the Wild*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1995, 361: «Debemos darnos cuenta de que cuando los símbolos están en el ambiente de los humanos y los humanos están manipulando los símbolos, las propiedades cognitivas de los símbolos no son las mismas que las propiedades del sistema que es construido por los humanos en interacción con estos símbolos». El lector interesado en la aplicación de este tipo de enfoques en ciencias sociales puede dirigirse a los estudios compilados por C. LOZARES (ed.), *Interacción, redes sociales y ciencias cognitivas*, Granada, Comares, 2007.

³⁷ D. E. RUMELHART, G. E. HINTON y J. L. MCCLELLAND, «A General Framework for Parallel Distributed Processing», en D. E. RUMELHART, J. L. MCCLELLAND y el PDP Research Group (eds.), *Parallel Distributed Processing: Explorations in the Microstructure of Cognition*, vol. 1: Foundations, Cambridge, Mass., MIT Press, 1986.

³⁸ Vid. para una explicación de este problema, P. CASANOVAS «Inteligencia artificial y derecho: a vuelapluma», *Teoría & Derecho*, núm. 7, 2010, 203-222.

³⁹ Vid. un ejemplo práctico de procesamiento del lenguaje natural (NLP) en M. FERNÁNDEZ-BARRERA y P. CASANOVAS, «From user needs to expert knowledge: mapping laymen queries with ontologies in the domain of consumer mediation», en M. PALMIRANI, U. PAGALLO, P. CASANOVAS y G. SARTOR (eds.), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems - Models and Ethical Challenges for Legal Systems, Legal Language and Legal Ontologies, Argumentation and Software Agents*, LNAI 7639, Heidelberg, Dordrecht, Springer Verlag, 2012, 286-308.

la elaboración de ontologías aptas para la incorporación de los sistemas tecnológicos a los sistemas regulativos⁴⁰.

Nótese que el mismo problema puede plantearse desde el punto de vista converso: el conocimiento es modular, y la aproximación más útil para rediseñarlo en agentes es desmenuzarlo en partes analíticas computables.

El sentido común no es una cosa simple. Bien al contrario, constituye una inmensa sociedad de ideas prácticas adquiridas con dificultad, una sociedad con multitud de reglas y excepciones, disposiciones y tendencias, equilibrios y comprobaciones vitalmente aprendidas⁴¹.

Quiero decir con esto que la suposición de la existencia de sistemas normativos centrados en la democracia y en las constituciones políticas como forma jurídica privilegiada constituye una simplificación, un esquema útil para operar y guiar la tarea regulativa. Pero es necesario que los resultados no sean confundidos ni con los modelos empíricos explicativos, ni con los modelos analíticos de las ciencias del diseño. Es una propuesta de naturaleza normativa, de filosofía política o jurídica, y no pertenece a las ciencias del comportamiento que, para bien o para mal, persiguen y logran resultados mucho más modestos. Constituyen representaciones esquemáticas que pueden ser integradas y reutilizadas como instrumento en la construcción del derecho contemporáneo de nuestras sociedades. Pienso que es así como pueden leerse las contribuciones del neo-republicanismo.

Por último, existe cierta simplificación también en las descripciones que actúan como presupuesto de fondo en los modelos normativos propuestos. Tanto en la noción de diálogo, como por lo que respecta a los lenguajes que configuran la próxima etapa de la organización y regulación de la red.

Hay tres elementos a tener en cuenta: i) la reducción del discurso a la deliberación no puede obviar el hecho de que ésta corresponde solamente a uno entre los diversos tipos de diálogo⁴²; éstos se dan *todos* a través de Internet, de tal manera que las formas cooperativas son más complejas y no pretenden sólo producir un resultado o decisión ni otorgar un voto; ii) la importancia de las emociones y sentimientos es crucial: constituyen elementos que son considerados generalmente como obstáculos a la racionalidad pero que, al contrario, sabemos que actúan como *intensificadores* de conducta a través de la red⁴³; iii) las plataformas especialmente adaptadas para la tecnología móvil están actuando también como *intensificadores sociales* que estructuran una nueva cultura

⁴⁰ Cfr. P. CASANOVAS, N. CASELLAS y J.-J. VALLBÉ, «Empirically Grounded Developments of Legal Ontologies: A Socio-Legal Perspective», en G. SARTOR, P. CASANOVAS, M. A. BIASIOTTI y M. FERNÁNDEZ-BARRERA (eds.) *Approaches to Legal Ontologies. Theories, Domains, Methodologies*, Dordrecht, Heidelberg, Springer Verlag, LGT Series, núm. 1, 2011, 49-68. Cfr. especialmente el planteamiento de la metodología de la tesis de N. CASELLAS, *Legal Ontology Engineering. An overview of Legal Ontologies and Methodologies, Tools, and Languages for Legal Ontology Development*, Dordrecht, Heidelberg, Springer Verlag, LGT Series núm. 3, 2011.

⁴¹ M. MINSKY, *The Society of Mind*, New York, Simon & Schuster, 1985, 22.

⁴² Cfr. D. WALTON, «The Place of Dialogue Theory in Logic, Computer Science and Communication Studies», *Synthese*, núm. 123, 2000, 327-346. Este punto de partida ha sido retomado por G. SARTOR para efectuar su clasificación de tipos de diálogo en «A Teleological Approach to Legal Dialogues», en G. PAVLAKOS (ed.) *Law, Rights and Discourse. Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 249-274.

⁴³ Cfr. M. POBLET y P. CASANOVAS, «Emotions in ODR», *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 21, núm. 2, 2007, 145-155.

organizativa, mucho más flexible, que se autorregula no a partir de normas o reglas previamente dadas sino a partir de las pautas interactivas cambiantes de los que participan en la comunicación⁴⁴.

Así, allí donde se precisa una intervención inmediata, en las catástrofes naturales o humanas, la población puede reaccionar antes que los gobiernos y efectivamente lo hace.

7. LA DIMENSIÓN RELACIONAL: WEB 3.0 Y CROWDSOURCING

Durante los últimos veinte años, los ejemplos de justicia relacional son fáciles de encontrar en la violencia posbélica. Es la justicia social paralela establecida por las comunidades campesinas del Perú para integrar a los supervivientes de la guerrilla de Sendero Luminoso otorgándoles tierras para cultivar o, por el contrario, rechazarlos y entregarlos al ejército. Es la justicia de las Comisiones de Verdad y la labor de reconciliación conducida por las familias que habían sufrido la pérdida de uno de sus miembros a manos de la policía, una vez iniciado el proceso de reconstitución del estado de derecho sin discriminaciones étnicas. En ausencia de estos mecanismos, las heridas son más difíciles de cerrar y los procesos de reconstrucción y de paz pueden resultar más largos y dolorosos.

Pero en veinte años la tecnología ha transformado decisivamente los escenarios de gobernanza y los sistemas de regulación conocidos. La justicia relacional ya no es sólo reactiva, sino *proactiva*: se practica a partir de la organización del conocimiento local de las situaciones de conflicto y de la rápida expansión de la información. Funciona a partir de la anticipación de nuevos acontecimientos, y puede integrarse de forma simultánea en la vida cotidiana de las sociedades civiles en diversos lugares del planeta.

Los últimos acontecimientos en los países árabes a partir de enero de 2011 son muy significativos. Las revueltas no han sucedido de forma espontánea, como suele decirse a veces, sino a partir de la participación, comunicación y organización en las redes sociales del conocimiento sobre el terreno. El acceso a los acontecimientos de forma simultánea y en tiempo real ha sido vital para una actuación efectiva. No hay una realidad «virtual» y otra «presencial»: no la ha habido nunca⁴⁵. Lo que hay es una convergencia de tecnologías cada vez más potentes que configuran, guían, modulan y ayudan a aplicar estrategias de comportamiento político que afectan a los mercados y a la práctica totalidad de la población de las sociedades civiles.

El contenido de estas estrategias no viene impuesto por la tecnología. En este caso, es significativo que el libro con las 198 reglas de actuación práctica utilizado por los insurgentes de Egipto, Túnez, Siria y Yemen se remonta a 1993, es resultado de experiencias previas en conflictos y procesos de transformación de las dictaduras, y no contiene

⁴⁴ Vid. sobre este punto las experiencias recientes recogidas por M. POBLET (ed.), *Mobile Technologies for Conflict Management. Online Dispute Resolution, Governance, Participation*, LGT Series núm. 2, Dordrecht, Heidelberg, Springer Verlag, 2011.

⁴⁵ Traté ya este tema después de la crisis del mercado tecnológico en 1999 en «Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos», P. CASANOVAS (ed.), *Internet y pluralismo jurídico: Formas emergentes de regulación*, Granada, Comares, 2003, 1-20.

ninguna regla de actuación referente a la tecnología⁴⁶. Sin embargo, la actuación pacífica, cooperativa y no agresiva que propone es totalmente compatible con las propuestas en la red que, otra vez, *intensifican* lo ya existente. La red sola no produce nada sin los usuarios. El contenido *circula* por la red y afecta a la coordinación de las acciones.

Tomemos el ejemplo de Ushahidi (significa «testimonio» en Swahili)⁴⁷. Es una plataforma online de código abierto que permite situar en un mapa de Google incidentes de todo tipo (desastres naturales, conflictos armados, violencia étnica, violaciones de derechos humanos...). Todo el mundo puede acceder a ella y dar a conocer cualquier hecho, que posteriormente tendrá que ser verificado antes de ser publicado en el mapa. En el conflicto de Libia, un equipo de voluntarios de la red *Standby Task Force* (SBTF) ha activado el mapa a instancias de la Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA). Su tarea consiste en recoger todas las informaciones que llegan desde los medios de comunicación y desde todos los escenarios del conflicto (especialmente a través de las redes sociales) para coordinar

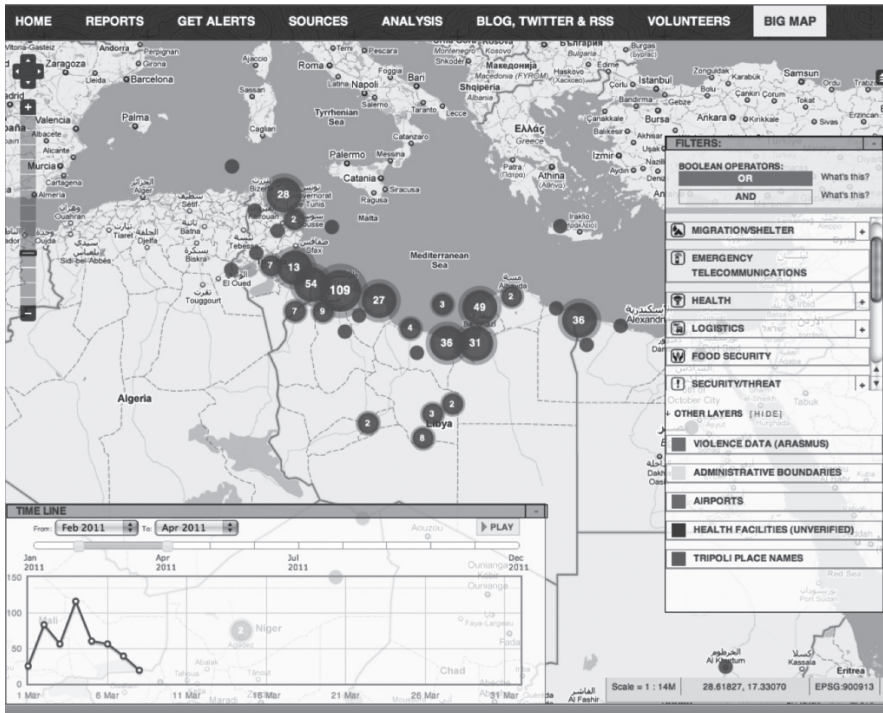


Fig. 2. Monitorización del mapa de crisis de Libia (Marzo, 2011). Fuente: *Standby Task Force*.

⁴⁶ G. SHARP, *From Dictatorship to Democracy. A Conceptual Framework for Liberation*, Boston, Mass., The Albert Einstein Institution, 2002. Originalmente publicado en Bangkok en 1993 por el *Committee for the Restoration of Democracy in Burma* este libro ha conocido sucesivas ediciones hasta 2010, y es el manual más citado en Twitter durante las revueltas. Accesible en: <http://www.aeinstein.org/organizations/org/FDTD.pdf>.

⁴⁷ <http://www.usbabidi.com/>.

la ayuda humanitaria por parte de las organizaciones sobre el terreno. Y, en segunda instancia, registrar las violaciones de las resoluciones de Naciones Unidas para documentarlas. Ello se ha vuelto mucho más evidente en el posterior conflicto de Siria, donde el objetivo es ya la organización de las pruebas aceptables y aducibles ante un tribunal internacional.

Pero, en realidad, la OCHA no ha creado ni activado unilateralmente el *Libya Crisis Map* de la SBTf: lo solicitó el uno de marzo del 2011, y lo asumió internamente (dedicando personal propio) un mes después⁴⁸. Este tipo de actuaciones en abierto saltan por encima de las barreras estatales y se anticipan a la intervención de los organismos internacionales. Tienen un alcance global, y pueden hacerse efectivas mediante la existencia de una comunidad transnacional de ciudadanos que se sienten involucrados por motivos éticos, políticos o personales. El punto es que ya no es posible prescindir de ellos para el funcionamiento de las instituciones. La gobernabilidad y la coordinación de acciones ya no son tampoco exclusivamente de las ONGs: pueden operar por participación directa a partir de la producción, gestión y coordinación del *conocimiento* colectivo relevante. Este conocimiento también se halla distribuido en actores de todo tipo (desde individuos a empresas y organizaciones).

*Crowdsourcing*⁴⁹ es un término que designa la resolución distribuida de problemas en la red y que podría aplicarse también en este caso⁵⁰. Ha generado ya mercados de trabajo para micro-tareas⁵¹, y es un ejemplo de lo que sucede en la Web 2.0, donde el modelo de consumidor/productor es sustituido por el de *prosumidor* de contenidos. En la «Web de datos» o Web 3.0, lo que resulta conectado no son solamente las webs o sitios, sino los objetos internos que contienen. Las relaciones semánticas y las tareas de indexación, categorización y clasificación pasan entonces a un primer plano. Los lenguajes como SPARQL, que vinculan una y otra, y los denominados *servicios web semánticos*⁵² sirven para conectar y gestionar este mundo del conocimiento que es ya un híbrido entre i) la pila de lenguajes artificiales que estructuran la red de forma automática o semiautomática, ii) y sus usuarios. En el momento de escribir estas páginas el *Libya Crisis Map* se está enfrentando a tareas de indexación y categorización que definen donde están los problemas. Las categorías establecidas por los organismos internacionales, *e. g.*, pueden tener un efecto de corsé en el momento de recoger información sobre el terreno que los voluntarios categorizaban antes de modo más libre. Es un proceso dinámico dónde el diálogo vuelve a ser necesario también en el nivel

⁴⁸ Con posterioridad a la redacción de este artículo, con fecha de 1 de septiembre de 2011, apareció el Informe *Libya Crisis Map Deployment* (marzo-abril 2011). Se encuentra ahora, junto con otros informes de intervenciones en crisis humanitarias, en el blog https://docs.google.com/document/d/12meslH-Bo1WTnP3Y9dye-rsNjmHC6BzqRIFLrzc3cE/edit?hl=en_US. La versión de la OCHA y el documento de «lecciones aprendidas» apareció más tarde: <https://docs.google.com/file/d/0B90Y9gPUymOmYzYzY2JmMjEjYjBbMC00NmE5LTgzZjYtNzdlODkwNDIwYmMz/edit?pli=1>.

⁴⁹ A veces este término se ha traducido por «subcontratación voluntaria». Esto recoge sólo una de sus posibles formas. «Generación colectiva de soluciones», «participación distribuida» o «participación masiva» son otras posibilidades.

⁵⁰ Cfr. D. C. GRAHAM, «Crowdsourcing as a Model for Problem Solving. An Introduction and Cases», *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*, vol. 14, núm. 1, 2008, pp. 75-90.

⁵¹ K. ANIKET, E. H. CHI y SUH BONGWON, «Crowdsourcing User Studies with Mechanical Turk», CHI 2008, 5-10 de abril de 2008, Florence, Italy.

⁵² Cfr. K. BELHAJJAME, http://www.cs.man.ac.uk/~khalidb/sws/sws_directory/sws_directory.html.

semántico de la anotación y clasificación de informes para que los resultados sigan siendo efectivos.

Los sistemas regulativos mutan, así, de naturaleza: se vuelven tan plásticos y plurales como la capacidad de invención, sistematización y adaptación de los usuarios de la red, que son al mismo tiempo receptores y transformadores de conocimiento. Ello ha dado lugar a la imaginación de nuevos modelos de gobernabilidad que intentan sintetizar en un único esquema las funciones de los sistemas de computación en relación a los servicios y a los actos de compartir conocimiento por parte de sus usuarios. *Metropolis*⁵³ es uno de ellos, *e. g.*, y habrá más a medida que se despliegue la potencialidad *personalizadora* de la red y la posibilidad de articular las ciencias de la computación con las ciencias cognitivas, la nanotecnología y la biología⁵⁴.

No veo cómo la aplicación del derecho y el ejercicio de los derechos y de los valores democráticos puedan quedar al margen de este proceso⁵⁵. Si puede objetarse algo a los análisis hechos desde el republicanismo de SUNSTEIN, *e. g.*, es su excesiva timidez: extremadamente valiosos, no miden lo bastante bien la capacidad real de operar de los sistemas, ni tampoco la capacidad imaginativa de utilizarlos por parte de los ciudadanos, tal y como se ha mostrado en algunas polémicas donde ha defendido la imposibilidad de que los agentes inteligentes puedan llegar a argumentar por analogía (jurídicamente)⁵⁶. Incluso desde la prudencia aprendida durante los cincuenta años largos de historia de la inteligencia artificial, debemos decir que esto no es opinable: se trata de un error. Se puede ser progresista en política y conservador en ciencia.

¿Dónde queda el republicanismo.com respecto a la justicia relacional?

La formulación de la utopía republicana le resulta más cercana de lo que parece a primera vista, puesto que asume la sensibilidad necesaria para la comprensión de la actuación de los internautas y los ciudadanos producidas en la dinámica de contacto entre las micro-situaciones, es decir, los acontecimientos locales, y los planes de conducta y modelos representados. M. VIROLI expresa sin decirlo el principio básico de la empatía al definir la virtud civil:

El corazón del republicanismo es la caridad laica, es decir, aquella pasión que nos hace percibir la opresión, la violencia, la injusticia y la discriminación perpetradas contra los demás como actos que nos ofenden como si fuésemos nosotros las víctimas. Justamente por-

⁵³ R. KAZMAN y H.-M. CHEN, «The Metropolis Model: A New Logic for the Development of Crowdsourced Systems», *Communications of the ACM*, julio 2009, 78-84.

⁵⁴ Cfr. A. DUCH, G. GABRIEL y J. L. VIÑAS (eds.), *Tecnologías Convergentes NBIC: Situación y Perspectiva*, CSIC, CNM-CTI, IBB-III A, 2005.

⁵⁵ Cfr. P. CASANOVAS, «The Future of Law: Relational Law and Next Generation of Web Services», en M. FERNÁNDEZ BARRERA *et al.* (eds.), *The Future of Law and Technology: Looking into the Future. Selected Essays*, Florence, European Press Academic Publishing, Legal Information and Communication Technologies Series, vol. 7, 2009, 137-156. La justicia relacional puede describirse desde el punto de vista más amplio del derecho relacional. He tratado este tema en «Agreement ad Relational Justice: a Perspective from Philosophy and Sociology of Law», en S. OSSOWKI (ed.), *Agreement Technologies*, LGT Series núm. 8, Dordrecht, Heidelberg, Springer Verlag, 2013, 17-41.

⁵⁶ Se trataba de una crítica a HYPO, el programa desarrollado por K. ASHLEY en la Universidad de Pittsburgh. Cfr. C. R. SUNSTEIN, «Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning», *University of Chicago Law School Roundtable*, vol. 8, 2001, Public Law and Legal Theory Working Paper; E. ENGLE, «Smoke and Mirrors or Science? Teaching Law with Computers. A Reply to Cass Sunstein on Artificial Intelligence and Legal Science», *Richmond Journal of Law and Technology*, 9, 2003, 1-16.

que es hija de la caridad, la política republicana no aspira a hacer a los hombres felices, sino a reducir el sufrimiento humano; no es asunto de mentes que conocen el final de la historia o el destino de la nación, ni de demagogos o de profetas, sino de ciudadanos que aman la libertad y saben servir al bien público para no tener que servir a los poderosos⁵⁷.

Creo que es precisamente el carácter híbrido y sobre todo *eclectico* de los modelos inspirados por el republicanismo político lo que sorprendió a alguien tan sabio como N. BOBBIO en su discusión con VIROLI⁵⁸. Efectivamente, las propuestas formuladas a partir del Renacimiento desde esta filosofía política de lo concreto no respetan la división clásica de las formas políticas (monarquía, oligarquía, república) que sí adoptó el contractualismo que fundamentó las monarquías absolutas y, posteriormente, el estado de derecho. Se centran en la composición social efectiva de los grupos sociales para proponer su forma política, y evitan cuidadosamente la aplicación de modelos puros. Rebajan los objetivos para optimizar los resultados. Cambian la pregunta acerca de la certeza o la verdad moral por el autocontrol o el principio de «contención conversacional» (*conversational restraint*) —en expresión de ACKERMAN— que permite por lo menos plantear la convivencia como un objetivo alcanzable⁵⁹. Alertan contra la violencia implícita en los textos jurídicos⁶⁰.

La justicia relacional no es de ahora. Tampoco la democracia ni el derecho. Pero lo que la tecnología cambia es el bagaje de instrumentos de los que puede disponerse para operar socialmente la capacidad natural humana de sentir, pensar, comunicar y actuar. Abre, por lo tanto, la posibilidad de combinar de otro modo los elementos que participan en la regulación política. Manteniendo la atención en el concepto quizás más repetido por los juristas de derecho público, el de *poder*, me gustaría contraponerlo a la variación que ha operado sobre él la justicia relacional: el de *empoderamiento*. Puede que el futuro del republicanismo como filosofía política dependa de la capacidad que tenga para saber apreciar la diferencia entre ambos.

⁵⁷ M. VIROLI, *Republicanesimo*, Bari, Laterza, 1999. Cito de la traducción catalana, *Republicanisme*, ANGLE (ed.), Barcelona, 2007, 32.

⁵⁸ Cfr. N. BOBBIO y M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, Bari, Roma, Laterza, 2001.

⁵⁹ Cfr. B. ACKERMAN, «Why dialogue?», *The Journal of Philosophy*, vol. LXXXVI, núm. 1, enero 1989, 5-22. No es necesario estar de acuerdo con su principio de neutralidad o las bases de su pragmatismo para aceptar un objetivo como éste.

⁶⁰ Este es el tema sobre el que los ensayos de R. COVER (1943-1986) llamaron la atención en el pensamiento jurídico norteamericano. Vid. M. MINOW, M. RYAN y A. SARAT (eds.), *Narrative, Violence, and the Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1995. La relación entre textualidad y violencia es uno de los temas recurrentes en el republicanismo, cuya reflexión se entrecruza necesariamente con la relación de las constituciones con la concepción de lo sagrado, el diálogo y el aspecto político de la teología en los textos religiosos fundamentales. La relación entre los orígenes religiosos de la constitución norteamericana y el positivismo jurídico, e. g., ha sido reexaminada por A. ABAT NINET en «Playing at Being Gods», *Philosophia*, 38, 2010, 41-55.

EL EXTRAÑO VIAJE DE G. A. COHEN (Y DE CIERTA CRÍTICA MARXISTA AL LIBERALISMO IGUALITARISTA)*

Juan Manuel Pérez Bermejo

Universidad de Salamanca

RESUMEN. El filósofo marxista G. A. COHEN dirigió un ataque muy severo contra el liberalismo igualitarista de J. RAWLS. A su juicio, algunos argumentos de la obra de RAWLS, en especial el argumento de los incentivos al talento, justifican desigualdades que pueden llegar a ser muy acusadas. De hecho, el argumento de los incentivos se ha constituido en una de las principales coartadas a la hora de legitimar las políticas de desnivelación social que han acometido gobiernos de diverso signo. Este ensayo trata de mostrar que, en su legítima denuncia contra el fomento de la desigualdad, COHEN erró el blanco de su ataque: la filosofía política de RAWLS no sólo dispone de argumentos suficientes para denunciar las desigualdades acusadas, sino que los posee en mayor medida que la propia teoría de COHEN. Por último, la resistencia de la teoría de RAWLS a este tipo de críticas empujó a COHEN hacia tesis morales y metaéticas radicales, extremas e incompatibles con cualquier interpretación del marxismo.

Palabras clave: COHEN, RAWLS, incentivos, talento, liberalismo, intuicionismo, marxismo.

ABSTRACT. The Marxist philosopher G. A. COHEN launched a harsh attack against J. RAWLS' egalitarian Liberalism. In his view, some arguments of RAWLS' theory, especially his approval of incentives for talent, justify broad and considerable inequalities. Moreover, the incentives for talent became the main alibi for all the policies orientated to foster inequality and implemented by governments with different political badges. This essay attempts to prove that, in his legitimate denunciation of the growing inequality, COHEN chose the wrong target: RAWLS' political philosophy owns enough arguments to condemn broad inequalities, including some inequalities which would be inevitable from COHEN's theory. Finally, RAWLS' resilience against these sorts of criticisms pushed COHEN's theory towards some moral and metaethical positions which can be judged as radical, extreme and incompatible with any interpretation of what we may call «Marxism».

Keywords: COHEN, RAWLS, incentives, talent, liberalism, intuitionism, marxism.

* Fecha de recepción: 15 de mayo de 2012. Fecha de aceptación: 18 de junio de 2012.

1. INTRODUCCIÓN: COHEN Y EL IGUALITARISMO SIN IGUALDAD

La obra de G. A. COHEN es una de las contribuciones más representativas del llamado «marxismo analítico», lo que equivale a decir que es un importante esfuerzo por elucidar los conceptos básicos del marxismo, ordenar lógicamente sus tesis más características y actualizar sus argumentos de acuerdo con los últimos desarrollos de la lógica y las ciencias sociales. Tras una primera etapa en la que interpretaba el marxismo como una teoría empírica, valorativamente neutra y meramente descriptiva de la estructura social o la dinámica histórica¹, COHEN pasó a distinguirlo como una propuesta filosófica y normativa en torno a la moral pública, la política y la justicia. Es entonces cuando sus tesis políticas marxistas y fuertemente igualitaristas tropiezan con la filosofía moral y política más destacada de las últimas décadas: el liberalismo igualitarista de J. RAWLS. Desde entonces, COHEN es un filósofo «a la contra» cuyas obras se dedican en su mayor parte a someter a crítica los argumentos de RAWLS, una crítica en la que, de forma implícita o abreviada, aprovecha para formular sus ideas propias. En lo esencial, COHEN cree adivinar en el liberalismo de RAWLS una construcción teórica no ya insuficientemente igualitarista, sino legitimadora de la desigualdad social y económica.

El propósito de este artículo es desvelar cómo, aun compartiendo las inquietudes igualitaristas de COHEN, sus críticas al liberalismo político en general y al de RAWLS en particular sólo pueden sustentarse asumiendo otras tesis políticamente reprobables o, como es visible en sus últimos escritos, presumiendo una metaética desusada y en colisión flagrante con el núcleo teórico marxista.

Este propósito es compatible con un elogio a buena parte de las intuiciones morales y políticas que sirven de impulso a la obra de COHEN. De hecho, este ensayo presume que es razonable simpatizar con dos juicios sobre nuestras sociedades contemporáneas que son fácilmente reconocibles en este autor, y subyacen a todos sus argumentos: *a)* El nivel de desigualdad social y económica alcanzado por nuestras sociedades contemporáneas es moralmente escandaloso². *b)* La pasividad ante la misma mostrada por gobiernos supuestamente comprometidos con el valor de la igualdad también es moralmente escandalosa.

Este último juicio exige una serie de aclaraciones que, como veremos, nos devolverán a la filosofía política de RAWLS.

Por supuesto, si la desigualdad ha alcanzado hoy un grado tan extraordinario no ha sido ni exclusivamente ni en su mayor parte por la pasividad de los gobiernos supuestamente igualitaristas. La responsabilidad alcanza a un buen número de gobiernos

¹ Esta fase previa está representada por su obra de 1978 *Karl Marx's Theory of History: A Defence*. En un juicio retrospectivo, COHEN resumía su posición de entonces mediante una frase nítida: «En la medida en que me consideraba un marxista no me consideraba un filósofo» (COHEN, 1995: 2).

² Asumiré este ensanchamiento de la desigualdad como un hecho palmario, y remito al lector a las estadísticas de la OCDE sobre desigualdad (especialmente en tasas de pobreza): <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DatasetCode=INEQUALITY>. Sobre la actitud de COHEN, *vid.*, por ejemplo, COHEN, 2011: 61. Es lógico que una de las primeras recensiones a *Rescuing Justice & Equality* subrayara la «oportunidad» del libro en un contexto de «enormes rescates financieros, escalas tributarias planas, debilitamiento de las leyes protectoras del trabajador y, cómo no, aumento de la desigualdad» (BUCKLEY, 2010: 399)

conservadores o neoliberales que, desde principios filosóficos y políticos muy distintos, han contemplado este incremento de la desigualdad desde la pasividad, cuando no desde la complacencia. La pasividad se explica si atendemos a que, desde sus posiciones filosóficas, es un error vincular el significado del concepto de justicia a imperativos de igualdad, de modo que la desigualdad no tiene por qué resultar moralmente perturbadora³. La complacencia deriva de la aplicación de principios de justicia de carácter meritocrático, según los cuales lo justo es que los más talentosos, emprendedores o innovadores reciban más por sus habilidades y destrezas, y mucho más si éstas son extraordinarias. En el vocabulario de COHEN, esta concepción se asienta sobre el presupuesto de que el individuo es plenamente dueño de todas las creaciones y emanaciones resultantes de sus dotaciones físicas y mentales, de igual forma a como es plenamente dueño de sus órganos y facultades. COHEN denomina esta concepción la tesis de la auto-propiedad o *self-ownership*⁴. Esta tesis es, a su juicio, un error evidente: no hay merecimiento alguno en nuestras dotaciones naturales, un resultado azaroso que no atribuye créditos morales superiores. Además de evidente, es un error muy divulgado. Ha inficionado incluso al marxismo, cuya tesis de la explotación del trabajador mediante la plusvalía —la idea de que el trabajador, al desplegar su talento y su esfuerzo, entrega al capitalista una cantidad superior de la que está representada en su salario— parece presumir la auto-propiedad ya definida⁵. Y, por supuesto, se halla en el germen de la teoría y la práctica de los gobiernos neoliberales y conservadores que han protagonizado la gigantesca empresa de desnivelación social acometida en los últimos años.

En principio, los gobiernos más comprometidos con el valor de la igualdad que los neoliberales o conservadores no profesan la teoría de la auto-propiedad, ni son partidarios de teorías meritocráticas de la justicia. ¿A qué obedece entonces la pasividad que censuraba el juicio b? La explicación más verosímil es, precisamente, el blanco predilecto de la obra de COHEN: las llamadas «políticas de incentivos», y la teoría moral que las justifica. Estas políticas presumen que es socialmente necesario y moralmente correcto permitir un margen variable de desigualdad atendiendo a un hecho natural e incontrovertible de la psicología humana: nuestra tendencia a variar el ejercicio de nuestro talento y nuestro esfuerzo en función de la recompensa prevista. El espíritu de estas políticas es que aquellos que son capaces de generar mayor riqueza —por inteligencia, por capacidad inversora o, simplemente, por ocupar una posición social o laboral determinada— deben disfrutar de mayores rentas; de otro modo, se verían desincentivados en su trabajo, su productividad descendería, con ella la de toda la comunidad y, de ese modo, no sólo no sería posible elevar el nivel de vida de los más desfavorecidos, sino que, en la práctica, obtendríamos un empeoramiento de su situación. En virtud de este argumento, los gobiernos igualitaristas pueden enervar la crítica de pasividad aduciendo que su igualitarismo es sincero, pero que éste ha de ser inteligente y realista. El realismo impone la toma de conciencia de hechos naturales como la sensibilidad del esfuerzo humano al estímulo, la recompensa y los incentivos; por eso es frecuente escuchar que una teoría de la justicia ha de ser «sensible a la am-

³ NOZICK, 1974: capítulos 7 y 8; 232 y ss.

⁴ COHEN, 1995: 69 y ss.

⁵ *Ibid.*, 121.

bición»⁶. La inteligencia nos invita a considerar que el mejor modo de elevar el nivel de vida de los más desfavorecidos es incrementar el capital social, y que esta condición sólo es factible si los individuos y sectores más productivos de la comunidad son suficientemente recompensados.

COHEN considera que la teoría de la justicia de RAWLS es la justificación filosófica más poderosa que existe en favor de las políticas de incentivos y, con ello, de la paradójica conciliación entre un supuesto igualitarismo teórico y una legitimación práctica de desigualdades económicas considerables. Como hablamos de la teoría de la justicia más influyente de las últimas décadas, es posible afirmar que la cruzada de COHEN contra sus argumentos trata de ser también una cruzada contra la ideología de la desigualdad que, bajo denominaciones heterogéneas, ha dominado la política de los últimos decenios.

A primera vista, no faltan razones para afirmar que las acusaciones contra RAWLS son correctas. Como es sabido, su principio de justicia distributiva fundamental es el llamado «principio de diferencia», según el cual «las desigualdades sociales y económicas serán reguladas de tal modo que representen el mayor beneficio posible para los más desfavorecidos»⁷. Para RAWLS, la provisión para los más desfavorecidos de la mayor cantidad posible de rentas y riquezas es una razón moral en favor de mayores recompensas para los individuos más productivos. De hecho, RAWLS recurre literalmente a los términos «estímulo» e «incentivos» para explicar el funcionamiento del principio de diferencia y la justificación de desigualdades favorables a individuos cualificados por su mérito, talento o incluso por su posición social de empresarios⁸.

Sin embargo, pese a que sea razonable simpatizar con los motivos que condujeron a COHEN a formular su crítica a RAWLS, lo cierto es que ésta es insatisfactoria: *a)* No es cierto que aplicar la teoría de RAWLS nos aboque a desigualdades injustas; desde luego, las desigualdades compatibles con sus principios no revestirían el perfil escandaloso que presentan las que se han tolerado en los últimos años. *b)* La resistencia de RAWLS frente a sus críticas ha obligado a COHEN a reforzar progresivamente sus argumentos. Este reforzamiento le ha empujado hacia posiciones radicales y extremas en el ámbito de la teoría de la justicia y la metaética, lo que ha cobrado el efecto de desactivar la dimensión práctica de su crítica. *c)* La teoría de la justicia de COHEN es también compatible con desigualdades económicas profundas; más aún, el ámbito que RAWLS concede a la desigualdad es más justo que el asignado por COHEN.

En lo que sigue, me concentraré en la segunda de estas afirmaciones, y en su desarrollo se irán haciendo visibles las otras dos. Este trabajo se ordenará distinguiendo tres distintos frentes argumentales en los que COHEN le ha presentado batalla a la teoría de RAWLS, y que expondré sucesivamente en los tres epígrafes siguientes. El primer flanco de ataque puede localizarse en el liberalismo político de RAWLS, así como en la

⁶ KYMLICKA, 1990: 76. RAWLS (1971: 74n) incluye una explicación abreviada de estas políticas mediante el viejo principio aristocrático según el cual «si los de arriba tuvieran menos, los de abajo tendrían aún menos». Por supuesto, su punto de vista no se identifica con este principio.

⁷ RAWLS, 1971: 302.

⁸ «Las mejores expectativas concedidas a los empresarios les estimulan a realizar acciones que, a largo plazo, mejoran las perspectivas de la clase trabajadora». RAWLS, 1971: 78. *Vid.* también RAWLS, 2001: 63.

limitación del alcance de sus principios de justicia a la estructura básica de la sociedad. El segundo se concentra en la dimensión contractualista de la teoría de RAWLS, especialmente en el criterio de racionalidad del contrato rawlsiano: la ganancia o el beneficio individual en un contexto de desinterés mutuo y habitado por individuos no afectados por los sentimientos de envidia o resentimiento. Por último, COHEN se posiciona en la discusión metaética, y censura el constructivismo de RAWLS desde una concepción firmemente intuicionista⁹.

2. COHEN FRENTE AL LIBERALISMO POLÍTICO

COHEN despliega esta crítica a lo largo de varios artículos, notas y aclaraciones que se publican durante más de veinte años. En la sección I), trataré de sintetizarla mediante algunos ejemplos de distribuciones que puedan dar idea de su mensaje más esencial. Siguiendo la estrategia de COHEN, tomaremos como modelo distribuciones D entre dos individuos representativos; A representará a los individuos más productivos o talentosos, y B a los menos aventajados¹⁰. En la sección II), reconstruiré la respuesta que, desde la teoría de RAWLS, puede dirigirse frente a las denuncias de COHEN.

I) 1. Supongamos una D1 igualitaria (6,6). La dinámica social y económica tiende a alterar D1 del siguiente modo. El ciudadano A, merced a su mayor productividad, es capaz de lograr unas ganancias adicionales de ocho unidades, que, añadidas a las seis, le reportan 14. Estas ganancias pueden ser parcialmente fiscalizadas, lo que permitirá que el gobierno, mediante servicios o transferencias, entregue a B una unidad adicional. Resulta así D2 (13,7).

Según COHEN, RAWLS considerará D2 un cambio justo. Desde el punto de vista contractualista de la posición original, aprobamos aquello que beneficia a todos; ello equivale a afirmar que aprobamos cualquier cambio que cumpla con el principio de eficiencia u optimalidad paretiana, definido por RAWLS como el principio que aprueba aquella situación que beneficia a todos¹¹. Es cierto que hay infinitos cambios o distribuciones nuevas que podrían ser eficientes o beneficiar a todos. El criterio que, según RAWLS, nos permite seleccionar entre estos posibles cambios igualmente eficientes es el llamado principio de diferencia, según el cual las ventajas diferenciales de A sobre B serán justas si y sólo si mejoran las expectativas de los más desfavorecidos o menos aventajados¹². Éste es también el caso de la transición de D1 a D2: gracias a que A sale beneficiado, B también se beneficia. Finalmente, es cierto que D2 rompe con la igual-

⁹ De esta estructura no debe concluirse que COHEN defendiera cada uno de estos tres argumentos de forma sucesiva en el tiempo, en tres etapas que marcaran una supuesta evolución intelectual. Si esta evolución existe o no es un asunto complejo y que no será abordado en este ensayo. Por un lado, es posible distinguir en COHEN una evolución o una maduración de sus puntos de vista: por ejemplo, pasa de aceptar una «interpretación estricta» del principio de diferencia a rechazarlo totalmente. Por otro, es muy posible que buena parte de las opiniones expresadas en los epígrafes 3 y 4 fuesen suscritas por COHEN desde el principio. Sí resulta claro que esta distinción en tres frentes permite formular de un modo más claro y ordenado la variedad de principios y de argumentos implicados en su polémica con RAWLS.

¹⁰ Sobre individuos representativos: RAWLS, 1971: 64, 94-95.

¹¹ *Ibid.*, 66 y ss.

¹² *Ibid.*, 69.

dad estricta o aritmética de D1; pero las distribuciones no necesitan ser estrictamente igualitarias para ser justas, sino, simplemente, redundar en beneficio de todos, y en especial de los más desfavorecidos¹³.

2. La pregunta que COHEN se formula entonces es ésta: dado que no hay una sola distribución más eficiente que D1, sino que podemos elegir entre varias adoptando como criterio el beneficio de B, ¿por qué justificar D2 cuando podemos redistribuir las ganancias mediante D3 (10,10)? D3 es también eficiente, representa una mayor ganancia para los más desfavorecidos, y resulta claramente más igualitaria.

3. COHEN conjetura que la respuesta de RAWLS es bien simple: D3 es más justo que D2, pero normalmente no es una distribución empíricamente viable. Para que el paso de D1 a D3 sea viable, es preciso que los individuos sean capaces de incrementar el capital social en ocho unidades. El individuo A cuenta con el talento y la capacidad de esfuerzo necesaria para aportar estas ocho unidades. Pero, aunque técnicamente está capacitado para ello, no lo estará psicológicamente a menos que su mayor productividad sea suficientemente incentivada y recompensada. D3 incentiva insuficientemente al primer agente, porque le otorga las mismas recompensas que al agente menos capaz. De ese modo, no podemos esperar que acometa un mayor esfuerzo e impulse un cambio desde D1 a D3.

4. La réplica de COHEN es, en este primer estadio de su ataque, una vindicación del principio de diferencia debidamente interpretado y, por tanto, una estrategia familiar o emparentada con la teoría de la justicia de RAWLS. El principio de diferencia establece que las únicas desigualdades admisibles serán las que puedan demostrarse como estrictamente necesarias para elevar el nivel de rentas y riquezas de los más desfavorecidos. Ahora bien, ¿de verdad es imposible que A pueda desplegar su talento y su esfuerzo si no obtiene una renta substancialmente superior a la de B? ¿Es el ser humano psicológicamente incapaz de movilizar su mayor capacidad si no se le incentiva con recompensas superiores?

A COHEN le parece obvio que no es así. En Europa, por ejemplo, la donación de sangre es un esfuerzo personal de una serie de voluntarios que no son retribuidos; en Estados Unidos, sin embargo, ha sido imposible establecer un sistema de este tipo, y las aportaciones de sangre son económicamente recompensadas. El fracaso del modelo europeo en Estados Unidos revela para COHEN que en Europa, al menos en el ámbito sanitario, existe en cada comunidad un *ethos* igualitario capaz de someter en algunos casos las exigencias egoístas de incentivos y recompensas¹⁴. Si este *ethos* igualitario ha podido constituirse en el ámbito sanitario, no hay ninguna razón para suponer que sea imposible extenderlo a otros ámbitos de la economía. D3 es factible cuando somos firmes y coherentes en la aplicación de nuestras concepciones igualitarias de la justicia. Por eso, nuestra reacción ante el individuo representativo A cuando exige elevar su nivel de rentas y su estatus social muy por encima del de B como condición para incre-

¹³ *Ibid.*, 61.

¹⁴ COHEN, 2008: 188 y ss. La mayoría de las referencias de este ensayo están tomadas de esta obra. Debe advertirse, sin embargo, que *Rescuing Justice and Equality* es una amplia recopilación de escritos publicados desde 1992, a los que se han añadido el capítulo 4 (especialmente relevante para nuestro epígrafe 3) y los capítulos 7 y 8 (relevantes en nuestro epígrafe 4). El libro es así una prueba de los distintos frentes ensayados por COHEN para distinguirse de la teoría de RAWLS.

mentar el capital social y favorecer a los más desfavorecidos no debe ser la resignación: A se revela en este caso como un ciudadano egoísta e inmoral.

El primer error de la teoría rawlsiana es aceptar como presupuesto una determinada concepción científica o antropológica que identifica al ciudadano con el *homo oeconomicus* que describe la microeconomía clásica, el egoísta de mercado propio de la economía capitalista y su particular esquema de motivos e intenciones. Por eso afirma COHEN que RAWLS suscribe en realidad una interpretación del principio de diferencia que no es «estricta», sino «laxa». Una interpretación estricta del principio de diferencia tolera únicamente, según COHEN, las desigualdades que sean objetivamente necesarias para mejorar la suerte de los más desfavorecidos, pero sin aceptar que las intenciones o los motivos de los agentes puedan determinar dicha necesidad. Frente a ello, la interpretación laxa, supuestamente favorecida por RAWLS, es ya dependiente de las intenciones de los individuos: «Si una desigualdad es necesaria para mejorar la suerte de los más débiles, pero sólo porque los individuos con más talento se están mostrando como maximizadores egoístas de mercado, entonces la desigualdad está autorizada por la interpretación laxa, pero prohibida por la estricta»¹⁵. A juicio de COHEN, RAWLS no duda en afirmar que estas desigualdades son necesarias, y que sin ellas no sería posible superar D1. Parece así suscribir la idea de MANDEVILLE y A. SMITH, según la cual los vicios privados son necesarios para obtener beneficios públicos; el problema, afirma COHEN, es que MANDEVILLE no dudaba en calificarlos de «vicios», lo que no hace RAWLS¹⁶. En suma, COHEN no duda en afirmar que, debidamente interpretada, la justicia rawlsiana, presidida por el principio de diferencia, condenaría una política de incentivos para los más talentosos¹⁷, pero la presuposición de una antropología egoísta conduce a RAWLS a aceptarlos. Y el problema es que la aceptación de incentivos también implica contradecir algunas de las tesis más afortunadas de su obra.

En primer lugar, su admisión de una política de incentivos contradice todas sus advertencias sobre la lotería natural y social. RAWLS reitera que ninguna distribución debe estar determinada o condicionada por las contingencias naturales y sociales: cuán fuertes o inteligentes somos o en qué clase social hemos sido educados son circunstancias azarosas y aleatorias en las que no puede apreciarse valor moral alguno¹⁸. Sin embargo, el argumento de los incentivos otorga una serie de privilegios que están cualificados por la dotación física o intelectual del individuo representativo A, así como por el lugar que ocupe en las relaciones de producción. En la mayoría de los casos, el individuo representativo A será un individuo más productivo por su talento superior o por su mayor capacidad para el esfuerzo. En otros no es necesario que concurran estos requisitos: basta con que las contingencias de la organización social otorguen al individuo la posibilidad de maniobrar la relación entre salario y productividad, y chantajear al resto de la sociedad amenazando con dejar de trabajar si no se siente debidamente recompensado¹⁹.

¹⁵ COHEN, 2008: 68 y 69.

¹⁶ *Ibid.*, 179.

¹⁷ «Estos individuos [los más talentosos] no necesitarían incentivos si estuvieran sinceramente comprometidos con el principio» de diferencia. COHEN, 2008: 32.

¹⁸ RAWLS, 1971: 71-73, 103-104; 2001: 74 y ss.

¹⁹ COHEN, 2008: 120.

Aunque COHEN no la formule, podemos dar cuenta de una segunda anomalía: incorporar en el discurso la noción de «chantaje» desdibuja claramente otros argumentos clásicos de RAWLS, en concreto los que éste dirige contra modelos de contrato como los de HOBBS, BUCHANAN o GAUTHIER, a los que acusaba de someter el resultado de los acuerdos políticos a la correlación de las fuerzas que exhiban sus negociadores. COHEN no vacila en calificar de «chantaje» la actitud de quienes reclaman incentivos: si compartimos la idea de que sobre A no pesa ninguna determinación psicológica, su negativa a desplegar su mayor talento a menos que se le otorgue un incremento substancial de rentas no es más que la explotación abusiva de su situación natural y social, y la amenaza de impedir el progreso de su comunidad. Se trata de un chantaje muchas veces revestido de hipocresía; los más talentosos suelen esgrimir que sus demandas redundan en beneficios para los más desfavorecidos: B terminará beneficiándose de los incentivos que cobre, de modo que ningún gobierno sensible a la pobreza puede dejar de atenderlos²⁰. Además de hipocresía, estas estrategias de chantaje, soborno y amenaza admiten variaciones diversas: en ocasiones, es posible que A, simplemente, alardee, y que amenace con dejar de hacer lo que en realidad está dispuesto a hacer sin incentivos; en otras, A puede encontrarse con un insospechado poder de negociación derivado de la falta de competencia en el mercado, o por golpes de fortuna diversos²¹. En todo caso, asistimos a una explotación de la correlación de fuerzas y de los poderes de negociación (o *threat advantages*) desiguales. RAWLS trató de representar el punto de vista moral correcto desde una posición original que, mediante recursos como el velo de la ignorancia, preservaban a los electores del influjo de la correlación de fuerzas desigual, y cerraban la puerta a la negociación o al *bargaining*²². Sin embargo, el *bargaining* y el aprovechamiento de los poderes de negociación desiguales parecen hallar una ventana abierta en el argumento de los incentivos.

Por último, y aunque de forma ambigua, COHEN cree que, dentro del caballo de Troya de los incentivos, la teoría de RAWLS esconde un ingrediente meritocrático. Para demostrarlo, recurre a una comparación erudita entre diversos pasajes de *A Theory of Justice* y de algunas obras anteriores. COHEN concluye de sus comparaciones que RAWLS experimentó una evidente evolución: sus primeros escritos se limitaban a contemplar los incentivos como una necesidad empírica inevitable producto de las condiciones psicológicas de los seres humanos; sin embargo, *A Theory of Justice* afirma algo más,

²⁰ B se beneficia de que A «no vaya a la huelga», que declararía caso de que los incentivos se retiraran. COHEN, 2008: 33. COHEN llega incluso a comparar este argumento con el que a veces formula el secuestrador, que presenta el pago del rescate como un beneficio para las dos partes. «Si de verdad quieres a tu hijo, debes pagar» equivale a «si de verdad te importan los más desfavorecidos, es bueno que me pagues». «Hay una incongruencia similar cuando los ricos con talento se indignan con los partidos de izquierda por una supuesta falta de sensibilidad hacia los pobres que ellos aprecian en el hecho de que estos partidos traten de subirles los impuestos». COHEN, 2008: 63. Este tipo de manipulaciones, dice COHEN (2008: 47) son moralmente «repugnantes».

²¹ COHEN, 2008: 57. Para una discusión (crítica) de estas variaciones, *vid.* POGGE, 2000: 143 y ss. COHEN (2008: 120) se muestra desdeñoso con esta segunda fuente de exigencias, dependiente de consideraciones empíricas «disputables». Creo que si concentra su denuncia en los incentivos por talento y desdeña los derivados de contingencias de la organización social es por dos razones. La primera es que el argumento de los incentivos por talento es el que amenaza más seriamente la coherencia interna del discurso de RAWLS. La segunda es que este desdén le permite eludir una discusión, por fuerza muy compleja, sobre algunas contingencias económicas y sociales que, como él mismo reconoce, sí justificarían algunas políticas de incentivos: por ejemplo, las que perseguirían eliminar trampas de pobreza. COHEN, 2008: 35.

²² RAWLS, 1971: 137. «A cada uno según su poder de negociación no es una concepción de justicia» (134).

porque proclama el derecho de los más talentosos a rechazar el trabajo altamente productivo en ausencia de incentivos²³. El argumento de los incentivos se transforma en un reconocimiento normativo de la relevancia moral del mayor talento. RAWLS acepta como justo que los más productivos obtengan más rentas que los menos productivos, y la justicia de esta relación implica una atribución de derechos a los más talentosos.

II) Antes de presentar nuestro esquema de respuestas, aprovecharé el orden de las críticas de COHEN para desactivar la última de ellas, que considero radicalmente errónea y fácilmente refutable. Esta crítica denuncia una cierta complicidad entre la teoría de RAWLS y las teorías meritocráticas de la justicia. Frente a esta crítica, podría aducirse de inmediato que para RAWLS los talentos naturales son moralmente irrelevantes, y añadirse que esta consideración es un «punto fijo»²⁴, es decir, uno de los juicios morales emitidos en condiciones favorables para la reflexión y que, como el que proclama que la esclavitud es injusta, podemos considerar como más seguros y elementales. Sin embargo, esta respuesta no supondría para COHEN un serio quebranto: simplemente, esta idea es después contradicha por la aceptación de incentivos, que terminan justificando la mayor recompensa de los más productivos a causa de su mayor talento y en la medida en que demuestren su mayor talento. Ahora bien, el hecho de que los incentivos se atribuyan a las personas con mayor talento no significa que el argumento moral que los justifica se identifique con el hecho natural de su mayor dotación en inteligencia o capacidad: lo que es moralmente relevante en estos individuos no es una capacidad natural, sino la puesta a disposición de los más desfavorecidos de un excedente de capital social. Empíricamente, es muy posible que lo que distinga a estos individuos sea su mayor talento; moralmente, lo que convierte a estos individuos en acreedores de más rentas es la aportación de un mayor capital a los más desfavorecidos. Esta justificación moral de los incentivos no se concilia con la definición canónica de una teoría meritocrática. El análisis de G. SHER, referencia hoy habitual en el examen de estas cuestiones, revela que, en cualquier teoría meritocrática, el principio «a cada uno según su talento» construye una teoría estrictamente deontológica según la cual la distribución de un bien se resuelve mediante una conexión intrínseca entre el bien a distribuir y una cualidad de la acción o del estado mental de los individuos que lo hubieran creado, sin que importe otro tipo de consideraciones²⁵. En la teoría de RAWLS, sin embargo, la conexión entre los bienes y el talento de quienes los crearan importa tan sólo instrumentalmente, sólo en la medida en que este talento sea invertido de forma que atribuya el mayor beneficio posible a los más desfavorecidos²⁶. En suma, ni la justificación rawlsiana de los incentivos tiene una raíz meritocrática, ni la teoría misma encaja en la definición canónica de este tipo de teorías.

Salvada esta primera denuncia, la respuesta al alegato de COHEN podría estructurarse de este modo. Frente a las acusaciones de legitimar la desigualdad, la teoría

²³ COHEN, 2008: 177-180. «[Para RAWLS], los más talentosos tienen derecho a rechazar el trabajo productivo», 180.

²⁴ RAWLS, 1971: 104.

²⁵ SHER, 1987: capítulo V.

²⁶ «Las expectativas más elevadas de los mejor situados son justas *si y sólo si* funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los más desfavorecidos», RAWLS, 1971: 75, cursivas mías. Por eso, KYMLICKA completa la idea de que la teoría rawlsiana es sensible a la ambición con la idea de que es «insensible a las dotaciones naturales». KYMLICKA, 1990: 76.

de RAWLS sostiene la preferencia de D3 (10,10) sobre D2 (13,7) siempre y cuando se satisfagan dos condiciones elementales: *a)* Que D3 sea factible. En contra de lo que piensa COHEN, RAWLS no descarta la viabilidad de D3, lo que invalida su denuncia de fundamentar su teoría de la justicia sobre una concepción antropológica que identifica al ciudadano con el *homo oeconomicus* de la microeconomía clásica. *b)* Que las medidas que se adopten para lograr D3 no vulneren el esquema general de justicia, lo que incluye un principio prioritario que recoge un esquema de libertades individuales básicas. Como indicaré, las medidas favorables a la adopción de un *ethos* igualitario que propone COHEN infringen esta condición²⁷.

a) Según el retrato que COHEN dibuja de la teoría de RAWLS, A no va a conformarse con D3 (10,10), sino que va a reclamar D2 (13,7), aun cuando aquélla beneficie en mayor medida a los menos afortunados. Según la lectura de COHEN, RAWLS juzga inevitable satisfacer esta pretensión, porque presume en los individuos una actitud egoísta que no sería corregible en una sociedad regida por su liberalismo político. COHEN atribuye a RAWLS una presunción científica: su teoría de la justicia se asienta sobre una concepción antropológica que identifica al individuo con el *homo oeconomicus*, el egoísta de mercado que es característico de las sociedades capitalistas. Esta presunción se enfrenta, desde luego, a otras piezas que son básicas en la teoría de RAWLS, y que parecen desmentirla. Así, *en primer lugar*, debemos apuntar la pieza que es constantemente señalada por COHEN: la supuesta neutralidad de la teoría de RAWLS. En efecto, el liberalismo político de RAWLS insiste en su independencia de doctrinas comprensivas de carácter científico, lo que incluiría una concepción antropológica como la que aquí consideramos. Sin embargo, ¿cómo podemos explicar entonces que RAWLS se resigna a renunciar a D3, y juzgue imposible imponer a los gobiernos y a los ciudadanos un esfuerzo por alcanzarla si no es bajo la presunción de que A es un egoísta de mercado incorregible? Si no coactivamente, al menos la cultura política de una comunidad regida por el principio de diferencia o de favor a los más desfavorecidos podría persuadir a A de seguir aportando capital social a la comunidad y respetar los imperativos de igualdad; pero RAWLS también renuncia a que la cultura política cambie la conducta y la motivación de los individuos, y la única explicación es que RAWLS los juzga como irremediabilmente egoístas. Es posible que RAWLS aspire a la mayor neutralidad posible ante las concepciones científicas, pero ello no le impide flexibilizar esa exigencia en el capítulo de los incentivos. Además de la neutralidad, nos permitimos señalar otras dos piezas del pensamiento de RAWLS que, a priori, parecen ser suficientes para impugnar las acusaciones de COHEN, pero que, en realidad, no logran desactivarlas. Así, *en segundo lugar*, RAWLS presume de los individuos dos poderes morales: en primer lugar «racionalidad» o capacidad para desarrollar y maximizar su concepción del bien, pero también «razonabilidad» o capacidad para constreñir la búsqueda del bien dentro de reglas generales o «términos justos de cooperación» que pueden imponen cargas²⁸. El supuesto individuo egoísta y maximizador sin restricciones amparado por la esfera de lo racional se vería así limitado por la esfera de lo razonable, y el poder

²⁷ La discusión continúa con los modelos y pares distributivos propuestos por COHEN. Como se dirá en el siguiente epígrafe, el uso de estos modelos es problemático. Su misión será aquí meramente heurística: ayudar a formular algunos argumentos envueltos en la discusión.

²⁸ RAWLS, 1996: 50-51.

de someterse a reglas que imponen sacrificios no compensados. Pero, en el caso de los incentivos, sucede que es la supuesta regla general o principio de diferencia la que, lejos de someter la persecución sin restricciones del bien individual, la legitima: RAWLS es un supuesto igualitarista que se opone a que los más talentosos exploten sus facultades superiores en su beneficio exclusivo; sin embargo, construye un principio que legitima precisamente que los mayores beneficios derivados del mayor talento no se vean restringidos por reglas generales o por supuestos principios y valores igualitarios, y que, además, les permite servirse estratégicamente de su mayor productividad para amenazar al resto de la comunidad con dejar de incrementarla si no obtienen recompensas suficientes. Lo razonable sólo sirve aquí para eliminar toda restricción a lo racional, lo que deja al desnudo al egoísta de mercado. *Por último*, sabemos que el régimen de atribución de recompensas o incentivos funciona en RAWLS dentro de una idea general de reciprocidad: puedo recibir más únicamente porque he contribuido más al bienestar de los más desfavorecidos²⁹. RAWLS incluso refuerza la idea de reciprocidad, y liga los incentivos a una idea de fraternidad desde la cual, en una sociedad bien ordenada, los individuos, simplemente, no van a «querer» más ventajas a menos que ello redunde en beneficios para los más perjudicados³⁰. Estas motivaciones no parecen propias de una teoría sujeta a concepciones egoístas. Sin embargo, creo que estas referencias dejarían de nuevo indiferente a COHEN o a sus seguidores: éstos interpretarían que la idea de reciprocidad no hace sino confirmar que este tipo de individuos son maximizadores sin restricciones que sólo están dispuestos a dar a cambio de que se les dé, y que se les dé más que a quienes aportan menos o nada a la colectividad. En suma, RAWLS presume una concepción egoísta del individuo, razón por la cual considera que: i) D3 (la igualdad) es imposible, y ii) D2 (la desigualdad) es justa e inevitable.

Sin embargo, ambas cosas son falsas: para RAWLS, D3 es factible muchas más veces de lo que supone COHEN y, cuando sea viable, será una opción más justa que D2. Y, si los efectos de la causa no se suceden, entonces deja de ser necesario recurrir a la supuesta causa de los mismos: la concepción antropológica. En cualquier caso, y de acuerdo con nuestros propósitos, más importante que negar el compromiso de RAWLS con esta concepción teórica es negar que su teoría legitime desigualdades cuantiosas, y menos aún desigualdades fundadas en circunstancias azarosas como el talento o el poder de negociación.

D3 es factible para RAWLS porque, en muchos casos, los individuos más talentosos estarán dispuestos a desplegar todos sus talentos y capacidades con independencia de que ello les reporte una mayor recompensa. Ésta es una idea que, paradójicamente, está enraizada en el entendimiento de que los individuos poseen el poder moral de la racionalidad y, por tanto, son maximizadores racionales de su propio bien. Su teoría formula esta idea mediante lo que denomina el «principio aristotélico», que no es sino una tendencia observable en los seres humanos a la hora de tratar de desarrollar sus concepciones del bien. El «principio aristotélico» afirma que los individuos prefieren desarrollar actividades más complejas y difíciles que otras más fáciles y rudimentarias, y ello «aun sin el incentivo de una recompensa evidente»³¹. De ese modo, los indi-

²⁹ «El principio de diferencia incluye una idea de reciprocidad». RAWLS, 1971: 102; 2001: 122.

³⁰ *Ibid.*, 105.

³¹ *Ibid.*, 426 y 432.

viduos más talentosos, innovadores o emprendedores producirán más en beneficio de todos, y ello con independencia de que el cultivo de estas facultades les reporte mayores ingresos que a quienes no pueden cultivarlas: ellos se sienten satisfechos con la posibilidad de explotar estas capacidades y emprender estas tareas complejas. Esta idea encaja difícilmente con la descripción de agentes de mercado dispuestos a amenazar con no desarrollar sus talentos si no obtienen mayores ingresos. Si el principio aristotélico es correcto, muchos de los individuos con mayor talento se despreocuparán de reclamar incentivos y, caso de que lo hagan, un gobierno racional se limitará a negárselos, consciente de que los más talentosos preferirán seguir ejecutando las tareas complejas y minoritarias que les resultan más satisfactorias y, con ello, aportando un excedente de capital a la comunidad.

El principio aristotélico demuestra que, para RAWLS, D3 no es imposible. Ha de admitirse, sin embargo, que el alcance del principio aristotélico es limitado. RAWLS matiza que se trata de una mera tendencia, no de una ley natural, y que ésta es observable dentro de ciertas condiciones. Por ejemplo, es también parte del principio aristotélico la previsión de que el individuo más talentoso estará dispuesto a desarrollar sus capacidades superiores aunque ello le suponga desplegar un esfuerzo superior al que desarrollan quienes se limitan a desplegar capacidades inferiores; sin embargo, advierte que esto se verificará sólo dentro de ciertos límites o de un amplio número de variables: si el esfuerzo supera ciertos límites de dureza y exigencia, el individuo más talentoso, comprensiblemente, renunciará a acometerlo si no se ve recompensado³². Del mismo modo, si la productividad de los más talentosos es muy elevada, o si vislumbran la posibilidad de una recompensa muy cuantiosa, es posible que su advertencia de que no realizarán los trabajos más difíciles o complejos sea más que un alarde: en efecto, podría suceder que la idea de percibir mucho menos de lo que podrían les condujera a la decepción o la frustración, y, con ello, a renunciar total o parcialmente a dichas tareas. En cualquier caso, y pese a que RAWLS no contempla el principio aristotélico como una ley natural, su aceptación es suficiente para desmentir que su teoría de la justicia se construya desde la determinación científica proveniente de una concepción antropológica como la que COHEN describe.

Y, si D3 es factible, para RAWLS es muy claramente una opción más justa que D2. RAWLS afirma que un cambio distributivo debe ser eficiente, es decir, debe satisfacer la optimalidad paretiana, de forma que beneficie a todos o, en la versión subóptima, beneficie a alguien sin perjudicar a nadie. Ahora bien, como se ha dicho, hay infinitos cambios compatibles con la eficiencia. De hecho, D2 y D3 son igualmente eficientes respecto a D1. Por eso, RAWLS matiza el imperativo de eficiencia y suscribe la idea de que, de entre todos los cambios eficientes posibles, debe elegirse el que beneficie en mayor medida a los menos aventajados, tal y como demanda el llamado «principio de diferencia». Los más desfavorecidos disfrutan así de un privilegio de veto en los cambios distributivos: si éstos no les son favorables, con arreglo al principio de diferencia, cuentan con la facultad de impugnarlos independientemente de en qué medida favorezcan a los demás³³. El ciudadano representativo B tiene razones para impugnar D2, porque D3 le es más favorable, y la teoría de RAWLS no duda en proclamar la mayor

³² *Ibid.*, 1971: 428.

³³ RAWLS, 1993: 282.

justicia de D3 con respecto a D2. Y, si los argumentos de RAWLS son favorables a D3 frente a D2, no es correcto afirmar que RAWLS incluye una legitimación moral genérica del argumento de los incentivos, o que traiciona sus presupuestos igualitaristas³⁴. Al contrario, la preferencia por los más desfavorecidos implica una corrección fuertemente igualitaria de los cambios eficientes que podamos considerar justos³⁵.

Afirmamos antes que el principio aristotélico funciona dentro de ciertos límites y condiciones. Presumamos ahora un escenario en el que estos límites se han rebasado, y D3 no es factible. Este escenario no nos devuelve a las presunciones antropológicas del *homo oeconomicus*: la idea de que D2 es siempre inevitable o de que pesan determinaciones empíricas en su favor ha sido ya desmentida por el importante caudal de excepciones aportadas por el principio aristotélico. Más importante aún es subrayar que incluso el reconocimiento de que D3 (10,10) es imposible no convierte la teoría de RAWLS en una ideología al servicio de la desigualdad y de las recompensas a los ciudadanos más talentosos o emprendedores. No lo es porque la desincentivación de A no tiene por qué conducirnos necesariamente al extremo de D2, sino que puede modularse mediante otras distribuciones D3 alternativas que podemos suponer como factibles: D3a (9,9) y D3b (8,8). RAWLS también justifica una preferencia general por estas variedades de D3 frente a D2. Esta preferencia vuelve a desmentir cualquier dependencia antropológica con el modelo del *homo oeconomicus*, porque se trata de distribuciones estrictamente igualitarias (por eso las formulamos como variedades de D3) que frustran las expectativas más egoístas del ciudadano A. No sería admisible aducir que D2 es superior en bienestar agregado o en eficiencia a D3³⁶, y ello porque la equidad y la igualdad son en RAWLS prioritarias sobre el bienestar agregado y sobre la eficiencia. De hecho, creo que ésta es la forma correcta de interpretar la segunda regla de prioridad entre principios de justicia, formulada por RAWLS como la «prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar»³⁷. La justicia, como virtud suprema de la filosofía práctica, exige una teoría o concepción que ponga en orden un número muy amplio de consideraciones o de valoraciones morales³⁸, entre las cuales, como hemos dicho, se incluye precisamente la eficiencia. Creo que esta regla de especificación de lo que es la justicia quiere decir que las consideraciones de equidad y de igualdad aproximada³⁹ se imponen a las consideraciones de eficiencia y de bienestar. D3a o D3b son preferibles a D2 porque son más equitativas o igualitarias. RAWLS admite explícitamente que las consideraciones de igualdad y de beneficio de los más desfavorecidos implicarán a veces imponer un perjuicio neto a los más privilegiados que contravenga

³⁴ COHEN, 2008: 19.

³⁵ *Vid.* la representación geométrica de RAWLS, 2001: 62 y 68.

³⁶ En lo que se refiere al bienestar agregado, podría aducirse que D3a y D3b modelan sociedades con menor nivel de bienestar agregado que D2 (suman 18 y 16 unidades frente a las 20 de D2). En lo que se refiere a la eficiencia, tanto D2 como D3a y D3b son Pareto-superiores a D1, pues tanto A como B salen ganando en todas ellas. Sin embargo, si comparamos los dos cambios posibles, hay una razón para afirmar que D3a o D3b son cambios menos eficientes que D2: por adoptar D3a o D3b en lugar de D2, el ciudadano A pierde notablemente más de lo que B pierde si se hace lo contrario, y tiene así razones para impugnar dicho cambio. Más exactamente, por el hecho de preferir D2 a D3a o D3b, A gana 7 y B pierde 2 o 1 unidades respectivamente; preferir D3a o D3b a D2 supondrá que A pierde 4 o 5 unidades, y B gana 1 o 2.

³⁷ RAWLS, 1971: 302.

³⁸ *Ibid.*, 101

³⁹ Las razones por las que identificamos equidad con igualdad «aproximada» se explicarán en el epígrafe 3.

las exigencias de la eficiencia⁴⁰. Más fácil aún es descartar las consideraciones de bienestar agregado, celosamente criticadas por RAWLS en su larga denuncia contra el utilitarismo⁴¹. En suma, las razones que puedan oponer los más talentosos son desplazadas por consideraciones igualitaristas.

COHEN afirmaba que, en nuestras sociedades, nos resignamos con excesiva facilidad a la creencia de que las políticas de estímulo son necesarias e inevitables. Como hemos, visto, en RAWLS existen argumentos, como el principio aristotélico, que le permitirían estar de acuerdo con esta idea. COHEN añadía que es mucho lo que un gobierno asesorado por economistas y legisladores imaginativos y dotado de un aparato institucional eficaz puede poner en práctica para lograr que los más talentosos aporten su mayor capacidad en beneficio de toda la comunidad y, en especial, de los más desfavorecidos⁴². No hay razón alguna para sospechar que RAWLS no estaría de acuerdo una vez más: una política fiscal y económica inteligente puede aproximar cualquier distribución a D3 y, si ello no es posible, a D3a o D3b, modelos preferibles a D2 aunque supongan una pérdida relativa de eficiencia y bienestar agregado. RAWLS incluso especifica una receta política práctica, arraigada en su esquema de libertades básicas, para evitar algunas de las recompensas e incentivos señalados por COHEN: prevenir la consolidación de oligopolios e incrementar en la mayor medida posible la competencia entre los más talentosos, de modo que éstos «no puedan unirse como grupo y explotar su poder de mercado para incrementar su renta»⁴³. El último RAWLS va incluso más lejos, y sostiene que un determinado tipo de libertades, las libertades políticas, deben poder ser disfrutadas por los ciudadanos en condiciones equitativas: no se trata sólo de que los ciudadanos ostenten por igual la titularidad de dichas libertades; debe también verificarse que el valor de dichas libertades, la posibilidad de uso y disfrute de las mismas, sea igualitario para todos los ciudadanos, con independencia de su posición social y económica; aunque RAWLS no profundiza en los cambios institucionales que implica esta exigencia, sí hace explícita la necesidad de combatir las grandes concentraciones de poder económico⁴⁴. En suma, es mucho lo que un gobierno rawlsiano puede y debe hacer en favor de la igualdad y en contra de las reivindicaciones de desnivelación social basadas en incentivos al talento.

Ahora bien, sí existe un límite en la actuación del gobierno en favor de una distribución más igualitaria, y es el esquema completo de principios de justicia, lo que incluye la mayoría de las libertades básicas y la concepción liberal del Estado. Como veremos en la sección *b*), COHEN no está dispuesto a respetar este límite, y la consecuencia es transgredir exigencias morales inexcusables.

⁴⁰ «Estos principios autorizarán cambios que pueden reducir las expectativas de los más aventajados. Por tanto, la concepción democrática de la justicia no es consistente con el principio de eficiencia si éste quiere decir que sólo son admisibles los cambios que beneficien a todos». RAWLS, 1971: 79.

⁴¹ *Vid.*, por ejemplo, RAWLS, 1971: 161-192; 207-209.

⁴² Puede, por ejemplo, explotar las motivaciones no pecuniarias de los individuos, como su deseo de destacar y de sobresalir (COHEN, 2008: 53; CARENS, 1981).

⁴³ RAWLS, 2001: 67. La receta incluye no sólo combatir todo tipo de prácticas colusorias, sino imponer restricciones a las organizaciones colegiadas. Como afirma J. COHEN, buena parte de los problemas de desigualdad de nuestras sociedades son menos una cuestión de falta de *ethos* colectivo como un fracaso organizativo en la planificación de cuestiones más sencillas, como la política de los gobiernos ante la educación especializada o ante las organizaciones sindicales. J. COHEN, 2002: 374-375.

⁴⁴ RAWLS, 2001, Sección 45.

b) Supongamos ahora que D3 no es posible en ninguna de sus formas: no es posible alcanzar la distribución (10,10), pero tampoco las representadas por D3a y D3b. De acuerdo con el principio aristotélico, considerando la posibilidad de soluciones igualitarias intermedias y que el modelo institucional de RAWLS prevé estimular la competencia de los más talentosos, podemos juzgar esta hipótesis como infrecuente. En cualquier caso, el dilema nos compromete a elegir únicamente entre D1 (6,6) y D2 (13,7).

Sin embargo, COHEN nos pediría no apresurarnos en la formulación del modelo. Por extremas que sean las condiciones empíricas, que describen a A como un ciudadano radicalmente necesitado de incentivos, sería erróneo seguir juzgando las recompensas socialmente desniveladoras como *estrictamente necesarias*⁴⁵. En realidad, COHEN sostendría que ni siquiera tenemos por qué conformarnos con fórmulas de compromiso como las representadas por D3a o D3b: podemos y debemos seguir aspirando a D3 (10,10). Si RAWLS parece resignado a la imposibilidad de que A despliegue todas sus capacidades y se someta a una distribución igualitaria es, como sabemos, porque presume que las comunidades políticas están habitadas por el *homo oeconomicus*, y no por ciudadanos capaces de orientar su conducta privada hacia el beneficio de la comunidad y la plasmación de sus valores fundamentales. Por continuar con su ejemplo, RAWLS presume que su sociedad bien ordenada estará habitada por el donante de sangre norteamericano, y no por el europeo, y abriga esta presunción porque está convencido de que todos los individuos son como el donante de sangre norteamericano. Pero, en realidad, la diferencia entre Estados Unidos y Europa en relación con este ejemplo no está en los rasgos antropológicos de sus individuos: la diferencia es que en Europa está vigente un *ethos* comunitario, una cultura y unos valores igualitarios que orientan la acción pública y privada de los individuos, mientras que Estados Unidos, y la sociedad «bien ordenada» de RAWLS, carecen de él. El error de RAWLS no sería únicamente sustentar su teoría moral desde una antropología tan particular como errónea; más grave aún es negarse a introducir en su teoría los instrumentos morales, culturales e institucionales tendentes a apartar a los ciudadanos de las conductas insolidarias propias del egoísta de mercado. En realidad, RAWLS obstruye la adopción de este *ethos* mediante una serie de instrumentos teóricos. Para COHEN, el más importante de todos ellos es el carácter «dualista» de su teoría de la justicia, según el cual sus principios de justicia se limitan a regular y a diseñar las instituciones fundamentales del orden jurídico y político de la sociedad, lo que RAWLS denomina su «estructura básica». Confinados dentro de la estructura básica, los principios de RAWLS no son principios que puedan regir las acciones privadas de los ciudadanos, razón por la cual COHEN tacha su teoría de «dualista»: establece unos principios de justicia para las instituciones, y presume un régimen necesariamente distinto para el ámbito privado. En efecto, por este alcance limitado a la estructura básica, no son principios que puedan regular las distribuciones o las adjudicaciones de bienes que los individuos puedan decidir en sus relaciones privadas, en asociaciones particulares como la familia o la empresa: son principios públicos; tienen una dimensión jurídico-constitucional, porque funcionan como la parte más abstracta o el programa político más genérico que inspira la Constitución política de un Estado, pero no pueden ser movilizados de forma decisiva en

⁴⁵ COHEN, 1971: 19.

las acciones privadas o en las relaciones y asociaciones particulares que desarrollan los individuos. Sin embargo, advierte COHEN, las injusticias que se suceden en ámbitos privados como la familia o la empresa pueden frustrar la realización o la implantación de cualquier principio de justicia, incluidos los de RAWLS. Por ello, los principios no pueden limitarse a dar contenido a la parte más abstracta del orden jurídico: deben guiar las acciones de los individuos en todos sus ámbitos; y, para que esto sea posible, deben constituir algo más profundo que la Constitución o el orden jurídico: deben nutrir el *ethos* moral y cultural de la comunidad. Cumplido este requisito, D3 vuelve a ser factible, si bien ha de hacerse explícito que su contenido (10,10) sólo puede ser resultado de la implantación de un *ethos* igualitario en la comunidad. Por esta razón, a partir de ahora, lo distinguiré como D3 *plusethos*.

No discutiré ahora si es empíricamente posible que un *ethos* igualitario sea capaz de superar eficazmente las limitaciones empíricas que rodean a D3. Me limitaré a sostener que RAWLS aporta razones convincentes para demostrar que D2 es más justo que este D3 *plusethos*.

Cualquier reflexión sobre este debate debiera comenzar perfilando con más precisión lo que COHEN denomina *ethos* comunitario. En un pasaje significativo, COHEN dice entender por *ethos* comunitario «el conjunto de sentimientos y actitudes en virtud de los cuales las prácticas habituales y las presiones informales son como son»⁴⁶. Cuando habla de «presiones informales», COHEN se refiere a las respuestas críticas y a las sanciones informales del resto de la comunidad ante las acciones de los individuos, lo que incluye censura, desaprobación, indignación, rechazo de cooperación en el futuro u ostracismo. Podemos también inferir que dichas presiones informales actúan de forma auto-referencial, y se traducen en pesar, remordimiento o auto-reproche del individuo ante su propia conducta. En cualquier caso, la vigencia de una concepción de la justicia, piensa COHEN, no puede reducirse a la vigencia de una serie de principios de justicia para instituciones y, seguidamente, una serie de sanciones meramente jurídicas e institucionales contra sus infractores: implica también una vigilancia social y un enjuiciamiento permanente de cualquier acción individual de acuerdo con la métrica prevista en los principios de justicia. Por su parte, hablar de sentimientos y actitudes en la conformación de las prácticas sociales significa que el *ethos* comunitario es capaz de introducirse en el esquema de motivación de los individuos, y de moldear sus preferencias. La vigencia de una teoría de la justicia no se reduce a la proclamación de los principios políticos y jurídicos más abstractos y a la formulación de una serie de deberes institucionales: la concepción ha de gobernar también la esfera motivacional e incluso la esfera emocional de los individuos⁴⁷.

El primer problema con el que tropieza COHEN es que su comunidad, conformada políticamente en torno a un *ethos* igualitario y un esquema motivacional altruista, es incompatible con un hecho que RAWLS cualifica con todo acierto como permanente

⁴⁶ COHEN, 2008: 144.

⁴⁷ MURPHY interpreta que el *ethos* de COHEN se limita a afirmar que «en una sociedad justa será inevitable que algunos individuos tengan que tomar decisiones contrarias a su propio interés» (MURPHY, 1998: 266). Pero, como se ha visto, RAWLS sanciona esta misma exigencia. Más acertadamente, J. COHEN explica que un *ethos* va más allá del problema de cómo nos tratamos los unos a los otros: es relativo a cómo vivir, y, por tanto, incluye lo que RAWLS llamaría una concepción del bien. J. COHEN, 2002: 365.

e irreversible en las sociedades modernas, porque es una mera consecuencia del despliegue de la razón: el hecho del pluralismo, la coexistencia dentro de las sociedades de distintas concepciones morales sobre lo que es bueno —sobre los fines hacia los cuales los individuos debieran encaminar sus acciones públicas y privadas—, así como distintas concepciones o teorías sobre cómo son los individuos o las sociedades. Asumido este hecho, la comunidad de COHEN y su *ethos* igualitario se muestran igualmente incompatibles con algunas de sus consecuencias más importantes. En primer lugar, una sociedad plural de forma permanente e irreversible es una sociedad en la que, inevitablemente, coexisten doctrinas morales, políticas y filosóficas enfrentadas. De ese modo, la respuesta a la pregunta «¿qué es justo que los individuos hagan?» no puede resolverse insistiendo en la corrección que nosotros adjudiquemos a nuestra concepción del bien de acuerdo con nuestros criterios favoritos de justificación. Una concepción de la justicia que irrumpiera en este debate con la pretensión de ser la concepción de la justicia objetivamente correcta y la que, según algunos o muchos individuos, debiera ser promocionada por las instituciones porque es la que se infiere de sus criterios favoritos de justificación se convertiría en una parte más del problema social suscitado por el pluralismo, y no en la solución al mismo. Por eso la única solución al desafío que representan el pluralismo y el desacuerdo, que paralizan la adopción por la comunidad de cualquier principio de justicia, es una solución procedimental y consensual: será justo no lo que dicte un criterio predeterminado por cualquier doctrina comprensiva que dote de contenido a los principios de justicia, sino lo que los ciudadanos acuerden a través de un procedimiento equitativo⁴⁸. Sin que nos resulte de especial interés profundizar en el debate entre concepciones monistas y dualistas sobre la justicia, sí debe anotarse que RAWLS formula razones suficientes para justificar que la formulación de los principios de la moral política fundamental de las sociedades debe instanciarse a través de un procedimiento y un acuerdo ajeno a criterios de justicia previos e independientes; y, asumida esta idea, lo que se sigue de inmediato es que el resultado del acuerdo entre los individuos regirá en las instituciones que dan forma a los procedimientos de acuerdo y toma de decisiones sociales, es decir, en la estructura básica de la sociedad, mientras que los individuos pueden seguir sirviéndose de sus concepciones morales particulares para la resolución de sus problemas privados. La segunda consecuencia del hecho del pluralismo que resulta incompatible con la comunidad de COHEN es la neutralidad estatal, entendida ésta como la prohibición de que el Estado y sus instituciones básicas traten de imponer o de promocionar una determinada concepción del bien, así como de prohibir o de disuadir a sus ciudadanos de la persecución de otras⁴⁹. Vulnerar la neutralidad supondría, como se ha dicho, presumir un criterio previo e independiente sobre la corrección de una concepción comprensiva o particular. De hecho, el acuerdo más básico y fundamental destinado a resolver el problema de lo que es justo, el que llevan a cabo los individuos en la llamada posición original, termina considerando como la solución más racional para todos que los individuos disfruten en sus sociedades de un «derecho *inderrotable* a un conjunto suficientemente adecuado de libertades básicas compatible con la libertad de los demás»⁵⁰. Este derecho al «más

⁴⁸ RAWLS, 1971: 86.

⁴⁹ Es lo que RAWLS concreta como «neutralidad con respecto a los fines» del Estado: RAWLS, 1993: 192-194.

⁵⁰ RAWLS, 2001: 42. *Cursivas mías.*

amplio esquema posible»⁵¹ de libertades consagra la imposibilidad de que el Estado realice pronunciamientos o desarrolle políticas favorables a una determinada concepción moral particular en detrimento de otras: los individuos son soberanos a la hora de elegir cuáles son sus concepciones morales sobre lo que es bueno o los fines mediante los cuales decidirán encaminar sus acciones privadas. Por el contrario, la comunidad de COHEN no podrá respetar esta soberanía. En general, decir «comunidad» o hablar de *ethos* «comunitario» supone ya hablar de una sociedad moralmente conformada y homogeneizada en torno a una serie de valores y de principios sobre lo que es bueno que los individuos hagan y persigan en sus vidas particulares. Estos principios integrarán también la acción y la política del Estado y de las instituciones, que deben promover o incluso imponer estos fines. En el caso particular de COHEN, estos principios o valores son valores igualitarios y altruistas. Es cierto que estos principios y valores están lejos de ser exhaustivos en lo que se refiere a lo que es bueno para los individuos. Sin embargo, no debe olvidarse que estos principios aspiran a gobernar la esfera motivacional y emocional de los individuos, lo que exigirá la intervención de las instituciones en la cultura pública y en el sistema educativo de los individuos con el fin de que adquieran el aprendizaje moral necesario. Para COHEN, los gobiernos no pueden ser indiferentes en torno a la decisión de, bien suministrar desde la infancia valores igualitarios y disposiciones a afrontar sacrificios no compensados en beneficio de la comunidad, bien no hacerlo así. Pero, en ese caso, la neutralidad estatal y la soberanía de los individuos en la elección de sus concepciones del bien resultan vulneradas⁵². No es así extraño que RAWLS declare incompatible su modélica sociedad bien ordenada y la idea de comunidad, entendida ésta como una sociedad gobernada por una doctrina moral particular⁵³. En suma, el *ethos* comunitario de COHEN resulta discordante con dos tesis fundamentales del liberalismo político: a) Un Estado neutral, y no perfeccionista, respecto al problema de qué ideas del bien o qué concepciones del bien han de elegir y practicar los individuos. b) Si los individuos son en todo momento libres y autónomos para elegir y practicar su concepción del bien, sobre el Estado impera no sólo un principio de diferencia, sino otro que recoge el más amplio esquema posible de libertades individuales⁵⁴.

Sin duda, COHEN juzgaría esta argumentación como un sofisma destinado a encubrir una actitud de resignación ante el chantaje de los egoístas talentosos. En primer lugar el argumento vuelve a constatar un hecho supuestamente inevitable, permanente

⁵¹ RAWLS, 1971: 60.

⁵² COHEN puede estar en lo cierto cuando sostiene que su *ethos* comunitario no reclamará necesariamente de los individuos una actitud permanente de auto-sacrificio (2008: 10). Sin embargo, más preocupante que el grado de altruismo exigido por el *ethos* comunitario son los ajustes políticos que implica su inculcación.

⁵³ RAWLS, 1993: 42. Cuál sea el *ethos* social o cultural dominante en una comunidad es un problema que debe ser resuelto mediante la crítica y el ejercicio de la razón dentro de la opinión pública o la esfera pública informal: J. COHEN, 2002: 385-386.

⁵⁴ Es extraño que, cuando COHEN trata de demostrar que la teoría de RAWLS es incompatible con su *ethos* igualitario, identifica el obstáculo insalvable en el ámbito de su teoría, restringido a la estructura básica de la sociedad (COHEN, 2008: 25-26, 134 y ss). Existen en la teoría de RAWLS obstáculos más obvios y fundamentales: su liberalismo político y su primer principio de justicia. En ocasiones, COHEN alude a ellos, a veces tratando de conciliarlos con su punto de vista sobre el *ethos* comunitario (COHEN, 2008: 196-205), y otras oponiéndose a ellos sin ambages: de hecho, llega a afirmar que todas sus diferencias con RAWLS obedecen a que RAWLS es liberal, y «ésta es la profunda línea de división entre los dos» (COHEN, 2008: 2). Sin embargo, estas discusiones ocupan un espacio muy breve en comparación con el problema del ámbito de su teoría. Tal vez pueda sospecharse que este mutismo esconde cierta incomodidad.

e irreversible —el pluralismo— que imposibilitaría un determinado tipo de políticas conducentes a un escenario de mayor justicia; en realidad, no hay ningún inconveniente fáctico que impida comenzar ejecutando ese tipo de políticas, beneficiarse de un modelo de sociedad mucho más justo y desenmascarar como egoístas inmorales a las minorías recalcitrantes que dicen profesar una concepción del bien alternativa, supuestamente menos igualitaria y altruista. En segundo lugar, COHEN minimizaría el alcance de sus políticas de promoción del *ethos* comunitario: estas políticas tienen un alcance muy sectorial, porque se limitan a hacer posible un determinado principio relativo a una de las muchas virtudes morales y políticas que están en juego en las prácticas de los individuos; la promoción del *ethos* comunitario se restringe a hacer posible el principio de diferencia debidamente interpretado, lo que sin duda es compatible con la vigencia de un amplio esquema de libertades individuales.

COHEN señalaba que el primer paso de nuestra argumentación, concentrado en el hecho del pluralismo, es puramente fáctico y contingente. Ello no es cierto por razones que se harán del todo explícitas en nuestro último epígrafe. Ahora, sin embargo, sí podemos completar el argumento anterior y subrayar que éste no se sostiene únicamente desde el hecho del pluralismo. Por ejemplo, si RAWLS afirma que nuestras sociedades no pueden ser «comunidades» en el sentido de COHEN, es decir, sociedades homogeneizadas en torno a una idea o concepción del bien, por limitado que sea su alcance, es porque ello se opone a nuestras ideas fuertemente arraigadas en nuestra cultura política sobre lo que es una sociedad justa. Ahora bien, estas ideas las obtenemos de una serie de intuiciones normativas fundamentales relativas a cómo nos vemos a nosotros mismos y cómo vemos a nuestras sociedades, y que funcionan como puntos de partida provisionales de la argumentación. Así, por ejemplo, nuestra forma de vernos a nosotros como ciudadanos nos describe como individuos libres capaces de distanciarse de su concepción del bien, de elegir ésta y, llegado el caso, de abandonarla, de modo que la elección de nuestra idea del bien sin interferencias estatales es en realidad una expresión de nuestra propia libertad. Por aportar otro ejemplo, nuestra forma de ver nuestras sociedades —nuestra concepción-«modelo» de una sociedad bien ordenada— se corresponde, según RAWLS, con la idea de un esquema cooperativo a largo plazo presidido por el concepto de reciprocidad. De ese modo, no consideramos correcta una concepción de la sociedad presidida por la idea de ventaja mutua, en la cual los individuos persiguen en todo momento maximizar su beneficio individual: tomamos como modelo sociedades que pueden exigir de sus individuos sacrificios no compensados. Pero, por otro lado, tampoco asumimos como correcta una concepción de la sociedad en la que sus individuos son altruistas movidos por el mayor bien de la comunidad como interés en todo momento superior a su propio bien individual, tal y como ocurriría en la comunidad de COHEN⁵⁵. Finalmente, debe subrayarse que, como veremos en el último epígrafe, estas concepciones descansan en intuiciones normativas o juicios emitidos en circunstancias de especial consideración, lo que descarta su naturaleza fáctica.

En segundo lugar, la promoción o la implantación del *ethos* comunitario del que habla COHEN está lejos de ser tan parcial o restringida como para ser moralmente

⁵⁵ RAWLS, 2008: 76-77.

inocua, y sólo puede ser asumida al precio de transgredir principios y valores de justicia que ocupan un lugar crucial tanto en el sistema de principios de RAWLS como en cualquier sistema liberal y democrático bien fundado. Es posible que los argumentos relativos al principio de neutralidad estatal no sean para COHEN especialmente destructivos. Sin embargo, tal vez sea más preocupante denunciar que su *ethos* igualitario, conformado exclusivamente por su interpretación estricta del principio de diferencia, puede poner en riesgo las libertades básicas, y limitar la autonomía del individuo a la hora de construir su plan de vida⁵⁶.

Se han señalado algunas consecuencias moralmente perturbadoras que COHEN habría de asumir desde su *ethos* comunitario⁵⁷. Un trabajador puede conformarse con un puesto de trabajo en el que resulta mucho menos productivo y retribuido, pero que es más adecuado para su plan de vida por distintas razones: porque así vive más cerca de su familia o sus amigos⁵⁸, o porque esa ciudad se concilia de mejor forma con su estilo de vida que otras. Muy posiblemente, estas razones serían juzgadas como egoístas por COHEN, o derrotadas por el notable perjuicio para los más desfavorecidos que estas decisiones conllevarían. Si la decisión de dónde trabajar puede convertirse en una decisión heterónoma, también la elección de la intensidad del trabajo puede correr la misma suerte. Si los más desfavorecidos lo demandan, el *ethos* comunitario podría justificar una especie de deber de trabajar duro, más allá de lo necesario para que el individuo preserve sus poderes morales⁵⁹. Por último, cuando COHEN trata expresamente de demostrar que su *ethos* plasmaría la igualdad sin menoscabar el esquema de libertades básicas, sus explicaciones no logran despejar las dudas. Para ilustrar su punto de vista, COHEN propone un ejemplo que se concentra sobre una libertad específica: la libertad de ocupación. Supongamos que un individuo A está especialmente facultado para la medicina. Ahora bien, de trabajar como médico especialista, A ganaría 20.000 € al año, exactamente lo mismo que ganaría como jardinero, una profesión para la que también está capacitado, y que le proporciona la misma satisfacción que la profesión médica. Dado su esquema de razones y de motivaciones, A concluye lo siguiente: «Mientras el salario de un médico no alcance los 50.000 € al año, trabajaré

⁵⁶ Han sido muchos los esfuerzos que han tratado de demostrar que la teoría de RAWLS es compatible o incluso presume como necesario un *ethos* comunitario. Se han propuesto distintos argumentos rawlsianos que podrían permitirlo: los principios para individuos, como el deber natural de justicia (COHEN parece apuntarse a esta idea en 2008: 9), la idea de fraternidad (de nuevo COHEN, 2008: 78, 131-132) o el llamado «sentido de la justicia» (TITELBAUM, 2008: 294 y ss.). Por las razones ya expresadas, presumo que estos esfuerzos no son prometedores. Ahora bien, aunque fuese realmente posible conciliar la teoría de RAWLS con un *ethos* comunitario y las implicaciones que éste conlleva, comparto la tesis de TITELBAUM según la cual este *ethos* habría de ser un *ethos* integral y relativo a los dos principios de justicia, incluidas las libertades básicas y el principio de igualdad de oportunidades, lo que impugnaría el *ethos* que COHEN cree conformado exhaustivamente por el principio de diferencia estrictamente interpretado, y volvería a demostrar como moralmente preferible D2 frente al D3 *plusethos* en el sentido de COHEN.

⁵⁷ Interpretamos aquí a COHEN como lo que RAWLS llamaría un liberal igualitarista comprensivo, es decir, como un filósofo que trata sinceramente de conciliar igualdad, *ethos* comunitario y libertades básicas. Omitimos así acusaciones que conjeturamos como inconciliables con su planteamiento, como puede ser que un *ethos* igualitarista pudiera vulnerar principios democráticos, y postular gobiernos tecnocráticos (el gobierno de los economistas más capacitados para calcular el mayor beneficio de los más desfavorecidos) e incluso tiranías benevolentes (las cuales podrían producir «distribuciones más igualitarias que las que pudiera producir una democracia»: DWORKIN, 2000: 187).

⁵⁸ TITELBAUM, 2008: 322.

⁵⁹ *Ibid.*, 319.

como jardinero, aun cuando dicho trabajo sea menos productivo y beneficie en mucha menor medida a los más desfavorecidos y a la comunidad en su conjunto». En principio, el caso describe una especie de trilema moral en el que sólo caben tres soluciones, cada una de las cuales menoscaba un valor moral importante: *a)* Aceptamos que el individuo sea jardinero, pero perjudicamos a los más desfavorecidos. *b)* Permitimos que trabaje como médico y elevamos su sueldo a 50.000 €, lo que reproduce la dinámica perversa de los incentivos. *c)* Le obligamos coactivamente a que acepte trabajar como médico con sueldo de 20.000 € anuales. Las conjeturas anteriores podrían hacernos pensar que ésta es la solución favorita de COHEN. No es así: aunque la solución *c)* es una ganancia en igualdad, COHEN la tacha de «solución estalinista», y la rechaza por conculcar la libertad de ocupación⁶⁰. El dictamen de COHEN sobre el caso es que el trilema es falso, porque existe una solución *d)* que permite reconciliar igualdad y libertad de ocupación, y que consiste no en obligar coactivamente a A a cultivar la medicina, sino en «persuadirle» de que ésta es la decisión correcta. En esencia, el mensaje de COHEN es que la libertad de ocupación es incompatible con la coacción, pero no con una «motivación moralmente orientada»⁶¹. Sin embargo, resulta obvio que el ejercicio de una libertad es un ejercicio de autonomía de la voluntad, y esta autonomía no es respetada si el esquema motivacional de A es secuestrado e intervenido desde la infancia. COHEN podría alegar que lo que presupone su *ethos* comunitario es simplemente la enseñanza moral de que debemos excluir de nuestras deliberaciones morales los sentimientos de egoísmo, envidia y resentimiento, los únicos que explican que A se niegue a realizar un trabajo socialmente más beneficioso e igualmente satisfactorio para él, y que también explican que adopte una actitud de chantaje hacia su comunidad exigiendo un incremento salarial muy notable como condición para convertirse en médico. Sin embargo, COHEN también rechazaría que el individuo, ante el problema de elegir entre dos profesiones igualmente remuneradas y placenteras, eligiera mediante una lotería exenta de este tipo de sentimientos: por ejemplo, lanzando una moneda al aire. El *ethos* comunitario no impone una serie de cláusulas procedimentales sobre cómo se debe elegir: impone la solución misma, de modo que resulta muy difícil hablar en este caso de autonomía y de libertad de ocupación. Éstos son tan sólo algunos ejemplos de cómo los conflictos entre el *ethos* comunitario y el esquema de libertades básicas son posibles e importantes, y de que existen razones morales para preferir D2 a D3 *plusethos*.

3. COHEN FRENTE AL CONTRACTUALISMO

Supongamos ahora que la necesidad de incentivar a los más talentosos es de nuevo acusada. La distribución inicial D1 (6,6) puede ser modificada de dos formas. En el primer escenario incentivamos al ciudadano A cumpliendo mínimamente la exigencia de beneficiar a los más desfavorecidos, lo que deriva en la distribución D2 (13,7); en el segundo, las recompensas son nulas o muy escasas, con la consecuencia de que la contribución de A disminuye ostensiblemente, y la distribución resultante es D4 (7,7). La siguiente línea de ataque de COHEN frente a RAWLS sostiene que, a diferencia de la concepción rawlsiana, la suya es lo suficientemente igualitarista como para proclamar

⁶⁰ COHEN, 2008: 183-187.

⁶¹ *Ibid.*, 198.

que D4 es un modelo más justo que D2. Los argumentos pueden sintetizarse en dos: *a)* El valor de la justicia consiste, simplemente, en un trato o en una relación igualitaria, y no cabe duda de que D4 es un modelo distributivo más igualitario que D2. *b)* La justicia distributiva expresa un valor relacional o comparativo; que el ciudadano A posea mucho más que B es un dato del todo relevante para el enjuiciamiento moral.

Los argumentos *a)* y *b)* tratan de impugnar otros argumentos posibles en defensa de D2, y que, para COHEN, son especialmente importantes en la teoría de RAWLS.

En primer lugar, COHEN se opone a la tesis según la cual D2 es preferible a D4 porque satisface en mayor medida el criterio de racionalidad que declara como racional para un individuo lo que maximice su bien. Ésta es una tesis muy común si, como en el caso de RAWLS, defendemos un modelo contractualista de justicia. Desde este modelo, es justa aquella distribución que cuenta con la aprobación de los individuos afectados por ella. Ahora bien, una decisión colectiva no es más que un simple acto de voluntad, y los actos de voluntad pueden a veces conducir a consecuencias inmorales: necesitamos que la voluntad sea una voluntad racional, o, dicho de otro modo, necesitamos un criterio de racionalidad que establezca cuándo las partes del contrato están en condiciones de otorgar un consentimiento que conduzca a un resultado que podamos juzgar como moral o justo. En este caso, la doctrina contractualista propone el beneficio individual como el criterio que permite juzgar un consentimiento como racional; generalizando el criterio, podemos afirmar que un contrato es racional y deriva en un resultado moral o justo si supone un beneficio para todos los individuos que lo suscriben. Por último, debe observarse que los individuos que presume la teoría contractualista son maximizadores racionales cuya única motivación es aprobar lo que incremente en mayor medida su beneficio; otras fuentes de motivación, especialmente sentimientos como la envidia o el resentimiento (así como la benevolencia o el altruismo), resultarán perturbadoras en el esquema de un agente puramente racional.

La teoría de RAWLS sería un ejemplo perfecto de este modelo de justicia. Su intención es justificar sus principios de justicia mediante un aparato teórico contractualista⁶². El principio de diferencia resulta de un contrato celebrado bajo las condiciones establecidas en lo que RAWLS llama la «posición original». Y en la posición original, asistimos a una descripción extensa de cómo funciona el criterio de racionalidad antes aludido. Los agentes eligen principios que maximizan su cuota de bienes primarios, y eligen desde los criterios de racionalidad y de cálculo suministrados por la teoría de la elección racional. Por último, los agentes eligen desde una indiferencia mutua que les inmuniza frente a los efectos de la envidia o el resentimiento, y concentran su elección en la maximización de su beneficio propio⁶³. Desde estos criterios, los individuos elegirán D2: el ciudadano A sale claramente beneficiado, y B, que no sale perjudicado, no contemplará con envidia la suerte de A⁶⁴. Aun aceptando que B no sale ganando,

⁶² La justificación contractualista es la justificación «oficial» de sus dos principios: SCHEFFLER, 2003: 9.

⁶³ Los principios deben asegurar a todos los individuos más de lo que éstos obtendrían autárquicamente. Éste es uno de los argumentos de los que se sirve COHEN para dudar de que el contractualismo conduzca realmente a los principios de justicia que RAWLS propone: los ricos son perjudicados netos en su sociedad bien ordenada con respecto a una situación de autarquía. COHEN, 1995: 224-225.

⁶⁴ Para RAWLS, «una distribución 5,10 es inequívocamente superior a una distribución 5,8; que la primera sea menos igualitaria que la segunda no es un argumento contra la misma». COHEN, 2008: 156-157.

se cumple al menos con la versión débil del óptimo de Pareto: algunos ganan, y nadie pierde. Incluso podemos interpretar que B sale ganando, porque obtiene los beneficios del acuerdo y, con él, de inaugurar una relación cooperativa a largo plazo con A.

Para COHEN, sin embargo, el razonamiento anterior sigue presuponiendo individuos egoístas propios de una economía de mercado. Lo que nos interesa ahora no es volver a considerar hasta qué punto, en el contexto de la sociedad bien ordenada, A miente o chantajea a B con la excusa de los incentivos, o hasta qué punto es o no factible obligarle a distribuir sus beneficios. Lo interesante es considerar los dos argumentos ahora novedosos, que COHEN interpreta como vinculados, y con los cuales, compone su alegato. COHEN se opone a un modelo contractualista de justicia y, con ello, separa ahora el valor de la justicia de los criterios de eficiencia o de optimalidad paretiana: si en otros momentos de su obra se mostraba preocupado porque sus soluciones respetaran los dictados de la optimalidad paretiana, ahora considera que la justicia no puede resolverse mediante un simple «todos salen ganando» o bien «algunos ganan, pero nadie pierde»⁶⁵.

En segundo lugar, de acuerdo con el discurso que COHEN desarrolla en este segundo frente de ataque, el principio de diferencia no puede ser considerado ahora como un argumento suficiente para decidir entre modelos distributivos. Es cierto que la actitud de COHEN hacia el principio de diferencia es ambivalente, y que no faltan pasajes en los que sigue defendiéndolo en su interpretación estricta. Sin embargo, tampoco faltan otros en los que manifiesta una marcada evolución en este punto, y expresa un claro distanciamiento del principio de diferencia, al que describe como «un resumen del principio Pareto»⁶⁶. COHEN sospecha ahora que, fieles a la hipótesis de partida que hemos adoptado, el principio de diferencia se convierte en un instrumento legitimador del chantaje de A y de sus beneficios expresados en D2: el principio justificará D2 invocando los beneficios que a B le reporta firmar el acuerdo y entrar en cooperación con A, lo que no obtiene de insistir en D4; sin embargo, si D4 es imposible es, simplemente, porque A insiste en tener mucho más que B, y amenaza con no suscribir el acuerdo si no se aceptan sus exigencias. De ese modo, podemos justificar la mejor cuota de A como una desigualdad necesaria para el beneficio de los más desfavorecidos. Sin embargo, COHEN interpreta que esta situación desafía nuestras intuiciones morales más elementales, que condenan la vasta desigualdad consagrada por D2.

Que RAWLS justifique tan amplias concesiones a los más talentosos termina traicionando dos de los pilares fundacionales de su teoría. En primer lugar, desafía de nuevo la intuición de que no hay mérito moral alguno en las dotaciones otorgadas por la lotería natural y social. En segundo lugar, desafía el lema fundacional de la teoría de RAWLS, la interpretación de la justicia como *fairness*. Esta teoría se presenta como un modelo de liberalismo igualitarista; sin embargo, D2 no es en absoluto un caso de relación igual y, desde luego, es un alejamiento ostensible de cualquier distribución igualitaria inicial⁶⁷.

⁶⁵ «Supongamos que la igualdad inicial es 5,5,5. En ese caso el primer individuo A puede prohibir un movimiento hacia 4,6,6. Pero, ¿por qué no puede prohibir también un movimiento hacia 5,6,6?... ¿Por qué, en otras palabras, no puede también prohibir los movimientos aprobados por el principio Pareto, pero que no le benefician?». COHEN, 2008: 164-165.

⁶⁶ *Ibid.*, 30, n. 7.

⁶⁷ «La distribución de rentas y riquezas no necesita ser igual, pero debe redundar en beneficio de todos». RAWLS, 1971: 61. «El principio de diferencia permite desigualdades moralmente arbitrarias... mi posición an-

Las siguientes consideraciones tratarán de revalidar los dos argumentos ahora denostados por COHEN: el argumento contractualista y el principio de diferencia. Si estos argumentos conducen o no a justificar de forma genérica un modelo como D2 frente a D4 es una cuestión secundaria. Más relevante es devolver la confianza a los dos argumentos señalados y, especialmente, deshacer algunos malentendidos que anidan en las denuncias de COHEN.

Ya en el anterior epígrafe esbozamos una justificación mínima de lo que RAWLS denomina una teoría procedimental de la justicia, lo que implica la necesidad de que la concepción pública sobre la justicia sea independiente de las preconcepciones juzgadas por los individuos o los grupos particulares como buenas o correctas, y de que ésta resulte de un acuerdo entre los individuos. Un primer apunte que hemos de inferir de una teoría contractualista y procedimental de la justicia es que ésta no podrá confeccionar una concepción de la justicia de carecer rígido. Entiendo por una concepción «rígida» la que se expresa mediante un elenco tasado de principios y de reglas que se presumen capaces de resolver *a priori* y exhaustivamente todos los problemas de distribución que puedan plantearse en todos los niveles de la legislación o de la ordenación de la vida social. Una teoría rígida posee un principio capaz de resolver en abstracto, *a priori* y de forma general si D2 es siempre más justa que D4, o viceversa. En la teoría de RAWLS, sin embargo, se anticipa que los ciudadanos habrán de enfrentarse con problemas prácticos demasiado complejos como para que puedan ser resueltos mediante un elenco rígido de estándares. La teoría sí es capaz de formular un criterio supremo de distribución de bienes, como es el principio de diferencia, así como una serie de reglas de prioridad como las que comentamos en el epígrafe anterior. Sin embargo, cuando la sociedad bien ordenada se enfrente con problemas de distribución más concretos, o con la necesidad de dar contenido a una legislación precisa, tropezará con el problema de que la aplicación del principio de diferencia deberá combinar o poner en orden distintos valores o criterios morales relevantes para el problema específico de que se trate, sin que sea posible formular *ex ante* reglas de prioridad que los pongan en orden. Por recurrir a un ejemplo del propio RAWLS, algunos podrían pensar que el principio de diferencia es equivalente a un «principio de reparación» (*redress*), según el cual la acción del gobierno debiera encaminarse a corregir las discapacidades representadas por una menor inteligencia o un menor talento hasta aproximar el nivel cultural y educativo de los individuos en el mayor nivel de igualdad posible. RAWLS reconoce que hay un argumento correcto a favor de dicha suposición: el carácter moralmente irrelevante de las determinaciones naturales. Sin embargo, esta interpretación del principio de diferencia puede ser válida en algunas ocasiones, pero no en otras: puede ser válida para algunas políticas asistenciales, pero no, por ejemplo, para la determinación de los salarios⁶⁸. El principio de reparación es tan sólo plausible como un criterio *prima facie* que ha de ser ajustado con otros valores o intereses que, como el de elevar el nivel de vida de los más desfavorecidos o el del bien común, podrán en ocasiones desplazarlo⁶⁹. RAWLS también subraya que, cuando las circunstancias sociales cambian, el ajuste entre los distintos va-

terior era demasiado benévola... Siendo esto así, no podemos pensar que el principio de diferencia baste para ordenar la justicia distributiva». COHEN, 2008: 154... «No hay ninguna puerta trasera por la que podamos reintroducir la igualdad que el principio *fairness* empezaba favoreciendo». COHEN, 2008: 160.

⁶⁸ RAWLS, 1971: 308-209.

⁶⁹ *Ibid.*, 100-101.

lores e intereses también cambiará⁷⁰. El criterio contractualista de justificación dispone que son los individuos quienes han de poner en orden el variado número de principios y de estándares moralmente relevantes que se pongan en juego en cada caso, y habrá de ser el uso de la razón pública quien conduzca a los individuos a un resultado justo. Por esta razón, la teoría de RAWLS no puede decidir de forma general entre alternativas numéricas de distribución que puedan plantearse de modo específico en la sociedad bien ordenada cuando ésta ha de dar contenido a sus leyes o sus reglamentos. Ello no convierte en improcedentes los razonamientos del epígrafe anterior: estos modelos de distribución son muy útiles como punto de partida heurístico para desplegar y hacer explícitos los argumentos que puedan ser más o menos relevantes en la teoría. Sin embargo, estos pares no pueden interpretarse como bancos de prueba con los que podamos resolver de forma previa, genérica y exacta los problemas de justicia distributiva que afecten al derecho positivo de la sociedad bien ordenada⁷¹.

Afirmar entonces que RAWLS patrocina la solución D2 frente a la solución D4 es una suposición muy apresurada. Es cierto que, como hemos visto, aplicar el principio de diferencia exige poner en orden una serie de valores entre los que se integra la optimalidad paretiana. Sin embargo, también hemos visto cómo la aplicación del principio de diferencia puede implicar la vulneración de aquél. En realidad, el razonamiento de COHEN sobredimensiona la importancia de la optimalidad paretiana dentro del razonamiento de RAWLS y, en general, en el de todo el contractualismo. COHEN presume que el criterio de racionalidad de cualquier forma de contractualismo es el criterio de la «ventaja mutua», según el cual el acuerdo se negocia entre individuos que persiguen maximizar su beneficio con indiferencia hacia la suerte ajena, y el acuerdo es racional cuando ambas partes salen ganando, o bien alguien gana y nadie pierde, lo que significa que el contrato puede declarar como justa una distribución que consagra desigualdades extremas⁷². RAWLS, sin embargo, rechaza que su modelo de contrato pueda ser clasificado como un modelo de «ventaja mutua». En su último escrito al respecto, RAWLS corrige expresamente cualquier malentendido que su obra anterior hubiese podido suscitar: su teoría de la justicia no es una parte de la teoría de la elección racional; no deriva únicamente del interés del individuo por maximizar su bien, sino de ideas o concepciones sobre la sociedad y el ciudadano que imponen fuertes exigencias de equidad al procedimiento; no es una teoría hobbesiana, sino una teoría kantiana⁷³. El célebre velo de la ignorancia tiene por misión forzar a los electores a adoptar un punto de vista moral en el que se ha desactivado la influencia de cualquier diferencia natural y social entre los individuos; el resultado es que los individuos eligen con absoluta imparcialidad, porque lo que sea bueno para cada individuo será también bueno para la totalidad de los electores de la posición original⁷⁴. COHEN se apresura

⁷⁰ *Ibid.*, 307.

⁷¹ «Una distribución no puede ser juzgada al margen del sistema institucional del que es resultado o de lo que los individuos hayan hecho de buena fe a la luz de las expectativas vigentes. Si se nos pregunta en abstracto si una distribución de un monto de bienes relativa a individuos con sus específicos deseos y preferencias es mejor que otra, en ese caso no hay respuesta a esta pregunta». RAWLS, 1971: 88.

⁷² COHEN (2008: 111) llega a distinguir entre teorías contractualistas, ligadas a la optimalidad paretiana, y teorías imparcialistas de la justicia.

⁷³ RAWLS, 2001: 82, n. 2.

⁷⁴ «Cada uno elige necesariamente como si eligiera por todos». RAWLS, 1971: 140. El hecho de que las partes sean indiferentes hacia la suerte ajena no los convierte así en los maximizadores egoístas propios de la economía capitalista. RAWLS, 1971: 147-148.

de nuevo cuando presume que la importancia de la optimalidad paretiana y el criterio contractualista conducen necesariamente a RAWLS a presumir D2 frente a D4.

Ahora bien, aun suponiendo que RAWLS patrocinara en algún o algunos casos D2 frente a D4, no creo que de dicha preferencia pueda concluirse que su teoría de la justicia termina traicionando el lema «justicia como equidad». En realidad, tampoco puede impugnarse por ello el carácter igualitarista de la teoría de RAWLS, ni siquiera afirmar que su igualitarismo es menos decidido que el de COHEN.

La defensa de estos juicios ha de empezar observando que el término «equidad» o *fairness* tiene un sentido distinto y más comprensivo que el de igualdad estricta o aritmética. COHEN acusa al principio de diferencia de ser una pobre traducción del principio de equidad. Pero el principio de equidad se imputa no sólo al principio de diferencia, sino a todos sus principios, luego su significado es más abstracto del que presume. Aspirar a que los individuos sean tratados de modo equitativo es una aspiración a un trato igual y no discriminatorio, ajeno a ventajas indebidas de partida; como expresa SCHEFFLER, la equidad se vincula esencialmente con una igual ciudadanía, lo que supone así un estado de no opresión, no desconsideración o minusvaloración, así como con las actitudes que son necesarias para corregir las situaciones inicuas y opresivas, como la solidaridad y la ayuda mutua⁷⁵. Desde esta descripción, el principio de diferencia tolera situaciones de desigualdad sin vulnerar por ello la equidad siempre y cuando atribuir más a algunos beneficie a los más desfavorecidos y, desde luego, siempre y cuando esta desigualdad no introduzca elementos de marginación, desconsideración u opresión en perjuicio de algún grupo de ciudadanos. RAWLS no deja de reconocer que, *a priori*, la distribución estrictamente igualitaria parece la forma más sencilla de resolver el problema de maximizar el beneficio de los más desfavorecidos. Aun en este caso, no puede dejar de observarse que la distribución igualitaria se impondría no porque adjudiquemos un valor moral prioritario a la igualdad aritmética, sino bajo el principio del mayor interés de los más desfavorecidos, para lo cual la distribución igualitaria sería un mero instrumento. Ahora bien, RAWLS es consciente de que esta presunción inicial se revelará muy frecuentemente como demasiado simple o rudimentaria cuando la enfrentamos con los complejos problemas sociales de distribución. En estos casos, existirán otras alternativas a la igualdad aritmética que maximicen el interés de los más desfavorecidos; y, cuando esto ocurra, el reparto aritméticamente igual habrá de interpretarse como una solución injusta⁷⁶.

Hacer compatibles desigualdad y equidad parece militar de nuevo a favor de D2 y en contra de D4. Pero, como ya dijimos, las elecciones entre D2 y D4 se dilucidan en la sociedad civil, y han de ser dirimidas mediante un procedimiento de deliberación en el que los ciudadanos, no sometidos al velo de la ignorancia y conscientes de los valores e intereses que están en juego en cada problema específico, movilicen su razón pública y alcancen un acuerdo. Sin duda, algunos de los argumentos ya expresados fa-

⁷⁵ SCHEFFLER, 2003: 21-22. La distinción podría ser equivalente a la que establece DWORKIN entre ser tratados como iguales, equitativamente, y ser tratados por igual. DWORKIN, 1978: 227.

⁷⁶ RAWLS, 1971: 104-105. «Es normal sostener simplemente que, si uno no sabe nada en absoluto de un grupo de personas y tiene que adjudicarles unos bienes de algún modo... una solución respetuosa es dividir los bienes igualmente. Pero esta débil presunción desaparece por completo en cuanto hallamos cualquier razón para dar más bienes a uno o a otro». ARNESON, 2009: 18.

vorecen que se consagre D2: es indiferente desde el punto de vista del beneficio de los más desfavorecidos, pero es eficiente o satisface el principio Pareto. Pero puede que concurren argumentos suficientes para apartar D2. Que el principio de diferencia sea el principio supremo en los problemas de distribución de bienes significa, como hemos visto, que los ciudadanos deben buscar el acuerdo que beneficie en la mayor medida posible a los más desfavorecidos. Elegir entre D2 y D4 exige así llegar a un acuerdo con los más desfavorecidos. La razón pública excluiría una oposición a D2 por parte del ciudadano representativo B motivada únicamente en el hecho de que A obtiene más que él: la justicia como equidad es compatible con situaciones de desigualdad; en este caso, imponer la igualdad se traduce simplemente en un perjuicio para A que no representa un beneficio para B. Sin embargo, B podría justificar su rechazo aduciendo que D2 impone un grado de desigualdad que resulta incompatible con los imperativos de la equidad. En efecto, la equidad no impone en todo momento una igualdad aritmética, pero es posible que la desigualdad alcance unos niveles acusados o afecte a instituciones tan sensibles que se traduzca en situaciones de marginación, desconsideración, dominio e incluso opresión de unos sobre otros, situaciones en las que ya no puede hablarse de igualdad de oportunidades, de acceso a cargos y responsabilidades, de bases suficientes de auto-respeto para todos o, en general, de trato igual⁷⁷. Sin duda, estas impugnaciones no pueden ser una mera conclusión emotiva, sino que han de ser racionalmente argumentadas; pero, si esto último es posible, los más desfavorecidos están en condiciones de oponerse, y de impugnar distribuciones desiguales que son preferibles desde el punto de vista de la eficiencia y el bienestar general, pero más inicuas y, por tanto, injustas.

En suma, aunque el principio de equidad no es un principio de igualdad aritmética, aún permite impugnar distribuciones muy desiguales cuando éstas alcancen un nivel de marginación, desconsideración, opresión o división social. Sin embargo, no está tan claro que la teoría de COHEN pueda evitar estas consecuencias, y ello porque permite un ámbito de desigualdad nada desdeñable, y porque su obra no contiene instrumentos teóricos que puedan corregirla. En realidad, COHEN presume de reducir su teoría a unas pocas ideas sencillas e intuitivas: *a)* Justicia es igualdad. *b)* Algunas desigualdades sí son legítimas. Éstas se determinan mediante el criterio idiosincrásico de una corriente de teorías de la justicia rotulada como *luck egalitarianism*: son ilegítimas las desigualdades causadas por alguna determinación natural o social; están justificadas aquellas asignaciones o adscripciones desiguales cuyo origen sea imputable a actos de voluntad individual libre y autónoma. Por recurrir a los ejemplos más característicos, no son fuente admisible de desigualdad las dotaciones provenientes del talento, pero sí lo son las que derivan de la decisión libre del individuo de realizar un trabajo más penoso que el resto, de optar por un trabajo que exige un mayor tiempo de preparación (como el estudio de una carrera universitaria) o, simplemente, de incrementar su esfuerzo y trabajar más horas que los demás⁷⁸. Estos capítulos permiten

⁷⁷ «Aunque, en teoría, el principio de diferencia permite en general grandes desigualdades a cambio de pequeñas ganancias para los más desfavorecidos, en la práctica la extensión de la desigualdad de rentas y riquezas no será excesiva *dadas las condiciones del trasfondo institucional*». RAWLS, 1971: 470. Si la desigualdad sitúa a los más desfavorecidos en desventaja con respecto a las instituciones y al derecho, el acuerdo de distribución deberá ser impugnado.

⁷⁸ COHEN, 2008: 56, 126, 181.

blanquear desigualdades muy cuantiosas, suficientes para consagrar jerarquías y divisiones sociales profundas, y frente a las cuales la teoría de COHEN, respetuosa con este tipo de ganancias, no parece oponer resistencia. De este modo, también hay razones para concluir que, sin necesidad de establecer equivalencias entre justicia, equidad e igualdad aritmética, el igualitarismo de RAWLS puede demostrarse en ocasiones como más robusto que el de COHEN; no es cierto que el contractualismo le haga retroceder en igualitarismo, y tampoco que le someta en todo momento a los imperativos de la eficiencia y la optimalidad paretiana.

4. COHEN FRENTE AL CONSTRUCTIVISMO

La ruptura de COHEN con la teoría de RAWLS se consuma cuando sostiene preferencias claramente rechazadas por el principio de diferencia: «¿Por qué (10,6)... es más equitativo que (5,5)?... Cuando observamos que (10,6) beneficia de hecho al más desfavorecido, aún así, nuestras razones para pensar que es una distribución injusta permanecen»⁷⁹. Sin duda, cualquier modelo contractualista rechazaría por irracional un juicio como el que COHEN acaba de formular, e incluso observaría que un mínimo de sensatez conduciría a los electores a preferir (10,6) a (5,5), y a considerarlo más justo. Pero COHEN se enfrenta ahora no ya con el modelo contractualista y la posición original, sino con todo el esquema teórico que RAWLS ideó para justificarlos, fundamentalmente lo que COHEN denomina el método constructivista de justificación y el equilibrio reflexivo. Ahora bien, si, para COHEN, la justicia implica preferir (5,5) a (10,6), se verá asaltado de inmediato por dos preguntas urgentes: *a)* ¿Cómo es posible sustentar un juicio sobre lo que es justo en contra de las preferencias y de los intereses de todos los individuos involucrados? La distribución que COHEN propone ahora no es factible porque una política que no contara con el consentimiento de los ciudadanos representados no sería realizable. *b)* Si su juicio no se justifica mediante un acuerdo hipotético relativo a la racionalidad de su contenido, ni mediante una coherencia entre una serie de valores... ¿cómo se justifica entonces? Resumiremos las respuestas de COHEN a estas preguntas mediante las siguientes tesis:

1. Comenzando por la pregunta *b)*, COHEN postula un método intuicionista para dar significado al concepto de justicia. Este método presume que la justicia, como el resto de valores morales, posee un significado objetivo que es: *a)* Propio de la justicia y, por tanto, distinto del significado de los demás valores morales. *b)* Pre-existente, externo e inmodificable mediante nuestras discusiones y acuerdos; el objetivo de nuestras discusiones no es crear o decidir el contenido de la justicia, sino descubrir y dar cuenta del significado objetivo que es previo a éstas, y la tarea propiamente filosófica consiste en descubrir, formular y analizar dicho significado⁸⁰. Mediante su intuicionismo, COHEN se opone a un método constructivista, para el cual somos los individuos quienes integramos el contenido de lo justo construyendo un procedimiento de justificación en el cual ponemos en orden o coherencia una serie de principios o de valores. Sin embargo, para quienes profesan el intuicionismo, la tarea de los individuos no es de

⁷⁹ COHEN, 2008: 159.

⁸⁰ Los principios de justicia no son «cosas que decidamos». COHEN, 2008: 277.

construcción, sino de descubrimiento o captación del significado pre-existente a sus discusiones: «he llegado a la conclusión de que la justicia es la justicia»⁸¹.

2. La pregunta sobre el significado de la justicia tiene una respuesta clara y un significado específico distinto al de los demás valores morales: justicia es igualdad⁸². Justicia no tiene que ver con el mayor favor a los más desfavorecidos, ni tampoco con la eficiencia o la optimalidad paretiana⁸³. Por tanto, el principio de justicia por excelencia es para COHEN «debemos distribuir los bienes de forma igualitaria».

3. En ocasiones, hacer justicia puede conducirnos a resultados que pueden parecerse no ya insatisfactorios, sino incluso malvados o perversos⁸⁴. Si estos resultados nos parecen rechazables es porque la justicia entra en conflicto con otros valores morales, y es desde dichos valores en conflicto con la justicia desde donde formulamos estos juicios de censura hacia resultados meramente justos. El intuicionismo conduce así a una visión pluralista y conflictualista del mundo moral: nuestra experiencia moral nos sitúa muchas veces ante dilemas o alternativas de conducta que conducen necesariamente a la violación o al menoscabo de lo que reconocemos como un valor moral. No hay armonía alguna entre nuestros valores morales, ni algo que pueda ser reconocido como un «orden de valores». Finalmente, no existen reglas objetivas y generales que permitan poner en orden o jerarquizar los valores. Los conflictos morales se resuelven caso por caso, estimando en cada problema particular cuál es el peso que ejerce cada valor en el problema específico, y aplicando el valor que, a nuestro juicio, ostenta un peso superior al de los demás valores en competencia⁸⁵. Del examen de los casos particulares podemos obtener algunas reglas de prioridad de carácter provisional; sin embargo, estas reglas pueden ser corregidas en cuanto se nos presente un nuevo caso tal vez muy similar en apariencia a los que contemplaba dicha regla, pero que exhibe una circunstancia particular añadida que nos mueve a aplicar un principio o un valor distinto⁸⁶. Es la negación de un sistema de reglas generales de prioridad —es decir, de un orden de valores— lo que convierte los dilemas en verdaderos conflictos que no pueden ser disueltos. De contar con una regla precisa según la cual, por ejemplo, la libertad de información tiene prioridad sobre el derecho al honor, el periodista que delibera entre publicar una información comprometedor sobre la vida de un político o no hacerlo sabría que el conflicto en el que se debate es en el fondo aparente, porque, una vez examinada la situación, concluiría que el problema está regido únicamente por la libertad de información; para los intuicionistas, sin embargo, no hay reglas de ordenación objetivas, de modo que los problemas de comportamiento moral, como los de este ejemplo, reproducen verdaderos conflictos, choques de valores en los que, sea cual sea el curso de acción que decidamos, tendremos que reconocer que hemos

⁸¹ *Ibid.*, 155.

⁸² *Ibid.*, 3.

⁸³ *Ibid.*, 317.

⁸⁴ «*Mean and spiteful*», *Ibid.*, 318.

⁸⁵ «No todos los valores pueden ser siempre satisfechos, y no hay forma de combinar todos ellos sistemáticamente». *Ibid.*, 4. La idea era ya claramente expresada en los clásicos del intuicionismo moral: ROSS, 1955: 24. «Para la estimación comparativa de las obligaciones *prima facie* no podemos contar con el establecimiento de reglas generales». *Ibid.*, 41. «Pensamos, después de considerar debidamente cada caso, que un deber tiene más peso que el otro, pero no sentimos certeza alguna al respecto». *Ibid.*, 21-22.

⁸⁶ En la concepción intuicionista «los juicios individuales mantienen una cierta soberanía». COHEN, 2008: 4.

vulnerado alguno de los valores morales reconocidos, y que se ha consumado una pérdida moral⁸⁷.

El valor de la justicia no escapa a esta descripción del mundo moral. Si el juicio «(10,6) es menos justo que (5,5)» nos parece insensato es porque este juicio se limita a aplicar el valor de la justicia, porque el valor de la justicia entra en conflicto con otros valores, y porque juzgamos que dichos valores ostentan en el caso un mayor peso que la justicia. De hecho, son frecuentes los conflictos entre la justicia y otros valores como la eficiencia o la optimalidad paretiana, el bienestar general, la publicidad, la estabilidad, etcétera⁸⁸.

Si no hay orden de valores ni reglas de prioridad objetivas en el mundo moral, no podemos atribuir a la justicia ninguna presunción de prioridad con respecto a los demás valores. No es cierto que la justicia sea generalmente, como afirma RAWLS, la primera virtud de las instituciones sociales, como tampoco lo es en la vida privada⁸⁹. Según las circunstancias de cada caso, puede ser derrotada por otros valores que ejerzan un mayor peso.

4. La teoría moral debe distinguir cuidadosamente entre «principios» y «reglas de regulación».

Los principios son elaborados singularmente por la filosofía en su tarea de elucidación de los valores morales. Esta formulación es inmune o insensible al mundo fáctico⁹⁰: si sabemos, sentimos o pensamos⁹¹ que la justicia es esencialmente igualdad, sería una contradicción flagrante corregir este juicio en función de las consecuencias empíricas coyunturales que acarrearía una distribución igualitaria específica. Los principios de justicia son normativos y se sustentan sobre una base puramente normativa. Es posible que, en ocasiones, hallemos algún principio moral que parezca perfilado o recortado en virtud de una serie de circunstancias fácticas. Pero, en ese caso, lo que sucede es que dicho principio no es un principio independiente, sino la conclusión de otro principio más abstracto, principio que ya podemos considerar como principio moral en sentido estricto, y que se distingue por no derivar su enunciado de ninguna consideración fáctica⁹².

El constructivismo en general, y el de RAWLS en particular, justifican sus principios de justicia en función de una serie de hechos, en concreto una serie de circunstancias relativas a los individuos y a las sociedades⁹³. No es así extraño que el principio de diferencia, con el que RAWLS reformula el significado de la justicia distributiva, sea presentado como un principio dependiente de una serie de condiciones fácticas, como el hecho de que algunos individuos disfrutan de más cualidades físicas e intelectuales que otros, y aportan así un mayor capital social.

⁸⁷ AUDI, 1996: Sección «Traditional Ethical Intuitionism», 102 y ss.

⁸⁸ COHEN, 2008: 4, 285 y ss.

⁸⁹ *Ibid.*, 302 y ss. Por supuesto, se trata de una impugnación radical del comienzo de la sección 1 de *A Theory of Justice*. RAWLS, 1971: 3.

⁹⁰ COHEN, 2008: 238. Los principios éticos «deben ser comprobados atendiendo al menor número posible de hechos generales que sepamos implicados en el caso». PRICHARD, 1968: ix.

⁹¹ El intuicionismo de COHEN «no está comprometido con epistemología alguna que identifique alguna facultad encargada de la percepción moral». COHEN, 2008: 4.

⁹² *Ibid.*, 229.

⁹³ *Ibid.*, 275.

En realidad, las normas morales cuyo ámbito de validez está confeccionado con arreglo a condiciones fácticas no son principios, sino «reglas de regulación». La formulación de estas reglas no representa ya un asunto puramente filosófico: dado que ahora entran en escena consideraciones fácticas que deberán ser analizadas, las consideraciones filosóficas habrán de combinarse con análisis sociológicos, económicos, históricos, etc.⁹⁴. Si los principios son normas que descubrimos y formulamos desde el análisis filosófico, las reglas son normas que «adoptamos o creamos» en función de que los resultados de su imposición, calculados de acuerdo con las circunstancias del caso, nos satisfagan más o menos⁹⁵. Por último, las reglas de regulación sirven para resolver provisionalmente los conflictos entre valores morales. La solución a los conflictos de valores sí depende de circunstancias fácticas contingentes, y por eso se obtiene mediante reglas de regulación⁹⁶. De este modo, el juicio «(10,6) es una distribución moralmente superior a (5,5)» establece una regla de regulación provisional que atribuye un mayor peso a valores como la eficiencia o el bienestar que a la justicia.

Las tesis anteriores reinterpretan de un modo sorprendente los puntos de vista que COHEN había adoptado inicialmente sobre la teoría de RAWLS. Después de un largo viaje destinado a oponerse y distanciarse de esta teoría, al final COHEN no niega que los puntos de vista de RAWLS pueden ser correctos, pero siempre y cuando su teoría sea interpretada no como una teoría de la justicia destinada a justificar una serie de principios de justicia, sino como un conjunto de reglas de regulación social de carácter provisional y justificadas en el contexto de una serie de circunstancias contingentes⁹⁷. En los años noventa, en el contexto del discurso esbozado en el epígrafe 2, era frecuente hallar en su obra acusaciones contra RAWLS que denunciaban la sumisión de su teoría de la justicia a meros hechos (el mayor número de células grises de los más talentosos, el egoísmo propio del individuo modelado por el capitalismo, etc.). En sus últimos escritos, deja abierta la posibilidad de que, en ocasiones, pueda ser moralmente preferible atribuir más rentas y riquezas a los más talentosos para, de acuerdo con el principio de diferencia, otorgar una mayor dotación de bienes a los más desfavorecidos. La novedad es que ahora no podemos llamar al principio de diferencia «principio», sino «regla de regulación»; tampoco podemos denominarlo «principio de justicia», porque lo justo consiste en la igualdad estricta; por último, tampoco podemos establecer su corrección de una forma general y categórica, sino sólo dentro de un determinado abanico de circunstancias que pueden variar en cualquier momento. En suma, el principio de diferencia es una regla de regulación que puede en ocasiones ser la regla moralmente preferible, si bien, inevitablemente, tolerando ciertas injusticias.

También puede resultar desconcertante comprobar que toda la carga crítica que atesoraba la teoría de COHEN frente al abuso de los incentivos o el afianzamiento de

⁹⁴ «La pregunta... “¿qué reglas de regulación deben gobernar las sociedades?”... depende fuertemente de hechos sociales generales. La pregunta “¿qué es justicia?” es una cuestión filosófica» que ya no depende de hechos generales. COHEN, 2008: 277.

⁹⁵ COHEN, 2008: 276.

⁹⁶ «Otros principios... entran en conflicto con la justicia... y los hechos nos ayudan a decidir el peso o la lealtad que hemos de prestar a cada uno de ellos». COHEN, 2008: 272. Para ROSS, resolver los conflictos dependía de examinar qué hecho o qué circunstancia era la más relevante en el problema. ROSS, 1955: 19.

⁹⁷ COHEN, 2008: 269. Como concluye irónicamente POGGE (2009: 90), cualquier nueva edición del clásico de RAWLS deberá corregir su título y denominarse *A Theory of Social Regulation* o «Una teoría de la regulación social».

la desigualdad queda en buena medida desactivada y diluida dentro de su concepción metaética. Los privilegios y las desigualdades son seguramente injustos, pero puede que sean moralmente preferibles: la justicia no es la primera virtud de las instituciones sociales, de modo que nuestras inclinaciones igualitarias pueden verse desplazadas por otros valores, sin que existan reglas de prioridad objetivas que atribuyan ventaja a la igualdad frente al resto de principios. Tal vez podamos tener la impresión de que COHEN ponderaría en favor de la igualdad o de la justicia muchas más veces de las que lo harían otros, especialmente en problemas económicos y sociales como los que hoy nos afectan. Pero no podemos saberlo con certeza⁹⁸.

Más relevante es subrayar que estos cambios se han operado bajo el impulso de una metaética intuicionista y, como el mismo COHEN insiste en denominar, platónica. El asalto final de COHEN a la teoría de RAWLS trata de arrancar las raíces más profundas de su concepción, en especial el método constructivista que RAWLS hace explícito desde 1980⁹⁹, según el cual nuestros desacuerdos sobre lo justo revelan que no podemos confiar en ningún significado pre-existente del valor de la justicia, y que hemos de resolver el problema mediante un procedimiento de argumentación y consenso en el que establezcamos un orden o coherencia entre nuestras principales intuiciones normativas sobre el problema y los resultados que vayamos alcanzando en nuestro procedimiento¹⁰⁰. Frente a ello, COHEN abraza una metaética desusada y comprometedora que le conduce a problemas de difícil solución. Sin posibilidad de exponerlos en profundidad, me limitaré a presentar brevemente algunos de ellos.

A diferencia del resto, la primera consideración mostrará un cierto acuerdo con una de las tesis de COHEN, en concreto la que sostiene que el contenido de nuestros principios de justicia no deriva de circunstancias fácticas. En realidad, podemos incluso ser más ambiciosos: si la expresión «derivar de circunstancias fácticas» quiere decir que el ámbito de validez de las normas está recortado o perfilado por dichas circunstancias de una forma decisiva, en ese caso podemos extender esta tesis a las reglas de regulación. El ámbito de validez de las reglas de regulación no está recortado o perfilado mediante hechos; si un hecho nos inclina a modificar o excepcionar una regla, ello se debe a que este hecho nos parece relevante o *salient* en el caso particular; pero, en ese caso, el verdadero papel de esta circunstancia es el de servir de vehículo de descubrimiento de otros principios o valoraciones morales que, de otro modo, nos habrían pasado inadvertidos. Por recurrir al conocido ejemplo de SCHAUER¹⁰¹, si adoptamos la regla «prohibida la entrada de animales en nuestro restaurante», pero hoy permitimos la entrada de un perro lazarillo, afirmar simplemente que «hemos corregido la regla porque uno de los clientes era ciego» no es una descripción adecuada del razonamien-

⁹⁸ El carácter monista de su teoría de la justicia deja el valor de la justicia en una situación aún más precaria. Es evidente que en el ámbito privado, donde las relaciones personales y la preservación de las relaciones comunitarias o asociativas es esencial, la justicia o la igualdad ostenta un peso menos elevado que en el ámbito público cuando la comparamos con otro tipo de virtudes como la lealtad, la fidelidad o los deberes de obediencia al grupo.

⁹⁹ En «Kantian Constructivism in Moral Theory», RAWLS, 1980: 515-572.

¹⁰⁰ O, según sus términos, cuando alcancemos un «equilibrio reflexivo». RAWLS, 1971: 20. Presumiré sin detenerme en demostrarlo que este procedimiento de justificación es una estrategia coherentista. *Vid.*, por ejemplo, O'NEILL, 2002: 351-352.

¹⁰¹ SCHAUER, 2006: 45 y ss.

to moral que hemos desarrollado: la entrada de un cliente ciego nos ha revelado una circunstancia relevante que nos había pasado inadvertida, pero esta circunstancia es relevante porque nos ha conducido a una serie de principios o de valoraciones normativas que no habíamos introducido a la hora de formular nuestra regla, en concreto el trato diferencial moralmente justificado en casos de discapacidad. Distinguir entre «principios» y «reglas» atendiendo a este supuesto fenómeno es, por tanto, elegir un criterio de distinción equivocado.

Es posible estar de acuerdo con COHEN en que el significado de los principios no deriva de circunstancias fácticas. Sin embargo, es erróneo afirmar que RAWLS infringe esta premisa. No creo que un principio de justicia como el principio de diferencia infiera su enunciado de imposiciones fácticas, algunas de las cuales son especificadas por COHEN como «enfermedades morales humanas»¹⁰². Como ya describimos en el epígrafe 2, COHEN acusa a RAWLS de presumir una concepción del individuo que lo identifica con el *homo oeconomicus* propio de la microeconomía clásica, así como una determinada idea de la sociedad que está regida por el sistema de producción capitalista. Según él, RAWLS reconocería estas dependencias desde el comienzo de su exposición, cuando explica que su teoría se cimenta sobre una serie de concepciones teóricas sobre el individuo y sobre la sociedad. La conclusión de un procedimiento construido de este modo es un llamado «principio» de diferencia que es en realidad una regla de regulación en la cual, infiriendo a partir de los hechos generales de la psicología humana proporcionados por estas concepciones (es decir, teniendo en cuenta el egoísmo del individuo capitalista)¹⁰³, concluimos que lo más justo para todos es que el mayor mérito de los más talentosos sea debidamente recompensado. Sin embargo, es un error afirmar que el procedimiento de RAWLS se instruye y se modela bajo la imposición de una serie de circunstancias fácticas, o que la coherencia final se limita a formular los principios que casen con estas circunstancias. Las concepciones del ciudadano y de la sociedad que RAWLS introduce en el procedimiento no son un mero catálogo de condicionamientos fácticos, sino una serie de concepciones teóricas normativas que son seleccionadas a partir de un conjunto de juicios morales considerados, de creencias morales intuitivas fuertemente afianzadas en nuestras sociedades, y que representan el modo de vernos a nosotros mismos y a nuestras sociedades. Cuando RAWLS explica que el velo de la ignorancia se sustenta en una concepción de los individuos en la cual éstos son libres de forma que pueden distanciarse de su propia concepción del bien, no formula esta idea porque se sienta obligado a hacerlo ante la exactitud de una determinada explicación científica, sino porque ésta es la forma de vernos a nosotros mismos que mejor casa con nuestras convicciones morales intuitivas más arraigadas¹⁰⁴. Por lo demás, las concepciones teóricas del procedimiento rawlsiano tampoco disfrutaban del carácter definitivo que atribuimos a las aserciones científicas: caso de que estas

¹⁰² COHEN, 2008: 309.

¹⁰³ COHEN (2008: 330) subraya un pasaje de RAWLS (1971: 455) en el que éste llama la atención sobre la necesidad de que la teoría case con los hechos generales de la psicología humana, y pueda ser atractiva para los individuos, es decir, genere el deseo de actuar de acuerdo con sus conclusiones.

¹⁰⁴ RAWLS dice inspirarse en las «ideas más familiares» que suministra «la cultura de una sociedad democrática» o «las tradiciones de interpretación de su constitución y de su derecho fundamental». «Presumo que los ciudadanos de una sociedad democrática tienen, cuando menos, una comprensión implícita de estas ideas tal y como se manifiestan en la discusión política diaria, en los debates sobre el significado y el fundamento de los derechos y libertades básicos y en escenarios similares». RAWLS, 2001: 5.

concepciones y el constructo resultante de la posición original nos hubieran conducido a principios que nos resultaran contraintuitivos, la falta de coherencia nos movería a pensar que hemos cometido algún error, a desconfiar de nuestros juicios considerados y a reformar o modificar las construcciones teóricas seleccionadas¹⁰⁵. En última instancia, lo que justifica los principios es la coherencia final alcanzada entre todos los elementos introducidos en el procedimiento. No es cierto así que el constructivismo se limite a dar cuenta de las preferencias morales de cada filósofo presentándolas como una necesidad fáctica; el principio de diferencia pone en orden una serie de intuiciones, principios y valoraciones normativas, y no es correcto afirmar que su contenido es perfilado o es recortado obedeciendo imperativos fácticos¹⁰⁶.

Por supuesto, el problema fundamental de la metaética de COHEN es la imposibilidad de justificar debidamente el significado de los valores morales, así como sus rasgos de conflictividad y pluralidad. El intuicionismo confía en el descubrimiento de una serie de cualidades morales objetivas que presentan la misma evidencia que las cualidades naturales. Pero, en general, los intuicionistas reconocen que no tenemos un acceso directo o por medio de los sentidos a dichas cualidades, de modo que sólo la intuición nos permitirá el conocimiento de las mismas¹⁰⁷. COHEN sitúa el origen de estas intuiciones morales en el examen de casos particulares: el análisis de estos casos nos hace emitir una serie de juicios morales intuitivos que funcionan como aprehensiones inmediatas de la naturaleza y del significado de los valores morales; finalmente, de la generalización de estos juicios resultará la formulación de una serie de principios generales¹⁰⁸. Como sabemos, las intuiciones sobre la justicia convergen, para COHEN,

¹⁰⁵ Por eso afirma que no debemos interpretar estos argumentos «como una base», en el sentido fundacionalista de un pilar inamovible, origen de todas las inferencias. «Todo depende de cómo se organice la exposición como un todo». RAWLS, 2001: 5, n. 5

¹⁰⁶ He discutido una forma de interpretar la expresión «principios que se derivan de hechos» en la cual el contenido de las normas se deriva de una serie de circunstancias fácticas. He expresado mi acuerdo con COHEN a la hora de criticar esta derivación. Sin embargo, existe otra interpretación posible en la cual los hechos se limitan a constituir el ámbito de problemas al que se orientan nuestras discusiones: el problema de la organización de las sociedades, el problema de la obra artística... Sin tiempo para una larga discusión al respecto, creo que esta segunda forma de interpretar la sensibilidad hacia los hechos de nuestras preferencias normativas no es ya denunciabile ni siquiera desde el platonismo de COHEN: afirmar que un principio P1 resuelve el problema del juicio artístico mientras que otro P2 no lo hace, porque habla de justicia, no merece la crítica de sumisión a los hechos. En el mismo sentido: BUCKLEY, 2010: 398-399. Si no interpreto mal a POGGE, es lo que éste denominaría la «sensibilidad externa» de los principios hacia los hechos, frente a la sensibilidad interna a la que nos hemos referido en el texto. *Vid.* POGGE, 2009: 93 y ss. Le agradezco a T. POGGE sus aclaraciones a mis preguntas sobre esta cuestión.

¹⁰⁷ «No tenemos un medio de acceder directamente a los hechos que distinguen lo bueno y lo recto, de modo que la forma de acceder a qué cosas son buenas o rectas es pensando sobre ellas: las convicciones morales de las personas cultas y juiciosas son los datos de los que parte la ética, de igual forma a como las percepciones sensitivas son los datos de los que parten las ciencias naturales». ROSS, 1955: 40-41.

¹⁰⁸ COHEN, 2008: 4. Para los intuicionistas clásicos, esta aprehensión de valores ostenta el carácter de auto-evidente, razón por la cual las intuiciones tienen en todo momento prioridad con respecto a los principios. PRICHARD, 1968: 8. COHEN no habla de auto-evidencia, pero sí de «cierta soberanía» de las intuiciones con respecto a los principios, lo que respalda la prioridad de aquéllas. Esta prioridad de las intuiciones relativas a casos particulares no se verifica en el constructivismo rawlsiano. Es cierto que, como se ha dicho, RAWLS procede a partir de una serie de concepciones que resultan de juicios morales intuitivos formulados en circunstancias apropiadas. Sin embargo, los principios resultantes de su teoría pueden enmendar después las intuiciones de partida, y proporcionar reglas de prioridad que resuelvan los supuestos conflictos o choques de intuiciones. Así, RAWLS emplea algunas secciones de *A Theory of Justice* en demostrar que el conocimiento sobre la justicia que nos proporciona nuestro sentido común es insuficiente, y nos conduce a errores que su teoría permite co-

en un principio fundamental de igualdad. COHEN procede en todo momento como si, dentro de un contexto moral de libertad y responsabilidad humanas, ningún juicio moral intuitivo sobre caso particular alguno amenazara nunca la evidencia de que la distribución más justa es la más igualitaria; allí donde nuestro examen del caso parece matizar o incluso desplazar la igualdad, allí nos hallamos bajo la influencia de otro principio moral distinto a la justicia, principio que entra en conflicto con ésta y que puede llegar a derrotarla. Por supuesto, podemos presumir que COHEN no es inconsciente de que no son pocos los filósofos que han desafiado la relación necesaria entre justicia e igualdad, y han abogado por rescatar la idea romana de que la justicia es, simplemente, «dar a cada uno lo que es suyo». La respuesta de COHEN a quien elude identificar justicia con igualdad es que, desde que eluden este significado, están hablando de otra cosa. Sin embargo, es obvio que estos autores hacen algo diferente a hablar de otra cosa: están socavando los argumentos de COHEN, porque están afirmando que sus intuiciones sobre lo que es justo o sus juicios morales particulares les conducen a vincular el valor de la justicia con significados distintos a los que formula COHEN¹⁰⁹. Este enfrentamiento entre intuiciones morales conduce a la conclusión de que lo que se presenta como una mera descripción de cualidades y de significados evidentes es en realidad una adscripción o una atribución arbitraria¹¹⁰.

La aprehensión intuitiva y platónica de cualidades morales le conduce a COHEN a observar los hechos morales como entidades en permanente conflicto: cada caso particular suele ser el escenario de un choque entre una pluralidad de valores, y, una vez más, sólo el examen de cada caso y el uso de nuestras intuiciones morales podrán calibrar el peso de cada valor y determinar cuál de ellos permite resolver el caso. Sin embargo, esta descripción de un mundo objetivo de cualidades y hechos morales se ajusta muy difícilmente a nuestras prácticas morales. Aunque éste no es lugar adecuado para un examen en profundidad de estos problemas, sí podrá apreciarse que esta imagen conflictualista, tal y como COHEN la ha presentado, introduce algunas anomalías en nuestra comprensión del mundo moral. Por lo pronto, puede observarse que el modelo intuicionista renuncia a la posibilidad de otorgar una justificación objetiva a las prioridades que resuelven los conflictos de valores: el conflicto no puede resolverse mediante reglas de prioridad objetivas y generales porque nuestros valores no conforman sistema alguno, de modo que el siguiente caso puede excepcionar la regla. Es posible que, para algunos, esta respuesta sea suficiente para eludir el problema de justificación que denunciamos, pero creo que conduce a otro. COHEN insiste en afirmar que su metaética es perfectamente neutral, porque no prejuzga ni determina el signi-

regir. RAWLS, 1971: sección 47, 304 y ss. En el intuicionismo, las intuiciones o los juicios particulares corrigen los principios, pero no a la inversa; en el constructivismo de RAWLS, existen intuiciones y principios, pero la posibilidad de corrección es de doble sentido.

¹⁰⁹ Los casos de NOZICK o HAYEK son bien conocidos. *Vid. una fuerte crítica a este punto en ARNESON, 2009: 12.*

¹¹⁰ COHEN rechaza la identificación de su metaética con un punto de vista fundacionalista de la justificación, y ello porque en ningún momento afirma que sus principios sean auto-evidentes. Sin embargo, su vinculación entre justicia e igualdad descansa en una serie de intuiciones que gozan de una especie de «soberanía». Para SAYRE-MCCORD (1996: 149), el fundacionalista se distingue por pensar «que hay una clase privilegiada de creencias que no están inferencialmente justificadas, y sin las cuales el resto de creencias carece de justificación». Desde esta definición, COHEN no escapa del fundacionalismo ni de sus problemas de teoría de la justificación.

ficado o el contenido de nuestras creencias morales, y que podría ser aceptada por un conjunto muy vasto y heterogéneo de concepciones¹¹¹. Sin embargo, hablar aquí de neutralidad en lo substantivo es dudoso: ante un determinado conflicto moral, aquel que esgrimiera una supuesta regla de prioridad general a favor de un determinado valor sería de inmediato acallado por los seguidores de COHEN, que no creen posible la existencia de dichas reglas, ni se introducirían en debate alguno sobre las mismas. Este veto a un tipo de argumentos podría favorecer un determinado resultado, y perjudicar a otro, de modo que la prometida neutralidad es en realidad inexistente.

Un tercer problema puede ser identificado en el carácter *prima facie* que COHEN atribuye a los principios morales. Desde su punto de vista, un caso particular suele enfrentar a distintos principios morales (de justicia, eficiencia, etc.) que son válidos y obligatorios en dicho caso concreto; el problema moral consiste en determinar cuál de estos principios ejerce un mayor peso o influencia en el caso; una vez realizada esta operación, aplicamos el principio ganador, y nos resignamos a una situación de pérdida moral, porque admitimos que otro principio, o incluso una serie de principios morales válidos y obligatorios van a ser desobedecidos en un determinado caso¹¹². Sin embargo, ésta es sólo una forma de interpretar qué queremos decir cuando afirmamos que un determinado deber es *prima facie*. De acuerdo con la terminología de D. O. BRINK, COHEN suscribe una interpretación o una concepción «metafísica» de los deberes *prima facie*. Una concepción distinta es la concepción «epistémica»¹¹³. En ella, admitimos que los problemas particulares parecen enfrentar a distintos principios morales que parecen válidos y obligatorios en el caso particular, por lo cual los entendemos como principios aplicables *prima facie* en dicho caso particular. Sin embargo, entendemos que la validez y obligatoriedad en el caso de todos los principios convocados es sólo una hipótesis teórica a primera vista verosímil, pero que hemos de confirmar después en el análisis del problema. Este análisis no consiste en una ponderación de los pesos o escalas de cada principio, sino en la determinación de cuál o cuáles de estos principios rigen verdaderamente el caso, cuál o cuáles son válidos y obligatorios con exclusión de los demás, y cuales otros, pese a que haya circunstancias que a priori nos inclinaran a considerarlos como posibles principios válidos, en realidad no son los principios válidos y obligatorios del caso, y han de ser excluidos a la hora de solucionarlo. En suma, un principio *prima facie* es una hipótesis, una presunción o una razón a priori de que debemos hacer algo; cuestión distinta es afirmar que no sólo son razones, sino también «buenas» razones, o que imponen deberes u obligaciones morales: el examen del caso revelará, una vez consideradas todas las razones, que éste se incluye en el ámbito de validez de uno de los principios en disputa, con exclusión de los demás¹¹⁴.

¹¹¹ COHEN, 2008: 257.

¹¹² Las obligaciones morales no son erradicables, y permanecen aun después de que se ponderen los principios y se resuelva el conflicto. Tampoco es erradicable la sensación de pérdida moral, y los sentimientos de remordimiento y pesar juzgados como moralmente apropiados: «Sostengo que el remordimiento es moralmente apropiado cada vez que una obligación *prima facie* ha sido violada, con independencia de que fuese moralmente permisible violarla». PIETROSKI, 1993: 509.

¹¹³ BRINK, 1996.

¹¹⁴ DWORKIN lo resume muy expresivamente: «Nuestra situación es muy diferente de la de Abraham: no estamos sujetos a dos poderes soberanos, uno de los cuales nos ordena libertad de expresión y el otro persecución de los insultos racistas. Por el contrario, estamos relacionados con cada una de las posiciones rivales por argumentos que, de ser finalmente aceptados como vinculantes, nos liberarían del atractivo que sentimos

Creo que el error de COHEN en la descripción de nuestras prácticas morales puede resumirse en la preferencia errónea e injustificada por una interpretación metafísica de lo que significan los principios *prima facie*. Por continuar con el ejemplo del perro lazarillo, parece muy claro que el invidente tiene el mismo derecho a entrar en el restaurante que el plenamente capacitado, y que no tiene por qué sentirse responsable de «pérdida moral» alguna. Creo que pueden esbozarse dos posibles fuentes de este error de COHEN. La primera es presumir de partida y antes de analizar el caso la solución al problema que está en disputa: cuál de los principios que parecen coincidir en el caso es el obligatorio y debe, por tanto, regir mi conducta. Los partidarios de la concepción metafísica se apresuran a afirmar que lo son todos sin que haya razones concluyentes para afirmarlo; es cierto que hay hechos que inclinan a pensar que un determinado principio P puede ser obligatorio, pero de igual forma a como en cualquier problema fáctico hay circunstancias que nos inclinan a pensar en varias causas, y sólo después de comprobarlas todas descartamos las que no han producido efecto alguno. Afirmar *a priori* que el caso está regido por todos los principios *prima facie* nos mueve así a reconocer que existen principios obligatorios en el caso, pero finalmente no aplicados, lo que significa el reconocimiento en cada caso de derechos y de expectativas morales que, finalmente, van a verse frustradas. Antes que reconocer paladinamente que incurrimos en contradicciones tan flagrantes cada vez que nos enfrentamos con un caso particular, ¿no es una reacción más verosímil en cualquier agente moral el esfuerzo por formular de forma previa y general en qué casos nuestros principios reconocen derechos o imponen obligaciones y en qué casos no?

La segunda fuente de error es la atribución a los principios de un ámbito de validez casi universal y, desde luego, no delimitable o especificable mediante una serie de reglas generales¹¹⁵. El principio fundamental de justicia «lo justo es distribuir los bienes a partes iguales» es aplicable siempre que se realice una distribución entre varios individuos libres y responsables. Ahora bien, según COHEN, este principio será válido y obligatorio en cualquier problema distributivo, lo que conduce a establecerlo como principio válido para las instituciones públicas, pero también para comunidades y asociaciones privadas, tales como la empresa o la familia, y probablemente para la distribución no sólo de rentas y riquezas, sino de otros bienes primarios como el respeto. Como se ha denunciado, de este monismo estricto podrían inferirse conclusiones absurdas, como el deber del padre o del amigo de querer en igual medida a todos los miembros de su familia o su pandilla de amigos. COHEN eludiría esta conclusión al interpretar estos ejemplos como conflictos entre principios en los que, finalmente, la justicia es desplazada por otros principios de mayor peso; sin embargo, no puede elu-

por el otro». DWORKIN, 2006: 111. Para SCANLON (1998: 56-57): los principios *prima facie* son razones, pero tener una razón es un hecho, no una obligación; para que se transformen en obligaciones, las razones han de acreditarse como «buenas» razones. Para HERMAN, en los conflictos morales no se trata de justificar qué obligación prevalece, como si hubiera más de una; los principios *prima facie* proporcionan lo que KANT denominaba «fundamentos de obligación»; pero éstos fundamentos ni siquiera podían llamarse «razones», sino meras presunciones de racionalidad práctica. HERMAN (1993: 168).

¹¹⁵ A POGGE (1996: 95) también le llama la atención que sus principios son «sensibles a los hechos en sentido externo», es decir, están vagamente determinados en lo que se refiere a qué tipo de problemas dirimen. Sin embargo, no son «sensibles en sentido interno», porque no sabemos cuándo se aplican realmente y cuándo son derrotados por otros principios, lo que, según POGGE, desencadena la conclusión de que COHEN no rescata ni la justicia ni valor alguno.

dir otras consecuencias igualmente absurdas: que el principio de justicia es obligatorio en estos casos, y, si esto es cierto, que el deber de querer a amigos y parientes por igual es obligatorio, aunque se vea finalmente superado por otros, en cuyo caso hemos de reconocer una situación de pérdida moral ¹¹⁶. Mucho más sensata es la concepción según la cual los principios, tomados aisladamente, son normas cuyo ámbito de validez es indeterminado ¹¹⁷. Para establecer su ámbito de validez, necesitamos reglas que integren el conjunto de casos en el que son necesariamente aplicables y obligatorios, perfilen su ámbito de validez y lo distinguan del ámbito de validez de otros principios. Esta tarea de delimitación y de separación del ámbito de validez de los principios equivale a la tarea de ponerlos en orden o en coherencia. De este modo, el significado preciso o el ámbito de validez de cada principio se determinan mediante el concurso de todos los demás principios, porque esta tarea de determinación exige incluir el principio que definimos dentro de un sistema, de una teoría que imponga coherencia a nuestros principios. Como repite BRANDOM, necesitamos muchos conceptos para explicar el significado de uno solo ¹¹⁸, y necesitamos poner en orden una pluralidad de principios y de valores morales para perfilar el significado o el ámbito de validez de la justicia. Limitarnos a decir que justicia es esencialmente igualdad supone así un problema práctico, porque, *a priori*, no sabemos en qué casos particulares debemos imponer igualdad y en qué casos no; es también un problema de conocimiento: si sólo contamos con la idea de que justicia es igualdad, aún no sabemos en qué casos debemos aplicar este principio; y, si no sabemos en qué casos debemos aplicar el principio, no conocemos de forma adecuada el sentido o el significado del valor de la justicia ¹¹⁹. Para alcanzar este conocimiento precisamos de una teoría, de una concepción de la justicia, y ésta sólo puede obtenerse poniendo en orden el ámbito de validez de los principios más importantes que gravitan en torno al problema de la justicia, y ordenándolos en torno a un sistema coherente. Y ésta es la tarea que realiza J. RAWLS. En realidad, sus llamados principios de justicia son una serie de reglas generales que permiten perfilar y delimitar el sentido que debemos atribuir al valor de la justicia. Pero este significado ha sido formulando después de poner en orden o en equilibrio una larga lista de valores, de principios y de expectativas morales. Particularmente, el principio de diferencia es una regla que permite integrar el sentido de la justicia distributiva, pero que es a su vez una ordenación de distintos valores, principios y expectativas, como son la igualdad, la eficiencia, etcétera ¹²⁰.

¹¹⁶ Si hacemos equivaler justicia y una interpretación estricta del principio de diferencia, habríamos de justificar un deber de mayor respeto y amistad hacia los más desfavorecidos. POGGE, 2000: 161.

¹¹⁷ Las reglas configuran de forma «cerrada» su ámbito de validez; los principios de forma abierta. ATIENZA-RUIZ MANERO, 1996: 9. «Los principios prácticos son vagos» y carecen de *legalistic precision*. HARMAN, 1978: 111, cursivas mías.

¹¹⁸ BRANDOM, 1994: 89.

¹¹⁹ Por acudir al ejemplo de SCANLON (1998: 100), si empleamos la música de los últimos cuartetos de Beethoven como música de ascensor de nuestra empresa, el error no es haber puntuado y priorizado erróneamente música y negocios: el problema es entender mal el valor de la música.

¹²⁰ Por eso también la justicia es concretada dentro del ámbito de las instituciones fundamentales de la estructura básica de la sociedad. Eso no quiere decir que, para RAWLS, el ámbito privado sea un espacio vacío de justicia. Como se ha dicho, no es tarea de este ensayo discutir el dualismo de RAWLS frente al monismo de COHEN. Bastará con observar un hecho reconocido por los monistas: la enorme influencia que un derecho justo (por ejemplo un derecho de familia o un derecho laboral) puede ejercer sobre las asociaciones privadas. Un monista como MURPHY no duda en afirmar que «si las instituciones de la estructura básica hacen su trabajo debidamente, es poco lo que los individuos tendrán que pensar acerca de, [por ejemplo], cómo promover el bienestar general». MURPHY, 1998: 15.

En realidad, el principio fundamental de justicia de COHEN es válido y obligatorio de forma casi universal, pero no hay razón ni regla general *a priori* para negar la idea de que, tal vez, podría no ser aplicable nunca, porque podría ocurrir que los casos particulares convocaran siempre a principios de mayor peso. Como se ha dicho, COHEN termina privando a su teoría de la justicia de todo vigor crítico frente a las desigualdades reales. Frente a lectores perplejos, COHEN opone la idea platónica de que la tarea de la filosofía no es la legislación ni la práctica política, sino el conocimiento puro: la captación de valores supone la formulación de un significado; ésta es una tarea puramente teórica y, con ello, la tarea propiamente filosófica, mientras que la utilización de estos valores en la práctica y la resolución de sus conflictos es ya una tarea política y legislativa ¹²¹. La pregunta que cabe formularse entonces es qué queda en COHEN del marxismo, sobre todo si consideramos que, puestos a desentrañar el contenido esencial del marxismo, una de las tesis menos polémicas es la que atribuye a la filosofía como misión fundamental no el conocimiento puro, sino la transformación de la realidad ¹²².

BIBLIOGRAFÍA

- ARNESON, R. J., 2009: «Justice is not Equality», en B. FELTHAM (ed.), *Justice, Equality and Constructivism*, Chichester: Wiley-Blackwell.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del derecho*, Barcelona: Ariel.
- AUDI, R., 2002: «Intuitionism, Pluralism and the Foundation of Ethics», en W. SINNOTT-ARMSTRONG (ed.), *Moral Knowledge?*, New York: Oxford U. P.
- BRANDON, R., 1994: *Making it Explicit*, Cambridge (Mass.): Harvard U. P.
- BRINK, D. O., 1996: «Moral Conflict and Its Structure», en H. E. MASON (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, New York: Oxford U. P.
- BUCKLEY, M., 2010: «Review of “Rescuing Justice & Equality”», *Journal of Value Inquiry*, 44.
- CARENS, J., 1981: *Equality, Moral Incentive and the Market*, Chicago: U. P.
- COHEN, G. A., 1978: *Karl Marx's Theory of History: A Defence*, Oxford: U. P.
- 1995: *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge: U. P.
- 2008: *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge: Harvard U. P.
- COHEN, J., 2002: «Taking People as They Are?», *Philosophy & Public Affairs*, 30.
- DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard U. P.
- 2000: *Sovereign Virtue*, Cambridge: Harvard U. P.
- 2006: *Justice in Robes*, Cambridge: Harvard U. P.
- HARMAN, G., 1978: «Reasons», en J. RAZ (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford: Oxford U. P.
- HERMAN, B., 1993: *The Practice of Moral Judgment*, Cambridge: Harvard U. P.
- KYMLICKA, W., 1990: *Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Clarendon.

¹²¹ COHEN, 2008: 284. En realidad, esta oposición entre el filósofo y el legislador le coloca un peldaño por encima de PLATÓN en lo que a idealismo se refiere. Su esfuerzo por agotar el sentido del valor de la justicia mediante la igualdad y la responsabilidad desencadena proclamaciones no menos contundentes: la justicia no tiene por qué ser pública ni visible, una justicia invisible para todos los hombres sería también justicia, la justicia no tiene por qué garantizar orden estable alguno (COHEN, 2008: 345, 325, 329).

¹²² Le agradezco al profesor M. Á. RODILLA la generosidad que ha mostrado leyendo y comentando estas páginas.

- MURPHY, L. M., 1998: «Institutions and the Demands of Justice», *Philosophy & Public Affairs*, 27.
- NOZICK, R., 1974: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Blackwell.
- O'NEILL, O., 2002: «Constructivism in Rawls and Kant», en S. FREEMAN (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge: Cambridge U. P.
- PIETROSKI, P. M., 1993: «Prima Facie Obligations, Ceteris Paribus Laws in Moral Theory», *Ethics*, 103.
- POGGE, T., 2000: «On the Site of Distributive justice. Reflections on COHEN and Murphy», *Philosophy & Public Affairs*, 29.
- 2009: «Cohen to the Rescue!», en B. FELTHAM (ed.), *Justice, Equality and Constructivism*, cit.
- PRICHARD, H. A., 1968: *Moral Obligation*, Oxford: Oxford U. P.
- RAWLS, J., 1971: *A Theory of Justice*, Oxford: U. P.
- 1980: «Kantian Constructivism in Moral Theory», *The Journal of Philosophy*, 77.
- 1993: *Political Liberalism*, New York: Columbia U. P.
- *Collected Papers*, S. FREEMAN (ed.), Cambridge: Harvard U. P.
- 2001: *Justice as Fairness: A Briefer Restatement*, Cambridge: Harvard U. P.
- ROSS, W. D., 1955: *The Right and the Good*, Oxford: Clarendon.
- SAYRE-MCCORD, G., 1996: «Coherentist Epistemology and Moral Theory», en W. SINNOTT-ARMSTRONG (ed.), *Moral Knowledge?*, cit.
- SCANLON, T. M., 1998: *What We Owe to Each Other*, Cambridge: Harvard U. P.
- SCHAUER, F., 2006: *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge: Harvard U. P.
- SCHEFFLER, S., 2003: «What is Egalitarianism?», *Philosophy & Public Affairs*, 31.
- SHER, G., 1987: *Desert*, Princeton: U. P.
- TITELBAUM, M. G., 2008: «What Would a Rawlsian Ethos of Justice Look Like?», *Philosophy & Public Affairs*, 36.

DEMOCRACIA INTERNACIONAL, DERECHO HUMANO A LA DEMOCRACIA E INTERVENCIÓN HUMANITARIA *

Hugo Omar Seleme

CONICET Universidad Nacional de Córdoba

RESUMEN. El objetivo que persigue este trabajo es cuestionar la existencia de un Derecho Humano a la Democracia cuyos titulares son todos los seres humanos. Adicionalmente pretende mostrar que lo que en realidad existe es un derecho a la Democracia Internacional cuyos titulares son los Estados legítimos. Si el argumento que se ofrece para justificar este derecho es correcto, entonces se sigue una importante consecuencia con respecto a la institución de la intervención humanitaria. Específicamente, aparece un nuevo mandato democratizador. Uno que no requiere democratizar las instituciones estatales sino las instituciones internacionales.

Palabras clave: legitimidad, coacción, sistema internacional de estados.

ABSTRACT. The objective of this paper is to question the existence of a Human Right to Democracy whose holder is every human being. Additionally it aims to show that there actually is an International Right to Democracy whose holders are legitimate states. If the argument offered to justify this right to International Democracy is correct then an important implication regarding the institution of humanitarian intervention follows. Specifically, a new democratizing mandate appears. One that does not require to democratize the domestic institutions but the international ones.

Keywords: legitimacy, coercion, international state system.

* Fecha de recepción: 7 de julio de 2012. Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2012.

INTRODUCCIÓN

Desde el final de la Guerra Fría la opinión de que existe un Derecho Humano a la Democracia comenzó a ganar fuerza entre los filósofos políticos y los doctrinarios del derecho internacional¹. Tal posición tiene profundas consecuencias prácticas si es puesta en combinación con otra generalmente aceptada desde el final de la Segunda Guerra Mundial que afirma que la violación masiva de derechos humanos por parte de un Estado justifica la intervención armada o humanitaria con el objetivo de poner fin a tal trasgresión². La justificación jurídica de este tipo de intervención ha sido disputada en el ámbito internacional, debido a que la Carta de las Naciones Unidas sólo contempla la intervención que tiene por objeto poner fin a potenciales amenazas para la paz (art. 7). No obstante, tanto a nivel filosófico³ como a nivel político⁴ su aceptación es amplia.

La consecuencia que se sigue de estas dos posiciones es que está justificado que un Estado intervenga en otro que no posee una organización política democrática con el objeto de favorecer su instauración⁵. Que esta conclusión se siga de premisas ampliamente aceptadas sería sólo una cuestión de interés teórico si no fuese porque una

¹ Entre los filósofos políticos puede mencionarse a F. TESÓN (1998) y A. BUCHANAN (2004). Entre los juristas internacionales se encuentra G. FOX (1992) y Th. FRANCK (1992). De igual manera, el Comité de derechos humanos ha interpretado que la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos establece un Derecho Humano a la Democracia. Aunque el texto de la Convención fue confeccionado de modo de dar cabida a sistemas electorales no competitivos tales como los que existían en el bloque soviético, con la caída de la URSS quedó despejado el camino para interpretarla como estableciendo un Derecho Humano a la Democracia.

² Este es un concepto restringido de intervención humanitaria que las circunscribe al caso de intervenciones armadas. Una utilización del mismo puede encontrarse en VINCENT (1974: 8). El concepto amplio, por el contrario, considera intervención humanitaria a cualquier injerencia en los asuntos internos de otro Estado con el objeto de proteger los derechos humanos. Medidas económicas tales como el embargo o el otorgamiento de incentivos serían tipos de intervención humanitaria. Una utilización del concepto amplio de intervención humanitaria puede encontrarse en BEITZ (1979-1999: 73-75) y en MOELLENDORF (2002: 117-119).

He optado por utilizar el concepto restringido porque representa el caso más claro y extremo. Si uno opta por el concepto restringido de intervención humanitaria el caso a favor de la misma consiste en mostrar que existe un supuesto de guerra justa. Es decir, la institución de la intervención humanitaria retorna a un estadio previo a la paz de Westfalia con relación a la guerra justa. Luego de Westfalia el único motivo de guerra justa fue la auto-defensa. La intervención humanitaria establece causales de guerra justa más amplias que la mera auto-defensa, a saber, la protección de los derechos humanos en un país extranjero. Esta ampliación de las causales de guerra justa parece revertir el movimiento a favor de restringirlas que se iniciase con VITORIA, SUÁREZ y continuase con GROCIO. No obstante puede apreciarse en los últimos años un intento por restringir las causales de intervención humanitaria. Un caso claro en este sentido es D. LUBAN quien ha corregido algunas de las posiciones que sostenía en trabajos previos volviendo las condiciones de la intervención humanitaria mucho más exigentes de lo que antes consideraba (LUBAN, 2002).

³ Uno de los primeros en defender esta postura ha sido D. LUBAN (1980). Básicamente LUBAN sostenía que la intervención en un país extranjero con el objeto de defender los derechos humanos se encontraba justificada aunque violase la soberanía y pudiese calificarse según el orden legal internacional como una agresión.

⁴ La mayor muestra de que existe aceptación política en el ámbito internacional respecto de la intervención humanitaria puede encontrarse en la resolución 60/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dictada el 24 de octubre del 2005, por la cual aprobó el informe de la International Commission on Intervention and State Sovereignty.

⁵ Entenderé que un sistema es democrático cuando cada uno de los ciudadanos posee un derecho igual a expresar su opinión a través del voto adoptándose aquella decisión que obtiene algún tipo de mayoría. El concepto que tengo en mente es, como puede apreciarse, uno meramente de índole procedimental. Por supuesto, existen concepciones más robustas de democracia pero a los fines de este trabajo conviene adoptar un concepto mínimo.

potencia militar de la envergadura de Estados Unidos, ha hecho de tal mandato democratizador uno de los ejes de su política exterior. Al respecto señalaba G. W. BUSH en su discurso sobre el Estado de la Unión del 20 de junio de 2004:

[...] (W)e will finish the historic work of democracy in Afghanistan and Iraq, so those nations can light the way for others and help transform a troubled part of the world [...] America is a nation with a mission, and that mission comes from our most basic beliefs. We have no desire to dominate, no ambitions of empire. Our aim is a democratic peace, a peace founded upon the dignity and rights of every man and woman. America acts in this cause with friends and allies at our side, yet we understand our special calling: This great republic will lead the cause of freedom (Bush, 2004).

El justificar las intervenciones armadas en base a la promoción y defensa de la democracia no es algo que sea nuevo en la política estadounidense. La justificación ofrecida por W. WILSON para involucrar a Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial y la ofrecida luego por F. ROOSEVELT para tomar parte en la Segunda Guerra Mundial, ya apelaban a la promoción de la democracia⁶. La novedad reside en que ahora se utiliza como justificación de la intervención a un tipo específico de estándar normativo: un Derecho Humano a la Democracia. La alegada existencia de un Derecho Humano a la Democracia, permite presentar las intervenciones armadas con el objeto de promover o proteger esta forma de gobierno como un caso de intervención humanitaria.

El objetivo que persigue este trabajo es cuestionar la existencia de un Derecho Humano a la Democracia cuyos titulares son todos los seres humanos. Adicionalmente pretende mostrar que lo que en realidad existe es un derecho a la Democracia Internacional cuyos titulares son los Estados legítimos. Si el argumento que se ofrece para justificar este derecho es correcto, entonces se siguen importantes consecuencias con respecto a la institución de la intervención humanitaria.

La estructura del trabajo es la siguiente. En la sección I mostraré en donde radica el atractivo de presentar a las intervenciones democráticas como intervenciones de índole humanitaria. En la sección II presentaré una concepción de los derechos humanos que permite justificar que los Estados garanticen su satisfacción por parte de otros Estados, aun recurriendo a la intervención armada. En la sección III mostraré que si se adopta esta concepción no puede sostenerse que exista un Derecho Humano a la Democracia⁷. Lo que existe es un derecho a que el esquema de instituciones interna-

⁶ WILSON en su *War Message to the Congress* del 2 de abril de 1917 señalaba: «...*(W)e shall fight for the things which we have always carried nearest our hearts —for democracy, for the right of those who submit to authority to have a voice in their own governments, for the rights and liberties of small nations, for a universal dominion of right by such a concert of free peoples as shall bring peace and safety to all nations and make the world itself at last free...*» y agregaba luego, en un pasaje que el discurso de G. BUSH antes transcrito parece replicar como un eco: «...*The world must be made safe for democracy. Its peace must be planted upon the tested foundations of political liberty. We have no selfish ends to serve. We desire no conquest, no dominion...*» (WILSON, 1917). Roosevelt, por su parte señalaba: «*Democracy's fight against world conquest is being greatly aided, and must be more greatly aided, by the rearmament of the United States and by sending every ounce and every ton of munitions and supplies that we can possibly spare to help the defenders who are in the front lines...*». Y agregaba luego: «*We must be the great arsenal of democracy...*» (ROOSEVELT, 1940).

⁷ La discusión que me interesa abordar es de moralidad política. La pregunta relevante, entonces, es la de si existen razones morales que justifiquen un Derecho Humano a la Democracia. Las razones de otra índole, como aquellas referidas a la estabilidad política, no son aquí relevantes a menos que se pruebe su carácter moral. Del mismo modo son irrelevantes aquí los argumentos en contra de las transiciones democráticas basadas en la incerteza acerca de los resultados que puedan producir. Los datos ofrecidos por E. MANSFIELD y J.

cionales posea un mecanismo democrático de toma de decisiones, esto es un derecho a la Democracia Internacional. En la sección IV me encargaré de mostrar las consecuencias que trae aparejada para la intervención humanitaria la concepción de derechos humanos presentada y la existencia de un derecho a la Democracia Internacional. Adicionalmente, será mostrado que la concepción no sólo posee en mayor medida algunos de los atractivos que traía aparejada la supuesta existencia de un Derecho Humano a la Democracia, sino que posee otros de mayor o igual envergadura.

1. EL ATRACTIVO DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA FUNDADA EN UN DERECHO A LA DEMOCRACIA

Una de las principales objeciones que se ha dirigido a la política exterior de Estados Unidos de intervenir en otros Estados con el objeto de instaurar regímenes democráticos, sostiene que se trata de un intento de imponer coercitivamente a otros pueblos valores occidentales o estadounidenses⁸. La forma de gobierno democrática es valiosa para los estadounidenses, señala la objeción, e intentar imponerla a otros pueblos no está más justificado de lo que estaría a nivel doméstico el intento de imponer los propios valores personales a otros ciudadanos. Se trata, continúa la objeción, de un caso de doble estándar. Mientras a nivel doméstico se sostiene que no está justificada la coacción para imponer los propios valores a otros ciudadanos, puesto que el uso de la coacción debe justificarse sobre la base a valores o principios que aquel que va a ser

SNYDER (2005) señalando que los regímenes que están en transición hacia la democracia son más beligerantes que los regímenes autocráticos estables, no son dirimientes para el objetivo que persigo. La pregunta por si existe un Derecho Humano a la Democracia puede distinguirse de la pregunta acerca de en qué circunstancias es razonable adoptar políticas para promover regímenes democráticos.

⁸ Otra acusación de la que han sido objeto las intervenciones estadounidenses es la de perseguir objetivos económicos o políticos que son enmascarados detrás de la supuesta promoción de la democracia. S. W. HOOK afirma: «*The U.S. pursuit of global democratization historically has served an ambiguous combination of altruistic aspirations and concrete national self-interest. Unfortunately, the subordination of U.S. democratic ideals to geopolitical concerns during the Cold War... fuelled ideological polarization within many developing countries and left a legacy of mistrust and resentment that has yet to be overcome more than a decade after the Cold War's collapse...*» (HOOK, 2002: 109). Uno de los primeros en formular esta línea de crítica fue N. CHOMSKY (1992).

Como un ejemplo patente de una intervención armada cuyo objetivo fue encubrir la persecución de otros intereses, algunos autores citan el caso de la guerra de Irak. Estados Unidos apoyó el régimen autocrático mientras sirvió a sus propósitos económicos, y lo atacó cuando este no fue más el caso. Afirma T. COFMAN WITTE: «*Washington's support of Saddam Hussein's Iraq during his long war with Iran served America's interest in stability, because Saddam's onslaught prevented the revolutionary Islamism of Khomeini's Iran from extending its influence further into the gulf, a move that would have undermined the stability of Saudi Arabia and other oil-producing states. When Saddam Hussein gassed his own population in the midst of that conflict, America's official response was mild. Only when Hussein turned his revisionist ambitions on American allies Kuwait and Saudi Arabia, threatening global energy supplies, did the United States turn against him*» (WITTE, 2008: 17).

Una objeción emparentada crítica la utilización de un doble estándar por parte de la política exterior estadounidense. A diferencia de la que he señalado en el texto, esta sostiene que no todos los países son medidos por Estados Unidos utilizando la misma métrica democrática a la hora de decidir la intervención. Específicamente, durante la guerra fría y la lucha en contra de comunismo fueron tolerados regímenes autoritarios si esto era funcional a la lucha anti-comunista. La tolerancia de Estados Unidos, o el abierto apoyo, del Sha en Irán, del general Anastasio Somoza en Nicaragua, de Ferdinand Marcos en Filipinas o de las dictaduras militares latinoamericanas, son ejemplos de esta política de doble estándar. El ejemplo más reciente y patente de doble estándar es el modo en que Estados Unidos ha conducido sus relaciones con China, pasando por alto el déficit democrático de su gobierno y la violación de derechos humanos (NEIER, 1997).

coaccionado pueda aceptar⁹, a nivel internacional se utiliza la coacción para imponer a otros pueblos la forma de gobierno que los estadounidenses consideran valiosa.

El modo más directo de enfrentar esta objeción es sostener —como señala G. BUSH en el discurso antes citado— que la democracia se encuentra fundada en la dignidad y los derechos que todo ser humano posee. Si la democracia es un derecho humano, las intervenciones armadas con el objeto de protegerla no son un intento de imponer un valor o forma de gobierno propia de un pueblo a otros, sino un intento de proteger los derechos que todos los individuos poseen, sea cual sea el pueblo al que pertenecen. Adicionalmente, puesto que la práctica de la intervención humanitaria es ampliamente aceptada a nivel internacional, lo mismo debería suceder con las intervenciones que tienen por objeto proteger o promover formas de gobierno democráticas. Las quejas de aquellos que se oponen a las intervenciones con el objeto de establecer sistemas democráticos son transformadas en intentos de defender un orden internacional donde los Estados no poseen ningún límite en el modo en que pueden tratar a sus ciudadanos. Si existe un Derecho Humano a la Democracia, la razón de principio para cuestionar las intervenciones democráticas debe ser que se cuestiona en general la intervención humanitaria.

En consecuencia, el primer atractivo de considerar que existe un Derecho Humano a la Democracia y de equiparar las intervenciones con el objeto de protegerlo a intervenciones humanitarias, es de índole política. Permite justificar un principio de política exterior que Estados Unidos ha seguido desde el siglo pasado. Si la intervención humanitaria se encuentra moralmente justificada, entonces también lo está la política exterior estadounidense que ha tenido por objeto imponer a otros pueblos su forma de gobierno¹⁰. El caso a favor de la intervención democrática se vuelve tan fuerte como el caso a favor de la intervención humanitaria. La existencia de un Derecho Humano a la Democracia permite que la fuerza de los argumentos justificatorios a favor de la intervención humanitaria se transmita a la justificación de la intervención democrática.

Ahora bien, el vincular la intervención humanitaria con la intervención democrática no solo fortalece el caso de esta última. Que exista un Derecho Humano a la Democracia también fortalece la justificación de la intervención humanitaria, al permitir descartar una de las objeciones más potentes que contra ella se ha dirigido. Este es el segundo de los atractivos que posee la posición que sostiene que existe un Derecho Humano a la Democracia.

Aunque la práctica de la intervención humanitaria es ampliamente aceptada, ha sido objeto de una crítica poderosa. El poder de la misma radica tanto en el peso del argumento, como en el peso político del Estado que la ha formulado. La posición del gobierno chino con relación a la intervención humanitaria sostiene que la misma se funda en una errónea concepción de los derechos humanos. Según la correcta interpretación de los derechos humanos, continua la objeción, la trasgresión de estos de-

⁹ Esta exigencia se funda en el deber de civilidad (RAWLS, 1993: 217).

¹⁰ Lo señalado sólo cuenta como un atractivo si uno está interesado en justificar las políticas estadounidenses. Sin embargo, si uno tiene en mente, por un lado, que la mayoría de los filósofos políticos residen en Estados Unidos o en países que apoyan su política exterior, y por el otro, que uno de los objetivos de la Filosofía Política es reconciliarnos con nuestras propias instituciones, se entiende porque la mayor parte de los filósofos políticos puede haber considerado a esto un atractivo.

rechos por parte de un Estado no es una razón que justifique la intervención de otros Estados en sus asuntos internos¹¹. Los derechos humanos imponen deberes sobre los Estados pero su trasgresión no confiere al resto de los miembros de la comunidad internacional un derecho a intervenir. La razón de ello radica en que cualquier intervención vulneraría el derecho al auto-gobierno, que es uno de los valores centrales del derecho internacional¹².

La posición del gobierno chino se funda en la idea socialista de que el Estado corporiza los intereses del pueblo y, por tanto, no puede existir conflicto de intereses entre ciudadanos y Estado o entre derechos humanos y soberanía que sirva para justificar la intervención extranjera (KENT, 1993: 21-22). Sin embargo, la objeción —una vez se la independiza de su base ideológica— apunta a un problema más general¹³. Cualquier tipo de intervención humanitaria implica una vulneración al derecho al auto-gobierno y, por tanto, debe ser defendida apelando a dos estrategias igualmente endeble: cuestionar que el auto-gobierno sea un valor; o sostener que cuando existe una violación masiva de derechos humanos el subsanar este mal tiene mayor importancia que el respecto irrestricto por el auto-gobierno¹⁴. Ambas estrategias parecen poco atractivas porque implican o bien abandonar un valor firmemente arraigado en el derecho internacional, o bien conceder que en cada intervención humanitaria existe un residuo moral provocado por la vulneración del derecho al auto-gobierno, aun si lo que se busca es promover o proteger valores de mayor importancia.

Ahora bien, si uno quiere mantener que el auto-gobierno es valioso y que no es el caso que toda intervención humanitaria implique su vulneración, una tercera estrategia queda disponible. Debe mostrarse que al menos existe un caso en que la intervención humanitaria no vulnera el derecho al auto-gobierno. Si existe un Derecho Humano a la Democracia, la intervención humanitaria con el objeto de promover o proteger esta forma de gobierno sería ese supuesto. La intervención humanitaria democrática no caería presa de la objeción fundada en la vulneración del auto-gobierno. Esto bastaría para mostrar que es falso que toda intervención humanitaria se encuentra en tensión con el auto-gobierno.

Tres razones determinan que, si existe un Derecho Humano a la Democracia, la intervención humanitaria para garantizarlo no quede sujeta a la objeción. En primer

¹¹ Para una evaluación crítica de esta concepción de los derechos humanos, *vid.* BEITZ, 2009: 123-124.

¹² Haciendo referencia a la importancia del valor del auto-gobierno o auto-determinación en el ámbito internacional, la Recomendación General 21/96 del Comité de derechos humanos sostiene en su art. 2: «*The right to self-determination of peoples is a fundamental principle of international law. It is enshrined in article 1 of the Charter of the United Nations, in article 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and article 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights, as well as in other international human rights instruments. The International Covenant on Civil and Political Rights provides for the rights of peoples to self-determination besides the right of ethnic, religious or linguistic minorities to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion or to use their own language.*»

¹³ Un modo alternativo de presentar esta objeción en contra de la intervención humanitaria consiste en trazar una analogía entre la autonomía individual y la autonomía de los Estados. I. KANT, E. DE VATTEL y Ch. WOLFF son algunos de los pensadores que apelaron a esta analogía para fundar el derecho de los estados a la no-intervención.

¹⁴ Uno de los que ha defendido esta posición es D. MOLLENDORF (2002). En su opinión la intervención humanitaria debe tener por objeto proteger o promover la justicia de la estructura básica. El autogobierno encuentra su límite en la injusticia. Señala al respecto: «*...the right to share a common life together cannot trump other considerations of justice...*» (MOLLENDORF, 118: 2002).

lugar, porque el derecho humano al auto-gobierno pasa a ser entendido como un derecho referido a los individuos y no a los Estados. Este primer paso rompe la equivalencia entre el interés en el auto-gobierno protegido por los derechos humanos y el derecho de los Estados a la no-intervención en sus asuntos internos¹⁵. En segundo lugar, porque si el interés que los individuos tienen en el auto-gobierno sólo se satisface en el seno de instituciones democráticas, la intervención armada con el objeto de instaurar un sistema democrático no vulnera el interés en el auto-gobierno protegido por los derechos humanos. Al no existir democracia en el Estado intervenido, no existe un esquema de auto-gobierno que la intervención pueda vulnerar. Tercero, porque el objeto de la intervención es la instauración de un sistema democrático de gobierno que permita satisfacer el derecho al auto-gobierno¹⁶.

Uno de los más fervientes promotores y defensores de la política estadounidense de intervenciones democráticas, J. MURAVCHIK, ha expresado el argumento antes esquematizado de modo contundente. Intentando defender las intervenciones democráticas, señala en *Exporting Democracy*:

[...] *The reason it is wrong to impose something on others, presumably, is because it violates their will. But, absent democracy, how can their will be known? Moreover, why care about violating people's will unless one begins with the democratic premise that popular will ought to be sovereign?* (MURAVCHIK, 1991: 34).

En síntesis, presentar a las intervenciones democráticas como un tipo de intervención humanitaria parece tener beneficios a dos puntas. Por un lado, fortalece el caso a favor de las intervenciones democráticas. Estas no son intentos de coaccionar a otros pueblos para que acepten valores propios de occidente, sino un modo de garantizar derechos humanos que todo individuo posee más allá del pueblo al que pertenece. Por otro, fortalece el caso a favor de la intervención humanitaria. No es el caso que *toda* intervención humanitaria implique una vulneración al derecho al auto-gobierno. La intervención democrática es un supuesto de intervención humanitaria donde tal vulneración no está presente.

2. LOS DERECHOS HUMANOS COMO REQUERIMIENTOS DE LEGITIMIDAD

Para determinar si existe un Derecho Humano a la Democracia es necesario articular previamente una concepción de los derechos humanos. Antes de avanzar sobre los detalles de la concepción que voy a presentar, puede ser de utilidad presentar la idea central. Según esta concepción los derechos humanos son las exigencias morales que aparecen debido a dos rasgos del orden internacional: su carácter coercitivo y su carácter estatal. El orden internacional impone de modo coercitivo sobre todos los individuos que habitan el planeta un sistema de Estados. A su vez, cada Estado está constituido por un conjunto de instituciones que se aplican de modo coercitivo. Que

¹⁵ Esta equiparación entre ambos derechos es denunciada como algo peligroso, entre otros, por J. DONNELLI (1989: 148).

¹⁶ Esta última razón muestra que la intervención democrática no solo no vulnera el derecho humano al auto-gobierno sino que tiene por objeto protegerlo.

los derechos humanos sean la contrapartida del carácter coercitivo del orden internacional, y que existan dos niveles de coacción —el internacional y el estatal— es lo que explica uno de los rasgos centrales de los derechos humanos, a saber, que los Estados sean los principales responsables de su satisfacción y que la comunidad internacional aparezca como garante. El recurso extremo que posee la comunidad internacional para efectivizar esta garantía es el de la intervención humanitaria.

Para desarrollar esta concepción de los derechos humanos llevaré adelante los siguientes pasos. En primer lugar, en el apartado 2.1, explicitaré en qué sentido tanto las instituciones domésticas como las internacionales poseen carácter coactivo. En el apartado 2.2 argumentaré para mostrar que la existencia de un esquema institucional coercitivo genera exigencias de legitimidad política. Presentaré una concepción institucional de la legitimidad que la vincula con el carácter de autor que deben poseer los sujetos a quienes las instituciones se aplican. En los apartados 2.3 y 2.4 me detendré a señalar el conjunto de condiciones que deben satisfacer las instituciones domésticas y las internacionales, dado el diferente modo en que son coercitivas, para ser legítimas. Los derechos humanos aparecerán como las exigencias que las instituciones estatales deben satisfacer para ser legítimas¹⁷.

A partir de la concepción de derechos humanos elaborada, extraeré en la sección III las conclusiones que se siguen con respecto a la existencia de un Derecho Humano a la Democracia. Por un lado, mostraré que dado que puede existir legitimidad o auto-gobierno sin democracia, el derecho a la democracia no es uno que deba ser satisfecho por las instituciones domésticas ni —en consecuencia— garantizado por las instituciones internacionales. Sin embargo, por otro lado, mostraré que dentro de los derechos que el orden internacional debe conferir a los Estados para ser legítimo se encuentra el derecho a la democracia. El derecho a la democracia será presentado como una condición de legitimidad del orden internacional, no de las instituciones estatales. La conclusión será que aunque no existe un Derecho Humano a la Democracia cuyos titulares son los ciudadanos, sí existe un derecho a la Democracia Internacional cuyos titulares son los Estados.

2.1. El carácter coactivo de las instituciones estatales e internacionales

Dos rasgos de las instituciones determinan su carácter coercitivo. En primer lugar, la existencia de un esquema institucional debe volver más probable que un individuo opte por cierto curso de acción o soporte un determinado estado de cosas. Un modo en que algunas instituciones producen este efecto sobre las probabilidades es a través de la imposición de sanciones a la no realización de ciertas acciones o la utilización de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza para que determinado estado de cosas se materialice. No obstante, este no es el único modo en que un esquema incide sobre las probabilidades de que un individuo siga un curso de acción o soporte un estado de

¹⁷ Ch. BEITZ (2009) ha sido el primero en construir un modelo de derechos humanos haciendo referencia a estos dos niveles de responsabilidad. La concepción de derechos humanos que voy a presentar en el texto va más allá de la suya en dos sentidos. En primer lugar, vincula los dos niveles de responsabilidad con los diferentes modos en que el esquema de instituciones domésticas e internacionales son coercitivas. En segundo lugar, vincula a los derechos humanos con las exigencias de legitimidad política o *autoria*.

cosas, con independencia de cuál sea su voluntad. Así, por ejemplo, el modo en que un esquema institucional recompensa los talentos naturales, o la manera en que distribuye el ingreso o las oportunidades, determinan que sea más probable para un individuo, por ejemplo, elegir una carrera en lugar de otra —optar por cierto curso de acción— o no disponer de ciertos recursos o bienes —soportar un estado de cosas—.

Este modo de concebir el carácter coactivo de un esquema institucional se aparta de la idea tradicional según la cual una regla o esquema institucional posee este carácter sólo cuando su cumplimiento se encuentra respaldado por la amenaza de una sanción o por el uso de la fuerza. La concepción tradicional entiende a la coerción como interferencia¹⁸. La razón de ello radica en que la amenaza de sanción o el uso de la fuerza aumentan las probabilidades de que el agente adopte un curso de acción con independencia de cuál sea su voluntad. No obstante, si es este efecto sobre las probabilidades el que hace que un esquema respaldado por la amenaza de sanción o el uso de la fuerza cuente como coactivo, no existe razón para sostener que normas o esquemas institucionales que producen idéntico efecto aun sin estar respaldadas por la amenaza de sanción o el uso de la fuerza, no son coactivas. La existencia de normas que recompensan la posesión y el desarrollo de ciertos talentos naturales, o que distribuyen los recursos y las oportunidades, inciden sobre la probabilidad de que un individuo adopte ciertos cursos de acción o soporte determinados estados de cosas, del mismo modo en que lo hacen las normas respaldadas por el uso de la fuerza o la amenaza de sanción.

El segundo rasgo de un esquema institucional que determina que sea coercitivo consiste en que éste no sólo produce el efecto antes señalado sino que persigue el efecto de aumentar la probabilidad de un curso de acción o el acacimiento de un estado de cosas sobre ciertos individuos¹⁹. El carácter intencional de la incidencia sobre el aumento de las probabilidades es lo que permite distinguir la idea de coacción de las meras externalidades negativas.

Para entender la distinción entre externalidad negativa y coacción puede ser de utilidad un ejemplo elaborado por NOZICK²⁰. Este nos propone imaginar una situación donde hay 26 mujeres (A, B, C,... Z) y 26 varones (A', B', C'... Z') con deseos de casarse.

¹⁸ A. RIPSTEIN señala como representante paradigmático de la concepción tradicional a S. MILL. La coerción: «...interferes with a person's liberty, and does so by imposing a cost on that person that he or she would not otherwise have borne...» (RIPSTEIN, 2004). Ph. PETTIT, por su parte, traza el origen de la noción de libertad como no-interferencia que subyace a la concepción tradicional de coerción hasta Th. HOBBS (PETTIT, 2008; PETTIT y LOVETT, 2009: 15).

¹⁹ Con ligeras modificaciones he estado interpretando coacción del mismo modo que PETTIT utiliza el concepto de dominación. He decidido, no obstante, utilizar otra terminología por dos motivos. En primer lugar, no tengo claro si PETTIT afirmaría que puede existir dominación sin intención de dominar. Si este fuese el caso, su noción de dominación sería diferente de la noción de coacción que estoy utilizando, puesto que no puede existir coacción sin intención de coaccionar. PETTIT simplemente señala: «One person, A, controls the choice of another person, B, when A does something that has the intentional or quasi-intentional effect of raising the probability that B will choose according to A's taste or judgment —raising it beyond the probability that this would have had in A's absence...» (PETTIT, 2009: 42). Esto todavía no es concluyente respecto a si debe o no existir intención de dominar o controlar. En segundo lugar, mientras PETTIT piensa que la exigencia moral que engendra la posibilidad de que exista dominación es la de no-dominación o control, la coacción tal como quedará más claro en lo que sigue no engendra la exigencia moral de no-coacción sino la de *autoría*.

²⁰ Lo que señalo en estos párrafos acerca de la distinción entre externalidad y coacción ha sido desarrollado en un trabajo previo que aquí simplemente sigo (SELEME, 2010: 86-87).

Cada uno de los individuos tiene el mismo orden de preferencias con relación a la lista de individuos del sexo opuesto. Cada uno prefiere en orden decreciente desde el individuo A o A' (según que sea varón o mujer) hasta el individuo Z o Z'. Todos los varones lo que más prefieren es casarse con A y luego sigue B y así hasta Z. Todas las mujeres a quien más prefieren es a A' y luego a B' y así hasta Z'. Supongamos que A y A' se casan, esto aumenta la probabilidad de que los otros individuos adopten un curso de acción —es ahora más probable que adopten el segundo individuo en la lista de los que más desean puesto que los primeros ya se han casado entre sí— pero no por esto afirmamos que A y A' han coaccionado a los 50 individuos restantes. Ni siquiera lo afirmamos en el caso extremo donde todos, salvo Z y Z', ya se han casado. Aunque no tienen más que una opción para elegir, aunque el casamiento de los otros ha aumentado las probabilidades de que se elijan recíprocamente, no pensamos por ello que hayan sido coaccionados (NOZICK, 1974: 263). Lo que determina que aquí no haya coacción es que cada uno de los individuos que elige su pareja no tiene la intención de incidir sobre los posibles cursos de acción de los demás. Su única intención es casarse con quien ha elegido. La incidencia sobre el aumento de la probabilidad de que otro adopte cierto curso de acción —el de elegir a la persona que sigue en su lista de preferencias— es una mera externalidad.

Si variamos el ejemplo, puede verse que lo relevante se encuentra en la intención. Imaginemos ahora que las preferencias que cada individuo perteneciente al grupo A, B... salvo Z se refiere a que el resto no se case con A', B' y así en orden decreciente. Z, por su parte, tiene las mismas preferencias que en caso anterior. Él prefiere casarse con A', luego le sigue B' y así en orden decreciente. A', B'... Z' prefieren casarse, aunque les es indistinto con quien y lo harán con cualquiera que se lo pida. En este caso imaginemos que A y A' se casan. A porque lo que más desea es que ninguno de los otros se case con A' y casarse con ella es un modo de evitar que los otros puedan hacerlo. A' porque le es indistinto con quien casarse y A fue el primero en ofrecérselo. Luego le toca el turno a B que elige a B' y así sucesivamente hasta llegar a Z. Cuando Z elige sólo le queda una opción disponible Z', que era la pareja que menos deseaba. Todos desde A hasta Y han tenido la intención de evitar que Z se casase con alguien, A tenía la intención de que no se casase con A', B con B' y así sucesivamente. ¿Puede Z quejarse de algo en esta nueva situación? Pienso que sí. Todos han incidido de modo intencional en el modo en que Z conduce su existencia. Todos han intentado determinar a quien elige como pareja. En este sentido, puede afirmarse que Z ha sido coaccionado²¹. La acción de cada uno de los otros ha tenido el efecto intencional de aumentar las probabilidades de que Z adopte un curso de acción²².

Que el aumento de la probabilidad sea ahora intencional es lo que nos inclina a pensar que en estos casos ha existido algún tipo de coacción. La situación tiene la misma estructura que la que se presenta cuando se utiliza la amenaza o la fuerza. Si A, B... Y, para evitar que otros se casen con A', B'... Z', formulan la amenaza de que si otro lo

²¹ Los miembros del grupo A'...Z' no han coaccionado a Z. Aun si han contribuido a restringir sus opciones, este no ha sido un efecto que buscasen intencionalmente.

²² Me he concentrado en el caso de Z porque es en quien la coacción se percibe con mayor fuerza. No obstante, salvo A el resto de los individuos en grado creciente se encuentran coaccionados. Las acciones de otros han aumentado de modo intencional la probabilidad de que adopten un curso de acción, a saber, no casarse con las parejas que los demás han elegido.

hace recibirá un castigo o ponen obstáculos materiales para que el casamiento pueda celebrarse, lo que han hecho ha sido elevar de modo intencional las probabilidades de que otros no tomen este curso de acción. Lo mismo que han hecho, en el caso antes descrito, al casarse con sus respectivas parejas. Lo que muestra el ejemplo, es que existe coacción cuando de modo intencional se incide sobre las probabilidades de que otro adopte un curso de acción o soporte un estado de cosas.

Trasladado a los esquemas institucionales, tenemos entonces que un esquema es coactivo no simplemente cuando incide sobre la probabilidad de que un agente elija un curso de acción o soporte un estado de cosas, sino adicionalmente cuando esa es su *pretensión*, cuando la incidencia en las probabilidades se trata de una consecuencia intencional. Esto nos deja con el problema de determinar sobre quienes recaen las consecuencias *intencionales* de un esquema institucional estatal.

Th. POGGE (1989: 45) ha trazado una distinción entre las consecuencias producidas intencionalmente por las instituciones y aquellas que no lo son²³. Lo primero que POGGE distingue son las consecuencias que los esquemas institucionales *producen* —aquellos efectos que no sucederían en ausencia del esquema institucional—, de aquellas que meramente *dejan acaecer* —aquellos efectos que suceden con independencia de la existencia del esquema institucional—. Las consecuencias producidas intencionalmente²⁴ son un subconjunto de las consecuencias *producidas*. En particular, se trata de las consecuencias *establecidas* de modo directo por el esquema institucional a través de sus reglas. Por ejemplo, una consecuencia *establecida* por las reglas que crean una economía de mercado es que las personas puedan comprar y vender. Una consecuencia *producida*, pero no *establecida* sino meramente *engendada*, del mismo conjunto de reglas es que algunas personas que no tienen nada de valor para ofrecer caigan por debajo de la línea de pobreza. Esta última consecuencia es *producida* —ya que estas personas presumiblemente no serían pobres si existiese otro conjunto de reglas que regulase la economía— pero no es *establecida* en tanto no hay ninguna regla que fije de modo explícito su nivel de ingresos.

Tomando la distinción de POGGE, puede señalarse que un esquema institucional *pretende* incidir sólo sobre los probables cursos de acción que adoptan o los estados de cosas que soportan aquellos a quienes *establece* como destinatarios. No pretende incidir sobre todos en quienes *produce* consecuencias. Las consecuencias que un esquema institucional previsiblemente *engendra* sirven para determinar a qué han sido coaccionados aquellos a quienes *establece* como destinatarios²⁵. Así, por ejemplo, en el caso del esquema institucional que organiza la economía de mercado dentro de un

²³ Lo que digo aquí sobre las consecuencias intencionales de un orden institucional ha sido desarrollado en trabajos previos a los que aquí sigo con ligeras modificaciones (SELEME, 2007, 2009 y 2010).

²⁴ Estas consecuencias son las consideradas moralmente relevantes por las concepciones que adoptan un enfoque deontológico a la hora de evaluar diseños institucionales. Una concepción paradigmáticamente deontológica, en este sentido, es la de NOZICK.

²⁵ Esta distinción captura algo característico de la coacción. Mientras no puede ser el caso que un sujeto coaccione a otro sin intención, es posible que lo coaccione a adoptar un curso de acción o soportar un estado de cosas que excede la intención de quien coacciona. Si amenazo a alguien con la intención de que se haga un disparo en la cabeza a consecuencia del cual muere, sin duda lo he coaccionado. La intención cuenta a la hora de establecer si hubo o no coacción y quién es el sujeto coaccionado. Sin embargo, no cuenta para determinar a qué lo coaccioné. Lo he coaccionado a matarse, con independencia de que mi intención haya sido esa o no. La previsibilidad de la consecuencia, y no mi intención efectiva, es la que cuenta en este último caso.

Estado, las personas a quienes se aplica coercitivamente serán quienes habitan el territorio del mismo, a quienes las normas *establecen* como destinatarios. La consecuencia *engendrada* de la pobreza, servirá para determinar a qué han sido coaccionados algunos de estos ciudadanos. Si la pobreza, como una consecuencia engendrada, recae tanto sobre sujetos a quienes el esquema *establece* como destinatarios como sobre quienes no lo son, dado el carácter intencional de la coacción, sólo de los primeros puede afirmarse que de modo coactivo han sido puestos en una situación de pobreza. Los segundos son sólo víctimas de una externalidad negativa producida por el esquema institucional, pero no son sujetos a quienes el esquema institucional se aplica coactivamente. Así, si las instituciones que organizan la economía de mercado en un Estado tienen efectos colaterales en quienes habitan un Estado vecino —por ejemplo, alterando su nivel de ingreso debido al aumento o disminución de las exportaciones— los ciudadanos del segundo Estado no están siendo coaccionados por un esquema institucional extranjero. Están sufriendo o disfrutando de sus consecuencias, pero en tanto aquel esquema no los *establece* como destinatarios, falta el requisito de la intencionalidad y, por tanto, no hay coacción²⁶.

En síntesis, si un esquema institucional incide sobre las probabilidades que tienen de adoptar un curso de acción o soportar un estado de cosas aquellos a quienes *establece* como destinatarios, entonces tiene carácter coercitivo con relación a ellos. Para determinar a qué son coaccionados —esto es, para determinar el curso de acción o estado de cosas sobre cuya probabilidad incide el esquema institucional— lo relevante no sólo son las consecuencias *establecidas* sino también aquellas que previsiblemente *engendra*.

Tanto las instituciones domésticas como las internacionales son coercitivas en el sentido señalado. En ambos casos, su existencia aumenta la probabilidad de que los sujetos a quienes *establecen* como destinatarios adopten cierto curso de acción o soporten algún estado de cosas. En lo que se distinguen es en el tipo de sujeto a quienes *establecen* como destinatarios —esto es, a quienes coaccionan— y el tipo de curso de acción o estado de cosas cuya probabilidad aumentan —esto es, a qué son coaccionados—.

El sujeto paradigmático a quienes se aplican las instituciones domésticas estatales son las personas consideradas aisladamente, los individuos que habitan un determinado territorio. El esquema institucional que los *establece* como destinatarios aumenta la probabilidad de que cada ciudadano goce de ciertas expectativas vitales, derechos y recursos. Siguiendo con el ejemplo introducido previamente, el esquema institucional que *establece* a ciertos individuos como destinatarios contiene reglas que organizan el libre mercado, reconocen el derecho a la herencia, reconocen y protegen a la familia, y no fijan mínimos vitales, es probable que los individuos que nacieron en familias con

²⁶ En mi opinión esta es la noción rawlsiana de instituciones coercitivas. Que una institución se aplique coercitivamente no se encuentra vinculado al uso o a la amenaza de uso de la fuerza. No obstante soy consciente de que esta interpretación no es pacífica. Así, por ejemplo, M. BLAKE (2002) presupone en su argumento que RAWLS se encuentra comprometido con la idea tradicional de coacción.

G. COHEN (2000: 134-148) señala dos modos alternativos de interpretar en qué consisten las instituciones básicas según RAWLS, uno de los cuales es semejante a la idea de instituciones de aplicación coercitiva que presento aquí. COHEN sostiene que sea que uno opte por una noción restringida de estructura básica —coercitiva en el sentido tradicional— o una más amplia —coercitiva en el sentido que utilizo en el texto— la concepción rawlsiana se encuentra en problemas.

altos recursos gocen de mayores oportunidades y expectativas vitales que aquellos que nacieron en una familia pobre. Es también probable que los individuos nacidos en familias pobres y que no poseen ninguno de los talentos naturales premiados por el mercado, no tengan ni siquiera los mínimos recursos para subsistir. De modo coercitivo, el esquema institucional fija las expectativas tanto de quienes favorece como de quienes perjudica. Aumenta la probabilidad de que acaezcan ciertos estados de cosas. Lo mismo puede decirse respecto del aumento de probabilidades de que algunos individuos adopten un curso de acción. Así, por ejemplo, en un esquema institucional como el presentado, es más probable que los individuos nacidos en familias con bajos recursos, menores oportunidades y expectativas vitales, opten por delinquir²⁷.

Las instituciones internacionales se diferencian de las domésticas en dos sentidos. En primer lugar, *establecen* como destinatarios tanto a los individuos considerados aisladamente como a los individuos organizados políticamente, esto es, a los Estados. En segundo lugar, imponen cursos de acción o estados de cosas característicamente diferentes de los que imponen las instituciones domésticas²⁸.

Por lo que respecta a la primera diferencia, las instituciones internacionales establecen un sistema de unidades políticas territoriales —los Estados— que poseen autoridad dentro de sus fronteras. A su vez, las reglas institucionales del esquema internacional *establecen* como destinatarios a los Estados. En este sentido son coercitivas tanto con relación a los individuos como con relación a los Estados. *Establecen* que los individuos habiten un sistema de Estados. *Establecen* que los Estados gocen de ciertos derechos, posean ciertos deberes, o soporten cierto estado de cosas.

Con respecto a la segunda diferencia, deben distinguirse los estados de cosas y cursos de acción que las instituciones internacionales imponen sobre los individuos, de aquellos que imponen sobre los Estados. Sobre estos últimos imponen un esquema de derechos y deberes. Así, por ejemplo, establecen que los Estados tienen derecho a disponer de los recursos naturales que se encuentran en su territorio, o poseen el deber de no intervenir en los asuntos de otros Estados, no llevar adelante guerras de agresión o respetar los tratados. Estas reglas poseen carácter coercitivo en tanto aumentan la probabilidad de que ciertos estados de cosas acaezcan a los Estados —por ejemplo, que unos dispongan de mayores recursos naturales que otros— o adopten ciertos cursos de acción —por ejemplo, que un Estado respete las decisiones que sobre cuestiones domésticas adopta otro—.

Por su parte, el orden internacional impone sobre los individuos un sistema de Estados, esto es, un sistema cuyas unidades —los Estados— son a su vez esquemas

²⁷ Sobre la correlación entre pobreza y delincuencia existen múltiples trabajos. Por todos, puede verse el de A. KARMEN (2000) En el mismo se muestra a partir de datos de la ciudad de Nueva York que las personas que habitan una situación de pobreza no sólo tienen más probabilidades de delinquir (KARMEN, 2000: 26-31) —lo que muestra que las instituciones aumentan la probabilidad de que opten por un curso de acción— sino también de ser víctimas de delitos (KARMEN, 2000: 31-34) —lo que muestra que las mismas instituciones aumentan la probabilidad de que les acaezca un estado de cosas—.

²⁸ Una peculiaridad adicional del orden internacional radica en que los encargados de aplicar este orden institucional internacional son los mismos Estados, bien individualmente o de modo colectivo. Remarcando este extremo con relación a las normas internacionales de derechos humanos, BEITZ señala que estas son estatistas en dos sentidos: «...*(they) apply in the first instance to states, and they rely on states, individuals and in collaboration, as their principal guarantors...*» (BEITZ, 2009: 128).

institucionales que se aplican coercitivamente. El hecho de que los individuos habiten en algún Estado y que no quede ningún territorio libre del control estatal a donde quien no acepta esta forma de organización política puede emigrar, son algunas de las consecuencias que el orden internacional de modo coercitivo impone sobre todos los individuos que habitan el planeta²⁹.

En síntesis, las instituciones estatales e internacionales no sólo se diferencian porque estas últimas se aplican a los Estados. Aunque ambas se aplican a los individuos, los coaccionan a soportar estados de cosas o adoptar cursos de acción diferentes. El esquema internacional les coacciona a vivir en *algún* Estado, aunque no les coacciona a vivir en el Estado particular en que lo hacen. Aumenta la probabilidad de que un estado de cosas acaezca, a saber, el de que habiten *algún* esquema estatal e incide sobre la probabilidad de que adopten un curso de acción, a saber, el que no puedan optar por vivir en un territorio sin Estado. El esquema de instituciones domésticas, en cambio, los coacciona a vivir en el particular conjunto de instituciones domésticas que los *establecen* como destinatarios. Estas, como hemos visto, aumentan la probabilidad de que a quienes se aplican les acaezcan ciertos estados de cosas —tales como los referidos al nivel de sus expectativas vitales, recursos y derechos— o adopten ciertos cursos de acción —tales como seguir una carrera u otra, o en el caso extremo delinquir o no hacerlo—.

El esquema de instituciones internacionales no afecta a los individuos de modo directo —más allá del hecho señalado de imponerles vivir en *algún* Estado— fijando sus expectativas vitales, recursos y derechos³⁰. El esquema de instituciones internacionales puede aumentar la probabilidad de que los Estados se encuentren organizados de cierto modo —por ejemplo, tengan gobiernos estables y legítimos o posean dictaduras inestables— pero aun con esta probabilidad en pie lo que aumenta la probabilidad de que un ciudadano en particular reciba ciertos recursos, derechos y oportunidades, que aumentan la probabilidad que se encuentre en cierto estado de cosas o adopte algún curso de acción, es el modo en que el Estado efectivamente se organiza³¹.

²⁹ En este punto discrepo con PETTIT quien señala que este hecho no puede considerarse que sea uno impuesto intencionalmente o cuasi-intencionalmente por un agente. PETTIT señala que «...It is a brute fact or historical necessity —an obstacle created by nature— that there is no State-less territory available...» (PETTIT, 2009a: 52 y 2010). PETTIT considera que este hecho no es «...in itself the effect of dominating interference by the local state» y de allí concluye que es un hecho bruto. Aunque considero que lo primero es cierto, pienso que la conclusión no se sigue. Esto toda vez que aun es posible, como sostengo, que se trate de un efecto producido por la «interferencia dominante» o la aplicación coercitiva de un esquema institucional distinto al estatal, esto es, el esquema de instituciones internacionales. Si existiese otro orden internacional —distinto al construido por la paz de Westfalia— seguramente el hecho de que todo el territorio se encuentre repartido entre Estados internamente supremos y externamente independientes, no sería el caso. Este estado de cosas no es un hecho bruto, sino uno producido por ciertas instituciones.

³⁰ J. COHEN y Ch. SABEL (2005) basándose en el trabajo de B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. STEWART (2005) sobre la existencia de un derecho administrativo global, han propuesto la hipótesis de que el orden internacional está en proceso de cambio debido al surgimiento de instituciones globales con poder coercitivo directo sobre los individuos. «To a substantial and growing extent, then, rulemaking directly affecting the freedom of action of individuals, firms, and nation states (and the making of rules to regulate this rulemaking) is taking place...» (COHEN y SABEL, 2005: 765). Si el orden internacional está cambiando y ha surgido un nuevo poder político coercitivo internacional que se aplica directamente a los individuos, tal como sostienen COHEN y SABEL, es un problema que no puedo abordar aquí. No obstante es preciso destacar que si lo que señalan fuese cierto, todo el argumento ofrecido en el texto debería ser revisado.

³¹ Th. POGGE, por ejemplo, ha llamado la atención respecto de cómo dos normas del actual sistema internacional determinan —con independencia de cual sea la opinión o voluntad de los Estados— que

Una analogía con las instituciones domésticas puede ayudar a comprender la idea. La configuración de las instituciones domésticas, he señalado, aumentan la probabilidad de que algunos individuos adopten un curso delictivo de acción. El individuo que delinque amenazando con un arma a otro es, podríamos decir, coaccionado a coaccionar. Quien es asaltado es coaccionado por el delincuente y las instituciones coaccionan al delincuente. Sin embargo, constatar esto no nos hace concluir que quien coacciona a la persona que sufre el asalto son las instituciones. Quien la coacciona, quien aumenta la probabilidad de que realice el curso de acción de entregarle objetos de su propiedad, es el asaltante.

Lo mismo puede señalarse con respecto a las instituciones internacionales. La configuración de estas instituciones aumenta la probabilidad de que los Estados adopten cierto diseño de sus instituciones domésticas. Si fruto de este diseño de las instituciones domésticas aumenta la probabilidad de que algunos ciudadanos, por ejemplo, vivan en una situación de pobreza o carezcan de oportunidades, la situación podría ser descripta como un caso de coacción para coaccionar. El orden internacional ha coaccionado a las instituciones domésticas —ha tenido efectos coactivos sobre éstas— para que estas coaccionen a los ciudadanos que en ellas habitan. Constatar esto, sin embargo, no debe hacernos concluir que quien coacciona a los ciudadanos que sufren la pobreza o la falta de oportunidades son las instituciones internacionales. Quien los coacciona, quien aumenta la probabilidad de que soporte este estado de cosas, es el modo en que se encuentran configuradas las instituciones estatales³².

2.2. Coacción y exigencias de legitimidad

El carácter coercitivo de las instituciones estatales e internacionales determina que sean moralmente problemáticas. Para ver por qué ello es así, el punto de partida no puede ser otro que una determinada concepción normativa de persona. Los requerimientos morales determinan el modo adecuado de tratar a un sujeto así concebido.

aquellos que detentan el gobierno gozaran de lo que llama el *«borrowing privilege»* y el *«natural resources privilege»*. El primero establece que los Estados responden por los prestamos solicitados por sus gobernantes, con independencia de si el gobernante accedió al poder por medios legítimos o ilegítimos. El segundo, establece que los Estados quedan vinculados por los contratos que sobre sus recursos naturales hayan hecho sus gobernantes, nuevamente con independencia de su modo de acceso al poder. Una consecuencia de estas normas internacionales —que se produce con independencia de la voluntad de los Estados afectados— es que los países ricos en recursos sean propensos a tener golpes de Estado conducidos por personas ávidas de disponer del crédito y los recursos naturales del Estado. Las menores expectativas de estabilidad institucional de las que gozan estos Estados es determinada por el esquema de instituciones internacionales en el que se encuentran.

³² Lo señalado permite comprender por qué los ciudadanos de Estados que son puestos en la misma situación por el orden internacional —por ejemplo, ambos son ricos en recursos naturales, sus gobiernos tienen el *«borrowing privilege»* y el *«natural resources privilege»*— tienen probabilidades de soportar estados de cosas o adoptar cursos de acción diferentes. Así, por ejemplo, Nigeria y Suecia son ricas en petróleo. En ambos casos el orden internacional ha aumentado la probabilidad de que cada Estado disponga de sus recursos, sus gobiernos tengan potestad para contraer deudas, y para disponer de los recursos naturales. No obstante, los ciudadanos de Nigeria y Suecia tienen probabilidades sumamente divergentes por lo que respecta a sus expectativas vitales, oportunidades y recursos. Nigerianos y suecos son coaccionados a soportar diferentes estados de cosas y adoptar diferentes cursos de acción. Este no podría ser el caso si quien los coaccionase fuese el orden internacional.

La concepción normativa de persona que utilizaré es una que concibe a los individuos como agentes sensibles a razones³³. Un agente sensible a razones posee dos aspiraciones: dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones y que estas consideraciones sean genuinas razones³⁴. Si su vida es dirigida a partir de las decisiones de otro o a partir de decisiones propias no fundadas en genuinas razones, sus intereses en tanto agente sensible a razones no han sido satisfechos.

El primero de estos intereses, el de dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones es el que es amenazado por la existencia de un esquema institucional coercitivo con efectos profundos sobre los sujetos a quienes se aplica. Es esta amenaza planteada por la coercitividad a la que da respuesta la legitimidad política. Donde sea que tal amenaza se plantea, las exigencias de legitimidad política se aplican. Las exigencias morales de legitimidad son el correlato del carácter coercitivo de un esquema institucional.

La amenaza consiste en que los deberes y derechos, los cursos de acción, las oportunidades, los recursos, los fines e intereses, de los sujetos a quienes se impone el esquema coercitivo no sean determinados por ellos mismos. Este es el caso cuando existe un esquema institucional con profundos efectos sobre los sujetos a quienes se aplica, que a su vez es *ajeno* a los sujetos a quienes se impone. La amenaza a la que da lugar la existencia de un esquema coercitivo radica en la imposición de un esquema institucional *ajeno*. Si un esquema institucional que no es propio del sujeto incide sobre su vida, ésta no está siendo dirigida a partir de sus *propias* consideraciones.

El modo de conjurar esta amenaza consiste en hacer que allí donde sea necesaria la existencia de instituciones coercitivas, los sujetos a quienes se aplican sean sus *autores*³⁵. Si en tanto agente sensible a razones un individuo tiene interés en dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones, en ser su *autor*, y si la incidencia del esquema institucional puede conspirar en contra de la satisfacción de aquel interés, la solución es hacer que todos aquellos a quienes se aplica sean *autores* del mismo. Si la amenaza que plantea la existencia de instituciones coercitivas sobre aquellos a quienes se aplican reside en que no puedan dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones, la solución radica en hacer que el esquema de instituciones estatales sea *propio* de aquellos a quienes se aplica. La solución radica en hacerlos sus *autores*³⁶.

³³ Esta es la idea básica del contractualismo scanloniano (SCANLON, 1998).

³⁴ Un modo de justificar esta concepción normativa de persona es sostener que lo más característico que posee el ser humano —y también lo más valioso— es su capacidad para evaluar y sopesar razones y para conducir su propia vida de acuerdo con ellas. Lo valioso de esta capacidad determina que tanto el interés en dirigir su vida a partir de sus consideraciones como el interés en que estas sean genuinas razones, sean moralmente relevantes para decidir qué nos debemos en nuestro trato mutuo.

No obstante, no creo que esta sea la única justificación posible. Otras justificaciones, sin tanto peso metafísico pienso que también se encuentran disponibles.

³⁵ Si la existencia de instituciones coercitivas no es necesaria, entonces las mismas no están justificadas y el deber moral que engendra su existencia es el de trabajar para su desaparición. Sólo en el seno de instituciones coercitivas que se encuentran moralmente justificadas aparecen las exigencias de legitimidad política o autoría.

³⁶ Dado que uno de los objetivos del presente trabajo es determinar qué relación existe entre el auto-gobierno y la democracia, he soslayado el problema de determinar qué grupos poseen derecho a auto-gobernarse. Creo que esta pregunta no se vincula tanto al problema de cuando un Estado es legítimo o se auto-gobierna sino al problema de cuando la existencia de un Estado se encuentra moralmente justificada. El grupo que reclama un derecho a secesionar y a auto-gobernarse afirma que la existencia del Estado del cual forma parte

No se trata de la exigencia de que el esquema institucional sea justo o correcto, sino de que sea *propio* de los sujetos a quienes se aplica. La exigencia moral que engendra la aplicación de las instituciones coercitivas es la de legitimidad política. Justicia y autoría —o legitimidad política— son dos cosas diferentes. Un conjunto de sujetos puede ser *autor* de un esquema institucional —puede existir legitimidad política y estar auto-gobernando— aunque el esquema institucional sea injusto o incorrecto. Así como una decisión individual puede ser propia y no obstante equivocada, un esquema institucional puede ser propio de los sujetos a quienes se aplica, ser legítimo, y no obstante ser injusto o incorrecto. Lo contrario implicaría afirmar que cuando una decisión o esquema institucional es *propia* de un individuo, entonces indefectiblemente es justa o correcta, lo cual no es el caso. Nuestros errores son nuestros, pero lo mismo siguen siendo errores³⁷.

El hecho de que tanto las instituciones domesticas como las internacionales posean carácter coercitivo genera exigencias de legitimidad política, auto-gobierno o *autoría*, en ambos niveles. No obstante, tales exigencias no son idénticas porque los sujetos sobre quienes dichos esquemas se aplican son diferentes. Mientras que en el caso de los esquemas institucionales estatales, son los individuos considerados por separado los que deben ser sus *autores*, en el caso del esquema institucional internacional los *autores* deben ser los Estados legítimos, o los individuos políticamente organizados. El orden internacional es legítimo si los Estados son sus *autores* y si garantiza que los ciudadanos sean los *autores* de las instituciones estatales en las que habitan.

¿Qué condiciones deben satisfacerse para que las instituciones coercitivas sean de *autoría* de aquellos a quienes se aplican? La *autoría* o legitimidad no se encuentra vinculada a lo que los individuos hacen respecto al esquema institucional —participando, consintiendo, etc.— sino a lo que las instituciones hacen respecto de los sujetos a quienes se aplican. Los sujetos a quienes se aplican las instituciones no son *autores* del diseño institucional porque lo configuran a través de su participación efectiva sino que es el diseño institucional el que los configura como *autores*. Si un esquema institucional satisface los intereses que los sujetos a quienes se aplica poseen en tanto *autores* entonces los transforma en tales. He denominado a esta concepción la «legitimidad como autoría»³⁸.

no está moralmente justificada. Este es un problema sumamente interesante y ha generado un debate notablemente activo, sin embargo abordarlo excede los límites del presente trabajo. Agradezco a un árbitro anónimo por haberme hecho notar la necesidad de aclarar este punto.

³⁷ BLAKE ha sugerido un argumento de corte rawlsiano que tiene por objeto mostrar que lo que justifica utilizar el recurso de la posición original para evaluar el diseño de ciertas instituciones reside en el hecho de que se trata de instituciones coercitivas. Su conclusión es que los principios de justicia —que se obtienen a partir de la posición original— solo son aptos para evaluar instituciones que se aplican de modo coercitivo. Señala al respecto: «...*The criteria for membership within the group of people entitled to justification through principles of liberal justice, on my account, is membership as citizen within the territorial state. This first stage determines the class of people to whom justification is owed; the fact of coercion is what mandates the provision of such justification...*» (BLAKE, 2002: 289). Con independencia de si se trata de una buena reconstrucción del pensamiento de RAWLS, por las razones brindadas en el texto considero que esta posición es inadecuada. La exigencia moral que engendra la existencia de un esquema institucional coercitivo, es la de que sea *propio* de los sujetos a quienes se aplica, no la de que sea justo o correcto. Las exigencias engendradas por la coerción son de legitimidad y auto-gobierno, no de justicia.

³⁸ La concepción completa de la «legitimidad como autoría», ha sido presentada en otro trabajo al que sigo. Aquí sólo puedo fundarme en ella sin ofrecer argumentos a su favor (SELEME, 2010).

La estructura de la concepción de «legitimidad como autoría» es la siguiente. En primer lugar se determinan, a partir de una concepción normativa de sujeto, cuáles son los intereses que éstos poseen, en tanto autores, con relación a las instituciones que se les aplican coercitivamente. En segundo lugar, establece qué rasgos debe poseer un esquema institucional para satisfacer los intereses que los sujetos tienen en tanto autores y para configurarlos de este modo como autores del mismo.

Dado que las instituciones estatales se aplican coercitivamente de modo directo sobre los individuos —determinando sus cursos de acción, expectativas de vida, gustos, talentos y preferencias— es necesario identificar cuáles son los intereses de *autoría* que poseen los individuos considerados por separado. Si las instituciones estatales satisfacen estos intereses, entonces ubican a los individuos en el rol de *autores* y son legítimas. Adicionalmente, dado que las instituciones internacionales imponen coercitivamente el sistema de Estados sobre los individuos, es necesario identificar el modo en que las instituciones internacionales pueden ayudar a satisfacer los intereses de *autoría* que poseen los individuos con respecto a las instituciones estatales. Por último, dado que las instituciones internacionales se aplican coercitivamente a los Estados, es necesario identificar cuáles son los intereses de *autoría* que poseen los Estados, o los individuos organizados políticamente. Si las instituciones internacionales garantizan que los Estados satisfagan los intereses de *autoría* individual y ellas mismas satisfacen los intereses de *autoría* colectiva —esto es los intereses que tienen como miembros de una comunidad política estatal— entonces son legítimas.

En lo que sigue analizaré sucesivamente en qué consisten estos diferentes intereses de *autoría* que las instituciones estatales e internacionales deben satisfacer para ser legítimas. El objetivo es mostrar que la función de los derechos humanos es garantizar que los intereses de *autoría* de los individuos sean satisfechos por las instituciones estatales. La concepción de los derechos humanos que voy a presentar afirma que éstos son condiciones necesarias y suficientes de legitimidad política estatal.

2.3. Legitimidad de las instituciones estatales: los intereses de autoría de los ciudadanos

El principal interés que poseen los ciudadanos, en tanto *autores*, es el de participar en el diseño y configuración de las instituciones estatales. Si las instituciones hacen posible tal participación, entonces ubican a los ciudadanos en el rol de *autores*, son de *autoría* de los ciudadanos, esto es, son legítimas.

La participación política posee dos manifestaciones. La primera, se refiere a tomar parte en la toma de decisiones colectivas. La segunda, se refiere a la aceptación de las decisiones colectivas adoptadas. De modo que existen dos modos en que un esquema institucional puede no tratar como autores, no satisfacer los intereses que tienen como participantes, los ciudadanos. Por impedirles que sus opiniones u intereses cuenten a la hora de tomar decisiones colectivas, o por tratarlos como meros súbditos, receptores de órdenes, de quienes no se pretende aceptación sino sólo obediencia.

Para identificar los intereses que los ciudadanos tienen —en tanto *autores*— en relación con el diseño institucional un buen punto de partida es la determinación de

los intereses ciudadanos realizada por Ch. BEITZ (1990). Dado que BEITZ reconoce que los ciudadanos ocupan un rol dual de *autores* y de *sujetos* de las instituciones, de lo que se trata es de distinguir entre los intereses que los ciudadanos tienen, cuáles se encuentran vinculados a su calidad de *autores*, esto es, a su rol de participante en los dos sentidos señalados³⁹.

BEITZ identifica tres grupos de intereses vinculados con la ciudadanía: el interés en el reconocimiento, en el modo de tratamiento⁴⁰ y en la responsabilidad deliberativa. En lo que sigue me detendré a mostrar qué porción de estos intereses se encuentra vinculada a los dos aspectos antes señalados de la participación, esto es, cuáles de estos intereses son intereses que los ciudadanos tienen como *autores*.

El interés en el reconocimiento se encuentra vinculado al acceso a los roles públicos y a la participación en los procedimientos decisorios. Este interés se refiere a los efectos que tiene sobre la identidad pública el lugar que el procedimiento político de toma de decisión colectiva y la estructura de roles públicos asigna a los individuos. Se trata de intereses que los ciudadanos tienen en su calidad de autores, puesto que se encuentran vinculados a su calidad de participantes. Cuando las instituciones están diseñadas de tal modo que una persona es excluida enteramente del acceso a cualquier rol público o cuando los roles en los procedimientos decisorios reflejan la creencia social en la inferioridad de un grupo, no es satisfecho el interés en el reconocimiento que todos los ciudadanos tienen como *autores* de las instituciones que se les aplican. Si una persona o grupo de individuos es excluido del acceso a los roles públicos, y tal cosa se encuentra fundada en la creencia social de su inferioridad, entonces el esquema institucional no trata a los excluidos como *autores*, como participantes⁴¹.

El segundo de estos intereses, el referido al modo de tratamiento, se encuentra vinculado al tipo de participación que se realiza a través de la aceptación del esquema institucional por parte de la ciudadanía. El esquema debe estar diseñado de modo tal que posibilite el involucramiento de su voluntad. Lo que se opone a un esquema que hace posible la aceptación por parte de sus ciudadanos, es uno que solo descansa en el uso de la fuerza. Un esquema donde una parte de la población fuese esclava y estuviese obligada a trabajar a favor de otros, o no tuviese garantizado los medios materiales de subsistencia, o no tuviese protección en contra del maltrato o el homicidio, o no pudiese profesar cierta religión o pensamiento, o no tuviesen garantías en contra del trato arbitrario por parte de las autoridades, sería uno que solo descansaría en el uso de la fuerza. Las instituciones no se mantendrían en vigor por la aceptación de los ciudadanos —que de este modo serían participantes y autores— sino meramente por

³⁹ Esta dualidad de roles es puesta de manifiesto por HOBBS quien, sin embargo, pone el énfasis en el rol que los ciudadanos tienen como «sujetos» o súbditos y no como «autores» de las decisiones colectivas. El único acto de «autoría» o de participación en HOBBS sería el de autorizar la formación de un gobierno donde su ulterior participación no tiene cabida. BEITZ ha llamado la atención sobre este rol dual y ha ofrecido una teoría que pretende explicitar los términos en que debería ser tratado un ciudadano como igual, dado los intereses fundamentales vinculados a su rol de «autor» y «sujeto» de la política (BEITZ, 1990).

⁴⁰ BEITZ lo denomina «interés en el tratamiento equitativo».

⁴¹ BEITZ señala que un procedimiento decisorio con estas características «...establish or reinforce the perception that some people's interests deserve less respect or concern than those of others simple in virtue of their membership in one rather than another social or ascriptive group...» (BEITZ, 1990: 110). Para que esto se dé, sin embargo, no basta que algunas personas sean excluidas. Es necesario, además, que tal exclusión se deba a la creencia de que poseen menos valor.

el uso de la fuerza de sus gobernantes. Sin estos derechos la idea misma de sistema político —como sistema de cooperación social de cuyas decisiones son *autores* los ciudadanos— carece de sentido⁴².

En consecuencia, para satisfacer los intereses que los ciudadanos tienen en tanto *autores*, para posibilitarles participar como aceptantes, el esquema institucional tiene que garantizar ciertos derechos. El derecho a la vida, a los medios de subsistencia y a la integridad personal, la libertad de ocupación forzosa y de conciencia, la igualdad de trato por las autoridades, etc. Si estos derechos no están satisfechos, los ciudadanos no son tratados como *autores* y el esquema institucional es ilegítimo⁴³. Estos derechos, y el de que ningún grupo puede ser excluido del acceso a los roles públicos en base a consideraciones fundadas en su inferioridad, son condiciones necesarias que cualquier esquema institucional debe satisfacer para ser legítimo.

Finalmente, el interés en la responsabilidad deliberativa hace referencia, al igual que el primero, a la posibilidad de participar en el proceso de toma de decisiones colectivas. Se trata del interés en que la resolución de los asuntos políticos pueda hacerse en base a una deliberación pública suficientemente informada, donde las opiniones o razones de los ciudadanos puedan ser consideradas y evaluadas responsablemente (BEITZ, 1990: 113-117). Este tercer interés es satisfecho cuando las instituciones son sensibles a las opiniones e intereses que sobre los asuntos públicos tienen los ciudadanos. Un sistema de toma de decisiones colectivas que impide que sean consideradas las opiniones de determinado grupo no satisface este interés en la responsabilidad deliberativa.

Un sujeto posee dos tipos de razones relevantes a nivel político. Unas, se refieren al contenido que deberían tener las decisiones colectivas. Por ejemplo, si se debe decidir colectivamente sobre la existencia de una opción pública para el seguro de salud, algunos tendrán razones a favor y otros en contra de tal propuesta. La satisfacción del interés en la responsabilidad deliberativa exige que el procedimiento de toma de decisiones colectivas no impida que las opiniones de todos sean consideradas. Otras, se refieren al procedimiento para adoptar decisiones colectivas. El objeto de estas razones u opiniones individuales no es el contenido de las decisiones colectivas —si debe existir una opción pública en el sistema de salud— sino los criterios que sirven para evaluar el

⁴² Considero que este es el argumento que justifica los derechos humanos en la concepción política rawlsiana. Señala RAWLS: «...*What have come to be called human rights are recognized as necessary conditions of any system of social cooperation. When they are regularly violated, we have command by force, a slave system, and no cooperation of any kind*» (RAWLS, 1999: 68).

⁴³ En este punto he seguido la exposición que RAWLS realiza con relación a las condiciones con un esquema institucional debe satisfacer para ser un esquema de cooperación. RAWLS contrapone dicho esquema con lo que denomina una «*slave society*». En la terminología que he utilizado, tal sociedad sería una que no permitiría que sus ciudadanos fuesen aceptantes, esto es, descansaría meramente en el uso de la fuerza. Señala RAWLS: «...*A slave society lacks a decent system of law, as its salve economy is driven by a scheme of political and social cooperation...*» (RAWLS, 1999: 65). A diferencia de RAWLS, sin embargo, no considero que los derechos humanos puedan reducirse a aquellos que garantizan que los ciudadanos puedan ser aceptantes. Los derechos humanos garantizan la legitimidad de un esquema institucional —evitando que sea una «*slave society*»— pero para hacerlo deben ser mas extensos que lo que RAWLS piensa. Básicamente, deben incluir los derechos que permiten satisfacer los otros dos intereses vinculados con la *autoria*. La idea misma de una «sociedad de esclavos» encaja con la concepción de la «legitimidad como autoría» que he presentado. Tal sociedad es una donde sus ciudadanos no tienen poder para dirigir sus propias vidas, estos no son *autores*.

procedimiento decisorio —si la decisión debe tomarse por votación o no, por mayoría simple o calificada, etc.—.

Ahora bien, si los ciudadanos pueden poseer razones de los dos tipos señalados existen dos modos en que el interés deliberativo puede ser vulnerado: por utilizar un procedimiento de toma de decisión colectiva que impide que las consideraciones de algunos individuos respecto al contenido de la decisión colectiva sean escuchadas, o por utilizar un procedimiento que —aunque permite que las opiniones de todos sean escuchadas— se encuentre fundado en consideraciones que no puedan ser vistas como razones por todos los individuos en cuestión. En ambos casos el sistema institucional impide que las razones u opiniones de los ciudadanos cuenten y, por tanto, no satisface su interés deliberativo.

En otras palabras, existen dos niveles en que el esquema institucional satisface el interés en la responsabilidad deliberativa de los ciudadanos. El primero se refiere al procedimiento de toma de decisiones colectivas que emplea el esquema institucional estatal. Este debe permitir que sean consideradas toda opinión acerca del contenido de las decisiones públicas. Si el procedimiento impide que algunas opiniones sobre la marcha de los asuntos públicos sean escuchadas, el interés en la responsabilidad deliberativa no está siendo satisfecho y el esquema institucional no trata a los ciudadanos como *autores*. A la hora de determinar el *contenido de una decisión colectiva* el ciudadano es tratado como *autor* por el esquema institucional si no existen impedimentos para su participación, esto es para que sus opiniones e intereses cuenten en el procedimiento de toma de decisiones.

El segundo, más profundo, se refiere a los criterios para diseñar y evaluar dicho procedimiento decisorio. Con relación a las opiniones que los ciudadanos tienen respecto al procedimiento mismo de toma de decisiones colectivas, en cambio, el interés en la responsabilidad deliberativa no puede ser satisfecho por la existencia de un procedimiento que permita que las opiniones de todos los ciudadanos cuenten. Debe ser satisfecho en otro nivel. La razón de ello radica en que las opiniones de los ciudadanos se refieren al procedimiento decisorio mismo. El mecanismo por el cual un diseño institucional es sensible a las opiniones que los ciudadanos poseen respecto al procedimiento de toma de decisión colectiva no puede ser la existencia de un procedimiento de toma de decisión colectiva en el cual nadie se encuentre impedido de expresar su opinión. Esto presupone ya haber adoptado un procedimiento de toma de decisiones colectivas sobre el cual los ciudadanos tienen diversas opiniones.

Del mismo modo, a la hora de determinar el *procedimiento de decisión colectiva* el ciudadano es tratado como *autor* si no existen impedimentos para su participación. Sin embargo, la participación de la que se trata aquí no puede consistir en tomar parte en un procedimiento de decisión colectiva puesto que de lo que se trata es justamente de establecer cuál es este procedimiento. La única participación que puede darse aquí es a nivel de razones. Un ciudadano ha participado en la adopción de un procedimiento de toma de decisiones colectivas, si las consideraciones que lo justifican son aquellas que él efectivamente puede juzgar como razones. En consecuencia, un ciudadano es tratado como *autor* en este segundo nivel si no se encuentra impedido de participar, esto es si las consideraciones que fundan el procedimiento de toma de decisiones colectivas *pueden* ser consideradas como razones por él. Un procedimiento de toma de decisiones colectivas permite satisfacer el interés en la responsabilidad deliberativa

cuando se encuentra fundado en consideraciones que ningún ciudadano se encuentra impedido de ver como una razón⁴⁴.

Lo que posibilita que un conjunto de individuos pueda juzgar *en común* a una determinada consideración como una razón es el hecho de que comparten una misma cultura política pública. Comparten una práctica argumentativa referida a la toma de decisiones colectivas y al diseño institucional, la cual descansa en ideas implícitamente compartidas por todos los participantes. Un procedimiento de toma de decisiones colectivas que se encuentra justificado a partir de estas ideas, es uno que puede ser visto como fundado en razones por cualquier ciudadano en tanto miembro de una misma cultura política, participante de una práctica argumentativa.

Cómo es obvio esto no equivale a señalar que el carácter de razón de una consideración le viene dado por una cultura, sino simplemente que el juicio sobre qué cuenta como una razón es relativo a un determinado ambiente cultural. Mientras más densa sea la cultura común, más posibilidades existirán de juzgar conjuntamente a determinadas consideraciones como razones. En consecuencia, el modo de satisfacer el interés en la responsabilidad deliberativa, esto es el modo en que un esquema institucional trata a sus ciudadanos como *autores*, dependerá de las características culturales que posea la sociedad en cuestión.

Introducir una precisión puede ser de utilidad para aclarar las ideas expresadas. Es necesario distinguir tres tipos de juicios. El primero, se refiere al procedimiento de toma de decisiones utilizado por un determinado grupo social. Si este procedimiento es sensible a las opiniones —vinculados con el contenido de las decisiones— de aquellos a quienes se van a aplicar las decisiones coercitivas adoptadas, entonces cuenta como un procedimiento de toma de decisiones colectivas. Este primer tipo de juicio no es sensible a la cultura ni a las opiniones que tienen los involucrados. Lo que se exige aquí, es que en alguna medida las opiniones o razones de todos los involucrados cuenten en el proceso de toma de decisión⁴⁵. El segundo, se refiere a las razones que justifi-

⁴⁴ Una consideración puede ser vista por un individuo como una razón cuando es posible vincularla a las creencias, compromisos, proyectos, valores, etc., que actualmente posee. Sólo en este caso, algo es una razón *para él* o una *razón suya*. La idea es semejante —aunque no idéntica— a la defendida por B. WILLIAMS (1981), por lo menos en una de sus interpretaciones. WILLIAMS sostiene que afirmar que un individuo *tiene* una razón implica afirmar que existe una «*sound deliberative route*» entre el conjunto motivacional S del individuo y la realización de determinado comportamiento. Análogamente en el texto sostengo que para que alguien pueda percibir a determinada consideración como una razón tiene que poderla vincular mediante un proceso de deliberación correcta con algún componente subjetivo —que no necesariamente debe tener carácter motivacional— (creencias, valores, deseos, disposiciones de evaluación, etc.) que actualmente posee. Lo señalado en el texto es compatible con admitir que los individuos pueden modificar sus razones a través de lo que SCANLON denomina la «*modificación reflexiva*». Sostener que algo es visto como una razón por un individuo cuando puede ser vinculada a algún elemento subjetivo del mismo, no equivale a adoptar una posición quietista en relación con las razones. Las consideraciones que reconocemos como razones pueden cambiar, pero sólo haciendo pie en algún componente subjetivo. El procedimiento a través del cual «*...one decides what reasons one has, depend on the reactions that the person doing the deciding has or would have to the distinctions, examples, and analogies in question...*» (SCANLON, 1998: 368). Un individuo se encuentra impedido de juzgar a una consideración como una razón cuando no es posible vincularla por deliberación con ningún componente subjetivo.

⁴⁵ Esto permite excluir los sistemas que segregan a la hora de tomar decisiones colectivas a una porción de la población, aun si se encuentra fundado en una concepción de persona segregacionista que se encuentra implícita en la cultura política pública. Este es el único modo de satisfacer los intereses que los ciudadanos tienen como «autores». Considerar a estos sistemas como mecanismos de toma de decisión colectiva implicaría tener deferencia por las razones que poseen vinculadas a cómo debería configurarse el procedimiento de toma

can adoptar una decisión política en lugar de otra. Este juicio, obviamente, es sensible a la cultura y a las opiniones que en relación con el contenido de la decisión tienen los involucrados. Finalmente, un tercer tipo de juicios se refiere a las consideraciones que justifican adoptar un procedimiento de decisión. Al igual que el anterior este juicio también es sensible a la cultura y a las opiniones de los ciudadanos. El procedimiento decisorio debe estar fundado en consideraciones que puedan ser vistas como razones por los involucrados⁴⁶.

En síntesis, un esquema institucional estatal es legítimo —satisface los intereses que los ciudadanos tienen en tanto *autores*— cuando: *a*) el procedimiento de toma de decisiones colectivas es sensible a sus opiniones sobre la marcha de los asuntos públicos y las consideraciones que justifican adoptar este procedimiento puedan ser vistas como razones por los ciudadanos, dada la cultura política pública en la que habitan; *b*) les son reconocidos a los ciudadanos los derechos mínimos indispensables para que el esquema institucional no esté basado sólo en el uso de la fuerza sino que sea capaz de involucrar su voluntad y ganar su aceptación, y *c*) no están excluidos del acceso a cargos públicos debido a la creencia social sobre su falta de valor.

2.4. Legitimidad de las instituciones internacionales

El carácter coactivo de las instituciones internacionales engendra, de igual manera, la exigencia moral de satisfacer los intereses de *autoría* o de legitimidad política. No obstante, como he señalado, las instituciones internacionales presentan una peculiaridad que determina que las exigencias de legitimidad tengan rasgos distintivos. En primer lugar, dado que se aplican de modo coercitivo a los Estados, deben satisfacer los intereses que los Estados poseen en tanto *autores* del orden internacional. En segundo lugar, dado que las instituciones internacionales de modo coercitivo imponen sobre los individuos un sistema de Estados cuyas instituciones se les aplican coercitivamente, deben garantizar que los intereses que los ciudadanos poseen en tanto *autores* de los esquemas institucionales estatales sean satisfechos por los Estados.

de decisión pero implicaría no tener deferencia por las opiniones que tienen en relación al contenido de las decisiones políticas. El único modo de mostrar deferencia en relación con los dos niveles de razones que poseen es a través de un sistema de toma de decisiones colectivas que es a la vez sensible a las opiniones de todos respecto a la marcha de los asuntos públicos cuyo diseño está fundado en consideraciones que todos pueden ver como razones. Un sistema segregacionista satisface la segunda de estas exigencias pero no la primera.

⁴⁶ Es necesario aquí realizar una aclaración para diferenciar mi posición de la defendida por algunos comunitaristas. Al igual que ellos considero que el juicio sobre qué cuenta para nosotros como una razón es sensible a nuestra cultura. Es sensible a quienes de hecho somos. En este sentido, y sólo en éste, es cierta la afirmación de WALZER: «...*the question most likely to arise in the minds of the members of the political community is not, what would rational individuals choose under universalizing conditions of such- and- such a sort? But rather, what would individuals like us choose, who are situated as we are, who share a culture and are determined to go on sharing it? And this is a question that is readily transformed into, what choices have we already made in the course of our common life? What understandings do we (really) share?...*» (WALZER, 1983: 5). Interpretada, por un lado, como referida a las condiciones del auto-gobierno —y no como referida a la justicia distributiva como el propio WALZER hace— y, por otro, como haciendo referencia a lo que determina que algo cuente como una razón moral para nosotros —y no a lo que constituye a una consideración en una razón moral— la afirmación de WALZER es correcta. En lo que se refiere a las condiciones del auto-gobierno y la legitimidad política, las preocupaciones de los comunitaristas referidas al carácter abstracto de los test liberales resultan fundadas. No resultan fundadas cuando se las extiende, como ellos hacen, a cuestiones de justicia.

2.4.1. *Los derechos humanos como correlato de la imposición coercitiva del sistema de Estados*

Que el sistema de instituciones internacionales deba reconocer y proteger los derechos humanos se relaciona con el segundo de los rasgos antes señalados. El hecho de que el esquema de instituciones internacionales de modo coercitivo establezca un sistema de Estados, que a su vez son esquemas que coercitivamente se aplican a quienes los habitan, determina que el carácter coercitivo de las instituciones estatales no sólo engendre exigencias morales respecto a cómo deben encontrarse diseñadas las instituciones estatales, sino también al modo en que dicho diseño debe ser garantizado por las instituciones internacionales. Las instituciones internacionales deben garantizar que los derechos asociados a los intereses de *autoría* de los ciudadanos se encuentren satisfechos por las instituciones estatales cuya existencia es coercitivamente establecida por el esquema internacional. Los derechos humanos son la herramienta a través de la cual el orden internacional vuelve efectiva esta garantía.

Que los derechos humanos sean la contrapartida de estos dos niveles de coacción que caracteriza al sistema de Estados creado por las instituciones internacionales —que imponga coercitivamente un esquema de instituciones estatales que a su vez son coercitivas— explica uno de sus rasgos más característicos. La satisfacción de los derechos humanos es una exigencia que en primer lugar compete a cada Estado respecto a sus propios ciudadanos y, en calidad de garante, a la comunidad internacional. Los derechos humanos son requerimientos morales cuyos destinatarios son los Estados, siendo la comunidad internacional un mero garante de segundo orden. La razón de esta peculiaridad es que los Estados deben satisfacer los requerimientos de legitimidad engendrados por la coacción que ejercen sobre sus ciudadanos y el esquema internacional que impone sobre los individuos un sistema de Estados debe garantizar —a través de la exigencia de los derechos humanos— que así lo hagan.

Tomando las conclusiones obtenidas en el apartado anterior, la idea sería la siguiente. El carácter coactivo de las instituciones estatales determina que las mismas deban satisfacer los intereses de *autoría* de los ciudadanos, lo cual alcanzan mediante la concesión de ciertos derechos a los ciudadanos. El esquema de instituciones internacionales, a su vez, establece al Estado como el modo que las organizaciones políticas paradigmáticamente deben adoptar. El carácter coactivo de las instituciones internacionales determina que las mismas deban garantizar que los esquemas estatales concedan a sus ciudadanos los derechos que les permiten satisfacer sus intereses de *autoría*. Los derechos humanos suministran esta garantía.

Si el esquema institucional estatal contiene los derechos requeridos para proteger los tres intereses de *autoría* de sus ciudadanos, entonces la exigencia moral que surge del carácter coactivo de las instituciones estatales se encuentra saldada y el esquema institucional estatal es legítimo. No obstante, como hemos señalado, todavía restan otras exigencias surgidas del carácter coactivo no ya del orden estatal sino del internacional. Para satisfacer los intereses de *autoría* de los individuos sobre quienes impone un sistema de Estados, el orden internacional debe exigir y garantizar que los Estados satisfagan las condiciones de legitimidad antes señaladas. Esto es, debe exigir

que los Estados protejan los derechos que son condiciones necesarias y suficientes de legitimidad estatal, cuya protección implica que los intereses de *autoría* de los ciudadanos se encuentren satisfechos. Dicho de modo sintético, así como el hecho de que los esquemas estatales protejan ciertos derechos es condición de su legitimidad, que el orden internacional se presente como garante de estos derechos elevándolos al rango de derechos humanos es condición de la suya.

Sobre el orden internacional recae la exigencia moral —surgida de la imposición coercitiva del sistema de Estados— de garantizar que los Estados protejan los derechos civiles, sociales y políticos que permiten ubicarlos en el rol de *autores*. Sobre los Estados recae la exigencia moral —surgida de la imposición coercitiva de sus instituciones sobre los ciudadanos— de proteger estos derechos. Si un Estado no protege los derechos de sus ciudadanos no los trata como *autores* y es, por tanto, ilegítimo. Si el orden internacional no exige y es garante de esta protección —a través del instrumento de los derechos humanos— carece igualmente de legitimidad. En el primer caso las exigencias morales surgidas de la imposición coactiva de un particular esquema de instituciones estatales quedan insatisfechas. En el segundo, las que no son satisfechas son las exigencias morales surgidas de la imposición del sistema internacional de Estados por parte del orden internacional.

Estos dos niveles de responsabilidad —estatal e internacional— surgida de dos niveles de coacción, ha comenzado a ser reconocida de manera explícita en algunos instrumentos internacionales. De especial relevancia ha sido el reporte de la COMISIÓN INTERNACIONAL SOBRE INTERVENCIÓN Y SOBERANÍA DE LOS ESTADOS denominado *The Responsibility to Protect* (ICISS, 2001)⁴⁷. Allí de modo expreso se señala que cada Estado tiene la responsabilidad de garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos. Si es incapaz de hacerlo o si no tiene la voluntad política de hacerlo, entonces tal responsabilidad recae en la Comunidad Internacional.

2.4.2. *Los derechos de los Estados como correlato de la imposición coercitiva de un orden internacional*

Garantizar los derechos humanos, no obstante, no es la única exigencia que las instituciones internacionales deben satisfacer para ser legítimas. Que las instituciones internacionales se apliquen coercitivamente a los Estados engendra otras exigencias de legitimidad. Al igual que en el caso de las instituciones estatales, las instituciones internacionales deben satisfacer los intereses de *autoría* de los sujetos a quienes se aplican, esto es de los Estados legítimos o de los individuos considerados como cuerpo políticamente organizado⁴⁸.

⁴⁷ La comisión fue presentada por el gobierno de Canadá como respuesta a un requerimiento del secretario general Kofi Annan. El objetivo era ofrecer una solución al conflicto que existía entre el principio de soberanía nacional y el derecho de la ONU a intervenir donde se estuviesen violando derechos humanos. La comisión estuvo dirigida por Gareth Evans, quien se había desempeñado como ministro australiano de Asuntos Exteriores.

La existencia de dos niveles de responsabilidad también ha sido reconocida por la Asamblea de las Naciones Unidas. En el año 2005, los asistentes a la Sexagésima Asamblea General acordaron que existía una responsabilidad universal en la protección de los derechos humanos (ONU, 2005).

⁴⁸ Esto se sigue de la tesis liberal que no existen tales cosas como entidades colectivas supra-individuales. Lo que existen son individuos colectivamente organizados, por lo que los intereses relevantes siguen siendo los intereses individuales.

Extrapolando los tres intereses de *autoría* —el interés en el reconocimiento, en el modo de tratamiento y el de la responsabilidad deliberativa— al ámbito internacional es posible establecer las condiciones que éste debe satisfacer para que su aplicación coactiva se encuentre justificada⁴⁹. Por lo que respecta al interés en el reconocimiento es necesario que las instituciones internacionales se encuentren diseñadas de tal modo que ningún Estado legítimo esté excluido del acceso a ciertos roles públicos en las instituciones internacionales en base a una creencia en su inferioridad. Si un Estado es excluido de cierto rol en el esquema de instituciones internacionales, el esquema institucional internacional no lo trata como *autor* y es, por tanto, ilegítimo. El modo en que se encuentra organizado el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas —con miembros permanentes y rotativos— sufre de este defecto.

Por lo que respecta al modo de tratamiento, es necesario que las instituciones internacionales se encuentren diseñadas de tal modo que no sea irracional para los Estados, obedecerlas de modo voluntario. Esto es, deben posibilitar el involucramiento de la voluntad de los Estados⁵⁰. El esquema de instituciones internacionales debe tener un diseño tal que su cumplimiento no sólo descansa en el uso de la fuerza. El modo de alcanzar tal extremo es garantizando que los Estados dispongan de los derechos y recursos necesarios para llevar adelante sus fines en tanto comunidades políticas legítimas. Un esquema de instituciones internacionales que no prohíbe la intervención de un Estado en los asuntos de otros —probado que este posee un orden institucional legítimo— o que no garantiza que cada Estado posea los recursos materiales necesarios mínimos para poseer un esquema institucional legítimo o no prohíbe la agresión bélica, sería ilegítimo.

Finalmente, quedan los rasgos que deben poseer las instituciones internacionales de modo de satisfacer el interés que los individuos —organizados políticamente en Estados— tienen en la responsabilidad deliberativa. A semejanza de lo que sucedía a nivel doméstico, los Estados tienen un interés en que la resolución de los asuntos colectivos pueda hacerse en base a una deliberación pública informada donde sus razones puedan ser consideradas y evaluadas. El modo de satisfacer este interés es a través de un sistema de toma de decisiones colectivas que no impida que las opiniones de algún Estado legítimo cuenten.

Puesto que los individuos políticamente organizados también poseen opiniones de los dos tipos que hemos señalado con anterioridad —opiniones respecto del contenido de las decisiones colectivas y opiniones respecto al procedimiento para adoptar decisiones colectivas— es necesario que ambas sean consideradas. Si el procedimiento de toma de decisiones a nivel internacional impide que sean consideradas las opiniones de algún Estado legítimo respecto del contenido de las decisiones colectivas, o si el procedimiento mismo se encuentra fundado en consideraciones que no pueden ser vistas como razones por todos los Estados legítimos, el sistema institucional impide

⁴⁹ Lo señalado aquí se funda en una concepción normativa de Estado legítimo o de comunidad política legítima elaborada en el apartado anterior. A partir de esta concepción es que se identifican los intereses de los Estados legítimos, o de los individuos políticamente organizados.

⁵⁰ No se trata de que los Estados posean una voluntad en el mismo sentido que los individuos que los componen. Se trata, simplemente, de que los individuos políticamente organizados poseen intereses que no poseen hasta que esto sucede y que dichos intereses son relevantes a la hora de motivarlos a actuar.

que las razones u opiniones de los Estados cuenten y, por tanto, no satisface su interés deliberativo. Abordaré el problema de cuál es el procedimiento legítimo de toma de decisiones a nivel internacional en la sección siguiente al tratar el asunto de la Democracia Internacional.

3. DERECHO HUMANO A LA DEMOCRACIA Y DERECHO A LA DEMOCRACIA INTERNACIONAL

Habiendo establecido el doble conjunto de exigencias de legitimidad que pesan sobre el esquema internacional —las corporizadas en los derechos humanos y en los derechos de los Estados— es posible finalmente abordar la cuestión de si entre estas se encuentra la democracia. Específicamente, es posible determinar si existe un Derecho Humano a la Democracia, del cual deban ser garantes las instituciones internacionales, o un derecho a la Democracia Internacional.

3.1. La democracia como derecho humano

Dado que la democracia es un procedimiento para adoptar decisiones colectivas, determinar si se trata o no de un derecho humano equivale a establecer si la adopción de dicho procedimiento a nivel estatal es condición necesaria para que algunos de los intereses de *autoría* se encuentren satisfechos. Si el interés en el reconocimiento, en el modo de tratamiento o en la responsabilidad deliberativa no es satisfecho a menos que el mecanismo de toma de decisión sea democrático, entonces la democracia es una condición que todo sistema estatal debe satisfacer para tratar a sus ciudadanos como *autores*, de la cual el sistema internacional debe ser garante. En este supuesto, existiría un Derecho Humano a la Democracia. Si por el contrario, un Estado puede satisfacer los intereses de *autoría* de sus ciudadanos sin ser democrático, entonces no existiría tal cosa como un Derecho Humano a la Democracia.

Estrictamente hablando, si se interpreta a la democracia como un procedimiento de toma de decisiones colectivas, el único interés de *autoría* involucrado debería ser el de la responsabilidad deliberativa. Si es posible que algunos individuos se encuentren imposibilitados de ver a las consideraciones que justifican el procedimiento democrático como razones, entonces su interés en la responsabilidad deliberativa no estaría satisfecho. En este supuesto, aunque el procedimiento sería sensible a sus razones con respecto al contenido de las decisiones colectivas, no sería sensible a sus razones con respecto a la configuración que debería tener el propio procedimiento.

Como hemos señalado, lo que posibilita que un conjunto de individuos pueda juzgar *en común* a una determinada consideración como una razón es el hecho de que compartan ciertas ideas implícitas en su cultura política pública. Sólo si el procedimiento de toma de decisiones colectivas se encuentra justificado a partir de estas ideas, entonces puede ser visto como fundado en razones por cualquier ciudadano a quien se aplica. Para determinar, entonces, si el procedimiento democrático satisface el interés en la responsabilidad deliberativa es necesario establecer si las ideas que lo justifican se encuentran implícitas en cualquier cultura política.

Identificar las razones morales que justifican la regla democrática de toma de decisiones es relativamente sencillo. Lo que subyace a dicho procedimiento es la idea de ciudadanía libre e igual. Las decisiones deben ser adoptadas por un procedimiento en el que todas las opiniones cuentan y se sigue la opinión de la mayoría, porque todos los ciudadanos tienen un igual derecho a la participación. Ahora bien, si esta es la razón que justifica la democracia, parece que existen buenos motivos para dudar de que su implementación satisfaga el interés en la responsabilidad deliberativa.

En aquellas sociedades donde la cultura política no contiene implícita la idea de ciudadanía libre e igual, adoptar un procedimiento democrático no permitiría tratar a sus ciudadanos como *autores*. En estas sociedades debería optarse por un procedimiento que, en primer lugar, considerase las opiniones de todos sobre el contenido de las decisiones colectivas aun si no las considerase por igual —dado que no es democrático— y, en segundo lugar, se encontrase justificado en consideraciones que, dada la cultura política, puedan ser vistas por todos como razones.

La sociedad islámica imaginada por RAWLS en *The Law of Peoples*, con su procedimiento decisorio de consulta jerárquica, es un ejemplo de lo recién señalado (RAWLS, 1999: 64). La idea de persona implícita en la cultura política de esta sociedad es de índole comunitarista. Los ciudadanos se perciben como vinculados a sus grupos de pertenencia con lazos constitutivos, y no consideran que pueda haber discrepancia entre sus intereses y los de su comunidad de pertenencia. En este tipo de sociedad un mecanismo de consulta, donde las opiniones de los miembros de cada comunidad son consideradas por sus jefes, y las de estos por sus superiores en la escala jerárquica, sería el adecuado. No todas las opiniones sobre los asuntos públicos serían consideradas por igual, pero en alguna medida todas lo serían, y todos podrían ver como razones a las consideraciones que justifican dicho mecanismo de decisión. Adoptar en esta sociedad un procedimiento democrático impediría satisfacer el interés en la responsabilidad deliberativa de sus ciudadanos y, al hacerlo, no los trataría como *autores*. En una cultura política semejante el único Estado que puede satisfacer los intereses de *autoría* de sus ciudadanos es uno que no sea democrático⁵¹.

Lo señalado, sin embargo, no basta para mostrar que la democracia no es una condición necesaria de legitimidad política que deba ser protegida internacionalmente a través del recurso de los derechos humanos. Si este procedimiento de toma de decisiones colectivas fuese el único compatible con la satisfacción de los otros intereses de autoría —el interés en el reconocimiento y el modo de tratamiento— entonces sólo los sistemas democráticos serían legítimos. Sólo en aquellas culturas que tienen implícita la idea de ciudadanía libre e igual podrían existir sistemas legítimos, porque sólo en ellas podrán estar satisfechos los tres intereses de *autoría*.

El argumento a favor de esta posición hace hincapié en el carácter igualitario que posee el procedimiento de toma de decisiones democrático. Sólo un sistema que con-

⁵¹ Lo señalado en el texto debe distinguirse del argumento que señala que promover el surgimiento de la democracia en sociedades que no tienen una cultura política firme puede conducir a resultados indeseables. J. KIRKPATRICK llama la atención acerca de lo riesgoso de promover la democracia en estas sociedades: «*Hurried efforts to force complex and unfamiliar political practices on societies lacking the requisite political culture, tradition, and social structures not only fail to produce desired outcomes; if they are undertaken at a time when the traditional regime is under attack, they actually facilitate the job of the insurgents*» (KIRKPATRICK, 1979: 37).

fiere derechos iguales a todos los ciudadanos —incluidos los derechos para tomar parte en la toma de decisiones colectivas— los trata a todos por igual como *autores*. Un sistema en el que no todos pueden participar en pie de igualdad en la toma de decisiones —porque algunas decisiones son dejadas en manos de quienes se encuentran arriba en la escala jerárquica— no satisface, continúa el argumento, el interés en el reconocimiento. El que los ciudadanos sean reconocidos como *autores* por el sistema requiere que exista un derecho igual a la participación política, y esta igualdad sólo se logra si se adopta el proceso de toma de decisión democrática. Lo mismo se aplica al interés en el modo de tratamiento. Un sistema en el que no hay igualdad de derechos, señala el argumento, es incapaz de involucrar la voluntad de los ciudadanos y sólo puede ser mantenido por la fuerza. Finalmente, un sistema que no es igualmente sensible a las opiniones de todos sobre el contenido de las decisiones colectivas, porque confiere mayor peso a las opiniones de algunos —por ejemplo, quienes se encuentran en estratos jerárquicos superiores— no respeta uno de los intereses vinculados a la responsabilidad deliberativa. Si el proceso de toma de decisiones no es democrático, aun si esto obedece a que es sensible a las razones que los ciudadanos tienen acerca de cómo deben adoptarse las decisiones colectivas, no será igualmente sensible a las opiniones que los ciudadanos tienen sobre el contenido de dichas decisiones.

La estructura de estos argumentos es semejante. Parten, en primer lugar, de la premisa que las exigencias de autoría —o de legitimidad— son de índole igualitaria. A continuación señalan que sólo un sistema que confiere derechos iguales a todos sus ciudadanos es capaz de satisfacer los intereses de autoría, o las exigencias igualitarias de legitimidad. Finalmente, ponen de manifiesto el carácter igualitario del procedimiento de toma de decisiones democrático. Sólo con este procedimiento se garantiza que todos tengan un derecho igual a la participación política. De allí concluyen que el procedimiento democrático es el único que permite satisfacer los intereses de *autoría* de los ciudadanos.

Lo malo de estos argumentos es que parten de una premisa falsa. Concebir a la legitimidad como autoría permite comprender una característica de las exigencias de legitimidad que un esquema institucional debe satisfacer. Estos requerimientos, contrario a lo que es comúnmente sostenido, no son de índole igualitaria —como afirma la primera premisa— sino suficientista. La razón de esto reside en que es perfectamente posible ser co-autor de un emprendimiento colectivo sin haber contribuido por igual a su realización. Por ejemplo, ser co-autor de un libro no requiere que todas las personas involucradas escriban un número *igual* de páginas, sino más bien haber escrito un número *suficiente*. Aun si el grado de participación de todos los involucrados en una empresa colectiva no es igual, si cierto umbral de suficiencia es satisfecho, todos son igualmente autores. Esto permite percibir la naturaleza suficientista que poseen los intereses de autoría.

Lo dicho puede ser aplicado a las exigencias de legitimidad. En tanto co-autores, los ciudadanos no están interesados en una igual participación sino simplemente en una participación que satisfaga los niveles de suficiencia requeridos. Los intereses de autoría que los ciudadanos tienen con respecto al esquema institucional no son de índole igualitaria sino suficientista. Ellos están interesados en que el papel que cumplen en el esquema institucional no los excluya del proceso de toma de decisiones colectivas en base a una creencia en su inferioridad. Sin embargo, esto es compatible con no tener

igual acceso a los roles públicos o no tener una posición en pie de igualdad en el proceso de toma de decisiones colectivas⁵². Están también interesados en tener los derechos mínimos requeridos para que el esquema institucional no esté fundado en el uso de la fuerza. No obstante, esto es compatible con no tener derechos iguales⁵³. Finalmente, tienen interés en que sus opiniones e intereses no sean excluidos del proceso de toma de decisión colectiva. Sin embargo, esto es consistente con el hecho de que estas opiniones e intereses no reciban igual consideración en dicho proceso⁵⁴.

En base a lo señalado es posible advertir porqué no existe un Derecho Humano a la Democracia. La adopción de un procedimiento democrático de toma de decisiones no es condición necesaria para que los intereses de autoría se encuentren satisfechos. Es posible que existan Estados legítimos que no son democráticos y, por ende, la carencia de democracia no es una amenaza en contra de la cual el sistema internacional deba brindar protección a través de los derechos humanos. Todos los seres humanos tienen un interés genérico en que el procedimiento de toma de decisiones sea sensible a sus opiniones —de los dos tipos que hemos especificado— pero el procedimiento de decisión que un Estado debe adoptar, y los derechos asociados al mismo que debe garantizar, para satisfacer este interés variarán de acuerdo a la cultura política de cada sociedad.

3.2. La Democracia Internacional como derecho de los Estados

A diferencia de lo que sucede a nivel doméstico, en donde un sistema democrático —dada la cultura política pública— puede encontrarse fundado en consideraciones

⁵² Al tratar este interés BEITZ oscila entre considerarlo como uno de índole igualitaria o suficientaria. Así, señala: «...(i)n the extreme case, when some people are excluded entirely from any public role (as, for example, with the wholesale denial of the franchise to blacks in the antebellum South), it has been said that those excluded 'are not publicly recognized as persons at all' and may be described as "socially dead"...». Hasta aquí su posición parece suficientista, pero luego agrega «...(s)omething similar occurs when procedural roles are assigned in a way that conveys social acceptance of a belief in the inferiority or lesser merit of one group... because it is a fixed point in a democratic culture that public institutions should not establish or reinforce the perception that some people's interests deserve less respect or concern than those of others...» (BEITZ, 1990: 109-110). En mi opinión, esta última exigencia de igual tratamiento es un requerimiento de justicia, no de legitimidad.

⁵³ Una vez más, BEITZ mismo oscila entre el igualitarismo y el suficientismo al tratar este interés. Su posición parece ser igualitaria cuando sostiene: «...Political decisions could then be said to satisfy the interest in equitable treatment when, over time, they promote (or do not systematically detract from) a distribution that accords with the requirements of justice, which are themselves to be worked out from a point of view in which each person's prospects are taken equally into account» (BEITZ, 1990: 112). Pero más tarde, parece inclinarse por el suficientismo cuando afirma que «...in the context of reasoning about political procedures, the interest in equitable treatment will normally appear as an interest in safeguarding one's urgent or vital interests in the face of the threat that they might be systematically subordinated to the competing but less urgent claims of others...» (BEITZ, 1990: 113).

⁵⁴ BEITZ parece concebir las demandas de satisfacer este interés como si fuesen suficientistas. Sostiene que «...deliberation should not be constrained by the exclusion of positions that would gain substantial support if they were sufficiently exposed to public scrutiny...» (BEITZ, 1990: 114). Pueden encontrarse vacilaciones en GUTTMAN y THOMPSON, cuando discuten el modo en que la democracia deliberativa puede corregir los sesgos: «...To the extent that the least advantaged are excluded because they are too poor to have equal access to the political media, the principles of deliberative democracy support an effective critique of this unfairness...» (GUTTMAN y THOMPSON, 2004: 48). No está claro si el problema radica en la exclusion —y las demandas insatisfechas son suficientarias— o en la desigualdad. Hasta Th. CHRISTIANO, quien adopta una posición claramente igualitaria con respecto a la legitimidad, apela a argumentos suficientistas: «...Each person has an interest in being taken seriously by others. When an individual's views are ignored or not given any weight, this undermines his sense of self-respect...» (CHRISTIANO, 1997: 259).

que no pueden ser vistas como razones por aquellos a quienes se aplica, a nivel internacional sólo un procedimiento democrático es apto para satisfacer el interés deliberativo de los Estados. Dicho en otras palabras, el interés que poseen los individuos organizados políticamente, en que el sistema de toma de decisiones internacional sea sensible a sus opiniones sólo puede ser satisfecho si el procedimiento adoptado es de índole democrático. La razón de esta asimetría subyace en el hecho de que una de las ideas centrales de la cultura política pública internacional es que los Estados deben ser tratados como libres e iguales. Mientras a nivel doméstico existen sociedades donde la idea de ciudadanía libre e igual no se encuentra implícita en la cultura política, a nivel internacional tal extremo se encuentra configurado.

Aun en aquellas sociedades donde no se considera que los ciudadanos deban ser tratados como libres e iguales, se piensa que en tanto cuerpo de individuos políticamente organizados deben ser tratados en la arena internacional por otros Estados como libres e iguales. Individuos que dada su cultura política doméstica no consideran que sus conciudadanos deban ser tratados como libres e iguales, sí consideran que su Estado —esto es ellos mismos en tanto organizados políticamente junto con sus conciudadanos— debe ser tratado como libre e igual. Así, por ejemplo, condenan la interferencia extranjera en los asuntos domésticos de su Estado, o promueven que su Estado sea escuchado como un igual cuando se trata de adoptar resoluciones sobre cuestiones internacionales.

Dado que éste es el caso, es posible afirmar que existen ciertos rasgos del actual orden internacional que no satisfacen los intereses de autoría que poseen los Estados. Así, por ejemplo, el procedimiento de toma de decisiones colectivas corporizado en el diseño institucional del Consejo de Seguridad, no satisface el interés que los Estados —en tanto autores de las instituciones internacionales— tienen en la responsabilidad deliberativa. El diseño otorga más peso a las opiniones de algunos Estados, los cinco miembros permanentes con derecho a veto: Estados Unidos, Gran Bretaña, Rusia, China y Francia. Un esquema institucional semejante no trata como *autores* a todos los Estados a quienes se aplica coercitivamente. Aunque las opiniones de todos acerca de cómo conducir los asuntos colectivos pueden ser consideradas —por ejemplo, porque los miembros permanentes alinean sus decisiones con las opiniones de la mayoría— el procedimiento mismo de toma de decisiones no se encuentra fundado en razones que sean aceptables para todos a partir de las ideas implícitas en la cultura política pública internacional. Un procedimiento de decisión que confiere poder de veto a algunos Estados no se encuentra fundado en consideraciones que los Estados —dada la cultura política pública internacional y su idea implícita de libertad e igualdad— puedan ver como razones.

Adicionalmente, un sistema de toma de decisiones semejante no satisface el interés en el reconocimiento que cada Estado posee. Lo que determina que esto sea así es que algunos Estados no pueden ocupar el rol de miembros permanentes. No se trata de que sus opiniones no son consideradas, sino de que ellos ocupan cierta posición pública de inferioridad en el esquema institucional que quedó configurado luego de la Segunda Guerra Mundial. La razón de esta exclusión simplemente refleja la opinión de que se trata de Estados débiles. Mientras los ganadores y poderosos se reservaron los lugares permanentes, al resto sólo le fue concedido acceder a los puestos rotativos.

En síntesis, que existan miembros permanentes y no permanentes vulnera el interés en el reconocimiento, que los miembros permanentes tengan derecho a veto vulnera el interés en la responsabilidad deliberativa.

Lo que muestra el ejemplo del Consejo de Seguridad, es que aunque existe un derecho a la democracia que el esquema de instituciones internacionales debe garantizar, no se trata de un derecho humano que cada uno de los ciudadanos tenga respecto de su propio esquema de instituciones estatales, sino de un derecho que los ciudadanos políticamente organizados —los Estados legítimos— tienen con respecto al esquema internacional. No existe un Derecho Humano a la Democracia —que sea la consecuencia de la aplicación coercitiva del sistema de Estados por parte del orden internacional sobre los individuos— sino un derecho estatal a la democracia que se sigue de la aplicación coercitiva del orden internacional sobre los Estados.

La existencia de un derecho a la Democracia Internacional, no sólo sirve para criticar las instituciones existentes como el Consejo de Seguridad, sino también para defenderlas de algunas críticas usuales. Permite advertir que ciertos rasgos del orden internacional que usualmente son considerados problemáticos, no son tales. Me refiero específicamente a la inexistencia de un *demos global*, de un órgano representativo elegido directamente por la población mundial, o de nuevos modos de permitir el control de las instituciones internacionales con respecto al *demos global*⁵⁵. Muchos de quienes adscriben a un paradigma democrático de legitimidad política, consideran que estos rasgos constituyen un déficit democrático del actual orden internacional. La concepción que he presentado, ayuda a entender porqué esto no es así. Si las exigencias de legitimidad democrática internacional son el correlato de la imposición coercitiva del orden internacional sobre los Estados, son éstos y no las personas individualmente consideradas las unidades políticamente relevantes. No sólo no es un déficit que la representación internacional esté mediada por los Estados sino que es moralmente requerido que así sea. Si quienes son coaccionados son los Estados, son sus intereses de autoría los que deben satisfacerse y, por ende, son los Estados quienes deben estar representados en los órganos de decisión internacional.

Puesto de modo concreto, que en la Asamblea de las Naciones Unidas estén representados los Estados y no los individuos es una virtud a ser potenciada y no un defecto que deba ser remediado⁵⁶. De lo que se trata no es de modificar el tipo de representación sino, por un lado, de aumentar el control que la Asamblea tiene sobre las decisiones que sirven para configurar las instituciones internacionales y, por el otro, de garantizar que el procedimiento de toma de decisiones sea de índole democrática.

⁵⁵ Quienes como J. COHEN y Ch. SABEL (2005) sostienen que existe un nuevo poder coercitivo global que se aplica directamente sobre los individuos también sostienen que es necesario que se instauren nuevos mecanismos de *global accountability*.

⁵⁶ Algunas propuestas de reformas cosmopolitas, se acomodan a la concepción que he presentado. Así, la idea de D. HELD (2006: 306) de conformar una Asamblea de las Naciones Unidas dotada de autoridad sobre ciertos temas que conciernen globalmente, es perfectamente adecuada a lo que he señalado en el texto. Otras propuestas, como la de llevar adelante referendums a nivel global o regional, son más difícil de acomodar a la visión que he presentado en el texto (HELD, 2006: 307). Si los resultados de estas consultas no son ponderados de tal modo que den cuenta de la existencia de diversas comunidades políticas sobre las que se aplican diversos órdenes coercitivos, su utilización no se encuentra justificada.

4. INTERVENCIÓN HUMANITARIA Y AUTOGOBIERNO

La concepción general de los derechos humanos que he presentado tiene profundas repercusiones prácticas en lo que respecta a la intervención humanitaria. En primer lugar, sirve para vislumbrar dónde reside el error de la política estadounidense y cómo debería ser enmendado. El mandato democratizador, eje de la política exterior de los últimos años, no debería ser entendido como dirigido a instaurar regímenes domésticos democráticos allí donde no existen, con total independencia de las características de la cultura política pública de la sociedad intervenida. Las políticas de *nation building* llevadas adelante por los países occidentales —uno de cuyos objetivos ha sido la instauración de regímenes democráticos— en sociedades como la afgana cuyas culturas no poseen implícita la idea de ciudadanía libre e igual, no están moralmente justificadas⁵⁷.

La política exterior de los Estados occidentales en relación con aquellas sociedades que no tienen implícita la idea de ciudadanía libre e igual, como presumiblemente son algunas sociedades islámicas, debe adoptar el rumbo que caracterizó la política estadounidense con respecto a estas sociedades durante la guerra fría⁵⁸. Durante este periodo se acuñó la idea del «excepcionalismo árabe» que determinaba que la promoción de la democracia —que era una política válida con respecto a otros Estados— no lo fuese con respecto a ciertos países islámicos. No obstante, aunque este «excepcionalismo» es adecuado, deben alterarse las razones utilizadas para justificarlo. Durante la guerra fría las razones que determinaron esta directriz de la política exterior estadounidense fueron meramente estratégicas⁵⁹. El argumento que he ofrecido muestra que existen

⁵⁷ A pesar de que la cultura política de la mayor parte de los países islámicos no es democrática —no alberga la idea de ciudadanía libre e igual— existen datos que dan razones para pensar que tal situación está cambiando. Según *The Pew Global Attitudes Survey* del 2005: «...A plurality of Lebanese (46%) —and a majority of the country's Christians (59%)— are optimistic that the Middle East will become more democratic. Meanwhile, Jordanians are divided between those who are becoming more optimistic and pessimistic, while the Turks, Pakistanis, and Moroccans lean toward pessimism (although 34% of Pakistanis offer no opinion)» (PEW GLOBAL ATTITUDES PROJECT, 2005). Aunque parece haber una correlación entre el carácter predominantemente cristiano de la población y sus actitudes positivas hacia la democracia, también en los países de mayoría musulmana la situación es cambiante. Así, por ejemplo, según la encuesta del año 2002, el 63 por 100 de los jordanos creían que la democracia no era una forma de gobierno característicamente occidental. En el año 2005 esta cifra se había elevado al 80 por 100.

⁵⁸ La ausencia de un Derecho Humano a la Democracia, sin embargo, no convalida la política que Estados Unidos ha llevado adelante en medio oriente brindando soporte activo o tolerando regímenes autocráticos. La política exterior estadounidense ha tenido aquí por objetivo promover la estabilidad, aun a costa del sacrificio de los derechos humanos. Al respecto señala T. C. WITTES: «*Stability there is necessary to ensure the free flow of oil and gas through the Persian Gulf to world markets, to facilitate the movement of U.S. naval and commercial traffic from the Mediterranean to the Indian Ocean via the Suez Canal, and to protect the security of key regional allies, including the State of Israel and the Kingdom of Saudi Arabia...*» (WITTES, 2008: 16). Aunque no existe un Derecho Humano a la Democracia, existe un derecho a que los regímenes políticos sean sensibles a las opiniones de los ciudadanos que Estados Unidos no ha ayudado a satisfacer.

⁵⁹ WITTE resume las razones detrás de la política exterior estadounidense con respecto a los países árabes durante la guerra fría del siguiente modo: «*First, there is the concern, widespread among U.S. policymakers, that putting a greater emphasis on democracy in America's dialogue with Arab regimes will necessarily bump other issues down the priority list or even demand trade-offs. Second, there is the belief that U.S.-Arab cooperation, despite being rooted in mutual self-interest, is fragile and that pressure on Arab governments to yield power at home will lead those governments to loosen or even abandon their strategic alliances with Washington*» (WITTE, 2008: 18).

razones de principio para no promover en ciertos países la instauración de regímenes democráticos. Lo que justifica el «excepcionalismo» es la idea de que instalar regímenes democráticos en ciertas sociedades no promueve el auto-gobierno.

No obstante, el mandato democratizador debe continuar siendo uno de los ejes de la política exterior de los Estados occidentales. El argumento que he ofrecido no muestra que debe ser abandonado por completo sino que debe ser redireccionado. No debe tener por objeto garantizar un Derecho Humano a la Democracia a través de la promoción de regímenes estatales democráticos. Lo que debe ser garantizado es un derecho a la Democracia Internacional a través de la promoción de instituciones internacionales más igualitarias. Los Estados deben trabajar activamente para que las instituciones democráticas como la Asamblea de la ONU tenga más incidencia en la toma de decisiones internacionales y para democratizar aquellas instituciones internacionales que poseen un sesgo anti-democrático, como es el caso del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Por lo que respecta a la reforma de instituciones con sesgo antidemocrático, un ejemplo de los cambios concretos que deberían promover los Estados puede encontrarse en la resolución 1991 de la Asamblea XVIII de Naciones Unidas. La medida entró en vigor el 31 de agosto de 1965, y aumentó el número de los miembros no permanentes que pasaron de seis a diez. Aunque esta reforma aumentó la calidad democrática del proceso de toma de decisiones en el seno del Consejo, no alteró la distinción entre miembros permanentes y no permanentes o el derecho a veto de los primeros. En este sentido la reforma fue positiva y necesaria, aunque no fue suficiente.

La segunda directriz que deben perseguir los Estados es la de dar preeminencia a la hora de tomar decisiones a las instituciones internacionales democráticas actualmente existentes. Las líneas de trabajo para lograr tal cometido son dos. Primero, debería promoverse que los representantes de los Estados en los órganos internacionales —paradigmáticamente la Asamblea General de la ONU— se encuentren bajo el control de los órganos estatales dotados de mayor representatividad o legitimidad política. Si el Estado del que se trata es una democracia representativa, este órgano será el parlamento⁶⁰. No obstante, como es posible que otras formas de organización política sean legítimas la dependencia del parlamento no debe considerarse como el único modo de satisfacer esta exigencia. Segundo, debería promoverse que el grueso de las decisiones internacionales estuviese en manos de los órganos internacionales más representativos⁶¹. Mientras más número de las competencias internacionales se atribuyan a la Asamblea General, o mientras más control ésta ejerza sobre las otras agencias internacionales, mayor será la legitimidad política internacional que existe.

Lo señalado con respecto al mandato democratizador se aplica con especial fuerza a la institución internacional de la intervención humanitaria. En primer lugar, la existencia de un derecho Internacional a la Democracia, ofrece una guía para responder a la pregunta de *cómo* debería decidirse la Intervención. Tal decisión debería ser

⁶⁰ Aun si actualmente es difícil encontrar sistemas legítimos no democráticos, es necesario por las razones ofrecidas en el texto dejar abierta esta posibilidad.

⁶¹ Que un número creciente de decisiones a nivel internacional sea dejada en mano de grupos conformados por miembros de la rama ejecutiva de gobierno —tales como el G20 o el G7— debe ser visto como rasgo problemático del actual orden internacional.

adoptada por la comunidad internacional —debido a que ella es la garante de que los Estados respeten los derechos humanos de sus ciudadanos— a través de un proceso democrático —debido a que de lo contrario la decisión carecería de legitimidad—. Sólo en este caso la decisión de intervenir satisface las exigencias de legitimidad que se aplican al esquema internacional. Así, puede afirmarse que el creciente número de intervenciones unilaterales, llevadas adelante por Estados Unidos y otras potencias militares, con total independencia de lo loable que hayan sido sus objetivos, carecen de legitimidad moral⁶².

Adicionalmente, la concepción que he presentado también ayuda a responder a la pregunta acerca de *cuándo* está justificada la intervención humanitaria y *por qué*. Con respecto al *cuándo*, si un Estado no tiene la capacidad o la voluntad de respetar los derechos humanos de sus ciudadanos, entonces la Comunidad Internacional tiene la responsabilidad —y el derecho— de intervenir. En este supuesto —dando por sentado que la intención de la intervención es acabar con la violación de los derechos humanos, todos los medios pacíficos han sido agotados, los medios utilizados son proporcionales y existe una perspectiva razonable de éxito— la intervención se encuentra justificada.

En relación con el *porqué* la respuesta tiene dos partes. En primer lugar, la Comunidad Internacional tiene el deber de intervenir porque sobre ella recae la responsabilidad de garantizar que los Estados respeten los derechos humanos de sus ciudadanos. Que el orden internacional imponga de modo coercitivo sobre todos los seres humanos un sistema de Estados, es el origen de esta responsabilidad. En segundo lugar, la Comunidad Internacional tiene el derecho de intervenir —o lo que es lo mismo, los Estados no tienen derecho a oponerse a la intervención— porque si los derechos humanos no son satisfechos, desaparece la barrera moral que el respeto por el auto-gobierno impone sobre los actos de intervención.

En síntesis, que existan dos órdenes coercitivos de diferente nivel —el internacional y el doméstico— con sus correlativas exigencias de legitimidad, sirve para explicar, por un lado, *cómo* debe adoptarse la decisión de intervenir y, por el otro, *cuándo* y *porqué* la intervención humanitaria se encuentra justificada. Que el orden internacional se aplique de modo coercitivo sobre los Estados —y las exigencias de legitimidad y Democracia Internacional que esto engendra— es relevante para establecer *cómo* decidir la intervención. Que las instituciones estatales se apliquen de modo coercitivo sobre los ciudadanos —y las exigencias de legitimidad que esto engendra— es relevante para establecer *cuándo* intervenir. Que el orden internacional imponga sobre los seres humanos un sistema de Estados y que se aplique coercitivamente a esos mismos Estados —y las exigencias de legitimidad que esto engendra— es relevante para establecer *por qué* la Comunidad Internacional tiene el derecho y el deber, respectivamente, de intervenir.

Finalmente, aunque el argumento que he ofrecido en el texto no permite invocar el Derecho Humano a la Democracia para mostrar que existe un caso de intervención

⁶² La intervención internacional en Irak por parte de Estados Unidos en el año 2003 es un caso paradigmático de intervención ilegítima. Lo que provocó revuelo internacional no fue la intervención —desde el final de la década de los ochenta las intervenciones armadas autorizadas por las Naciones Unidas se habían incrementado sustancialmente— sino su carácter unilateral.

humanitaria que no vulnera el auto-gobierno, posibilita ofrecer una respuesta mucho más contundente a esta objeción. Contrario a la posición defendida por el gobierno chino, permite mostrar que ningún tipo de intervención humanitaria —y no sólo la fundada en un Derecho Humano a la Democracia— vulnera el auto-gobierno. Las razones que fundan esta conclusión son tres.

En primer lugar, según la concepción que he presentado el interés en el auto-gobierno es uno que poseen los individuos a quienes se aplica coercitivamente el esquema de instituciones estatales. No se trata de un interés que posean los Estados. Esto permite desarticular la equivalencia entre el interés de los individuos en el auto-gobierno y el derecho de los Estados a la no-intervención. No todo Estado tiene derecho a la no-intervención sino sólo aquellos en los que el interés de los individuos en el auto-gobierno se encuentra satisfecho. No basta constatar un acto de intervención para sostener que el interés en el auto-gobierno de los ciudadanos ha sido vulnerado.

En segundo lugar, puesto que he defendido una posición que concibe a la satisfacción de los derechos humanos como condición necesaria y conjuntamente suficiente para que exista legitimidad o auto-gobierno, nunca puede darse el caso que la intervención humanitaria vulnere el valor del auto-gobierno. Si lo que justifica la intervención humanitaria es la existencia de violaciones a los derechos humanos, allí donde la intervención está moralmente justificada no existe esquema institucional legítimo ni auto-gobierno que sea vulnerado.

En tercer lugar, concebir a los derechos humanos como he propuesto permite advertir que el objetivo que persigue toda intervención humanitaria es promover la existencia de auto-gobierno o legitimidad política. Si los derechos humanos son condiciones necesarias y suficientes de legitimidad, y el objetivo de la intervención humanitaria es garantizar su satisfacción, se sigue que su objetivo también es promover el auto-gobierno o la legitimidad. Cualquier intervención que tenga por objeto poner fin a la vulneración de los derechos humanos no puede implicar costo alguno en términos de auto-gobierno, dado que su objetivo es precisamente promover las condiciones que deben darse para que el auto-gobierno exista.

CONCLUSIÓN

La concepción de los derechos humanos que he presentado parte de la constatación que tanto el esquema de instituciones internacionales como domésticas poseen carácter coercitivo. Las exigencias morales que trae aparejada la existencia de esquemas coercitivos son las de *autoría* o legitimidad política. Dado que las instituciones internacionales y las domésticas son coercitivas en diferente forma y sobre diferentes sujetos, las exigencias de *autoría* que la existencia de cada una engendra son diferentes. La existencia de instituciones estatales trae aparejado que a los individuos les deban ser conferidos ciertos derechos, oportunidades y recursos. Las instituciones que satisfacen estas exigencias ubican a los individuos a quienes se aplican coercitivamente en el rol de *autor* y son, por ende, legítimas. La existencia de instituciones internacionales que poseen carácter coercitivo tanto sobre los individuos como sobre los Estados trae aparejado que a unos y otros les deban ser conferidos por éstas ciertos derechos,

oportunidades y recursos. Por lo que respecta a los individuos, las instituciones internacionales deben ser garantes de que los Estados en los que habitan los ubiquen en el rol de *autores* confiriéndoles los derechos, oportunidades y recursos necesarios. La institución de los derechos humanos ha sido la herramienta elegida por el orden internacional para volver efectiva esta garantía. Por lo que respecta a los Estados, las instituciones internacionales deben conferirles los derechos, oportunidades y recursos necesarios para que sus intereses de *autoría* se encuentren satisfechos. Así como las instituciones domésticas deben ubicar en el rol de *autores* a los ciudadanos, las instituciones internacionales deben ubicar en el rol de *autores* a los Estados, esto es, a los individuos políticamente organizados.

Lo señalado trae aparejado que, dadas las peculiaridades de las diferentes culturas políticas públicas domésticas y de la cultura política pública internacional, aunque no existe un Derecho Humano a la Democracia —puesto que pueden existir Estados legítimos no-democráticos— sí existe un derecho a la Democracia Internacional —puesto que sólo un orden internacional democrático es legítimo—. Constatar tal extremo trae profundas consecuencias para el diseño y la justificación moral de la institución de la intervención humanitaria. Un nuevo mandato democratizador cobra vigencia. Uno que no se refiere a la democratización de las instituciones estatales, sino a la democratización de las instituciones internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- BEITZ, Ch., 1979-1999: *Political Theory and International Relations*, Princeton: Princeton University Press.
- 1990: *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton, NJ: Princeton University Press.
- 2009: *The Idea of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- BLAKE, Ch., 2002: «Distributive Justice, State Coertion, and Autonomy», *Philosophy and Public Affairs*, 30, 257-296.
- BUCHANAM, A., 2004: *Justice, Legitimacy and Self-determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- BUSH, G. W.: <http://stateoftheunion.onetwothree.net/texts/20040120.html>.
- CHOMSKY, N., 1992: *Deterring Democracy*, New York: Verso.
- CHRISTIANO, Th., 1997: «The Significance of Public Deliberation», en J. BOHMAN y W. REHG (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 243-277.
- COHEN, G., 2000: *If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich?*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- COHEN, J., y SABEL, Ch., 2005: «Global Democracy?», *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, núm. 4, 763-797.
- DONELLI, J., 1989: *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca: Cornell University Press.
- FRANCK, T. M., 1992: «The Emerging Right to Democratic Governance», *The American Journal of International Law*, vol. 86, 46-91.
- FOX, G., 1992: «The Right to Political Participation in International Law», *Yale Journal of International Law*, vol. 7, 579-590.

- GUTTMAN, A., y THOMPSON, D., 2004: *Why Deliberative Democracy*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- HELD, D., 2006: *Models of Democracy*, 3.^a ed., Cambridge: Polity Press.
- HOOK, S. W., 2002: «Inconsistent U.S. Efforts to Promote Democracy Abroad», en P. J. SCHRAEDER (ed.), *Exporting Democracy; Rhetoric vs. Reality*, London & Boulder, CO: Lynne Rienner, 109-128.
- ICISS, 2001: *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, Ottawa: International Development Research Centre.
- KARMEN, A., 2000: «Poverty, Crime and Criminal Justice», en HEFFERNAN, W., y KLEINING, J. (eds.), *From Social Justice to Criminal Justice. Poverty and the Administration of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 25-46.
- KENT, A., 1993: *Between Freedom and Subsistence. China and Human Rights*, Hong Kong: Oxford University Press.
- KINGSBURY, B.; KRISCH, N., y STEWART, R., 2005: «The Emergence of Global Administrative Law», *Law & Contemporary Problems*, 68, 15-61.
- KIRKPATRICK, J., 1979: «Dictatorships and Double Standards», *Commentary Magazine*, vol. 68, núm. 5, 34-45.
- LUBAN, D., 1980: «Just War and Human Rights», *Philosophy and Public Affairs*, 9, 160-181.
- 2002: «Intervention and Civilization: Some Unhappy Lessons of the Kosovo War», en P. DE GREIFF y C. CRONIN (eds.), *Global Justice and Transnational Politics*, Cambridge, Mass.: MIT Press.
- MANSFIELD, E. D., y SNYDER, J., 2005: *Electing to Fight: Why Emerging Democracies Go to War*, Cambridge, Mass.: MIT Press.
- MOELLENDORF, D., 2002: *Cosmopolitan Justice*, Colorado: Westview Press.
- MURAVCHIK, J., 1991: *Exporting Democracy. Fulfilling America's Destiny*, Washington: American Enterprise Institute Press.
- NEIER, A., 1997: «The New Double Standard», *Foreign Policy*, 105, 91-102.
- ONU, 2005: *World Summit Outcome*, A/RES/60/1, <http://www.un.org/summit2005/documents.html> (última visita, mayo de 2012).
- PETTIT, Ph., 2008: *Made with Words: Hobbes on Language, Mind and Politics*, New Jersey: Princeton University Press.
- PETTIT, Ph., y LOVETT, F., 2009: «Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program», *Annual Review of Political Science*, 12, 11-29.
- 2009a: «Law and Liberty», en BESSON, S., y MARTÍ, J. L. (eds.), *Legal Republicanism: National and International Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 39-59.
- 2010: «Legitimate International Institutions: a Neo-republican Perspective», en BESSON, S., y TASIOLAS, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press (en prensa).
- PEW GLOBAL ATTITUDES PROJECT, 2005: «How the United States is Perceived in the Arab and Muslim Worlds», noviembre de 2005, <http://www.pewglobal.org/2005/11/10/how-the-united-states-is-perceived-in-the-arab-and-muslim-worlds/>.
- POGGE, Th., 1989: *Realizing Rawls*, Ithaca: Cornell University.
- RAWLS, J., 1993: *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- 1999: *The Law of Peoples*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- RIPSTEIN, A., 2004: «Authority and Coercion», *Philosophy and Public Affairs*, 32, 2-35.
- ROOSEVELT, F. D., 1940: Address of December 29, 1940, http://www.presidentialrhetoric.com/historicspeeches/roosevelt_franklin/arsenal.html.

- SCANLON, T. M., 1998: *What We Owe to Each Other*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.
- SELEME, H. O., 2007: «Legitimidad Política, Justicia y Globalización», *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 9, 1-60.
- 2009: «La consistencia del contextualismo institucional e internacional», *Enrahonar*, 43, 205-228.
- 2010: «La legitimidad como autoría», *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 234, año 59, 73-99.
- TESÓN, F., 1998: *A Philosophy of International Law*, Colorado: Westview Press.
- VINCENT, J. R., 1974: *Nonintervention and International Order*, Princeton: Princeton University Press.
- WILSON, W., 1917: *War Message to Congress* (2 de abril de 1917), http://wwi.lib.byu.edu/index.php/Wilson's_War_Message_to_Congress.
- WILLIAMS, B. (1981): «Internal and External Reasons», en *Moral Luck*, Cambridge: Cambridge University Press.
- WITTES, T. C., 2008: *Freedom's Unsteady March: America's Role in Building Arab Democracy*, Washington, D. C.: Brrokings Institution Press.

LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA GLOBAL: DEL IGUALITARISMO DE LA SUERTE AL CONSTRUCTIVISMO POLÍTICO *

Federico Arcos Ramírez

Universidad de Almería

RESUMEN. La interpretación más fuerte y polémica de la tesis del carácter institucional en lugar de moral del concepto de justicia distributiva, que ha recibido la denominación de concepción *dependiente de la práctica*, considera que las instituciones políticas juegan un papel decisivo no sólo de cara a la implementación de las exigencias de ésta, o a la determinación de los criterios distributivos para cada reparto, sino también a la formulación de los primeros principios. Esta concepción de la justicia ofrece una de las razones más poderosas para desacreditar la que, al menos para la primera generación de cosmopolitas modernos, constituyó el fundamento más habitual para tales deberes: *el igualitarismo de la suerte*. Este trabajo examina las claves desde las que podría construirse una justicia distributiva global a partir de la corrección o moderación a un doble nivel de la concepción *dependiente de la práctica*. En primer lugar, apuntando a la necesidad de combinar adecuadamente elementos independientes (rationales, morales o ideales) y dependientes de cara a evitar vaciar a la teoría de la justicia de su componente crítico y, sobre todo y, en segundo lugar, ampliando, con el auxilio de la noción de justicia de trasfondo y de la concepción sistémica de la coacción, el tipo de prácticas que generan demandas morales de la particularidad y exigencia característica de la justicia distributiva.

Palabras clave: justicia distributiva, igualitarismo de la suerte, cosmopolitismo, concepción de la justicia dependiente de la práctica, justicia de trasfondo, concepción sistémica de la coacción.

ABSTRACT. The strongest and polemic interpretation of the thesis of the institutional character instead of moral of the concept of distributive justice, which has received the denomination of conception *practice dependent*, considers that the political institutions play a decisive face role not only to the implementation of the requirements of this one or to the determination of the distributive criteria for every share-out, but also to the formulation of the first principles. This conception of the justice offers one of the most powerful reasons to discredit the one that, at least for the first generation of modern cosmopolitans, constituted the most habitual foundation for such duties: the *luck egalitarianism*. This work examines the keys from the one that a local distributive justice might construct itself from the correction or moderation of the conception dependent on the practice at a double level. First of all, pointing at the need to combine appropriately independent elements (rational, moral or ideal) and dependents in order to avoid to empty to the theory of the justice of its critical component and, especially and secondly, extending, with the help of the notion of background justice and of the systemic conception of the coercion, the type of practices that generate moral demands of the peculiarity and demand typical of the distributive justice.

Keywords: distributive justice, luck egalitarianism, cosmopolitanism, conception of justice practice-dependent, background justice, systemic conception of coercion.

* Fecha de recepción: 5 de julio de 2012. Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2012.

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación de excelencia SEJ-6849, «Inmigración y Justicia Global» financiado por la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía.

1. INTRODUCCIÓN: REPENSAR LA JUSTICIA EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Se ha convertido en un auténtico tópico de la filosofía política y social contemporánea que vivir en un mundo cada vez más interconectado e interdependiente, que el conformar una sociedad *ininterrumpida*¹, impone el abandono de los viejos mapas y la elaboración de una nueva cartografía que nos permita atravesar los territorios del mundo globalizado². Como resultado de la eclosión de las nuevas tecnologías o la dinámica expansiva de la producción y el comercio, entre otros, desde hace casi tres décadas las comunidades políticas han dejado de constituir el espacio natural o privilegiado del movimiento de las personas, los bienes, los servicios, la información, las manifestaciones culturales, etc., para dar paso a un mundo en el que todos estos procesos franquean continuamente las fronteras³. Sin perder de vista que quienes más reclaman la desnacionalización de la producción y el comercio estarían promoviendo muchas veces una renacionalización del discurso político⁴, la impresión dominante es que, en la sociedad mundial, resulta cada vez más difícil continuar hablando de la economía, la soberanía política o la cultura como realidades exclusivas o predominantemente nacionales o estatales.

¿Ocurre algo similar con la idea de la justicia? ¿Está la globalización, tal y como señala FRAZER, cambiando nuestra forma de discutir sobre ella?⁵ ¿Tienen los cambios señalados calado suficiente como para poner en cuestión el carácter estatal (intranacional e internacional) de la justicia o, como señala L. HIERRO, continúa el sistema de Estados cerrando al nivel del Estado-nación el ámbito de definición de los iguales?⁶ No hay duda de que los cambios provocados por la globalización imponen una revisión de algunos conceptos políticos empleados desde la modernidad. Sin embargo, ¿poseen también el suficiente calado como para poder hablar de una *justicia global*? Son muchos los que vienen señalando la conveniencia de servirnos de esta expresión para poner en consonancia la teoría con la realidad y, de paso, enfrentarnos mejor a los desafíos éticos que trae consigo un mundo cada vez más interconectado⁷. Empero, no conviene perder de vista el hecho de que, como proclama breve pero contundentemente NAGEL al comienzo de sus reflexiones sobre este problema, el principal desencadenante del interés por la justicia global es que «no vivimos en un mundo justo»⁸. Estamos, pues, ante una noción en la que confluyen las denuncias en torno a los riesgos y peligros (nucleares, medioambientales, terroristas, financieros, etc.) y las injusticias tan manifiestas que asolan nuestro mundo, en particular, las enormes desigualdades sociales y económicas entre individuos que viven en regiones distintas del planeta. Na-

¹ La expresión está tomada de YOUNG, 2002: 5.

² VELASCO, 2010: 350-351.

³ BENHABIB, 2005: 17.

⁴ SASSEN, 2001: 97-106.

⁵ FRAZER, 2005: 67.

⁶ HIERRO, 2009: 359.

⁷ En palabras de SINGER, «cómo nos vaya en la era de la globalización (quizá incluso, si podremos atravesarla) dependerá de cómo respondamos éticamente a la idea de que vivimos en un único mundo». SINGER, 2003: 25.

⁸ NAGEL, 2005: 113.

die duda de que estas últimas imponen algún tipo de responsabilidad ética y política sobre los más favorecidos. En lo que no parece haber tanto acuerdo es en el tipo de deberes que conllevaría su erradicación o, cuando menos, el alivio de sus efectos ¿Es correcto afrontar el desafío ético que representan como una cuestión de humanidad, o está en lo cierto SEN al señalar que cuando, a lo largo y ancho del planeta, la gente se agita para exigir más justicia global no está reclamando algún tipo de «humanitarismo mínimo»?⁹. En tal caso es ¿debemos incluir en el contenido de la justicia global algún principio corrector de las desigualdades de recursos u oportunidades?¹⁰.

Una de las principales razones para responder negativamente a esta segunda posibilidad gira en torno al carácter institucional en lugar de moral del concepto de justicia distributiva. La interpretación más fuerte y polémica de esta tesis considera que las instituciones políticas juegan un papel decisivo, no solo de cara a la implementación de las exigencias de ésta, o a la determinación de los criterios distributivos para cada reparto, sino también con vistas a la formulación de los primeros principios. Es lo que se conoce como concepción de justicia *dependiente de la práctica*. Esta última ofrece una de las razones más poderosas para desacreditar la que, al menos para la primera generación de cosmopolitas modernos, constituyó la vía más habitual para afrontar las enormes diferencias socioeconómicas individuales como un problema de justicia también más allá de las fronteras: el «igualitarismo de la suerte». Este trabajo examina las claves desde las que podría construirse una justicia distributiva global a partir de la corrección o moderación de la concepción de la justicia *dependiente de la práctica* a un doble nivel. En primer lugar, apuntando a la necesidad de combinar adecuadamente elementos independientes (rationales, morales o ideales) y dependientes de la práctica de cara a evitar vaciar a la teoría de la justicia de su componente crítico. En segundo lugar, ampliando, con el auxilio de la noción de «justicia de trasfondo» y de la concepción *sistémica* de la coacción, el tipo de prácticas que generan demandas morales de la particularidad y exigencia característica de la justicia distributiva.

2. EL IGUALITARISMO GLOBAL DE LA SUERTE

El cosmopolitismo constituye uno de los principales puntos de vista desde los que ha venido afrontándose el reto de tomar el pulso ético y político a las transformaciones sociales y económicas características de la globalización. En el plano de la justicia social, esta perspectiva se caracterizaría por defender la aplicación de un principio corrector de las desigualdades de recursos, bienestar u oportunidades entre los individuos que han nacido o residen en distintas comunidades políticas, similar al que podría imperar en el seno de cada una de éstas¹¹. En parte, si BEITZ, POGGE o BARRY han recibido el

⁹ SEN, 2010: 57-58.

¹⁰ *Vid.* IGLESIAS, 2006.

¹¹ Existen, como es sabido, distintas concepciones de los bienes que demanda la igualdad: de oportunidades a través de la aplicación global del principio de diferencia (BEITZ, MOLLENDORF, CANEY), en el alivio del sufrimiento (SINGER), en la satisfacción de las necesidades básicas y urgentes (Iglesias), en la protección de las capacidades básicas (NUSSBAUM, COHEN), en la libertad real para todos (VAN PARIJS), etc. Siguiendo a L. HIERRO, todas estas concepciones coinciden en lo siguiente: para todas ellas, el ideal moral de la igualdad es la igualdad entre todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las necesidades básicas

calificativo de cosmopolitas ha sido, precisamente, por la defensa que realizan del alcance global (mundial, universal) de los principios de la justicia distributiva.

No obstante, por «cosmopolitismo» o «cosmopolita» no se entiende, a veces, única o principalmente un atributo referido al *alcance* de estos principios cuanto una cierta forma de *justificar* o, cuando menos, de ofrecer razones en su favor que, en este caso, se traduciría en una exigencia de corregir las desigualdades económicas y sociales individuales al margen, o más allá, de las fronteras. Según esto, el cosmopolitismo sería únicamente una justificación más —si bien seguramente la más habitual— de la justicia global igualitaria. La misma descansaría en las dos siguientes premisas: en primer lugar, el *individualismo ético*, esto es, la defensa de la igualdad moral de todos los individuos en tanto que seres humanos; y, en segundo lugar, la *irrelevancia moral* de factores como la nacionalidad, la ciudadanía o el lugar de residencia, de cara a justificar atribuir preferencia a unos individuos frente a otros. A una y otra exigencia no se le ha otorgado, no obstante, siempre el mismo peso en la gramática cosmopolita. Seguramente, en las versiones estoica y kantiana, el valor moral de la común humanidad y, a lo sumo, el distanciamiento —que no irrelevancia— respecto de las identidades e intereses vinculados al lugar de nacimiento, ha sido el aspecto fundamental del ideal de la ciudadanía mundial. Por el contrario, si bien cabe encontrar algún precedente en el cosmopolitismo de la ilustración, en la literatura cosmopolita de las últimas décadas el segundo aspecto ha ido cobrando, progresivamente, mayor protagonismo que el primero. Aunque se continúe insistiendo en el individualismo moral frente al holismo más o menos intenso de las diferentes concepciones comunitaristas, el aspecto «negativo» ha ido haciéndose cada vez más presente en la justificación de una justicia sin fronteras. Así, por ejemplo, NUSSBAUM, aunque parta de una definición del ideal cosmopolita como aquel que define a «la persona cuyo compromiso abarca toda la comunidad de los seres humanos»¹², termina poniendo el acento en que las fronteras del grupo, la nación y el Estado carecen de significado moral o son éticamente irrelevantes por depender del azar¹³.

El protagonismo que en la primera generación de cosmopolitas modernos sobre la justicia habría cobrado el argumento de la irrelevancia moral de las fronteras no puede explicarse si no es por referencia a la enorme influencia ejercida por la obra de RAWLS. Al menos en apariencia, esta justificación del alcance global de la justicia distributiva se hallaría implícita en algunas tesis y reflexiones de quien ha demostrado ser, no obstante, uno de los más señalados críticos del cosmopolitismo. En *A Theory of Justice* aquél afirmaba que las pretensiones y obligaciones morales no deberían depender de factores moralmente arbitrarios en tanto que innecesarios, como serían la dotación natural o la posición social inicial, sino de las elecciones y decisiones individuales¹⁴. Aunque haya ciertos elementos de su teoría (como el rechazo del sistema de libertad natural) que hacen factible otra lectura de su concepción de la igualdad, lo cierto es, tal y como

de forma que permitan a todos y cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma y libre su propio plan de vida. HIERRO, 2005: 358.

¹² «El nacimiento en una nación y no en otra es un puro accidente. Por ello no debemos permitir que las diferencias de nacionalidad, de clase, de pertenencia étnica o incluso de género erijan fronteras entre nosotros y ante nuestros semejantes». NUSSBAUM, 1999: 14.

¹³ *Ibid.*, 18.

¹⁴ RAWLS, 1979: 123-126. Sobre las diferencias entre la concepción de la igualdad de RAWLS y el igualitarismo de la suerte, *vid.* SCHEFFLER, 2003, 12 y 25 y ss.

se pone de manifiesto cuando él mismo se desmarca del que denomina «principio de compensación», que RAWLS no llega a sostener que la justicia exija suprimir por completo la incidencia de factores como la buena o la mala suerte en la distribución de los bienes¹⁵. Como podremos apreciar, la evolución posterior de su pensamiento, en *Political Liberalism* y en la edición corregida de *Justice as fairness*, descarta definitivamente esta lectura del igualitarismo rawlsiano. No obstante, inmediatamente después de la publicación de *A Theory of Justice*, comenzará a cobrar fuerza la interpretación según la cual RAWLS no habría sido consciente de las implicaciones de su propio argumento, y que la justicia debería perseguir, eliminar y compensar las posiciones de desventaja surgidas de factores moralmente arbitrarios, no sólo los de carácter social sino también los derivados de las cualidades naturales¹⁶. Defensores de la igualdad como ARNESON, DWORKIN o COHEN comenzarán a defender que es injusto que alguien se encuentre peor que otros debido a la mala suerte, y que el objetivo de la justicia igualitaria consistiría en eliminar, en la medida de lo posible, el impacto de aquélla sobre la vida de las personas. Esta justificación de la justicia distributiva igualitaria recibirá el nombre de «igualitarismo de la suerte» (*luck egalitarianism*).

El igualitarismo de la suerte es una perspectiva ética que puede resultar más o menos exigente en función de, principalmente, dos factores. El primero de ellos sería la finalidad que se atribuya a la igualdad en relación con las circunstancias no elegidas. A diferencia de RAWLS, que sostiene que el principio de diferencia sólo persigue mitigar los efectos de la suerte¹⁷, la postura genuinamente *luck-egalitarian* interpretaría la función del principio de diferencia en un sentido más ambicioso: en el de que el objetivo primordial de la igualdad sería *eliminar y compensar* a las personas de la mala suerte inmerecida que supone, entre otras circunstancias, haber nacido con una dotación natural pobre, o sufrir accidentes y enfermedades, a través de una redistribución de la riqueza¹⁸. En segundo lugar, la ambición del igualitarismo de la suerte irá unida al alcance espacial o geográfico que se atribuya a sus exigencias. De la lectura del cosmopolitismo de BEITZ, BARRY o CANEY parecería desprenderse el carácter intrínsecamente universal de esta concepción de la igualdad. Sin embargo, ¿es el igualitarismo de la fortuna «naturalmente» global, de un modo similar a, como apunta PARFIT, lo sería el prioritarismo?¹⁹.

En contra de una respuesta afirmativa pesaría el dato que uno de los principales defensores del igualitarismo de la suerte doméstico, como es DWORKIN, no dé el paso de admitir esta posibilidad. Así se desprende tanto de la consideración de la igualdad como la virtud «soberana» de la comunidad política, como de la exclusión de los derechos económicos de la nómina de los derechos humanos básicos²⁰. Con ello se pone

¹⁵ RAWLS, 1979: 124-125.

¹⁶ KYMLICKA, 1995: 86-88.

¹⁷ FREEMAN, 2002: 117. De ahí que, a juicio de SCHEFFLER, RAWLS no sería el héroe que esperaban los cosmopolitas ya que en ningún momento afirma que los factores moralmente arbitrarios no deban jugar ningún papel en la distribución, sino que ésta no deba estar *impropiamente* influida por ellos. SCHEFFLER, 2008: 69.

¹⁸ ARNESON, 2008: 80.

¹⁹ PARFIT, 1999: 21. Para una defensa de la justicia global basada en un principio de prioridad de la satisfacción de las necesidades más básicas y urgentes, *vid.* IGLESIAS, 2005: 54-66, y TURÉGANO, 2010: 228-238. En contra del carácter naturalmente cosmopolita del prioritarismo, *vid.* HOLTUG, 2009.

²⁰ DWORKIN, 2003, 16. A juicio de BROWN, DWORKIN contempla los derechos igualitarios como algo que poseemos en virtud de nuestra membresía en la comunidad política particular en la que nacemos y únicamente en relación con nuestros compatriotas. BROWN, 2009, 85. En un mismo sentido TURÉGANO, 2010: 201.

de manifiesto que no existe una conexión lógica o necesaria entre las premisas éticas del igualitarismo de la suerte y el igualitarismo global, tal y como lo pone también de manifiesto que un destacado portavoz del estatismo como NAGEL reconozca la plausibilidad moral del primero y se muestre abiertamente contrario al cosmopolitismo igualitario²¹. Lo cierto es, sin embargo, que a lo largo y ancho del planeta encontramos realidades y datos tan abrumadores²², que explican que una lectura de la justicia como la que suscriben los igualitaristas de la suerte ofrezca un considerable atractivo. Como escribe BERTRAM, el hecho de que la esperanza de vida de un niño que tiene la suerte de nacer en Boston, Massachusetts o Barcelona sea muy superior a la de otro que lo hace en Burundi o Bogotá exige a gritos una rectificación²³. No es sorprendente, pues, que esta concepción de la igualdad haya sido uno de los pilares sobre los que han construido BEITZ, POGGE, BARRY y, más recientemente, CANEY, TAN, MOLLENDORF o BROWN, sus defensas de la regulación igualitaria de las desigualdades (de oportunidades antes que de recursos) globales. Y si, como ya hemos destacado, los primeros cosmopolitas igualitaristas globales de la suerte (en adelante IGS) partían de una lectura discutida de la obra de RAWLS, quienes les siguen actualmente hacen otro tanto con la teoría de la igualdad de DWORKIN. A juicio de estos últimos, la distinción entre la suerte dependiente de factores totalmente imprevisibles (*brute luck*) y la derivada de hechos en mayor o menor medida anticipables y evitables (*option luck*)²⁴, podría ser extendida, de forma coherente, al contexto internacional²⁵.

Los hechos que, a juicio de los IGS, determinan un nivel de bienestar u oportunidades no merecido sino fruto de la *suerte bruta* que debe ser mitigado o compensado, son fundamentalmente dos. El primero es el acceso a los recursos naturales. El hecho de que, por azar, alguien se encuentre en una posición ventajosa al respecto no proporcionaría una razón para excluir a los demás de los beneficios que puedan derivarse de aquéllos. En un mundo de escasez, la apropiación de recursos valiosos por algunos dejaría a otros, comparativa y quizás fatalmente, en desventajada. Por esta razón, BEITZ y POGGE y, más recientemente BROWN, insisten en que debe exigirse un principio redistributivo de los recursos que proporcione a cada sociedad una oportunidad equitativa de desarrollar unas instituciones políticas y una economía capaces de satisfacer las necesidades básicas de sus miembros²⁶. Sin embargo, más que la distribución natural de los recursos, la principal lotería que, ya sea mediante su reflejo institucional o como un hecho bruto, impondría arbitrariamente a unos una posición peor, o mucho peor, que a otros sería, bien la del lugar de nacimiento²⁷, factor que conlleva una nacionalidad y ciudadanía no elegidas, bien la del lugar de residencia no

²¹ NAGEL, 2005: 126.

²² Alrededor de 2.800 millones de personas (el 46 por 100 de la humanidad) viven por debajo del umbral de la pobreza que el Banco Mundial fija en dos dólares diarios. Cerca de 1.200 millones viven con menos de la mitad. Cada año mueren unos 18 millones prematuramente a causa de la pobreza extrema y masiva. POGGE, 1995: 14.

²³ BERTRAM, 2006: 330.

²⁴ DWORKIN, 2003: 84. La distinción viene a coincidir, en gran medida, con la distinción entre la suerte dependiente de las elecciones y la que derivada de las circunstancias que suscribe RAWLS.

²⁵ BROWN, 2008: 459.

²⁶ BEITZ, 1979: 137-141. POGGE, 2005: cap. 8; BROWN, 2009: 169-203. Este último defiende, sobre la base del modelo de igualdad de recursos de DWORKIN, una distributiva global más exigente que basada en el principio de diferencia. TURÉGANO, 2010, 209.

²⁷ POGGE, 1989: 247; CANEY, 2001: 125; TAN, 2004: 158.

elegido²⁸. La membresía política puede y suele ser un supuesto de «suerte bruta» que exige una neutralización a través de una justicia distributiva igualitaria²⁹.

El carácter azaroso de la membresía política ha dado pie a la que, muy probablemente, sea la tesis más fuerte del IGS: la de que, con independencia de cuáles sean las causas de la pobreza de una sociedad, no puede afirmarse que quienes nacen y florecen en su seno deban ser considerados responsables de su situación. El origen de la mayor o menor riqueza de una comunidad (ya se encuentre en su capacidad para hacerse menos vulnerable a las catástrofes naturales, en el disfrute de abundantes recursos naturales, en la posesión de un mayor grado de capital cultural y científico que la capacite para una mejor gestión económica, o en la sabiduría de sus antepasados para adoptar decisiones acertadas para el futuro) resultaría irrelevante, ya que «no puede afirmarse que los individuos que nacen *ahora* en esa sociedad sean responsables de alguno de esos factores»³⁰. El equivalente a nivel doméstico de estas personas se encontraría, más bien, en el niño que sufre las consecuencias de las decisiones imprudentes o irresponsables de sus padres. En tales casos —asevera BEITZ— nos mostramos reacios a considerar a los niños responsables de su propia situación³¹. Lo cierto es que, en el caso de que pertenezcan a una sociedad jerárquica y no democrática, los ciudadanos de los países pobres no han tenido por qué consentir, necesariamente, las políticas y decisiones sociales de sus gobiernos y, en el supuesto de que tales políticas hubieran sido puestas en marcha con anterioridad, tampoco habrían tenido oportunidad de hacerlo. Por tanto —concluye TAN— sus desventajas se deben más a las circunstancias que a las elecciones, y si la justicia ha de ser sensible a las elecciones individuales, e insensible, por el contrario, a las circunstancias, entonces no podemos aceptar que los principios de la justicia distributiva global rechacen esta distinción³².

3. LOS LÍMITES DEL IGUALITARISMO DE LA SUERTE GLOBAL: LA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA

El igualitarismo de la fortuna es una posición seriamente cuestionada. Entre otras razones, se la ha tratado de desacreditar presentándola como una lectura de la igualdad que traiciona el espíritu e, incluso, la letra de la obra de RAWLS (*vid. infra*). Otras críticas más sustantivas apuntan a las conclusiones inaceptables a las que conduciría defender la vinculación fuerte entre suerte y responsabilidad característica de este igualitaris-

²⁸ FABRE, 2005: 149. Las razones basadas en el carácter azaroso del lugar de nacimiento o residencia están muy presentes en los discursos críticos con las políticas de inmigración de los países más ricos. Así, por ejemplo, J. DE LUCAS insiste en varios trabajos en que la condición de miembro de la comunidad política no puede ser un privilegio vedado a quienes no tuvieron el premio de la «lotería genética o geográfica». DE LUCAS, 2002: 65. Seguramente el pionero en el uso de este tipo de argumentación en el contexto de la admisión e integración de los inmigrantes fue CARENS. Para él, «no es posible sostener restricciones sobre la base de que quienes hayan nacido en un territorio tienen un mejor derecho a los beneficios de la ciudadanía que quienes hayan nacido en otro territorio o sean hijos de extranjeros. El lugar de nacimiento y residencia son contingencias naturales «arbitrarias» desde un punto de vista moral». CARENS, 2009: 67.

²⁹ BROWN, 2008: 462.

³⁰ SCHEMMEL, 2007: 58.

³¹ BEITZ, 1999: 525.

³² TAN, 2004: 73. *Vid.* en un sentido parecido CANEY, 2002: 115, y KNIGHT, 2008: 727.

mo³³ y, sobre todo, a que la igualdad no es lo opuesto a la mala suerte involuntaria, sino a la opresión, a las jerarquías heredadas del estatus social, las castas, los privilegios de clase y las estratificaciones sociales rígidas³⁴. Más recientemente, también se ha puesto de manifiesto, a través de lo que S. HURLEY denomina «falacia igualitaria», los defectos lógicos del razonamiento mediante el que se construyen las tesis del igualitarismo de la suerte³⁵. Mi interés va a centrarse, no obstante, exclusivamente en los ataques contra el igualitarismo de la suerte que comprometen más seriamente sus pretensiones globalistas³⁶.

Una de las principales razones esgrimidas para rechazar que la construcción de una justicia distributiva global pueda descansar únicamente en esa concepción de la igualdad es la que considera que tal labor ha de conciliar, inevitablemente, las razones éticas derivadas del azar del nacimiento o residencia en una determinada comunidad política, con el derecho a la autodeterminación de otras. Una crítica más fuerte aún rechaza el argumento al que hacíamos anteriormente referencia según el cual, con independencia de cuáles sean las causas de la pobreza de una sociedad, no puede afirmarse que quienes nacen y florecen en su seno puedan ser considerados responsables de ella. La membresía no elegida en una comunidad en la que las oportunidades o recursos al alcance de sus miembros son comparativamente muy inferiores a los de otros Estados no permite concluir, sin mayores consideraciones, que hayan de ser siempre considerados víctimas de una *suerte bruta* y no, al menos en ciertas ocasiones, responsables de una *suerte elegida*. En algunos supuestos, podría considerárseles colectivamente responsables de su situación y no, de modo paternalista, víctimas de ella³⁷. No obstante, quizá la principal razón de que la perspectiva de la suerte resulte poco atractiva en el plano global está relacionada con el predicamento tan apreciable que habría adquirido en la literatura iusglobalista lo que POGGE denomina el «cosmopolitismo explicativo», esto es, con la consideración de la pobreza extrema y las enormes desigualdades mundiales como realidades que tendrían su principal causa en el actual orden económico-político internacional y, solo excepcionalmente, en las contingencias naturales. No abordaré en este trabajo el interesante debate suscitado a raíz de las críticas anteriores al IGS. Me centraré en otro tipo de reflexiones que no cuestionan tanto el contenido de este argumento como su fuerza para ofrecer una razón suficiente para una justicia distributiva igualitaria.

Sin duda, aplicado al plano global, el igualitarismo de la fortuna ofrece un argumento moral importante para no desentendernos de la situación de los menos aven-

³³ BARRY, 2005, cap. V; RIBOTTA, 2010: 236-243.

³⁴ ANDERSON, 1999: 313.

³⁵ Habría un salto inaceptable en el paso de la tesis 1) Es cuestión de suerte que X esté mejor que Y, a la tesis 2) no debería depender de la suerte que X e Y estén igual. El paso de 1) a 2) sería tan falaz como el paso de 3) es cuestión de suerte que X e Y estén igual a 4) no debería depender de la suerte que X e Y estén desigual. Para esta autora, «el hecho de que las personas no sean responsables de la diferencia no conduce a afirmar que sean responsables de la no diferencia». HURLEY, 2001: 57.

³⁶ Conviene en este punto advertir que un IGS actual como el que propugna BROWN, aun cuando reivindicara su aplicación al plano global consideran, admiten que éste, aun siendo un elemento muy importante que teorías como la de POGGE ignoran por completo, no sería el único ni quizá el principal componente de la una justicia distributiva global. BROWN, 2009: 150.

³⁷ El principal defensor de esta tesis es D. MILLER. Vid. MILLER, 2007: en especial capítulos 4, 5 y 9. Vid. también RAWLS, 1999: 130.

tajados del planeta. Empero ¿es una razón lo suficientemente fuerte y completa como para fundamentar deberes de justicia también respecto a éstos? La principal razón empleada para poner en entredicho la suficiencia del igualitarismo de la suerte de cara a defender una justicia socioeconómica global gira en torno al carácter conceptualmente institucional de la justicia. Este argumento ofrece, no obstante, versiones parcialmente diferentes en función, por un lado, del modo en que sean definidas las instituciones políticas³⁸ y, por otro, del nivel de la teoría de la justicia en el que nos situemos.

3.1. Las instituciones como objeto de la justicia

La versión más débil de la conexión conceptual entre la justicia y las instituciones señala que la primera no se aplica a hechos o situaciones naturales, ya que la naturaleza no es un agente que distribuya bienes, cargas o derechos en función de unos u otros criterios. Como señala RAWLS, la distribución natural «no es justa ni injusta, como tampoco es injusto que las personas nazcan en una determinada posición social. Estos son hechos meramente naturales. Lo que es justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan sobre estos hechos»³⁹. El ámbito de la justicia sería, por tanto, la valoración moral de los juicios, decisiones, acciones e instituciones humanas que atribuyen a alguien algo en cuanto suyo. Siguiendo el esquema clásico que trazara ARISTÓTELES en el capítulo V de la *Ética a Nicómaco* entre justicia distributiva y justicia conmutativa, podemos concluir que la justicia sería un segmento de la moralidad conceptual e intrínsecamente relacionado con la distribución de cargas o beneficios entre cierta clase de personas y —más que con la compensación, tal y como señala HART— con lo que HIERRO acuerda en denominar *reciprocación* (intercambio, venganza, reparación y compensación)⁴⁰. Por tanto, cabría hablar de desigualdades no sólo moralmente arbitrarias sino también injustas cuando éstas tienen su causa en esquemas institucionales que distribuyen cargas y beneficios, en relación con los criterios distributivos observados por éstos.

No creo que sea del todo correcto, sin embargo, reducir la desacreditación del IGS a la acusación de que incurre en la variante de falacia naturalista negativa consistente, en su caso, en derivar normas de justicia únicamente del hecho fortuito, y por tanto inmerecido, de nacer en un determinado lugar y no en otro. Venir al mundo en un sitio y no en otro constituye un hecho que, como tal, no es susceptible de valoración, sino de verificación o de prueba. Lo cierto, no obstante, es que el nacimiento nunca tiene lugar en un lugar geográfico sin más, sino en el territorio de un Estado, esto es, en un espacio jurídico-político, no sólo en el sentido de hallarse bajo el derecho, sino en el más fuerte

³⁸ La expresión «instituciones políticas» puede ser entendida en un sentido restringido o amplio. En el primero, denotaría las instituciones asociadas con los procesos políticos (sistema electoral, parlamentario, etc.). En el segundo, abarcaría a cualquier institución que pueda verse afectada por los procesos políticos. En este sentido, incluiría, además de la estructura del gobierno, las principales instituciones jurídicas, económicas e, incluso, culturales. Comprendería, pues, todo aquello que RAWLS designa como la «estructura básica» de la sociedad. GOODIN, PETTIT y POGGE, 2007: xvii.

³⁹ RAWLS, 1971: 124-125.

⁴⁰ HART, 1960: 197; HIERRO, 2002: 20.

de ser también un *artefacto* jurídico. Desde esta perspectiva, el nacimiento en uno u otro Estado no sería un hecho puramente físico, sino un acontecimiento que tiene lugar en un lugar institucionalmente constituido, y es precisamente la trascendencia que esto último tiene para las perspectivas de vida de los individuos lo que los igualitaristas de la suerte consideran moralmente cuestionable. Si —volviendo a RAWLS— justos o injustos no son los hechos sino el modo en que las instituciones actúan sobre ellos, la división del mundo en Estados separados y el tipo de autonomía y relaciones existente entre ellos serían algunos de los principales elementos de un esquema institucional, formado por el derecho internacional y el orden económico mundial, que hace depender el acceso de los individuos a las oportunidades o a los bienes y recursos de circunstancias no elegidas, como son el lugar de nacimiento o residencia. Por todo ello, en la actualidad, algunos de los principales defensores del *luck egalitarianism* suscriben una versión institucional y no puramente apriorística del mismo⁴¹.

3.2. El papel de las instituciones políticas en la determinación de los criterios de la distribución. El elemento político de la métrica de la igualdad

Habría, no obstante, una conexión aún más profunda entre la justicia social y las instituciones. El concepto de justicia distributiva hace referencia a una situación de reparto que requiere las siguientes condiciones previas⁴²: *a*) la condición de receptor del reparto; *b*) el *distribuendum* o conjunto de valores positivos y negativos (bienes, cargas, derechos y deberes) a repartir, y *c*) unos criterios de distribución de los valores transferidos para cada supuesto de reparto, o, en el caso de que no dispongamos de tales criterios, *c'*) un procedimiento o autoridad para establecer los criterios de la distribución. El concepto o la forma de la justicia distributiva requiere que el reparto se lleve a cabo de acuerdo con algún criterio; empero, al no establecer ningún método para determinar cuál debe ser el criterio particular adecuado, el fin o propósito del reparto no puede realizarse en el interior de la justicia, sino que debe ser determinado por una autoridad, a través de un proceso que idealmente adoptaría decisiones basadas en la imparcialidad, pero que en la práctica quizá sea, más bien, un ámbito dominado por «la interacción del poder, la persuasión, la simpatía y el interés»⁴³. Por esta razón, RUMMERS considera que las exigencias particulares de la justicia distributiva no pueden ser determinadas de forma adecuada de un modo apriorístico por filósofos o políticos, sino en el marco de los actuales procesos democráticos⁴⁴. Parece claro, pues, que un estándar de justicia distributiva igualitaria como el principio de diferencia rawlsiano no está en condiciones de proporcionar, dada su generalidad y relativa indeterminación, este criterio de justicia para cada reparto, menos aún si nos situamos en un contexto global y no sólo nacional, en el que resultaría todavía más difícil lograr juicios político-económicos claros para medir la condición de «menos aventajado»⁴⁵. En conclusión, para decirlo con ARISTÓTELES, «la justicia es cosa de la polis» (*dikaíosyne politikón*)⁴⁶.

⁴¹ TAN, 2008: 680-681; BROWN, 2009: 153-154.

⁴² HIERRO, 2002: 23-26.

⁴³ HEYMAN, 1992: 855.

⁴⁴ RUMMERS, 2009: 658.

⁴⁵ BENHABIB, 2005: 84.

⁴⁶ ARISTÓTELES, 1997: 5 (1253a).

En vista de todo ello, podemos concluir que el concepto de justicia social, en particular, el de aquel aspecto o concepción de la misma dirigido a corregir las desigualdades de oportunidades, ingresos o recursos, remite necesaria o conceptualmente a normas, autoridades o instituciones a las que corresponde determinar, en función del contexto y del peso de las pretensiones en juego, ese criterio para cada reparto. Los cosmopolitas igualitarios de la suerte también reconocen el papel esencial de las instituciones, pero únicamente en su condición de instrumentos imprescindibles para garantizar la aplicación efectiva de las exigencias de la justicia y no, como vemos ahora, de cara a su formulación. Sin embargo, de acuerdo con la lectura del carácter político de la justicia que ahora analizamos, la razón de que las instituciones terminen resultando determinantes no es únicamente que pueden asegurar, dados sus medios económicos y coactivos, el cumplimiento de las exigencias distributivas, sino que, en la determinación de los criterios del reparto, ha de intervenir, necesariamente, una autoridad política⁴⁷. La tesis hobbesiana *extra republicam nulla iustitia* podría recibir, a la vista de estas últimas consideraciones, una interpretación más compleja⁴⁸. Más que como justificación del iuspostivismo ideológico o del formalismo ético, lo que HOBBS trataría de demostrar sería el carácter conceptualmente político de la justicia⁴⁹.

El examen de la primera, pero sobre todo de la segunda de las versiones de la tesis del carácter institucional de la justicia permite concluir la imposibilidad de deducir responsabilidades de justicia a partir, únicamente, del deber de compensar la mala suerte. En lugar de limitarse a considerarlo exclusivamente un argumento para justificar la necesidad o conveniencia de un tratamiento igualitario de las desigualdades, el *luck egalitarianism* convierte, sin mayores consideraciones, la distinción entre suerte y opción en una razón sustantiva completa acerca del modo en que debe distribuirse cierto bien⁵⁰. El igualitarismo de la fortuna no deja de ser, pues, una intuición o, en el mejor de los casos, una razón en favor de la igualdad o quizá, más bien, de la beneficencia o humanidad⁵¹; intuición o razón a la que, además, se tacha de ser poco persuasiva e, incluso, desconcertante⁵².

⁴⁷ En esta línea YPI señala que, a diferencia de la ética, la justicia es por definición *comparativa*, ya que su sentido es precisamente ofrecer una solución sobre la cuota de reparto de un cierto valor que goce de autoridad y resulte vinculante para los desacuerdos morales entre los individuos. Este tipo de adjudicación entre pretensiones morales rivales precisa de una acción colectiva, a través de un proceso político basado en la imparcialidad. YPI, 2010: 174; En un sentido similar, SCHEMEL, 2008: 60.

⁴⁸ HOBBS (1651) 1979: 240-242. La expresión utilizada por HOBBS es «*commonwealth*»: «*where there is no Common-wealth, there is no Propriety; all men having Right to all things: Therefore where there is no Common-wealth, there nothing is Unjust*». En la versión latina de *Leviatán* 1678 (Apud Johannem Tomsoni, M., Londini, DCLXXVI, 72). HOBBS utiliza la expresión «*civitas*»: «*Nam ubi Suum non est, id est, ubi Proprium non est; ibi Injustum nihil est; ubi Civitas non est, nihil est Proprium*».

⁴⁹ El gobierno, como afirma NAGEL, sería una condición habilitante de la justicia. NAGEL, 2005: 114. L. HIERRO ha resumido acertadamente el significado de esta lectura cuando afirma: «las condiciones de la justicia distributiva parecen confirmar inexorablemente el punto de vista de Hobbes: “sin república no hay Justicia”; esto es, sin un orden establecido es imposible describir las condiciones previas para identificar una situación de reciprocación o una situación de reparto». HIERRO, 2002: 26.

⁵⁰ TAN, 2008: 674 y 684-685.

⁵¹ Sobre el humanitarismo del *luck egalitarianism*, vid. ANDERSON, 1999: 290.

⁵² SCHEMEL, 2007: 67.

3.3. La formulación de los primeros principios de la justicia social como una labor dependiente de las instituciones. La concepción democrática de la igualdad

De acuerdo con la argumentación que hemos examinado anteriormente, la justicia tendría un carácter conceptualmente institucional debido a que la determinación de los criterios del reparto no puede llevarse a cabo fuera de un contexto político. Según esto, parece más correcto considerar a las instituciones (autoridades) imprescindibles no únicamente de cara a la realización de la justicia, sino también al objeto de determinar sus contenidos. Bastante distinta es la versión del carácter conceptualmente institucional que examinaremos a continuación. Para ésta no sólo los criterios distributivos para los casos particulares sino todo el contenido de la justicia distributiva, incluidos sus primeros principios⁵³, habría de ser formulado, necesariamente, en función del contexto institucional y no, aunque sólo sea parcialmente, también en un plano racional, moral y, sobre todo, ideal.

Para comprender mejor el significado de esta tesis conviene distinguir, tal y como hace GILBERT, tres niveles o dimensiones en las teorías políticas de la justicia: *DI*. Los principios fundamentales; *DII*. Los esquemas institucionales destinados a implementar *DI*; y *DIII*. Las reformas conducentes a la realización de *DII*⁵⁴. Como venimos repitiendo, tanto los cosmopolitas como sus críticos están de acuerdo en que la construcción de *DII* y, sobre todo de *DIII* precisa conceptual o necesariamente de las instituciones políticas, ya que el diseño de *DII* forma parte de lo que puede y deber ser decidido en la arena política (gubernamental o parlamentaria), y porque únicamente el Gobierno y la Administración disponen de los conocimientos, los medios y los recursos necesarios para poner en marcha *DIII*. Sus diferencias, tal y como hemos examinado anteriormente, radican en que los segundos consideran imprescindible la intervención de las autoridades políticas de cara a la formulación de los criterios de cada reparto, momento de difícil encaje en la estructura tridimensional de GILBERT, pero que me inclino por situar en algún lugar fronterizo entre *DI* y *DII*, aquel en el que, como hemos señalado, la determinación de los estándares distributivos habría de conciliar principios rivales. Frente a ello, lo que viene poniéndose en duda en los últimos tiempos sería hasta qué punto la formulación de los principios fundamentales (*DI*) puede llevarse a cabo, única o principalmente, en un plano moral, ideal o apriorístico, en lugar de constituir una tarea mucho más compleja, que habría de combinar el punto de vista ético-filosófico con una perspectiva histórica y sociológica capaz de dar cuenta del modo en que vienen funcionando las instituciones políticas. Lo que vendría a dibujarse aquí es una alternativa entre dos modos de concebir la formulación y justificación de tales primeros principios que, entre otras consecuencias, incidiría decisivamente en el debate entre los cosmopolitas y sus críticos.

Por un lado, se encontrarían quienes sostienen que la formulación de esos principios es una labor que puede desarrollarse independientemente de las instituciones y prácticas ya existentes. Para lo que SANGIOVANNI, MECKLED-GARCÍA o RONZONI

⁵³ Por ello entendemos aquellos que no derivan de la aplicación de otros principios a circunstancias particulares. SANGIOVANNI, 2008: 137.

⁵⁴ GILBERT, 2008: 412.

denominan concepción de la justicia «independiente de la práctica» (*practice-independent*), las instituciones y prácticas no dan lugar a los primeros principios de justicia, sino que únicamente crean las condiciones de las que depende su aplicación a los supuestos particulares. El principal fin de la justicia es guiar la reforma de las prácticas existentes, siendo una cuestión diferente que ello dependa o no de una profundización en una cierta autocomprensión de la comunidad, o de que sirva para arrojar luz sobre el funcionamiento de sus principales instituciones políticas y sociales⁵⁵. SANGIOVANNI alude precisamente al «igualitarismo de la suerte» como un claro exponente de esta concepción. Tanto éste, como el libertarismo defensor de unos derechos de autonomía preinstitucionales, o quienes apoyan que los dos principios de justicia de RAWLS pueden fundamentarse directamente en la concepción de las personas como sujetos morales (sin necesidad de considerar a la sociedad como un sistema de cooperación basado en el beneficio mutuo), defenderían este modo de formular los primeros principios⁵⁶.

Por otro lado, encontramos a quienes sostienen que el contenido, alcance y justificación de los primeros principios de justicia, en lugar de únicamente su aplicación a los casos concretos, puede variar en función de las instituciones y prácticas que tratemos de regular. Desde esta perspectiva, debería considerarse a los principios de la justicia como *interpretaciones* de las prácticas existentes que, como tales, deben ajustarse a la descripción de las mismas⁵⁷. Para referirse a este modo de entender la relación entre la justicia y las instituciones y prácticas FREEMAN habla de «constructivismo político», SANGIOVANNI de concepción *dependiente* de la justicia, mientras que JAMES sostiene que las prácticas sociales actuales representan una «condición de existencia» de la justicia⁵⁸. En lugar de considerar a ésta como un ideal descubierto mediante la deliberación racional, que precisa de las instituciones exclusivamente para su realización, todos estos autores coinciden en que la formulación de los primeros principios exige adoptar una actitud interpretativa compleja, inspirada en el modelo que propone DWORKIN en el capítulo II de su *Law's Empire*⁵⁹. Este cambio de perspectiva exige investigar hasta qué punto no han sido las instituciones ya existentes, su funcionamiento y el tipo de vínculos que generan entre sus integrantes, las que habrían generado una necesidad o

⁵⁵ SANGIOVANNI, 2008: 139-144.

⁵⁶ El cosmopolitismo que viene defendiendo desde hace décadas BEITZ es, seguramente, la teoría que mejor encaja en esta concepción independiente de la formulación de los primeros principios de la justicia distributiva. Así se desprende de su respuesta a la pregunta del papel que habría que asignar a hechos como la interdependencia económica y el correspondiente desarrollo de una estructura normativa global. A su juicio, tales hechos resultan relevantes en el plano de la realización o eficacia de la justicia, pero no en el de la justificación de sus principios. BEITZ, 1979: 204.

⁵⁷ VALENTINI, 2010: 8.

⁵⁸ FREEMAN, 2006: 41; SANGIOVANNI, 2008: 138, 2008; JAMES, 2005: 295.

⁵⁹ DWORKIN distingue tres fases en toda interpretación constructiva. En la primera o «preinterpretativa», los actores identifican el objeto provisional y el contexto de la interpretación, discriminando la práctica en cuestión de otras prácticas diferentes. Esta primera fase exige un importante grado de consenso en el seno de la comunidad interpretativa. En la segunda etapa, la fase «interpretativa», los participantes tratan de dar sentido a los datos identificados en el estadio anterior, reconstruyéndolos a la luz de algún propósito o razón justificatoria general. Para evitar una interpretación arbitraria, dicha interpretación ha de superar el test o dimensión de adecuación (*dimension of fit*). La dimensión de adecuación restringe las posibilidades de atribuir una justificación general o un propósito abstracto a la práctica. Finalmente, en el transcurso de la fase los participantes construyen diferentes concepciones desarrollando la justificación general de la práctica para mostrarla desde su mejor perspectiva. DWORKIN, 1986: 65-66.

demanda de igualdad comparativa *sui generis*. Como sostiene uno de los principales abogados de esta concepción:

Nos movemos desde la razón de ser y el fin de las instituciones y de las razones de quienes están implicados en ellas para apoyarlas al modo en que aquellas configuran las relaciones entre los participantes. Nos preguntamos: ¿De qué modo alternan las instituciones las relaciones que mantienen las personas entre sí? ¿Qué tipo de interacciones llegan a hacerse posibles en el marco de esas instituciones? ¿En qué medida generan las instituciones interdependencia entre sus participantes y de qué naturaleza es tal interdependencia? Y, quizás lo más importante ¿cuál es el papel que pretende jugar la justicia entre los participantes? ¿De qué forma emerge la exigencia de la justicia en el seno de los contextos históricos y políticos contingentes constituidos por las instituciones?⁶⁰

Si para el IGS el carácter inmerecido de las posiciones de desventaja originadas en factores azarosos constituye una razón completa para la corrección de las desigualdades sociales, para los defensores de la concepción *dependiente* el fundamento de tal principio debe buscarse en una razón interna a las mismas instituciones. Puesto que lo verdaderamente importante no son tanto los bienes que se distribuyen como las relaciones sociales en las que tiene lugar la distribución⁶¹, la igualdad económica no sería, en primer término, un ideal distributivo dirigido a compensar la mala suerte, sino un ideal moral regulador de las relaciones entre conciudadanos. Para que cobren vida sus exigencias, no es suficiente con el reconocimiento del idéntico moral de todas las personas, sino que es necesario, además, que las relaciones entre ellas en determinados contextos posea una cierta estructura o carácter⁶². Los principios de justicia no funcionarían, pues, como un fin ideal, sino como una constricción moral, como una exigencia sobre el modo en que la práctica debe ser desarrollada⁶³.

Pero ¿qué hechos y valores presentes en las relaciones entre los ciudadanos serían relevantes para justificar que la justicia socioeconómica igualitaria opere únicamente en ese contexto? En este punto, las concepciones estatistas y *dependientes* de la justicia apelan a dos tipos de razones que, si bien no son totalmente distintas o inconexas, ponen el acento en dimensiones diferentes de la estructura y el funcionamiento de las comunidades políticas estatales. Para lo que ANDERSON denomina «concepción democrática de la igualdad», la justificación para que la interacción entre los ciudadanos deba estar presidida por una demanda de igualdad comparativa *sui generis* es que éstos deben apoyar e imponerse mutuamente solo aquellas instituciones políticas, económicas y sociales que puedan razonablemente aceptar. Un marco institucional que permitiese demasiadas desigualdades económicas y sociales sería un ejemplo de

⁶⁰ SANGIOVANNI, 2008: 150; en un mismo sentido SCHEFFLER, 2008: 75.

⁶¹ A la vista de ello, JULIUS concluye que la justicia económica sería asociativa y no distributiva (*allocative*). Su función no es evaluar las respuestas a los problemas distributivos que puedan materializarse cada vez que surge la posibilidad de aumentar o disminuir los bienes que poseen las personas con independencia de quienes sean, sino las historias de interacción entre las personas. Una cierta clase de interacción hace surgir demandas morales inusuales que, en parte, son satisfechas asegurando que la interacción suele generar distribuciones especiales de bienes. JULIUS, 2006: 176-177. En un mismo sentido DANIELS, 2003: 246; TAN, 2008: 666; FREEMAN, 2002: 7, 50.

⁶² ANDERSON, 1999: 313-314; SCHEFFLER, 2003: 21 y 33. La diferencia, pues, entre los defensores de una concepción *justice-dependent*, basada en la igualdad democrática, y la *practice-independent* es que, para estos últimos, la igualdad moral de las personas nos dice directamente lo que nos debemos unos a otros, mientras que, para los primeros, ello depende del tipo especial de instituciones en el que participemos. VALENTINI, 2010: 11.

⁶³ JAMES, 2005: 295.

marco razonablemente inaceptable. De ahí que la igualdad democrática exija, entre otras cosas, la regulación de esas desigualdades entre los ciudadanos a través de un principio distributivo que asegure, tal y como asevera el propio RAWLS, que la brecha entre ricos y pobres no exceda de lo permitido por el ideal de la reciprocidad democrática⁶⁴. Como dirá también en la edición corregida de *Justice as fairness*, la intención del principio de diferencia:

no es simplemente asistir a los que salen perdiendo por accidente o mala fortuna (aunque esto deba hacerse), sino, más bien, colocar a todos los ciudadanos en una posición en la que puedan gestionar sus propios asuntos partiendo de un nivel adecuado de igualdad social y económica. Los menos aventajados no son, si todo va bien, los desafortunados y desventurados —objetos de nuestra caridad y compasión, aunque mucho menos de nuestra piedad— sino aquellos a los que se debe reciprocidad en nombre de la justicia política, justicia política para una totalidad de ciudadanos libres e iguales. Aunque controlen menos recursos, cumplen su parte plenamente de un modo que es reconocido por todos como mutuamente ventajoso y consistente con el autorrespeto de cada cual⁶⁵.

Lo que provoca la presunción especial en contra de las desigualdades no es el principio según el cual nadie debería encontrarse peor que otros debido a algo de lo que no es responsable⁶⁶, sino el sentido de la reciprocidad propio de la representación como ciudadanos. La justicia distributiva constituiría, de esta forma, una respuesta a los problemas que puede conllevar la cooperación social y política entre conciudadanos, siendo su función en dicho contexto proporcionar estímulos para la aceptación del sistema por los menos aventajados de éste⁶⁷. Por tanto, el error del igualitarismo de la suerte habría sido sostener una concepción puramente individualista de la igualdad en lugar de centrarse, como hubiera sido lo correcto, en la dimensión social que este valor posee en las sociedades democráticas⁶⁸.

Si la concepción democrática de la igualdad acentúa la dimensión horizontal o social de este valor, la perspectiva que nos ofrecen NAGEL y BLAKE hace otro tanto con su dimensión vertical o estrictamente política. En su caso, la justicia distributiva funciona como un valor dirigido a justificar la coacción estatal, situándose así en las coordenadas de ese liberalismo que, además de defender la supremacía del valor de la autonomía individual, también sostiene que la mayor amenaza para ésta proviene de la coacción que detentan los poderes públicos. Desde esta óptica, la sujeción al orden coactivo estatal sólo será legítima si respeta la autonomía personal, lo cual se traduce, entre otras cosas, en que debe resultar aceptable para quienes están sujetos al mismo. La función y el sentido del principio de diferencia o cualquiera otro ideal de igualdad distributiva es, precisamente, ofrecer a los ciudadanos *razones para aceptar* seguir formando parte del esquema de cooperación social impuesto coactivamente (BLAKE), o en virtud de un orden jurídico que les impone coactivamente ser, al mismo, autores y sujetos (NAGEL).

⁶⁴ RAWLS, 1998: 114.

⁶⁵ RAWLS, 2002: 190.

⁶⁶ NAGEL, 2005: 118.

⁶⁷ SANGIOVANNI, 2007: 28. Como señalan también R. MILLER, la obediencia y aceptación del sistema jurídico a través del que se imponen los términos de la cooperación no puede provenir exclusivamente de la satisfacción de las necesidades más básicas, sino de la mejora de la situación comparativa en relación al resto de los miembros del grupo a través, por ejemplo, de la aplicación de un principio de diferencia como el que propone RAWLS. MILLER, 1998: 213.

⁶⁸ TAN, 2008: 668.

4. DEL ESTATISMO AL GLOBALISMO DEPENDIENTE DE LA PRÁCTICA

Al margen de presentarse como la crítica más fuerte de lo que YPI llama el cosmopolitismo naíf o ingenuo⁶⁹, ¿resulta aceptable la concepción de la justicia *dependiente de la práctica*? Por otro lado, de asumir que se trata de una metodología adecuada para formular los primeros principios de la justicia ¿estaríamos eliminando con ello la posibilidad de una justicia socioeconómica global, o puede esta última ser construida también a partir de la interpretación de ciertas prácticas?

La respuesta al primero de estos interrogantes exige no perder de vista que, en el plano de la justicia global, cobra una especial intensidad una cuestión que viene dominando las reflexiones de algunas de las más importantes voces de la filosofía política contemporánea. Me refiero al reto que supone lograr que la teoría política (en particular, la de la justicia), además de moralmente deseable, sea también realizable en la práctica. Para lograrlo, cualquier concepción de la justicia debería evitar dos extremos. Por un lado, un excesivo apego a los hechos que la inhabilite para criticar las injusticias sociales, hasta el punto de poder terminar convirtiéndola en una defensa cínica del *statu quo*. Por otro, no pasar de ser una utopía idealista, sin posibilidad alguna de ser llevada a la práctica. No es exagerado afirmar que la búsqueda de ese punto arquimédico que evite los extremos señalados, aunque presente ya en el cosmopolitismo kantiano⁷⁰, se ha convertido en una de las principales obsesiones para algunas de las más importantes voces de la filosofía política de las últimas décadas y, en particular, para quienes se vienen ocupando de la justicia global. Éste fue el espíritu que presidió la redacción de esa «utopía realista» que pretende ser, a juicio de su autor, *The Law of Peoples*, y anima las reflexiones sobre este tema de D. MILLER⁷¹.

La búsqueda de este equilibrio ha provocado que los hechos y, en especial, las instituciones políticas y sociales, hayan ido adquiriendo un papel cada vez más importante en las teorías de la justicia. Resulta cada vez menos aceptable que éstas puedan seguir construyéndose de un modo totalmente apriorístico o ideal, sin tomar en consideración los esquemas institucionales e, incluso, las medidas y reformas más concretas (fiscales, administrativas, presupuestarias, etc.) dirigidas a realizar sus contenidos⁷². No obstante, el debate no gira tanto en torno a si los hechos deberían estar o no más presentes en la teoría política de la justicia, como a en qué medida y, sobre todo, en qué

⁶⁹ YPI, 2010.

⁷⁰ CAVALLAR, 1999: 3-4.

⁷¹ MILLER, 2007: 18-20, y 2008, 553.

⁷² En la actualidad muchos autores están preocupados por las formas de concretar en las instituciones las teorías normativas. Este destaca las aportaciones *The Cost of Rights*, de S. WHITE, *¿Por qué la libertad depende de los impuestos?*, de S. HOLMES y C. SUNSTEIN, y *El mito de la propiedad: impuestos y justicia* de L. MURPHY y T. NAGEL. Especialmente las dos últimas introducen el tema del papel del sistema fiscal en la teoría de la justicia. PÉREZ REY, 2011. Otro de los temas del pensamiento político de las últimas décadas en el que también se ha puesto de manifiesto esta tensión entre los componentes ideal e institucional de la teoría es en la democracia deliberativa. Mientras que en la primera generación de teóricos deliberativos (HABERMAS, RAWLS, ELSTER) la teoría se situaba un plano casi totalmente ideal, en las siguientes generaciones, particularmente en la última, los aspectos institucionales habrían adquirido progresivamente una mucha mayor relevancia. No obstante, algunos de sus más destacados defensores insisten, en respuesta a quienes tildan al modelo deliberativo de un excesivo idealismo, en el carácter justificativo, reconstructivo y por tanto ideal, en lugar de empírico, de esta teoría. Vid. MARTÍ, 2006: 22-23.

fase o momento de la misma deben ser tomados en consideración. Hasta hace poco, el punto de vista más extendido ha sido el que estimaba que los hechos políticos y sociales (las instituciones, la coacción, la cooperación social basada en la reciprocidad, etc.) jugarían un papel progresivamente más importante conforme más cercana se encontrara la teoría al momento de su aplicación o implementación en circunstancias no ideales, esto es, en *DII* y sobre todo *DIII*, pero no así en la formulación de los primeros principios de la justicia o *DI*. Este momento pertenecería a la parte ideal de la teoría, en la que los únicos elementos a tomar en consideración serían ciertas características inamovibles de la condición humana y del mundo en el que vivimos: las conocidas «circunstancias de la justicia». Los estatistas sofisticados sostienen, por el contrario, que los hechos no ideales deberían jugar un papel muy importante también en este primer estadio de la teoría de la justicia.

¿Resulta aceptable el balance entre lo moralmente deseable y lo realizable que ofrece la perspectiva interpretativa de la justicia? Si lo que ésta termina defendiendo es que las prácticas y creencias sociales surgidas en un cierto marco político no sólo condicionarían sino que determinarían por completo el contenido de los principios fundamentales de la justicia, la respuesta es abiertamente negativa. Una cosa es que la justicia no pueda consistir únicamente en razones morales *a priori*, que el análisis de las condiciones de su realización deba ser un elemento importante de la investigación de su principios⁷³, y otra muy distinta que toda su contenido sea completamente interpretativo y sociológico y no, en cierta medida, también ideal. Conviene recordar que precisamente DWORKIN, el padre del concepto de interpretación constructiva, en el capítulo décimo de *A matter of principles*, que lleva por título «Lo que no es la justicia» (*What Justice isn't*), rechaza expresamente la aplicación de esta metodología a la hora de diseñar conceptos morales elevados, como es el caso de la justicia. Ésta —asevera DWORKIN— «no es nuestro espejo sino nuestra crítica»⁷⁴. Por tanto, salvo que se suscriba un contextualismo ético muy fuerte, exclusivo de los enfoques comunitaristas antiliberales, no es fácil encontrar una concepción de la justicia doméstica totalmente *dependiente*⁷⁵. Aunque sea en un grado menos intenso, respecto a la justicia distributiva y los derechos socioeconómicos sería extensible la conclusión de HABERMAS de que «la difusión global de los derechos humanos requiere una justificación independiente»⁷⁶.

¿Supera el estatismo dependiente de la práctica este último test? Debe admitirse, más allá de sus posibles defectos lógicos⁷⁷, que esta concepción de la justicia conecta con ciertas intuiciones y creencias bastante extendidas. No es nada contraintuitivo

⁷³ TURÉGANO, 2010: 240.

⁷⁴ DWORKIN, 1989: 219.

⁷⁵ Como apunta el propio SANGIOVANNI, la versión institucional que él defiende asumiría el principio *a priori* de la igualdad moral de todas las personas SANGIOVANNI, 2008: 147.

⁷⁶ HABERMAS, 2010: 22.

⁷⁷ Al menos formalmente, el liberalismo social parece ser redundante e, incluso circular: justifica el carácter estatal de la justicia distributiva a partir de las relaciones *sui generis* entre ciudadanos y, al mismo tiempo, parece sostener, como hace FREEMAN, que la justicia distributiva debe ser estatal y no global para preservar la especificidad de la cooperación entre conciudadanos. A su juicio, «sostener que el principio de diferencia debe ser aplicado globalmente, al margen del tipo de cooperación que existe entre las personas, implica que no hay nada especial en la cooperación política y social que tiene lugar en el marco de las instituciones sociales básicas: más aún, implica que la cooperación democrática y social no tiene ninguna incidencia en las cuestiones de justicia distributiva». FREEMAN, 2006: 59.

considerar que el marco institucional en el que se desarrollan las relaciones entre ciudadanos termina por constituir una asociación *sui generis*, en la que la interactuación e interdependencias adquieren especial densidad, y que ello podría terminar proyectándose sobre los principios de justicia que las regulan. Mientras los comunitaristas más conservadores sitúan ese vínculo especial en factores de tipo cultural o identitario, los partidarios de una concepción constructiva de la justicia, como RAWLS o MILLER, apelan a elementos más débiles, como la noción de «simpatías comunes», en el caso del primero, o la solidaridad basada en la identidad compartida, en el del segundo. NAGEL y BLAKE o SANGIOVANNI hacen referencia a ciertos hechos institucionales mucho más asepticos. Se considera, además, que esta caracterización del ámbito de los conciudadanos como un ámbito específico de la justicia ofrece una perspectiva adecuada para apoyar un cierto grado de la preferencia —que no exclusividad— de las responsabilidades respecto a los compatriotas frente a las que se tienen frente a los extranjeros. ¿Tendría todo ello cabida en una teoría de la justicia que incorpore entre sus primeros principios exigencias como la igualdad moral o la dignidad? Seguramente ésta es la gran pregunta sobre la que gira, en último término, la polémica entre liberales estatistas y cosmopolitas. En favor de una respuesta positiva cabría alegar que el estatismo moderado no niega que existan responsabilidades hacia los más desaventajados; lo que rechaza es que estas deban basarse en un principio corrector de las desigualdades similar al que propone RAWLS para las comunidades autocontenidas. En su lugar —lo que quizá no sea poco⁷⁸— impone a los pueblos aventajados unos deberes de acabar con la privación absoluta, calificados como de beneficencia o humanidad. Parte del liberalismo, asumiendo el calificativo de «cosmopolitas débiles», está convencido, pues, de que el reconocimiento de ciertos grados de prioridad hacia los conciudadanos podría ser conforme con los primeros principios de la justicia, incluida la igualdad⁷⁹.

A la vista de estas últimas consideraciones, podemos concluir que el principal inconveniente de las concepciones dependientes de la práctica no radica en su concepción de los principios de la justicia distributiva como exigencias que cobran vida en el contexto de prácticas cooperativas de especial intensidad, sino en el modo en que rechazan o no muestran adecuadamente que, en la justificación de los primeros, han de estar presentes las exigencias ideales independientes. Introducida esta corrección, creemos que el constructivismo parcialmente dependiente ofrece un modo de concebir la justicia socioeconómica que ofrece considerables atractivos. Precisamente, algunos de los recientes desarrollos de la teoría de la justicia socioeconómica global serían un buen exponente de un constructivismo político o de la justicia que combina, de forma equilibrada, elementos dependientes e independientes. Aunque, obviamente, no compartan las tesis del estatismo sobre el alcance de la justicia distributiva, en lugar de continuar apelando únicamente a los argumentos tradicionales del IGS (la exigencia de compensar un acceso inmerecido a unos recursos naturales insuficientes o una ciudadanía en un Estado desaventajado), parte de la teoría de la justicia socioeconómica global habría terminado asumiendo el carácter parcialmente dependiente de la práctica de este valor también más allá de las fronteras. De acuerdo con esta perspectiva, el rechazo de la concepción estatista no residiría en su visión de la justicia socioeco-

⁷⁸ YPI, 2010: 180.

⁷⁹ Vid. ARCOS, 2009: 201-205.

nómica como un valor vinculado o dependiente, sino en la definición tan estrecha que realiza del tipo de prácticas que generan demandas morales de esta particularidad e intensidad.

Los datos preinterpretativos de los que parten los teóricos de esta última generación de concepciones de la justicia distributiva global serían, fundamentalmente, hechos como la existencia de normas y pautas de interacción, estructuras de gobernanza, y prácticas a diferentes niveles (transnacional, regional o global) con capacidad para influir decisivamente en las vidas de las personas y que, además, son creadas y aplicadas sin el consentimiento de estas. Tanto BEITZ, como VAN PARIJS, YOUNG, COHEN y SABEL, BROWN o FRAZER, insisten en que, para activar las exigencias de la justicia distributiva, quizá no sea suficiente con la interacción e interdependencia entre individuos y sociedades más allá de las fronteras, pero tampoco es necesario que exista un Estado o estructura básica mundial. Es suficiente con que las perspectivas de vida de las personas se vean afectadas por las constricciones que derivan de normas cuya fuerza vinculante es muy fuerte⁸⁰. La mayor incidencia de las prácticas existentes no implica, sin embargo, que los valores ideales e independientes dejen de desempeñar un papel decisivo en la justificación de los principios de la justicia distributiva global. Como fundamento o razón última de la regulación equitativa del comercio internacional, el acceso a los recursos naturales o la redistribución de la riqueza, se mencionan valores abstractos como el principio de que todos los individuos son auténticas fuentes de pretensiones válidas, que todas las personas son fundamentalmente iguales, o el idéntico derecho de todas las personas a vivir existencias merecedoras de serlo⁸¹. Tampoco significa que estos cosmopolitas suscriban una lectura de la justicia global idéntica a la de los estadistas. Siguiendo la distinción de BARRY⁸², las simpatías de estos enfoques irían dirigidas, en lugar de hacia una concepción de la *justicia como reciprocidad* (que incluiría la justicia como *fair play*), hacia una concepción de la *justicia como igualdad de derechos*, que A. BROWN, por ejemplo, interpreta en el sentido dworkiniano del derecho a una misma consideración y respeto⁸³.

5. ALGUNAS CLAVES PARA EL DESARROLLO DE UNA JUSTICIA DISTRIBUTIVA GLOBAL PARCIALMENTE DEPENDIENTE DE LA PRÁCTICA

A mi juicio, un constructivismo que combine elementos dependientes e independientes de la práctica representa la alternativa más atractiva de cara a elaborar una teoría la justicia distributiva global. El elemento dependiente aseguraría que la teoría de la justicia, a diferencia del IGS, se sitúe en un plano social e institucional y no sólo ideal, preocupándose, de esta forma, de identificar aquellas reglas, instituciones y prácticas que poseen efectos socioeconómicos que, a la luz de una lectura profunda e ideal de los valores que las inspiran, habrían de ser consideradas objeto de la justicia. El elemento independiente, por su parte, permitiría evitar uno de los mayores inconvenientes de

⁸⁰ BEITZ, 1999: 524-525; VAN PARIJS, 2007: 649-650; FRAZER, 2008: 126-127; BROWN, 2008, 126.

⁸¹ BEITZ, 1983: 585; VAN PARIJS, 2007: 650; VALENTINI, 2010: 19.

⁸² BARRY, 1982: 226.

⁸³ BROWN, 2009: 128-129.

considerar los principios de la justicia distributiva exigencias que brotan, únicamente, como límites a ciertas prácticas: el apego conservador al *statu quo*. Como reconoce, incluso, uno de los defensores de esta metodología, el constructivismo rawlsiano no proporciona razones para criticar la existencia o inexistencia de la clase de práctica que condiciona la aplicación de los principios de justicia y no dice nada, ni a favor, ni en contra, del deber (de justicia) de crear nuevas prácticas de cara a lograr que las ya existentes resulten más equitativas.

Este último sería, precisamente, uno de los principales problemas que tratan de afrontar algunas teorías de la justicia global⁸⁴. Lo cierto es que, en muchas ocasiones, los actores globales pueden estar experimentando injusticias, no porque estén sujetos a un orden institucional (global o regional) que les imponga coactivamente reglas injustas, sino, muy al contrario, debido al *vacuum* institucional o al carácter asimétrico y heterogéneo de la regulación institucional a la que están sujetos⁸⁵. Tanto la ausencia de normas e instituciones, como la deficiente regulación de diferentes contextos transfronterizos de intercambio entre Estados, sociedades e individuos, serían la causa de gran parte de las desigualdades socioeconómicas a las que venimos refiriéndonos. La teoría de la justicia debería ser capaz de dar cabida a estos hechos sirviéndose tanto de nuevas categorías, como de una interpretación más flexible de los conceptos que han venido restringiendo al dominio estatal las fronteras de la igualdad distributiva.

Como ejemplo de la primera causa de injusticia global (ausencia de regulación) RONZONI alude al fenómeno de la *tax competition*, o competencia fiscal entre los Estados por ofrecer a aquellos individuos y personas jurídicas que pueden permitirse el «*shooping trip*» entre diferentes ordenamientos jurídicos nacionales⁸⁶, los mayores incentivos fiscales para atraer hasta el interior de sus fronteras inversiones, capitales, empresas y trabajadores altamente cualificados. Una de las peores externalidades generadas por este fenómeno es que sitúa a algunos Estados ante el dilema de, u optar por estimular esa movilidad mediante una rebaja de los impuestos al precio de desmontar sensiblemente el Estado del bienestar, o resistirse a la presión global, manteniendo un sistema impositivo que les privaría, sin embargo, de esa riqueza «cosmopolita» dispuesta a deslocalizarse al mejor postor.

5.1. La justicia de trasfondo

Para RONZONI, la inexistencia de una regulación internacional de la competencia fiscal entre los Estados constituye lo que RAWLS llamaría una «injusticia de trasfondo». Este último concepto señala una importante evolución de la función de la justicia en el pensamiento de RAWLS muy interesante, además, de cara a justificar la extensión global de los principios de la justicia distributiva.

⁸⁴ JAMES, 2003: 313-314. Por esta razón SCHEFFLER concluye: «No es tarea del filósofo imponer límites *a priori* a las formas políticas y sociales que puedan surgir en nuestro mundo o cerrar la posibilidad de que al menos algunas de esas formas requieran nuevas regulaciones. Esta es una lección que, al menos algunos teóricos anticosmopolitas quizás han negado a veces». SCHEFFLER, 2008: 77.

⁸⁵ RONZONI, 2009: 243.

⁸⁶ *Ibid.*, 238.

Si en sus primeros trabajos, la principal razón por la que la teoría de la justicia debía centrarse en la *estructura básica* había sido la conocida afirmación de que los efectos de ésta sobre las perspectivas de vida de las personas son «muy profundos»⁸⁷, o que conforman los deseos y aspiraciones de los individuos, en «La estructura básica como objeto» y, posteriormente, en *El liberalismo político* y en *La justicia como equidad*, RAWLS va a señalar que papel de las instituciones es asegurar que las acciones de los individuos y grupos se desarrollen en el seno de un marco que garantice «que los acuerdos entre ellos sean libres y que las *circunstancias sociales* bajo los que son alcanzados sean justas (*fair*)». RAWLS señala que es muy probable que, aunque tales circunstancias pudieran haber sido justas en un primer momento, los resultados acumulados de muchos acuerdos justos individuales, unido a las contingencias históricas y a la evolución de la sociedad, terminarán con el tiempo por alterar las relaciones y oportunidades de los ciudadanos, dejando de darse así las condiciones de libertad y justicia iniciales. Por tanto, cuando el orden económico de una sociedad surge de la libre negociación entre sus miembros, los ricos pueden emplear su mayor poder de negociación para moldear este orden a su favor, lo que les capacita para expandir su ventaja al capturar una parte desproporcionada del producto social⁸⁸. Para evitar que la interacción económica pueda ser moldeada a través únicamente de la libre negociación, las instituciones han de corregir esta posible desviación del punto de partida inicial asegurando un trasfondo justo a las condiciones en que se dan las acciones de los individuos y grupos. RAWLS advierte que, a menos que la estructura básica sea convenientemente regulada y ajustada, un proceso social inicialmente justo puede dejar de serlo, por muy libres y equitativas que puedan parecer en sí mismas las transacciones particulares⁸⁹. Cabría hablar, en ese sentido, de una tendencia a la erosión de las condiciones de trasfondo que «está activa aun en el caso de que los individuos actúen equitativamente: el resultado global de las transacciones independientes y separadas se desvía de un trasfondo justo, no confluye hacia él [...] en tal caso, la mano invisible guía las cosas en la dirección equivocada y facilita una configuración oligopolítica que culmina en el mantenimiento de las desigualdades injustificadas y de restricciones a las oportunidades equitativas»⁹⁰.

Aunque RAWLS reconoce que permitir que la libre negociación configure los términos de la cooperación económica constituye una amenaza también en el plano internacional⁹¹, no extienden a este último su idea de la justicia de trasfondo. En contra de este parecer, en la línea sugerida por POGGE y que desarrolla abiertamente RONZONI, creemos que una teoría de la justicia global podría ocuparse de aquellas situaciones en las que la ausencia o el infradesarrollo de unas instituciones mundiales da lugar a injusticias de trasfondo, y apuntar las reformas o desarrollos institucionales necesarios para corregirlas⁹²; *a fortiori* si existen motivos fundados para suponer que éstas habitúan a ser el resultado de las profundas asimetrías de poder entre los Estados y actores inter-

⁸⁷ RAWLS, 1978: 21-22.

⁸⁸ POGGE, 2004: 37-38.

⁸⁹ RAWLS, 1993: 265-266 (301-302 edición española).

⁹⁰ *Ibid.*, 267 (303).

⁹¹ RAWLS: 2001, 42-43 (55).

⁹² Para una utilización en clave estatista en lugar de globalista de la noción de «justicia de trasfondo», *vid.* MECKLED-GARCÍA, 2008: 252-259.

nacionales más ricos y los más pobres⁹³. En otras palabras, la cuestión más apremiante no es si tenemos una estructura básica a nivel global, sino (entre una de las principales razones, para asegurar la justicia de trasfondo) si la necesitamos⁹⁴.

El concepto de «justicia de trasfondo» puede ser de gran utilidad de cara a situar en las coordenadas de la justicia distributiva global algunas situaciones en las que la ausencia de una regulación internacional lesiona los esquemas de justicia social doméstica. Además de las ya señaladas, quizá podría añadirse la enorme discrecionalidad que sigue presidiendo el reconocimiento de gobiernos en la práctica internacional de los Estados. Entre los efectos que se derivan de esta costumbre se encontrarían los conocidos privilegios para recibir préstamos en nombre del país (*international borrowing privilege*) y para disponer de sus recursos naturales (*international resource privilege*), señalados por POGGE como dos de los mayores exponentes del modo en que el orden económico global actúa como el principal causante de la pobreza mundial. Sin embargo, no termino de ver claro que una teoría de la justicia socioeconómica global pueda descansar únicamente en asegurar una regulación de los intercambios internacionales, o una armonización internacional de los tributos estatales, que garanticen la justicia de trasfondo. Pensemos, entre otros, en los supuestos de «injusticia estructural» a los que alude YOUNG, cuyo ejemplo paradigmático lo constituyen las *sweetshops*⁹⁵; o en el régimen actual de las comisiones bancarias a las remesas de dinero transferidas por los inmigrantes a sus países de origen⁹⁶. En estos últimos casos, el orden internacional estaría siendo el causante de la pobreza global, simplemente, por no poner límites al comportamiento tanto de los gobiernos como las grandes empresas y multinacionales. Por tanto, la vía de la justicia de trasfondo resulta aceptable solo si aspira a ser una forma, quizá la más importante pero no la única, de construir la justicia global.

Por otro lado, cuesta imaginar que ésta posea únicamente un componente *regulativo* y no también *redistributivo*, ni, en consecuencia, que valores como la solidaridad o la dignidad humana no deban jugar algún papel en el diseño y la puesta en marcha de las reformas institucionales necesarias para lograr la reducción de desigualdades tan ostensibles⁹⁷. El sometimiento de la globalización socioeconómica a estándares de justicia constituye un proceso que puede ser más o menos ambicioso según cuál sea, por un lado, la densidad de la juridificación, del sometimiento al «imperio de la ley» de la misma que se persiga⁹⁸ y, por otro, de si se toma en consideración la corrección, entre otras por la vía de la redistribución, de las desigualdades tan enormes que se aprecian entre los sujetos que actúan de los mercados globalizados. El «dividendo global sobre

⁹³ PEVNICK, 2008: 401-402.

⁹⁴ ABIZADEH, 2007: 332. Cabría hablar, por ello, de un deber de establecer instituciones apropiadas, *a fortiori* si observamos que el tipo de globalización jurídica que ido surgiendo al ritmo de la socioeconómica es, como ha señalado LAPORTA, un mundo más de «networks» que de normas, más de información, contacto y negociación, que de gobierno y prescripción de conductas. LAPORTA, 2005: 250.

⁹⁵ YOUNG, 2007: 107-112.

⁹⁶ Expertos del Banco Mundial han establecido por su parte que una bajada de únicamente el 5 por 100 del coste de estas transacciones permitiría aumentar en 3,5 billones de dólares por año las sumas enviadas por los inmigrantes a sus familias y allegados. En la reunión del G8, que se celebró en julio de 2009 en Aquila (Italia) los jefes de Estado y de Gobierno prometieron reducir el 50 por 100 los costos reales de las transferencias en el horizonte de 2013.

⁹⁷ En este sentido, *vid.* NUSSBAUM, 2007: 229; GIBBERT, 2008: 430.

⁹⁸ Sobre este aspecto, *vid.* LAPORTA, 2005: 232-235.

los recursos» propuesto por POGGE, el impuesto redistributivo ideado en su momento por BARRY⁹⁹, así como algunas de las más conocidas medidas redistributivas de la riqueza entre ricos y pobres defendidas en la arena internacional (la condonación de la deuda externa, la famosa tasa Tobin sobre los flujos de capitales, o la menos conocida «*Brian Tax*» o «renta básica global») serían propuestas de reforma del orden económico internacional que se situarían en esta línea redistributiva y solidaria.

5.2. La concepción sistémica de la coacción

Además de una extensión al plano global de la regulación de los intercambios globales que evite la erosión de la justicia de trasfondo, la construcción de una teoría de la justicia distributiva global podría descansar en una visión más amplia del tipo de coacción que, como vimos anteriormente, sirve de justificación para reducir el ámbito de la igualdad socioeconómica a las comunidades políticas estatales. Precisamente, una de las claves del giro que, con *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, POGGE imprime al cosmopolitismo reside en su insistencia en que existe un orden internacional, configurado por el FMI, la OMC, el Banco Mundial o el G-8, que *daña* a los menos aventajados, hasta el punto de imposibilitar la satisfacción de muchas necesidades básicas. Donde POGGE habla de *daño*, otros prefieren hablar de *coacción*. No nos referimos únicamente a aquellos ámbitos en los que, como ocurre con la Unión Europea o el Órgano de Solución de Controversias de la OMC, el derecho internacional ha alcanzado un grado de institucionalización muy próximo al de los ordenamientos nacionales. Pensemos también en otras prácticas más informales, como el modo en que el FMI supedita la concesión de préstamos a la reducción de las barreras al comercio y la democratización interna de unos países cuyas carencias hacen imposible, sin embargo, que puedan poner en marcha cualquier tipo de reforma; o los casos en los que la OMC impone sanciones comerciales a Estados que han adoptado algunas barreras comerciales no arancelarias, o la forma en que la Unión Europea y Estados Unidos subvencionan su propia producción agraria, forzando así a los agricultores de países en desarrollo a devaluar, en relación con sus propios costes de producción, el precio de sus productos para lograr hacerlos competitivos en el mercado. En todas estas situaciones resulta difícil negar que no se estén imponiendo normas de modo coactivo¹⁰⁰.

Por tanto, aunque no deje de ser cierto que entre la coacción estatal e internacional existen diferencias importantes¹⁰¹, las mismas no tendrían la relevancia suficiente como para sustentar la tesis del estatismo sobre el alcance limitado de la justicia distributiva. Recordemos que, para NAGEL o BLAKE, sólo el tipo de fuerza «directa» sobre las personas basado en la amenaza de un mal, característico de lo que HART llama el modelo del asaltante¹⁰², exigiría una justificación respetuosa con el principio de la au-

⁹⁹ BARRY, 1998: 159-160.

¹⁰⁰ En un mundo donde cada vez existen más interconexión, resulta poco plausible seguir sosteniendo que el orden global no ejerce coacción COHEN y SABEL, 2006: 167-168.

¹⁰¹ Para un buen resumen de las mismas, *vid.* RISSE, 2006: 679-680.

¹⁰² *Vid.* HART, 1960: cap. II. El propio BLAKE se sirve de la comparación con el asaltante (*gunman*) para poner de manifiesto la especificidad de la coacción ejercida en el seno de los Estados frente a la existente en la esfera internacional. BLAKE, 2002: 277.

tonomía personal. De acuerdo con esta concepción *restringida*, un agente A coacciona a otro B si intencionalmente lo fuerza a hacer, o abstenerse, de hacer algo mediante la amenaza de una sanción. Frente a esta visión paleopositivista, VALENTINI aboga por que consideremos la coacción un concepto «esencialmente controvertido», en el que cabría identificar un núcleo duro de significado, que señalaría lo moral y políticamente problemático de la coacción (la restricción de la autonomía), y distintas interpretaciones o concepciones de ese núcleo. De aceptar este nuevo enfoque, no habría razones para continuar limitando a las restricciones de la autonomía basadas en la amenaza de sanciones la justificación de la coacción en términos de justicia distributiva. La alternativa al modelo del asaltante podría encontrarse en la filosofía política kantiana, en la que la coacción es definida como un «impedimento a la libertad». Partiendo de esta idea, VALENTINI señala que, si la coacción pretende proporcionar una concepción plausible del objeto de la justicia, debería ser insensible al modo en que A restringe la libertad de B. No habría, pues, ninguna razón *prima facie* para que las restricciones de la libertad perpetradas mediante el uso de amenazas explícitas deban ser consideradas más problemáticas que las restricciones cometidas a través de otros medios. Partiendo de esta tesis, propone dos concepciones de la coacción superadoras de la estrechez del modelo del asaltante.

La primera es la que denomina concepción *interaccional*. Lo único que ésta requiere para hablar de coacción es: i) un agente responsable; ii) una restricción no trivial de la libertad de cualquier otro, y iii) una base para la comparación que permita evaluar si la libertad ha sido constreñida. Aquí la intencionalidad de la concepción restringida es sustituida por la condición más débil de la previsibilidad o evitabilidad. Lo que aquí se exige es que quienes coaccionan posean un grado razonable de control y previsión sobre las consecuencias en cuestión, pero no necesariamente que intenten producirlas.

Tanto la concepción restringida como la *interaccional* de la coacción asumen que quien coacciona es un agente moralmente responsable. Tanto en el ámbito doméstico como, de manera especial, en el internacional, ambas concepciones no servirían para captar algunas de las contricciones más relevantes en el plano de la justicia socioeconómica. Para dar cuenta de las mismas, VALENTINI introduce una nueva forma de entender de la coacción: la concepción *sistémica*. A diferencia de la *interaccional*, en la sistémica quien ejerce la coacción no es un agente identificable, ya sea un individuo o un grupo, sino un sistema de normas sociales, muchas veces opaco y difuso, apoyado por un número suficiente de agentes. De acuerdo con esta concepción, un sistema de normas S sería coactivo si, de forma previsible y evitable, impone constricciones no triviales a la libertad de algunos agentes, si la comparamos con la libertad de la que disfrutarían en ausencia de tal sistema¹⁰³.

Un aspecto de la concepción sistémica que merece, si quiera brevemente, una particular atención es el tipo de responsabilidades que cabría asignar en un modelo en el que quien coacciona no es un agente sino un sistema de normas. ¿Cabe hablar de responsabilidades individuales o colectivas en tal caso? La respuesta sólo puede ser negativa si no se va más allá de los modelos estándar de responsabilidad jurídica y moral

¹⁰³ VALENTINI, 2011: 213.

(HONORÉ, FLETCHER), que supeditan la identificación y asignación de la responsabilidad a la existencia probada de una conexión causal entre la acción de un individuo o grupo de individuos claramente identificado/s y diferenciado/s y la restricción de la libertad (daño, coacción) sufrida por la víctima/s¹⁰⁴. Las enormes dificultades que conlleva la aplicación de este modelo, concebido para situaciones de interacción *face to face*, a un contexto tan complejo como el de la pobreza global, en el que resulta imposible identificar conexiones causales directas entre las acciones u omisiones individuales y la producción del resultado, explicaría que la opinión más generalizada rechace que pueda hablarse de responsabilidades éticas individuales en relación con estos estados de cosas¹⁰⁵.

Sin embargo, las transformaciones que ha traído consigo la globalización exigen respuestas diferentes a las tradicionales también en el plano de la responsabilidad ética y política. En el caso que nos ocupa, impone ensanchar esta noción hasta incluir en ella situaciones en las que no es posible dibujar con precisión el tipo de cadenas causales que producen un resultado, ni identificar claramente a quienes lo han provocado. Si queremos poner en consonancia nuestros conceptos éticos con el cambio de escala que impone un mundo globalizado, si queremos ser capaces de diseñar teorías normativas que den cuenta del modo en que las estructuras macrosociales determinan las perspectivas de vida de las personas, precisamos de una concepción más sofisticada de la agencia y de la responsabilidad. Tanto POGGE como YOUNG han afrontado este reto concluyendo que, cuando el causante de la pobreza y otras grandes injusticias globales es un sistema de reglas y prácticas, las responsabilidades derivadas de sus efectos solo pueden ser *indirectas*: recaerían sobre aquellos que, ya sea apoyándolo o participando través de sus acciones y omisiones, se convierten en cómplices de dicho sistema¹⁰⁶. Ambos comparten la convicción de que el modelo de responsabilidad reparativa que propugnan es más conforme con la intuición de que tenemos una deuda de justicia con los más desfavorecidos y, tanto más aún, que resulta mucho más persuasivo o retóricamente ventajoso que el defendido por SINGER¹⁰⁷. Como es sabido, éste lleva décadas insistiendo en la conveniencia de desvincular en estos casos la responsabilidad derivada de la *producción del resultado* y unirla a la *capacidad de ayudar* fundamentada en el principio de que tenemos del evitar el mal, si ello no conlleva sacrificar nada moralmente comparable¹⁰⁸.

POGGE señala que nuestras responsabilidades de ayuda hacia las víctimas de la pobreza global no brotarían de la inobservancia de unos deberes positivos de ayuda, sino de la violación del deber negativo de no dañar. Llega, incluso, a sugerir un fuerte paralelismo entre la responsabilidad del pueblo alemán por el holocausto judío y la que tendríamos los políticos y los ciudadanos de los países ricos respecto a la pobreza mundial. Sin embargo, termina concluyendo «que este paralelismo no persigue plantear cuestiones de responsabilidad o culpabilidad que dejo totalmente de lado, ni tampoco comparar nuestra conducta con la de los simpatizantes nazis»¹⁰⁹. Su verdadero propó-

¹⁰⁴ YOUNG, 2006: 115.

¹⁰⁵ LAPORTA, 1986: 56; SCHEFFLER, 2002: 32-47.

¹⁰⁶ KUTZ, 2000.

¹⁰⁷ YOUNG, 2006: 124.

¹⁰⁸ SINGER, 1995: 287.

¹⁰⁹ POGGE, 2005: 117-118.

sito es apoyar una noción fuerte de responsabilidad derivada del resultado, que no se sustente en un vínculo causal entre éste y las acciones individuales sino en el *apoyo* de un conjunto amplísimo de personas a una estructura de normas y prácticas. Tal responsabilidad daría lugar a dos tipos de deberes reparativos: por un lado, el de rediseñar el orden internacional para que deje de provocar los efectos dañinos que actualmente genera y, por otro, el de compensar a los pobres mundiales por la privación que han sufrido hasta el momento.

Por su parte, I. YOUNG desarrolla bastante más las ideas de POGGE hasta ofrecer algunas claves con las que construir un modelo de responsabilidad para dar cuenta de las situaciones de coacción *sistémica* o injusticia estructural. La principal novedad aportada por YOUNG es que nuestra relación con las estructuras institucionales, políticas y sociales no es únicamente de apoyo o sostenimiento sino, por lo que respecta a las terceras, también de *participación*. El modelo —asevera YOUNG— sostiene que todos aquellos que participan con sus acciones en procesos que producen injusticia comparten la responsabilidad de remediarla¹¹⁰. En lo que aquélla llama modelo de responsabilidad basado en la conexión social (*social connection model*), y a diferencia del modelo tradicional basado en la causación de un daño (*liability model*), los individuos son responsables de la injusticia estructural, ya que contribuyen con sus acciones a los procesos que producen resultados injustos. Tal responsabilidad se deriva de formar parte, junto con otros, en un sistema de procesos interdependientes de cooperación y competencia, a través del cual se persiguen beneficios y llevan a cabo proyectos que producen injusticias estructurales. En el mundo actual —concluye YOUNG— muchos de estos procesos estructurales se extienden más allá de las fronteras del Estado-nación para abarcar a personas globalmente dispersas¹¹¹.

6. CONCLUSIONES

A continuación, a modo de resumen, expondré las principales conclusiones que se desprenden de este trabajo:

1. El *igualitarismo de la fortuna* constituye uno de los pilares sobre el que han venido construyendo cosmopolitas como BEITZ, POGGE, BARRY y, más recientemente, CANEY, TAN, MOLLENDORF o BROWN, sus defensas de la regulación igualitaria de las desigualdades globales. Para todos ellos, el hecho de que las perspectivas de vida de las personas resulten determinadas, a veces casi por completo, por la lotería de haber nacido en un lugar del planeta y no en otro, resulta tan moralmente arbitrario que exige una compensación en términos de justicia y no sólo de beneficencia o humanidad. Más allá del atractivo, incluso apariencia de corrección, que parece ofrecer esta visión de la justicia como reparación del infortunio inmerecido, hemos podido analizar que el igualitarismo de la suerte, también en su versión global, sólo constituye una intuición o, en el mejor de los casos, un argumento para interesarnos por la situación de los menos aventajados del planeta, pero no una razón en favor de la igualdad (quizá sí de la

¹¹⁰ YOUNG, 2006: 125.

¹¹¹ *Ibid.*, 119.

humanidad) lo suficientemente fuerte y completa como para fundamentar, por sí sola, deberes de justicia distributiva.

2. La principal razón para cuestionar la suficiencia de las razones del igualitarismo de la suerte gira en torno al carácter conceptualmente institucional de la justicia. Este argumento ofrece, no obstante, versiones parcialmente diferentes en función, por un lado, del modo en que sean definidas las instituciones políticas y, por otro, del nivel de la teoría de la justicia en el que situemos esa conexión conceptual. El examen del contenido de cada una de ellas permite concluir que el IGS resulta rechazable por dos razones. En primer lugar, por la intuición manifestada por RAWLS de que la justicia no se aplica a los hechos, ya que estos son moralmente neutrales, sino al modo en que las instituciones actúan sobre ellos. En segundo lugar, la justicia tendría una naturaleza institucional debido a que la determinación de los criterios de cada reparto no puede llevarse a cabo fuera de un contexto político. Según esto, resultaría más correcto considerar a las instituciones (autoridades) como imprescindibles, no únicamente de cara a la realización de la justicia, sino también al objeto de determinar, aunque sea parcialmente, sus contenidos.

3. Mucho más problemático se presenta el planteamiento de quienes, principalmente pero no solo de cara a desacreditar al IGS, elevan el carácter conceptualmente institucional de la justicia distributiva hasta el plano de la formulación de los primeros principios de ésta. Para quienes adoptan este enfoque, tal labor exigiría adoptar una actitud interpretativa compleja, capaz de percatarse de que, lejos de ser un ideal racional a la espera de encontrar instituciones que lo pongan en marcha, una justicia socioeconómica como la que se desprendería del principio de diferencia rawlsiano solo ha emergido como una demanda de igualdad *sui generis*, en el marco de las instituciones políticas ya existentes.

Debe reconocerse que esta concepción puede resultar adecuada para dar cuenta del modo en que, en el marco institucional en el que se desarrollan las relaciones entre conciudadanos, la intensidad y particularidad de la interacción y las dependencias sociales pueden terminar reflejándose en los principios de justicia que las regulan. Sin embargo, una cosa es que para captar la especificidad del igualitarismo en las sociedades democráticas debamos admitir que el sentido de la regulación de las desigualdades económicas y sociales es asegurar que las relaciones entre conciudadanos esté presidida por la reciprocidad, y otra muy distinta que toda la justicia sea completamente dependiente de la práctica y no, en cierta medida, también ideal. Por tanto, sólo podemos aceptar una concepción de la justicia que incluya además y, sobre todo, por encima de este componente interpretativo de las prácticas existentes, valores independientes como la igualdad moral o la dignidad humana. La respuesta que deba darse al interrogante de si (una vez en que completan los deberes de justicia igualitaria respecto a los conciudadanos con unos deberes de beneficencia hacia todos los seres humanos) las concepciones estatistas de la justicia distributiva satisfacen o no este último requisito es, muy probablemente, el centro del debate entre liberales cosmopolitas y comunitaristas liberales.

4. En línea con algunas de las principales aportaciones realizadas en el plano de la teoría política de los últimos años, he tratado de mostrar las razones por las que un constructivismo que combine adecuadamente elementos dependientes e independien-

tes de la práctica representa la alternativa más atractiva de cara a la elaboración de una teoría de la justicia distributiva global. Aquél, a diferencia del IGS, se situaría en un plano social e institucional y no sólo *a priori* e ideal. De esta forma, se preocuparía de identificar aquellas normas, pautas de interacción y estructuras de gobernanza con capacidad para influir decisivamente en las vidas de las personas, que les son aplicadas sin su consentimiento, y que poseen efectos sobre las posiciones socioeconómicas de los individuos, que habrían de ser consideradas objeto de la justicia a la luz de una lectura profunda de los valores que las sustentan. Por otro lado, este constructivismo sitúa el fundamento último de las exigencias más concretas de la justicia distributiva (como la regulación equitativa del comercio internacional o el acceso a los recursos naturales) en valores abstractos como el principio según el cual todos los individuos son auténticas fuentes de pretensiones válidas. Por último, permite evitar el riesgo del conservadurismo que encierran algunas formas de construir la justicia distributiva demasiado apegadas a las prácticas existentes. Con tal propósito, se ha examinado el papel que podrían jugar en la teoría de la justicia global una noción como la de «justicia de trasfondo» y las concepciones más amplias de la coacción o la responsabilidad, capaces de dar cuenta de las restricciones de la libertad que imponen las estructuras sociales y organizaciones supranacionales.

El examen de estas nociones permite concluir que, ni la coacción, ni seguramente cualquier otro hecho a partir del cual pretenda justificarse la especificidad de las comunidades políticas estatales (cooperación, interdependencia, etc.) constituyen realidades o características exclusivas de éstas. También en las estructurales políticas internacionales es posible encontrar, aunque sea en menor medida o con una morfología parcialmente diferente, estos mismos hechos y prácticas. En consecuencia, frente al dualismo estatista y el monismo ético del IGS, una teoría de la justicia global que centre su atención en nociones como la de «justicia de trasfondo», o que suscriba una concepción amplia de la coacción, complicaría el cuadro de las responsabilidades éticas de carácter socioeconómico. En lugar de plantear la extensión de los principios de la justicia doméstica al plano global como una cuestión de todo (monismo) o nada (dualismo), prefería hablar de un *continuum* que abarcaría desde la justicia social doméstica, perfectamente cooperativa y articulada a través de una estructura básica, hasta el tipo de responsabilidad ética cuyo único fundamento sería la prioridad de la satisfacción de las necesidades más básicas y urgentes. Por el camino podría encontrar deberes menos exigentes que los de la justicia doméstica, pero que irían más allá de lo exigido por un principio de prioridad global. Así las cosas, mantener el dualismo justicia social y justicia global resulta cada vez más contraituitivo y poco atractivo. En el contexto internacional actual existe un amplio espectro de interacciones y relaciones de cooperación, así como formas cada vez más flexibles y diversas de membresía o ciudadanía, de las que brotarían para sus participantes responsabilidades que no llegarían al nivel de la justicia global igualitaria pero que irían, no obstante, más allá de lo estrictamente humanitario¹¹². Así, por ejemplo, un individuo con nacionalidad o residencia en Francia tendría respecto a sus conciudadanos franceses deberes de justicia, basados en un esquema dirigido a

¹¹² En esta línea COHEN y SABEL, 2005: 164. Cabría hablar, pues, de un espectro de grados de justicia igualitaria que deberíamos a los coparticipantes en esas estructuras colectivas, en proporción a nuestros grados de responsabilidad común y nuestra sujeción a la autoridad. TINNELVET y DE SCHUTTER, 2008: 535.

la reducción de las desigualdades sociales y económicas, sustancialmente diferentes de los deberes de humanidad respecto a quienes sufren situaciones de necesidad o pobreza en cualquier lugar del planeta y, además, deberes más próximos a los primeros que a los segundos respecto a los ciudadanos del resto de países integrantes de la Unión Europea.

REFERENCIAS

- ABIZADEH, A., 2007: «Cooperation, Pervasive Impact, and Coercion: On the scope (not site) of Distributive Justice», *Philosophy and Public Affairs*, 35, 4, 319-358.
- ANDERSON, E., 1999: «What is the Point of Equality?», *Ethics*, 109, 287-237.
- ARCOS, F., 2009: *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ARISTÓTELES, 1997: *Política*, trad. de J. Marías y M. Araujo, Instituto de Estudios Políticos, 2.ª ed., Madrid.
- ARNESON, R., 2008: «Rawls, Responsibility and Distributive Justice», en M. SALLES y J. WEYMARK (eds.), *Justice, Political Liberalism and Utilitarianism: Themes from Harsanyi*, Cambridge Univ. Press, 80-107.
- BARRY, B., 1991: «Humanity and Justice in global perspective», *Liberty and Justice: Essays in Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 182-210.
- 1998: «International Society from a Cosmopolitan Perspective», en D. MAPEL y T. NARDIN (eds.), *International Society and Ethics*, Princeton, 144-163.
- BEITZ, C., 1979: *Political Theory and International relations*, New Jersey: Princeton University Press.
- 1999: «Social and Cosmopolitan Liberalism», *International Affairs*, 75, 3, 515-529.
- BENHABIB, S., 2005: *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, trad. de G. Zadunaisky, Barcelona: Gedisa.
- BERTRAM, C., 2006: «Cosmopolitan and equality», *Res Publica*, 12, 327-336.
- BLAKE, M., 2002: «Distributive justice, State Coercion, and Autonomy», *Philosophy and Public Affairs*, 30, núm. 3, 257-296.
- BROWN, A., 2008: «Are There Any Global Egalitarian Rights?», *Human Rights Review*, vol. 9, 435-464.
- 2009: *Ronald Dworkin's Theory of Equality. Domestic and Global Perspectives*, London: Palgrave MacMillan.
- CANEY, S., 2001: «Cosmopolitan Justice and Equalizing Opportunities», en T. POGGE (ed.), *Global Justice*, Oxford: Blackwell, 123-144.
- 2002: «Survey Article: Cosmopolitanism and The Law of Peoples», *The Journal of Political Philosophy*, 10, 1, 95-123.
- CARENS, J., 2009: «Extranjeros y ciudadanos. Un argumento a favor de las fronteras abiertas», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 30, 53-80.
- CAVALLAR, G., 1999: *Kant and the theory and practice of international right*, Cardiff: University of Wale Press.
- DANIELS, N., 2003: «Democratic Equality: Rawl's Complex Egalitarianism», en S. FREEMAN (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 241-276.
- DE LUCAS, J., 2002: «La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración», *Isegoría*, núm. 26, 59-84.

- DWORKIN, R., 1995: *A matter of principles*, Massachusetts: Harvard University Press.
- 2003: *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, trad. de F. Aguiar y M. J. Berto-
meu, Barcelona: Paidós.
- FABRE, C., 2005: «Global Distributive Justice: An Egalitarian Perspective», *Canadian Journal of
Philosophy* (volumen suplementario), 139-164.
- FRAZER, N., 2005: «Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado», *Anales de
la Cátedra Francisco Suárez*, 67-84.
- 2008: *Escalas de Justicia*, trad. de A. Martínez Riu, Barcelona: Herder.
- FREEMAN, S., 2006: «The Law of Peoples, Social Cooperation, Human Rights and Distributive
Justice», *Social Philosophy & Policy*, núm. 23, 29-68.
- GILABET, P., 2008: «Global Justice and Poverty Relief in Non ideal Circumstances», *Social
Theory and Practice*, 34, 3, 411-438.
- GOODIN, R.; PETTIT, P., y POGGE, T. (eds.), 2007: *A Companion to contemporary political phi-
losophy*, Malden, M. A.: Blackwell.
- HABERMAS, J., 2010: «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos hu-
manos», *Dianioa*, vol. LV, 64, 3-25.
- HAHN, H., 2009: «The global consequence of participatory responsibility», *Journal of Global
Ethics*, 5, 1, 43-56.
- HART, H. L. A., 1960: *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HEYMANN, S., 1992: «Aristotle on Political Justice», *Iowa Law Review*, 77, 851-863.
- HIERRO, L., 2002: «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en E. DÍAZ y J. L. COLO-
MER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza Editorial, 11-73.
- 2009: «Justicia Global y Justicia Legal. ¿Tenemos derecho a un mundo justo?», *Doxa. Cua-
dernos Filosofía del Derecho*, 32, 341-374.
- HOBBS, T., 1971: *Leviatán*, trad. de C. Moya y A. Escotado, Madrid: Editora Nacional.
- HOLTUG, N., 2009: «Equality, Priority and Global Justice», *Journal of Global Ethics*, 5, 3,
173-179.
- HURLEY, S., 2001: «Luck & Equality», *Proceedings of the Aristotelian Society*, volumen suple-
mentario LXXV, 51-72.
- IGLESIAS, M., 2005: «Justicia Global y Derechos Humanos: Hacia una ética de las prioridades»,
Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 9, 41-70.
- 2006: «El desafío moral de la pobreza: Deberes individuales y estándares de humanidad»,
en A. GARCÍA FIGUEROA, *Racionalidad y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitu-
cionales.
- JAMES, A., 2005: «Constructing Justice for Existing Practice: Rawls and the Status Quo», *Phi-
losophy & Public Affairs*, 33, 3, 281-316.
- JULUIS, P., 2006: «Nagel's Atlas», *Philosophy and Public Affairs*, 34, 2, 176-192.
- KUTZ, C., 2000: *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, New York: Cambridge Univer-
sity Press.
- KYMLICKA, W., 1995: *Filosofía política: una introducción*, trad. de R. Gargarella, Barcelona:
Ariel.
- LAPORTA, F., 1986: «Algunos problemas de los deberes positivos generales», *Doxa*, 3, 55-63.
- 2005: «Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas du-
das y perplejidades de un viejo westfaliano», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 231-252.
- MARTÍ, J. L., 2006: *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons.
- MECKLED-GARCIA, S., 2008: «On the very Idea of Cosmopolitan Justice: Constructivism an In-
ternational Agency», *The Journal of Political Philosophy*, 16, 2, 245-271.

- MILLER, D., 2007: *National Responsibility and Global Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- 2008: «A response», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 11, 4, 553-567.
- NAGEL, T., 2005: «The problem of global justice», *Philosophy & Public Affairs*, 33, 2, 113-147.
- NUSSBAUM, M. (ed.), 1999: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, trad. de Carme Castells, Barcelona: Paidós, 13-29.
- 2006: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de R. Vila y A. Santos, Barcelona: Paidós.
- PÉREZ REY, J. L., 2011: «Qué tipo de impuestos exige la renta básica», en M. E. RODRÍGUEZ PALOP, J. L. REY PÉREZ e I. CAMPOY CERVERA (eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la renta básica y el futuro del Estado social*, Madrid: Dykinson, en prensa.
- PEVNICK, R., 2008: «Political Coercion and The Scope of Distributive Justice», *Political Studies*, 56, 399-413.
- POGGE, T., 2004: «La incoherencia entre la teoría de la justicia de Rawls», trad. de D. Álvarez, *Revista Internacional de Filosofía Política*, 23, 28-48.
- 2006: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, trad. de E. Weikert, Barcelona: Paidós.
- RAWLS, J., 1978: *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Fondo de Cultura Económica.
- 2001: *El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública»*, trad. de F. Valencia, Barcelona: Paidós.
- 2002: *Justicia como equidad. Una reformulación*, trad. de A. de Francisco, Barcelona: Paidós.
- RIBOTTA, S., 2009: *Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución y justicia social*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RISSE, M., 2006: «What to Say about the State?», *Social Theory & Practice*, 34, 2, 671-698.
- RONZONI, M., 2009: «The Global Order: A Case of Background Injustice? A Practice-Dependent Account», *Philosophy & Public Affairs*, 37, 3, 230-255.
- RUMMERS, S., 2009: «No Justice without democracy. A deliberative approach to the global distribution of wealth», *International Journal of Philosophical Studies*, vol. 17, núm. 5, 657-680.
- SANGIOVANNI, A., 2008: «Justice & the Priority of Politics to Morality», *The Journal of Political Philosophy*, 16, 2, 134-167.
- SASSEN, S., 2001: *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Barcelona: Bellaterra.
- SCHEFFLER, S., 2001: *Boundaries and Allegiances. Problems of Justice and Responsibility in liberal thought*, Oxford University Press.
- 2003: «What is Egalitarianism?», *Philosophy & Public Affairs*, 31, 1, 5-39.
- 2008: «Cosmopolitanism, justice & institutions», *Daedalus*, Summer, 137, 3, 68-77.
- SCHEMMEL, C., 2007. «On the Usefulness of Luck Egalitarian Arguments for Global Justice», *Global Justice: Theory Practice Rhetoric*, 1, 54-67.
- SEN, A., 2010: *La idea de la justicia*, trad. de H. Valencia Villa, Madrid: Taurus.
- SINGER, P., 1995: «Ricos y pobres», en *Ética Práctica*, 2.ª ed., trad. de R. Herrera Bonet, Cambridge University Press, 271-307.
- 2003: *Un solo mundo. La ética de la globalización*, trad. de F. Herreros, Barcelona: Paidós.
- TAN, K. C., 2004: *Justice without borders: Cosmopolitanism, nationalism and patriotism*, Cambridge University Press.
- 2008: «A defense of luck-egalitarianism», *The Journal of Philosophy*, CV, 11, 665-690.
- TINNELVET, R., y DE SCHUTTER, H., 2008: «Global justice for a world of largely independent nations? From dualism to a multi-level ethical positions», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 11, 4, 519-538.

- TURÉGANO, I., 2010: *Justicia global. Los límites del constitucionalismo*, Lima: Palestra.
- VALENTINI, L., 2010: «Global Justice and Practice-Dependence: Conventionalism, Institutionalism, Functionalism», *The Journal of Political Philosophy*, 19, 4, 1-20.
- 2011: «Coercion and (Global) Justice», *American Political Science Review*, 105, 1, 205-220.
- VAN PARIJS, P., 2007: «International distributive justice», en R. E. GOODIN, P. PETTIT y T. POGGE (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Blackwell, 638-652.
- VELASCO, J. C., 2010: «La justicia en un mundo globalizado», *Isegoría*, 43, 349-362.
- YOUNG, I. M., 2002: *Más allá de las fronteras*, traducción de R. M. Mejía y Verónica Lifrieri, Buenos Aires: Milo y Dávila.
- 2006: «Responsibility and Global Justice: a social connection model», *Social Philosophy & Policy*, 23, 1, 102-130.
- YPI, L., 2009: «On the confusion between Ideal and Non-ideal in Recent debates on Global justice», *Political Studies*, 58, 1-19.
- 2010: «Justice and Morality beyond naïve cosmopolitanism», *Ethics & Global Politics*, 3,2, 171-192.

MUJERES, CIUDADANÍA Y GLOBALIZACIÓN *

Isabel Turégano

Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN. El proyecto emancipatorio de las mujeres sigue siendo necesario para contribuir a la formulación de un nuevo modelo cultural y político. El trabajo pretende delimitar el alcance y confines de tal proyecto en el contexto de las transformaciones sociales contemporáneas. Se defiende, en primer lugar, que debe ser un proyecto multilateral cuyo discurso práctico, concebido no como una idealización abstracta sino como experiencia histórica, aproveche las oportunidades y posibilidades que brinden los distintos niveles de participación política. En segundo lugar, debe ser un proyecto propio, construido desde la resignificación de los legados culturales dominantes, pero alejado de un modelo identitario cerrado y autónomo que impida atender a los modos específicos en que las relaciones de género se construyen y reproducen en contextos diferentes. Y, por último, su carácter multilateral no debería implicar un pluralismo desjerarquizado, en el que las distintas sedes de participación se desarrollen autónomamente conforme a lógicas diversas, sino que debería aprovechar cada instancia de participación para reforzar y complementar los déficits funcionales y de legitimación de las otras instancias conforme a un modelo normativo común.

Palabras clave: feminismo, globalización, nación, Estado, ciudadanía.

ABSTRACT. The emancipatory project of women is still required to contribute to the formulation of a new cultural and political model. This paper aims to define the scope and boundaries of that project in the context of contemporary social transformations. It is defended, firstly, that it should be a multilateral project, which practical discourse, conceived not as an abstract idealization but as historical experience, takes advantage of the opportunities and possibilities that provide different levels of participation. Secondly, it should be an independent project, constructed from the resignification of dominant cultural legacies. But a project away from closed and autonomous identitarian models which prevent address the specific ways in which gender relations are constructed and reproduced in different contexts. And, finally, its multilateral character should not imply a non-hierarchical pluralism, in which different spheres of participation are developed independently according to different logics. It should take advantage of each domain of participation to strengthen and complement the functional deficits and legitimacy of other spheres under a common normative model.

Keywords: feminism, globalization, nation, State, citizenship.

* Fecha de recepción: 22 de noviembre de 2011. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2011.

1. PLANTEAMIENTO

Los movimientos de mujeres y la teoría feminista no han sido nunca proyectos teóricos y emancipatorios estáticos. Sus demandas y propuestas han sufrido enormes cambios y diversificaciones con los que han ido adaptando el discurso a nuevas necesidades y formas de superar la discriminación. Las complejas transformaciones que vivimos en las últimas décadas no han podido resultar ajenas al análisis y la crítica de las mujeres, cuyo proyecto igualitarista sigue viéndose postergado en aras de prioridades sociales y económicas que impiden avanzar hacia la efectiva igualdad.

El presente trabajo se plantea críticamente el sentido de algunas de las cuestiones que la teoría feminista ha analizado en relación con la cuestión de los límites o alcance de su discurso. La cuestión de las fronteras o los límites del discurso tienen en nuestros días una especial relevancia no sólo en relación con las causas de las nuevas formas de injusticia sino también respecto del contexto en el que debemos buscar las posibles soluciones. Como señaló N. FRASER, las cuestiones relativas al «marco idóneo» de una teoría de la justicia son necesarias, frente a modelos que se han centrado en las cuestiones sustantivas. La determinación de los límites es una cuestión trascendental previa al análisis de las reivindicaciones sobre distribución, reconocimiento y representación política¹. Por ello, conviene detenerse a repensar hacia dónde se dirigen las críticas de las mujeres y qué alcance tienen sus propuestas.

El trabajo se vertebra en torno a la respuesta a tres cuestiones entrelazadas. La primera se plantea si los proyectos sociales de las mujeres tienen los mismos límites o confines que los de los hombres o son, en esencia, más locales o globales, como alternativa al alcance nacional que han tenido prioritariamente los modelos conocidos dominados por varones. La segunda se orienta a analizar hasta qué punto comparten o pueden compartir las mujeres el mismo proyecto nacional que los hombres, o, dicho de otro modo, cuál es el papel de las mujeres en la construcción cultural de la nación. Por último, el trabajo se cuestiona si las profundas transformaciones sociopolíticas operadas por la globalización son la ocasión idónea para una reinterpretación de la ciudadanía en un sentido complejo que resulte más inclusivo para las mujeres.

Las respuestas a cada una de las cuestiones muestran que el feminismo ha tratado en muchas ocasiones de lograr un equilibrio difícil entre la exigencia de una comunidad global de discurso y la atención a las realidades concretas de desigualdad de poder, que condicionan el alcance de su crítica. La pretensión feminista de reconceptualizar la teoría ética y política sobre la base de la diferencia o la pluralidad y la necesidad de contextualizar el debate conduce a modelos particularistas y escépticos desde los que se rompen las bases para una crítica feminista genérica. La tendencia parece ser hacia una práctica feminista más que una teoría propiamente dicha, orientada por fines u objetivos igualitarios. Lo que puede suponer una limitación de su proyecto emancipatorio, que no puede agotarse en la crítica sino que debe tender a formular proyectos alternativos de formalización de nuevos sujetos políticos y garantías efectivas de derechos.

¹ N. FRASER, 2005.

Por otra parte, las respuestas revelan el carácter mutuamente complementario de la lucha en el ámbito político y el ámbito simbólico y la insuficiencia de avanzar sólo en uno de ellos al margen del otro: los problemas derivados de la globalización neoliberal y sus efectos no pueden resolverse al margen de la dimensión ideológica de desvalorización de las mujeres que les sustrae del ejercicio efectivo de sus derechos. La propuesta de modelos políticos integradores no puede hacerse al margen de una resignificación cultural.

2. ¿LOCAL, NACIONAL O GLOBAL?

La primera cuestión que surge en torno al alcance del pensamiento y el movimiento de las mujeres es la relativa a si sus proyectos sociales tienen los mismos límites que los de los hombres o se plantean esencialmente en una dimensión distinta. El feminismo tiene un significativo componente transnacional, en la medida en que sus demandas son válidas y pertinentes por encima de las fronteras estatales. La situación de opresión, subordinación y desigualdad de las mujeres tiene características similares en todas las sociedades y en todos los momentos, a pesar de sus diferencias nacionales, étnicas o económicas. La crítica feminista no es específica de una nación o etnia, sino que hace referencia a un tipo de dominación y subordinación que comparten diferentes naciones y diferentes grupos sociales.

Ante la deficiente inclusión de las mujeres en la igualdad jurídica de los Estados, el feminismo ha sido consciente de la necesidad de aprovechar los espacios transnacionales para la acción y ha trabajado por consolidar asociaciones y alianzas al margen de las fronteras. Las organizaciones y centros internacionales y, en general, las redes feministas transnacionales han producido un complejo entramado global para la denuncia y la crítica y han respaldado una diversidad de Organizaciones no Gubernamentales particularmente preocupadas por atender las necesidades de las mujeres. Desde la segunda posguerra, este activismo feminista transnacional asume la vulnerabilidad del Estado y su responsabilidad ante instancias internacionales.

El feminismo ha sido muy activo en la consecución de una normativa internacional garantista. La década de los noventa fue la década de las mujeres en las Naciones Unidas, en la que se adoptaron la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas de Viena (1993), donde se afirmaba que «los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales» (apartado 18), la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo (1994) y la Declaración de Pekín de 1995 que marcó un hito en la acción social del feminismo internacionalista. También la presión de los movimientos feministas ha influido en la normativa y decisiones de las instituciones de la Unión Europea, que ha asumido como uno de sus principios fundamentales la garantía de la igualdad de oportunidades y la lucha contra las discriminaciones persistentes en el ámbito privado, económico y político.

Pero, en cierto sentido, si las mujeres han orientado gran parte de su actuación hacia la búsqueda de espacios y garantías internacionales ha sido por la incapacidad y debilidad del Estado en proporcionárselos. Al sesgo patriarcal del Estado desde su

formación se añaden los problemas derivados de la crisis actual de las instituciones estatales que aparecen impotentes ante la creciente privatización del poder de toma de decisiones y las dificultades para realizar autónomamente sus funciones tradicionales. Muchos de los rasgos de los actuales procesos de cambio contribuyen a limitar los más recientes avances en la plena igualdad de hombres y mujeres. Así, la crisis del modelo de bienestar, es decir, precisamente de aquellas funciones del Estado que las movilizaciones feministas más reclamaron; la subrepresentación de las mujeres en la sociedad civil y en las instituciones políticas; el auge de los movimientos éticos y religiosos fundamentalistas que dominan la política de algunos Estados; la privatización de lo público, etc. En este sentido, puede pensarse que los esfuerzos por fortalecer la eficacia y legitimidad del Estado, y no sólo la búsqueda de espacios alternativos de acción, pueden contribuir a la igualdad ante la incertidumbre del contexto supranacional.

La afirmación del carácter internacional del movimiento feminista parte, al mismo tiempo, de una percepción excesivamente negativa del papel del Estado y un desproporcionado optimismo respecto del derecho internacional. La apelación al mismo como alternativa al Estado deslegitimado e incapaz se hace en muchas ocasiones desde un uso normativo del término como expresión de un ideal de organización política. El derecho internacional aparece, como escribe KOSKENNIEMI, menos como una regla o una institución que como apoderado del vocabulario de la justicia y la bondad, la solidaridad, la responsabilidad y la fe². El autor sostiene en su conocido *From Apology to Utopia* que, en realidad, el derecho internacional se mueve dentro de una contradicción o dicotomía fundamental entre el comportamiento, voluntad e intereses concretos de los Estados y la necesidad de la determinación y aplicación imparcial de sus normas que, al margen de comportamientos, voluntades o intereses, no dejan de ser mera moralidad. En este sentido, el derecho internacional se presenta como instrumento jurídico-político para la búsqueda de una comunidad global de valores³.

Podría pensarse que esa concepción normativa de la legalidad internacional hace irrelevante el análisis crítico de su contenido y funcionamiento. Pero hace ya un par de décadas que las teóricas feministas han venido denunciando el carácter ideológico del derecho internacional, que encubre bajo su imparcialidad discriminaciones que perduran. Los esfuerzos de las organizaciones de mujeres en la acción internacional han tenido escaso efecto en los procedimientos, instituciones y acciones internacionales, cuyos esfuerzos en favor de la seguridad internacional, la autodeterminación de los pueblos o la desaparición de la discriminación étnica no han tenido en cuenta la añadida posición de desventaja de las mujeres en tales realidades. La crítica feminista al derecho internacional continúa la crítica genérica a las pretensiones de imparcialidad y neutralidad del derecho que ocultan la perspectiva y experiencia de los varones, dada la desigual participación de hombres y mujeres en las instituciones de creación y aplicación del derecho y la consiguiente desatención a la situación y necesidades de éstas. La prioridad otorgada por el derecho internacional a los problemas políticos y de seguridad sobre las cuestiones sociales y económicas deja de lado el contexto de condiciones desigualitarias que impide la realización efectiva de los derechos de muchas

² KOSKENNIEMI, 2007: 30.

³ KOSKENNIEMI, 2005.

mujeres⁴. Y, como afirman D. BUSS y A. MANJI, si el derecho internacional está sesgado estructuralmente, la tarea de las mujeres no es la de ser incorporadas a una normativa internacional parcialmente reformada, sino la de una reestructuración más profunda que revise sus categorías fundamentales, empezando por la idea de responsabilidad estatal⁵.

Aún habría que añadir algunas matizaciones adicionales al internacionalismo del movimiento feminista: en primer lugar, gran parte de la participación cívica de muchas mujeres se desenvuelve en el nivel local, implicándose en organizaciones comunitarias y movimientos sociales generados en torno a creencias comunes y proyectos particulares compartidos. Estos modelos comunitarios son relevantes no sólo por los beneficios sociales que generan sino también por el reforzamiento que suponen del capital social. Particularmente en el caso de las mujeres, el activismo local aumenta su confianza al percibirse como actoras políticas y ciudadanas efectivas⁶. Al mismo tiempo, las pequeñas comunidades de creencias y valores compartidos proporcionan apoyo emocional para el disenso y la resistencia al discurso hegemónico sentando las bases para plantear modelos alternativos. En segundo lugar, desde la pluralidad étnica y nacional se ha acusado a la teoría feminista de ser un producto de la ideología occidental y, como tal, inválido para representar la diversidad de realidades de las mujeres, lo que plantea la dificultad de un discurso feminista global.

En realidad, la relación del género con las distintas instancias de participación política no es siempre igual ni uniforme sino que depende de múltiples factores históricos relativos al grado de identificación de la ciudadanía con las instancias formales, las transformaciones de los Estados o la formación y efectividad de las instituciones supranacionales⁷. Ello es consecuencia de que el feminismo trata de conseguir un equilibrio difícil entre la exigencia de una comunidad global de discurso y la atención a las realidades concretas de desigualdad de poder, concibiendo el discurso práctico no como una idealización abstracta sino como experiencia histórica con consecuencias reales y, por tanto, condicionado por los factores sociales existentes⁸.

3. GÉNERO Y NACIÓN

La relación de las mujeres con el nacionalismo ha sido compleja y contradictoria. Al tiempo que el feminismo se vinculó al proyecto nacional moderno como proceso de reconocimiento de derechos y de igualdad social, ha visto cómo la necesidad de articular sus demandas conforme a los parámetros nacionalistas ha distorsionado y alterado sus reivindicaciones. Los movimientos feministas y nacionalistas han trabajado

⁴ Tras el creciente aumento de análisis feministas del derecho internacional durante los años noventa, uno de los primeros estudios que trataron de ofrecer una crítica global fue el de H. CHARLESWORTH y Ch. CHINKIN, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000. Desde entonces, han proliferado los análisis en clave feminista de los temas y conceptos centrales de las relaciones internacionales, cuyo análisis excedería los límites de este trabajo.

⁵ BUSS y MANJI, 2005: 2.

⁶ LISTER, 1997: 32.

⁷ WALBY, 1992: 81 y ss.

⁸ JAGGAR, 1998: 7-31.

juntos en la construcción de muchos proyectos nacionales, en los que las mujeres han luchado por definir, al mismo tiempo, sus derechos para ese contexto. Las mujeres quieren ser partícipes en la construcción de la nación: no aparecer simplemente como víctimas o receptoras pasivas del sistema⁹.

El carácter complejo y contradictorio de la relación entre feminismo y nacionalismo se aprecia con claridad en los procesos de nacionalización poscoloniales de finales del XIX y comienzos del XX¹⁰ o en las más recientes revueltas democratizadoras del mundo árabe. Los primeros estuvieron marcados por una tensión entre las tendencias nacionalistas modernas y liberales, que promovieron la expansión de los derechos de ciudadanía de las mujeres y la igualdad social, y las tendencias organicistas, antimodernistas que, preocupadas con el imperialismo de Occidente y la contaminación de los valores identitarios de sus comunidades, obstaculizaron los cambios en las relaciones de género. En la mayoría de los casos, la descolonización ignoró los derechos de las mujeres que lucharon junto a los independentistas para la consecución de un nuevo orden social. Como entonces, también ahora, las mujeres han participado activamente en las revueltas de la denominada «primavera árabe» para cambiar las estructuras de poder tradicionales, aumentando su presencia y visibilidad en el espacio público, y han vuelto a verse relegadas después de los círculos y centros de decisión, persistiendo su dependencia de estructuras patriarcales públicas y privadas¹¹.

No obstante, el propio feminismo no tiene un modelo común de emancipación y participación de las mujeres, resistiéndose desde planteamientos culturalistas y diferencialistas a concebirlo conforme a los modelos morales y culturales del Occidente imperialista¹². En mi opinión, estas críticas culturalistas yerran en el nivel al que han de dirigir su oposición, que no es tanto el del discurso normativo cuanto el nivel de la práctica social y política efectiva, y, al confundirlo, refuerzan la legitimación de las tesis identitarias y comunitaristas que subordinan los derechos de las mujeres a otros intereses sociales (como la paz social, el respeto a la diversidad, el desarrollo económico, entre otros)¹³. La igualdad entre hombres y mujeres y su igual capacidad de participación no son sólo un legado histórico occidental sino exigencias normativas cuyas raíces pueden encontrarse en doctrinas muy diversas. Desde un feminismo universalista se niega que el movimiento de las mujeres sea, sin más, una construcción occidental que distrae de la lucha por la liberación política y económica y se considera, por el contrario, que las circunstancias históricas que generan condiciones para avanzar en la democratización y desarrollo de las sociedades deben ser igualmente aprovechadas para avanzar en la igualdad¹⁴. Se trata de aprovechar las oportunidades que ofrece la realidad social

⁹ WEST, 1997: xi-xxxvi.

¹⁰ JAYAWARDENA, 1986; KANDIYOTI, 1991: 429-443.

¹¹ Igual que ahora, en 1791, en réplica a la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, O. DE GOUGES escribía: «El hombre esclavo ha redobrado sus fuerzas y ha necesitado apelar a las tuyas para romper sus cadenas. Pero una vez en libertad, ha sido injusto con su compañera. ¡Oh, mujeres! ¡Mujeres! ¿Cuándo dejaréis de estar ciegas? ¿Qué ventajas habéis obtenido de la Revolución? Un desprecio más marcado, un desdén más visible...» (O. DE GOUGES, 1791).

¹² AHMED, 1984; MERNISSI, 1985; EL SAADAWI, 1988.

¹³ En este sentido, TAMZALI, 2011.

¹⁴ En este sentido, autoras como JAYAWARDENA han puesto de manifiesto que los relevantes cambios materiales e ideológicos que trajo la descolonización (expansión del capitalismo e incorporación de las mujeres a trabajos asalariados, apertura de la educación a amplios sectores de la población, migraciones del campo a las

para construir un modelo de democracia y un modelo económico que mantenga la alianza positiva de hombres y mujeres. La eliminación de las desigualdades de género es necesaria para un desarrollo humano, social y económico sostenible a nivel mundial, la vía para el progreso no sólo de las mujeres sino también de las comunidades en las que se integran.

Así, las mujeres no se identifican con cualquier proyecto nacional sino con aquel en cuya construcción hayan podido participar. Si empleamos la idea de ANDERSON de la nación, no como una realidad abstracta, sino como comunidad imaginada y construida, que puede ser reinventada, las narrativas y culturas que constituyen el sustrato del discurso nacionalista no son fenómenos estáticos e involuntarios, sino procesos sociales dinámicos en los que diferentes voces llegan a ser más o menos hegemónicas en su interpretación del mundo.

Las mujeres han constituido más bien símbolos pasivos de la tradición cultural de la nación que han contribuido a la estabilidad y la reproducción social, representando la unidad y el honor de la colectividad. Su contribución se limita a la definición de la identidad étnica, religiosa o nacional de una comunidad, al mismo tiempo que se les niega su capacidad de actuar y decidir. Como señala ANDERSON, el nacionalismo hace uso de términos vinculados con el parentesco o el hogar para denotar el modo en que estamos naturalmente vinculados a la comunidad. La asociación tradicional de la mujer con el ámbito privado al que se vinculan tales términos refuerza su imagen como símbolo de la nación en su identidad de madres y pilar de una familia refugio frente a las incertidumbres de lo público (la Madre Rusia, La Patria de la Revolución Francesa, la fertilidad de la Madre Tierra). El honor de la colectividad también se refleja en la mujer: los crímenes de honor, la lapidación, las desfiguraciones del rostro de las mujeres o la violación masiva de mujeres en tiempos de guerra. Más que como símbolos del cambio, la retórica nacionalista ha concebido a las mujeres como portadoras de la tradición y garantes de la esencia cultural de la nación (p.e. la práctica de imponer el velo para marcar los límites simbólicos de la comunidad cultural y religiosa o la de prohibir las relaciones sexuales o el matrimonio con hombres de otros grupos o religiones). De ahí, la obligación que les oprime de portar los símbolos de su pertenencia a la comunidad. Símbolos que son utilizados por los movimientos nacionalistas y comunitaristas contra los intentos de dominación. Los mayores avances institucionales y cambios jurídicos a favor de la igualdad conviven en nuestros días con fenómenos como la violencia doméstica o las peores condiciones laborales o salariales de las mujeres.

De este modo, las mujeres se encuentran incluidas en la esencia identitaria de la comunidad pero excluidas de la posibilidad de decidir cómo haya de entenderse esa identidad. De forma que la apelación al respeto a las reivindicaciones culturalistas e identitarias por sí mismo, sin cuestionar las dominaciones subyacentes, subvierte el discurso feminista. No obstante, evitarlo no implica necesariamente eludir el lenguaje de las culturas y las diferencias que ha sido el discurso propio de muchas aportaciones feministas. Lo que resulta preciso eludir desde el feminismo es la tesis multiculturalista para la que las culturas son totalidades de sentido que son inconmensurables.

ciudades, etc.) favorecieron la transformación de instituciones y costumbres que mantenían subyugadas a las mujeres a requerimientos éticos y religiosos discriminatorios. El cambio que se operó en las relaciones entre hombres y mujeres evocaba simbólicamente el cambio operado por la nueva nación.

Pero las culturas no son realidades homogéneas y estáticas, sino procesos sociales cambiantes, internamente divididos e incoherentes, en los que diferentes voces discrepantes compiten por definir un relato que llegue a ser hegemónico. La homogeneización cultural no es sino el resultado de la hegemonía del proyecto de algunos agentes sociales que logran mostrar una coherencia interna e imponerla sobre el resto de proyectos. El primer paso hacia un modelo integrador y no impuesto, supuso para las mujeres plantear en sentido crítico su propia alteridad, mostrándose como voces disidentes que ambicionan un proyecto cultural y nacional diferente. En cierto sentido, las mujeres pueden concebirse ajenas al proyecto colectivo que encarna la nación en cuanto que su posición se ha construido sobre la diferencia, identificándose con la imagen del «otro» al que las tradiciones colectivas, las normas y el sentido común tratan con reglas diferentes a las de la generalidad de la colectividad en la que viven.

En 1938 Virginia Woolf planteaba en su obra *Tres Guineas* cómo ante las emociones patrióticas de los hombres la mujer se pregunta «¿Qué significa para mí *la patria*, siendo como soy una extraña?» y para contestar «analizará el significado que el patriotismo tiene en su caso. Se informará de la posición ocupada por sus compañeras de sexo y de clase, en el pasado. Se informará de la cuantía de tierras, riquezas y propiedades en posesión de sus compañeras de sexo y clase en el presente, es decir, de la cuantía de la parte de «Inglaterra» que le pertenece». Y la «extraña dirá: Durante la mayor parte de su historia, *nuestra patria* me ha tratado como a una esclava, me ha denegado la educación y el compartir posesiones patrias... Y así es por cuanto, en mi condición de mujer, no tengo patria. En mi condición de mujer, no quiero tener patria. En mi condición de mujer, mi patria es el mundo entero»¹⁵.

El extraño, en la concepción de SIMMEL, se define como una síntesis entre proximidad y distancia, participa de la vida del grupo pero se mantiene como una figura externa¹⁶. Frente a la imagen del extranjero que está más allá de las fronteras externas, el extraño se define por las fronteras internas del grupo de cuyas categorías generales se encuentra excluido pero que marcan, no obstante, los límites de sus obligaciones y responsabilidades sociales. Las tensiones entre la colectividad y el extraño derivan de que éste supone un desafío al marco común de significados y categorías asumidos que cohesionan el grupo en su afán por reinterpretarlos y cambiarlos. Y de esa tensión deriva el papel del extraño como factor de innovación social y cultural. H. BHABHA habla de las «contranarrativas» que emergen en los márgenes de las naciones que alteran los significados y fronteras internas de las comunidades¹⁷.

Una concepción dinámica de la cultura permite asumir las diferencias sin caer en la disyuntiva entre el asimilacionismo o la coexistencia de múltiples identidades definidas y delimitadas. Desde esta perspectiva, la inclusión de las diferencias en el proyecto hegemónico, que reclaman los movimientos emancipatorios, habrá de ser el resultado de la hibridación del legado cultural de las diversas partes, una recreación progresiva de las culturas humanas que borre las fronteras internas imaginarias. H.

¹⁵ WOOLF, 1980: 146-148.

¹⁶ SIMMEL, 1977: vol. II, 716-722.

¹⁷ *Id.* BHABHA (ed.), 1990; BHABHA, 1994.

BHABHA dice que el encuentro cultural crea un sentido de lo nuevo como un «acto insurgente de traducción cultural»¹⁸. De este modo, la inclusión en un proyecto común y la continuidad de las particularidades culturales no tienen por qué ser mutuamente excluyentes¹⁹. Esta vía propuesta, entre otros, por S. BENHABIB trata de mostrar que el universalismo puede ser sensible a las diferencias si abandona el cielo de las abstracciones y se compromete con nuestras múltiples y complejas identidades, situándose en una posición intermedia entre la tesis de la inconmensurabilidad de las culturas y valores plurales y la tesis de un consenso teórico superpuesto. La pretensión universalista ha de aspirar a la continua expansión del «nosotros» a medida que vaya incorporando al mayor número posible de extraños mediante una experiencia cada vez más ampliada. El interés por lo universal es complementario con el interés por las prácticas y creencias que otorgan significado a las vidas humanas particulares y diferentes²⁰.

Desde esta perspectiva, creo que las mujeres no deberían tender a forjar un modelo identitario como totalidad holística y separada que defina autónomamente las fronteras y fines del colectivo de mujeres. Por el contrario, tales relatos deberían unirse en la producción de nuevas narrativas capaces de servir de base a una cultura política común. El género no puede convertirse en una construcción abstracta referida a una identidad coherente común. Las explicaciones abstractas y universales de la subordinación de las mujeres pueden distraer la atención de los modos específicos en que las relaciones de género se construyen y reproducen en diferentes sociedades. En las situaciones concretas, la opresión de las mujeres se entremezcla y articula con otras formas de opresión social y divisiones sociales. No todas las mujeres son oprimidas o subyugadas del mismo modo y con el mismo alcance. En consecuencia, la rígida separación entre problemas de redistribución y problemas de reconocimiento distorsiona la relación dinámica entre los conflictos económicos, ideológicos e identitarios²¹: las identidades culturales o de género no predeterminan las demandas políticas y sociales en la esfera pública. La superación de la discriminación de las mujeres implica no sólo un cambio en los patrones culturales sino también, y fundamentalmente, una reestructuración de las relaciones socioeconómicas y políticas. Su proyecto no es un proyecto identitario sino ético y político.

¹⁸ BHABHA, 1994: 70.

¹⁹ BENHABIB, 2006.

²⁰ APPIAH, 2005. Es interesante la propuesta de A. NAJMABADI en la línea de la propuesta de APPIAH de la preferencia por lograr acuerdos sobre reglas o prácticas particulares sin aspirar a la búsqueda de un consenso sobre su fundamentación, lo que permite minimizar el conflicto y alcanzar decisiones comunes. NAJMABADI habla de la cooperación en cuestiones específicas sin realizar demandas generales sobre la igualdad o los derechos de las mujeres (citada en N. YUVAL-DAVIS, 1997: 124. La autora también cita como defensora de un argumento similar a H. AFSHAR, 1994: 15-21). YUVAL-DAVIS pone como ejemplo el caso de la abogada sudafricana que sugirió un modo de acabar con la poligamia sin revelarse directamente contra ella. Su propuesta era que la práctica tradicional de la poligamia no debía ser abolida jurídicamente, sino que debería disponerse jurídicamente que en el matrimonio la mujer tiene derecho al 50 por 100 de la propiedad de la pareja, de modo que si el marido contrae matrimonio después, sólo podrá compartir con la nueva esposa el 50 por 100 que le corresponde, y así sucesivamente (*Ibid.*, 123-124). Algunas feministas islamistas temen que estas posiciones que no cuestionan el marco de fundamentación cultural y religiosa de sus comunidades pueden contribuir a su legitimación.

²¹ BENHABIB, 2006: 47-55; OFFE, 1998: 113-142.

4. GÉNERO, CIUDADANÍA Y GLOBALIZACIÓN

La falta de una identidad homogénea común no significa, sin embargo, que no se pueda analizar cómo las posiciones de hombres y mujeres se han articulado de modo diferente en las estructuras de poder en que se han desarrollado históricamente. La discriminación de las mujeres como colectivo deriva de que experimentan de modo compartido situaciones de subordinación u opresión que no experimentan los hombres. La percepción y asimilación conjuntas de esa opresión es la que puede articular un discurso emancipatorio compartido, sin el que la emergencia de alternativas a la política o la moral hegemónica resulta imposible. En el caso de la comunidad política, tales discriminaciones derivan de que las mujeres no se identifican con la autoridad política en cuanto se sienten sujetos pasivos, receptoras de prestaciones sociales, y relegadas al ámbito privado. La inclusión democrática de las mujeres no sólo requiere que tengan un papel activo en la construcción cultural de la nación, sino también su identificación con las instituciones políticas comunes, mediante la plena integración en la ciudadanía. Aunque ambos procesos no son independientes. Como afirma BENHABIB, sólo en la medida en que las futuras colectividades posibles, locales, nacionales o globales, se reconstituyan mediante la resignificación democrática de sus legados culturales es factible reimaginar nuevas instituciones de representación, gobierno y participación en el poder²².

La historia del feminismo se puede leer en clave de reclamar y construir la ciudadanía²³. No sólo ha tratado de lograr la incorporación efectiva de las mujeres en lo público, sino de redefinir el sentido y alcance de la ciudadanía en un sentido más inclusivo y participativo. La teoría feminista, en general, ha criticado el carácter abstracto y universalista de la democracia liberal que impide incorporar las experiencias y necesidades de sujetos situados e incardinados en realidades concretas. Su idea de la representación política presupone una idea de bien común o interés general que resulta aceptable para todos los individuos. La dificultad real de alcanzar racionalmente y en abstracto ese ideal en sociedades plurales y complejas deriva de la desigualitaria capacidad de los distintos grupos sociales para incorporar sus problemas y necesidades a la agenda política e intervenir en la toma de decisiones. Las propuestas feministas consisten en construir un nuevo concepto de ciudadanía que atienda a la complejidad social²⁴.

Las tesis de una ciudadanía diferenciada se centran en la necesidad de que la organización de lo público reconozca y gestione la diferencia mediante su inclusión en un modelo complejo. Para ello justifican la adopción de mecanismos que compensen el sesgo masculino que imponen los patrones ideológicos y sociales dominantes y permitan una participación real de colectivos marginados, como las mujeres. Entre tales mecanismos se incluyen medidas de acción positiva, representación de grupos, derechos especiales y establecimiento de las condiciones que favorezcan la diversidad

²² BENHABIB, 2006: 297.

²³ AGRA, 2002.

²⁴ Podrían incluirse en este sentido los estudios, de muy diversa fundamentación, de YEATMAN, 1993; PHILLIPS, 1993; DEAN, 1996; LISTER, 1999; MOUFFE; YUVAL-DAVIS, 1997; YUVAL-DAVIS y WEBNER; YOUNG, 2000; y, YOUNG, 2000; BENHABIB, 2004.

sociocultural. Al discurso de la ciudadanía diferenciada se suman las propuestas de una ciudadanía plural. Mientras que el primero sigue concibiendo la ciudadanía sobre la base del vínculo entre cada individuo y las instituciones políticas compartidas, planteando la necesidad de medidas positivas que refuercen ese vínculo respecto de sujetos marginados, las propuestas pluralistas parten del desbordamiento político de las instituciones vigentes y asumen un modelo multilateral de ciudadanía. Su punto de partida ya no es tanto el de la diferencia de las mujeres sino la fragmentación de la sociedad global y la existencia de plurales ámbitos o sedes de participación. Son éstas segundas propuestas las que tienen especial interés en el actual contexto sociopolítico en el que es urgente la reinención de lo político en el ámbito transnacional.

Las transformaciones sociopolíticas de nuestro tiempo abren la vía para traer a primer plano el debate sobre las posibilidades de modificar la idea tradicional de ciudadanía y su papel en la agenda global. El concepto tradicional de ciudadanía se ha visto afectado en las últimas décadas por dos elementos relevantes: por una parte, la pérdida de soberanía de los Estados-nación, a los que el concepto se ha vinculado tradicionalmente; y, por otra parte, las múltiples interacciones y redes que traspasan el ámbito global y que generan múltiples pertenencias y adscripciones individuales. El pensamiento feminista se ha planteado las implicaciones que estas transformaciones tienen para las mujeres. Su aportación, en este contexto, es crucial para poder aprovechar los procesos de cambio social para reconfigurar el sentido de las instituciones tradicionales.

El feminismo se suma a quienes rechazan la interpretación neoliberal de la globalización, para la que el desarrollo del capitalismo global es una fase nueva e inevitable de evolución social guiada por una lógica inexorable y tendente a la despolitización de lo público. Por el contrario, trata de mostrar que la globalización económica es un proceso socialmente construido, consecuencia de políticas y acciones plurales que han ido conformando una estructura social compleja y heterogénea, presidida por una lógica pluralista y descentralizada que favorece los procesos autoorganizativos de los agentes y redes con pretensiones e intereses diversos. Este nuevo contexto, fuertemente excluyente y desigualitario, tiene un impacto negativo en el proceso de igualación de hombres y mujeres, que no es un mero efecto o consecuencia de dichas transformaciones sino un cambio que responde a los propios principios estructurales que las guían.

El modo en que afecta a la participación de las mujeres es una cuestión compleja que no puede determinarse *a priori*²⁵. En primer lugar, la globalización no es un proceso uniforme ni unidimensional sino que tiene un impacto distinto en diferentes regiones, grupos o personas. En general, muchos de los factores que producen las consecuencias más negativas de la globalización afectan especialmente a las mujeres que son quienes más sufren su impacto. El fallo de los Estados en la provisión de infraestructura y apoyo social, especialmente de los menos desarrollados que se ven acuciados por un excesivo endeudamiento fruto de la presión global en favor de ajustes estructurales, afecta especialmente a las mujeres, cuya mayor vulnerabilidad en estos Estados se agrava con problemas propios como el turismo sexual, la industria del matrimonio y el sexo o el tráfico internacional de mujeres. Las mujeres de los países pobres son las que

²⁵ AGRA ROMERO, 2006: 67-97.

soportan la carga más fuerte de la globalización como gestoras de la pobreza, prestadoras de servicios sociales y proveedoras de mano de obra barata y flexible, muchas veces parte de la economía sumergida. Y las emigrantes en países desarrollados son las que desempeñan las tareas menos valoradas y peor remuneradas, situándose muchas veces al margen de la protección incluso formal de los Estados de origen y destino. Estos fenómenos suponen la traslación al ámbito privado de muchas tareas no remuneradas que invisibilizan el coste de las crisis económicas, así como la desregulación, flexibilización y precarización de gran parte del trabajo asalariado, teniendo ambos especial impacto en las mujeres²⁶.

Mejorar el status de las mujeres y abrirles oportunidades económicas para que desarrollen sus capacidades ha de ser una parte relevante de cualquier modelo que proponga alternativas a la globalización neoliberal²⁷. En este sentido, el feminismo es una de las teorías críticas de la realidad global que más ha insistido en la necesidad de redefinir el concepto de lo político para limitar y controlar la reprivatización de las funciones y espacios asumidos tradicionalmente por el Estado, al tiempo que ha tratado de configurar un concepto de ciudadanía transversal que responda a las necesidades derivadas de las distintas posiciones de los sujetos.

Pero, además, la globalización no afecta por igual a todas las mujeres: es más negativa para las mujeres de los países pobres y para las mujeres marginadas de los países desarrollados (feminismo múltiple y plural). Como señaló M.^a MIES, las mujeres no sólo están divididas por diferencias culturales sino fundamentalmente por su situación en la economía global²⁸. Por ello, desde la década de los noventa muchas propuestas feministas rechazan el modelo inclusivo, que adopta un modelo universal de sujeto-mujer culturalmente sesgado y atemporal, y tratan de mostrar las múltiples formas en que el proceso de globalización neoliberal genera desigualdad en condiciones concretas²⁹. Se trata de analizar cómo las consecuencias de la liberalización económica y la flexibilización laboral producen efectos determinados en las mujeres en función de su posición y ubicación concretas. Ello supone la necesidad de adaptar la acción política a las necesidades espacio-temporales contingentes, transformándose en posiciones o acciones de resistencia flexibles y condicionadas por el modelo de relaciones de poder en que se desarrollen. Es en la convergencia práctica de esas resistencias donde se puede ir articulando una acción más global.

4.1. La aportación de un Estado reformado

Ante el temor a un poder global despolitizado y las dificultades para institucionalizar una democracia global, algunos escritos de mujeres plantean la necesidad de reforzar el poder estatal, defendiendo formas más incluyentes de ciudadanía nacional³⁰. Aun

²⁶ SASSEN, 2003.

²⁷ AFSHAR y DENNIS (eds.), 1992; BRODIE, 1994: 46-60; JAGGAR; LISTER, 1998: 58-59.

²⁸ MIES, 1986.

²⁹ La base de este análisis se encuentra en las tesis del feminismo posmoderno del tipo de las de BUTLER, 1990; o BRAIDOTTI, 1994, entre otras muchas.

³⁰ No es ésta una posición unánime en los escritos feministas, muchos de los cuales se cuestionan críticamente el papel de la soberanía estatal, al obstaculizar la participación en la esfera internacional de sujetos

asumiendo el papel que el Estado ha desempeñado en la ocultación y formalización de la discriminación de las mujeres, puede pensarse que mientras no sea posible instituir un orden global que regule las interacciones transnacionales y organice el poder global garantizando los derechos, el Estado tiene aún mucho que decir³¹. La pertenencia a un Estado y la titularidad de derechos reconocidos y garantizados por un ordenamiento estatal eficaz es ahora más, y no menos, importante, puesto que, a falta de alternativas reales, la crisis del Estado supone la pérdida de instrumentos de garantía y de responsabilidad política. Especialmente en el caso de las mujeres, en el que la crisis del Estado contribuye a minar los logros sociales alcanzados.

Es por ello que el potencial garantista del Estado debe obligarle a buscar en el proceso de transnacionalización aquellos elementos que le permitan aumentar su poder de acción y dirigir la actuación del resto de actores. El Estado debe aprovechar los instrumentos y estrategias de su relación con actores no estatales para aumentar su legitimidad y capacidad de ejecución de sus políticas, al tiempo que le corresponde supervisar y dirigir las relaciones de gobernanza, estableciendo fines, proveyendo recursos administrativos y normativos, garantizando su ejecución y legitimando su actuación³². Ello exige una reformulación del propio concepto de legitimidad estatal conforme a la que la legitimidad interna del Estado es inescindible de la justificación de su actuación exterior o respecto de los extraños en el interior, planteando la separación entre Estado y democracia global no tanto como una dicotomía sino como un continuo que obedece a un proyecto común. En él, las instituciones supraestatales refuerzan y expanden algunas de las dimensiones de las democracias estatales.

La reformulación del concepto de legitimidad estatal implica un cambio relevante en la concepción de la distinción entre miembros y no miembros. Un modelo de justicia global debe ser compatible con el modelo teórico-político estatal, lo que implica que la asignación de derechos, deberes o prohibiciones que cualquier agente global (Estados, empresas, asociaciones, ONGs, etc.) hace a los no miembros debe ser consistente con el modo en que los asigna a sus miembros³³. Frente a la exclusión de lo externo o ajeno se reclama una percepción de la interdependencia global y la consideración de cualquier violación de derechos o injusticia social como un problema *propio* de cualquier agente global. Ello supone un cambio esencial en el modo de concebir las fronteras, no ya como barrera impermeable de exclusión cuanto como instrumentos para un reparto eficiente de competencias permeable a la comunicación y la distribución.

Este Estado reformado debería cambiar su actitud respecto de los no miembros que pretenden incorporarse legítimamente en su ordenamiento. La multitud de causas que generan en nuestros días que millones de personas se desplacen involuntariamente de sus comunidades de origen (el auge demográfico, la creciente urbanización, la crisis alimentaria, la escasez de agua, la destrucción del medio ambiente, las catástrofes naturales relacionadas con el cambio climático, las guerras y otros conflictos violentos, el paro, el empobrecimiento, etc.) obliga a redefinir el concepto de las migraciones

distintos del Estado, considerando que es precisamente la pérdida de poder a nivel nacional la que abre posibilidades a nuevas formas de hacer política, desde lo local a lo global (*vid.* SASSEN, 2003: 78 y ss.; KNOP, 2002).

³¹ En este sentido, PETTMAN, 1999: 207-220.

³² BELL y HINDMOOR, 2009.

³³ CANEY, 2005: 65, nota 7.

y la condición de asilado y refugiado. Tal redefinición debe ampliar su contenido de obligaciones públicas y derechos individuales de forma que se convierta en un instrumento de garantía de la dignidad personal ante una variedad de causas que generan situaciones individuales sumamente dramáticas.

En este sentido, el Estado no debería, por ejemplo, rechazar el asilo por razones de respeto a la soberanía estatal o a la especificidad cultural a las mujeres que huyen de sus países por el riesgo que sufren de violaciones a su integridad personal, tales como las persecuciones sufridas por las mujeres en Irán o Afganistán, o las de las mujeres que tratan de escapar de las duras políticas demográficas chinas o la mutilación genital en los países del África occidental³⁴. El derecho de asilo es un instrumento normativo que el Estado puede emplear para garantizar la protección de personas que no son miembros, favoreciendo que cualquier persona pueda disfrutar de un entorno pacífico y promoviendo su integración social. La realidad de la violencia ejercida contra las mujeres requiere ser atendida como causa de persecución a los efectos de obtener la condición de asilado en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se sufre la violencia³⁵. Existe persecución por motivos de género cuando la violación de derechos de una persona se produce por su pertenencia a un sexo, lo que tiene lugar en mayor medida respecto de las mujeres que, en muchos casos, parten de una situación de desigualdad o subordinación que se manifiesta en acciones tales como la mutilación genital, trata de personas para la prostitución o explotación sexual, violencia doméstica, violación y abusos sexuales como arma de guerra, crímenes de honor, etc. La tendencia de los Estados europeos a conceder el asilo en supuestos de violencia contra las mujeres de comienzos de este siglo³⁶ ha ido descendiendo en los últimos años en los que los Estados de la Unión Europea están adoptando políticas de control migratorio que dificultan el acceso a las vías de solicitud de protección internacional de quienes sufren violencia en otros Estados, lo que supone una dejación de su responsabilidad en la colaboración y cooperación para la promoción de un orden global más justo.

³⁴ *Vid.* BHABHA, 178-191.

³⁵ España ha regulado de modo explícito la persecución por motivos de género como causa para justificar el asilo, haciendo una interpretación evolutiva de las Directrices del ACNUR, en la disposición adicional vigésima novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que reforma la ley reguladora del derecho de asilo, y la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. También el art. 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reforma de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre) regula medidas en beneficio de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. Cualquiera que sea su situación administrativa, se les garantizan los derechos reconocidos en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente, además de la suspensión del expediente administrativo sancionador, si están en situación irregular, y la posibilidad de solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales.

³⁶ España ha venido concediendo el asilo a mujeres víctimas de violencia desde 2005 y nuestros tribunales han reconocido en varias ocasiones la persecución por razón de sexo como causa para conceder el asilo (*vid.* las sentencias de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009 y las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2007, 11 de mayo de 2009 y 15 de junio de 2011). En ellas el alto tribunal afirma que «en aquellos supuestos en que se acredite la existencia de «indicios suficientes», según las circunstancias de cada caso, de que una mujer sufre persecución por su pertenencia al género femenino, que le ha supuesto la imposición de prácticas contrarias a la dignidad humana, como el matrimonio forzoso o la mutilación de un órgano genital, y que el régimen legal del país de origen no ofrece una protección jurídica eficaz, procede la concesión del derecho de asilo...» (FJ 4.º de la STS 4013/2011, de 15 de junio).

Sin embargo, las razones en favor del otorgamiento del asilo o la condición de refugiado no pueden sostenerse sólo sobre la base de un derecho de acceso o visita limitado sino que deben servir igualmente para favorecer la transición hacia la incorporación y la pertenencia a la sociedad política receptora³⁷. Además, la necesidad del otorgamiento del asilo o la condición de refugiado, así como de políticas migratorias protectoras y garantistas, deriva de que en los Estados de origen no se dan las condiciones políticas y sociales que permitan ofrecer una protección eficaz de la dignidad de cualquier ser humano y, al mismo tiempo, de que las causas de ese fracaso no son sólo de carácter interno. Las cuestiones de justicia que plantean las migraciones y desplazamientos involuntarios son, en muchos casos, la consecuencia de una estructura global tremendamente injusta cuya modificación compromete moralmente a todos los agentes que participan en la misma. En su mayor parte, las personas desplazadas lo que pretenden es la reforma de las estructuras jurídicas, políticas, económicas y técnicas de sus propios Estados que les permitan desarrollar en éstos sus planes de vida. Pero, mientras perduren Estados desestructurados y no exista una estructura institucional distributiva global que sea adecuada y efectiva, los Estados no pueden rehuir sus obligaciones respecto de los desplazados³⁸. El fin ha de ser, no obstante, la justicia global, la superación de la antítesis entre lo interno y lo externo.

4.2. Concepción plural de la ciudadanía

Todo lo anterior implica la necesidad de desarrollar un concepto ampliado o diversificado de ciudadanía, en el que la participación y los derechos de los individuos no dependan de la voluntad de los Estados; una ciudadanía «posnacional» o «desnacionalizada» construida como participación en espacios alternativos que contribuyan a hacer efectivos los derechos. En general, gran parte de los escritos feministas de las últimas décadas han teorizado, desde premisas diversas, acerca de un modelo de ciudadanía que abarque la diversidad social. Las propuestas más críticas no consisten meramente en sustituir la ciudadanía nacional por una ciudadanía supranacional o cosmopolita con base en instituciones internacionales, sino en la construcción de escenarios políticos transversales que permitan una gama amplia de intervenciones. Tales propuestas van más allá de las exigencias de igualdad e inclusión del feminismo liberal y de las exigencias de diferenciación y el planteamiento de modelos feminizados de las corrientes de la diferencia, y parten de un tercer modelo para el que tanto hombres como mujeres tienen múltiples identidades y adscripciones desde las que deben plantear sus demandas y reivindicaciones. Se piensa que las actuales transformaciones en la construcción tradicional de la ciudadanía abren posibilidades para la emergencia de nuevos espacios formales e informales de participación política y la incorporación de nuevos problemas a los mismos, contribuyendo ambas tendencias a la inclusión efectiva, y no sólo formal, de sectores desfavorecidos.

La ciudadanía nacional y supranacional, así como otros modelos más informales de participación, se conciben como dos modalidades coexistentes e interrelacionadas

³⁷ En este sentido, BENHABIB, 2001: 31 y ss.

³⁸ En este sentido, BADER, 1997: 1-11.

de un modelo genérico de ciudadanía³⁹. Conforme a éste, los sujetos políticos están inmersos en una pluralidad de posiciones y comunidades que se extienden dentro, a través de o más allá de las fronteras estatales y desean que cualquier construcción global les reconozca y respete en tales posiciones particulares. Pero las diferentes posiciones sociales no pueden incorporarse como identidades completas y cerradas, sino en su complejidad y heterogeneidad, mediante un proceso de encuentro y conversación gradual que expanda la perspectiva de cada uno hacia «los otros». El resultado es un modelo en el que la negación de la separación sustantiva entre lo privado y lo público significa que la esfera pública no está constituida por sedes o espacios específicos, sino que existen tantos espacios públicos como debates sobre una pluralidad de asuntos normativos conflictivos.

A estas premisas responden las propuestas feministas de concepciones plurales de la ciudadanía, como el modelo de ciudadanía multinivel de N. YUVAL-DAVIS, que opera en múltiples ámbitos de lo local a lo global en los que las personas pueden expresar múltiples lealtades e identidades solapadas que responden a necesidades y contextos históricos diferentes⁴⁰. En él, el nivel local de las asociaciones o la ciudad y el nivel de las instituciones supranacionales pueden ayudar a suplir las insuficiencias en el disfrute efectivo de la autonomía de la mujer que no logran las estructuras sociales y económicas estatales. Se trata de que las mujeres, y otros actores hasta ahora invisibilizados en el Estado, puedan aprovechar todos los espacios de participación y reivindicación.

En el modelo multinivel de ciudadanía, la pertenencia de las personas a un Estado, sus derechos y responsabilidades, están mediadas por su pertenencia a otras colectividades, subestatales, transversales o supraestatales. Su posición en estas otras comunidades, así como en términos de clase, género, tendencia sexual, edad, capacidad, etc., debe tenerse en cuenta en cualquier proyecto de ciudadanía que pretenda ser inclusivo y democrático. La propuesta de YUVAL-DAVIS es una ciudadanía transversal de diálogo que parta del reconocimiento y empatía con las posiciones específicas que ocupan quienes participan en el mismo: la cooperación y solidaridad entre feministas situadas en posiciones diferentes debería estar informada por esas experiencias diferenciadas⁴¹. La participación en la ciudadanía no se realiza desde la identificación acrítica con una identidad grupal única, sino que cada participante contribuye con su experiencia particular para tratar de cooperar y negociar con quienes parten de una pertenencia diferente. El diálogo tiene por objeto lograr una perspectiva común basada en un sistema de valores compatible con los posicionamientos plurales. Desde esta perspectiva, la ciudadanía nacional ha de verse afectada por los posicionamientos de los individuos en otras colectividades, que pueden ser el recurso para hacer que las capacidades de los individuos sean efectivas.

Esta noción de ciudadanía incorpora la acción privada, esto es, la actividad de las asociaciones, movimientos sociales, redes de intereses, actos de protesta, renuentes o incapacitados para identificarse con las instituciones públicas. El resultado es

³⁹ WERNER y YUVAL-DAVIS, Introducción a YUVAL-DAVIS y WERNER 1999: 3.

⁴⁰ YUVAL-DAVIS, 1999: 119-136.

⁴¹ N. YUVAL habla de «universalidad en la diversidad», que pretende superar la dicotomía entre universalismo —que asume un punto de partida homogéneo— y relativismo —que considera que, dadas las diferencias en los puntos de partida, no es posible un diálogo genuino y crítico— (YUVAL-DAVIS, 1997: 125).

que esta perspectiva plural convierte el concepto de ciudadanía para el feminismo en un instrumento útil para lograr una acción solidaria y colectivamente responsable. S. SASSEN piensa que la reconceptualización de la ciudadanía en este sentido desvía su naturaleza desde sus aspectos jurídico-formales hacia acciones efectivas de afirmación de intereses y aspiraciones que van más allá de las normativas estatales. Para la autora, la ciudadanía se crea en parte a través de las prácticas de los excluidos, en la medida en que las profundas transformaciones sufridas por el Estado ante la globalización reducen sus posibilidades para emprender una nueva ampliación jurídica que conduzca a nuevas inclusiones de sujetos o derechos. Este concepto más empírico o práctico de ciudadanía permitiría cubrir la distancia que media entre la ciudadanía formalizada en los ordenamientos vigentes y la experiencia ciudadana de sujetos excluidos de aquella pero activos en la reclamación de sus intereses y necesidades (tales como los inmigrantes indocumentados, los no asalariados, las amas de casa, etc.). De este modo, los desfavorecidos adquieren presencia en el proceso político más allá de los límites del ordenamiento formal⁴².

El discurso de la ciudadanía multinivel o transversal y la ciudadanía desnacionalizada ha resultado especialmente atractivo para el feminismo en las últimas décadas, en cuanto que, por una parte, aboga por una multiplicidad de marcos políticos que permite evitar cualquier forma de exclusión social o política y, por otra, permite introducir en el debate político la perspectiva y los problemas de las mujeres. La reflexión teórica y metodológica pluralista, como se ha afirmado, ha posibilitado que «voces otras veces marginadas puedan ser oídas; que cuestiones en otras ocasiones suprimidas puedan ser escuchadas; que espacios cerrados para el análisis se han abierto al debate; que cuestiones de hecho descartadas de la aproximación dominante pueden ser seriamente reconsideradas y reevaluadas»⁴³. El feminismo se une, así, a otras posiciones críticas que asumen concepciones teóricas pluralistas como base para articular un modelo que capacite a los colectivos marginados. Además, este concepto de ciudadanía permite sustituir el discurso feminista esencialista o identitario por un discurso contextual para el que el sentido de una acción global de las mujeres es el de plantear los problemas que las mujeres comparten en todo el planeta, tales como la salud reproductiva, la violencia machista, la desigualdad laboral y salarial, la precarización del trabajo o la pobreza, lo que puede hacerse desde localizaciones concretas.

A pesar de su valor práctico para incorporar la pluralidad, los modelos socio-políticos pluralistas, presididos por una lógica flexible y descentralizada, resultan criticables en sus presupuestos relativistas y su escepticismo institucional. Los propios presupuestos pluralistas implican que la ciudadanía no puede ofrecer un criterio universal en el que fundar la crítica de los sujetos o grupos marginados. Lo que tiene consecuencias políticas: la ciudadanía plural parte de una noción de autoridad desjerarquizada en la que los diversos espacios de participación se solapan e interactúan, postulando el mutuo reconocimiento e igual respeto a todas las pretensiones e intereses, en cuanto que se consideran inconmensurables. Al margen de los problemas de organización de las diversas redes y ámbitos de discusión, este particularismo posmoderno disuelve el modelo tradicional de autoridad legal en una pluralidad de agentes y ámbitos participa-

⁴² SASSEN, 2003: 87-113.

⁴³ GEORGE, 1993: 272-273.

tivos. Del diálogo y la negociación efectivos, dependientes de las circunstancias específicas de cada contexto, deriva la fundamentación de las decisiones sociales y políticas. Su legitimidad se hace depender de los propios principios formales de autodeterminación e igual participación al margen de la fundamentación material de las decisiones⁴⁴.

Creo, sin embargo, que el ejercicio por las mujeres de su capacidad de participación no es independiente de la necesidad de formalizar sus derechos e institucionalizar las garantías correspondientes. Los límites institucionales no sólo suponen restricciones sino también habilitaciones para actuar como ciudadanas. Ciertamente, como señalan los modelos de ciudadanía transversal o desnacionalizada, los límites de la actividad política y los límites de la estructura institucional estatal no pueden ya ser considerados coextensivos, dada la necesidad de ampliar la dimensión práctica de la ciudadanía por debajo y más allá de las fronteras del Estado. Pero la ciudadanía no tiene sólo que ver con la participación sino también con el status y la pertenencia formal. El fin de las prácticas informales de ciudadanía no puede agotarse en actos de protesta o victimización sino que debe tender a la formalización de nuevos tipos de sujetos políticos y de nuevos derechos que incorporen las demandas y necesidades antes marginadas. En este sentido, aquellos movimientos y dinámicas pueden concebirse como elementos para el cambio y la innovación institucional.

Las críticas al sistema de partidos y los modelos de democracia post-representativa relativizan el papel de las instituciones democráticas, a las que consideran sólo una de las partes posibles de un proceso de formación de la voluntad colectiva más amplio. Pero la organización de la diversidad exige que tales instituciones articulen las plurales demandas sociales y las transformen en decisiones colectivas, exige que ejerzan de mediadoras entre los valores e intereses en conflicto. La satisfacción plena y simultánea de los intereses y aspiraciones de unos es incompatible con la atención plena a las necesidades de otros. El pluralismo es insuficiente si no hay una integración común en sistemas que organicen la diversidad. Por ello, la atención a la pluralidad no puede traducirse en una pura estrategia de coexistencia sino que debe tender a una gradual convergencia práctica y promoción de valores públicos compartidos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AFSHAR, H., 1994: «Women and the Politics of Fundamentalism in Iran», *Women against Fundamentalism Journal*, núm. 5, 15-21.
- AFSHAR, H., y DENNIS, C. (eds.), 1992: *Women and Structural Adjustment Policies in the Third World*, London: Macmillan.
- AGRA, M. X., 2002: «Ciudadanía. El debate feminista», en F. QUESADA (ed.), *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy*, Madrid: Publicaciones UNED.
- 2006: «Ciudadanía, feminismo y globalización», en A. RUBIO CASTRO y J. HERRERA (coords.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, 67-97.

⁴⁴ R. VOET afirmaba que, en lugar de considerar la ciudadanía como el medio para la satisfacción de los derechos, debemos considerar los derechos como un medio para realizar la igual ciudadanía; lo que significa que el feminismo debería ser, más que un movimiento en favor de los derechos de las mujeres, un movimiento en favor de la participación de las mujeres (VOET, 1998: 73).

- AHMED, L., 1984: «Early Feminist Movements in Turkey and Egypt», en F. HUSSAIN (ed.), *Muslim Women*, London: Croom Helm.
- APPIAH, K. A., 2005: *La ética de la identidad*, Buenos Aires: Katz.
- BADER, V. (ed.), 1997: *Citizenship and Exclusion*, Houndsmills: MacMillan Press.
- BELL, S., y HINDMOOR, A., 2009: *Rethinking Governance. The Centrality of the State in Modern Society*, Cambridge: Cambridge University Press.
- BENHABIB, S., 2001: *Transformations of Citizenship. Dilemmas of the Nation State in the Era of Globalization*, Koninklijke Van Gorcum.
- 2004: *Los derechos de los otros*, Barcelona: Gedisa.
- 2006: *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*, Buenos Aires: Katz.
- BHABHA, H. (ed.), 1990: *Nation and Narration*, London: Routledge.
- 1994: *The Location of Culture*, London: Routledge.
- BRAIDOTTI, R., 1994: *Nomadic Subjects: Embodiment and Sexual Difference in Contemporary Feminist Theory*, New York: Columbia.
- BRODIE, J., 1994: «Shifting the Boundaries: Gender and the Politics of Restructuring», en I. BAKKER (ed.), *The Strategic Silence: Gender and Economic Policy*, London: Zed Books, 46-60.
- BUSS, D., y MANJI, A. (eds.), 2005: *International Law. Modern Feminist Approaches*, Oxford: Hart Publishing.
- BUTLER, J., 1990: *Gender trouble: Feminism and the subversion of identity*, New York: Routledge.
- CANEY, S., 2005: *Justice beyond Borders. A Global Political Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- CHARLESWORTH, H., y CHINKIN, Ch., 2000: *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester: Manchester University Press.
- FRASER, N., 2005: «Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado», en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, Granada.
- GEORGE, J., 1993: «International Relations and the Search for Thinking Space: Another View of the Third Debate», *International Studies Quarterly*, vol. 33, núm. 3 (septiembre).
- GOUGES, O. DE, 1791: Epílogo a *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*.
- ISIN, E. F., y WOOD, P. K., 1999: *Citizenship and Identity*, London: Sage.
- JAGGAR, A., 1998: «Globalizing Feminist Ethics», *Hypatia*, vol. 13, núm. 2, 7-31.
- JAYAWARDENA, K., 1986: *Feminism and Nationalism in the Third World*, London: Zed Press.
- KANDIYOTI, D., 1991: «Identity and its Discontents: Women and the Nation», *Millenium. Journal of International Studies*, vol. 20, núm. 3, 429-443.
- KNOP, K., 2002: *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KOSKENNIEMI, M., 2005: *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, reed.
- 2007: «The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics», *The Modern Law Review*, vol. 70, núm. 1, enero, 1-30.
- LISTER, R., 1997: *Citizenship. Feminist Perspectives*, London: MacMillan.
- MERNISSI, F., 1985: *Beyond the Veil*, London: Al Saqi Books.
- MIES, M., 1986: *Patriarchy and Accumulation on a World Scale*, London: Zed Books.
- OFFE, C., 1998: «“Homogeneity” and Constitutional Democracy: Coping with Identity Conflicts through Group Rights», *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, núm. 2, 113-142.

- PHILLIPS, A., 1993: *Democracy and Difference*, Oxford: Polity Press, 1993; DEAN, J., 1996: *Solidarity of Strangers*, Berkeley: University of California Press.
- SAADAWI, N. EL, 1988: «The Political Challenges Facing Arab Women at the End of the 20th Century», en N. TOUBIA (ed.), *Women of the Arab World*, London: Zed Press.
- SASSEN, S., 2003: *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid: Traficantes de Sueños.
- SIMMEL, G., 1977: *Sociología. Estudios sobre las formas de socialización*, Madrid: Revista de Occidente.
- TAMZALI, W., 2011: *Carta de una mujer indignada. Desde el Magreb a Europa*, Madrid: Ediciones Cátedra-Universitat de València-Instituto de la Mujer.
- VOET, R., 1998: *Feminism and Citizenship*, London: Sage.
- WALBY, S., 1992: «Woman and Nation», *International Journal of Comparative Sociology*, 33, núms. 1-2.
- WEST, L. A., 1997: «Introduction: Feminism Constructs Nationalism», en L. A. WEST (ed.), *Feminist Nationalism*, New York: Routledge, xi-xxxvi.
- WOOLF, V., 1980: *Tres Guineas*, Barcelona: Lumen.
- YEATMAN, A., 1993: *Post-Modern Revisionings of the Political*, London: Routledge.
- YOUNG, I. M., 2000: *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid: Cátedra.
- 2000: *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press.
- YUVAL-DAVIS, N., 1997: *Gender and Nation*, London: Sage Publications.
- 1999: «The “Multi-Layered Citizen”. Citizenship in the Age of Globalization», *International Feminist Journal of Politics*, vol. 1, núm. 1, 119-136.
- YUVAL-DAVIS, N., y WERBNER, P. (eds.), 1999: *Women, Citizenship and Difference*, London: Zed Books.

INCUMPLIR LA CONSTITUCIÓN POR RAZONES MORALES EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO *

Un análisis pragmático de las suposiciones implícitas y de las soluciones propuestas en los discursos europeo y estadounidense en el debate «Estado de derecho vs. terrorismo»

András Jakab **

Universidad Católica Pázmány Péter Budapest

RESUMEN. Este artículo trata de analizar el dilema sobre cómo encontrar el equilibrio entre los principios de seguridad y libertad en la lucha contra el terrorismo. El trabajo muestra las diferentes presuposiciones implícitas relacionadas con el concepto de seguridad, la intensidad del daño percibido y el valor principal objeto de protección (Estado vs. Constitución) que predeterminan el debate. Asimismo se intenta proporcionar el mapa de los discursos estadounidense y alemán en relación con la denominada tortura de rescate (*Rettungsfolter*), para concluir que en orden a calificar posturas, los diferentes argumentos posibles (*de constitutione lata*, *de lege lata*, *de lege ferenda* e incluso morales) han ser separados.

Palabras clave: terrorismo, tortura, estados excepcionales.

ABSTRACT. The article analyses the dilemma of how to find the balance between security and liberty in the fight against terrorism. It shows how different implied presuppositions concerning the concept of security, the size of the perceived threat and the main protected value (state vs. constitution) shape the debate. The article also gives a map of the US and German discourses concerning life saving torture (*Rettungsfolter*), and concludes that in order to clarify positions, different questions (*de constitutione lata* questions, *de lege lata* questions, *de lege ferenda* questions and moral questions) have to be separated.

Keywords: terrorism, torture, state of emergency.

* Fecha de recepción: 2 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 6 de junio de 2012.

** Profesor Asociado, Universidad Católica Pázmány Péter Budapest (Hungria), e-mail: jakabandr@gmail.com.

El presente manuscrito tiene por objeto analizar el discurso seguido en el conflicto suscitado entre el Estado de derecho y la respuesta al desafío terrorista en los Estados Unidos y en Europa (especialmente en Alemania)¹. El trabajo se ha propuesto demostrar cómo a pesar de que la estructura discursiva es compleja, resulta sorprendentemente similar. El estudio analiza su razón última a partir de los desacuerdos existentes en los debates, argumentando además desde un punto de vista pragm tico²: que un nuevo paradigma (más bien un debilitamiento) del Estado de derecho no es necesario, sino más bien peligroso. Con ello se correría el riesgo de no poder responder a su desafío original: la lucha contra el uso arbitrario del poder del gobierno. Pero, además, por otra parte, abandonar esta idea (especialmente una parte nuclear de la misma, como es la interdicción de la tortura) significaría renunciar al mismo tiempo a la identidad de las sociedades occidentales. En situaciones excepcionales, un incumplimiento *ad hoc* de estos requisitos constitucionales puede ser aceptable desde una perspectiva moral para salvar vidas humanas o incluso la Constitución en su totalidad. De cualquier forma, la ilegalidad de tales actos ha de quedar clara.

1. LA NATURALEZA DE LAS NOCIONES CONSTITUCIONALES

Las nociones constitucionales pueden ser percibidas, apriorísticamente, de dos modos bien distintos. Mientras que el primero de ellos trata de vincularlas a determinados principios morales de carácter general, como la dignidad humana o la libertad igualitaria, la segunda pretende concebirlas como una respuesta frente a los desafíos sociales. Creo particularmente en esta última perspectiva, ya que incluso la construcción de principios morales generales cabría ser explicada, de una u otra manera, en el marco de dichos desaf os³.

Siguiendo a TOYNBEE, lo que define a toda sociedad es su permanente capacidad para afrontar nuevos desafíos históricos a los que trata de encontrar una respuesta adecuada⁴. El desafío, en este contexto, evoca el surgimiento de una situación o un problema desconocido (incluso puede tratarse de la búsqueda de una nueva respuesta a un antiguo reto) al que no cabe hacer frente a través de los tradicionales métodos conocidos en la sociedad. Incita, por ello, a una necesaria creatividad. Dicha creatividad puede requerir o bien una innovación técnica o bien la construcción de nuevos

¹ Agradezco las observaciones críticas realizadas por los participantes de la *Societas Iuris Publici Europaei* (SIPE) en la Conferencia sobre «Rule of Law, Freedom and Security in Europe» celebrada en Budapest, 4-6 de junio de 2009. Asimismo, mi gratitud a los investigadores de los seminarios de investigación celebrados respectivamente en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), el 2 de febrero de 2010; y en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid), el 2 de marzo de 2010. También mi agradecimiento al público de mi conferencia impartida el 7 de mayo de 2010 en la Universidad de Oviedo, además de a P. BEHRENS, J. BELL, M. B DIG, Th. BUSTAMANTE, T. GY RFI, P. DE LORA, M. SIMONCINI y T. PÉTER. Asimismo a L. ÁLVAREZ, profesor de la Universidad de Oviedo, por la traducción de estas páginas del inglés.

² R. A. POSNER, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, Mass., London, 1999, 227-228.

³ POSNER (nota 2) 17-38.

⁴ A. J. TOYNBEE, *A Study of History. Abridgement of Volumes I-VI by Dorothea Grace Somervell*, Oxford y otros, 1974, 60-79.

principios acerca de cómo organizar la sociedad (mi posición se contrapone a esta última cuestión)⁵. Si la innovación técnica o el nuevo principio organizativo no resultan adecuados para afrontar eficazmente el desafío (respuesta equívoca), la sociedad, la nación o la civilización se estancan o incluso entran en decadencia hasta encontrar la respuesta adecuada (o llegan a perder su identidad distintiva y se disuelven en otras).

Ante estas afirmaciones, un buen jurista, guiado por su instinto conceptual, podría preguntarse, con razón, qué es lo que entiendo por «sociedad», por «estancamiento» o por «decadencia». En vez de permanecer en este nivel tan *abstracto*, preferiría entrar a considerar en profundidad nuestro tema en *concreto*: el Estado de derecho, en la medida en que tan generales cuestiones pueden responderse más fácilmente de esa manera⁶.

2. EL DESAFÍO ORIGINARIO AL QUE RESPONDE EL ESTADO DE DERECHO: EL ABSOLUTISMO

Durante los siglos XVI y XVIII, las revoluciones sangrientas en Europa occidental ocasionadas por las guerras de religión, el emergente capitalismo demandante del carácter predecible de las reglas y de la seguridad jurídica, y los conflictos suscitados en torno a las tendencias absolutistas de los monarcas, requirieron una nueva doctrina capaz de aportar una solución a las relaciones tradicionalmente existentes entre los poderes intraestatales. Como consecuencia de la secularización, dicha solución no pudo apoyarse ya más en una doctrina teológica. La antigua legitimación divina del monarca, en consecuencia, no pudo reclamar más vigencia. Es entonces cuando se plantea un nuevo interrogante: «¿Por qué alguien tendría que cumplir la ley dictada por el monarca?». Y la nueva respuesta fue: «porque él es el soberano». Con ello, Dios y la naturaleza divina fueron sustituidos por la doctrina secularizada de la soberanía⁷. Ante la necesidad de una solución bien definida, la soberanía (monárquica) —tal y como fue descrita por J. BODIN, padre del concepto en sus *Seis libros de la República* (1576), posteriormente explicitado por Th. HOBBS en su *Leviathan* (1651) e implícitamente por S. VON PUFENDORF en su *De jure naturae gentium* (1672)— fue concebida como «todo o nada», esto es, o ilimitada o inexistente. De acuerdo con esta doctrina, en una determinada entidad territorial solo puede existir un único e irrevocable centro de decisión que no cabe ser cuestionado, ni desde el interior (aspecto interno) ni desde el exterior (aspecto externo)⁸.

⁵ Vid. A. SAJÓ, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*, Budapest, New York, 1999, 1-7, en lo que se refiere a la concepción de las ideas constitucionales como manifestación de las experiencias pasadas que el constituyente quiso evitar. Toda Constitución es, en realidad, la manifestación de los temores de sus redactores.

⁶ Las expresiones Estado de derecho, *rule of law* y *Rechtsstaat* aparecen utilizadas como sinónimos en este artículo, a menos que se indique de otro modo.

⁷ Sobre los orígenes teológicos de los conceptos jurídicos, vid. C. SCHMITT, *Political Theology*, Cambridge, Mass., 1985, 36.

⁸ Más detalladamente, vid. A. JAKAB, «Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before European Integration and since», *European Constitutional Law Review*, 2006, 375-397.

Pero el absolutismo y su materialización jurídica: la idea de soberanía, se percibieron como peligrosas para el desarrollo de la sociedad. El (en teoría) poder ilimitado puede ser fácilmente abusivo, como lo demuestra la trágica experiencia histórica. Las sociedades que hallaron rápidamente una respuesta adecuada a este nuevo desafío (Reino Unido, Francia, Holanda y ciertos territorios alemanes) fueron capaces de prosperar y utilizar sus recursos de una forma eficiente. Por su parte, otras sociedades que no lo hicieron (como España, Portugal o Austria) fueron declinando (al menos en comparación con las precedentes) y acabarían siguiendo más tarde a los anteriores Estados. La solución adecuada fue la idea del *Estado de derecho*⁹.

El principio básico sobre el que construyó esta idea fue impedir todo uso arbitrario del poder. A tal propósito sirvieron diversos métodos (en parte solapados). El recelo de MONTESQUIEU hacia el ejecutivo monárquico (y hacia la judicatura) derivó en su teoría sobre la separación de poderes¹⁰. LOCKE, por su parte, prefirió concentrarse en la independencia de los jueces como garantes de la libertad individual (frente a la corrupción y a los antirreformistas jueces franceses, los tribunales ingleses gozaron siempre un mayor prestigio para poder confiar en ellos)¹¹. En Inglaterra, la ley se identificó con una «abstracta, ambigua, pero antigua costumbre» que limitó también al rey (la seguridad jurídica en el sentido que se le atribuye en la actualidad no formaba parte de ella)¹². La concepción inglesa transit  hacia una soberanía del legislador, aunque ello no sucedió en América: «En verdad, la revolución americana, desde la óptica del concepto de *rule of law* desarrollado en Inglaterra y en el Reino Unido, ha de ser concebida como una de las últimas —si no la última— manifestaciones constitucionales del viejo ideal de una ley fundamental consuetudinaria, prescriptiva e inmutable»¹³.

Sin embargo, en la actualidad, la idea inglesa de la soberanía del parlamento («*rule of parliamentary statutes*») est  siendo suavizada ligeramente debido a la supremacía del derecho comunitario, que ha de ser aplicado por los jueces y de la Human Rights Act de 1998, que otorga a aqu ellos la función de constatar (sin consecuencias jurídicas) la incompatibilidad de las leyes con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. En el discurso jurídico estadounidense se encuentra una menor referencia al «*rule of law*»: el concepto es sustituido por la «Constitución» como reflejo de la división de poderes y de la protección de las libertades individuales¹⁴.

⁹ Ideas similares existieron también con anterioridad, si bien no constituyeron criterios nucleares de la teoría del Estado y de los debates públicos (sólo en la antigüedad, es tan grande el lapso temporal, que cualquier conexión directa sería engañosa). «*Rechtsstaat*» es una respuesta de la burguesía al absolutismo y a las doctrinas de la soberanía, *vid.* E.  AR EVIĆ, *Der Rechtsstaat*, Leipzig, 1996, 47-48.

¹⁰ Sobre el mayor prestigio de las leyes en Francia («*expression de la volont  générale*») que en Inglaterra (como un concepto con más técnicas legalistas), *vid.* Ch. M LLERS, *Die drei Gewalten*, G ttingen, 2008, 29-30.

¹¹ Posteriormente teorizar a A. VENN DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1885, 195, y A. HAMILTON («The least dangerous branch» en *The Federalist*, núm. 78). Sobre la historia del concepto de Estado de derecho en el Reino Unido, *vid.* J. Ph. REID, *Rule of Law. The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Illinois, DeKalb, 2004.

¹² M. KRYGIER, «The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology», en G. PALOMBELLA y N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Portland, 2009, 53.

¹³ REID (nota 11), 75.

¹⁴ R. GROTE, «Rule of Law, Rechtsstaat and  tat de droit», en Ch. STARCK (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy - a comparative analyses*, Baden-Baden, 1999, 301-302.

La tradicional aproximación post-revolucionaria francesa favoreció al legislador y a las leyes parlamentarias sobre los actos de los demás departamentos del gobierno (*principe de légalité*), como a la generalidad de las leyes, lo que excluía *per se* la arbitrariedad¹⁵. C. DE MALBERG (influenciado por la doctrina alemana) denominó a su construcción sobre el Estado de derecho «*État légal*» como opuesto a «*État de droit*», en el que también el legislador se encontraba vinculado por una corte especial destinada a asegurar los derechos y las libertades de los ciudadanos¹⁶. El *Conseil constitutionnel*, creado originariamente para limitar las competencias del legislador en la pugna entre el legislativo y el ejecutivo, asumió en 1971 la tarea pretendida por C. DE MALBERG. En una conocida decisión afirmó que la referencia realizada en el Preámbulo de la Constitución de 1958 a la Declaración de Derechos del Hombre y al Preámbulo de 1946 autorizaba al *Conseil Constitutionnel* a controlar la constitucionalidad de las leyes a partir de los derechos básicos recogidos en esos documentos¹⁷.

La noción alemana «*Rechtsstaat*», surgida a comienzos del siglo XIX (especialmente debido a Th. WELCKER y a R. VON MOHL) como respuesta frente al «despotismo» y a la «teocracia», se identificó con la garantía de las libertades básicas de los ciudadanos (incluida la propiedad) y con la división de poderes¹⁸. En particular, este último principio implicó no solo la independencia de los jueces y la preeminencia de la ley sobre el ejecutivo («legalidad de la administración»), sino también la exigencia de que las leyes debían contener únicamente provisiones generales en oposición a las decisiones particulares dictadas por el ejecutivo¹⁹.

En la segunda mitad del siglo XIX, el concepto «*Rechtstaat*» fue reconducido hacia una perspectiva formal (F. JULIUS STAHL, L. VON STEIN, O. MAYER)²⁰. Lo opuesto a «*Rechtstaat*» ya no fue más el «despotismo», sino más bien el «Estado policía» (que implicaba un Estado caracterizado por la arbitrariedad de las decisiones del ejecutivo)²¹. La idea de tutela de los derechos básicos se encuentra implícita también allí, aunque bajo la forma de control jurisdiccional de los actos del ejecutivo (por tanto, no frente al legislativo). La libertad no es prejurídica, sino un producto de las leyes²².

Durante la época de Weimar, la noción «*Rechtstaat*» se tornó material de nuevo, si bien cada autor manejó una diferente concepción de la misma dependiendo de su particular idea de justicia²³. Después de 1945, el concepto de dignidad humana (como

¹⁵ GROTE (nota 14), 282.

¹⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1920, vol. I, 490-493.

¹⁷ Decisión 71-44 DC, de 16 de julio de 1971. Sobre la última extensión de las competencias del *Conseil constitutionnel*, *vid.* asimismo F. FABBRINI, «Kelsen in Paris», *German Law Journal*, 2008, 1297-1312.

¹⁸ E.-W. BÖCKENFÖRDE, «*Rechtsstaat*», en J. RITTER y K. GRÜNDER (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Darmstadt, 1992, vol. 8, 332, con ulteriores referencias.

¹⁹ BÖCKENFÖRDE (nota 18), 333. La concepción inglesa del Estado de derecho no contenía la previsión de que las leyes debían de ser generales, *vid.* F. W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1908, 383.

²⁰ En direcciones opuestas (O. BÄHR, O. VON GIERKE), *vid.* BÖCKENFÖRDE (nota 18), 334.

²¹ BÖCKENFÖRDE (nota 18), 335. Sobre la contradicción entre «*État de police*» y «*État de droit*», *vid.* R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1920, vol. I, 488-489. En lo que se refiere al elemento alemán del siglo XIX en la utilización del Estado de derecho como una vía de legitimación, *vid.* MÖLLERS (nota 10), 37.

²² G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and its Core*, en PALOMBELLA y WALKER (nota 12), 19.

²³ BÖCKENFÖRDE (nota 18), 335-336.

respuesta frente a las experiencias de la Segunda Guerra Mundial y del holocausto) llegó a formar parte fundamental de la concepción típicamente alemana del «*Rechtsstaat*» e influenció a multitud de textos constitucionales europeos de la segunda mitad del siglo XX y también a otras tantas culturas jurídicas del continente²⁴. Estas culturas también conciben al «*Rechtsstaat*» desde una perspectiva material, abarcando la tutela de los derechos fundamentales. No con el sentido otorgado por las doctrinas de la ley natural, sino con el que fueron codificados en las respectivas constituciones (e interpretados por su respectivo tribunal constitucional).

Como se ha visto, las definiciones han ido mutando a lo largo del tiempo²⁵. El único núcleo que no ha sido jamás cuestionado permanece en la limitación o en la lucha contra el uso arbitrario del poder del gobierno²⁶. Ello requiere, en definitiva, que las disposiciones legales vinculen su acción (Estado *formal* de derecho), si bien en la concepción hoy predominante, también que los derechos fundamentales limiten la labor gubernamental (Estado de derecho *material*).

3. EL NUEVO DESAFÍO EN LA ACTUALIDAD: EL TERRORISMO

Este trabajo se propone analizar principalmente cómo el *desafío de la seguridad* (en particular, el terrorismo) puede afectar a la tradicional concepción del Estado de derecho. La estructura del desafío es la siguiente: 1) surge un nuevo reto para la seguridad de la sociedad (el terrorismo), 2) la sociedad trata de hacer frente a este desafío a través de nuevas medidas, 3) éstas, en ocasiones, aparecen como *conflictivas* con parte de la tradicional concepción de las libertades y del Estado de derecho²⁷. En realidad, bien mirado el terrorismo por sí mismo no pone en peligro directamente el Estado de derecho (o al menos no primariamente), sino más bien la reacción ofrecida al mismo. En la medida en que el dilema sobre cómo resolver el *conflicto*, tal y como se mencionó en 3), es usualmente conceptualizado como un dilema entre «seguridad y Estado de derecho», procede antes de nada clarificar la noción de seguridad para las siguientes partes de este trabajo.

²⁴ Para una historia más detallada de las relaciones entre seguridad y libertad, *vid.* W. BRUGGER, *Freiheit und Sicherheit*, Baden-Baden, 2004, 12-38, y G.-J. GLAESSNER, *Sicherheit in Freiheit*, Opladen, 2003, 45-76.

²⁵ Un bien conocido ejemplo sobre el no reconocimiento de esto (vinculado al concepto de parlamentarismo) es C. SCHMITT, *Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin, 2.^a ed., 1926.

²⁶ En Estados Unidos este abuso significa abuso en interés de los intereses particulares en vez de la suma de intereses de todos los ciudadanos, *vid.* MÖLLERS (nota 10), 29-35. En Francia el abuso fue el miedo procedente del ejecutivo monárquico. El legislador en Estados Unidos es concebido como lobbies representantes de otros intereses particulares, opuesto a Francia donde el legislador es la voz del pueblo. MÖLLERS (nota 10), 32, 35. Sobre el Estado de derecho como opuesto a arbitrariedad, *vid.* KRYGIER (nota 12), 45-70. Como limitación de la discrecionalidad gubernamental B. Z. TAMANAHA, «A Concise Guide to the Rule of Law», en PALOMBE-LLA y WALKER (nota 12), 7-8.

²⁷ Sobre el resultado sumatorio cero entre seguridad y libertad en la lucha contra el terror, *vid.* R. WASSERMANN, *Terrorismus contra Rechtsstaat*, Darmstadt, 1976, 133; Th. GROSS, «Terrorbekämpfung und Grundrechte - Zur Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes», *Kritische Justiz*, 2002. 1-17, particularmente 10. «La libertad individualiza las competencias del Estado, la seguridad las colectiviza», *vid.*, al respecto, Ch. GUSY, «Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 63, 2004, 155, 189.

3.1. El concepto de seguridad

Seguridad puede significar «seguridad frente a la arbitrariedad de la acción del Estado —particularmente frente al arresto—» (la expresión aparece así utilizada, por ejemplo, en el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o en Austria por la *Ley Constitucional Federal sobre la defensa de la libertad personal*). Sin embargo, esta definición del concepto de seguridad podría hacer difícil su diferenciación de la idea de libertad propia del principio de Estado de derecho. Por ello, el concepto se utilizará aquí en el sentido de «seguridad física (especialmente la paz) que ha de ser garantizada por el Estado» (*Sicherheit als Staatsaufgabe*).

De cualquier forma, todavía dentro de este último significado, cabe diferenciar entre cinco tipos de conceptualizaciones: *a*) La primera concibe la seguridad como un propósito metajurídico del Estado o de la comunidad política (*Sicherheit als vorverfassungsrechtlicher allgemeiner Staatszweck*)²⁸. *b*) La segunda entiende la seguridad como un interés común reconocido (al menos implícitamente) por las Constituciones o como un fin de Estado prescrito por el documento constitucional (*öffentliches Interesse Sicherheit, Sicherheit als Staatsziel*). *c*) El tercero, la conceptualiza más bien como un deber jurídico objetivado dirigido al Estado para la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos en garantía de su seguridad (*grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*)²⁹. *d*) La cuarta intenta articular un derecho fundamental *subjetivo* (derivado) del ciudadano a ser protegido (*Grundrecht auf Sicherheit*)³⁰. *e*) La quinta incluye en el concepto de seguridad la protección del estilo de vida, también eventualmente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En algunas ocasiones, las diversas aproximaciones resultan utilizadas escalonadamente (derivando unas de otras)³¹, mientras que en otras aparecen entremezcladas. La diferencia actual en la naturaleza de los argumentos jurídicos empleados es entre *a*) de una parte, y *b*)-*c*)-*d*) de otra, en la medida en que los tres últimos encuentran una

²⁸ Tradición seguida por HOBBS y HEGEL, *vid.* W. SCHWETZEL, *Freiheit, Sicherheit, Terror*, München, 2007, 5-7; W. CONZE, *Sicherheit, Schutz*, en O. BRUNNER, W. CONZE y R. KOSSELECK (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. V, Stuttgart, 1984, 831-862.

²⁹ SCHWETZEL (nota 28), 8-56. Ch. CALLIES, «Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat. Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung mit staatsrechtlichem Kompass», *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2002, 1-7, esp. 5-6; Ch. CALLIES, «Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2003, 1096-1105, particularmente 1100-1102. En algunos documentos se encuentra codificado (p. ej., en el art. 3 del Virginia Bill of Rights 1776, en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1947, en el Preámbulo de la Constitución polaca de 1997 o en el art. 6 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales). Sin embargo, mayoritariamente aparece como implícito o derivado. Sobre otros documentos, *vid.* P. J. TETTINGER, «Freiheit in Sicherheit», en *Festschrift Jochen F. Kirchhoff*, Köln, 2002, 182-184.

³⁰ J. ISENSEE, *Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin y otros, 1983, incluye en su razonamiento también *a*) y *c*). De manera similar, G. ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 1987. De acuerdo con FRANKENBERG, el «derecho fundamental a la seguridad de ISENSEE es un tardío surgimiento de la lucha contra el terrorismo de la RAF y, por tanto, repudia la función limitadora de las libertades y convierte la excepción en la regla general». *Vid.* G. FRANKENBERG, «Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeirecht. Anmerkungen zu Phänomenen des Bekämpfungrechts», en G. BEESTERMÖLLER y H. BRUNKHORST (eds.), *Rückkehr der Folter. Rechtsstaat im Zwielicht?*, München, 2006, 57. Pros y contras con referencias adicionales en el debate: GUSY (nota 27), 168-169.

³¹ M. MÖSTL, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen, 2002, 75-80.

apoyatura constitucional. El concepto *d)* parece ser el más contundente, *c)* más débil y *b)* el más endeble, si opera en contra las libertades de los ciudadanos. El resultado exacto de la situación depende siempre de cada particular orden jurídico, de manera que no procede entrar en detalle al análisis de tal cuestión. La definición *e)* no se emplea en la doctrina, toda vez que extendería el concepto de seguridad demasiado lejos, y de esta manera los actuales dilemas (seguridad vs. libertad) serían difíciles de mostrar.

En definitiva, la seguridad física se ubica a un lado y el Estado de derecho (inclusive su ámbito material, la protección de las libertades) al otro. La cuestión que se plantea en esta situación es  c mo cabe afrontar de una manera efectiva el desafío terrorista sin correr el riesgo de un uso arbitrario del poder? El problema es bien similar al que plantea el estado de emergencia³². Algunos de ellos serán solo apuntados aquí, en particular, aquellos en los que el autor de estas líneas percibe como dilemas *teóricos* más interesantes.

3.2. La naturaleza de la amenaza contra la seguridad

El terrorismo es, de ordinario, caracterizado como un ataque armado (o una amenaza del mismo), motivado por razones políticas o religiosas, con la finalidad de desestabilizar un sistema político o de despertar un temor en la población. Si el desafío caracterizado como terrorismo no fuera grave, no existiría razón alguna para tener que alterar la tradicional concepción del Estado de derecho. La gravedad de la amenaza aparece comúnmente definida por los siguientes cinco elementos³³: 1) el terrorismo actual no se circunscribe necesariamente a un reducido número de personas, idea difundida entre los movimientos extremistas; 2) no se encuentra limitado a áreas geográficas concretas; 3) como consecuencia de los desarrollos tecnológicos, el daño puede llegar a ser inmenso; 4) la amenaza de una pena es inefectiva frente a ellas (*cfr.* ataques suicidas), y 5) posee un carácter sistemático (ya que de ordinario aparece dirigido directamente contra el modo de vida occidental, no contra un Estado o sus instituciones concretas). A pesar de que algunos de los elementos no resultan completamente nuevos, la seriedad de la amenaza no puede cuestionarse. Por ello, lo que ha de plantearse es si la respuesta es apropiada o proporcionada.

3.3. El dilema

El dilema puede ser caracterizado como un *conflicto* entre, por un lado, el temor al abuso (como se expresa jurídicamente a través del concepto de Estado de derecho) y, por otro, la efectividad (para afrontar la cuestión de la seguridad anteriormente aludida). Expresado en otros términos, la cuestión es  c mo cabe afrontar el desafío

³² Sobre el mapa del debate alemán en torno al estado de emergencia, *vid.* A. JAKAB, «German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency. Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse», *German Law Journal*, 2006/5, 453-477.

³³ S. HUSTER y K. RUDOLPH, «Vom Rechtsstaat zum Pr ventionstaat?», en S. HUSTER y K. RUDOLPH (eds.), *Vom Rechtsstaat zum Pr ventionstaat*, Frankfurt am Main, 2008, 14-15, con ulteriores referencias.

eficazmente sin correr el riesgo de caer en el uso arbitrario del poder? Seguidamente se apuntarán sólo dos problemas en los que el autor de estas líneas identifica como los más interesantes dilemas teóricos. El principal propósito aquí es mostrar la estructura del discurso y ofrecer un *iter* argumental (así como explicar ciertas características del mismo).

El primer problema reside en cómo el Estado formal de derecho puede ser cuestionado en nombre de la lucha contra el terrorismo; el segundo, se vincula con un aspecto del Estado material de derecho (abarcando, por tanto, la tutela de los derechos fundamentales): la prohibición de la tortura.

3.2.1. *Ejemplo I: el Estado formal de derecho vs. seguridad - la Constitución como limitación general en la lucha contra el terror*

El primer ejemplo con el que puede mostrarse el dilema de la seguridad se vincula con la naturaleza de las normas constitucionales en los tiempos de lucha contra el terror. Han de ser diferenciados dos aspectos del problema para poder ofrecer un adecuado mapa discursivo: 1) la entidad del peligro (intenso o el que existe en situaciones ordinarias), y 2) lo que, sobre todo, se ha de defender (nuestras vidas y el Estado como su fundamental institución garantista, o nuestra libertad y la Constitución como su principal tutela). Los dos objetos de protección se solapan en parte uno con otro, si bien el antiguo enfoque estaticista (conforme a la tradición de HOBBS, HEGEL y SCHMITT) pone su mayor énfasis en la protección de las vidas, mientras que la moderna tradición centrada en la Constitución otorga una mayor relevancia a la tutela de nuestro «estilo de vida». Combinando todas las posibilidades, es posible encontrar cuatro posibles posiciones.

α. El peligro es sólo el que existe en situaciones de normalidad; nuestro primer propósito es proteger nuestra vida. En este caso (al menos por el momento) no hay que renunciar a nada de la tradicional concepción del Estado de derecho. De cualquier manera, en el supuesto de que ese peligro aumentara, cabría reconsiderar tal posición. La investigación realizada hasta el momento no ha permitido encontrar a ningún autor que actualmente represente esta posición explícitamente en los debates. La explicación a ello puede ser que quienes prefieren no alterar nada de la concepción del Estado de derecho pueden construir argumentos más consistentes desde una conceptualización centrada en la Constitución (como se muestra acto seguido en el punto β).

β. El peligro es el existente en situaciones de normalidad; pero nuestro primer propósito es nuestro estilo de vida. La cita clásica para esta posición procede de Lord HOFFMANN en el caso *Bermarsh*³⁴:

Naturalmente que el gobierno tiene el deber de proteger las vidas y la propiedad de sus ciudadanos. Pero esa es una obligación que le corresponde en cualquier momento y

³⁴ Lord HOFFMANN en A (FC) y otros (FC) (demandantes) contra el secretario de Estado del Ministerio del Interior (demandado) X (FC) y otro (FC) (demandantes) contra el secretario de Estado del Ministerio del Interior (demandado) (caso *Belmarsh*) [2004] UKHL 56 párrafos 95-97.

que debe de llevarse a cabo sin destruir nuestras libertades constitucionales [...] Esta es una nación probada frente a la adversidad, que ha sobrevivido a la destrucción moral y a la catastrófica pérdida de vidas humanas. No minusvaloro la capacidad de los fanáticos grupos terroristas para matar y destruir, pero ellos no amenazan la vida de la nación. Era dudoso si podríamos sobrevivir a Hitler, pero no existe duda alguna que lo haremos frente a Al-Qaeda. El pueblo español no ha dicho que lo sucedido en Madrid, un espantoso crimen como fue, amenazara la vida de su nación. Su legendario orgullo no lo permitiría. La violencia terrorista, sería como es, no amenaza nuestras instituciones de gobierno o nuestra existencia como comunidad civil. [...] La verdadera amenaza para la vida de la nación, en el sentido de la vida de un pueblo en coherencia con sus leyes tradicionales y valores políticos, no procede del terrorismo sino de leyes como esas. Esta es la verdadera medida que el terrorismo pretende conseguir. El Parlamento ha de decidir si conceder al terrorismo dicha victoria.

Es común a las posiciones expuestas α y β considerar exagerado el peligro que supone el terrorismo y, de acuerdo con ello, también ciertas reacciones al mismo. En consecuencia, no existe un dilema real en el que se tengan que conciliar el Estado de derecho y la seguridad. En realidad, quienes vienen a plantear tal dilema simplemente malinterpretan la situación real. El peligro que perciben estos autores se justifica en que al amparo del argumento de la lucha contra el terrorismo, las garantías generales del Estado de derecho están perdiendo peso.

γ . *El peligro es elevado; nuestro principal propósito es proteger nuestra vida y su principal institución garante: el Estado.* De acuerdo con esta posición (representada por J. ISENSEE y O. DEPENHEUER)³⁵, la Constitución ha de ser interpretada con la finalidad de salvaguardar nuestras vidas y el Estado. En lo que respecta a la cuestión sobre la seguridad, estos autores la conciben en el sentido anteriormente analizado en «a» (esto es, la seguridad entendida como un propósito prejurídico del Estado o de la comunidad política). De esta manera, se evita cualquier incompatibilidad con la libertad o con el Estado de derecho, en la medida en que la seguridad constituye su presupuesto lógico. De acuerdo con esta perspectiva, quienes todavía se remiten a los límites constitucionales, en realidad, malinterpretan la naturaleza jurídico-conceptual de tales normas y se desprenden del sentido común.

En uno de los argumentos frecuentemente utilizados, si el Estado se basa en el orden y la paz como presupuestos implícitos del Estado prejurídico, también lo son del concepto del *Estado de derecho*. De acuerdo con ello, incluso si existen reglas (constitucionales), no son aplicables realmente ante una verdadera situación de emergencia —de otro modo nuestra lucha contra el terror sería asimétrica, ya que nos autolimitar amos a nosotros mismos—. Esta posición es muy alemana³⁶. En otras culturas jurídicas al mismo resultado práctico se llega a través del razonamiento $\delta 2$, tal y como se describe seguidamente.

³⁵ O. DEPENHEUER, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn y otros, 2007; J. ISENSEE, «Der Verfassungsstaat als Friedensgarant», *Die politische Meinung*, 2004, 67. De forma similar, G. JAKOBS, «B rgerstrafrecht und Feindstrafrecht», *HRRS-Online Zeitschrift für H chstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, núm. 3, 2004, 88-95.

³⁶ Sobre la estaticista tradición iuspublicista alemana, *vid.* con mayor detalle, A. JAKAB, «Two Opposing Paradigms of Continental European Constitutional Thinking: Austria and Germany», *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, 933-955.

δ. *El peligro es elevado; nuestro principal propósito es proteger nuestro estilo de vida y su principal institución tutelar: la Constitución.* Esta es, sin duda, la posición más interesante en la medida en que muestra el dilema en su forma más evidente. Dependiendo de la relación entablada entre seguridad y el Estado de derecho, existen dos posibles subposiciones (además existentes) con consecuencias contradictorias.

δ1. *El peligro es elevado, pero jamás podemos renunciar a nuestras libertades.* Esta posición no posee consecuencias prácticas (*fiat iustitia et pereat mundus* —que se haga justicia aunque perezca el mundo—). Nuestro estilo de vida, inclusive las libertades, son consideradas como parte integrante de nuestra identidad³⁷. Sólo los tradicionales cánones de limitación de los derechos fundamentales podrían ser utilizados, sin que ninguna doctrina política pueda ser aplicable a dicho ámbito, descansando en el Estado la carga de la prueba³⁸. Un elemento implícito en las argumentaciones es el temor a la arbitrariedad y al abuso de los poderes de emergencia³⁹. Otro tradicional *topos* es que una vez permitidas importantes limitaciones a los derechos fundamentales en la guerra contra el terror, pueden erigirse en la regla también para los tiempos de paz, toda vez que la línea divisoria entre la guerra y la paz es actualmente muy fina⁴⁰. Alguna duda plantea incluso la eficacia de la limitación de las libertades para poder garantizar la seguridad, porque un ejecutivo incontrolado se equivoca más fácilmente, ya que sus decisiones se apoyan en evidencias no adecuadamente constatadas⁴¹.

En situaciones en las que nuestras vidas únicamente pueden ser protegidas a través de una quiebra de la Constitución, sólo cabría esperar de alguien esté dispuesto a su infracción y acepte el riesgo de la pena impuesta por ello⁴². En esta posición, la seguridad es definida en el más endeble sentido «b» (como interés comúnmente reconocido —al menos de manera implícita— por las Constituciones o como fin de Estado prescrito por la Constitución) o «c» (como un *deber* jurídico del Estado de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos en garantía de su seguridad). El Tribunal Constitucional Federal alemán ha seguido este planteamiento⁴³. Entre los académicos cabe mencionar a O. LEPSIUS o a R. DWORKIN⁴⁴. También el autor de estas líneas se adscribe a esta posición⁴⁵.

³⁷ M. IGNATIEFF, *The lesser evil. Political ethics in an age of terror*, 2004, 144: «[...] estamos luchando en una Guerra cuyo precio esencial es preservar la identidad misma de la sociedad liberal y prevenirla de aquello que los terroristas quieren que sea. Los terroristas pretenden quitar la máscara de la legalidad para revelar el núcleo nihilista que, en el fondo, se esconde tras toda coerción y hemos de demostrarnos a nosotros mismos y a los pueblos qué lealtad buscamos para expresar que el estado de derecho no es una máscara sino la verdadera imagen de nuestra naturaleza».

³⁸ M. SIMONCINI, «Risk Regulation Approach to EU Policy against Terrorism in the Light of ECJ/CFI Jurisprudence», *German Law Journal*, 2009, 1526-1549, particularmente 1545, 1549.

³⁹ Al amparo de la guerra contra el terror, la oposición pudo ser combatida, *vid.* para ejemplos en Latinoamérica: GLAESSNER (nota 24), 236. O sobre las nuevas medidas que pueden ser utilizadas contra la criminalidad tradicional (que pueden ser combatidas a través de tradicionales medidas, pero con una secundaria limitación de libertades), *vid.* HUSTER y RUDOLPH (nota 33), 10.

⁴⁰ A. BARAK, «Human Rights in Times of Terror. A Judicial Point of View», *Legal Studies*, 2008, 493-504, particularmente 494.

⁴¹ D. COLE y J. X. DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution*, New York, London, 2.ª ed., 2006, 240-242.

⁴² En lo que se refiere a las posiciones vinculadas al estado de emergencia, *vid.*, en general, JAKAB (nota 32), 472, 475.

⁴³ El caso de la Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*), *vid.* BVerfGE, 115, 118 y ss.

⁴⁴ O. LEPSIUS, «Freiheit, Sicherheit und Terror. Die Rechtslage in Deutschland», *Leviathan*, 2004, 64-88, R. DWORKIN, «Terror and the Attack on Civil Liberties», *The New York Review of Books*, 6 de no-

(Véase nota 45 en página siguiente)

$\delta 2$. *El peligro es elevado, de manera que la Constitución ha de ser interpretada (en una nueva forma creativa) con la finalidad de salvaguardarla.* Esta posición potencia los poderes implícitos atribuidos constitucionalmente al legislativo o al ejecutivo para poder proteger eficazmente la Constitución, lo que se expresa a través de las clásicas *máximas* «la Constitución no es un pacto suicida»⁴⁶ o «*Silent enim leges inter arma* (que callen las leyes entre las armas)»⁴⁷. En esta perspectiva, la seguridad es de ordinario conceptualizada en un relativamente sentido estricto «c» (como *deber* jurídico del Estado de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos) o «d» (como *derecho* fundamental subjetivo —derivado— del ciudadano a ser protegido). En una elección ciertamente dolorosa, este enfoque acepta que para salvaguardar nuestra sociedad libre, debemos hacer concesiones a la libertad y al Estado de derecho. En lo que a sus consecuencias prácticas se refiere, esta posición $\delta 2$ es bien similar al enfoque γ . La diferencia reside en la conceptualización: en $\delta 2$ se razona a partir de las *implicaciones* tácitas del texto constitucional, mientras que en γ con algo que opera como una *presuposición* lógica a la existencia de Constitución.

Un subtipo especial de estas teorías $\delta 2$ lo representa B. ACKERMAN. El citado autor propone abandonar las restricciones constitucionales (sobre todo en lo concerniente al *habeas corpus*), pero sólo durante el tiempo limitado del Estado de emergencia (en el contexto de la «Constitución de emergencia»). Esta posición trata de presentarse como una solución de compromiso entre $\delta 1$ y $\delta 2$ ⁴⁸, pero en la práctica no deja de ser una teoría $\delta 2$ restringida⁴⁹.

Las posiciones arriba expuestas pueden ser ilustradas a través del siguiente gráfico:

viembre de 2003, 37-41; *ibid.*, «What the Court really said», *The New York Review of Books*, 12 de agosto de 2004, 26-29. De manera parecida la Comisión Internacional de Juristas, *vid. Assessing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights* (Geneva, 2009), además R. C. LEONE y G. ANRIG Jr. (eds.), *The War on Our Freedoms*, New York, 2003; O. GROSS, «Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional?», *Yale Law Journal*, 112, 2003, 1011-1034.

⁴⁵ Cfr. JAKAB (nota 32).

⁴⁶ E. POSNER y A. VERMEULE, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, Oxford y otros, 2007; R. POSNER, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford y otros, 2006; J. YOO, *War by Other Means*, New York, 2006; J. YOO, *The Powers of War and Peace*, Chicago, London, 2005. Sobre una interesante posición preocupada sólo por la separación de poderes, aunque no tanto por los derechos fundamentales, *vid.* B. WITTES, *Law and the Long War. The Future of Justice in the Age of Terror*, New York, 2008.

⁴⁷ A. CICERO, *Pro Milone* (NH Watts transl.) (Cambridge, 5.ª ed., 1972), 16.

⁴⁸ B. ACKERMAN, «The Emergency Constitution», *The Yale Law Journal* (113), 2003-2004, 1032-1037, y *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, London, 2006, 170. Para el citado autor, el terrorismo no es un «crimen» que pueda ser perseguido con medidas tradicionales (esto es, niega $\delta 1$), pero tampoco es una «guerra» que cambie todas las antiguas reglas (de manera que también niega el presupuesto principal de $\delta 2$).

⁴⁹ Contra lo cual pueden erigirse las tradicionales objeciones $\delta 1$, *vid.* particularmente D. COLE, «The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot», *The Yale Law Journal* (113), 2003-2004, 1753-1800, y L. H. TRIBE y P. O. GUDRIDGE, «The Anti-Emergency Constitution», *ibid.*, 1801-1870. Sobre la respuesta de ACKERMAN, *vid.* «This Is Not a War», *The Yale Law Journal* (113), 2003-2004, 1871-1907.

<p>¿Qué protegemos? ¿Cómo de intensa es la amenaza/el peligro?</p>	<p>Nuestras vidas y su principal institución garantista: el Estado (HOBBS, HEGEL, SCHMITT, tradición estatista). Protegemos primariamente nuestras vidas.</p>	<p>Nuestra libertad y su principal tutela: la Constitución (propuestas centradas en la Constitución). Protegemos, ante todo, nuestro estilo de vida.</p>
<p>No elevada</p>	<p>α. <i>No tenemos que renunciar demasiado a nuestro Estado de derecho en este preciso momento (quizás más tarde)</i>. En caso de que exista un peligro, cabría interpretar la Constitución de una nueva forma, pero justamente ahora, el peligro terrorista está exagerado.</p>	<p>β. <i>No hay razón para renunciar a ningún aspecto de nuestro Estado de derecho (celebramos no tener el dilema D) (Lord Hoffmann en el caso Belmarsh)</i>.</p>
<p>Elevada</p>	<p>γ. <i>El Estado y nuestras vidas están en peligro [seguridad en el sentido de a)], vivimos en una circunstancia excepcional, de modo que hemos de hacer concesiones al Estado de derecho</i>. La Constitución ha de ser interpretada con el fin de proteger nuestras vidas (efectividad para garantizar la seguridad, <i>salus rei publicae sumptrema lex esto</i>) (el Estado está basado en el orden y en la paz, estos son presupuestos implícitos metajurídicos del Estado también del Estado de derecho; incluso si existen reglas, no importan, de otro modo nuestra guerra sería asimétrica como para vincularnos a nosotros mismos) (por ejemplo, J. ISENSEE, O. DEPENHEUER).</p>	<p>δ. <i>Difícil dilema.</i></p> <p>δ1. <i>El peligro es elevado [seguridad de ordinario conceptualizada como (b) o (c)], pero fiat iustitia et pereat mundus</i>. Nuestras libertades y nuestro orden constitucional liberal pertenecen a nuestra identidad (temor al abuso, a la arbitrariedad) (sólo cabe esperar que alguien se sacrifique por infringir la ley y por padecer las sanciones para salvaguardar la Constitución). (Ley de seguridad aérea en Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, 115, 118 y ss., O. LEPSIUS, R. DWORKIN).</p> <p>δ2. <i>El peligro es elevado [seguridad de ordinario definida como (c) o (d)], de manera que la Constitución ha de ser interpretada con la finalidad de salvaguardarla (poderes implícitos) («La Constitución no es un pacto suicida»)</i> (E. y R. POSNER) (para salvaguardar nuestra sociedad libre, debemos de hacer concesiones de la libertad).</p>

3.2.2. *Ejemplo II: el Estado material de derecho (libertades) vs. seguridad - el tabú de la tortura*

Casi la práctica totalidad de los derechos fundamentales pueden resultar afectados: especialmente el derecho de habeas corpus⁵⁰, el derecho a un juicio justo (*due process of law*), la protección de la intimidad, la libertad religiosa, la igualdad (ciudadanos musulmanes bajo estrecha observación)⁵¹, la libertad de circulación, el derecho a la vida o la dignidad humana⁵². A falta de tiempo y espacio, esta investigación se limitar  a un concreto aspecto: la cuestión de la tortura (como una violación de los derechos humanos).

El trabajo no pretende centrarse en el *case law* de la tortura en los distintos tribunales, sino en mostrar algunos dilemas teóricos que pueden surgir en un orden jurídico en el que la tortura se halla radicalmente prohibida. Bien porque (a/1) la dignidad humana no puede ser limitada y en el que (a/2) la tortura se percibe como una violación de la dignidad humana (tales órdenes son, por ejemplo, Alemania o Hungría) o como una infracción de los derechos a la intimidad y a un juicio justo (Estados Unidos).

En los debates, tres son las cuestiones que usualmente aparecen planteadas: 1) si la tortura resulta eficaz; 2) si la tortura puede llegar a ser moralmente justificable en ciertas circunstancias, y 3) si la tortura puede resultar legal en determinados casos. Este manuscrito se centrar  en el análisis de esta última cuestión, empleando sólo las dos primeras en la medida que incidan sobre la cuestión jurídica (han de ser vistas, pues, como argumentos potenciales para la explicación del dilema jurídico).

Salvo que se indique de otro modo, la seguridad será entendida aquí en su sentido más estricto (es decir, como un derecho fundamental —derivado—), ya que éste mostrar  el dilema en su forma más compleja. Por tortura se entiende: 1. la producción de un dolor severo o la amenaza del mismo⁵³; 2. por parte de un poder público, y 3. destinado a obtener información, confesión o utilizado como pena, o para intimidar a otras personas⁵⁴. Para agudizar todavía más el dilema, se recurrir  al escenario

⁵⁰ J. STEYN, «Guantanamo Bay: The Legal Black Hole», *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, 1-15.

⁵¹ O sobre las políticas discriminatorias de la inmigración, *vid.* D. MOECKLI, *Human Rights and Non-Discrimination in the «War on Terror»*, Oxford, 2008.

⁵² Para una perspectiva comparada, *vid.* Ch. WALTER y otros (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin y otros, 2004, 49-785; A. OEHMICHEN, *Terrorism and Anti-Terror Legislation: The Terrorised Legislator? A Comparison of Counter-Terrorism Legislation and Its Implications on Human Rights in the Legal Systems of the United Kingdom, Spain, Germany and France*, Antwerp e.a., 2009. Específicamente sobre la situación alemana, *vid.* SCHWETZEL (nota 28), 131-229.

⁵³ De acuerdo con GROSS, la diferencia entre «tortura» de un lado, y los «tratos crueles, inhumanos y degradantes» de otro, es simplemente una magia definitoria. *Vid.* O. GROSS, «The Prohibition on Torture and the Limits of Law», en S. LEVINSON (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, 232. Normalmente, los comunicados de los gobiernos tienen éxito si son condenados por el cuerpo de (cuasi) justicia internacional «solo» para el trato inhumano, incluso si se encuentra prohibido de la misma forma que la tortura. Un morboso intento de restringir el concepto de tortura solo a aquellos casos en el que el dolor extremo se asocia con la muerte o con un fallo organico, *vid.* el *Bybee Memorandum* citado por J. WALDRON, «Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House», *Columbia Law Review*, 2005, 1685.

⁵⁴ Art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, *UN Convention Against Torture and Other Cruel*, 1465 UNTS 85, 10 de diciembre de 1984. A

de la «bomba de relojería», en el que un criminal (terrorista) que oculta una bomba (devastadora, incluso nuclear) en un lugar desconocido no está dispuesto a aportar información sobre la ubicación de la bomba⁵⁵. No se considerará, pues, el empleo de la tortura durante el procedimiento penal (este problema ya estaría cubierto por la doctrina del fruto del árbol envenenado)⁵⁶, sino únicamente la denominada tortura de rescate (*Rettungsfolter*).

Existen, sin embargo, dos tradicionales objeciones en contra del ejemplo de la bomba de relojería: 1. Representa un supuesto irreal, y 2. no es posible conocer lo que el terrorista realmente sabe⁵⁷. Una convincente contraobjeción a lo primero es que los escenarios de la bomba de relojería son capaces de probar nuestra convicción si la tortura es o pudiera ser *siempre* prohibida⁵⁸. El problema no es tanto hablar sobre escenarios de la vida real, sino cuestionar una afirmación absoluta con un caso hipotético inverosímil como ese⁵⁹. Por otra parte, si el terrorista realmente conoce de algo sobre la bomba, es ya parte del dilema, algo sobre lo que se volverá más adelante.

Con carácter general, el argumento tradicionalmente utilizado en favor de la tortura sería el de su supuesta efectividad para poder obtener información útil destinada a salvar vidas humanas⁶⁰. Por su parte, los argumentos esgrimidos en su contra son⁶¹: 1. que convierte a la policía en perezosa y arrogante; además la brutaliza; 2. genera falsa información⁶²; 3. puede llegar a ser utilizada contra los enemigos políticos o los marginados sociales (perjuicios constatados); 4. convierte al Estado en intimidador y

favor de la absoluta prohibición (excluyendo la situación de necesidad), *vid.* D. LUBAN, «Liberalism, Torture and the Ticking Bomb», en K. J. GREENBERG (ed.), *The Torture Debate in America*, Cambridge, 2006, 66.

⁵⁵ Un ejemplo (desde la más frecuente perspectiva moral y filosófica que la jurídica) *vid.* en M. LEVIN, «The Case for Torture», *Newsweek*, 7 de junio de 1982, quien muestra las consecuencias de esta manera: «Torturar al terrorista ¿es inconstitucional? Probablemente. Pero millones de vidas seguramente tienen mayor peso que la constitucionalidad. ¿Es la tortura un acto bárbarico? El asesinato de masas lo es mucho más. Además, permitir que millones de inocentes mueran en defensa de uno, que alardea de su culpa es una cobardía moral, una falta de voluntad de la mano de alguien tan sucio. ¿Si atrapas al terrorista, podrías dormir por las noches sabiendo que millones de muertes tendrán lugar porque no has sido capaz de aplicar tú mismo los electrodos?».

⁵⁶ V. MURSCHETZ, *Verwertungsverbote bei Zwangsmaßnahmen gegen den Beschuldigten im amerikanischen und österreichischen Strafprozess*, Innsbruck, 1998, 36.

⁵⁷ E. GROSS, «Democracy in the War Against Terrorism. The Israeli Experience», *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2002, 1170-1171; B. SCHLINK, «Darf der Staat foltern?», *Podiumsdiskussion Humboldt Universität Berlin am 28.6.2001*, accessible en <http://www.humboldt-forum-recht.de/english/4-2002/index.html>.

⁵⁸ W. BRUGGER, «May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law», *American Journal of Comparative Law*, 2000, 671.

⁵⁹ Sin embargo, para un ejemplo de la vida real de la bomba de relojería (caso *Daschner*), *vid.* P. FINN, «Police Torture Threat Sparks Painful Debate in Germany», *The Washington Post*, 8 de marzo de 2003, A19; J. HOOPER, «Germans wrestle with rights and wrongs of torture», *The Guardian*, 27 de febrero de 2003, 18. El jefe de policía fue condenado por la Corte Local de Frankfurt por amenazar con torturar a un criminal (Magnus Gäfgen) con la finalidad de salvar la vida de un niño secuestrado de 11 años [Daschner case, LG Frankfurt 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04)]. La amenaza tuvo éxito para poder localizar a la persona secuestrada, pero su vida no pudo salvarse. Opuestamente, en un caso americano muy similar, el tribunal encontró aceptable la conducta policial, *vid.* *Leon vs. Wainwright*, 734 F.2d 770 11th Circuit 1984. Sin embargo, este es el único caso en la historia jurídica de los Estados Unidos.

⁶⁰ Si ello es efectivo o no, queda fuera del objeto de este trabajo. En el caso de que no lo fuera, no existiría dilema alguno. De manera que en adelante (por el bien del dilema) presupondremos que es efectivo. Para un argumento opuesto, *vid.* J. H. LANGBEIN, «The Legal History of Torture», en LEVINSON (nota 53), 93-103.

⁶¹ Más sobre el listado, *vid.* POSNER (núm. 3), 105.

⁶² J. BELL, «Behind this Mortal Bone: The (In)Effectiveness of Torture», *Indiana Law Journal*, 2007, 1-23.

atenúa la voz de la sociedad; 5. incita al desorden; 6. una vez producida la tortura, los errores no pueden ser subsanados⁶³; 7. imposible encontrar unas garantías procesales adecuadas⁶⁴; 8. es un terrero resbaladizo (por ejemplo, los miembros de la familia del terrorista   pueden ser también torturados?)⁶⁵, y 9. es un tabú. Esto último conduce a que la cuestión de la tortura no pueda ser ni debatida ni puesta en duda, est  radicalmente prohibido su empleo en la medida en que corresponde a nuestra identidad⁶⁶. Además, tal prohibición es absoluta (de manera que no existen excepciones y no est  basada, por tanto, en la racionalidad instrumental en el sentido weberiano)⁶⁷. En este concreto sentido, la tortura representa claramente un tabú en Alemania, Austria y Hungría, como también en la mayor parte de los Estados europeos, aunque sensiblemente menor en Estados Unidos (aunque igualmente es inaceptable all  al amparo de la Constitución). Este tabú, no obstante, est  quebrándose en la actualidad con relación al terrorismo (los que rompen el tabú son usualmente estigmatizados, como sucede con todos los que quiebran tabúes).

Cuatro diversas cuestiones han de ser diferenciadas en el análisis del debate sobre la tortura: A. si está permitida constitucionalmente (en el orden jurídico nacional respectivo), B. si está permitida a nivel legal (en cada sistema jurídico), C. si *podiera* permitirse por la ley y D. si está legitimada moralmente (en circunstancias excepcionales). Analizando a los participantes en el debate desde estas cuatro cuestiones⁶⁸, se identifican cinco clásicas posiciones:

I. *Proscripción total en cualquier caso*. Esta posición es la tradicional (y probablemente todavía la mayoritaria)⁶⁹. La misma responde con un radical «no» a todos los interrogantes. Así, de acuerdo con esta posición, la tortura se encuentra absolutamente prohibida tanto por la Constitución como por la ley, debiendo permanecer además de ese modo, siendo rechazable moralmente la tortura en cualquier circunstancia⁷⁰. Esta

⁶³ M.-L. FRICK, *Das Folterverbot im Rechtsstaat. Ethische Grundlagen und aktuelle Diskussion*, Saarbrücken, 2007, 64.

⁶⁴ Cfr. FRICK (nota 63), 64.

⁶⁵ FRICK (nota 63), 65.

⁶⁶ Mientras que otros elementos identitarios, como la religión (secularización) o la nación (globalización, integración supranacional) pierden terreno, los valores constitucionales ganan relevancia, en la medida en que la autodeterminación de las comunidades tiende a incluir aquellos precisamente.

⁶⁷ R. POSCHER, «Menschenw rde als Tabu. Die verdeckte Rationalit t eines absoluten Rechtsverbots der Folter», en BEESTERM LLER y BRUNKHORST (nota 30), 80-81.

⁶⁸ No es fácil siempre categorizar a los autores en tanto algunos de ellos no responden explícitamente a todas las cuatro cuestiones, de manera que han de deducirse implícitamente de sus respectivos razonamientos.

⁶⁹ Por ejemplo, WALDRON (nota 53); IGNATIEFF (nota 37), 137; *Aufruf zur Verteidigung des Folterverbotes*, 23 de mayo de 2005; E. WOLFGANG B CKENF RDE, *Die Würde des Menschen war unantastbar*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de septiembre de 2003, 33; F. LAMPRECHT, *Darf der Staat foltern um Leben zu retten?*, Paderborn, 2009; M. HONG, «Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte - eine verfassungsjuristische Betrachtung», en BEESTERMÖLLER y BRUNKHORST (nota 30), 24-35; K. GÜNTHER, «Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten?», *ibid.*, 101-108; H. BIELEFELDT, «Die Absolutheit des Folterverbots.  ber die Unabw gbarkeit der Menschenwürde», *ibid.*, 109-114; G. BEESTM LLER, «Folter - Daumenschrauben an der Würde des Menschen. Zur Ausnahmelosigkeit eines Absoluten Verbotes», *ibid.*, 115-129; F. HANSCHMANN, «Kalkulation des Unverfügbaren. Das Folterverbot in der Neu-Kommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG im Maunz-D urig», *ibid.*, 130-141; L. L. FLETCHER y E. STOVER, *Guant namo and its Aftermath. U. S. Detention and Interrogation Practices and Their Impact on Former Detainees*, Berkeley, 2008.

⁷⁰ J. Ph. REEMTSMA, *Folter im Rechtsstaat?*, Hamburg, 2005, 125: «La tortura contraviene el Estado de derecho, en la medida en que ataca [...] la personalidad legal de un ciudadano o, en casos extremos, incluso lo destruye en su autonomía individual».

prohibición absoluta es considerada como un logro de la civilización, que pertenece a la identidad de las naciones occidentales (civilizadas)⁷¹. Tenemos que «luchar con una mano atada a la espalda» porque «solo entonces nuestra sociedad demuestra verdaderamente que mantenemos la mano más alta en la lucha contra el terrorismo»⁷². O en palabras ciertamente más emotivas «toda política que apruebe la tortura incorpora en su ADN una mutación totalitaria»⁷³. Incluso los terroristas (como seres humanos) merecen la protección de su dignidad⁷⁴. Cualquier intento de romper el tabú sería estigmatizado, y al final de la pendiente resbaladiza se encuentra la amenaza de la pérdida de las democracias liberales.

Más allá de la identidad o de la cuestión de valor, algunos autores dudan también de la utilidad de la tortura a largo plazo. En tanto exista una pequeña duda de si en el caso concreto la tortura puede proporcionar (aunque, en verdad, nunca de una manera completamente fiable) información adecuada sobre futuros ataques terroristas, su uso aliena a la población local y deriva en una todavía mayor pérdida de cooperación civil (es decir, mayor dificultad para obtener información de los residentes)⁷⁵. También en el contexto del escenario de la bomba de relojería (especialmente en la última situación en la que se identifica con certeza a la persona o personas que conocen dónde se halla la bomba) es frecuentemente acusado de representar un supuesto cuasi-imposible, en el que no cabe desarrollar reglas. Incluso durante la inquisición hubo estrictas reglas relativas a la proporcionalidad y también condicionantes de carácter procedimental y todos conocen cómo terminaron⁷⁶.

II. *Elección trágica*. Esta posición básicamente deja de resolver el problema. Incluso aun reconociendo que la tortura se encuentra prohibida por la Constitución y las leyes, la cuestión acerca de si pudiéramos llegar a introducirla legalmente y si la *tortura de rescate* podría ser aceptable no encuentra respuesta. El más conocido representante de esta posición es N. LUHMANN⁷⁷.

III. *Se necesitan héroes*. Esta posición mantiene que la tortura se encuentra prohibida tanto por la Constitución como por la ley, no pudiendo ser alterado su régimen jurídico (por la arriba mencionada cuestión sobre la identidad). Tal postura acepta, no obstante, que en ciertas situaciones (particularmente cuando ello resulta necesario para poder salvar vidas inocentes) es moralmente aceptable, o incluso exigible⁷⁸.

⁷¹ H. BRENNENISEN y G. FOLTER en H. OSTERDORF (ed.), *Folter. Praxis, Verbot, Verantwortlichkeit*, Münster, 2005, 79-80.

⁷² Por A. BARAK, HCJ 5100/94, Comité Público contra la tortura en Israel contra el Gobierno de Israel., Tak-El 458 (3) 99, par. 39. En un pasaje anterior (par. 38) de la sentencia, la Corte permitió, sin embargo, de una crítica manera (y a la luz de un razonamiento más bien sorprendente) la necesidad defensiva —probablemente para evitar cualquier acusación para el futuro que la causa del ataque terrorista podría haber sido la prohibición de la tortura por parte de la Corte—.

⁷³ A. SULLIVAN, «The Abolition of Torture», en LEVINSON (nota 53), 320.

⁷⁴ *Chabal vs. United Kingdom* (Application núm. 22414/93), Sentencia de 15 de noviembre de 1996; (1997) 23 EHRR 413, par. 80. Para una lógica similar, *vid.* F. NI AOLÁIN, «Truth Telling, Accountability and the Right to Life», *European Human Rights Law Review*, 2002, 572-590.

⁷⁵ SULLIVAN (nota 73), 325-326; D. REJALI, *Torture and Democracy*, Oxford, Princeton, 2007, 459-460.

⁷⁶ LANGBEIN (nota 60), 93-103.

⁷⁷ N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, 1993, 2.

⁷⁸ POSCHER (nota 67), 75-87; H. BRUNKHORST, «Folter, Würde und repressive Liberalismus», en BEE-STERMÖLLER y BRUNKHORST (nota 30), 88-100; J. MCCAIN, «Torture's Terrible Toll», *Newsweek*, de 21 de noviembre de 2005; S. ŽIŽEK, «Der Körper des Feindes», *Die Zeit*, 6 de diciembre de 2001; S. H. KADISH,

Lo expuesto presupone que ha de haber alguien que —mediante un acto heroico de autosacrificio— acepte (el riesgo de) la pena impuesta por la ley con el fin de salvar (obteniendo información mediante la tortura) las vidas de personas inocentes. Estos héroes o han de aceptar la pena (con un gesto socrático, para defender el orden jurídico) o simplemente esperar el ejercicio del derecho de gracia por el Jefe del Estado respectivo.

IV. *Podríamos/deberíamos introducirla*. Esta posición presupone una situación jurídica de interdicción de la tortura, pero difiere de la anterior en dos puntos: la prohibición se encuentra prevista únicamente a nivel legislativo (con lo que no existe una restricción constitucional)⁷⁹, y también propone, o al menos permite, introducir excepcionalmente la posibilidad de una tortura de rescate (con concretas garantías procedimentales)⁸⁰. Un posible argumento adicional a favor de esta posición es que esto sucede de todos modos en la práctica, de manera que, al menos, con arreglo a esta perspectiva podría recubrirse de controles legales (transparentes), por ejemplo, mediante una «tortura garantista» controlada por los jueces⁸¹.

V. *Ya se encuentra permitida (o incluso es obligatoria)*⁸². Esta posición es la que verdaderamente quiebra el tabú: mantiene que la tortura de rescate ya está permitida (en la medida en que la protección de la vida es más valiosa que la tutela de la dignidad, porque aquélla es el presupuesto lógico de la última)⁸³. En ocasiones, los escenarios de la bomba de relojería aparecen modificados incluyendo una bomba que causa una dolorosa muerte por tortura, de manera que cabría torturar únicamente a un terrorista para salvar quizás a millones de personas de la muerte por tortura. Los penalistas conceptualizan de ordinario el problema como una «defensa de terceros»⁸⁴, mientras que los constitucionalistas argumentan a partir de la concurrencia de derechos fundamentales (o bien del derecho a la vida, o en el modificado escenario de la bomba de relojería, con el derecho a la dignidad humana de los amenazados por la muerte por

«Torture, the State, and the Individual», *Israel Law Review*, 1989, 345-356; GROSS (nota 53), 229-253, particularmente 231; E. SCARRY, «Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz», en LEVINSON (nota 53), 281-290, particularmente 283; R. A. POSNER, «Torture, Terrorism, and Interrogation», *ibid.*, 291-298, en concreto, 298.

⁷⁹ La dignidad es intangible, pero puede ser limitada por otros principios constitucionales (como la tutela de la dignidad de otros), *vid.* M. HERDEGEN, «Art. 1 Abs. 1», en Th. MAUNZ y G. DÜRIG (eds.), *Grundgesetz. Kommentar* (München, edición de hojas intercambiables desde 1958, situación a agosto de 2005), maginales 43, 45, 90.

⁸⁰ FRICK (nota 63), 113-114; A. M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, London, 2002; Ch. KRAUTHAMMER, «The Truth about Torture», en LEVINSON (nota 53), 313.

⁸¹ A. M. «Dershowitz, Tortured Reasoning», en LEVINSON (nota 53), 266.

⁸² La radical posición de la obligación de la tortura es representada por W. BRUGGER, «Darf der Staat foltern?», *Podiumsdiskussion* (nota 55). Sobre la posición estadounidense (incluyendo documentos oficiales de la administración Bush) atenuando la prohibición de la tortura, *vid.* GREENBERG (nota 54).

⁸³ Ch. STARCK, «Art. 1 Abs. 1», en H. VON MANGOLDT, F. KLEIN y Ch. STARCK (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, München, 5.^a ed., 2005, 60-61.

⁸⁴ V. ERB, «Folterverbot und Notwehrrecht», en P. NIETSCHKE (ed.), *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat*, Bochum, 2005, 149-167, refiriéndose a «Guerra de excepción» o «ayuda de excepción»; W. SCHILD, «Folter einst und jetzt», *ibid.*, 69-93, sobre «estado de excepción justificable». El usual contraargumento es que la «tutela de terceros» o la «necesidad» pueden ser aplicados sólo si es «un esfuerzo ad hoc, como respuesta a un evento» o una «improvisación ante el carácter también imprevisible de los acontecimientos», lo que no es el caso de los escenarios de la bomba de relojería, *vid.* HCJ 5100/94, Comité Público contra la tortura en Israel contra el Gobierno de Israel, Tak-El 458 (3) 99, para 36.

tortura)⁸⁵. Si existe una prohibición general explícita o implícita de la tortura en un concreto orden jurídico, entonces su alcance debiera de ser interpretado de una forma restrictiva (*reducción teleológica*), permitiendo así una limitada excepción de la tortura de rescate⁸⁶. La tortura es considerada por estos autores como un mal necesario para evitar otro mayor. De acuerdo con ZIPPELIUS y WÜRTEMBERGER, la tortura no puede ser nunca una obligación para cualquier policía, pero si éste desea salvar a un inocente, entonces torturar al criminal puede encontrarse justificado. Si el policía actúa de tal modo, se ha de dejar a su propia conciencia⁸⁷.

Antes de entrar en las consecuencias del debate recientemente descrito, puede ser útil mostrar las diferentes posiciones en el gráfico de la página siguiente.

No es posible utilizar la primera plantilla contenida en el punto 3.3.1 para trazar el mapa argumental, en la medida en que 1. algunos de los autores en el debate sobre la tortura no dejan suficientemente claro si la base de su razonamiento es un deber metajurídico del Estado para salvar la vida o un mandato constitucional implícito, y 2. las diferencias actualmente interesantes (que van más allá de un simple «sí» o «no» a la tortura) no se ubican en las fronteras existentes entre las categorías expresadas por las letras griegas señaladas arriba (aunque *dentro* del área completa de γ , $\delta 1$ y $\delta 2$, las líneas fronterizas no se encuentran sólo dentro de cada una de ellas, sino en parte a lo largo de las mismas). Cabe todavía señalar el hecho de que a las posiciones I, II y III usualmente se adhieren simpatizantes del enfoque $\delta 1$, mientras que las IV y V son preferidas por quienes se aproximan al enfoque γ o $\delta 1$. Una correlación más intensa entre las posiciones respectivas de las dos plantillas no es posible de determinar.

Los dos extremos en la plantilla son I, con cuatro noes (la más tradicional), y V, con cuatro síes (la más radical). Existirían multitud de combinaciones (concretamente $2^4 - 2 = 14$) intermedias, pero únicamente III y IV se muestran en la actualidad como combinaciones reales (II deja de resolver el dilema, por lo que no puede ser considerada en el cómputo). Por tanto, la cuestión interesante en este punto es ¿por qué las posiciones intermedias desaparecen del panorama, por qué no existen (en Estados donde la posición tradicionalmente mayoritaria en la ley es la total prohibición)? Las posiciones ignoradas son las siguientes:

1. *Constitucionalmente prohibida (A no), pero permitida al nivel de la ley (B sí)*. Es ignorada porque *a*) si se pretende atenuar la prohibición de la tortura, entonces lógicamente el primer paso sería erradicar las limitaciones constitucionales (primero ha de procederse con esto, la otra vía no opera jurídicamente), *b*) además es más fácil afirmar que la constitucionalidad se encuentra permitida (en la medida en que es más abstracta y existe una mayor posibilidad para el razonamiento creativo). De esta manera, la posición con «A no, pero B sí» sería lógicamente problemática.

⁸⁵ Sobre la dignidad frente al problema de la dignidad, *vid.* F. WITTECK, «Menschenwürde und Folterverbot», *Die öffentliche Verwaltung*, 2003, 873-882, con ulteriores referencias.

⁸⁶ W. BRUGGER, «Darf der Staat ausnahmweise foltern?», *Der Staat*, 1996, 67-97, en concreto 84; W. BRUGGER, «Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?», *JuristenZeitung*, 2000, 165-173, particularmente 169. De acuerdo con BRUGGER (nota 58), 671, 673, esta interpretación restrictiva puede ser de aplicación también a las prohibiciones internacionales sobre la tortura.

⁸⁷ R. ZIPPELIUS y Th. WÜRTEMBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, München, 31.^a ed., 2005, 209. No queda convenientemente aclarado qué debería de suceder de acuerdo con ello, si tras la tortura el policía se percató de su error y la persona torturada no tiene nada que ver con la persona que pretendía ser salvada.

<p>�Est� permitida la tortura de rescate (<i>Retungsfolter</i>)?</p> <p>Nombre de la posición y Representantes</p>	<p>A. �Est� permitida a nivel constitucional (en el respectivo orden legal nacional?) (<i>de constitutio-ne lata</i>).</p>	<p>B. �Se permite a nivel legal? (en el orden nacional respectivo) (<i>de lege lata</i>).</p>	<p>C. �Deber�amos modificar las leyes? (<i>de lege ferenda</i>).</p>	<p>D. �Es justificable moralmente en circunstancias excepcionales?</p>
<p>1. Radicalmente prohibida en todo caso (llamada a la defensa de la prohibición de la tortura, 23 de mayo de 2005, F. LAMPRECHT, M. IGNATIEFF, J. WALDRON).</p>	<p>NO. La Constitución la prohíbe (o incluso mediante una cláusula de intangibilidad).</p>	<p>NO. Las leyes también la prohíben (bien explícitamente o de manera implícita al no conferir un apoderamiento para la tortura).</p>	<p>NO. Debemos mantenerla ilegal, es un logro de nuestra civilización.</p>	<p>NO. No est� jams� moralmente permitida.</p>
<p>2. Elección trágica (concentrada en C y D) (Niklas Luhmann).</p>	<p>NO.</p>	<p>NO.</p>	<p>? (no es posible ofrecer una respuesta).</p>	<p>? (no es posible ofrecer una respuesta).</p>
<p>3. Se requieren h�eros (R. POSCHER, H. BRUNKHORST, J. MCCAIN, S. ZI�EK, S. H. KADISH, O. GROSS, R. A. POSNER, E. SCARRY).</p>	<p>NO. Sería inconstitucional.</p>	<p>NO. Se encuentra también prohibida por las leyes.</p>	<p>NO. Debemos mantenerla como ilegal (en la medida en que modificarlo supondría romper un tabú, pero permítanos esperar que alguien se arriesgue a infringir la ley si ello fuera realmente necesario (y 1. entonces sufra la pena, sacrificándose a sí mismo, 2. o concedamos el perdón tras el evento).</p>	<p>Sí. En circunstancias excepcionales se encuentra moralmente permitida.</p>
<p>4. Podríamos introducirlo (M. L. FRICK, A. DERSHOWITZ, Ch. KRAUTHAMMER).</p>	<p>Sí. Constitucionalmente est� permitido (en ciertos supuestos).</p>	<p>NO. Prohibiciones legales.</p>	<p>Sí. La prohibición legal habría de suprimirse e introducir un procedimiento detallado.</p>	<p>Sí. En circunstancias excepcionales est� moralmente permitida.</p>
<p>5. Est� permitido ya justamente ahora (o incluso es obligatorio) (W. BRUGGER, V. ERB, W. SCHILD, Ch. STARCK).</p>	<p>Sí. La Constitución la permite (variaciones: vida vs. dignidad; dignidad vs. dignidad).</p>	<p>Sí. No existe una prohibición legal clara (legitima defensa frente a terceros, o reducción teleológica—<i>teleologische Reduktion</i>—).</p>	<p>Sí. Un procedimiento legal más detallado podría ser útil y haría las cosas más claras.</p>	<p>Sí. En circunstancias excepcionales se encuentra moralmente permitida.</p>

2. *Constitucionalmente prohibida (A no), pero podríamos llegar a introducirla (C sí)*. Las posiciones de *lege ferenda* (C) no pueden deslindarse completamente de A: un «sí» en la cuestión de *lege ferenda* (según ha sido formulado, como una reforma de la ley —en realidad, en los debates aparece formulado de esta manera—) sólo es posible cuando la tortura está permitida constitucionalmente. Siendo ello así, responder con un «sí» a C, pero con un no a A, sería lógicamente problemático. La cuestión de *lege ferenda* se encuentra presente en los debates sólo como una modificación de la ley, ya que la reforma de Constitución (sobre todo si existen *cláusulas de intangibilidad*) es prácticamente imposible, y porque en vez de un cambio formal de la misma, una reinterpretación de su texto puede tener el mismo efecto.

3. *Permitida a nivel legal (B sí), y además deberíamos introducirla (C sí)*. Esta posición no tendría demasiado sentido: si ya se encuentra permitida en la ley, entonces ya no tendría que incorporarse a ella.

4. *Constitucionalmente está permitida (A sí), prohibición legal (B no), pero podríamos introducirla (C sí)*. Esta posición es desconocida ya que ¿de qué serviría argumentar en favor de una (discutible) posibilidad constitucional si no se desea hacer uso de ella en el razonamiento? Si alguien lo hiciera, podría ser sólo cuestionado por el grupo núm. I (ellos criticarían particularmente los núms. IV y V). De todos modos, ello no aporta actualmente ninguna contribución útil a la discusión. Una posición tal sería, en consecuencia, lógicamente posible, pero prácticamente carente de sentido.

5. *Es moralmente inaceptable (D no), pero existe una variación en A-B-C (al menos una de ellas es un sí)*. Esta posición es ignorada porque la cuestión se encuentra tan lastrada emocional e ideológicamente (identidad, tabúes), que un claro «no» en D nos haría afirmar que A-B-C son también claros «noes», incluso si no lo son. Un «sí» en D no implica automáticamente un «sí» en el resto de los parámetros ya que algunos «síes» son más radicales que otros. Un «sí» en D muestra sólo la posibilidad de un cambio del tradicional cuarto «no», pero no la posición exacta.

6. *Se encuentra permitida tanto a nivel constitucional como legal (A y B sí), y además no existe la necesidad de una nueva legislación (c no)*. Esta posición es inexistente porque incluso las posiciones favorables a la tortura de rescate se muestran de acuerdo en que ante el peligro de abuso han de introducirse detalladas prescripciones legales.

La preferencia personal del autor es por la posición III («Se requieren héroes»), por las razones anteriormente mencionadas: los elementos identitarios de la prohibición de la tortura y los peligros de abuso son tan importantes que una autorización legal parecía inaceptable. Sin embargo, en determinadas situaciones, los ciudadanos necesitan que alguien esté dispuesto a sacrificarse (aceptando la pena) en favor de los valores (y tabúes) de una sociedad liberal. Usualmente se asume que la ley y la moralidad difieren en una dictadura, pero no se está dispuesto a aceptar lo mismo en el caso de las democracias liberales. Y estamos de acuerdo en hacerlo así... en la mayor parte de los casos. En una dictadura la separación (o incluso la contradicción) entre la ley y moralidad es un rasgo estructural, mientras que en una democracia liberal es una excepción condenable. Tales excepciones deberían ser minimizadas, pero en esta tan concreta situación de la tortura de rescate no podemos eliminar la contradicción sin pagar incluso un elevado precio por ello.

4. VIEJOS DESAFÍOS VS. NUEVOS DESAFÍOS

Como se ha visto hasta aquí, las preguntas que se suscitan en el contexto de la lucha contra el terror no pueden responderse con un simplista «sí» o «no». Los argumentos y contraargumentos posibles, cualquiera que sea la solución propuesta, requieren una mayor estructuración y precisión. Se ha tratado de explicar, además, por qué el desafío terrorista no debe de justificar una nueva concepción del Estado de derecho, debiendo más bien anclarse a sus tradicionales principios jurídicos. El terrorismo no debe considerarse un motivo suficiente para, con carácter general, suprimir las restricciones constitucionales, debiendo de mantenerse la prohibición legal absoluta de la tortura.

Las razones para ello son de doble naturaleza. Por una parte, el peligro ante el abuso y, por otro (especialmente en lo que relativo a la tortura), el carácter identitario de su prohibición en las modernas sociedades occidentales⁸⁸. De cualquier forma, entre ellas goza de un mayor peso la primera de las cuestiones señaladas. La propuesta del autor ha sido fundamentalmente pragmática (o utilitarista), si bien las consecuencias jurídicas presentadas son rayanas a una perspectiva deontológica (o absolutista)⁸⁹. La diferencia reside en que mientras, por una parte, se ha postulado el mantenimiento del clásico paradigma *jurídico* del Estado de derecho (como principio constitucional consustancial a nuestra sociedad), su quiebra puede ser justificable en situaciones excepcionales por razones *morales*, sin que ello implique la legalidad de la infracción. Las posiciones más utilitaristas podrían no estar de acuerdo con lo primero y los no deontologistas disentir de lo último. No reivindica el autor haber encontrado una solución de compromiso. Más bien todo lo contrario, en la medida en que ambas posiciones resultan equívocas al simplificar la resolución de los problemas con un monolítico «sí» o «no».

El terrorismo es, por su propia naturaleza, un fenómeno excepcional opuesto al ejercicio de toda autoridad estatal en la vida cotidiana. Y ello aunque en ocasiones pueda ser considerado un fenómeno ciertamente devastador. Si se debilitase seriamente el concepto de Estado de derecho para luchar contra este nuevo reto (el terrorismo), existiría el peligro de errar en la respuesta a lo que ha constituido tradicionalmente su mayor desafío (la limitación o la lucha contra el uso arbitrario del poder). No cabe pensar que si llegara el momento de pasar a la acción, nadie estaría dispuesto a emplear su sentido común para vulnerar la ley con el fin de salvar vidas humanas o la Constitución. De todos modos, si ello sucediera, existe siempre el riesgo de considerarlo o no adecuado, podría alabarse su acto ilegal (más allá de su posible reconocimiento moral)

⁸⁸ El argumento sobre el elemento identitario de la prohibición de la tortura debería ser más contundente si existen datos sociológicos empíricos sobre la identidad de la población de los Estados occidentales que rechaza la legalización formal de la tortura. La investigación empírica más reciente sobre el caso es de T. M. JONES y P. SHEETS, «Torture in the Eye of the Beholder: Social Identity, News Coverage, and Abu Ghraib», *Political Communication*, 2009. 278-295, quien muestra que los periodistas de los diarios líderes en Austria, Reino Unido, Canadá, Italia, España, Alemania y Estados Unidos describen lo que sucedió en Abu Ghraib dependiendo de en qué medida queda afectada su respectiva nación. Los periodistas americanos (y los aliados anglosajones) mayoritariamente evitaron el término «tortura», en la medida en que su identidad no podía tolerar calificar a su propia comunidad o nación como torturadora.

⁸⁹ Sobre las teorías utilitaristas y deontológicas de la tortura, *vid.* W. TWINING, «Torture and Philosophy», *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes* (52), 1978, 144-168.

solo por cortesía. Desde luego, no por convertirlo en legal. Como se ha visto con anterioridad, cualquier otra solución sería incluso dogmática y suicida, o peligrosa por abusiva y, consecuentemente, también suicida.

Sin embargo, independientemente de cómo se argumente en concreto, debería evitarse la argucia jurídica (con frecuencia empleada también en este discurso) que trata de calificar el problema desde un punto de vista conceptual⁹⁰. A lo largo del devenir histórico, los clásicos conceptos jurídicos han sido siempre redefinidos de acuerdo con la concepción del mundo y por la necesidad de responder a los desafíos sociales (en vez de introducir nuevos conceptos). Si se opera de ese modo, no se hará descansar la responsabilidad en los conceptos, con lo gravoso que ello es.

(Traducción de Leonardo Álvarez)

⁹⁰ Expresar (o disimular) los conflictos ideológicos surgidos en los dilemas legal-constitucionales posee una útil función moderadora entre las sociedades modernas con la finalidad de disminuir el efecto desintegrador de los conflictos intrasocietarios, si el discurso se reorienta hacia una dirección menos lastrada emocionalmente. Así, si entre la sociedad la cuestión que se plantea es «qué nos divide», entonces aquella debería reformularse de forma técnicamente más jurídica. Sin embargo, en el caso de «la lucha contra el terrorismo», el conflicto actual (y primario) no surge entre la sociedad, sino entre la sociedad y los terroristas, de manera que la cuestión ha de ser más bien «qué nos mantiene unidos (contra el terrorismo)». En el último supuesto, ocultar los componentes ideológico-emocionales podría hacer resurgir la identidad de la sociedad, que podría ser autodestructivo dejar pasar. En consecuencia, en la «lucha contra el terrorismo» se ha de estar abierto al ámbito no-jurídico de nuestro razonamiento constitucional.

EL «DISCURSO DEL ODIO» Y SU PROHIBICIÓN*

Ricardo Cueva Fernández

Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN. En nuestras sociedades de carácter multicultural contemporáneas existen distintos patrones culturales, así como identidades de carácter dispar y grupos que mantienen sistemas de adscripción diferenciados. Pero este pluralismo no debería hacernos olvidar que ciertas personas, y precisamente por el hecho de pertenecer a determinados colectivos, pueden sufrir de una vulnerabilidad relevante que les impida actuar libremente en su vida habitual o en el foro democrático. En este sentido, el discurso del odio articula una agresión contra ellas, de modo que resultarían justificadas ciertas limitaciones a la libertad de expresión para frenarlo.

Palabras clave: discurso del odio, libertad de expresión, igualdad, daño, democracia deliberativa.

ABSTRACT. In our contemporary multicultural societies there are several cultural patterns of and disparate identities and groups who hold different attachment systems. But this pluralism should not obscure the fact that some people, and precisely because they belong to certain groups, may have a significant vulnerability that prevents them from acting freely in their normal life or in the democratic forum. In this sense, hate speech articulates an attack against them, and to stop it would be justified to set some limits on freedom of expression.

Keywords: hate speech, freedom of speech, equality, harm, deliberative democracy.

* Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2011. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2011.

Un famoso diseñador defiende, en visible estado de embriaguez, la conducta genocida nazi. Una manifestación en España exhibe pancartas pidiendo la expulsión de inmigrantes por el único motivo de pertenecer a cierta nacionalidad. Tal petición resulta amparada también por un candidato electoral que además los identifica con la delincuencia de forma directa. Algunos vecinos de determinada localidad se manifiestan exigiendo la expulsión de otros que pertenecen a distinta etnia. Un clérigo sostiene justificaciones para el maltrato a las mujeres. Y así podríamos continuar enumerando muchas y diversas manifestaciones de un mismo fenómeno que se va abordar en las siguientes líneas.

Las últimas décadas han presenciado una preocupación mayor por las consecuencias de cierto discurso a caballo entre lo político y lo meramente visceral, conocido como *hate speech* o discurso del odio. Se trataría de cualquier forma de expresión (mediando la palabra hablada o escrita, e incluso el gesto, el símbolo o la representación), cuyo propósito fuera el de discriminar, menoscabando su dignidad, a un grupo social o a sus miembros por su sola pertenencia al mismo. Usualmente, pues, va dirigido contra individuos distinguibles por motivo de su etnia o raza, religión, género u orientación sexual, aunque tal clasificación haya ido ampliándose¹.

Este lenguaje que oscila entre lo intimidatorio y lo humillante, opuesto a las comunidades de carácter democrático y multicultural, tiene una presencia vetusta entre nosotros, pero la extensión de fenómenos genocidas durante el siglo XX ha contribuido a abordarla hoy de manera diferente. En los últimos años se han producido además numerosos incidentes relacionados con las actitudes intimidatorias contra escritores, periodistas, o colectivos identificados por su procedencia foránea o religiosa, que junto con atentados y ataques terroristas de uno u otro signo han vapuleado a los diversos países europeos hasta extremos hasta ahora desconocidos. Todas estas conductas delictivas, unas veces con una rabia e intensidad que sólo pueden provenir del fanatismo más cruel, y otras de un odio repleto de connotaciones ideológicas, tienen como característica común su acometida contra grupos enteros de personas.

Los organismos europeos han reaccionado en diversas ocasiones frente a esta situación a través de varias Recomendaciones y siguiendo así la senda del art. 20.2 perteneciente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 («toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley»). Pero esto

¹ Para SUMNER, sería «cualquier forma de expresión cuyo propósito principal sea el de insultar o denigrar a los miembros de un grupo social identificado por características tales como su raza, etnia, religión o orientación sexual, o para despertar enemistad u hostilidad contra él» (L. W. SUMNER, «Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis», en I. HARE y J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, New York, Oxford University Press, 2009, 207 y 208). Otros se refieren a la «conducta expresiva capaz de, o encaminada a, inculcar o incitar al prejuicio contra una persona o grupo de personas, y sobre un supuesto específico, incluyendo aquí la raza, nacionalidad, etnia, religión, sexualidad, identidad de género o género propiamente dicho» (K. GELBER, «Freedom of political speech, hate speech and the argument from democracy: The transformative contribution of capabilities theory», *Contemporary Political Theory*, 9, 3, 2010, 305). «Expresa, defiende, anima, promueve o incita al odio contra un grupo de individuos identificables por un rasgo o un conjunto de rasgos» (B. PAREKH, «Hate speech: Is there a case for banning?», *Public Policy Research*, 12, 4, 2005, 214). Evidentemente, el que la definición sea más o menos amplia o tenga tal o cual contenido vienen de la mano de una perspectiva previa sobre las medidas que se deben tomar para combatir el *hate speech*.

conforma, además, tan sólo una pequeña parte de la normativa internacional relativa al tema que nos ocupa, pues también han de considerarse documentos como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (21 de diciembre de 1965, art. 4)².

El Estado español, de acuerdo con la trayectoria marcada en la Unión Europea, y reuniendo asimismo derecho que ya se había incluido tradicionalmente en nuestro ordenamiento, tipifica varias infracciones penales relativas al *hate speech* en diversos artículos del Código Penal. Entre los principales han de señalarse:

1. El art. 510.1. Prohibición de provocar «a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía».

2. El segundo apartado del mismo precepto castiga a aquellos «que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía».

3. Art. 170.1: reprime las «amenazas de un mal que constituyere delito», cuando «fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo», estableciendo así un tipo agravado de las amenazas.

4. Art. 607.2: es delito «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo [los relativos al genocidio], o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos».

Por supuesto, existen otros tipos penales más o menos conectados a los que aquí se indican, pero que desbordarían el área de nuestra investigación³. Aunque sí interesa recordar a los efectos de la presente exposición el delito de calumnia de los arts. 205-207 y el de injuria de los arts. 208-210, así como el art. 22 («las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales») y el 18, con un

² «Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el art. 5 de la presente Convención».

³ Así, el art. 523 (cometerá delito «el que con violencia, *amenaza*, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas»), el art. 524, que castiga a quien «en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos». O el art. 525.1 (serán castigados «los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o *vejen*, también públicamente, a quienes los profesan o practican») y el art. 615 («la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos» contra la comunidad internacional).

primer apartado referente a la provocación («existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito») y a la apología (es decir, «la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor») ⁴.

La prohibición de estos comportamientos en el Código Penal español obedecería a tres tipos de protección frente al *hate speech*:

- la que impide la promoción del odio, violencia o discriminación contra ciertos grupos,
- la que impide la calumnia o injuria contra ellos,
- la que prohíbe la injuria contra cualquiera por razón de su pertenencia a tales grupos ⁵.

Valga, pues, la exposición realizada para *el hate speech* en relación con el análisis que se va a realizar en el presente artículo. El Código Penal español se ha situado frente a numerosas conductas más o menos relacionadas con el discurso del odio, al margen de la normativa de orden público o antidiscriminatoria que pueda existir también en otros ámbitos no penales y que tampoco conviene obviar aquí. Sin llegar a los extremos contundentes de la sanción punitiva alemana o francesa vigentes en la actualidad, se halla en concordancia con los ordenamientos de nuestro entorno, que se sitúan a su vez dentro de los límites fijados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basándose en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 20 de marzo de 1952 ⁶.

Pero la respuesta europea al *hate speech* no es la única existente entre los países democráticos. Así, y muy a pesar de los decididos impulsos de organismos internacionales como la ONU para que se adopten medidas que puedan frenar su extensión, los Estados Unidos de América continúan resistiéndose a tal empuje, basándose para ello en una doctrina de su Tribunal Supremo que pretende proteger de forma enérgi-

⁴ Considerándose, asimismo, que «la apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». Y añadiéndose que (segundo apartado) «la provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción».

⁵ Una definición que coincide básicamente con la presentada por la profesora BRISON: «Entiendo por *hate speech* el discurso que, dirigido contra individuos o grupos sobre la base de características como la raza, el sexo, la etnia, la religión o la orientación sexual: 1) constituya humillación directa (*face-to-face vilification*), 2) cree un ambiente hostil o intimidatorio, o 3) sea una difamación colectiva (*group libel*)». S. J. BRISON, «The Autonomy Defense of Free Speech», *Ethics*, 108, 2, 1998, 313.

⁶ El art. 10.2 del Convenio reconoce la libertad de expresión (incluyendo el derecho a manifestar opiniones y a recibir y transmitir información e ideas), estableciendo asimismo que puede quedar sometido a restricciones «siempre que estén previstas en la ley y sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, para la prevención del desorden o el delito, para la protección de la salud o la moral, para la protección de la reputación de otros, para la prevención de la revelación de información confidencial, o para el mantenimiento de la autoridad e imparcialidad judicial». Estas amplias facultades a favor de los Estados quedaron luego sujetas a los límites jurisprudenciales de una serie de sentencias del TEDH: *Handyside vs. Reino Unido*, 1 EHRR (1979), 737; *Sunday Times vs. Reino Unido*, 2 EHRR (1980), 245; *Lingens vs. Austria*, 8 EHRR (1986), 407; *Castells vs. España*, 14 EHRR (1992), 345; *Thorgeison vs. Islandia*, 14 EHRR (1992), 843; *Jersild vs. Dinamarca*, 19 EHRR (1994), 1; *Oberschlick vs. Austria*, 19 EHRR (1995), 389.

ca la libertad de expresión⁷. Y es que también la nación norteamericana reconoce la existencia de un discurso del odio, pero se diferenciaría de sus democracias vecinas, incluida la canadiense, en ser altamente reticente, si no contraria, a prohibirlo de forma legal⁸. Los argumentos que aporta su doctrina son muy numerosos, y a menudo seguidos, como no podía ser menos, por autores, no sólo británicos, sino también de otras naciones europeas, proclives a la despenalización de ciertas conductas que se encuentran ahora sometidas a sanción en el viejo continente y en general a evitar a toda costa restricciones a la libertad de expresión que puedan considerarse innecesarias. Dentro de esta postura pueden entresacarse varios argumentos sostenidos por eminentes constitucionalistas, criminólogos, penalistas y iusfilósofos, a su vez rebatidos por otros académicos de idéntica condición⁹. Para el presente estudio he resuelto seleccionar los argumentos más destacables en el debate que me ocupa.

1. LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS CONTRA LA PROHIBICIÓN DEL HATE SPEECH

Frente a las posibles restricciones de discursos y manifestaciones o de mensajes en general, cierto número de autores ha erigido la libertad de expresión como *principio* que implicaría considerarlas ilegítimas. Se generaría así una *presunción* contra cualquier tipo de prohibición al respecto, aun cuando fuera dirigida a frenar actuaciones dañinas¹⁰. Por decirlo en palabras de RAWLS, se trataría de una de las «libertades básicas», y por tanto gozaría de especial preeminencia. Esta postura genérica se concretaría a su vez en otra más específica y opuesta a la restricción del «discurso del odio» entendido como correspondiente a las conductas arriba señaladas. La clasificación sobre los distintos argumentos que apoyarían esta posición puede variar¹¹, pero en general hay una coincidencia en apuntar a tres de ellos como especialmente destacables, ya que cada uno tendría por separado su propio perfil. Se trataría de los argumentos de la autonomía, el de la democracia y el del mercado de las ideas.

El primero de ellos, también denominado «derecho a la independencia moral» por R. DWORKIN¹², vendría a sostener que limitaciones a la libertad de expresión como las

⁷ G. LIPPMAN y M. H. REDISH, «Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications», *California Law Review*, 79, 2, 1991, 281-283.

⁸ Sobre las limitaciones a la libertad de expresión en la jurisprudencia estadounidense, *vid.* S. J. BRISON, «The Autonomy Defense of Free Speech», *op. cit.*, 318. Entre las más obvias estarían las referentes a la difamación de individuos o la publicidad engañosa. Para un cuadro comparativo sobre la jurisprudencia estadounidense y la canadiense, *vid.* S. L. NEWMAN, «Liberty, Community, and Censorship: Hate Speech and Freedom of Expression in Canada and the United States», *American Review of Canadian Studies*, 32, 2002, 3.

⁹ Para hacerse una idea más o menos fiel, consúltese la propia bibliografía que aparece al final del artículo.

¹⁰ F. SCHAUER, *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 8: «Bajo un principio de libertad de expresión, cualquier actuación gubernamental dirigida a conseguir un objetivo, sea positivo o negativo, debe suministrar una justificación más fuerte cuando la consecución de tal fin exija la restricción de la expresión que cuando no se apliquen limitaciones a la misma». Otro autor adscrito a esta premisa es T. SCANLON, «A Theory of Freedom of Expression», *Philosophy and Public Affairs*, 1, 2, 1972, 204.

¹¹ S. J. BRISON, «The Autonomy Defense of Free Speech», *op. cit.*; C. YONG, «Does Freedom of speech include hate speech?», *Res Publica*, 17, 2011, 4; S. SORIAL, «Free Speech, Autonomy and the Marketplace of Ideas», *Journal of Value Inquiry*, 44, 2010, 2.

¹² R. DWORKIN, *A matter of principle*, Oxford, Clarendon Press (1.ª ed. de 1985, Cambridge, Harvard University Press), 1986, 364.

relativas al *hate speech* provienen de una suerte de autoritarismo que no trataría a los ciudadanos como libres e iguales, al imponerles determinados criterios y privar de su capacidad de decisión tanto al emisor como al receptor del mensaje¹³. «Las personas tienen el derecho a no sufrir desventaja en la distribución de los bienes y oportunidades sociales [...] sólo sobre la base de que sus funcionarios o conciudadanos piensen que sus *opiniones* sobre la manera correcta de conducir sus vidas resultan innobles o erróneas»¹⁴. La prohibición del *hate speech* permitiría al Estado delimitar el contenido del discurso que puede autorizarse, atribuyéndole un excesivo poder que violaría su necesaria neutralidad moral acerca de las distintas opiniones existentes en la sociedad¹⁵ y poniendo en peligro la libertad de los ciudadanos¹⁶. Similar a esta posición sería la de quienes rechazan también idénticas limitaciones basándose en el valor de la autorrealización individual: «Las restricciones sobre lo que le resulta permitido decir o escribir a alguien, escuchar o leer, inhibe el crecimiento de su personalidad. Los individuos no serán capaces de desarrollarse intelectual y espiritualmente, a menos que sean libres de formular sus creencias y actitudes políticas a través de la discusión pública y en respuesta a la crítica de otros»¹⁷.

La segunda postura principal mencionada frente a la prohibición del *hate speech* es la que se apoya en el denominado «argumento de la democracia». Esta senda fue iniciada por A. MEIKLEJOHN, quien ya en 1948 unía tal régimen político con la libertad de expresión (*Free Speech and its Relationship with Self-government*). Vendría a afirmar que las limitaciones de esta última conducirían a *impedir el normal desenvolvimiento de proceso democrático*, que requiere el conocimiento de todos los puntos de vista en conflicto¹⁸. De esta forma quedaría minada la *legitimidad* del sistema político, *que exige que todos sean escuchados por igual*¹⁹.

En tercer lugar, algunos autores, y siguiendo a J. STUART MILL (principalmente el capítulo II de su *On Liberty*), acuden a otro argumento que podríamos denominar «epistémico». De acuerdo con tal postura, en un «libre mercado de las ideas» las opiniones verdaderas tenderán a encontrar el apoyo de la sociedad y prevalecerán sobre las falsas. Esta es la posición mantenida por el magistrado Oliver W. Holmes en su famoso voto disidente de la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense *Abrams vs. United States* (1919), en donde vino a sostener que el mejor *test* para probar la veracidad de un pensamiento estribaba en el propio poder de éste para ser aceptado de entre todos los que se presentaran en libre concurrencia²⁰. El «libre mercado de las ideas» permitiría así obtener la *verdad*, siempre que no interviniera en él autoridad pública alguna.

¹³ T. NAGEL, «Personal Rights and Public Space», *Philosophy & Public Affairs*, 24, 2, 1995, 96 y 97.

¹⁴ R. DWORKIN, *A matter of principle*, *op. cit.*, 1986, 353. La cursiva es propia.

¹⁵ J. WEINSTEIN, «Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from the Masses», en *Extreme Speech and Democracy*, *op. cit.*, 82-86.

¹⁶ C. E. BAKER, «Autonomy and Hate Speech», en *Extreme Speech and Democracy*, *op. cit.*, 154.

¹⁷ E. BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1985, 14.

¹⁸ J. WEINSTEIN, «Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from the Masses», en *Extreme Speech and Democracy*, *op. cit.*, 25-30, 47 y 48, y 61.

¹⁹ En esto insiste *ibid.*, 49.

²⁰ *Abrams vs. United States*, 250 U. S. 616, 624-631 (1919). Nótese que esta opinión fue formulada en un caso en el que la mayoría del Tribunal optó por condenar a un procomunista que había difundido octavillas contra la intervención estadounidense en la Primera Guerra Mundial.

Empezando por las críticas a este último argumento, que han sido numerosas²¹, algunas se basan en premisas empíricas y otras en algunas de carácter sustantivo. Entre las primeras, destacan aquellas que señalan la inexistencia de un mercado perfecto de las ideas en nuestras sociedades, dadas las articulaciones de grupos dominantes en ellas y que parten de condiciones aventajadas²². De otra parte, algunos consideran que la verdad no tiene por qué ser el principal valor social, ni gozar de prioridad sobre cualquier otro o por encima de diversos intereses²³. Los hay que señalan que la analogía con el mercado es incorrecta: éste sería un mecanismo dirigido a conseguir eficiencia, pero no justicia distributiva, y no parece que tengamos criterio alguno para identificar la «verdad» con uno de los dos²⁴. Además, si se percibe que los consumidores de tal mercado tenderían a «adquirir» ideas según sus intereses, lo único que prevalecería en este ámbito sería el interés de la mayoría, pero no la verdad²⁵. En todo caso, lo más importante a subrayar aquí es que el argumento indicado sólo tendría validez además en tanto en cuanto los sujetos tuvieran la posibilidad de disponer de *información perfecta* sobre ese mercado de las ideas y de *actuar libremente* a la hora de aportar y escoger las opciones existentes en él. Es decir, que nos devuelve al problema de la autonomía personal²⁶. Como núcleo fuerte de la discusión entre los autores, en realidad es el que permanece. Conviene aclarar ya, pues, varios aspectos sobre tal asunto.

En primer lugar, parece claro que la libertad de expresión no se refiere sólo al ámbito político. En el arte, la literatura, la conversación en la plaza pública, el gesto o la mueca, el ser humano también encuentra formas de expresarse que no pueden relacionarse de forma directa con los derechos de participación política²⁷. Desde luego, si se insistiese en la relevancia particular de la libertad de expresión para la democracia, resultaría posible buscar una clasificación de fórmulas que abarcara sólo ciertos terrenos (pongamos por caso, las campañas electorales o las instituciones representativas o los partidos). Pero esto sería una tarea forzada; resulta muy difícil mantener la categoría de una suerte de discurso público separado de otro que no alcanzaría la arena política, porque ¿cuándo entenderíamos que se ha llegado a esta última? Mensajes con escasa repercusión inicial pueden al día siguiente ser voceados por miles de medios, institucionales o no, políticos o asociativos, y más en una época como la nuestra, en la cual los medios de comunicación se han diversificado por obra y gracia de las nuevas tecnologías.

²¹ S. J. BRISON, «The Autonomy Defense of Free Speech», *op. cit.*, 334; J. WALDRON, «Dignity and defamation: The visibility of hate», *op. cit.*, 1638 y 1639, B. PAREKH, *Hate speech. Is there a case for banning?*, *op. cit.*, 2006, 219; S. INGBER, «The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth», *Duke Law Journal*, 1984, 1, *passim*.

²² S. J. BRISON, «The Autonomy Defense of Free Speech», *op. cit.*, 339; S. INGBER, «The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth», *op. cit.*, 17; R. DELGADO y J. STEFANCIC, *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, New York, New York University Press, 1997, *passim*.

²³ F. SCHAUER, *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, *op. cit.*, 23; J. FEINBERG, «Limits to the Free Expression of Opinion», en J. FEINBERG y H. GROSS (eds.), *Philosophy of Law*, Encino, Dickenson, 1975, 138.

²⁴ J. WALDRON, «Dignity and defamation: The visibility of hate», en *Harvard Law Review*, 123, 7, 2009, 1639.

²⁵ S. J. HEYMAN, «Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment», en I. HARE y J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, *op. cit.*, 2009, 170.

²⁶ S. J. BRISON, «The Autonomy Defense of Free Speech», *op. cit.*, 333, quien alude a su vez para respaldar su argumento a G. DWORKIN.

²⁷ Al respecto, J. COHEN habla de intereses expresivos, deliberativos e informativos («Freedom of Expression», *Philosophy & Public Affairs*, 22, 3, 1993, 223).

Lo que en realidad tienen en común todas las formas de expresión, así, resulta ser su *proyección social*, pues cualquiera de ellas pretenden dirigirse a alguna audiencia, ya sea de carácter amplio o de tipo reducido. Y poseyendo tal rasgo pueden entrar en el campo del derecho y sus restricciones, en la medida en que vulneren la libertad de otros o les causen algún mal. Que la entidad del daño originado sea cuantificada de tal o cual manera, o atendiendo a estos o aquellos parámetros, es lo relevante, con el fin de que hallemos en qué medida perjudica a la autonomía personal. Un valor que, aunque también los incluya, no se refiere sólo a los derechos de participación política. Y es que aunque éstos son los que mejor ensamblan, los que mejor reconocen aquélla en la esfera colectiva del autogobierno²⁸, no son los únicos que la sostienen²⁹, como confirma el catálogo de derechos de cualquier Constitución al estilo de la nuestra. De hecho resulta posible asimismo que ni la facultad de participación política ni otros derechos del ordenamiento resulten atribuidos a todos los sujetos a quienes se reconoce autonomía moral, con lo cual el argumento «democrático» quedaría en entredicho. Por tanto, pasaré a exponer qué elementos pueden influir en el respeto a este valor de modo que harían necesarias algunas restricciones a las expresiones que cayeran dentro del discurso del odio. Se trataría de una categoría sociológica y del análisis de las funciones que cumple el lenguaje en la comunicación humana. Para introducirme en el primer aspecto me detendré además previamente en la regulación penal española sobre el asunto.

2. EL GRUPO BAJO PROTECCIÓN

El primer inciso del art. 607.2 del Código Penal español se refiere a «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen» el delito de genocidio, es decir, a su apología, figura contemplada en el art. 18 a su vez de forma genérica. La conducta genocida supone una infracción gravísima, pues no prescribe (art. 131.2), y sería la cometida por aquellos «que, con propósito de *destruir* total o parcialmente a un *grupo nacional, étnico, racial o religioso*», «mataran a algunos de sus miembros», les «agredieran sexualmente», mutilaran o lesionaran, les sometieran «a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o» perturbaren «gravemente su salud», o «llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro» (art. 607.1 del Código Penal español)³⁰. El art. 607.2 merece poco comentario añadido, pues se refiere a las meras condiciones de *supervivencia física* de colectivos humanos y alude diáfananamente a los acontecimientos históricos más estremecedores del siglo XX. Resulta relativo a la prohibición de *políticas eliminacionistas que atacan la vida y la integridad física de poblaciones enteras*. Fuera de este tipo de fuente *universal*, es decir, aplicable a cualesquiera situa-

²⁸ O como sostiene MARTÍ, el tránsito de un conjunto de preferencias individuales a una función de preferencias colectivas reflejadas en la decisión final (J. L. MARTÍ, *La república deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, 45).

²⁹ Esto conduce a C. E. BAKER a rechazar el énfasis en este enfoque, y ampararse en la autonomía personal («Autonomy and Hate Speech», en *Extreme Speech and Democracy*, *op. cit.*, 146). Pero lo hace desde una posición formalista y no sustantiva, como él mismo señala (*ibid.*, 142), la cual será discutida a continuación.

³⁰ Las cursivas son propias.

ciones, países y regímenes, necesario para un mínimo respeto a los derechos humanos y la convivencia planetaria, la prohibición del discurso del odio se mueve en el rechazo de conductas que no intentarían tanto, al menos en principio, la *destrucción* de colectivos, como su *subordinación*.

En este otro campo, y de acuerdo con la clasificación citada unas páginas más atrás, lo primero que observamos al referirnos a las restricciones penales del *hate speech* en ordenamientos como el nuestro es que buena parte de ellas en realidad son especificaciones de otros tipos básicos. Tal supuesto puede advertirse claramente en el caso de las injurias y calumnias (art. 510.2, y por extensión, el art. 607.2 en su segundo inciso, respecto a los arts. 205 y 208, que amparan el *derecho al honor y la reputación*), así como en el de amenazas (art. 170 en relación con el art. 169, que protege la libre formación de la voluntad o el sentimiento de tranquilidad del sujeto)³¹. Los bienes jurídicos cobijados en unos y otros supuestos tendrían idéntica raíz, diferenciándose por predicarse o no respecto a *un colectivo* como víctima potencial.

Más problemático en nuestro Código es el tipo del art. 510.1, también acogido en países de nuestro entorno, y referido a la provocación «a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía». Esta norma se parecería a las anteriores citadas por pretender la protección de ciertos grupos, pero en este caso no existe un tipo básico del que sea especificación.

¿Por qué la normativa penal debe proteger grupos frente a ciertas conductas no estrictamente eliminacionistas, por qué no quedarse sólo con el art. 610.2 y olvidarse de los otros preceptos, al fin y al cabo sólo especificaciones de otros más tradicionales? Cabe preguntarse entonces quiénes resultarían perjudicados por tal medida. Antes que nada debemos considerar es que a menudo códigos como el nuestro no protegen propiamente grupos en abstracto sin más razones añadidas, sino que lo que ocurre es que a veces lo hacen con respecto a determinados individuos que revisten cierta *condición*, que implicaría a su vez *una vulnerabilidad, alguna indefensión en particular*. Tal es el caso del Título XV del CP español («delitos contra los derechos de los trabajadores») o del XV bis («contra los derechos de los ciudadanos extranjeros»). La orientación del ataque que potencialmente puedan sufrir tales personas, en consecuencia, debería suponer un tipo de protección u otra. Se trataría de grupos «visibles» socialmente, con un rasgo atribuible de manera más o menos inmediata al individuo de que se trate.

Ahora bien, lo que a continuación debe uno preguntarse, es cómo podría medirse la vulnerabilidad de tales sujetos. La falta de superioridad numérica no es buen indicador, resultando insuficiente por el motivo de que existen numerosos ejemplos históricos, e incluso actuales, de minorías fuertemente organizadas y que disfrutaban de posiciones de poder sobre las mayorías, algo a lo que a menudo contribuyen las divisiones o el aislamiento territorial. Así que una primera pauta para construir una noción de vulnerabilidad nos la proporcionaría la de que el colectivo de que se tratase estuviera «señalado» por *prejuicios* fuertemente arraigados en la sociedad (*contexto disminuyen-*

³¹ Según se trate de amenazas que sean condicionales o no.

te previo). En particular, asimismo, la *visibilidad* mayor o menor puede determinar una amenaza más grande en el caso de la «incitación al odio, la discriminación y la violencia», un delito «de clima» que puede desembocar en la amenaza a la seguridad personal³². En todas estas direcciones parecen apuntar, por cierto, los instrumentos internacionales como la Convención antes citada contra la discriminación Racial o el Convenio sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecho en New York el 18 de diciembre de 1979³³. En el *hate speech* la asimetría de poder no es contingente o producida por la coincidencia, sino más bien un *rasgo sistémico* del contexto del mundo en el cual dicho discurso aparece³⁴. Esto permitiría interpretarlo como compuesto de actos del habla o similares dirigidos a la subordinación más o menos inmediata.

Una segunda pauta para valorar la vulnerabilidad sería *la titularidad más o menos amplia de derechos*. Como es de conocimiento común, ciertas personas, por motivo de su pertenencia a un grupo determinado carecen de una ciudadanía completa, es decir, de los derechos de los que sí disfrutaban aquellos a quienes se reconoce de forma plena. Así sucede con los niños y los discapacitados, por razones obvias y justificables, y considerando que en épocas pasadas no disponían de casi ningún derecho, mientras que hoy se intenta graduar su posesión atendiendo a criterios objetivos. Pero también en otros casos en los cuales tales motivos no han sido defendibles o, cuanto menos, no de forma tan evidente. Tal supuesto puede percibirse en los casos de residencia más o menos continuada de extranjeros en territorio nacional, por no recordar otros ya del pasado en sociedades como la nuestra, como los de las mujeres o los homosexuales. Esa acotación excluyente ha impedido que tales personas hayan sido o sean tratadas como iguales en la comunidad, resultándolo más o menos según se encuentren recortadas sus facultades en un número mayor de ámbitos, como en el espacio de la deliberación democrática, que es el de los derechos de participación política y de las libertades de expresión, manifestación, reunión y asociación.

3. EL DAÑO Y LAS PALABRAS

Sin embargo a toda esta perspectiva sobre la existencia de prejuicios sociales o la visibilidad o sobre la titularidad recortada de facultades por su pertenencia a determinado colectivo, se le podría oponer la que entendiera que hay una clara diferencia entre las palabras o la expresión en general y la conducta. Es decir, la postura que acoge la idea de que una cosa son aquéllas y otras los actos, sin entrar en más consideraciones. «Las palabras no son equivalentes a palos y piedras»³⁵, sería el aforismo que sintetiza-

³² Y ello al margen de que no parezca posible castigar, como en cambio el primer inciso del citado art. 510.1 CP, la provocación al «odio». *Vid.*, en tal sentido, L. JERICÓ, «El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?», *Revista Penal*, 18, 2006, 166, y L. W. SUMNER, «Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis», en *Extreme Speech and Democracy*, *op. cit.*, 220.

³³ Bien que las medidas que alientan dichos textos no tengan por qué ser exclusivamente penales.

³⁴ K. GELBER, *Speaking Back: The Free Speech versus Hate Speech Debate*, Philadelphia, John Benjamins, 2002, 87.

³⁵ «Los palos y piedras pueden romper tus huesos, pero las palabras nunca te herirán. O al menos eso nos inculcaron nuestros padres cuando teníamos siete años». F. SCHAUER, «Uncoupling Free Speech», *Columbia*

ría esta manera de pensar³⁶. Es cierto que el mayor o menor alejamiento de la fuente del daño debería suponer en consonancia una graduación de la pena, la sanción o el remedio, pero esto no significa que las palabras no tengan a veces efectos muy similares a los de los actos, al menos en el receptor del discurso. Podríamos referirnos así a sus efectos «perlocucionarios»³⁷. Voy a detenerme brevemente en este punto.

J. L. AUSTIN criticó en su *How Do Things with Words*³⁸ la distinción habitual entre expresión y acto, así como, en el seno de la primera, entre la performativa y la constativa (la primera implicando a un acto determinado cuando concurrieran con ella varios elementos, como en una ceremonia nupcial, y la segunda tan sólo de carácter descriptivo)³⁹. Realizó en su lugar una clasificación tripartita de la expresión, que se dividiría en locucionaria, ilocucionaria y perlocucionaria. La primera, simplemente, poseería un significado. La segunda expresaría una creencia y la tercera supondría inducir al oyente a creer algo. Es decir, respectivamente se expresa una proposición, se articula una creencia y se induce al oyente a tener alguna. El problema es que estas posibilidades se pueden solapar en la misma expresión, que al margen de ser locucionaria puede también gozar de contenido ilocucionario y/o perlocucionario⁴⁰. Puede ser interpretada como una amenaza, una advertencia, una predicción e incluso una promesa; de manera que no podemos averiguar sus implicaciones sin conocer el *contexto* y las circunstancias de su emanación⁴¹. En cualquier caso, queda muy claro que la expresión puede inducir a conductas, reacciones e incluso estados de ánimo o creencias. Y lo más temible es que podría desembocar en un *efecto silenciador* muy similar al de una mordaza en muchos casos⁴², en concreto en aquellos en los que estemos ante la *presencia de grupos vulnerables*. Estaríamos en situaciones algo distintas que las de un mero daño psicológico inmediato⁴³, e incluso cuantificable, del *hate speech*⁴⁴. Sus víctimas aquí se hallarían sumergidas en una atmósfera de temor, rodeadas de un peligro que iría desde la amenaza a la seguridad personal (miedo a represalias por cualquier actuación que irritara a los difusores del discurso del odio), hasta su marginación de actividades sociales diversas (asistencia a eventos o espectáculos, a lugares de ocio, o, simplemen-

Law Review, 92, 1992, 147; y también lo cita en el mismo sentido, L. ALEXANDER, «Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense», *Constitutional Commentary*, 13, 1, 1996, 91.

³⁶ En realidad, los defensores de la línea que resultaría cercana a este viejo aforismo educativo lo que sostienen es que las palabras sí pueden herir, pero que este es el precio que debemos pagar por tener derecho a nuestra libertad de expresión como personas que gozan de autonomía (L. NEWMAN, «Liberty, Community, and Censorship: Hate Speech and Freedom of Expression in Canada and the United States», *op. cit.*, 376). Otra corriente más sofisticada, lo que hace es diferenciar las «ideas» de las «palabras» (L. ALEXANDER, «Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense», *op. cit.*, 91 en original).

³⁷ K. GELBER, *Speaking Back: The Free Speech versus Hate Speech Debate*, *op. cit.*, 56.

³⁸ Publicado póstumamente en 1962.

³⁹ Comentado profusamente en K. GELBER, *Speaking Back: The Free Speech versus Hate Speech Debate*, *op. cit.*, 52-56.

⁴⁰ *Ibid.*, 56 y 57.

⁴¹ *Ibid.*, 57.

⁴² O. FISS, «El efecto silenciador de la libertad de expresión», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 4, 1996, 17-27.

⁴³ A. ALTMAN, «Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Approach», *Ethics*, 103, 2, 302.

⁴⁴ Sobre el tema de este tipo de daño, *vid.* K. GREENEWALT, *Fighting Words: Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton, Princeton University Press, 1995, 50, y K. EGGERKING, «Australia: The Role of the Media in Perpetuating Racism», en S. COLIVER (ed.), *Striking a balance. Hate speech, freedom of expression and Non-discrimination*, Essex: Article 19- K, 1992, 86.

te, el hecho de deambular por la propia barriada). Y eso sin considerar efectos a más largo plazo, como la pérdida de autoestima en los intentos de ascenso social o mejora académica o profesional⁴⁵.

Todo esto le ha parecido a numerosos autores como sumamente difuso⁴⁶. Y a algunos les ha conducido a ver como única posible respuesta contra el *hate speech* al *tort* o la reclamación civil, basándose en una teoría del daño individualizado y de carácter injurioso (*face to face*)⁴⁷, pese a la problemática que suele conllevar este correoso camino procesal. El supuesto deposita la carga persecutoria sobre individuos que quizás temen represalias⁴⁸ y que precisamente a causa de tal miedo no quieran demandar, y desde luego, el riesgo de afrontar costes económicos más o menos elevados que en un proceso penal no estarían en juego de la misma forma. A ello súmese el asunto de la inmediatez que exija el caso al ordenamiento, pues resulta probable que no pueda aguardarse el resultado de una justicia demasiado lenta y cara.

Pero sobre todo, tal mecanismo sería insuficiente si se recoge el argumento que expongo a continuación, y que sostendría que *el efecto dañino originado por el hate speech no es sólo de tipo particular*, como tampoco lo es el producido por la circulación bajo los efectos del alcohol o el tráfico de moneda falsificada o el cometido contra el medio ambiente.

4. ¿CUÁL DEBERÍA SER LA BARRERA DEL HATE SPEECH?

Y es que si consideramos el tipo de sujetos contra los que se dirigiría el *hate speech*, es posible llegar a la conclusión de que el problema de la vulnerabilidad nos encamina a la protección, bajo cierto *principio*, tanto de un *bien participativo* como de un *derecho por razón de pertenencia a colectivo*. De acuerdo con la teoría sobre el lenguaje que antes se ha examinado, existiría la posibilidad de atacar aquéllos mediante la simple expresión, dependiendo mucho el éxito de tal acometida del *contexto* en el que se realice. Éste resultará *circunscrito* precisamente por los *parámetros* antedichos a la hora de delimitar la *vulnerabilidad* de ciertos sujetos: existencia o no de prejuicios arraigados contra el grupo, «visibilidad» del mismo, y atribución previa o no a sus miembros de facultades que les permitan contribuir al debate público o participar en las decisiones políticas colectivas.

El principio a proteger, pues, resulta ser el de la *igualdad*⁴⁹; hacia él confluyen las citadas variables, que no son otra cosa que criterios para medir el grado de aproxima-

⁴⁵ J. WALDRON, «Dignity and defamation: The visibility of hate», *op. cit.*, 1628.

⁴⁶ R. C. POST, «Racist Speech, Democracy, and the First Amendment», *William & Mary Review*, 32, 1991, 2, *passim*; L. ALEXANDER, «Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense», *op. cit.*, *passim*.

⁴⁷ T. MASSARO, «Equality and freedom of expression: the hate speech dilemma», *William & Mary Review*, 32, 2, 1991, 235, 249-250, 265; W. SADURSKI, «Racial Vilification, Psychic Harm, and Affirmative Action», en T. CAMPBELL y W. SADURSKI (eds.), *Freedom of communication*, Aldershot, Dartmouth, 1994, 85 y 88, y también W. SADURSKI, «Offending with Impunity: Racial Vilification and Freedom of Speech», *Sydney Law Review*, 14, 2, 1992, 195.

⁴⁸ K. GELBER, *Speaking Back: The Free Speech versus Hate Speech Debate*, *op. cit.*, 1.

⁴⁹ Sería un «principio en sentido estricto», de acuerdo con la noción de éste que expone RUIZ MANERO, es decir, como «norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento»: J. RUIZ MANERO, «Principios jurídicos», en *El derecho y la justicia*, 2.ª ed. (1.ª ed., 1996), de E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA, Madrid,

ción al mismo. El cual es a su vez premisa de la *autonomía personal*⁵⁰. El valor de ésta, al contrario que el de la libertad formal, que se refiere sólo a conductas específicas del individuo⁵¹, versa en cambio sobre la *capacidad de todo sujeto racional* para conformar su voluntad de acuerdo con una evaluación crítica⁵². A las circunstancias, y no a las elecciones. No considerar la vulnerabilidad del grupo de adscripción supondría obviar unas cuantas condiciones de su ejercicio⁵³. Se trataría de proteger la dignidad en el sentido de la existencia social básica de las personas, su reconocimiento como iguales⁵⁴.

Asimismo, esta consideración se encuentra íntimamente relacionada con la democracia deliberativa, que admite y fomenta en su seno la articulación de razones. El *debate* entre sujetos libres e iguales, pues, conformaría un *bien participativo* a proteger, y que no puede producirse individualmente. Resulta elaborado de forma conjunta, pues comprende una actividad que no sólo requiere de varios para producir el bien, sino que es valiosa sólo por la participación común⁵⁵. La deliberación democrática, sin embargo, podría ser puesta en peligro por el efecto silenciador del *hate speech* y las *preferencias adaptativas* que conlleva⁵⁶, arruinando el propio derecho a la libertad de expresión de los miembros de los grupos vulnerables⁵⁷. Pero los canales para que ésta se proyecte, en cualquier caso, tampoco pueden quedar libres cuando se enfrentan a *conductas intimidatorias*. Quien articula aquél sobre la base del *insulto* o la *amenaza sistemáticas* no parece estar reproduciendo las condiciones de la deliberación democrática, ni *tampoco* suministrando o intentando aportar una *información*⁵⁸ que pudiera ayudar a adoptar opciones libremente elegidas⁵⁹. Es más, lo que *pretende* tal individuo o grupo de ellos (en este último caso, y si estuvieran coordinados, con mayor eficacia

Trotta-CSIC, 2000, 152. Con él coincide básicamente el profesor E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de derecho constitucional. Vol. I. El Estado constitucional. Sistema de fuentes. Los derechos y libertades*, Madrid, Tecnos, 6.ª ed. (1.ª, de 1992), 2008, 356-359.

⁵⁰ «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». L. HIERRO, «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en J. L. COLOMER y E. DÍAZ (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002, 45.

⁵¹ «La libertad» a secas, sólo «se refiere a una modalidad de la acción, según la cual la persona actúa motivada por sus deseos», y, «con frecuencia nos referimos a la *libertad de los actos* y a la *autonomía de las personas*»; S. ÁLVAREZ, «La autonomía personal», en J. L. COLOMER y E. DÍAZ (eds.), *Estado, justicia, derechos*, *op. cit.*, 160. Cursivas propias.

⁵² «En la medida en que las personas tienen la capacidad para evaluar críticamente y ordenar sus deseos o preferencias de acuerdo con valores, ellas son valoradas por tal capacidad y tratadas como iguales»; *ibid.*, 170.

⁵³ S. ÁLVAREZ, «Access to Opportunities in Multicultural Societies and the Relevance of Public Expression», *Social & Legal Studies*, 18, 4, 2009, 546 y 556-57.

⁵⁴ J. WALDRON, «Dignity and defamation: The visibility of hate», *op. cit.*, 1610.

⁵⁵ Sigo la noción de D. RÉAUME, «Individuals, Groups, and Right to Public Goods», *University of Toronto Law Journal*, 38, 1, 1988, 10; si bien la autora aplica esta categoría a la cultura en su texto.

⁵⁶ S. J. BRISON, «The Autonomy Defense of Free Speech», *op. cit.*, 337, indica estas dos consecuencias, junto con la supresión de la autoestima en 335. Sobre ellas, *vid.* también J. L. MARTÍ, *La república deliberativa*, *op. cit.*, 111.

⁵⁷ Y peor aún, en este marco, sería el supuesto de que tales personas carecieran de ciertos derechos, como los de participación política, reunión, asociación, manifestación y sufragio. Al menos, en el otro supuesto, el discurso «equivocado» podría ser discutido gracias a la crítica expresada libremente.

⁵⁸ Por cierto, que el derecho a recibir información libre aparece en el art. 20.1.d) de nuestra CE.

⁵⁹ La «transformación de preferencias sólo pueda producirse de manera razonada, y por tanto libre, excluyéndose las coacciones, amenazas y otro tipo de limitaciones a la libertad» (J. L. MARTÍ, *La república deliberativa*, *op. cit.*, 95).

todavía), es socavar la autonomía personal de los terceros pertenecientes a grupos *vulnerables*, merced a la creación de un *clima que les haga callar*.

Y también actuar o expresarse de forma diferente en ámbitos no estrictamente políticos. El *derecho* protegido por la prohibición del *hate speech* es el *del aseguramiento de las condiciones básicas de desenvolvimiento de los miembros del grupo*⁶⁰, ese que permite conducirse libremente y sin miedo en la vida «ordinaria», es decir, en el lugar de trabajo, de ocio, cuando paseamos por las calles de una ciudad, acudimos a una celebración o ceremonia, a comprar el periódico en el quiosco o a esperar a unos amigos sentados en un parque. Todos ellos son actos que pueden ser perturbados e impedidos mediante la actuación de individuos que quieran crear una atmósfera atemorizadora. De tal manera que quedaría suprimido «el sentimiento subjetivo de seguridad respecto del conjunto de bienes jurídicos de los individuos del grupo afectado»⁶¹.

En nuestras sociedades, desgraciadamente, hay tendencias que, partiendo de premisas poco igualitarias, pretenden alimentarlas aumentando el grado de exclusión de ciertos colectivos, siendo dos de los principales, como se ha visto, la existencia de prejuicios sociales basados en estructuras de dominación y la inexistencia de la titularidad plena de derechos para determinados sujetos que viven entre nosotros. Tales son los elementos favorables a que el *hate speech* consiga *efectos discriminatorios*, y en consecuencia, factores a contrarrestar a través de ciertas medidas basadas tanto en sanciones penales, administrativas o de carácter educativo, como en políticas de reconocimiento generosas. Las propuestas excluyentes o discriminatorias que determinados grupos organizados difunden contra otros a los que quieren marginar, configuran el punto de partida para la asunción de dos principales tácticas. *Herir la reputación* del colectivo vulnerable de que se trate es una de ellas, *atemorizarle* es la otra. Ambas pueden confluir en una misma estrategia agresora, sobre todo cuando resultan coordinadas.

5. LAS MEDIDAS CONTRA EL *HATE SPEECH* Y SUS PROBLEMAS

La idoneidad de las reclamaciones civiles está expuesta a las críticas ya mencionadas un poco más arriba, al margen de que no existan buenos motivos para su supresión sino, en todo caso, para advertir su insuficiencia. Por otra parte y, en general, para hablar de un daño objetivable que justifique la intervención penal hay que referirse a uno que apunte a un bien jurídico y con el suficiente grado de proximidad como para lesionarlo o ponerlo en peligro seriamente⁶². Junto a ambos remedios

⁶⁰ Sigo aquí una formulación parecida a la J. M. LANDA GOROSTIZA, *La influencia penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del art. 510 del Código Penal*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000, 315 y 316. Lo que ocurre es que el autor piensa en su libro que en un Estado democrático como el nuestro y bajo condiciones de «normalidad» no hay un nivel de relevancia suficiente en el «grado de perturbación y en la dañosidad social que la lesión del bien jurídico entraña» (354), mientras que yo entiendo que la indefensión para el colectivo existe desde el momento en que sus miembros carecen de alguno o algunos de los derechos de la ciudadanía plena o parten de un contexto disminuyente previo.

⁶¹ J. M. LANDA GOROSTIZA, *La influencia penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del art. 510 del Código Penal, op. cit.*, 2000, 315 y 316. Las cursivas son propias.

⁶² «Aunque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de [...] ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y de sus integrantes como tales, no

que combatan el *hate speech*, además de las sanciones administrativas que pudieran preverse, caben otros que constituirían políticas de carácter general destinadas a impedir la promoción del odio, violencia o discriminación contra ciertos grupos o la difamación o el insulto contra ellos o sus miembros. Todos ellos podrían incluirse en el ámbito del bien o del derecho, merecedores de protección y arriba mencionados, de la siguiente forma:

1) Respecto al *bien participativo de la deliberación democrática*. Su defensa resulta abordable de manera más adecuada en otras esferas distintas de la penal. En primer lugar incentivando una autorregulación que los medios de comunicación quisieran adoptar voluntariamente. El TEDH ya señaló, en su sentencia *Observer y Guardian vs. United Kingdom*, que el público tiene el derecho a recibir ideas, de acuerdo con el papel destacado que tienen tales medios en el desarrollo de una opinión pública libre⁶³. Y ello hasta el punto reconocido por su otra resolución célebre, la del caso *Jersild vs. Dinamarca*, con la cual se declaró que este país había violado el art. 10 del CEDH, relativo a la libertad de expresión y de recibir y comunicar libremente opiniones e ideas, al condenar a un periodista que había introducido en un documental las declaraciones de un grupo de extrema derecha⁶⁴. Pero todo esto no acaece sin entender que los *mass media* tienen cierta responsabilidad ante determinados contextos de tensión, como también indicó la sentencia *Surek y Ozdemir vs. Turquía*⁶⁵.

En segundo lugar, cabe la posibilidad de dar voz a quienes habitualmente no la tienen, o bien para que el grupo al que pertenezca la víctima agredida por el *hate speech* pueda responder con argumentos que contribuyan a la deliberación⁶⁶. Dependiendo asimismo del vehículo que hubiera tomado el discurso del odio, se adoptarían unos mecanismos u otros, en proporción con el medio elegido para su difusión perniciosa⁶⁷. Este sistema evitaría la presencia directa de la víctima, sustrayéndola de cargas procesales que le obligaran a presentar una demanda. Ahora bien, aquella pertenencia no debería hacernos olvidar que aquí lo que nos importa es la libertad sustantiva de los individuos y no tanto la de los grupos, y que, como consecuencia de ello, en el caso de que éstos tiendan a estar organizados, también habría que exigirles determinados requisitos para intervenir en ese debate de respuesta. Es decir, se trataría de impedir otras vulnerabilidades de carácter transversal, *instaladas en el propio colectivo del que se trate*. De lo contrario, difícilmente podremos encontrar a personas legitimadas dentro de éste para responder al *hate speech*. Los portavoces emergerán del respeto a todos

conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal [...] para *los ataques más graves*, considerando tanto el resultado de *lesión* como el *peligro* creado para los *bienes jurídicos* que se trata de proteger» (STS 259/2011, de 12 de abril, FD 1.º, 1). Se trata del «principio de intervención mínima del derecho penal».

⁶³ (1992) 14 EHRR 153, par. 59.

⁶⁴ (1995) 19 EHRR 1.

⁶⁵ (1999) 7 BHCR 339, par. 63. Algo en lo que insiste K. EKKEGING, «Australia: The Role of the Media in Perpetuating Racism» (en *Striking a balance. Hate speech, freedom of expression and Non-discrimination*, op. cit., 82-86) y también J. ROWBOTTOM, «Extreme Speech and the Democratic Functions of the Mass Media», en *Extreme Speech and Democracy*, op. cit.

⁶⁶ K. GELBER, *Speaking Back: The Free Speech versus Hate Speech Debate*, op. cit., 127; O. LEE, «Legal weapons for the weak? Democratizing the force of words in an uncivil society», *Law & Social Inquiry*, 26, 4, 2001, 873.

⁶⁷ K. GELBER, *Speaking Back: The Free Speech versus Hate Speech Debate*, op. cit., 127.

los miembros del grupo, de forma que existan a su vez ciertos niveles de democracia dentro de él⁶⁸. De no cumplirse este principio, la idea de la respuesta discursiva de grupo queda muy debilitada.

Otro mecanismo importante para proteger el bien participativo al que me estoy refiriendo es la existencia de normas que impidan la extensión del discurso del odio en el terreno educativo. La enseñanza debe suministrar herramientas para que el individuo pueda adoptar un enfoque crítico ante la realidad que le circunda, incluida la información o los datos que le son suministrados. En este sentido, y sin alcanzar otras ambiciones desmedidas, sí resulta posible impedir que impartan clase, de manera más clara en niveles inferiores, quienes pretendan la propagación de aquel mensaje, mediante los oportunos mecanismos, administrativos o laborales, controlables siempre en última instancia de forma judicial⁶⁹. Lo contrario supondría educar a los individuos en la ausencia de respeto por la dignidad de los demás, algo indispensable para cualquier democracia. De hecho, contaría con la posición preeminente en el aula del docente, lo cual que supondría sin lugar a dudas un nivel de coacción insoportable. La Sentencia del caso *Keegstra* dictada por el Tribunal Supremo de Canadá⁷⁰ apunta a este extremo.

2) En relación con *el derecho al aseguramiento de las condiciones básicas de desenvolvimiento del grupo vulnerable*. WALDRON señala que «en el mundo real, cuando las personas demandan la clase de seguridad a la que intentan contribuir las leyes del *hate speech*, aquélla no versa sobre los detalles de la justicia», sino que «reside en los fundamentos [sociales] más nítidos», a saber, que «todos son igualmente humanos y que tienen la dignidad del ser humano»⁷¹. Esta reflexión sostendría su posible defensa por medio de leyes de carácter penal. En primer término, mediante la tipificación de las *amenazas* a grupo vulnerable (supuesto del art. 170.1 del CP español). Pero es más, también los ataques contra su *honor y reputación* y de carácter *repetido o sistemático* podrían estar socavando el mismo derecho. En este segundo caso resultaría valioso considerar, no sólo la *reiteración* del sujeto que profiriese las *injurias o calumnias* o defendiera o rehabilitase regímenes genocidas, sino también si todas estas conductas fuesen articuladas con publicidad más o menos amplia⁷², o a través de un mínimo complejo organizativo, pues tales circunstancias revestirían, sin duda, mayor relevancia; sin embargo, la jurisprudencia española se ha inclinado por el criterio de la incitación a la violencia para su represión penal⁷³. En cualquier caso, y fuera de estos supuestos de la amenaza directa o la calumnia e injuria contra grupos, frente a las conductas injuriosas

⁶⁸ Una postura parecida expresa M. MALIK, «Extreme Speech and Liberalism», en *Extreme Speech and Democracy*, *op. cit.*, 112.

⁶⁹ C. MCKINNON llega a proponer la expulsión de la academia de aquellos profesores que nieguen el acacimiento del Holocausto. «Should we tolerate holocaust denial?», *Res Publica*, 13, 2007, 1, *passim*.

⁷⁰ *R. vs. Keegstra* [1990] 3 S. C. R. 697. El caso implicaba a un profesor de enseñanza media cuyas lecciones eran a menudo propaganda antisemita, ocurriendo que luego examinaba a sus alumnos sobre aquéllas y puntuaba con buena nota a quienes las habían aprendido y se mostraban de acuerdo con su contenido. Fue expulsado por tal motivo de la escuela donde enseñaba. Pese a recurrir hasta llegar a la más alta instancia del país, el Tribunal Supremo canadiense rechazó su demanda.

⁷¹ J. WALDRON, «Dignity and defamation: The visibility of hate», *op. cit.*, 1626.

⁷² *Ibid.*, 1621, habla de «la publicación y el daño hecho a los individuos y grupos a través de la desfiguración de nuestra atmósfera social por expresiones visibles, públicas y semipermanentes».

⁷³ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5.º

face to face por motivo de pertenencia a un grupo vulnerable podría acudir al remedio de la demanda civil propuesta, así como al de la «réplica de grupo» que defiendo y menciono en el apartado anterior.

Pero es que además, y también con un alto nivel de reprochabilidad, a veces existen conductas intimidatorias dirigidas a atacar el aseguramiento de las condiciones básicas de desenvolvimiento del grupo vulnerable, el compromiso público de tratar con igual dignidad y respeto a todos los miembros de la comunidad, y que resultan difíciles de clasificar como amenazas estrictamente y en absoluto como injurias o calumnias. Se trata de actuaciones que incitarían a terceros a concretar aquella agresión. En lugar de las amenazas típicas, resultan de carácter indirecto y se hallarían muy mediatizadas en la consecución de su objetivo por el tipo de audiencia al que se dirigieran, así como por el momento de la actuación y el alcance del medio empleado. MILL pareció referirse a la posibilidad de este discurso cuando hablaba del orador que calentase los ánimos de una multitud hambrienta frente al establecimiento de un vendedor de grano⁷⁴. Al respecto, el Tribunal Supremo estadounidense ha hablado del contexto facilitador del «peligro claro y presente»⁷⁵, pero tampoco estaría de más considerar el tipo de audiencia a la cual se envíe el mensaje, como en los supuestos de menores o discapacitados. Y también, como se ha indicado en el supuesto de injurias y calumnias contra grupo, la reiteración de comportamiento y la existencia de una organización que pudiera respaldar aquellas conductas. Podría afirmarse que el bien de la seguridad de las condiciones básicas de desenvolvimiento del grupo ya está suficientemente protegido con la prohibición de la apología del genocidio o similares⁷⁶, pero el problema es que aquí no nos estamos refiriendo a un colectivo en abstracto, sino específicamente a uno o varios de carácter vulnerable en un contexto social determinado, y sin tener por qué serlo sólo respecto a una lesión de bienes jurídicos tan grande como la que supone la actuación genocida. Por tanto, hablaremos de un peligro que no ha de ser tan amplio, pero sí configurar un riesgo intenso de inmersión en conductas «violentas» subsumibles en el art. 510.1 del CP español. Recordemos que esta vía, pese a quedar severamente debilitada por la STS 259/2011, de 12 de abril (caso *Kalki*), no fue eliminada por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, supresora en cambio del delito de «negacionismo».

⁷⁴ J. GRAY y G. W. SMITH (eds.), *J. S. Mill On Liberty (in focus)*, London, Routledge, 1991, 72.

⁷⁵ Doctrina inicialmente formulada por HOLMES en *Schenck vs. United States*, 249 US 47, 52 (1919); W. SADURSKI, «Offending with Impunity: Racial Vilification and Freedom of Speech», *op. cit.*, 184, nota 57. «La pregunta en todo caso es la de si las palabras empleadas son utilizadas en tales circunstancias o resultan de tal naturaleza como para crear un peligro claro y presente» (S. L. NEWMAN, «Liberty, Community, and Censorship: Hate Speech and Freedom of Expression in Canada and the United States», *op. cit.*, 2002, 372). Esta doctrina fue luego completada por BRANDEIS en *Whitney vs. California*, 274 U. S. 357, 375 (1927); S. INGBER, «The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth», *op. cit.*, 1984, 17 y 18. Lo que viene a sostener es que existe un incorrecto funcionamiento en el «mercado de las ideas» en determinadas situaciones. Tales serían aquellas en las que existiera el peligro diáfano, es decir, cuya percepción no se debiese a un temor irracional, de que se produjera de forma inminente un acto violento o hecho ilícito. Esta inmediatez, así, haría imposible la discusión típica de aquel mercado. *Ibid.*, 17-19.

⁷⁶ J. M. LANDA GOROSTIZA, *La influencia penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del art. 510 del Código Penal*, *op. cit.*, 357-359 y 373, daría argumentos a favor de esta postura.

BIBLIOGRAFÍA Y ARTÍCULOS CITADOS

- ALEXANDER, A., 1996: «Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense», *Constitutional Commentary*, 13, 1, 71-100.
- ALTMAN, A., 1993: «Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Approach», en *Ethics*, 103, 2, 302-317.
- ÁLVAREZ, S., 2009: «Access to Opportunities in Multicultural Societies and the Relevance of Public Expression», *Social & Legal Studies*, 18, 4, 543-559.
- ÁLVAREZ CONDE, E., 2008: *Curso de derecho constitucional. Vol. I. El Estado constitucional. Sistema de fuentes. Los derechos y libertades*, Madrid: Tecnos, 6.ª ed. (1.ª, de 1992).
- AUSTIN, J. L., 1975: *How Do Things with Words*, Cambridge: Harvard University Press (2.ª ed.).
- BARENDT, E., 1985: *Freedom of Speech*, Oxford: Clarendon Press.
- BETEGÓN, J.; LAPORTA, F. J.; PRIETO, L., y PÁRAMO, J. R. (eds.): *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BRISON, S. J., 1998: «The Autonomy Defense of Free Speech», *Ethics*, 108, 2, 312-339.
- CAMPBELL, T., y SADURSKI, W. (eds.), 1994: *Freedom of communication*, Aldershot: Dartmouth.
- COHEN, J., 1993: «Freedom of Expression», *Philosophy & Public Affairs*, 22, 3, 207-263.
- COLIVER, S. (ed.), 1992: *Striking a balance. Hate speech, freedom of expression and Non-discrimination*, Essex: Article 19-K.
- COLOMER, J. L., y DÍAZ, E. (eds.), 2002: *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza.
- DELGADO, R., y STEFANCIC, J., 1997: *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, New York: New York University Press.
- DWORKIN, R., 1986: *A matter of principle*, Oxford: Clarendon Press (1.ª ed. de 1985, Cambridge: Harvard University Press).
- FEINBERG, J. y GROSS, H. (eds.), 1975: *Philosophy of Law*, Encino: Dickinson.
- FISS, O., 1996: «El efecto silenciador de la libertad de expresión», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 4, 17-27.
- GELBER, K., 2002: *Speaking Back: The Free Speech versus Hate Speech Debate*, Philadelphia: John Benjamins.
- 2010: «Freedom of political speech, hate speech and the argument from democracy: The transformative contribution of capabilities theory», *Contemporary Political Theory*, 9, 3, 304-324.
- GRAY, J., y SMITH, G. W. (eds.), 1991: *J. S. Mill On Liberty (in focus)*, London: Routledge.
- GREENEWALT, K., 1995: *Fighting Words: Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton: Princeton University Press, London and Human Rights Centre.
- HARE, I., y WEINSTEIN, J., 2009: *Extreme Speech and Democracy*, New York: Oxford University Press.
- INGBER, S., 1984: «The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth», 1, 1-91.
- JERICÓ, L., 2006: «El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?», *Revista Penal*, 18, 153-175.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., 2000: *La influencia penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del art. 510 del Código Penal*, Bilbao: Universidad del País Vasco.
- LEE, O., 2001: «Legal weapons for the weak? Democratizing the force of words in an uncivil society», *Law & Social Inquiry*, 26, 4, 847-890.

- LIPPMAN, G., y REDISH, M. H., 1991: «Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications», *California Law Review*, 79, 2, 267-311.
- MARTÍ, J. L., 2006: *La república deliberativa*, Madrid: Marcial Pons.
- MASSARO, T., 1991: «Equality and freedom of expression: the hate speech dilemma», *William & Mary Review*, 32, 2, 211-265.
- MCKINNON, C., 2007: «Should we tolerate holocaust denial?», *Res Publica*, 13, 1, 9-28.
- MEIKLEJOHN, A., 1948: *Free Speech and its Relationship with Self-government*, New York: Harper & Row.
- NAGEL, T., 1995: «Personal Rights and Public Space», *Philosophy & Public Affairs*, 24, 83-107.
- NEWMAN, S. L., 2002: «Liberty, Community, and Censorship: Hate Speech and Freedom of Expression in Canada and the United States», *American Review of Canadian Studies*, 32, 3, 369-396.
- PAREKH, B., 2005: «Hate speech: Is there a case for banning?», *Public Policy Research*, 12, 4, 213-223.
- POST, R. C., 1991: «Racist Speech, Democracy, and the First Amendment», *William & Mary Review*, 32, 2, 267-327.
- RÉAUME, D., 1988: «Individuals, Groups, and Right to Public Goods», *University of Toronto Law Journal*, 38, 1, 1-27.
- SADURSKI, W., 1992: «Offending with Impunity: Racial Vilification and Freedom of Speech», *Sydney Law Review*, 14, 2, 163-195.
- SCANLON, T., 1972: «A Theory of Freedom of Expression», *Philosophy and Public Affairs*, 1, 2, 204-226.
- SCHAUER, F., 1982: *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1992: «Uncoupling Free Speech», *Columbia Law Review*, 92, 1321-1357.
- SORIAL, S., 2010: «Free Speech, Autonomy and the Marketplace of Ideas», *Journal of Value Inquiry*, 44, 2, 167-183.
- WALDRON, J., 2010: «Dignity and defamation: The visibility of hate», en *Harvard Law Review*, 123, 7, 1596-1667.
- YONG, C., 2011: «Does Freedom of speech include hate speech?», *Res Publica*, 17, 4, 385-403.

VALORES Y EMPRESA: EL PAPEL DEL PLURALISMO *

Eusebio Fernández

Universidad Carlos III

RESUMEN. El presente artículo tiene como objetivo el reflexionar acerca de algunos valores morales que se considera deben servir de guía en ese conjunto de relaciones sociales que crean las empresas. No se trata, por tanto, de elaborar criterios externos al marco del desarrollo de las empresas, sino de partir de la vida y el lenguaje empresarial con el fin de evaluarlas moralmente. La ética empresarial tiene un campo de actuación más amplio que el del derecho, al mismo tiempo que no goza de su eficacia, pero tampoco se trata, solamente, de buenas intenciones o consejos de decencia pública. La importancia de la autonomía, la libertad, la responsabilidad, la confianza, la necesidad de buenas leyes, la seguridad, la buena fe o la profesionalidad son los contenidos básicos y plurales de la ética de empresa.

Palabras clave: valores morales, ética empresarial, decencia pública, pluralismo.

ABSTRACT. The purpose of this article is to reflect on some of the moral values that are meant to guide the set of social relations created within companies. This is, therefore, not about establishing criteria external to the framework around which companies develop, but rather observing companies' life and business language in order to evaluate it morally. The field of business ethics is broader than the legal field but lacks its efficacy. It also does not deal solely with good intentions and public decency. The importance of autonomy, liberty, responsibility, trust, the need for good laws, security, good faith and professionalism compose the basic and multiple contents of business ethics.

Keywords: moral values, business ethics, public decency, pluralism.

* Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2011. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2011.

Me corresponde disertar acerca de la ética de la empresa y el pluralismo. De entrada, la una, como parte de una ética cívica o como aplicación de sus propuestas y directrices al ámbito de la organización de las empresas, y el otro, como descripción de la existencia de diversidades en el plano de las concepciones del mundo, de la vida, pero también como toma de postura moral que valora positivamente esa diversidad, no tienen por qué estar conectadas necesariamente. Cabría por tanto una ética aplicada a la empresa sin contenidos plurales y negando de base la deseabilidad de admitir el pluralismo moral. Pero aquí voy a mantener la necesidad y la mayor corrección de la postura contraria. Por tanto, los contenidos de la ética de la empresa elegida son plurales, es decir, no uniformes, parten de sociedades plurales y prefieren tener como objetivos morales el mantenimiento del pluralismo moral. Nada que ver por tanto con absolutismos morales, aunque algunos de sus contenidos gozan de mayor permanencia y estabilidad que otros, Y nada tiene que ver con el relativismo moral, concepción que incluiría la postura de que en moral todo vale o todo vale igual. No, la ética, materia en la que debatimos, comparamos, preferimos y elegimos con suficiente libertad y, por tanto, responsabilizándonos de la conducta realizada, es incompatible con el relativismo moral. Lo que significa que la apuesta por el pluralismo moral, del que tanto I. BERLIN o J. RAWLS nos han enseñado, consta de un abanico amplio de opciones, pero no de todas las posibles.

Me parece que la pregunta por la viabilidad y utilidad de la ética empresarial no debe separarse de la de su necesidad y deseabilidad. Y una manera de poder pasar de la necesidad a la utilidad y la deseabilidad, a través de la viabilidad, es debatir éticamente al mismo nivel de la vida interna y funcionamiento de las empresas. Lo que equivale a decir que el lenguaje ético y el lenguaje empresarial deben entenderse entre sí. Como ocurre o debe ocurrir, también entre el lenguaje de la ética y el de la política. Como ha señalado J. M. LOZANO, «se trata de hacer propuestas éticas que asuman una perspectiva ética, pero que sean capaces de hablar críticamente, si hace falta un lenguaje empresarial»¹.

Esta advertencia metodológica es importante, además de constituir la vía adecuada para que la ética empresarial evite ser una ética de sermones y se erija como una ética realizable en el marco de una institución social, como es la empresa. La empresa, por influyente que sea su función en la vida cotidiana, además de abarcar elementos amplios y relevantes de ella, es un subcampo de otro más grande poblado por las organizaciones e instituciones sociales. Y ello significa, por principio, que la ética empresarial es una ética aplicada que forma parte de la ética social y económica o, para concretar más, de una ética cívica, es decir de una ética por y para los ciudadanos que viven en un determinado marco histórico y que hoy, de manera inexcusable está constituida, principalmente, por virtudes y derechos (ética de las virtudes más ética de los derechos). Además, la ética empresarial debe convivir con el derecho de una sociedad sin confundirse con él, pero no dándole la espalda, ya que algunas normas éticas no deben transformarse en normas jurídicas, pero otras sí lo hacen. En todo caso, la vivencia de las normas morales sirve para reforzar la eficacia de las normas jurídicas y a la inversa.

¹ J. M. LOZANO, *Ética y empresa*, Madrid, Trotta, 1999, 9.

Otro dato importante para tener en cuenta es que una ética empresarial, *como ética cívica aplicada*, si quiere mantenerse fiel a la divisa pluralista, debe considerar la diversidad y heterogeneidad de las teorías éticas existentes, entendida aquí como códigos éticos, para examinar, y por tanto optar, por lo que hay de aprovechable y recomendable en cada una de las éticas normativas, priorizando la viabilidad de su aplicación al mundo de la empresa. Ello equivale a admitir que, previamente a la constitución de los contenidos de la ética empresarial, existe una discusión y una opción política de carácter más general que no podemos soslayar. No es asunto baladí para la ética de la empresa que seamos más o menos liberales en el ámbito económico, socialdemócratas e intervencionistas, comunitaristas o republicanos, por referirme a algunas de las más patentes teorías de filosofía política. Además, poco haremos en la construcción de una ética de y para la empresa si previamente no nos hemos aclarado sobre la bondad y la justicia de nuestras acciones, los deberes morales que originan y el lugar que ocupan sus destinatarios que al hablar de moral y justicia, necesariamente abarcan a la humanidad en su totalidad, aunque se realizan en marcos culturales, tradiciones históricas y geográficas más reducidas. El tener en cuenta los intereses de todos los afectados por nuestras acciones se convierte así, en un lema básico de la ética.

Y al ser la empresa un multiforme lugar social donde no sólo se ejercen derechos sino que se producen, intercambian y comparten valores, se convierte también en un espacio de debate y discusión moral en el que aparecen comprometidos todos los sujetos que tienen que ver con ella.

A veces es preferible, además de admisible y adecuado, cambiar de perspectiva y métodos a la hora de enfrentarnos al debate y análisis de cuestiones importantes para la convivencia humana (y, por supuesto para el conocimiento y el progreso de la ciencia). Y ello ocurre también, en el ámbito del tratamiento de las cuestiones de ética normativa y aplicada. Con frecuencia dedicamos demasiados esfuerzos a los temas de carácter metaético, en detrimento de lo más urgente en el plano de las soluciones éticas a los conflictos sociales. Generalmente, las ramas del antipático relativismo y del orgulloso subjetivismo impiden ver con claridad las dimensiones del bosque.

Y quizá una manera eficaz de no sucumbir a algunas discusiones estériles en la reflexión moral, y de aparcar el escepticismo, sea invertir el mecanismo de acercamiento a las cuestiones éticas. Si a lo largo de la historia de la filosofía moral la reflexión y el debate ético que ha caracterizado a las distintas corrientes se ha dedicado a plasmar su idea del bien y de lo bueno, a fundamentarlo y a aplicarlo, modelando así la vida personal y las instituciones sociales, ahora se trata de partir de la existencia del mal, del daño y de las desgracias humanas para posibilitar que se vea mejor la necesidad ineludible del bien. Es posible que, en un primer momento, sea más fácil compartir la idea de lo que es abiertamente inhumano, perjudicial o injusto que sus contrarios. *Esta vía negativa* de acercamiento a los problemas éticos es útil, aunque insuficiente para los cultivadores más exigentes de la ética.

K. POPPER, hace ya bastantes décadas, insistió en su oportunidad al señalar en *La sociedad abierta y sus enemigos*: «Se aclara el campo de la ética si formulamos nuestras

demandas negativamente, es decir, si pedimos la eliminación del sufrimiento más que la promoción de la felicidad»².

Y más recientemente S. BLACKBURN, en una obra introductoria a la ética, ha indicado: «Otra aproximación posible al problema de la buena vida consiste en plantearnos qué es lo que debemos evitar. Para empezar, resulta mucho más fácil ponerse de acuerdo sobre esta lista... Siempre ha sido más fácil decir en qué consiste el infierno que en qué consiste el cielo»³.

Voy a ser fiel a la utilización de esta vía negativa. Por ello voy a partir de la referencia a tres casos acaecidos recientemente, que son objeto de una indignación moral fácilmente compartida, con el propósito de atajar, de esa manera, la cuestión de la necesidad de una ética empresarial. Su contenido y fundamentación ya son objeto, como creo que se pueda ver, de una vía positiva.

En el análisis, efectuado por M. J. SANDEL en su exitoso y celebrado libro *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*⁴, de un conjunto de casos contemporáneos que exigen una valoración ética por su trascendencia social hallamos, al menos, dos que afectan directamente a las cuestiones pertinentes de la ética empresarial. Se trata, el primero de ellos, de los precios abusivos exigidos por parte de un número de comerciantes a la población necesitada de ciertos servicios, como consecuencia de la devastación producida por el huracán Charley, verano de 2004, a su paso por Florida, y que tuvo como consecuencias más puntuales la muerte de veintidós personas y unos daños materiales que ascendieron a 11.000 millones de dólares. Como ejemplos, podemos quedarnos con los siguientes: «En una gasolinera de Orlando vendían a diez dólares las bolsas de hielo que antes costaban dos. Como no había energía eléctrica para las neveras o el aire acondicionado, a muchos no les quedó otro remedio que pagar. Los árboles derribados aumentaron la demanda de motosierras y reparaciones de tejados. Por retirar dos árboles del tejado de una casa se pidieron 23.000 dólares. Las tiendas que vendían pequeños generadores domésticos de electricidad por 250 dólares querían ahora 2.000. A una mujer de setenta y siete años que huía del huracán con su anciano marido y una hija discapacitada le cobraron 160 dólares por noche por una habitación de motel, cuando normalmente cuesta 40»⁵.

Como no podía ser de otra manera, el asunto produjo acaloradas discusiones en los medios de comunicación, que dieron lugar a un interesante debate acerca de los precios abusivos en situaciones tan dramáticas como las señaladas. En dicho debate salieron a flote importantes cuestiones donde se aducía desde los límites a la avaricia humana y la justificación o no de la actuación de los poderes públicos en circunstancias excepcionales, hasta el alcance de las reglas del libre mercado, la competencia y el éxito empresarial. No cabe ninguna duda sobre la oportunidad de plantearse cuestiones de

² K. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, London, Routledge & Keagan Paul, vol. I, 1962, 285.

³ S. BLACKBURN, *Sobre la bondad. Una breve introducción a la ética*, Barcelona, Paidós, 2002, 149. Vid. también E. GARZÓN VALDÉS, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, 344 y ss. Coincido con su apreciación de «que puede admitirse que es más fácil comprobar una actitud universal de rechazo del mal absoluto más que de coincidencia acerca de lo bueno absoluto», 348.

⁴ M. J. SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Barcelona, Debate, 2011, traducción de J. P. CAMPOS GÓMEZ.

⁵ *Ibid.*, 11.

este tipo: «¿está mal que los vendedores de bienes y servicios saquen partido de un desastre natural cobrando tanto como el mercado pueda soportar? Si está mal, ¿Qué debería hacer la ley al respecto, si es que debe hacer algo? ¿Debe prohibir el Estado las subidas especulativas de precios incluso si con ello, interfiere en la libertad de compradores y vendedores de cerrar los tratados que deseen»⁶.

El segundo ejemplo tiene que ver con el rescate bancario, decidido por el Gobierno y el Congreso de los Estados Unidos para aminorar las consecuencias negativas de la crisis financiera de 2008-2009.

Los hechos son los siguientes: «La rabia pública por la crisis financiera de 2008-2009 viene aquí a cuento. Durante años, los precios de las acciones y de la propiedad inmobiliaria habían estado subiendo mucho. El día del juicio llegó cuando reventó la burbuja inmobiliaria. Los bancos e instituciones financieras de Wall Street habían ganado miles de millones de dólares gracias a complejas inversiones respaldadas por hipotecas, pero su valor cayó en picado. Las antes orgullosas firmas de Wall Street se balanceaban ahora al borde del abismo. El mercado bursátil se hundió, y arrastró consigo no solo a los grandes inversores, sino a los estadounidenses corrientes, cuyos planes de pensiones perdieron buena parte de su valor. La riqueza total de las familias estadounidenses disminuyó en 2008 en once billones de dólares, cantidad igual a la producción anual de Alemania, Japón y el Reino Unido juntos.

En octubre de 2008, el presidente George W. Bush pidió al Congreso 700.000 millones de dólares para rescatar a los grandes bancos y entidades financieras de la nación. No parecía equitativo que Wall Street gozase de beneficios enormes en los buenos tiempos y que ahora que las cosas iban mal pidiera a los contribuyentes que pagasen la factura. Pero no parecía haber otra salida. Los bancos y demás entidades financieras habían crecido tanto y habían llegado a influir hasta tal punto en cada aspecto de la economía que su hundimiento habría arrastrado consigo al sistema económico entero. Eran “demasiado grandes para caer”⁷.

Pero la discutida, aunque parece que imprescindible, concesión de los fondos para el rescate, pagados con cargo a los contribuyentes fue seguida de otra iniciativa, ya no decidida por la Administración, que consistió en el pago de primas que algunas de las entidades favorecidas por el rescate entregaron a sus ejecutivos. La indignación y las protestas públicas, como es perfectamente lógico, no se hicieron esperar. Difícilmente es posible encontrar alguna justificación moral a tal tomadura de pelo. Ni ningún punto de vista sobre la justicia parece permitir el pago de esas primas con cargo, al fin y al cabo, al dinero público, como respuesta a fracasos generados por la irresponsabilidad y la avaricia.

¿Es correcto premiar de esta manera la codicia? ¿Está permitida moralmente la indiferencia frente a la avaricia cuando van bien las cosas y se logran preciados éxitos económicos y la indignación cuando las cosas se tuercen, dando lugar a resultados económicos y sociales desastrosos? ¿Dónde se halla la diferencia, en nuestras convicciones morales o en actitudes sociales condicionadas culturalmente?

M. SANDEL plantea con claridad este conflicto moral: «Tras la indignación por el rescate —señala— había una creencia sobre el merecimiento según el punto de vista

⁶ *Ibid.*, 14.

⁷ *Ibid.*, 21 y 22.

de la moral: los ejecutivos que recibieron las primas no se las merecían, como tampoco el rescate las firmas a las que salvó. Pero ¿por qué no? La razón podría ser menos evidente de lo que parece. Piénsese en dos respuestas posibles, una que se refiere a la codicia y la otra al fracaso».

Y aduce un hecho incontestable: «La gente se indignó en 2008 cuando las entidades de Wall Street (algunas de las cuales, si existían todavía, era sólo gracias al respaldo económico de los contribuyentes) entregaron 16.000 millones de dólares en primas. Pero esta cifra no era ni la mitad de la que pagaron en 2006 (34.000 millones) y 2007 (33.000 millones). Si la codicia es la razón de que no se merezcan ahora el dinero, ¿Qué razón puede haber para decir que se lo merecían entonces?».

Para concluir: «La verdadera objeción de los estadounidenses a las primas —y al rescate— no es que recompensen la codicia, sino que premien el fracaso. Los estadounidenses son más duros con el fracaso que con la codicia»⁸.

Deseo pensar que en el marco europeo, y en el español, esa conclusión hace un momento señalada, iría acompañada de objeciones, o, al menos, importantes matizaciones. Pero lo que aquí ahora me interesa es resaltar que han aparecido ya términos morales convencionales en la discusión secular sobre la justicia como merecimiento, premiar o codicia. Además podríamos complicar el debate planteado, y que hasta ahora se ha centrado en buscar los motivos de la falta de justificación moral o de merecimiento del rescate y el pago de las primas en la cabal respuesta a la codicia y/o al fracaso, introduciendo la posibilidad de que el no merecimiento del rescate y las primas sea el resultado de la irresponsabilidad moral⁹, la falta de prudencia o la simple indecencia. En todo caso, la corrección de nuestras valoraciones morales no se puede hacer depender de que corran buenos o malos tiempos para el mercado, sino de la respuesta a la pregunta de si cabe plantear la existencia de limitaciones morales a la existencia y a las consecuencias sociales del libre mercado. Y me parece que es del todo pertinente mantener la distinción del mercado como modo de producción del mercado como modo de distribución de bienes sociales.

Este verano de 2011, además, nos ha traído un nuevo caso para permitirnos reflexionar sobre la ética empresarial en una sociedad libre. Se trata del escándalo de las escuchas ilegales llevadas a cabo por parte de medios de prensa del grupo Murdoch. El caso, además, ha salpicado al propio sistema político y económico británico y a los miembros de la policía, sacando a la luz muchos elementos inmorales que, a pesar de su evidente deshonestidad han contado durante mucho tiempo con el acompañamiento del éxito y del beneficio.

La indignación que estos hechos han provocado en la sociedad, ¿es simple rencor u odiosa envidia o va más allá? Creo que el asunto no solamente puede llegar a estimular las bajas pasiones en la gente. Me parece que además son prueba de irritación moral sincera que araña y remueve las bases de la idea de una sociedad decente y justa. La ética no solamente es debate, análisis y reflexión racional sobre lo razonable moralmente. Creo que nos equivocamos si no admitimos en el ámbito ético el papel

⁸ *Ibid.*, 24 y 25.

⁹ Recomiendo la lectura del trabajo de E. GARZÓN VALDÉS, «El enunciado de responsabilidad», incluido en su reciente libro *Propuestas, op. cit.*, 155 y ss.

esencial que ejercen el carácter, el ánimo, los sentimientos o las pasiones. Como nos ha recordado en un libro reciente V. CAMPS «no hay razón práctica sin sentimientos» y «El gobierno de las emociones es el contenido de la ética»¹⁰. La respuesta indignada del que observa o sufre las inmoralidades de la libertad empresarial mal entendida no solo es expresión de emotividad, es también un acto de moralidad propio de ciudadanos decentes, responsables y con una idea de justicia que trasciende sus propios intereses y derechos.

Cabe preguntarse si los tres ejemplos presentados aquí son una demostración de lo adecuado de la idea de que *la ética es rentable para la empresa*. Ojalá así fuera, aunque habría que añadir que su campo de verificación está más cercano del medio y largo plazo que a corto plazo.

Parece, por tanto, que existen buenas razones, de argumentación y de justicia, para hablar de criterios y limitaciones morales aplicables al ámbito empresarial. Sin embargo, no cabe la satisfacción de una respuesta afirmativa sin añadir cuáles deber ser esos criterios y límites morales y con qué fundamentación cuentan, preguntas siempre pertinentes cuando nos adentramos en el ámbito de las éticas normativas y aplicadas.

La rentabilidad de la ética para la empresa no hay que tomarla en un sentido literal, lo que significaría estar abogando por la mercantilización de la ética. La rentabilidad a la que hemos de referirnos es la rentabilidad de la responsabilidad moral, la que deriva de la exigencia de autonomía y libertad. Es la responsabilidad que exige asumir deberes y obligaciones y no sólo la reivindicación de derechos. Es la conjunción de la ética de las virtudes con la ética de los derechos. Probablemente *sólo esa responsabilidad constituya el mecanismo capaz de crear confianza*, algo tan imprescindible en el ámbito de la empresa, como en el de la economía o la política. La confianza es un sentimiento social fuerte que no se puede lograr a golpe de legislación, aunque, sin duda, las buenas leyes dan seguridad y generan confianza.

Autonomía, libertad, responsabilidad, confianza, buenas leyes, seguridad... pronto van apareciendo los ejes claves para edificar y mantener cualquier ética de la empresa.

Además, teniendo en cuenta que en el marco de una empresa se integran y desarrollan elementos con vida propia, como son el capital, el mercado, la competencia, la creación de productos, la satisfacción de necesidades humanas, el trabajo o el beneficio y que crean entre sí relaciones sociales más o menos estables, harán presencia inmediatamente otros valores para ordenarla y regularla adecuadamente. Así, a manera de ejemplo, según un estudioso veterano de estos asuntos, J. L. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ: «Servicio al cliente, pasión por la calidad, respeto a las personas dentro de la organización, búsqueda de la excelencia, colaboración con el Estado, acatamiento de la legalidad, cuidado del medio ambiente, comportamiento cívico y preocupación por las responsabilidades sociales de la empresa, justicia en las relaciones bilaterales con los proveedores y distribuidores, fe en el limpio juego del mercado y apuestas por una sana y libre competencia, que respete los derechos de los competidores. Tales son algunas de las divisas que parecen estar asumiendo muchas empresas en sus políticas y planes de negocio»¹¹.

¹⁰ V. CAMPS, *El gobierno de las emociones*, Barcelona, Herder, 2011, 13 y 14.

¹¹ J. L. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Ética para empresarios y directivos*, Madrid, Esic Editorial, 1994, 17.

Pero conviene advertir de y resaltar algunos presupuestos teóricos y máximas metodológicas de interés, para que nuestro quehacer no se desarrolle por caminos inapropiados. Podemos señalar algunos ejemplos al respecto. Así, no debe olvidarse que el beneficio, aunque no tenga por qué ser el único objetivo de una empresa, sí es un fin esencial a su existencia. Una empresa no es una institución de caridad, ni debe actuar como tal. Ganar dinero entra entre los fines legítimos de una empresa. Sin embargo, lo que también es legítimo desde una perspectiva ética es plantearse cómo se gana y si ello repercute negativamente en otros valores sociales relevantes. De la misma manera que existen medios eficaces e inútiles, se dan medios decentes¹² e inadecuados desde el punto de vista ético.

También, en el marco de las prácticas correctas e incorrectas desde el punto de vista ético, se debe evitar caer tanto *en posturas minimalistas como maximalistas*. Las primeras son las que reducen el análisis y valoración ética a lo jurídicamente permitido. Las segundas son las que intentan que el derecho abarque e integre todas las exigencias éticas significativas en una sociedad. En ambos casos se está confundiendo la moral y el derecho, sin tener en cuenta las distinciones y separaciones entre el ámbito moral y el ámbito jurídico que toda sociedad libre, abierta y plural requiere. En este tipo de sociedad es lógico que la ética sea más exigente que el derecho, aunque éste siempre recoja contenidos éticos básicos. De alguna manera se podría indicar que la ética empresarial, como toda ética aplicada, se mueve en un área que nunca pertenece exclusivamente a la moral ni al derecho, pero se alimenta de la una y del otro. Así la confianza mutua, la lealtad, el cumplimiento de la palabra dada, la lucha contra el fraude, el respeto a los consumidores o la buena fe, presupuestos indudables de la vida empresarial decente, merecen la atención de la moral y del derecho, pero, salvo en lo que coinciden, lo hacen de manera diferente. Ese déficit moral de lo permitido jurídicamente quizá sea el precio necesario que debe pagar una sociedad compuesta por ciudadanos libres e iguales ante la ley. Y aquí la ética empresarial adolece de una característica que es común a todas las éticas de las profesiones. Y lo hace sobre todo teniendo en cuenta la terrible experiencia humana de aquellas sociedades que han intentado moralizar lo político y lo jurídico desde posturas dogmáticas y absolutistas o utilizar la intervención asfixiante del Estado totalitario. Los medios de humanizar la vida social y económica también deben ser calibrados y medidos. De lo contrario caerán en la peor ideologización política o en la hipocresía moral aguda.

¿Significa esto que una gestión moral de la empresa debe situarse, sin matices, en la ética de la responsabilidad y no en la ética de las convicciones, utilizando la distinción en el sentido weberiano? No necesariamente. Como he señalado en otro lugar, referido al marco de la política, siempre caben soluciones intermedias como es el caso de *una ética de convicciones responsables*¹³.

Y esa podría ser la situación de una ética empresarial que tenga como principios el respeto a la legalidad, la profesionalidad, la confidencialidad, la fidelidad y responsabilidad, la buena fe, el evitar conflictos de intereses o el respeto a la integridad de las personas¹⁴.

¹² La utilización del calificativo decente que aquí aparece tiene que ver con las características a que se ha referido A. MARGALIT, *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 2010, trad. de C. CASTELLS.

¹³ E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Valores constitucionales y derecho*, Madrid, Dykinson, 2009, 36.

¹⁴ J. L. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Ética para empresarios y directivos*, op. cit., 181.

Hoy cualquier propuesta de ética social y económica debe incluir una parte esencial de *ética de, para y en la empresa*, pues son muchos aspectos de la vida cotidiana en los que interviene la empresa, tanto en el trabajo como en el ocio. El todo vale, si se producen beneficios, tiene un poder aniquilador muy claro y es una fuente de creación de actos de corrupción. Además, el mundo de la empresa debe estar sometido al imperio de la ley, y no de cualquier ley, sino de las que caben en el *ámbito del Estado social y democrático de derecho* que representa ya de por sí una opción ética inconfundible. Y estas exigencias morales no son incompatibles con la libertad a la hora de hacer negocios, con su rentabilidad, con la calidad de los productos, con la honradez, la creatividad, el reconocimiento del esfuerzo o mérito, la capacidad de iniciativa y los derechos de los empleados, proveedores y consumidores.

Si atajamos las cuestiones que plantea la ética empresarial con realismo, conocimiento y prudencia, evitando caer en la fácil «moralina», fiel aliada de la hipocresía, podremos entender el significado de la idea de que no se deben hacer negocios al margen de la ética y eliminar la desconfianza que los empresarios puedan tener hacia esta ética de mínimos que estoy propugnando¹⁵.

Tomando como base los distintos valores, principios y propuestas de acción correcta que han ido apareciendo a lo largo de la exposición y que constituirían el modelo y contenido axiológico de una ética normativa aplicable a la empresa, es el momento de preguntarse por su estatuto ontológico y epistemológico, es decir, por la manera más correcta de sustentarlas (validez y vigencia) y por la forma y alcance epistemológico de su defensa y los argumentos racionales que podríamos utilizar a su favor en un debate sobre ellos o a la hora de pretender solucionar un posible, y bastante probable, conflicto de valores.

Por contestar rápidamente a esos dos interrogantes. En primer lugar: estamos hablando de valores plurales, que pueden entrar en colisión entre sí y cuya existencia no cuenta con una validez absoluta, sino lastrada por la temporalidad, la tensión y la falta de armonía total entre ellas. En segundo lugar: la mejor manera de contar con un argumento sólido a la hora de justificar un valor, norma o solución a un conflicto valorativo es aplicar el principio kantiano de la universalizabilidad, o en una versión más simplificada: tener en cuenta los intereses de todos lo que se ven afectados por una propuesta, solución u opción.

Parece claro que no se debe insistir mucho en que el pluralismo moral (pluralismo descriptivo y pluralismo normativo) es difícilmente conciliable con el absolutismo moral, con su uniformidad y su orgulloso dogmatismo. Uno y otro olvidan la idea de historicidad de los seres humanos. Aunque, es necesario decirlo, el pluralismo moral no se olvida de la rotundidad moral y de la moderadamente flexible contundencia de ciertos valores como el respeto a la dignidad o valor de los seres humanos, es decir, su integridad física y moral, la seguridad, la autonomía, la libertad, la igualdad o la solidaridad. Lo que hace el pluralismo es recordarnos que la vigencia al mismo tiempo de todos esos valores no es totalmente armónica y absoluta sino que requiere que algunos

¹⁵ Algo de esto está señalado en mi aportación al libro colectivo de R. DE ASIS, E. FERNÁNDEZ, M.ª D. GONZÁLEZ AYALA, Á. LLAMAS y G. PECES-BARBA, *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, del que fui su editor y prologoista, Madrid, Dykinson, 1996, 145 y ss.

de ellos, o parte de algunos de ellos, se vean limitados o sacrificados por la preponderancia de los otros. Y, al mismo tiempo, el pluralismo se sustenta en la creencia de que es prácticamente imposible hablar de valores válidos en todo tiempo y lugar, porque la historia y la cultura tienen mucho que decir al respecto y en sentido contrario.

Pero tampoco el pluralismo moral hace buenas migas con el relativismo. Le cuesta pensar que todos los valores se reduzcan a lo relativo del tiempo y lugar, que todo sea del color del cristal con que se mira o que todo vale igual, ya que cada valor o norma moral encuentra su justificación en la sociedad y en la cultura que los arroja y no nos están permitidas las comparaciones en términos morales. El pluralista moral suele tener en cuenta que, a pesar de la historicidad y la culturalidad de los valores, las distintas y diversas concepciones morales tienen elementos también comunes entre ellas y que éstos se pueden comprobar incluso en grandes unidades de espacio y tiempo. Y esa creencia es aún más sólida si comprobamos las coincidencias acerca del mal entre concepciones morales distintas, lo que anteriormente se ha denominado vía negativa de acercamiento a la moral.

El escéptico sobre todo esto haría bien, si quiere convencernos de la rigurosidad de sus opiniones, en plantearse, por ejemplo, si los contenidos, en derechos y deberes, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, proclamada y aprobada por la ONU, supera el test de universalizabilidad o punto de vista universal (que, en ningún caso significa creer o expresar que sus contenidos han sido válidos y son válidos, en todo tiempo y lugar. El punto de vista universal, por tanto, es normativo y no descriptivo).

En resumen, un filósofo contemporáneo, autor de una interesante introducción a la filosofía moral, no ha estado desacertado al escribir sobre estas cuestiones: «Tiene que haber una vía intermedia entre las arenas movedizas del relativismo y las frías rocas del dogmatismo»¹⁶.

Y respecto a la fundamentación de los valores —todos en torno a la idea de justicia— que hemos de aplicar a las realidades y dinámica empresariales no nos sirve tampoco ni el absolutismo moral ni el relativismo. Parece más adecuada la postura del pluralismo valorativo, pero a partir de una ética de mínimos de carácter intersubjetivo y universalizable. Sin embargo, algunas teorías de la justicia contemporáneas han ido demasiado lejos en la distinción entre lo bueno y lo justo, quizá motivadas por la necesidad de que lo justo pueda recoger unos mínimos realmente compartidos entre visiones morales, culturas e ideologías distintas y, además, enfrentadas entre sí. Dudo de la conveniencia de exigir, sin matices, ese precio, que puede estar sacrificando aspectos esenciales de algunas concepciones de la justicia y que pueden ser enriquecedores de otras a ellas enfrentadas. Y siempre es mejor un debate vivo que la fría e insatisfactoria neutralidad de no querer entrar en los porqués.

Por ello, creo que le sobran razones a M. SANDEL cuando ha señalado: «El intento de desligar los argumentos sobre la justicia y los derechos de los argumentos sobre la vida buena es un error por dos razones: en primer lugar, no siempre se pueden zanjar las cuestiones referentes a la justicia y a los derechos sin resolver cuestiones

¹⁶ S. BLACKBURN, *Sobre la bondad. Una breve introducción a la ética*, op. cit., 50.

morales sustantivas; y en segundo lugar, incluso cuando es posible, puede que no sea deseable»¹⁷.

En definitiva, abundan argumentos teóricos, pero también de oportunidad y de utilidad, para mantener la continuidad entre la filosofía moral y las filosofías política y jurídica¹⁸. Y ese es el ámbito adecuado, me parece, para tratar las cuestiones referentes a la ética empresarial.

La ética empresarial debe utilizar simultáneamente, y recaer en, una doble vía: la personal y la institucional. Cualquiera de las dos, independiente de la otra, resultan inútiles; salvo que esperemos hacer del empresario un santo o de las leyes mercantiles un catecismo omnicompreensivo con poderes absolutos.

¹⁷ M. SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., 284.

¹⁸ Resalté algunas de estas cosas en el prólogo al libro *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, op. cit., 9 y ss.

EL TIEMPO DE LA CONSCIENCIA Y LA LIBERTAD DE DECISIÓN: BASES PARA UNA REFLEXIÓN SOBRE NEUROCIENCIA Y RESPONSABILIDAD PENAL *

Mercedes Pérez Manzano

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. En este trabajo se exponen y analizan algunos de los elementos de la discusión actual sobre Neurociencia y responsabilidad penal. En particular, se ocupa de examinar los experimentos de Libet sobre la precedencia temporal de la actividad cerebral inconsciente tanto desde la perspectiva de las objeciones metodológicas realizadas por los científicos a dichos experimentos como desde la óptica de la relevancia de sus conclusiones para la comprensión de la actuación humana en contextos normativos. El trabajo concluye afirmando, de un lado, la insuficiencia de los conocimientos neurocientíficos actuales para sostener que la actividad cerebral inconsciente domina la actuación humana y, de otro, que el funcionamiento causal del cerebro y la incidencia de la actividad cerebral no-consciente en la toma de decisiones y en la ejecución de las acciones no impiden la defensa de una concepción de la persona como ser dotado de consciencia y voluntad; rasgos que cumplen una función relevante en la actuación humana y constitutivos de la concepción de la persona como libre.

Palabras clave: Neurociencia y responsabilidad penal, Libet, consciencia y voluntad.

ABSTRACT. The present paper deal with some elements of the current debate about Neuroscience and criminal responsibility. Specifically it deal with Libet's experiments and conclusions about the temporal priority of the unconscious brain activity in respect of the conscious decision. This work explains the methodological objections made to Libet's experiments and those relating to its failure to explain human action in normative contexts. The main conclusions are: the insufficiency of current neuroscientific knowledge to argue that the unconscious brain activity dominates human action; the causal functioning of the brain and the incidence of non-conscious brain activity on decision-making and implementation of actions do not preclude the defense of a conception of the person as being endowed with consciousness and will, features that play a relevant role on human action and that are constituent of the person as free being.

Keywords: Neuroscience and criminal responsibility, Libet, consciousness and will.

* Fecha de recepción: 19 de junio de 2012. Fecha de aceptación: 3 de julio de 2012.

1. INTRODUCCIÓN

1. La polémica acerca de si el actuar humano es libre o está determinado constituye una de las cuestiones esenciales sobre las que todo penalista ha reflexionado en algún momento de su vida profesional y ello debido no sólo a la fascinación que despiertan las cuestiones existenciales y especialmente las que, como ésta, parecen exceder a la propia comprensión humana —¿cómo podemos concebirnos a nosotros mismos como seres determinados si tenemos conciencia de ser libres?—, sino debido también a la importancia que tiene para la fundamentación de la responsabilidad y el derecho penal; pues la libertad del ser humano fundamenta la posibilidad misma de emitir los juicios de mérito y reproche que justifican la selección de quien actúa como merecedor de premios o de castigos, singularmente, del autor de un delito como merecedor de sanción penal.

En el debate sobre la libertad del ser humano son muchas las perspectivas de análisis ¹, las disciplinas y momentos históricos en los que éste tiene lugar, de modo que, en atención a la multitud de reflexiones realizadas por los filósofos, científicos y juristas más capaces, debería haberse hallado una conclusión válida y compartida si no por todos, al menos por una mayoría amplia. Sin embargo, no parece una cuestión zanjada o resuelta, sino que, más bien, la polémica se encuentra en una especie de latencia permanente a la que resulta implícita la cláusula *rebus sic stantibus*. Y es que, de tanto en tanto, nuevos conocimientos científicos irrumpen en el debate filosófico, moral y jurídico, avivando la polémica y desequilibrando el saldo de la misma en favor del libre albedrío o del determinismo. La Neurociencia se ha erigido en las últimas décadas en la última protagonista del debate al haber aportado conocimientos que parecen decantar la contienda en favor del determinismo. El cuestionamiento de la concepción del ser humano como sujeto libre que controla y dirige de forma consciente su conducta y sobre todo de la imagen de la libertad humana como algo ajeno al mundo causal-material actuado por el cerebro, se sustenta en el marco de la Neurociencia, especialmente ², en las conclusiones de los experimentos realizados por B. LIBET en

¹ La bibliografía sobre la cuestión de la libertad del ser humano es inabarcable. Para una visión general sobre el debate y su incidencia en derecho penal, F. MOLINA, *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

² Sobre el debate en Alemania, y cómo sobre afectan los conocimientos neurocientíficos a la imagen del ser humano como libre *cf.* por todos, G. ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln, Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt am Main, 2001, en especial 189 y ss., 427 y ss.; W. SINGER, «Ein neues Menschenbild?», *Gespräche über Hirnforschung*, Frankfurt am Main, 2003, 13, 59; PRINZ, «Freiheit oder Wissenschaft?», en CRANACH y FOPPA (eds.), *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, Heidelberg, 1996, 86 y ss. El argumento central de SINGER reside en que no existe un agente, un sujeto que organice y ordene las decisiones voluntarias, sino que es el cerebro el que se organiza a sí mismo, de modo que no hay espacio para la libertad de voluntad entendida como algo ajeno al mundo causal y los procesos cerebrales. El argumento fundamental de PRINZ reside en que la consciencia y la voluntad de actuar son pura ilusión, pues no hacemos lo que queremos sino que queremos lo que hacemos, es decir, *a posteriori* se reconocen como queridas las acciones y tomas de decisiones construidas en el cerebro de forma inconsciente. Y ROTH, por su parte, se centra en la importancia del sistema emocional —no consciente— para la toma de decisiones. Las decisiones serían el producto de una sucesión de actividad cerebral en distintas áreas del sistema límbico, que interactúa con áreas de la corteza cerebral, pero su relevancia vendría dada porque el sistema límbico tendría la primera y la última palabra: controlan el inicio al determinar los deseos e intenciones, y controlan el final del proceso, dado que la última actuación antes de enviar la señal al centro motor se realizaría por los ganglios basales, que forman parte también del sistema

los comienzos de la década de los ochenta del pasado siglo relativos a la anticipación de la actuación cerebral inconsciente respecto de la consciente; se basa también en los conocimientos sobre el relevante papel de las emociones en la toma de decisiones y en la ejecución de la conducta; y de forma general descansa también en la negación del dualismo cartesiano cuerpo-mente, pues la Neurociencia no dejaría lugar para dudar de que la mente es un mero producto del cerebro, un derivado de la actividad cerebral, de modo que si la mente no es más que un producto del cerebro y éste es pura materia, ambos han de estar sometidos a las leyes causales deterministas que rigen la naturaleza³ no quedando espacio para algo inmaterial y ajeno a la causalidad como la libertad. El actuar humano, causado por la actividad cerebral, también estaría regido por leyes causales deterministas⁴.

Como son los experimentos de LIBET los que han alcanzado mayor difusión⁵ y es habitual iniciar el debate dando cuenta de los mismos, en este trabajo me voy a ocupar de revisar el estado de la cuestión sobre los resultados de dichos experimentos y lo que de ellos puede extraerse respecto de la concepción del ser humano. Mi objetivo fundamental es cerciorarme de si realmente los resultados de dichos experimentos conducen de forma irremediable a una comprensión determinista del actuar humano o si estos experimentos dejan algún margen de interpretación no determinista del actuar humano; es objetivo también de este trabajo precisar qué aportan estos experimentos sobre la actuación humana en contextos normativos.

Para realizar este análisis expondré, en primer lugar, en qué consistieron los experimentos de LIBET, en segundo lugar, las objeciones más significativas que se han esgrimido frente a ellos, y finalizaré con unas conclusiones provisionales⁶. Al hilo de dicha exposición iré poniendo de relieve algunos otros elementos básicos del debate actual y mi propia posición al respecto.

2. Pero antes de proceder a este análisis resulta necesario realizar una precisión previa que despeje las dudas sobre la inutilidad para el derecho penal del análisis que sigue. Es conocido que la concepción más asentada de la culpabilidad penal sitúa la libertad como su fundamento⁷. Pero es verdad también que hay muchas

límbico. Cfr. Además, con carácter general, G. DETLEFSEN, *Grenzen der Freiheit, Bedingungen des Handelns - Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht*, Berlin, 2006, especialmente, parte III.

³ VVAA, «Das Manifest, Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung», en *Gehirn & Geist*, 6/2004, 33; F. RUBIA, por ejemplo en F. RUBIA (dir.), *El cerebro: avances recientes en Neurociencia, Comentarios introductorios*, Madrid, UCM, 2009, 99-100; *id.*, *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, Barcelona, 2009.

⁴ Insiste especialmente en este aspecto de la materialidad del comportamiento humano SINGER, en «Veranstaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören von Freiheit zu sprechen», en GEYER, *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 37 y ss.; también en «Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung. Zwei konfliktträchtige Erkenntnisquellen», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 2, 2004, 235 y ss., hay traducción al castellano como «Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflictos», trad. de CANO PAÑOS, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-r5 (2010).

⁵ Incluso en periódicos no científicos. Cfr. por todos *El País*, 13 de noviembre, Semanal, 29.

⁶ Con este estudio no se agota el tema aunque puede servir de muestra de algunas de las dudas que se ciernen sobre los experimentos neurocientíficos y, por tanto, puede contribuir a no aceptar de forma acrítica y resignada, a no sobrevalorar en definitiva, los conocimientos científicos.

⁷ Por todos, M. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990.

opciones de fundamentación de la culpabilidad y del derecho penal que se han ido desarrollando a lo largo de siglos de debate en el seno del derecho penal y la filosofía⁸ que parten de que la polémica no les afecta. Así, en la actualidad, una de las posiciones más radicales defendidas frente a las objeciones de los neurocientíficos mantiene que el derecho penal sería inmune a las críticas deterministas, porque al derecho penal no le afectan los conocimientos científicos⁹. Así, por ejemplo, HASSEMER ha sostenido que al derecho penal no le afecta la Neurociencia porque el tipo de verdad que le interesa al derecho penal y que se alcanza en el proceso no es la verdad científica, sino una verdad formal, fruto de un procedimiento reglado cuyo objetivo es la resolución consensual del conflicto y no la búsqueda de la verdad¹⁰. El derecho penal también resultaría inmune a dicha polémica si se parte de que esta rama del ordenamiento construye sus propios conceptos de forma absolutamente independiente del conocimiento científico, de modo que la libertad que sustenta el juicio de culpabilidad, y la propia culpabilidad, no serían conceptos de carácter empírico sino normativo¹¹.

Frente a dichas tesis, para las cuales el trabajo que pretendo realizar sería fútil, entiendo que el derecho penal no puede vivir absolutamente al margen de los conocimientos científicos siempre que éstos incidan de algún modo en la comprensión de su objeto de regulación, la conducta humana; por tanto, los nuevos datos e investigaciones neurocientíficos deben ser tomados en consideración en la teorización y configuración legal del derecho penal¹². Creo también que no es misión del jurista seleccionar qué datos científicos va a tomar en consideración una vez que están asentados en la comunidad científica y siempre que se refieran a aspectos de la conducta humana y de su relación con las normas. Por dicha razón entiendo que si los conocimientos neurocientíficos hubieran refutado la existencia del libre albedrío, deberíamos construir un concepto de culpabilidad que superase las objeciones científicas, de la misma manera que no se duda de que las causas de inimputabilidad debidas a alteración

⁸ Cfr. M. PÉREZ MANZANO, «Fundamento y fines del derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la Neurociencia», *Indret*, 2/2011, 10 y ss.

⁹ Sobre las distintas reacciones de los penalistas alemanes frente a la polémica actual y al debate con los neurocientíficos, cfr. E. DEMETRIO, «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal», en *Indret*, 2/2011, 3 y ss., 17 y ss., 20 y ss.

¹⁰ W. HASSEMER, «Grenzen des Wissens im Strafprozess. Neuvermessung durch die empirischen Wissenschaften vom Menschen?», en *ZStW*, 121, 2009, 829 y ss. Desde una perspectiva filosófica, apoyándose en WITTGESTEIN, M. S. PARDO y D. PATTERSON, «Philosophical Foundations of Law and Neuroscience», *University of Illinois Law Review*, 4, 2010, 1211 y ss. Hay traducción en castellano «Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia», por I. COCA y M. GARCÍA BEL, en *Indret*, 2/2011.

¹¹ Por todos, G. JAKOBS, «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», en CANCIO y FEIJOO, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid, 2008, 169 y ss. (es traducción de FEIJOO de «Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung», *ZStW*, 117, 2005, 247 y ss.). JAKOBS, no obstante, también admite ahora que el derecho penal no puede dejar de tener en cuenta determinados conocimientos científicos, pues tener en cuenta las características del objeto de regulación incide en la propia racionalidad de la regulación.

¹² H. J. HIRSCH, «Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht», *ZIS*, 2/2010, 65 sostiene con razón: «En la medida en que se tome en consideración el mismo objeto, esto es la libertad de voluntad, la unidad del conocimiento científico y también la necesaria referencia del derecho penal a la realidad, exige una respuesta unitaria». Cfr. en sentido similar, M. PÉREZ MANZANO, *Indret*, 2/2011, 8 y ss.; también B. FEIJOO, «Derecho penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», en *Indret*, 2/2011, 20, 39; E. DEMETRIO, *Indret*, 2/2011, 4 y ss., 31.

psíquica deben basarse en los conocimientos aportados por la Neurofisiología y la Psicología. Admitir que la racionalidad de las construcciones penales requiere tomar en consideración los conocimientos científicos que afectan a su objeto de regulación, no significa, no obstante, que propugne una visión simple de la conducta humana, pues, ciertamente, para la comprensión de la conducta humana no es suficiente con una referencia, por ejemplo, a la actividad neuronal que la posibilita¹³; pero sí significa que no es posible comprender la conducta humana en toda su complejidad si no tenemos en cuenta los conocimientos científicos sobre el funcionamiento del cerebro. En consecuencia, la culpabilidad jurídico-penal ha de tener en cuenta los conocimientos científicos, especialmente, en la definición y configuración de las causas de inimputabilidad penal, pero no sólo en este punto sino también en su propia definición y fundamentación de modo que sea compatible con ellos. A mi modo de ver la culpabilidad tiene una componente fáctico-empírica y no puede concebirse y delimitarse de forma totalmente normativa, como si el derecho penal en el que se integra y al que fundamenta, y el sujeto al que se atribuye, fueran entes ideales sin ningún referente fáctico. Pero ciertamente, la culpabilidad tiene naturaleza normativa, pues es un juicio de atribución en el que incide, al menos, la propia comprensión social de la *persona* como sujeto de dicha atribución¹⁴.

Por todo ello creo que esta investigación no es fútil sino absolutamente pertinente.

¹³ S. PARDO y D. PATTERSON, *Philosophical Foundations*, 1211 y ss., 1216.

¹⁴ Este planteamiento no supone un cambio radical respecto de mi concepción sobre la libertad como fundamento de la culpabilidad, ni sobre la culpabilidad misma. De un lado, mi punto de partida era entonces que había argumentos tanto a favor del determinismo como del indeterminismo, o más bien que no hay argumentos empíricos concluyentes ni de refutación de la libertad de voluntad ni de prueba del determinismo (M. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 104, 109 y ss. y 114 y ss., 178, 197 y ss., me refiero a la inadecuación de la «exclusividad» del método empírico para solucionar los problemas de la culpabilidad; a la motivabilidad normal y a su carácter parcialmente empírico, siendo necesario estar a los conocimientos empíricos para su determinación; a la necesidad de distanciarme de las tesis normativistas y que ello implica probar el sustrato psicológico de la culpabilidad; una posición similar partiendo de un *non liquet* abstracto, K. ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, 1963, 2.^a ed. 1965, 37 y ss.; más modernamente T. HILLENKAMP, «Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung», *JZ*, 7/2005, 313 y ss., 319). De otro lado, siempre compartí la tesis de ROXIN de que tanto la culpabilidad como la imputabilidad tienen una naturaleza mixta, de modo que su carácter normativo no es absoluto, pues hay que tener en cuenta en su configuración las capacidades psíquicas del sujeto; esto es lo que marca la diferencia con las tesis normativas más radicales que parten de que la configuración de la culpabilidad no tiene nada que ver con cuestiones fácticas, como el funcionamiento del cerebro. En tercer lugar, sigo entendiendo que la libertad como base de la culpabilidad se adscribe a toda persona con sus capacidades psíquicas normales, de modo que no es un elemento fáctico como el color de los ojos, pues la decisión sobre el límite de la «normalidad» no es puramente fáctica o científica sino que depende de las valoraciones sociales, de la comunicación e interacción social en la que se atribuye la identidad de persona normal. Y, ciertamente, los límites de la exculpación se establecen a partir de razones políticas, y específicamente, de política criminal. Pero ello no significa que en la determinación de la «normalidad» no debamos tener en cuenta también los conocimientos científicos sobre las capacidades psíquicas, pues estos conocimientos aportan datos sobre el funcionamiento estándar de los procesos cognitivos y sobre procesos que se desvían de dicho estándar. *Cfr.*, por ejemplo, en un sentido similar, K. GÜNTHER, «Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff», *KJ*, 2006, 120 y 126. También defendiendo una concepción mixta sobre el dolo, sin excluir su componente fáctico, en «Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, 2008, 1454 y ss.

2. LOS EXPERIMENTOS DE LIBET: EL CONTROL DE LAS DECISIONES Y DE LAS ACCIONES

A comienzos de los años ochenta del pasado siglo B. LIBET realizó una serie de experimentos¹⁵ cuyos resultados evidenciaron que en el complejo proceso de toma de decisión y ejecución de un movimiento corporal voluntario existe actividad cerebral no-consciente con carácter previo a la actividad cerebral consciente. Esta relación temporal entre la actividad de las áreas cerebrales implicadas —consciente y no-consciente— se presenta por los científicos como una prueba empírica contra la existencia de libertad de voluntad y contra la imagen del ser humano como sujeto que domina con su propia decisión consciente las acciones que realiza¹⁶, como agente y director de su propia vida; pues «lo consciente» ni inicia el proceso de decisión y ejecución de la acción, ya que hay actividad cerebral no-consciente previa, ni lo controla, porque la incidencia de la actividad cerebral no consciente en el proceso impide lógicamente hablar de «control» en el sentido usual de la expresión; a consecuencia de todo lo anterior se llega a afirmar que la libertad es una ilusión e incluso el domino del inconsciente¹⁷.

Los experimentos de LIBET consistieron en registrar la actividad cerebral de distintos segmentos del cerebro que se correlacionan con ciertas funciones específicas relativas a la decisión y ejecución de movimientos corporales. Los experimentos demostraron la existencia de actividad cerebral en una parte del cerebro ajena al segmento en el que tiene lugar toda toma de consciencia, la corteza cerebral, en torno a 550 milisegundos [ms] antes de que el sujeto realmente actuara y alrededor de 300 ms antes de que el sujeto fuera consciente de la toma de decisión de efectuar el movimiento.

El objetivo de LIBET y su equipo residió en registrar la actividad neurológica del momento en que se produce la toma de decisiones, mediante el registro de la actividad eléctrica del cerebro. A tal efecto idearon un procedimiento en el que a un grupo de personas voluntarias se les pidió que movieran un dedo para apretar un botón, en un momento que ellas mismas determinaban, dentro de un rango marcado, de modo que cuando sintieran el impulso de realizar el movimiento se fijaran en una especie de esfera-cronómetro, que se movía a más velocidad que un reloj normal, a los efectos de señalar después en qué lugar se encontraban las agujas en el momento en que fueron conscientes del deseo de realizar el movimiento. A los sujetos del experimento se les colocaban electrodos en distintas partes de la cabeza, en correspondencia con las áreas del cerebro que controlan los movimientos, y en los músculos de la mano que iban a mover. A estos sujetos se les daban instrucciones y se les advertía de que «dejaran fluir» el impulso y no planificaran el movimiento y cada

¹⁵ Son muchos los artículos de LIBET y su equipo publicados desde los años ochenta del pasado siglo. En este trabajo me limito a citar algunos de los más representativos. Entre otros, B. LIBET, C. A. GLEASON, E. W. WRIGHT y D. K. PEARL, «Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activities (Readiness-potential): The Unconscious Initiation of a Freely Voluntary Act», en *Brain*, 106, 1983, 623-642; B. LIBET, «Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in Voluntary Action», en *Behavioral and Brain Sciences*, VIII, 1985, 529-539.

¹⁶ G. ROTH, «Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung», en *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Fest. für E-J. Lampe zum 70 Geburtstag*, D&H, 2003, 43 y ss., 48 y ss; VVAA., *Das Manifest*, en *Gehirn & Geist*, 6/2004, 33.

¹⁷ Cfr. F. RUBIA, por ejemplo en RUBIA (dir.), *El cerebro: avances recientes en Neurociencia, Comentarios introductorios*, Madrid, UCM, 2009, 98 y ss.; A. R. CASHMORE, «The Lucretian Swerve: The Biological Basis of Human Behavior and the Criminal Justice System», *Neuroscience, Proceedings of the National Academy of Sciences* (107), núm. 10, 4499 y ss., disponible en www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.0915161107, 4501.

sujeto repetía el experimento en muchas ocasiones. Para comprobar el grado de precisión o rapidez con el que los sujetos informaban sobre el momento en que sentían el impulso al visualizar el reloj, se les sometió a otro experimento: recibían un estímulo en la piel de una de sus manos y debían informar sobre el lugar en que se encontraba la aguja en la esfera cuando lo notaban. El estímulo se repetía en distintas ocasiones al azar. Los investigadores pretendieron medir de esta forma la desviación entre el momento señalado por los sujetos como momento del estímulo y el momento real en que éste se producía, que para los investigadores era el momento en que se lanzaba el estímulo en la piel del sujeto. La conclusión fue que existía una desviación media de 50 ms.

LIBET registró actividad cerebral —«*Bereitschaftspotential*», «*readiness potential*», potencial preparatorio o de disposición¹⁸—, unos 550 ms antes de que los sujetos movieran sus manos, mientras que la conciencia del deseo o impulso de realizar el movimiento se registraba 200 ms antes de la activación del músculo. Es decir que el cerebro presentaba actividad no-consiente unos 300 ms antes de que el sujeto fuera consciente de haber tomado la decisión de mover su mano¹⁹.

El resultado de la existencia de «potencial de disposición» [PD] antes de tener consciencia de haber tomado la decisión de realizar una acción parecería indicar que la libertad de voluntad es una ilusión, es decir, parece evidenciar que nuestros movimientos —y con ello nuestras acciones— no están guiadas por una voluntad consciente, sino que están causalmente impulsadas por una actividad cerebral inconsciente previa. Dicho de otro modo, en el origen de cualquier acción humana no estarían la consciencia y la voluntad de realización de la acción, sino una actividad cerebral previa de carácter no-consiente. Por tanto, la conclusión que extraen algunos neurocientíficos es que el cerebro inconsciente dirige y controla nuestras acciones y no nuestra mente o nuestro yo consciente.

3. ALGUNAS OBSERVACIONES METODOLÓGICAS SOBRE LOS EXPERIMENTOS DE LIBET

3.1. Sobre el método de medición

Sobre estos experimentos se han realizado algunas observaciones metodológicas de cierto calado²⁰. Si los experimentos de LIBET midieron los tiempos de activación

¹⁸ LIBET y su equipo se basaron en el descubrimiento de los científicos alemanes H. H. KORNHUBER y L. DEECKE, del *Bereitschaftspotential*, que no es más que un cambio eléctrico en una zona del cerebro en la que se prepara, se dice, el movimiento. Cfr. de estos autores, «Hirnpotentialänderungen bei Willkürbewegungen und passiven Bewegungen des Menschen: Bereitschaftspotential und reafferente Potentiale», en *Pflügers Archiv für die Gesamte Physiologie des Menschen und Tieren*, 284, 1965, 1-17.

¹⁹ Cfr. B. LIBET, E. W. WRIGHT y C. A. GLEASON, «Readiness potentials preceding unrestricted spontaneous pre-planned voluntary acts», en *Electroencephalography & Clinical Neurophysiology*, 54, 1982, 322-325; B. LIBET, C. A. GLEASON, E. W. WRIGHT y D. K. PEARL, «Time of conscious Intention to Act in Relation to Onset of cerebral Activities (Readiness-potential): The Unconscious Initiation of a Freely voluntary Act», en *Brain*, 106, 1983, 623-642; B. LIBET, E. W. WRIGHT y C. A. GLEASON, «Preparation or intention-to-act, in relation to pre-event potentials recorded at the vertex», *Electroencephalography & Clinical Neurophysiology*, 56, 1983, 367-372; B. LIBET, «Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in voluntary Action», en *Behavioural an Brain Sciences*, VIII, 1985, 529-539.

²⁰ Al margen de otras que tienen menos relevancia para nuestra investigación. Así, la relativa a que en realidad para la decisión de ejecución de un movimiento no resulta relevante el PD que midió LIBET, que se denomina simétrico, sino el lateralizado, por cuanto la existencia de dos señales eléctricas diferentes no modificarían

cerebral de ciertas áreas cerebrales y con ello la secuencia temporal entre ellas, las observaciones se dirigen tanto al método de determinación del momento en que se activa el área de actividad cerebral no-consciente, como al método de determinación del momento de activación del área cerebral representativa de la toma de consciencia.

1. En primer término, se ha cuestionado el procedimiento de medición del PD. Varias circunstancias son relevantes a estos efectos²¹. De un lado, el procedimiento mide variaciones del potencial eléctrico en una determinada zona del cerebro. De modo que la determinación de la existencia de una variación requiere precisar el potencial eléctrico previo que se considera típico —normal— de un área determinada sin actividad en un momento determinado. La fijación de ese nivel previo básico no plantea excesivos problemas cuando se trata de actividades estimuladas externamente pues se mide la actividad eléctrica justo antes del estímulo. Sin embargo, cuando se trata de acciones voluntarias no resulta fácil determinar cuándo han comenzado éstas y por consiguiente cuál es el nivel básico a partir del cual se considera producida una desviación significativa. De otra parte, los tiempos que constituyen los resultados de los experimentos no representan tiempos reales, sino tiempos medios extraídos del conjunto de experimentos realizados; es decir, que no se trata de que en un 80 por 100 de los experimentos —por ejemplo— se haya obtenido el resultado de existencia de PD 500 m antes de la actividad del área consciente, sino que se trata de que 500 m constituye el tiempo medio —respecto del conjunto de resultados de los experimentos realizados— de antelación del PD respecto de la actividad del área consciente. Por último, el aparato utilizado en la medición del PD está configurado para que detecte variaciones eléctricas muy pequeñas, dado que la señal eléctrica del PD es muy débil, de modo que ello produce el efecto de que determinados potenciales se detecten en un momento considerablemente temprano. Esto significa que el índice de desviación temporal de esta clase de aparatos es bastante significativo. Y esta desviación es tanto

el resultado final, esto es, que dicha señal se relaciona con actividad neuronal de áreas cerebrales de las que no somos conscientes y que dicha actividad neuronal sería previa a la actividad de las áreas de la consciencia. Cfr. P. HAGGARD y M. EIMER, «On the Relation Between Brain Potentials and the Awareness of Voluntary Movements», en *Experimental Brain Research*, 126, 1999, 128-133. En sus experimentos, introdujeron la posibilidad de elegir la mano a mover detectando PD con independencia de la decisión acerca de la mano que se utilizaba en el movimiento, de modo que estos autores concluyeron que el PD (simétrico) no es significativo del sentido de la decisión tomada. Este resultado significaría que realmente la elección entre las alternativas, la decisión acerca de lo que se va a hacer, es independiente de la decisión sobre el momento en el que se va a ejecutar, reflejando el PD algo conectado con la segunda decisión y no con la primera. P. HAGGARD y M. EIMER («On the Relation Between Brain Potentials and the Awareness of Voluntary Movements», en *Experimental Brain Research*, 126, 1999, 128-133), sostuvieron que en sus experimentos si habían encontrado resultados similares a los de LIBET pero respecto del PD lateralizado. Se trata de un potencial eléctrico que se detecta solo en aquel sector del cerebro que controla la parte del cuerpo que se mueve, y dicho potencial presenta una estrecha relación temporal con el movimiento que se ejecuta, de manera que su detección puede aportar información acerca del momento de la preparación de un movimiento concreto. Los experimentos de HAGGARD y EIMER en personas que necesitaban tiempos diferentes en la toma de decisiones evidenciaron que el PD lateralizado se detectaba entre 450 o 550 m antes de la toma de consciencia de la decisión; y, además, si el PD se detectaba antes, también la decisión se había tomado antes, por ello concluyeron que estos resultados eran compatibles con la existencia de una dependencia causal de la decisión respecto del PD lateralizado. También son relevantes los estudios de KELLER y HECKHAUSEN, en *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, 76, 351-356, quienes concluyeron que también se detecta PD en las acciones cotidianas automatizadas. Este hallazgo ha sido interpretado también en el sentido de que el PD no es expresivo de toma de decisiones.

²¹ Recoge las críticas metodológicas M. PAUEN, *Illusion Freiheit?, Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*, Frankfurt am Main, 2.ª ed., 2008, 206 y ss.

más relevante cuanto menor sea el margen temporal detectado entre el PD y la consciencia de la decisión²².

En definitiva, si se trata de medir tiempos medios de desviación a partir de un umbral básico y la determinación de este nivel plantea problemas, si el aparato es especialmente sensible para detectar pequeñas variaciones lo que produce un índice de error especialmente significativo, existen dudas relevantes sobre la precisión de la medición del PD.

2. A lo expuesto deben añadirse algunas dudas sobre la fiabilidad del método de determinación del momento de la decisión consciente. En el experimento inicial de LIBET el participante debía observar un pseudo-reloj y decir en qué lugar estaba la aguja, cuando sintió el impulso de realizar el movimiento. Pues bien, es patente que este procedimiento no es muy preciso y que son muchas las variables individuales que pueden incidir en los datos que se obtienen. Con este método no se mide directamente la actividad cerebral consciente a través de la detección de algún cambio de voltaje o a través de algún procedimiento de neuroimagen²³, sino que, de un lado, es el propio participante el que debe decir cuándo tuvo el impulso y, de otro, debe determinarse el momento de la decisión misma por relación al momento en el que el mismo sujeto dice haber visto que se encontraba el punto en la esfera cuando sintió dicho impulso. En un procedimiento como el expuesto son muchas las variables que generan imprecisiones nada desdeñables en la medición, desde las distorsiones en la percepción de los sujetos del experimento, sus distintas capacidades de observación y atención, las distintas velocidades en la percepción de lo visualizado, las distintas velocidades de los tiempos de reacción, las diferencias individuales en la mayor o menor atención prestada a la decisión o a la visualización de la esfera, o las diferencias en las instrucciones dadas a los sujetos sometidos al experimento o en el significado que éstos les atribuyen²⁴.

3. Las imprecisiones apuntadas en la determinación del momento de la toma de decisión pueden explicar las diferencias en los datos obtenidos por los distintos experimentos²⁵. Estas diferencias son relevantes en términos estadísticos, pero también en

²² Cfr. M. PAUEN, «Illusion Freiheit?», 206 y ss. Por ejemplo lo es en relación con el Potencial dispositivo lateralizado.

²³ Procedimientos de neuroimagen a través de la resonancia magnética funcional han sido realizados con posterioridad y se utilizan para determinar el PD, no para determinar el momento de la decisión consciente. Cfr. C. S. SOON, M. BRASS, H. J. HEINZE y J. D. HAYNES, «Unconscious determinants of free decisions and the human brain», en *Nat. Neuroscience*, 11, 2008, 543-545. En dichos experimentos la actividad cerebral sucedía 10 segundos antes de la consciencia.

²⁴ Cfr. J. TREVENA y J. MILLER, «Cortical Movement Preparation before and after a Conscious Decision to Move», en *Consciousness & Cognition*, 11, 2002, 162 y ss. Incluso, se han realizado críticas sobre la forma de medir la desviación típica al tomar consciencia de la decisión y señalar el lugar que ocupaban las agujas del reloj a través de un procedimiento de estimulación de la piel, dado que los circuitos neuronales implicados en la percepción y procesamiento de los estímulos en la piel no son los mismos que los que intervienen en la toma de consciencia del deseo o impulso de actuar, cfr. G. GOMES, «The timing of conscious experience: a critical review and reinterpretation of Libet's research», en *Consciousness & Cognition*, 7, 1998, 559 y ss.; *id.*, «The interpretation of Libet's results on the timing of conscious events: A commentary», en *Consciousness & Cognition*, 11(2), 2002, 221 y ss.; además los trabajos de S. KLEIN, «Libet's temporal anomalies: a reassessment of the data», en *Consciousness & Cognition*, 11(2), 2002, y S. POCKET, «On subjective back-referral and how long it takes to become conscious of a stimulus: a reinterpretation of Libet's data», en *Consciousness & Cognition*, 11(2), 2002.

²⁵ Sobre ello, cfr. por todos, G. GOMES, en *Consciousness & Cognition*, 11(2), 2002, 221 y ss.

términos individuales; por ejemplo, los resultados de un mismo sujeto en diferentes sesiones o pruebas presentaron variaciones de 1 segundo; incluso, en algún experimento —el de HAGGARD y EIMER— se procedió a separar a los participantes en dos grupos, los que eran más rápidos en informar sobre la experiencia de toma de decisión y los que eran más lentos; el resultado fue que en el primer grupo —el de los rápidos— el valor medio del momento de la toma de decisión era de 530 ms antes de la ejecución del movimiento y, sin embargo, en el grupo de los más lentos el tiempo medio de antelación era de 179 ms. Es más, en los experimentos realizados por TREVENA y MILLER resultó que en alrededor de un 20 por 100 de casos el momento de la decisión era *previo* al momento de detección del PD en su modalidad de Potencial de Disposición Lateralizado²⁶ [PDL]. A nadie se le escapa la importancia de este último dato, pues significa que es posible que el momento de la decisión consciente sea anterior al de los procesos neuronales subyacentes al PDL²⁷. Y aunque estos resultados no sean estadísticamente significativos, a los efectos de la explicación del funcionamiento del cerebro humano hay que darles una explicación; si la secuencia temporal inconsciente-consciente la interpretamos como ausencia de libertad: ¿se trata acaso de que hay personas que tienen capacidad de ser libres, en el sentido de originar voluntariamente acciones, puesto que su toma de consciencia de la decisión precede a la preparación del movimiento, mientras que otras no?

Todo lo expuesto es muestra de que los resultados concretos de los experimentos tienen una validez relativa y de que no deben tomarse en sus más nimios detalles como irrefutables. Pero hay algo todavía más relevante respecto del significado de la secuencia temporal descrita en los experimentos de LIBET: los experimentos de LIBET pueden estar generando artificialmente un cierto estado mental. Veamos²⁸.

3.2. Sobre la definición de la intención-voluntad y la determinación del momento en que se produce su correlato de actividad neuronal

1. No voy a cuestionar el planteamiento de LIBET sobre la relación entre los estados mentales y la actividad neurofisiológica, tesis que se ubicaría en el marco de un cierto materialismo eliminativista o reduccionista, esto es, una posición conforme a la cual todo estado mental —en nuestro caso la intención o voluntad— debe ser reconducible a una cierta actividad neuronal, a un correlato de estado neuronal. Voy a partir de que esta premisa puede ser válida, aunque suscita muchas objeciones de las que no me voy a ocupar aquí²⁹. Pero sí quiero referirme a que el significado que se atribuya a los experimentos de LIBET depende de la delimitación previa sobre cuál es el concepto de intención o voluntad que se maneja dado que éste puede referirse a distintos estados mentales, de modo que dichos estados mentales tendrán distintos correlatos de actividad neuronal que, consecuentemente, pueden producirse en momentos diferentes.

²⁶ Cfr. TREVENA y MILLER, *Consciousness & Cognition*, 11, 2002, 162 y ss.

²⁷ Cfr. G. GOMES, *Cognition & Cognition*, 11, 2002, 226-227.

²⁸ En lo que sigue, cfr. G. GOMES, *Consciousness & Cognition*, 11, 2002, 228 y ss.

²⁹ Cfr. por todos, D. GONZÁLEZ LAGIER, «Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones)», en *Doxa*, núm. 26, 2003, 635 y ss., 651 y ss.

En primer lugar, una clase de intención es la voluntad previa de hacer algo en un momento futuro; esta intención puede cumplirse con la realización de la acción en el momento futuro o puede no cumplirse. En segundo lugar, la intención puede referirse a la voluntad de actuar en el presente; la existencia de esta intención también es compatible con que finalmente la acción no llegue a realizarse por diferentes razones, entre otras, que el propio sujeto aborte la ejecución de la acción, es decir, la vete —en la terminología de LIBET—³⁰ en el último momento. En tercer lugar, la intención, puede referirse a la «intención en la acción» en la terminología de SEARLE³¹, es decir, a la voluntad irrevocable de actuar en el presente que, de un lado, genera el movimiento (el impulso hacia el centro motor) y, de otro, lo acompaña como parte inherente del mismo durante su ejecución.

Para calificar una acción como voluntaria o intencional nos basta con la intención en la acción mientras que no es necesaria ni la intención en el primer sentido ni en el segundo³². La primera sólo da lugar a la calificación de la conducta como premeditada, lo que en España ni siquiera determina una agravación de la pena y, en todo caso, su no concurrencia no excluye la existencia de una acción dolosa. La intención en el segundo sentido (de actuar en el presente) no es ni suficiente ni necesaria para iniciar el movimiento ni para adscribir intencionalidad al sujeto que ejecuta el movimiento. De un lado, es patente que hay casos de intención de actuar en el presente no seguidos de la acción querida pues se revocan en el último momento y, en sentido inverso, hay muchos casos de acciones voluntarias no precedidas por una consciencia o intención previa. Estas últimas son acciones espontáneas o impulsivas que realizamos sin una consciencia de voluntariedad previa, sin deliberación racional, y que en muchas ocasiones no reconocemos *a posteriori* como acciones voluntarias, llegando incluso a lamentarnos de haberlas llevado a cabo. En estos casos de intención-en-la-acción no experimentamos —o no somos conscientes de haber tomado— una decisión previa de actuar, sino que tan sólo somos conscientes de la acción misma, o todo lo más, de la intención de actuar como parte del proceso de la acción³³. Estas acciones espontáneas no las experimentamos como acciones queridas o propias en un sentido fuerte, si bien somos conscientes de que nuestra voluntad acompaña la acción y de que son más «nuestras» que un movimiento reflejo; es decir, a pesar de que lamentamos en ocasiones la realización de estas acciones, las identificamos como acciones originadas por una voluntad propia, mientras que los movimientos reflejos nos son ajenos, no tenemos ninguna conciencia de ser el agente —la voluntad— que los ha originado.

2. Si partimos de que el estado mental *intención* que se requiere para adscribir voluntariedad a las acciones humanas es la intención-en-la-acción, los experimentos de LIBET serían absolutamente irrelevantes, pues esta clase de intención no va acom-

³⁰ Este tipo de intención fue generada en algunos experimentos de LIBET en los que se pedía a los sujetos que se preparasen para el movimiento pero que lo abortaran justo antes de ejecutarlo.

³¹ Cfr. J. SEARLE, *Mentes, cerebros y ciencia*, Madrid, 1985, 75, *id.*, *Intencionalidad*, Madrid, 1992; también D. GONZÁLEZ LAGIER, en *Doxa*, núm. 26, 2003, 666.

³² No quiero decir con ello que baste para la adscripción de dolo, de hecho muchas acciones espontáneas, irreflexivas dan lugar a comportamientos que identificamos como imprudentes, pero no por ello negamos que hayan sido realizadas libremente.

³³ Aunque estas acciones impulsivas no las experimentemos en muchos casos como conscientes, sin embargo, somos capaces de diferenciarlas de los movimientos corporales espasmódicos o similares que los penalistas incluimos en el campo de los supuestos de ausencia de acción.

pañada de una consciencia de la decisión tomada en el momento en que se produce ni de una consciencia fuerte de realización de la acción. Dicho de otro modo, no es sólo que la consciencia no preceda a la acción, sino que ni siquiera resulta necesaria su existencia para calificar la acción como voluntaria o intencional³⁴, por lo que difícilmente puede hallarse ni menos aún encontrarse antes de la actividad neuronal que se correlaciona con la preparación del movimiento (el PD). Ya sólo a partir de esta idea podría sostenerse que los experimentos de LIBET estaban relativamente desenfocados.

Pero es que además la forma de dar las instrucciones en los experimentos puede haber producido estados mentales artificiales distorsionadores de la medición. Si se hubiera pedido a los sujetos de los experimentos que prestaran atención a la posición del reloj en el momento en que sentían la intención de mover el dedo que precede al movimiento mismo, como se hacía en algún caso, entonces se estaría produciendo de forma artificial alguna clase de consciencia sobre una intención del segundo tipo³⁵. Dicho de otra forma, en la medida en que se pida a los sujetos del experimento que identifiquen —sean conscientes de— el momento exacto en el que la intención tiene lugar, se estaría creando una especie de estado mental en el que uno mismo se impulsa a sí mismo a mover el dedo «actúa» que no tiene por qué estar presente en la ejecución de acciones intencionales —que hemos identificado como las del tercer tipo—; y con ello se estaría generando también paralelamente un intervalo de tiempo entre el estado mental —impulso voluntario de actuar que se identifica conscientemente— y la realización del movimiento, cuya mera presencia sería distorsionadora respecto de la determinación de actividad cerebral y de la medición del momento en que se produce.

Esta conclusión, conforme a la cual, existen dudas fundadas sobre la validez del método de medición del momento de la intención de realizar un movimiento, es compatible, como vamos a ver con la asignación de un significado notablemente distinto a los experimentos de LIBET, en particular, con la idea de que el potencial de disposición es sólo un correlato neuronal de un estado de alerta del propio cerebro, de un estado de atención para realizar la tarea requerida en los experimentos.

4. EL SIGNIFICADO DE LOS DATOS DE LOS EXPERIMENTOS DE LIBET EN EL MARCO DEL FUNCIONAMIENTO DEL CEREBRO

Con independencia de las cuestiones metodológicas mencionadas, a los efectos de determinar la incidencia que los resultados de dichos experimentos pueden tener en la comprensión de la conducta humana, resulta fundamental precisar el sentido que la secuencia temporal no-consciente/consciente tiene para la comprensión del propio funcionamiento del cerebro.

³⁴ Por ejemplo, si en el experimento se hubiera pedido que se ejecutara un movimiento tan pronto como los sujetos quisieran hacerlo, es decir, de forma repentina, es bastante probable que afirmaran haber sido conscientes de la decisión de actuar justo en el momento de realizar el movimiento y que no hubieran sido conscientes de ninguna intención previa al movimiento mismo, que, ciertamente, no tenía por qué haberse producido.

³⁵ G. GOMES, *Consciousness & Cognition*, 11, 2002, 229.

4.1. Libertad de decisión como veto consciente

1. Los resultados de los experimentos de LIBET han sido interpretados en el sentido de que el cerebro no-consciente *domina* el proceso de decisión de modo que no queda margen para la libertad de decisión. Sin embargo, de los experimentos de LIBET caben otras interpretaciones. De hecho el propio LIBET, en una publicación posterior, en 1999, ha sostenido que hay margen —temporal— para la libertad. En concreto, expresado en términos de tiempos de actividad cerebral, sostiene LIBET que existe un margen temporal de alrededor de 100 ms entre la toma de consciencia de la decisión y el envío de la señal neuronal desde el cerebro a la mano para la ejecución del movimiento, de modo que en ese tiempo la mente consciente podría bien permitir ejecutar la decisión o bien vetarla; así, la libertad de voluntad residiría, para LIBET, exactamente en ese poder de vetar la decisión y, por tanto, en el poder de inhibirla conscientemente, de no llevarla a cabo³⁶. Conforme a esta tesis, a la consciencia le correspondería un cierto papel estelar en la ejecución de los actos: controlaría su ejecución impidiéndolos.

El razonamiento en concreto es el siguiente: si median alrededor de 300 ms entre la actividad cerebral inicial —el PD— y la toma de consciencia, si desde que comienza la actividad no-consciente —PD— hasta que se realiza el movimiento de la mano pasan 500 ms, y, si, por último, la señal neuronal tarda en viajar desde el cerebro a la mano en torno a 50-100 ms, entonces, resta un periodo de unos 100 ms ($500 - 300 - 100 = 100$), en el que ya se habría tomado consciencia de la decisión pero todavía no se habría enviado la señal neuronal desde el cerebro a la mano. En ese tiempo de 100 ms cabría el veto, es decir la inhibición de la señal neuronal de ejecución de la decisión.

Además, otros neurocientíficos defienden haber localizado el sector cerebral en el que dicha actividad de veto tendría lugar durante esos 100 ms³⁷. Si esto es así, no puede negarse que dicha actividad de veto tendría un papel fundamental como último chequeo en el autocontrol de la conducta³⁸.

2. La posibilidad de interpretar la secuencia temporal de actividad de una forma distinta y la propia existencia de la actividad de veto o inhibición, no significa, no obstante que si realmente el funcionamiento del cerebro se rige por la causalidad también la actividad de veto debe haberse causado por una actividad cerebral previa en la que ha tenido alguna incidencia la actividad cerebral no-consciente; de modo que para precisar el sentido de los experimentos de LIBET sobre la libertad y el determinismo resulta necesario profundizar algo más en la cuestión de la causalidad.

³⁶ «Do We Have Free Will?», en *Journal of Consciousness Studies*, VI, 1999, 47-57.

³⁷ En concreto, dicha actividad de veto tendría lugar en la corteza frontomediana anterior, según M. BRASS y P. HAGGARD, «To Do or Not To Do: The Neural Signature of Self-Control», 27, *Journal of Neuroscience*, 2007, 9141 y ss., 9144.

³⁸ Cfr. P. HAGGARD, «Human volition: towards a neuroscience of will», en *Nature Reviews Neuroscience*, vol. 9, 2008, 934 y ss., 939, disponible en www.nature.com/reviews/neuro.

4.2. Causalidad y peso de la actividad neuronal no-consciente en la ejecución de las acciones

4.2.1. ¿Inicio no-consciente de la decisión de actuar?

Las interpretaciones mencionadas de los experimentos de LIBET proyectan una imagen conforme a la cual las decisiones de las acciones se inician en procesos inconscientes siendo estos procesos inconscientes los determinantes de las acciones humanas³⁹. Sin embargo, tan poco correcta es la imagen de que el inicio causal de la acción humana se produce en la voluntad —en la toma de decisión consciente y voluntaria—, como la imagen de que el inicio causal se produce con la actividad neuronal no-consciente, esto es, en el momento en que se detecta el PD. En efecto, si toda la actividad cerebral está regida por leyes causales es patente que también la actividad de dicho área cerebral —en la que se detecta el PD— ha debido ser causada por algo⁴⁰. Por consiguiente, la imagen del *inicio* inconsciente de la preparación del movimiento es demasiado simple⁴¹, pues no tiene en cuenta que toda actividad implica más bien la interacción de distintas cadenas causales y que la decisión se compone de un complejo conjunto de actividades cerebrales previas, cuyo inicio resulta difícil de determinar de forma empírica o incluso puede resultar lógicamente imposible. Fijar un *inicio* de la cadena causal que no sea aquél en el que el cerebro comienza a funcionar es mucho más que arriesgado⁴². Incluso la propia idea de temporalidad, punto de partida de los experimentos de LIBET para identificar momentos de actuación cerebral diferenciada, no encaja con la propia estructura causal del funcionamiento cerebral de la que se parte, ni con la idea de que la decisión no es un acto instantáneo⁴³ sino un complejo conjunto de actividades cerebrales.

4.2.2. Precedencia temporal y causalidad

De otra parte, aunque lo anterior no fuera correcto, es comúnmente aceptado que la causalidad entre dos eventos no queda acreditada por el solo hecho de la precedencia temporal de uno de respecto del otro. En consecuencia, para considerar acreditada la relación de causalidad entre la actividad neuronal no-consciente y la acción realizada

³⁹ Cfr. W. PRINZ, *Freiheit oder Wissenschaft?*, 1996, 86 y ss., 99.

⁴⁰ P. HAGGARD, *Nature Reviews Neuroscience*, 9, 2008, 936.

⁴¹ Cfr. F. RÖSSLER, «Was verraten die Libet-Experimente über den “freien Willen”? - Leider nicht sehr viel», en LAMPE, PAUEN y ROTH (hrsg.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, Surkamp*, Frankfurt am Main, 2008, 140 y ss., 157, 159-160.

⁴² Ciertamente cuando el ser humano se encuentra en estadio fetal. Incluso ciertamente, habría que retrotraerse al *Big Bang* si tomamos como referencia el ser humano como parte del mundo. Cfr. F. MOLINA, *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 104 y ss. haciéndose eco de la idea de que en una concepción determinista absoluta, la diferencia entre causas y efectos, como realidades diferenciables, y la propia idea de la existencia del tiempo desaparecen. Cfr. las citas de MOLINA a LAPLACE (*Ensayo filosófico sobre las probabilidades*, 25), MACKIE (*The Cement of Universe*, 32 y ss.) y W. JAMES (*The Dilemma of Determinism*, 40).

⁴³ Cfr. J. I. MURILLO y J. M. GIMÉNEZ-AMAYA, «Tiempo, conciencia y libertad: consideraciones en torno a los experimentos de B. Libet y colaboradores», en *Acta Philosophica, Rivista internazionale di filosofia*, vol. 17-2, 2008, 298-302.

no basta con que la actividad neuronal detectada mediante el PD sea previa a la toma de consciencia de la decisión de actuar, sino que es necesario que aquélla determine la acción tal como se ha ejecutado, es decir, el movimiento realmente realizado⁴⁴. Que la actividad cerebral consciente haya sido causada por la actividad cerebral inconsciente constituye, en este contexto, una inferencia extraída de la constatación de la existencia de un flujo eléctrico producido en esa dirección, es decir, desde las áreas de actividad inconsciente a las áreas de actividad consciente. Ahora bien, de la misma manera que lo realmente relevante del funcionamiento de un ordenador no es la fuente de energía que permite su funcionamiento —la energía eléctrica— sino su hardware y software, la constatación de un flujo eléctrico neuronal tampoco explica suficientemente el funcionamiento del cerebro y, en particular, no explica la relación y el peso que la actividad de dos segmentos del cerebro tienen en la realización de una acción.

En este marco son elocuentes distintos experimentos que han evidenciado que el PD medido en los experimentos de LIBET no era significativo del sentido de la decisión tomada, por lo que la propia actividad cerebral detectada como PD —recuerdo que es el potencial dispositivo— no puede considerarse causa de la decisión misma⁴⁵. Especialmente relevantes son los experimentos realizados por J. TREVENA y J. MILLER⁴⁶, pues concluyeron que la actividad neuronal evidenciada por el PD constituye más bien una actividad inespecífica asociada a la implicación del participante en la tarea que se le ha asignado realizar en el experimento, actividad cerebral que, probablemente, se conecta con el mantenimiento de la atención o el esfuerzo requerido para llevarla a cabo⁴⁷. Es decir, que la activación del área cerebral no-consciente detectada mediante el PD probablemente no significa nada distinto a que el cerebro se pone en alerta para la realización del experimento.

Los experimentos de TREVENA y MILLER introdujeron variaciones relevantes respecto del experimento original de LIBET, tendentes a aumentar las alternativas de decisión del sujeto sometido al experimento y tendentes también a efectuar comparaciones respecto de los tiempos en que se detectaría el PD. Básicamente se trataba de que los participantes de-

⁴⁴ Una objeción clásica sobre la causalidad y la temporalidad de los eventos reside en que el hecho de la relación temporal entre dos eventos no es prueba de la existencia de una relación causal entre ambos. Proyecta la objeción sobre el experimento de LIBET, F. RÖSSLER, en LAMPE, PAUEN y ROTH (hrsg.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Surkamp, 2008, 140 y ss., 161.

⁴⁵ P. HAGGARD y M. EIMER, «On the Relation Between Brain Potentials and the Awareness of Voluntary Movements», en *Experimental Brain Research*, 126, 1999, 128-133. En sus experimentos, introdujeron la posibilidad de elegir la mano a mover, detectaron PD con independencia de la decisión acerca de la mano que se utilizaba en el movimiento, de modo que estos autores concluyeron que el PD no es significativo del sentido de la decisión tomada. Este resultado significaría que realmente la elección entre las alternativas, la decisión acerca de lo que se va a hacer, es independiente de la decisión sobre el momento en el que se va a ejecutar, reflejando el PD algo conectado con la segunda decisión y no con la primera. También son relevantes los estudios de KELLER y HECKHAUSEN, «Readiness Potentials Preceding Spontaneous Motor Acts: Voluntary vs. Involuntary Control», en *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, 76, 351-356, quienes concluyeron que también se detecta PD en las acciones cotidianas automatizadas.

⁴⁶ «Cortical Movement Preparation before and after a Conscious Decision to Move», en *Consciousness & Cognition*, 11, 2002, 162-190; *id.*, «Brain preparation before a voluntary action: Evidence against unconscious movement initiation», en *Consciousness & Cognition*, 19, 2010, 447-456.

⁴⁷ Cfr. J. TREVENA y J. MILLER, «Brain preparation before a voluntary action: Evidence against unconscious movement initiation», en *Consciousness & Cognition*, 19, 2010, 447, 451, 453. Ya antes en *Consciousness & Cognition*, 11, 2002, 162-190. Conclusiones que habían sido ya inferidas por otros científicos, cfr. las citas de GAILLARD, PERDOK, VAREY, VAN BEIJSTERVELDT, MCADAM y RUBIN, EN TREVENA y MILLER, *Consciousness & Cognition*, 19, 2010, 448.

cidieran si presionarían una tecla con el dedo índice de la mano que se les indicara (derecha o izquierda) lo más rápidamente posible después de oír un tono que sonaría en un momento aleatorio desconocido por los participantes. El experimento se llevó a cabo con variaciones; en una variación los participantes debían tomar la decisión de si presionarían la tecla o no, mientras que en la otra siempre debían presionar; en una variación del experimento los sujetos presionaban con el dedo de la mano que se les indicaba, mientras que en otra decidían ellos mismos con qué mano presionarían; en un experimento se les indicaba que tomaran la decisión antes de escuchar el sonido y en otro debían tomar la decisión después de escuchar el sonido.

Los experimentos de TREVENA y MILLER evidenciaron que el tiempo de reacción del sujeto es mayor si tiene que tomar la decisión de presionar o no la tecla, de modo que los participantes tardaban unos 33 ms más en realizar el movimiento en caso de que tuvieran que adoptar ellos mismos la decisión. Si además tenían que decidir qué mano utilizaban también aumentaba el tiempo de ejecución. Estos resultados sugieren, en su criterio, dos cosas: de un lado, sugieren que tomar la decisión requiere un tiempo —de unos 33 ms—⁴⁸, puesto que es el tiempo de mayor tardanza en realizar el movimiento; y, de otro, que los participantes son capaces de retrasar la decisión hasta después de escuchar el tono, es decir, son capaces de controlar la decisión y el movimiento. De otra parte, los experimentos de estos autores evidenciaron también que el PD se detectaba con independencia de que el participante hubiera decidido no efectuar el movimiento, de modo que si la existencia de PD no puede conectarse con la realización del movimiento —pues el mismo PD se detecta cuando el sujeto decide no efectuar el movimiento—, su mera existencia tampoco puede ser significativa del sentido de la decisión tomada: ni *ex ante* puede servir de indicio para predecir cuál es la decisión elegida, ni *ex post* puede tomarse como indicio de que la concreta decisión —de presionar o no— estaba determinada ya en dicha actividad cerebral previa⁴⁹. La conclusión de estos autores es que la elección de la respuesta (presionar o no y con qué mano) más que haber sido determinada de forma previa por procesos cerebrales no-conscientes, se toma de forma espontánea después de escuchar el tono⁵⁰.

Con independencia de si cabe una interpretación no causal de la espontaneidad, o cual sea el sentido que le atribuyen a la espontaneidad en la toma de decisiones, lo expuesto conduce a la conclusión de que la actividad cerebral no-consciente previa a la toma de consciencia no puede ser entendida como *causa* única y determinante de la decisión tomada.

4.2.3. ¿Qué papel juega la consciencia en la toma de decisiones?

1. De otra parte, esta secuencia temporal de actividad cerebral debe entenderse en sus justos términos y no se debe realizar un uso metafórico de la misma, pues conduce a resultados distorsionadores sobre su propio sentido. La precedencia temporal de la actividad neuronal no-consciente parece evocar una imagen de jerarquización de la inconsciencia sobre la consciencia que es una imagen distorsionadora porque

⁴⁸ 34 m. En caso de que tuvieran que decidir la mano que utilizarían.

⁴⁹ En el mismo sentido, *cfr.* la crítica de PAUEN a las interpretaciones de los experimentos de LIBET, en *Illusion Freiheit*, 202 y. ss.

⁵⁰ *Cfr.* J. TREVENA y J. MILLER, en *Consciousness & Cognition*, 19, 2010, 451, 452, 454.

genera la impresión de que la intencionalidad consciente —*posterior*— tiene un papel *secundario* en la generación de la acción⁵¹ y, sin embargo, no hay pruebas de que la consciencia tenga ese papel secundario. Los experimentos de LIBET sólo evidenciaron que la actividad del cerebro no consciente existe y precede a la experiencia consciente, pero no evidenciaron la ausencia de intervención del área cerebral de la consciencia, ni tampoco dichos experimentos aportaron evidencia científica sobre la función que desempeña la intervención de la corteza cerebral —el área de la consciencia— en todo el proceso de toma de decisiones.

De una parte, aunque en la interpretación de los experimentos de LIBET se ponga el acento en el hecho de la precedencia temporal de la actividad no-consciente, lo cierto es que se parte de que la consciencia juega un papel en todo el proceso y se intenta fijar el momento en que la actividad consciente se produce, como una actividad diferente de la inconsciente, de modo que dichos experimentos no impiden que sigamos hablando de actuaciones humanas conscientes sin que la expresión carezca totalmente de sentido desde la perspectiva neurocientífica. Sí carecería de sentido seguir hablando de la actuación humana como una actuación consciente si en el proceso de actividad neuronal previo a una acción no tomara parte activa la corteza cerebral. Pero como es patente, no es éste el caso.

Ahora bien, que una buena parte de la actividad cerebral sea no-consciente o que la información se procese y tenga lugar en actividades cerebrales de las que no tenemos consciencia no implica que la acción realizada esté *dominada* por la actividad cerebral no-consciente. Nadie duda de que cualquier decisión está influida por el inconsciente, pero tener influencia no significa dominio ni determinación. Para afirmar el predominio de la actividad neuronal no-consciente sobre la consciente necesitamos una mayor precisión sobre el funcionamiento de los sistemas de circuitos neuronales de las distintas áreas cerebrales; conocimientos que, de momento, la Neurociencia no aporta⁵². ¿Por qué no puede sostenerse, por ejemplo, que la consciencia ejerce una función de *filtro* de los impulsos y deseos inconscientes⁵³ que han participado en el proceso cerebral de toma de decisión y ejecución de la acción? Caben incluso otras interpretaciones sobre el propio significado de la actividad cerebral previa (PD). Dada la complejidad de la actividad del cerebro, ésta no podría llevarse a cabo toda a la vez con la suficiente rapidez como para tomar una decisión rápida y realizar un movimiento, por ello puede ser necesario que el cerebro se encuentre permanentemente activado o preparado en un nivel tal que pueda

⁵¹ S. MORSE, «Determinism and the Death of Folk Psychology: Two Challenges to Responsibility from Neuroscience», en MINN, J. L. SCI y TECH, vol. 9 (1), 2008, 30.

⁵² No en un sentido dinámico, que parece relativamente conocido en cuanto a que toda experiencia del sujeto queda grabada en su memoria de modo que ésta, el inconsciente, está integrado por todos los conocimientos que un día fueron conscientes, *cf.* G. ROTH, «La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío», en RUBIA (dir.), *El cerebro: avances recientes en Neurociencia*, Madrid, UCM, 2009, 115. De hecho en un curso en la universidad de Alicante sobre Neurociencia y responsabilidad en el que coincidí con F. RUBIA le pregunté por esta cuestión y su respuesta fue clara: no se sabe y tampoco está claro que se vaya a saber cuál es la relación entre el consciente y el inconsciente. No obstante, sobre el estado de la cuestión de las zonas del cerebro implicadas en las acciones voluntarias, con abundantes citas sobre los experimentos realizados, *cf.* P. HAGGARD, en *Nature Reviews Neuroscience*, vol. 9, 2008, 934 y ss. *Cfr.* también W. SINGER, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-r5, 2010, 15 y ss., 21 y ss.

⁵³ Algo similar sobre la coinfluencia de los impulsos en A. MELE, «Free Will and Luck», 2006, 30-46, 33., *cit.* por MORSE, en MINN, J. L. SCI y TECH, vol. 9 (1), 2008, 30; en el mismo sentido, M. R. BENNET y P. M. S. HACKER, *Philosophical Foundations of Neuroscience*, 2003, 228-231.

ser utilizado *a posteriori* por la propia decisión consciente⁵⁴. En esta interpretación, la actuación posterior del área consciente no tendría menor relevancia o un significado secundario. La importancia de dicha actividad no exigiría la detección de un flujo eléctrico en sentido inverso —de lo consciente a lo inconsciente, desde la corteza cerebral hacia otras áreas—, pues la corteza cerebral podría estar preparada para «filtrar» lo que le llega de las áreas de actividad no consciente en virtud de complejos mecanismos de procesamiento de la información. Esta compleja actividad de filtrado efectuada por la corteza cerebral explicaría que la mayor parte de su actividad se produzca a raíz de *inputs* de la propia corteza, es decir, que la existencia de un *input* desde las áreas de actividad cerebral no-consciente no sería un dato realmente significativo pues lo recibido sería procesado mediante múltiples actuaciones de la propia corteza cerebral que acabarían transformando el *input* en un producto distinto⁵⁵. El dominio de la actividad no-consciente sobre la consciente dada la retroalimentación continua de la actividad de la corteza cerebral requeriría, a mi modo de ver, no sólo un flujo de *inputs* del inconsciente realmente significativo sino sobre todo que su paso por la corteza cerebral fuera irrelevante, es decir, no transformara el producto. En definitiva, la determinación de la relación entre la consciencia y la inconsciencia no deriva sólo de la constatación de flujo eléctrico desde de las áreas cerebrales de actuación no-conscientes a las conscientes.

2. Es más, una interpretación determinista pura de los experimentos de LIBET conduciría no a sostener que la actuación humana está causada por actividad neuronal inconsciente sino más bien a la imposibilidad de diferenciar entre acciones conscientes e inconscientes. De hecho otros reputados neurocientíficos no afirman el inicio o dominio no-consciente de la decisión, sino que simplemente sostienen que en la toma de decisiones intervienen procesos o actividades neuronales realizadas sin consciencia, y con ello solo quieren decir que la voluntad no es un acto aislado y espontáneo sino el fruto de complejos procesos cerebrales parcialmente conscientes y parcialmente inconscientes que se retroalimentan mutuamente generando, probablemente, niveles o sistemas de progresiva complejidad⁵⁶. En esta línea se ha sostenido, además, que entre la actuación consciente y la no-consciente no hay más que un desarrollo gradual de actividad neuronal de todo el cerebro en su conjunto⁵⁷.

⁵⁴ J. I. MURILLO y J. M. GIMÉNEZ-AMAYA, en *Acta Philosophica*, 17-2, 2008, 291 y ss., 303.

⁵⁵ Cfr. W. SINGER, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-r5, 2010, 13 y ss., explica cómo la mayor parte de la actividad de la corteza cerebral se produce procesando *inputs* que proceden de esta misma área, del propio cortex, de modo que sólo una mínima parte de la actividad de la corteza procesa *inputs* de otras áreas. Una explicación de este rasgo de la corteza cerebral podría ser que una vez que los *inputs* entran en la consciencia, ésta a través de complejos mecanismos va transformando «lo recibido» a través del paso por distintos niveles de sistemas de procesamiento que se producen en la corteza cerebral.

⁵⁶ Por todos, P. HAGGARD, *Nature Reviews Neuroscience*, 9, 2008, 934 y ss., 942. W. SINGER (*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-r5, 2010, 21 y ss., 25 y ss.), sostiene no pueden identificarse las acciones libres como aquellas en las que interviene sólo actividades cerebrales conscientes, pues en toda toma de decisión habrían tomado parte actividades del cerebro realizadas de forma no consciente. Y también sostiene que en la evaluación que conduce a la acción a veces vence el inconsciente, así como cuando afirmamos que hicimos algo pero que en realidad no queríamos hacerlo. Pero afirma el desconocimiento de los mecanismos evaluativos —en términos fisiológicos— que hacen que se tome una decisión en un sentido u otro. Es decir, que se desconoce por qué vence la consciencia, o por qué en muchas ocasiones reconocemos *a posteriori* la decisión como voluntaria.

⁵⁷ «Lo que nos parecen dos formas de procesamiento (consciente e inconsciente) es realmente una reacción de todo el cerebro en su conjunto». Cfr. D. DENNO, «Crime and Consciousness: Science and Involuntary Acts», *87 Minn. L. Rev.*, 269, 2002, 328.

3. Con independencia del significado de los experimentos de LIBET sobre el papel de la consciencia en la toma de decisiones, hay un argumento que tiende a repetirse en la literatura y que se esgrime contra la relevancia explicativa de la consciencia respecto de la toma de decisiones; en concreto, se trata de que el cerebro tiende a autoadscribirse como voluntarios *a posteriori* acciones que no han sido originadas por el propio sujeto. Si bien el ser humano es capaz de experimentar de forma diferente el ser el motor de una acción o el que el propio cuerpo sea sujeto pasivo de una acción —por ejemplo, cuando se golpea en la rodilla produciéndose el movimiento reflejo de la pierna que se eleva—, sin embargo, en ocasiones el ser humano se atribuye como propias y asume como voluntarias acciones de las que no ha sido su motor. Por ello se afirma que la consciencia de ser el agente de la acción sería una mera ilusión⁵⁸ y no debería tomarse como «indicio» de ser la causa que ha generado una acción el dato de que el sujeto se sienta agente de la acción y por ello tampoco la consciencia de ser y actuar libremente podría tomarse como indicio de la propia existencia de libertad humana. En este marco se exponen los experimentos realizados de estimulación cerebral mediante electrodos directamente de áreas de las que depende el movimiento, de manera que el sujeto del experimento realiza el movimiento y *a posteriori* se atribuye tal acción no sólo como propia, cuando realmente «el mismo» no ha realizado nada, sino que ha sido otro quien la ha generado, sino que se la atribuye como querida o voluntaria y encuentra razones que la explican⁵⁹. Esta clase de experimentos sugeriría que la consciencia no guarda correspondencia ni con la voluntad real —con la decisión de actuar— ni con la generación por el sujeto de la acción —*agency*—.

Aunque no puede negarse la importancia de estos experimentos y tampoco que sus resultados son incompatibles con fundamentar la libertad de decisión en la mera experiencia subjetiva de actuar libremente⁶⁰, creo que dichos resultados no son definitivos para la identificación del papel de la toma de consciencia en las decisiones y en la definición de la conducta humana y ello no sólo porque nos encontramos en fases muy iniciales de conocimiento sobre el funcionamiento del cerebro, sino, ciertamente, porque algún papel relevante debe jugar la consciencia dado que es un rasgo de lo humano que la evolución ha ido generando y que nos diferencia del resto de los animales, de modo que con seguridad debe estar unida a alguna ventaja evolutiva para la especie humana. Por ejemplo, se admite que la consciencia tiene una gran utilidad para el desarrollo y estabilización de los sistemas sociales y se admite también que, frente a la actividad cerebral no-consciente, la consciencia aporta una mejor gestión de las variables de la decisión al ser sometidas a reglas de la lógica de la argumentación⁶¹.

⁵⁸ Cfr. G. ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, 553; W. SINGER, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, 2003, 13, 59; W. PRINZ, en CRANACH y FOPPA (eds.), *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, Heidelberg, 1996, 86 y ss., 98; G. MERKEL y G. ROTH, «Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe», en K.-J. GRÜN, M. FRIEDMAN y G. ROTH, *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen, 2008, 60; D. M. WEGNER, *The Illusion of Conscious Will*, MIT Press, 2003.

⁵⁹ Por ejemplo, P. HAGGARD y B. LIBET, «Conscious Intention and Brain Activity», en *Journal of Consciousness Studies*, 8 (11), 2001, 47 y ss., 53; M. PAUEN, en RUBIA (ed.), *El cerebro: avances recientes en Neurociencia*, 2009, 148 y ss.

⁶⁰ Cfr. B. FEIJOO, *Indret*, 2/2011, 25.

⁶¹ Una explicación de cómo se realiza a nivel neurológico la consciencia del yo y como se construye socialmente y se realiza dicha construcción en el funcionamiento cerebral en W. SINGER, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-r5, 2010, 13-15, 17 y ss., 20 y ss., 29. Se parte de que la consciencia tiene como inconveniente que tiene una capacidad limitada de gestión de información o variables, porque no puede rete-

5. EL SIGNIFICADO DE LOS EXPERIMENTOS DE LIBET PARA LA EXPLICACIÓN DE LA ACTUACIÓN HUMANA EN CONTEXTOS NORMATIVOS

Con independencia de la consistencia metodológica de los experimentos de LIBET y con independencia también de cuál sea la interpretación más correcta de los experimentos de LIBET en cuanto a la comprensión del funcionamiento del cerebro, las objeciones que tienen mayor relevancia para la fundamentación del derecho penal se refieren a la extrapolación de los resultados de dichos experimentos —referidos a acciones muy simples— a otros ámbitos de actuación humana más compleja; en particular, las críticas se refieren a la poca o nula utilidad y escasas repercusiones que pueden tener dichos experimentos en la concepción del ser humano y en la explicación de la actuación humana *en contextos normativos*.

1. En cuanto a las conclusiones referidas a la concepción del ser humano, el reputado neurocientífico norteamericano GAZZANIGA⁶², sostiene que no es apropiado comparar el funcionamiento del cerebro con el de cualquier máquina: «El cerebro [sostiene] es un sistema altamente complejo que interactúa constantemente con el entorno. Trabaja de forma automática, pero se adapta y aprende como si estuviera solo, respondiendo a reglas aprendidas y a reglas sociales, tanto como a sus propias reglas construidas en él». Pero más allá de la improcedencia de dicha comparación, sobre lo que GAZZANIGA y otros neurocientíficos llaman la atención es sobre la idea de que los conocimientos actuales de la Neurociencia sean definitivos y suficientes para entender el funcionamiento del cerebro y el proceso de toma de decisiones en toda su complejidad⁶³. En su criterio, extraer conclusiones tan radicales sobre la conducta humana a partir de los conocimientos actuales sobre el funcionamiento del cerebro humano sería en exceso aventurado.

Los científicos alemanes firmantes del manifiesto de 2004 admiten que si bien se ha avanzado mucho en el conocimiento del funcionamiento de los niveles inferiores o más simples y básicos del cerebro —niveles neuronales— y en el de los superiores —de las áreas o zonas cerebrales—, sin embargo, se sabe aún muy poco sobre el funcionamiento del nivel medio, esto es, sobre el funcionamiento de los sistemas de neuronas que se construyen sobre los niveles neuronales básicos y constituyen la conexión entre éstos y los niveles superiores. Y admiten también que ni es previsible que en los

ner mucha información al mismo tiempo y porque la información que deviene consciente es sólo una selección realizada en los procesos neuronales precedentes que son los que deciden lo que accede a la consciencia. Pero presenta ventajas estratégicas como es el procesamiento de información conforme a reglas aprendidas de la lógica de la argumentación. Desde la perspectiva evolutiva la consciencia permitiría la comunicación y con ello la valoración e interpretación de las decisiones y la atribución de responsabilidad y prever sanciones no deseadas.

⁶² «Facts, fictions and the future of neuroethics», en *Neuroethics. Defining the issues in theory, practice, and policy*, JUDY ILLES (dir.), Oxford University Press, 2006, reimpr. 2008, 141 y ss., 145.

⁶³ Cfr. *Facts, fictions and the future of neuroethics*, 141 y ss. Lo admiten los propios firmantes del manifiesto («Das Manifest», en *Gehirn & Geist*, 6/2004, 33). También, G. ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 493; W. SINGER, *Ein neues Menschenbild*, 23, admiten la escasez de conocimientos. Insiste en este aspecto de la ausencia de conocimientos suficientes respecto de la consciencia de libertad, T. HILLENKAMP, *JZ*, 7/2005, 318; B. FEIJOO, *Indret*, 2/2011, 14.

próximos años se tengan conocimientos sobre cómo se conectan los niveles superiores con los inferiores a través de los niveles intermedios, ni que se responda a las grandes cuestiones de la Neurociencia como, por ejemplo, las referidas a cómo surge la consciencia y el sentimiento del yo, de ser uno y distinto de los demás⁶⁴. De modo que la espectacularidad del salto dado en el conocimiento del funcionamiento del cerebro en las últimas décadas no puede ocultar que, aunque pudiera afirmarse que es más lo que se sabe que lo que se desconoce, y aunque el desconocimiento afectara sólo a pequeños detalles, lo que ni siquiera es claro, incluso en dicha hipótesis, no podría afirmarse que lo que se desconoce no sea lo fundamental para entender realmente el funcionamiento del cerebro humano. De hecho se admite que los materiales moleculares de las células nerviosas de animales y personas son los mismos y que funcionan y se conectan unas con otras conforme a los mismos principios. De modo que la única diferencia relevante que se observa en el funcionamiento del cerebro de los animales y las personas es la cantidad de neuronas de la corteza cerebral de los seres humanos. Y ello no es obstáculo para que sea patente que los seres humanos tenemos propiedades mentales muy diferentes a las de los animales⁶⁵. De modo que el conocimiento de los mecanismos básicos de composición y conexión de las neuronas es muy insuficiente para explicar las diferencias entre los seres humanos y los animales de la misma manera que los conocimientos sobre la composición genética del cromosoma humano y animal se muestra de momento insuficiente para explicar las diferencias de funcionamiento del ser humano y el resto de los animales; o de la misma manera que saber que los programas de ordenador se construyen a partir del sistema numérico binario no explica su propia complejidad.

2. La objeción que tiene una mayor importancia para el mundo del derecho frente a las interpretaciones mencionadas sobre los experimentos de LIBET reside en que dichos experimentos no aportan conocimientos significativos sobre el funcionamiento de los procesos de decisión del ser humano en contextos normativos, en los que se actúa motivado por razones o valores; así, por ejemplo, cuando de lo que se trata es de explicar el actuar motivado por el cumplimiento de una norma y/o por la evitación de la sanción que su incumplimiento conlleva, no parece que dichos experimentos aporten datos significativos puesto que éstos se refieren al funcionamiento de un nivel neuronal muy básico. El experimento de LIBET se centró en la ejecución de acciones simples —movimientos con los dedos de las manos—, realizadas sin ninguna motivación directa (más allá de la relativa a la petición de mover las manos en el marco del experimento). Pues bien, parece claro que los sistemas neuronales que intervienen en la decisión y ejecución de movimientos simples azarosos —como los instados en los experimentos— no son los mismos que los que intervienen en las decisiones complejas, y, especialmente, si éstas implican decisiones morales⁶⁶. Por ello se duda de que los resultados de los experimentos de LIBET puedan ser representativos del funcionamiento cerebral en su conjunto, más allá de aportar explicación de conductas triviales⁶⁷; y, en

⁶⁴ VVAA, «Das Manifest, Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung», en *Gehirn & Geist*, 6/2004, 30-37, 33.

⁶⁵ Cfr. W. SINGER, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-r5, 2010, 12.

⁶⁶ *Ibid.*, 13 y ss.

⁶⁷ J. HABERMAS, *Freiheit und Determinismus. Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, núm. 6, 2001, 871 y ss.; HILLENKAMP, *JZ*, 2005, 313 y ss., 319; P. HAGGARD, *Neuroscience*, 9, 2008, 934; S. MORSE, «Determinism

consecuencia, se cuestiona que dichos resultados puedan realmente explicar los procesos de toma de decisiones en contextos normativos⁶⁸.

Aunque ROTH ha intentado salir al paso de un argumento similar⁶⁹, sin embargo, sus conclusiones no son incompatibles con lo que he defendido. Llega ROTH a una conclusión similar a la de LIBET a partir de sus estudios sobre las interacciones entre el sistema límbico o emocional, que trabaja sin que tengamos consciencia de ello, y la corteza cerebral, centro de la actividad consciente. Sostiene ROTH que las decisiones se habrían configurado en el sistema límbico antes de que seamos conscientes de ellas⁷⁰. Y sostiene también que aunque el trazado neuronal de la toma de decisiones implica innumerables idas y venidas desde el sistema límbico a la corteza cerebral y viceversa, el sistema límbico tendría la primera y la última palabra en todo el proceso.

Se centra ROTH en la crítica de que las decisiones racionales no se toman en pocos segundos sino que requieren una ponderación racional, esto es, una evaluación de razones y motivos, de costes y beneficios a corto y largo plazo. Dicha ponderación racional, sostiene ROTH, se produce de forma tan determinada como cualquier decisión simple; en su criterio, está determinado sí y en qué medida realizamos una valoración racional al tomar una decisión, de qué argumentos disponemos o el sentido que les damos; todo depende de nuestra memoria de las experiencias previas, una memoria que actúa inconscientemente, y no de nuestra reflexión racional. «Nuestra razón [sostiene ROTH] puede ser concebida como la plana mayor de los consejeros-expertos que condicionan el sistema límbico que dirige la conducta. Esta plana mayor puede examinar cosas en un cierto sentido que el sistema límbico no está en condiciones de hacer, pero no decide por sí misma»⁷¹. ROTH, quien, no obstante, asume alguna de las críticas a los experimentos de LIBET, solo afirma, prudentemente, que no hay decisiones *puramente* racionales si por ellas se entiende las decisiones tomadas sin ninguna intervención del sistema emocional no-consciente, de modo que la decisión sería, en su opinión, siempre el fruto de la interacción entre lo consciente y lo inconsciente⁷².

Parece evidente, y no seré yo quien lo niegue, que la razón no tiene un funcionamiento aislado, ajeno al subconsciente; tampoco me parece objetable la idea de que la decisión es siempre el fruto de la interacción entre lo consciente y lo inconsciente,

and the Death of Folk Psychology: Two Challenges To Responsibility from Neuroscience», en MINN, J. L. SCI y TECH, vol. 9 (1), 2008, 31.

⁶⁸ Sobre esta crítica, *cf.* S. MORSE, «Determinism and the Death of Folk Psychology: Two Challenges To Responsibility from Neuroscience», en MINN, J. L. SCI y TECH, vol. 9 (1), 2008, 31; sobre la toma de decisiones en contextos normativos, *cf.* el volumen *Neuroethics, Defining the issues in theory, practice, and policy*, JUDY ILLES (dir.), Oxford University Press, 2006, reimp. 2008. Y, especialmente los trabajos de MORSE y GAZZANIGA.

⁶⁹ *Cf.* WILLENSFREIHEIT, «Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung», en *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Fest. für E-J. Lampe zum 70 Geburtstag*, D&H, 2003, 43 y ss., 53 y ss. y la relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío, en RUBIA (dir.), *El cerebro: avances recientes en Neurociencia, Comentarios introductorios*, Madrid, UCM, 2009, 103 y ss.

⁷⁰ *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, 553.

⁷¹ WILLENSFREIHEIT, «Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus der Sicht der Hirnforschung», en *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Fest. für E-J. Lampe zum 70 Geburtstag*, D&H, 2003, 54.

⁷² G. MERKEL y G. ROTH, «Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe», en K.-J. GRÜN, M. FRIEDMAN y G. ROTH, *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen, V&R, 2008, 62.

de modo que probablemente la imagen radical de la persona libre y de la actuación exclusivamente consciente sea una imagen distorsionada del ser humano, que exagera la idea de libertad. Y también creo que es posible que ROTH tenga razón y que la ponderación racional se produzca de forma tan causal-determinada como cualquier decisión simple, aunque de momento tal afirmación sea tan sólo una conjetura. Sin embargo, no creo que ninguno de estos argumentos sea suficiente para refutar la crítica de que los experimentos realizados hasta la fecha y los conocimientos extraídos de ellos no son suficientes para explicar la actuación humana en contextos normativos. Para empezar, desconocemos muchos de los componentes y mecanismos del funcionamiento cerebral: el cerebro sigue siendo una caja negra; de otra parte, es cierto que los experimentos realizados por LIBET tuvieron como objeto acciones muy simples; y, finalmente, ROTH no demuestra que los circuitos neuronales⁷³ que intervienen en la toma de decisiones en contextos normativos sean los mismos que los que intervienen en las acciones simples como el movimiento de un dedo.

Pero además, enlazando con lo expuesto en el epígrafe anterior, las conclusiones de ROTH tampoco evidencian el dominio del sistema límbico-emocional sobre la consciencia en la toma de decisiones. ¿Por qué no puede defenderse que el último viaje —la última palabra en la terminología de ROTH⁷⁴— desde la corteza cerebral hasta los ganglios basales que forman parte del sistema límbico tiene el sentido de grabar en la memoria —función psicológica asociada al sistema límbico— la decisión tal y como ha sido finalmente adoptada —esto es, modificada y filtrada por el segmento de actividad neuronal consciente—, antes de enviar la orden de ejecución a los músculos? De momento, mientras no existan mayores evidencias sobre el funcionamiento del cerebro la respuesta permanece abierta.

6. PARTÍCULAS ELEMENTALES, SISTEMAS BIOLÓGICOS Y PERSONAS: ACTIVIDAD NEURONAL Y CONDUCTA HUMANA

1. Más allá de los experimentos de LIBET, muchas explicaciones neurocientíficas sobre el comportamiento humano incurren en un reduccionismo exacerbado; el problema no es que se prescindiera del dualismo cerebro-mente y se parta así de una concepción materialista o naturalista de la actuación humana, sino que el problema reside en que las tesis comentadas reducen la explicación de la conducta humana y de todo estado mental al nivel de las conexiones neuronales o, en todo caso, del funcionamiento de segmentos del cerebro —las áreas cerebrales—, de modo que atribuyen las capacidades o disposiciones psicológicas, los estados mentales, al cerebro y sus partes

⁷³ Entiendo por tales el camino trazado por las conexiones neuronales.

⁷⁴ WILLENSFREIHEIT, «Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung», en *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Fest. für E-J. Lampe zum 70 Geburtstag*, D&H, 2003, 50-53; *id.*, «La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío», en RUBIA (dir.), *El cerebro: avances recientes en Neurociencia*, UCM, 2009, 102 y ss., 112 y ss. ROTH sostiene que el sistema emocional juega un papel fundamental en la toma de decisiones, por tanto, las decisiones serían menos racionales de lo que en principio se afirma. Ello se evidenciaría porque tras muchas idas y venidas de señales neuronales entre las áreas de actividad consciente y el sistema emocional, el último viaje antes del envío de la señal hacia los centros motores para la ejecución de la decisión se produciría desde el cortex al sistema límbico, es decir, desde el área consciente hasta este segmento de actividad no-consciente —los ganglios basales—.

y no a la persona⁷⁵. Este razonamiento que atribuye a las partes —al cerebro y sus áreas— las capacidades o facultades del todo —el ser humano—, incurre en la falacia mereológica⁷⁶.

Con un fundamento similar ha criticado HABERMAS el error categorial que se estaría cometiendo al intentar explicar la actuación del ser humano solo desde una perspectiva neurobiológica. El rasgo esencial que define y diferencia la acción humana es que no se explica por referencia a causas como se explica el comportamiento de la manzana al caer del árbol. La acción humana resulta de motivos, intenciones, planes y razones; y las razones para la acción surgen de la experiencia individual y de la interacción y comunicación social⁷⁷. Cuando una persona cumple una regla, sea del tipo que sea, por ejemplo cuando juega al mus siguiendo las reglas de este juego, su actuación no puede ser explicada en términos exclusivamente causales, aunque las reglas del mus sean condición causal de su actuación. Actuar conforme a reglas es actuar movido por razones. Las reglas, las normas, constituyen razones para actuar en el marco social, y no meras causas de la actuación. En el mismo sentido: aunque el funcionamiento biológico del cuerpo humano es condición causal de la actuación de jugar al mus, la biología no explica la actuación de forma completa. Con el mismo tipo de razonamiento: la persona es algo más que un sistema biológico en funcionamiento, aunque no exista sin él; la persona es una subjetividad creada y desarrollada en el entorno social y normativo a partir de la atribución —social y normativa— de rasgos y características, capacidades, derechos y obligaciones, de modo que la actuación de la persona no puede ser explicada sin referencia a su comprensión social y jurídica.

En mi criterio, ni la explicación de la conducta humana puede ser reconducida al nivel neurobiológico, ni el funcionamiento del cerebro puede ser reconducido al nivel neuronal más básico. Como SEARLE razona, la complejidad del funcionamiento del cerebro, su propia plasticidad, su capacidad de ser influido por el entorno, son características que evocan la imagen del cerebro como un conjunto de sistemas que inician su construcción en los niveles inferiores —los más simples—, que repercuten causalmente en los niveles superiores produciendo efectos en la propia configuración, estructura y funcionamiento de dichos niveles superiores, de modo que los sistemas superiores tienen rasgos, características o funciones de los que carecen los sistemas de niveles inferiores⁷⁸. Pero que los niveles superiores tengan rasgos, propiedades y estructuras distintas de los niveles inferiores no implica que los niveles superiores no tengan una composición material, ni que su conformación no haya sido el producto

⁷⁵ Sobre ello, *cf.* BENNETT y HACKER, *Philosophical Foundations of Neuroscience*, Oxford, 2003, 18-23. Se han publicado fragmentos en castellano en BENNETT, DENNETT, HACKER y SEARLE, *La naturaleza de la conciencia*, Barcelona, 2008, 15 y ss.; S. PARDO y D. PATTERSON, «Philosophical Foundations of Law and Neuroscience», *University of Illinois Law Review*, 4, 2010, 1211 y ss., 1218, 1225 y ss. Entre los penalistas, *cf.* T. HILLENKAMP, *JZ*, 7/2005, 319, quien sostiene que no es extraño que los neurocientíficos no encuentren la libertad ni un agente causante en sus experimentos de laboratorio, pues incurren en un reduccionismo naturalista.

⁷⁶ S. PARDO y D. PATTERSON, «Philosophical Foundations of Law and Neuroscience», *University of Illinois Law Review*, 4, 2010, 1211 y ss., 1225.

⁷⁷ J. HABERMAS, «Freiheit und Determinismus», en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, núm. 6, 2001, 871 y ss., 891-920. Sobre el error categorial, *cf.* además, T. HILLENKAMP, *JZ*, 7/2005, 319, y bibliografía citada.

⁷⁸ *Cfr.* J. SEARLE, «Free Will as a Problem in Neurobiology», en *id.*, *Freedom and Neurobiology. Reflections on Free Will, Language and Political Power*, New York, 2007, 40.

causal de los niveles previos. Un ejemplo de R. SPERRY⁷⁹ puede ser esclarecedor de la conexión entre niveles, de la idea de propiedad de un nivel y de cómo pueden encontrarse vinculados por relaciones causales distintos conjuntos neuronales: la rueda es pura materia y, sin embargo, las propiedades de la rueda (su solidez, su capacidad de rodar) no son predicables de los átomos o partículas de caucho de los que está formada, aunque de alguna manera la solidez tiene que estar, o tiene que existir como mera «disposición» en los propios átomos de caucho. Pues bien, igual que las propiedades de la rueda no son las de sus elementos aunque estén causadas por ellos, de la misma forma, aunque los estados mentales sean producto de la actividad cerebral, ni se identifican con ella ni pueden predicarse de las propias neuronas, ni de un subconjunto básico de neuronas conectadas mediante sinapsis. En palabras de SEARLE, los estados y procesos mentales, (como el pensamiento, el dolor, el deseo o las experiencias perceptivas) son realidades «causadas por los procesos neurobiológicos que se desarrollan en el cerebro y que se realizan ellos mismos en el cerebro como su nivel superior o rasgos del sistema mismo»⁸⁰.

2. Esta concepción encaja con la complejidad del funcionamiento del cerebro y con la característica más identificativa del mismo, su plasticidad. Los rasgos de complejidad y plasticidad, probablemente, son los que permiten esa imagen de que se produce un «salto no causal» desde las propiedades de las partículas elementales —las neuronas— a los sistemas creados por ellas —los sistemas de circuitos neuronales—. La idea de sistemas simples que se integran en sistemas de creciente y progresiva complejidad es compatible con los conocimientos neurobiológicos actuales, pues conforme a ellos las neuronas (recordemos, cerca de 100.000 millones) se conectan entre sí (cada neurona puede establecer hasta 10.000 con otras) generando redes que no son estáticas, sino funcionalmente dinámicas; de modo que no se trata de que cada neurona se conecte solo con un determinado grupo de neuronas creando un subsistema específico estático, sino que cada neurona puede conectarse con diferentes neuronas en muchos subsistemas diferentes, generando no sólo distintas funciones o propiedades, sino po-

⁷⁹ R. W. SPERRY, «Mind-brain interaction: mentalism, yes; dualism, no», en *Neuroscience*, 5, 1980, 195 y ss.

⁸⁰ Expresado en otros términos, «están efectivamente causados por procesos que acaecen en el cerebro» en el nivel neuronal básico y al mismo tiempo son procesos que «se realizan en el sistema mismo que consta de neuronas» (J. SEARLE, *Mentes, cerebros y ciencia*, Madrid, 1994, 22, 27). El concepto de causación mental utilizado no es el tradicional sino que partiendo de los distintos niveles de configuración del cerebro, desde los niveles más básicos, los microelementos causan procesos que afectan los niveles superiores de modo tal que puede afirmarse que dichos procesos «se realizan en el sistema que está compuesto de los microelementos. Hay una relación de causa a efecto, pero al mismo tiempo los rasgos superficiales son sólo rasgos de nivel superior del mismo sistema cuyo comportamiento en el micronivel causa esos rasgos» (*op. ult. cit.*, 26). Esto sucede también en las realidades externas u objetivas, pues suele suceder en el progreso de la ciencia que algo originariamente definido en función de sus rasgos superficiales, accesibles a los sentidos «sea subsecuentemente definida en términos de microestructura que causa esos rasgos superficiales» (*ibid.*). «Nada hay más común en la naturaleza que el que rasgos superficiales de un fenómeno sean a la vez causados por y realizados en una microestructura, y éstas son exactamente las relaciones que se exhiben en la relación de la mente con el cerebro» (*ibid.*). A poco que pensemos en los conocimientos de la Genética o de la Física cuántica, veremos cómo esta afirmación difícilmente puede ser refutada. Por consiguiente, aunque se desconozca todavía el detalle de cómo actúa el cerebro para causar los fenómenos mentales, aunque no se conozca el proceso, sin embargo, es posible entender que «hay ciertas actividades electroquímicas específicas que se desarrollan entre las neuronas o los módulos de las neuronas y quizá otros rasgos del cerebro, y esos procesos causan la consciencia». *Cfr.* también, *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente*, Madrid, 1992.

sibilitando que las mismas funciones sean realizadas por grupos de neuronas diferentes. Si cada nivel de organización superior de neuronas o grupos de ellas —subsistemas y sistemas; circuitos con funciones diferentes— genera propiedades identificativas del nuevo nivel y diferentes a las de los niveles previos, y si el número de niveles de subsistemas y sistemas intermedios es elevadísimo —pensemos en el número de opciones sinápticas posibles entre 100.000 millones de neuronas con 10.000 sinapsis cada una—, la propia complejidad organizativa de los sistemas neuronales y la distancia cualitativa entre los niveles inferiores y los superiores generaría la propia imagen de salto no causal entre ellos⁸¹.

Pero no sólo la complejidad constituye un elemento que favorece la imagen del salto no causal entre niveles, sino el propio desconocimiento sobre los mecanismos a través de los cuales se produce la interacción entre las neuronas, los grupos de neuronas y los sistemas superiores: el desconocimiento, en definitiva, de los mecanismos que acaban generando las propiedades emergentes y las funciones cerebrales más complejas que resultan de la actuación integrada de distintos subsistemas o segmentos de las áreas del cerebro⁸².

3. A partir de este modelo de explicación, que sigue siendo causal-materialista, es posible sostener que la autoconciencia y la voluntad consciente de actuar son propiedades predicables del ser humano, de la persona. Se trata de rasgos o funciones superiores que emergen de los sistemas biológicos pero que no se identifican ni con ellos ni con las funciones que éstos son capaces de realizar⁸³; son producto de la actividad y funcionamiento de sistemas biológico-neuronales, pero no son elementos identificables con el funcionamiento neurofisiológico. Ello significa que si bien para comprender lo que la conciencia y la voluntad son se ha de partir del funcionamiento del sistema fisiológico que los posibilita, sin embargo, la conciencia y la intencionalidad, como propiedades y rasgos predicados de la persona se configuran también a través de la definición y adscripción socio-normativa de dichas propiedades y rasgos a la persona, de modo que tienen un componente *normativo* que sólo puede identificarse y reconocerse, no en el sustrato corporal de la persona, sino en su propia manifestación en sociedad, en la persona y en su conducta social.

En consecuencia, la actuación consciente e intencional —conscientemente dirigida y controlada para alcanzar un objetivo— no es una actuación incondicionada, pues no es ajena al mundo causal; tampoco es algo generado de forma inmaterial, pues la actuación consciente e intencional es el fruto del funcionamiento de los sistemas biológicos de los que emerge. Pero la actuación consciente e intencional es algo más que el mero producto de un sistema biológico; como manifestación de la persona, la actuación consciente e intencional representa también la concreción de la atribución social de los correlativos estados mentales que denominamos conciencia y voluntad.

⁸¹ Sobre la incidencia del propio desconocimiento de los antecedentes causales de la acción como en la propia autoconciencia de libertad, por todos, F. MOLINA, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 156 y ss.

⁸² Cfr. C. BELMONTE, «La exploración científica del cerebro. Un desafío científico y ético para el siglo XXI», *Discurso de recepción en la Academia de Murcia*, 2010, 17 y 18.

⁸³ Sobre la conciencia y voluntad como propiedades emergentes de determinados procesos cerebrales, cfr. R. W. SPERRY, en *Neuroscience*, 5, 1980, 195-206. El propio LIBET defiende esta idea apoyándose en SPERRY (B. LIBET, «Do We Have Free Will?», en *Journal of Consciousness Studies*, 6, 1999, 52 y ss.).

Cuál sea la relación entre los correlatos neurobiológicos de la decisión consciente y voluntaria y la atribución de dichos rasgos en la actuación social del ser humano es cuestión que está aún por determinar, pues primero habrá que determinar si existe un correlato neurológico de la propia decisión intencional.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. A través de este trabajo he intentado poner de relieve que la radicalidad con la que se sustenta que los experimentos de LIBET han demostrado que la actuación humana está determinada por la actividad cerebral no-consciente no se aviene con las dudas que se proyectan tanto sobre la fiabilidad del método utilizado en dichos experimentos como sobre la razonabilidad de las interpretaciones de los datos obtenidos a través de ellos; en particular, aventurar una hipótesis de explicación «neuronal» de la conducta humana en contextos normativos resulta en extremo arriesgado con base en el estado actual de desarrollo del conocimiento sobre el funcionamiento del cerebro y con base en los experimentos realizados por LIBET sobre acciones humanas muy simples.

Pero también he intentado poner de relieve que es posible partir de una concepción materialista del funcionamiento del cerebro y de la mente, sin que ello impida hablar con sentido de la persona como un ser dotado de consciencia e intencionalidad; pues, de un lado, consciencia e intencionalidad son propiedades emergentes del sistema neuro-biológico humano que los genera y, de otro, son rasgos o propiedades asignados socialmente a la persona, en la interacción y comunicación social. Y dicha interacción social, la asignación por los demás de rasgos a cada individuo, incide en la propia estructuración de las redes neurológicas que configuran el cerebro de cada uno, es decir, en la propia personalidad.

2. En este marco, mi conclusión reside en que los experimentos de LIBET no aportan argumentos definitivos a favor de una concepción determinista radical del ser humano incompatible con cualquier concepción del ser humano como libre⁸⁴. Por el contrario, creo que los argumentos sobre el funcionamiento causal del cerebro o sobre la incidencia de la actividad cerebral no-consciente en la toma de decisiones y ejecución de las acciones no impiden una visión de la persona como ser dotado de ciertos rasgos o propiedades como la consciencia y la voluntad, rasgos que constituyen la base de lo que se entiende socialmente como una persona libre. Esta comprensión constituye una concepción débil, o no azarosa de la libertad humana, que permite mantener el presupuesto de todo sistema normativo, esto es, la pretensión de la norma de incidir en los comportamientos de sus destinatarios.

3. Pero además, creo que esta imagen de la persona que actúa con consciencia y voluntad —en un cierto sentido libremente— es compatible y necesaria para una con-

⁸⁴ No en vano, ROTH, uno de los autores que de forma más radical utilizó los conocimientos científicos contra la concepción tradicional del derecho penal, sostiene ahora que el funcionamiento del cerebro, y en particular la incidencia del sistema emocional en la toma de decisiones, no es incompatible con un concepto débil de libre albedrío, *cfr.* «La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío», en RUBIA (dir.), *El cerebro: avances recientes en Neurociencia, Comentarios introductorios*, Madrid, UCM, 2009, 103 y ss., 114.

cepción del derecho penal que parte de su eficacia preventiva y de la responsabilidad personal como sustrato de una sanción justa, aspectos a mi modo de ver ineludibles de una fundamentación legítima y racional del derecho penal⁸⁵: en cuanto a la racionalidad del derecho penal, sostener que el derecho penal es capaz de incidir en la persona motivándola a la realización de la conducta ajustada a derecho, ciertamente, presupone una concepción no azarosa del comportamiento humano y de su relación con las normas, conforme a la cual la norma es la razón del cumplimiento de la norma, esto es, la «causa motivacional» del comportamiento; y, en cuanto a su legitimidad, la necesidad de un sujeto-persona al que imputarle responsabilidad por la realización de la conducta delictiva deriva de que esta imputación y el castigo que a la misma se asocia no resultan justificados si la conducta es fruto del azar, pues imputación y sanción requieren, al menos, que podamos seleccionar al sujeto como «causa» generadora del comportamiento⁸⁶.

⁸⁵ Sobre ello, M. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990, *passim*.

⁸⁶ Sobre la idea de que el indeterminismo absoluto —la libertad como algo absolutamente incondicionado— no es compatible con un modelo de responsabilidad subjetiva, ni con la propia idea de motivación y eficacia preventiva, que tiene una estructura causal, *cfr.* por todos F. VON LISZT, «Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit —Eine Replik—», *ZStW*, 18, 1898, 258; F. MOLINA, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 2002, 108 y ss.; K. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, *id.*, *KJ*, 2006, 123; B. FEIJOO, *Indret*, 2/2011, 19.

¿LA TERCERA HUMILLACIÓN? (SOBRE NEUROCIENCIA, FILOSOFÍA Y LIBRE ALBEDRÍO) *

Daniel González Lagier

Universidad de Alicante

Para Ernesto Garzón Valdés

RESUMEN. En este trabajo se describen los experimentos realizados en la década de los cincuenta del siglo pasado por el neurocientífico B. LIBET, cuyos resultados se han interpretado como una demostración empírica de la falsedad del libre albedrío. Frente a las interpretaciones deterministas de estos experimentos (y frente a la idea de que la neurociencia puede desplazar a la filosofía en la discusión sobre estos temas) se esgrimen dos argumentos de G. H. VON WRIGHT que tratan de mostrar la imposibilidad (por razones conceptuales y filosóficas) de probar empíricamente el determinismo universal (que es un presupuesto de las tesis de quienes niegan el libre albedrío con este tipo de argumentos) y la imposibilidad de reducir lo mental a lo neuronal.

Palabras clave: Neurociencia, determinismo, libre albedrío, responsabilidad, causalidad.

ABSTRACT. This paper describes the experiment that the neuroscientist B. LIBET carried out during the 1950s. The conclusions of these experiments have been interpreted as an empirical demonstration of the falseness of free will thesis. Against the determinist interpretation of these experiments (and against the idea that neuroscience can displace philosophy in the debate of these questions), the paper presents two arguments of G. H. VON WRIGHT which attempt to show that it is impossible (by conceptual and philosophical reasons) to prove empirically the universal determinism (which is a presumption of the thesis rejecting free will on the basis of arguments of this type) and the impossibility of reducing the mental dimension to the neuronal one.

Keywords: Neuroscience, determinism, free will, responsibility, causality.

* Fecha de recepción: 26 de septiembre de 2012. Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2012.

Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación sobre «Argumentación y Constitucionalismo» concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

La primera, cuando [el hombre] se percató de que nuestra Tierra no es el centro del universo, sino una minúscula e insignificante parte de un sistema cósmico apenas imaginable en su grandeza. Esta humillación se liga para nosotros al nombre de Copérnico, si bien la ciencia alejandrina ya había proclamado algo semejante. La segunda, después, cuando la investigación biológica destruyó los presuntos privilegios del hombre en la creación, desterrándolo a su procedencia del reino animal y a lo inextinguible de su naturaleza animal. Esta transmutación de valores se ha llevado a cabo en nuestros días bajo el influjo de Ch. Darwin, Wallace y sus predecesores, no sin la más vehemente resistencia de los contemporáneos. La tercera y más sentida humillación la ha de sufrir, empero, el ansia de grandeza del hombre en virtud de la actual investigación psicológica, que va a demostrar al yo que ni siquiera es señor en su propia casa, sino que se halla supeditado a las mezquinas noticias de aquello que sucede inconscientemente en su vida anímica.

(Una dificultad del psicoanálisis, S. FREUD)

1. ¿Es el hombre responsable de sus acciones? Desde hace unos años, cuando se intenta responder a esta pregunta nos topamos con un nuevo paradigma o esquema de interpretación (a veces se hace referencia al mismo como «neuroética»¹ o, incluso, «neurocultura»², aunque no es una terminología unívoca) que pretende dar cuenta de aspectos básicos del comportamiento humano, como el libre albedrío, la deliberación, la consciencia e, incluso, la conducta moral, a partir de los recientes conocimientos acerca del funcionamiento del cerebro (conocimientos que pueden agruparse bajo el nombre de «neurociencia»). En sus pretensiones más amplias y radicales, este nuevo paradigma propone replantear estos problemas al margen de la filosofía y de las humanidades, estableciendo para ellos un nuevo marco —un «campo de conocimiento unificado» bajo la dirección de la ciencia— que conducirá, ni más ni menos, a una nueva concepción del hombre: se afirma, en definitiva, que «las humanidades están abocadas a ser estudiadas, y en algún caso reevaluadas desde los conocimientos científicos. Sin ellos, sin los conocimientos científicos, las humanidades quedarán como el agua descrita a nivel poético, es decir, algo así como una descripción superficial de los fenómenos, sin entrar en el conocimiento de los pilares que la sustentan y le dan fundamento»³.

Uno de los problemas que muchos neurocientíficos creen haber desentrañado es el del libre albedrío⁴. De acuerdo con estos autores, el análisis del cerebro ha mostrado que la libertad humana es meramente una ilusión, una ficción generada por nuestro propio cerebro. Determinados experimentos —los famosos experimentos de la década de los ochenta de B. LIBET⁵ y otros en la misma línea⁶— parecen permitir concluir que el cerebro «se pone en marcha» para realizar una determinada acción antes de que seamos conscientes de haber tomado la decisión correspondiente, de lo que suele inferirse (1) que nuestra decisión consciente no tiene efecto causal en la acción realizada y (2) que la sensación o impresión de actuar libremente y a consecuencia de nuestra decisión consciente es un efecto causal de la propia actividad cerebral. Consecuente-

¹ Sobre los distintos sentidos de la denominación «Neuroética» puede verse CORTINA, 2010. También CAPÓ, NADAL, RAMOS, FERNÁNDEZ, CELA CONDE, 2006.

² *Vid.*, por ejemplo, MORA TERUEL, 2007.

³ MORA TERUEL, 1996: 170.

⁴ *Vid.*, por todos, al principal representante de esta tesis en España: RUBIA, 2009.

⁵ Puede encontrarse una descripción de los mismos en LIBET, 1999.

⁶ *Vid.* SOON, BRAAS, HAYNES, 2008. Citado por SOLER GIL, 2009.

mente, al ser la libertad una mera ilusión, o bien se sostiene que la responsabilidad por nuestras acciones no puede encontrar fundamento o bien que éste no puede basarse en la idea de reproche o merecimiento, sino que ha de encontrarse en otros principios. Como ha señalado E. GARZÓN, en realidad el desafío que las neurociencias plantean para nuestra noción de responsabilidad no es nuevo, sino que se trata de un nuevo ropaje para un viejo problema persistente de la filosofía⁷.

Los experimentos de LIBET son bastante sencillos. Cuando tomamos la decisión de realizar un movimiento simple, por ejemplo, flexionar un dedo, el córtex motor del cerebro envía una señal eléctrica a los nervios motores implicados en el movimiento. En unos experimentos anteriores se había descubierto que previamente a ese proceso se puede detectar ya cierta actividad eléctrica en el cerebro, cuya función parece ser preparar el movimiento. A esta actividad se le denomina «potencial de preparación». LIBET diseñó su experimento con el fin de señalar en qué momento de la secuencia de actividad cerebral (que supuestamente se inicia con la toma de decisión y concluye con el movimiento) se produce el potencial de preparación. Para ello reunió una serie de voluntarios, cada uno de ellos frente a un cronómetro, y les pidió que tomaran en un momento determinado la decisión de levantar un dedo e indicaran en qué posición se encontraba la aguja del reloj en el momento en que tomaron la decisión consciente de mover el dedo. A través de unos electrodos se medía el momento en que tenía lugar el potencial preparatorio y se contrastaba con el momento en que cada voluntario databa su decisión consciente de mover el dedo. Sorprendentemente, el potencial preparatorio no se encontraba entre la decisión y el movimiento, sino que era previo a la decisión consciente (unos 350 milisegundos antes), lo que se interpretó como prueba de que el cerebro tomaba la decisión por su cuenta, antes de que fuéramos conscientes de ella. Posteriormente, otros experimentos (con medios más refinados) parecen avalar estos resultados. En el año 2008 J. D. HAYNES y sus colaboradores detectaron hasta siete segundos antes de la decisión consciente pautas cerebrales que permitían predecir cuál sería la acción de un sujeto enfrentado a la elección entre presionar uno u otro botón, obteniendo un 60 por 100 de aciertos en la predicción.

La negación del libre albedrío basada en este tipo de experimentos no es una conclusión unánime entre los neurocientíficos (el propio LIBET no la aceptaba, entendiendo que sus experimentos dejaban espacio para una libertad de la voluntad entendida no como inicio de la acción, pero sí como posibilidad de veto o censura de la misma), pero sí muy extendida. En mi opinión, hay muchos aspectos oscuros y discutibles en la argumentación de los neurocientíficos que pretenden haber demostrado el determinismo a propósito de la conducta humana, como la pretensión de que la respuesta a estos problemas sea exclusivamente empírica (cuando, en realidad, están asumiendo determinados conceptos de libertad, causalidad, sujeto agente, etc., en la mayoría de ocasiones sin mayor reflexión), la identificación de la decisión consciente con el momento en que el sujeto del experimento observa y registra la posición del cronómetro (todo eso requiere tiempo), el extraño desdoblamiento que sugieren entre el cerebro y el sujeto (¿como si mi cerebro y yo fuéramos entidades independientes!) o la posibilidad de interpretaciones distintas o explicaciones alternativas de los mismos experimentos que impedirían una conclusión tan general como la que se pretende (los experimentos de

⁷ E. GARZÓN VALDÉS, 2007: 226 y ss.

los neurocientíficos se han realizado con acciones muy simples, como mover un dedo u otro, en situaciones en que resulta indiferente qué movimiento realizar, por lo que lo único que parecen demostrar es que las conductas simples que no requieren una deliberación basada en un balance de razones son, en cierto sentido, «mecánicas» o automáticas, lo que en realidad no es sorprendente)⁸.

En general, este tipo de experimentos no son suficientemente sólidos como para minar la creencia de sentido común de que las acciones tienen lugar porque hemos decidido realizarlas. Parece razonable exigir para que una hipótesis quede bien establecida que ésta se apoye en datos empíricos obtenidos de manera fiable, que provea una adecuada explicación de los mismos, que elimine otras hipótesis alternativas igualmente plausibles con tales datos empíricos y que se inserte de manera coherente con el resto de conocimientos. Pues bien, al parecer ni los experimentos «tipo LIBET» son altamente fiables (persisten problemas de medición del tiempo y no se ha logrado un alto porcentaje de predicciones acertadas), ni explican adecuadamente todos los datos empíricos (la consciencia de la toma de decisión queda como un epifenómeno al que es difícil encontrar un sentido), ni eliminan hipótesis alternativas plausibles (como que los resultados sólo sean válidos para acciones sencillas que no requieren deliberación); y desde luego chocan frontalmente con creencias muy arraigadas. En un breve pero esclarecedor artículo, el filósofo y físico F. J. SOLER GIL resume las críticas a los experimentos de este tipo de la siguiente manera: «El porcentaje de aciertos en el experimento de HAYNES es muy bajo»; «La libertad de decisión no está reñida con el hecho de que la mayoría de las acciones estén dirigidas inconscientemente» y «Los experimentos de LIBET y HAYNES descartan la deliberación, por lo que no estudian acciones potencialmente libres»⁹. Consiguientemente, de acuerdo con este autor, los experimentos deberían diseñarse de manera que se cumplan las siguientes condiciones:

— En primer lugar, el experimento debería realizarse en situaciones en las que la persona se encuentra ante alternativas que no son indiferentes. Es preciso que se requiera una deliberación para resolver entre ellas. Y, cuanto más serio sea el asunto en juego, mejor (podría tratarse, por ejemplo, de una decisión vital clave, como la elección de los estudios a seguir).

— En segundo lugar, debería de tratarse de situaciones en las que la persona no se encuentra obligada a tomar su decisión inmediatamente, sino que puede dilatar su reflexión tanto tiempo como considere oportuno (pues, de otro modo, y ante la urgencia y la imposibilidad de decidir lo mejor, podría ponerse en marcha un proceso inconsciente que concluyera en una «corazonada»).

— En tercer lugar, y si se pretende descartar la conjetura de LIBET sobre la libertad como instancia supervisora con derecho de veto, sería necesario llegar a un nivel muy alto de predicción de las decisiones tomadas.

— Y finalmente, si se quiere descartar la posibilidad de que los propios procesos inconscientes en los que se basa la predicción hayan sido, de algún modo, «encargados» por la conciencia —a la manera en que un gobierno marca las directrices generales de su política, pero luego delega en distintas instancias la elaboración de los detalles concretos de las leyes y actuaciones a realizar—, sería preciso mostrar que la actividad cerebral que ha tenido lugar en dichos procesos, venía determinada por estados cerebrales previos al inicio de los procesos conscientes deliberativos¹⁰.

⁸ Para una accesible valoración de los experimentos «tipo LIBET», *vid.* SOLER GIL, 2009.

⁹ SOLER GIL, 2009: 544 y ss.

¹⁰ *Ibid.*, 546.

Obviamente, la neurociencia está todavía muy lejos de poder satisfacer estas condiciones. Pero, en todo caso, se trata de objeciones que dejan abierta la puerta para que en un futuro sea posible establecer empíricamente la negación del libre albedrío. Sin embargo, al margen de este tipo de objeciones, quizá es posible dar razones basadas en consideraciones conceptuales y filosóficas para negar que el libre albedrío pueda ser refutado empíricamente —ahora o en el futuro— de una manera concluyente. En esta dirección me parecen pertinentes dos argumentos de G. H. VON WRIGHT en contra de la posibilidad de demostrar empíricamente el determinismo universal entendido como una ley irrestricta (válida también para las acciones humanas) y contra la reducción de lo mental a lo neuronal. Incluso aunque no se acepte que son argumentos concluyentes contra el ataque al libre albedrío, al menos son un ejemplo de que la filosofía tiene mucho que decir antes de ser desplazada por la «neurocultura». Veámoslos.

2. En mi opinión, las pretensiones de quienes niegan el libre albedrío presuponen la corrección de una tesis más general, según la cual todo lo que ocurre (no sólo las acciones humanas) está determinado. Llamaré a esta tesis «determinismo universal». Lo que se afirma a partir de los experimentos de LIBET es que es el cerebro, y no nuestra voluntad consciente, el que causa nuestras acciones. Sin embargo, no parece aceptable la idea de que el cerebro estimula unas u otras conductas de manera azarosa. Si así fuera, no podría explicarse la supervivencia humana a lo largo de la evolución. Esto es, el cerebro debe estar aproximadamente programado para actuar de una manera instrumentalmente adecuada para el fin de la supervivencia. El cerebro debe actuar de acuerdo con determinadas leyes causales (ante tal o cual estímulo externo en tal o cual circunstancia, el cerebro reacciona de determinada manera). Esto inserta al cerebro en la red de cadenas causales que recorre el mundo. De hecho, las conclusiones de los experimentos «tipo LIBET» suelen reforzarse aduciendo que no es creíble que el hombre sea la única isla de libertad dentro de un mundo causalmente determinado. Dos ejemplos cercanos, ambos desde el ámbito de la ciencia, pueden ilustrar esta idea: Uno de los más acérrimos defensores en España de la tesis de que la libertad es una ilusión generada por el cerebro, F. RUBIA, catedrático de medicina de la Universidad Complutense, escribe: «Los físicos nos dicen que todo el universo está sometido a leyes deterministas de la naturaleza, de manera que sería extraño que el ser humano, su cerebro/mente no lo estuviese»¹¹. Y en un debate reciente en la revista *Thémata*, M. LÓPEZ CORREDOIRA, del Instituto Astrofísico de Canarias, afirma: «Somos fragmentos de Naturaleza sometidos a sus leyes, y ciertos movimientos mecánicos de la materia en nuestros cerebros en interacción con su entorno producen (= “son la causa de”) nuestros pensamientos y decisiones»¹².

Para ser realmente concluyentes, por tanto, los experimentos deberían señalar cuál fue realmente la causa de la acción: qué actividad cerebral no consciente produce las acciones complejas e insertar esa actividad en un determinismo universal que se retrotrae al pasado más remoto y se proyecta al futuro más lejano. El primer argumento de VON WRIGHT que vamos a examinar trata de mostrar precisamente la imposibilidad de probar empíricamente la hipótesis del determinismo universal.

Para desarrollar su argumento debemos introducir las nociones de necesidad ontológica (lo que es necesario que ocurra y, por tanto, está determinado) y de contingencia

¹¹ F. RUBIA, 2009: 11.

¹² M. LÓPEZ CORREDOIRA, 2008: 266.

ontológica (lo que puede o no ocurrir). Pues bien, el argumento de VON WRIGHT consiste en mostrar que para establecer que un acontecimiento es una necesidad ontológica necesitamos presumir que otro acontecimiento (su causa) es una contingencia ontológica.

Debemos distinguir también entre una mera regularidad accidental (aunque pueda ser universal) en la sucesión entre dos acontecimientos y una genuina relación causal (como es sabido, HUME reducía las últimas a las primeras). Cuando afirmamos que existe una relación causal entre dos acontecimientos «*p*» y «*q*» queremos decir algo más fuerte que el simple hecho de que en el mundo ambos acontecimientos se suceden uno al otro una y otra vez. Si se trata de una genuina relación causal, pensamos que el primer acontecimiento genera el segundo, es «responsable» de que ocurra el segundo. Un criterio para saber si realmente «*p*» es causa de «*q*» consiste en preguntarnos si estamos dispuestos a afirmar un «contrafáctico causal» del siguiente tipo: «Si “*p*” hubiera ocurrido en un momento en que, de hecho, no tuvo lugar, “*q*” hubiera ocurrido también». Supongamos que se nos muestra un trozo de cobre que luego se destruye: si estamos convencidos de que entre la aplicación de calor a un metal y su dilatación existe una relación causal, entonces podremos afirmar el enunciado contrafáctico causal «si ese trozo de cobre se hubiera calentado, se habría dilatado». ¿Cómo podemos verificar un condicional contrafáctico causal?

Como señala VON WRIGHT, no hay una manera directa de comprobar qué hubiera sucedido si en el pasado hubiera ocurrido algo que no llegó a ocurrir. Pero sí podemos manipular el futuro con fines experimentales¹³. Podemos producir un acontecimiento *p* y observar si le sigue *q*. Después, en una situación similar, podemos abstenernos de producir (o evitar que ocurra) *p* y observar de nuevo qué sucede con *q*. Si en nuestro primer experimento *q* apareció y en el segundo no, entonces hemos verificado la conexión entre los dos acontecimientos de la manera más fiable posible (lo cual no implica que sea posible una verificación concluyente) y, por tanto, podremos afirmar con cierta seguridad que «si *p* hubiera tenido lugar en la segunda ocasión, *q* le habría seguido»¹⁴.

¿Por qué estos experimentos aumentan nuestra confianza en el contrafáctico causal? Una regularidad constante entre dos acontecimientos *p* y *q* puede deberse *a*) a que existe una relación causal entre ellos; *b*) a que ambos tienen una causa común (la posición de la aguja en un barómetro y el mal tiempo ocurren sucesiva o simultáneamente porque tienen una causa común, no porque el barómetro cause el mal tiempo), o *c*) a que uno de ellos se dé siempre, con independencia de que el otro esté presente o ausente. Estos experimentos pretenden descartar las posibilidades *b*) y *c*).

Si lo anterior es así, para confirmar una relación causal no basta con observar pasivamente la evolución de un sistema de estados de cosas. Hay que «poner a prueba» esta relación completando la observación pasiva con la experimentación activa. Es decir, es necesario realizar varias acciones y omisiones: producir *p* y omitir (o impedir) *p*. Ahora bien, toda acción involucra también un contrafáctico: si afirmo que he abierto la ventana, esta afirmación implica el contrafáctico siguiente: «Si yo no hubiera abierto la ventana en el momento *t*, ésta no se hubiera abierto en el momento *t*». De la misma manera, si afirmo que he producido *p* para comprobar si le sigue o no otro acontecimiento, en mi

¹³ G. H. VON WRIGHT, 1972: 39.

¹⁴ *Ibid.*, 45.

afirmación está presupuesto el contrafáctico: «Si yo no hubiera intervenido, *p* no hubiera tenido lugar». Es decir, en este tipo de experimentos presumimos que operamos con un «sistema cerrado» en el que las relaciones causales las «ponemos en marcha» nosotros mismos. Si el sistema no está cerrado, si «*p*» es causado por alguna relación causal previa con un acontecimiento externo al sistema, no podremos descartar lo que hemos llamado las posibilidades *b*) (que «*p*» y «*q*» tengan una causa común sin que medie otra relación entre ellos) y *c*) (que «*q*» siempre esté presente, con independencia de que lo esté «*p*»).

De este razonamiento VON WRIGHT concluye que la verificación de un contrafáctico causal (y, por tanto, de que estamos ante una genuina relación causal y no ante una regularidad accidental) presupone un contrafáctico relativo a la acción. Ambos son de un tipo distinto: mientras el primero, con el que pretendemos comprobar una relación causal, se basa en la confianza de que la *presencia* de una causa producirá un efecto, el segundo —el relativo a la acción— se basa en la confianza de que en el momento en que actuamos estaba *ausente* cualquier otra causa del resultado de la acción. Es decir, el primer contrafáctico se basa en nuestra creencia de que dado el primer acontecimiento, el segundo es una necesidad ontológica. El segundo contrafáctico se basa en nuestra creencia de que el primer acontecimiento es una contingencia ontológica.

Supongamos que descubrimos que «*p*» (la supuesta causa) no era una contingencia ontológica (estábamos equivocados y «*p*» estaba a su vez determinado, era necesario que tuviera lugar). El margen de acontecimientos del mundo que consideramos indeterminados se reduce, pero para mostrar cuál era la causa de «*p*» (esto es, para mostrar que «*p*» está determinado por un hecho anterior) hay que recurrir de nuevo a la experimentación, para lo cual de nuevo debemos presumir que el nuevo experimento se realiza en un sistema cerrado y, por tanto, que en algún punto es una contingencia ontológica.

Veámoslo con un ejemplo: supongamos que queremos aumentar la temperatura en un sistema químico para observar si se produce determinada reacción. Debemos aumentar la temperatura y observar qué ocurre, si se produce o no la reacción. Después debemos observar qué ocurre si la temperatura no aumenta. Al hacerlo estamos presumiendo que el aumento o no de la temperatura es una contingencia que depende de nuestra intervención. Establecer que la reacción química es una necesidad causalmente determinada en un mundo en el que se produce el aumento de temperatura requiere asumir que el aumento de temperatura no está determinado (ocurrirá si lo producimos; en caso contrario, no ocurrirá). Supongamos que antes de que hayamos podido interferir la temperatura aumenta. Algo ha causado el aumento de temperatura y presumimos que este aumento también estaba determinado. Pero ahora necesitamos comprobarlo y para ello buscamos un hecho previo que pueda explicar el aumento de temperatura. ¿Será el aumento de la presión que se produjo en el sistema? Debemos manipular el contexto de manera que aumente la presión del sistema por nuestra intervención y observemos qué sucede, y después debemos abstenernos de aumentar la presión (o evitarlo) y de nuevo observar. Es decir, estamos nuevamente asumiendo que el aumento de la presión es contingente, que no ocurre necesariamente, sino sólo si lo provocamos.

El argumento de VON WRIGHT depende de su concepción de la causalidad: para VON WRIGHT el concepto de causa depende del de acción. Si no pudiéramos actuar, no comprenderíamos qué es una relación causal. Aprendemos la existencia de relaciones causales porque podemos actuar para producir cambios en el mundo. ¿No podríamos

descubrir la existencia de una relación causal entre dos acontecimientos sólo mediante la observación pasiva y reiterada (sin intervenir por medio de acciones) de que cuando la causa está presente se sigue el efecto y cuando la causa está ausente no se sigue el efecto? Por supuesto que sí, pero cuando hacemos esto, dice VON WRIGHT, asumimos que *si pudiéramos eliminar la causa, el efecto no tendría lugar*. Esto es, asumimos que la causa es una contingencia ontológica. En palabras de VON WRIGHT:

La idea de que la causalidad puede representar una «amenaza» para la libertad contiene una buena dosis de verdad empírica, a saber: aquélla de la que la impotencia y la inaptitud dan fe. Pero metafísicamente no deja de ser una ilusión. La ilusión se ha venido alimentando de nuestra propensión a creer, con espíritu humano, cabría decir, que el hombre en un estado de pura pasividad, simplemente observando secuencias regulares, puede registrar conexiones causales y cadenas de acontecimientos causalmente eslabonados que él, por extrapolación, se figura entonces que colman el universo desde un pasado infinitamente remoto hasta un futuro infinitamente lejano. Este punto de vista no alcanza a advertir que las relaciones causales son relativas a fragmentos de la historia del mundo que tienen el carácter de lo que hemos venido llamando sistemas cerrados¹⁵.

Una manera sencilla de formular el argumento consiste en decir que no sólo la noción de acción presupone que el mundo no está completamente determinado (que lo que producimos con nuestra acción no ocurriría sin ella), sino también (dada su vinculación con la noción de acción, a través de la experimentación) la de causalidad. Y la idea de determinismo (en el sentido que estamos discutiendo aquí) descansa en la causalidad.

Proyectemos ahora el anterior argumento sobre los experimentos de LIBET. Al sujeto voluntario que colabora en el experimento se le pide que tome la decisión de levantar el dedo y lo levanta. Los experimentadores observan que el potencial preparatorio se activa antes de que el sujeto haya tomado la decisión, de lo que deducen que hay una causa previa que dispara el potencial preparatorio. Lo que creían una contingencia (el dedo se levantaría o no dependiendo de lo que decidiera el voluntario) se muestra como una necesidad ontológicamente determinada (estaba determinado: el dedo se levanta en todo caso). ¿Qué es lo que hizo que el dedo se levantara? Hay que buscar una causa de la acción. El experimentador debería ser capaz de identificar cierta actividad cerebral como causa del levantamiento del dedo. Puede que tenga la hipótesis de que estimular ciertas inervaciones en una determinada zona del cerebro hace que el sujeto voluntario «sienta» que ha tomado una decisión y que su dedo se levante. Para contrastar esta hipótesis debe diseñar un nuevo experimento, y en este experimento tendrá que estimular las inervaciones y ver qué sucede y después no estimularlas y ver qué sucede. Es decir, tiene que asumir que la estimulación de las inervaciones es una contingencia ontológica, algo que no está determinado. Porque si la estimulación de las inervaciones ocurriera en todo caso, no podría comprobar que éstas son la causa de la acción. Supongamos ahora que llega a la conclusión de que el cerebro del voluntario se pone en marcha reaccionando ante algún estímulo externo, por ejemplo, las instrucciones que él mismo ha dado al voluntario. Si el experimento ha de tener sentido, ha de asumir que si él no hubiera dado las instrucciones al voluntario, éste (o su cerebro) no hubiera levantado el dedo. Y, de nuevo, si cree que son sus instrucciones las que causaron todo eso, ha de asumir que estas instrucciones son una contingencia ontoló-

¹⁵ VON WRIGHT, 1987: 106.

gica. De otra manera no podrá contrastar la presencia de relaciones causales entre sus instrucciones y la respuesta del voluntario.

Para concluir con este argumento, recordemos una última precisión: VON WRIGHT no pretende negar con el anterior razonamiento que el determinismo universal sea una hipótesis plausible. Lo que pretende es mostrar que, por razones conceptuales (dados nuestros conceptos de causa y de acción), no puede ser demostrado. Si —como sostengo— los argumentos de los neurocientíficos para negar el libre albedrío presuponen la corrección del determinismo universal, tampoco pueden ser demostrados.

3. El segundo argumento de VON WRIGHT que quiero traer a colación tiene que ver con la imposibilidad de reducir los fenómenos mentales (intenciones, emociones, creencias...) a fenómenos neuronales y físicos (impulsos eléctricos, reacciones químicas, etc.). Lo que los neurocientíficos deterministas parecen decir muchas veces es que hay correlatos empíricos (neuronales) de los estados mentales y que una vez conocida esta correlación la conducta humana se podrá explicar completamente en términos del sustrato neuronal. Lo que VON WRIGHT pretende, por el contrario, es mostrar que no se pueden eliminar los estados mentales de las explicaciones de la conducta¹⁶.

De acuerdo con VON WRIGHT el estudio de los fenómenos mentales, esto es, la psicología científica, puede realizarse desde tres enfoques distintos: El primer enfoque consiste en analizar lo mental desde el punto de vista de la introspección o «auto-observación». Los estados mentales se caracterizan porque no son intersubjetivamente observables y, en ese sentido, no son objetivos; son «propiedad privada del sujeto que los tiene», que dispone de un acceso directo a los mismos (sabemos, sin necesidad de observarnos «desde fuera», qué intenciones tenemos, qué creencias sostenemos, qué emociones experimentamos, etc.). A este enfoque lo podemos llamar la «psicología de la consciencia» (a veces se la ha llamado también, en un sentido despectivo, «psicología popular»). Pero lo mental tiene un sustrato físico o corporal, que a su vez presenta otros dos aspectos: lo mental, por un lado, se expresa en la conducta, en los movimientos corporales del sujeto y los cambios que producen en el mundo; y, al mismo tiempo, también está constituido por sucesos intracorporales que el sujeto no puede, en principio, observar en sí mismo: los fenómenos neuronales que ocurren en el cerebro del sujeto. Al primer aspecto, VON WRIGHT lo llama el aspecto conductual de lo mental; al segundo, el aspecto neuronal. La psicología que se desarrolla estudiando el primer aspecto es la psicología de la conducta o conductista; la que se desarrolla analizando el segundo aspecto es la neuropsicología.

Como señala VON WRIGHT, las tres ramas de la psicología «no se llevan bien» y la psicología de la conducta y la neuropsicología sospechan de la psicología de la consciencia, hasta el punto de que han pretendido eliminarla. El behaviorismo clásico de J. B. WATSON intentó reducir la psicología de la consciencia a la conductista, sosteniendo que la consciencia y los estados mentales no existen y son sólo fenómenos

¹⁶ Sigo su argumento tal como fue formulado en la Lección de doctorado «honoris causa» en la Universidad de Leipzig el 21 de mayo de 1996, con el título de *La posición de la psicología entre las ciencias*. Agradezco a E. GARZÓN VALDÉS y a F. LAPORTA el haberme llamado la atención sobre esta conferencia y haberme proporcionado el texto. Las citas entrecomilladas, salvo que se indique otra cosa, pertenecen al texto de esa conferencia. La explicación de las tres prioridades se encuentra también en «Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Con un epílogo cartesiano», en *Doxa*, núm. 26, 2003 (trad. de L. MANRIQUE y P. NAVARRO) y en *In the Shadow of Descartes*, Springer, 1998. También se apuntan algunos aspectos de este argumento de VON WRIGHT (aunque menos definidos) en su libro *Sobre la libertad humana*, Paidós, 2002.

conductuales complejos. La neuropsicología o neurociencia (al menos sus defensores más radicales), por su parte, pretende reducir los estados mentales a los fenómenos neuronales. Esta reducción no es posible, según VON WRIGHT, dadas las relaciones peculiares que lo mental, lo conductual y lo neuronal, mantienen entre sí. Su argumento consiste en mostrar el juego de relaciones y prioridades que se dan entre estas tres dimensiones de los estados de consciencia. Estas relaciones son la *prioridad causal* de lo neuronal frente a lo conductual, la *prioridad epistemológica* de lo mental sobre lo neuronal y la *prioridad semántica* de lo conductual frente a lo mental. Veámoslas:

Supongamos que se produce de pronto un ruido y el sujeto A vuelve la cabeza inmediatamente hacia el lugar de donde éste procede. Podemos explicar el movimiento corporal aludiendo a ciertos procesos fisiológicos. En palabras de VON WRIGHT: «Las ondas sonoras se introducen en el oído interno y provocan allí procesos sensoriales centrípetos que se propagan hacia el centro de la audición en el cerebro. Desde allí son transmitidos de nuevo a un centro motor y originan impulsos motores centrífugos que se propagan hasta los músculos y, finalmente, dan como resultado movimientos del cuerpo». Ésta es una explicación fisiológica del movimiento corporal como reacción a un estímulo. Si queremos explicar causalmente cómo se produjo el movimiento corporal, debemos recurrir a este tipo de explicaciones, en las que lo neuronal aparece como causa de la conducta (del movimiento corporal). En esto consiste la *prioridad causal* de lo neuronal sobre lo conductual.

Supongamos ahora que le preguntamos al sujeto por qué ha vuelto la cabeza y éste responde que lo ha hecho porque ha oído un ruido y, dado que estaba esperando a alguien, quería saber si ya había llegado. Ahora tenemos, junto con la explicación fisiológica, una explicación racional de la conducta. La explicación neuronal y la explicación racional se sitúan en niveles distintos, pero en cierto sentido hay una correlación entre ellos: debe haber un sustrato neuronal de «percibir un sonido» y un sustrato neuronal de la razón aducida para volver la cabeza («querer averiguar si es la persona que esperaba»). De manera que sería posible, a partir de observaciones del sistema nervioso, descubrir si una persona ha oído un sonido o, incluso, si tiene cierto deseo, o una creencia, etc. Por ejemplo, cuando detectáramos en el sujeto A la actividad cerebral x podríamos decir que el sujeto ha oído un ruido. Ahora bien, para llegar a esto previamente hemos tenido que establecer una correspondencia entre «oír ruidos» y la actividad cerebral x, y para establecer inicialmente esta correspondencia necesitamos criterios distintos de los neuronales para identificar que el sujeto está oyendo algo. Y lo mismo ocurre con el correlato neuronal de las razones para hacer u omitir algo. En palabras de VON WRIGHT: «El hecho, por ejemplo, de que ciertas alteraciones hormonales sean indicativas de un estado de miedo o cansancio es algo que se ha podido establecer sobre la base de investigaciones anatómico-fisiológicas en seres vivos de los que ya se sabía que estaban asustados o cansados. Y para saber esto debemos saber ya qué significa estar asustado o cansado y saber cómo se puede comprobar eso sin tener que apelar a criterios intracorporales». Lo mental tiene, por tanto, *prioridad epistemológica* sobre lo neuronal: para establecer cuál es el correlato neuronal de estados mentales como «oír un sonido», «tener miedo», «estar sediento», etc., necesitamos previamente tener ya identificados estos estados mentales. Sólo si ya los tenemos identificados, podemos descubrir cuáles son sus correlatos neuronales. Por el contrario, observando sólo los continuos procesos neuronales, no podremos saber a qué estado mental se corresponden.

Surge ahora una nueva pregunta: ¿qué criterios usamos para identificar lo mental? La respuesta de VON WRIGHT, siguiendo a WITTGENSTEIN, es que descubrimos que un sujeto tiene una u otra razón o está en uno u otro estado mental a través de su conducta externa. «¿Cómo sabemos si un animal, por ejemplo un perro, ha oído un sonido? Normalmente porque vuelve la cabeza en dirección al sonido o de otro modo porque adopta una actitud de atención, o echa a correr si está asustado, o corre por el contrario en dirección al sonido si quiere averiguar lo que pasa». En el caso de los seres humanos, la conducta que usamos como criterio es frecuentemente —pero no siempre— verbal. Cuando le preguntamos al sujeto de nuestro ejemplo por qué ha vuelto la cabeza y nos responde que porque quería comprobar si ya ha llegado la persona que esperaba, su declaración es un tipo de conducta —conducta verbal— que nos indica qué razón tenía. El resto de su comportamiento (no verbal) nos ayuda a confirmar que ésta es realmente su razón. Usando la distinción wittgensteniana entre síntoma y criterio podríamos decir que lo neuronal es síntoma de lo mental, pero lo conductual es algo más fuerte: es el criterio que usamos para determinar que un sujeto está bajo uno u otro estado mental¹⁷. VON WRIGHT sugiere que la relación entre la conducta y lo mental debe entenderse como una relación semántica: «Aquéllos [los criterios conductuales] nos dicen qué quiere decir o significa que, por ejemplo, un sujeto oiga un ruido o esté asustado por algo o esté cansado». En esto consiste la *prioridad semántica* de lo comportamental frente a lo psíquico o mental. Sin conducta externa, no podríamos entender qué quiere decir estar en uno u otro estado mental, ni identificar que un sujeto está bajo uno u otro estado mental.

Lo neuronal, por tanto, causa la conducta; lo mental es necesario para poder identificar lo neuronal (y dota de sentido a la conducta) y lo conductual es el criterio que usamos para comprobar lo mental. Dadas estas tres prioridades, ninguna de estas dimensiones puede reducirse a otra. Lo conductual nos es necesario para entender los estados mentales de los demás (y los nuestros) y como criterio de identificación de los mismos, y tener identificados los estados mentales es necesario para encontrar sus correlatos neuronales. Todo intento de reduccionismo conlleva una pérdida importante en nuestra capacidad de comprendernos a nosotros mismos. Cuando la neurociencia pretende reducir lo mental a lo neuronal arguyendo que lo neuronal tiene prioridad causal frente a lo mental, se olvida del resto de dimensiones de la relación, respecto de las cuales lo neuronal es *secundario*.

* * *

Los dos argumentos que hemos examinado se dirigen contra las pretensiones de probar empíricamente la falsedad del libre albedrío y de reescribir las humanidades en términos neurocientíficos, pero no son una refutación de las tesis deterministas. De hecho, el propio VON WRIGHT considera que no existen genuinas relaciones causales entre fenómenos mentales y fenómenos físicos (lo que parece ser uno de los presupuestos del libre albedrío, aunque a veces se sustituya la idea de relación causal por la de «emergencia» para explicar la relación entre los dos niveles). La relación entre los fenómenos mentales y los físicos puede, en su opinión, describirse de la siguiente forma: «Siempre que pueda decirse correctamente que un evento en la naturaleza E causa un

¹⁷ VON WRIGHT, 2002: 113.

evento mental M, existe otro evento físico F tal que E causa F y M coincide temporalmente con (en todo o en parte) la duración de F. Y cuando, a la inversa, puede decirse correctamente que un evento mental M causa E en el mundo físico, existe otro evento físico F tal que F causa E y la duración temporal de M es incluida en F»¹⁸. Existen, por tanto, dos cadenas de acontecimientos (los mentales y los físicos) paralelas (cuyo ajuste se ha ido realizando a través de la educación). La secuencia física que culmina en un movimiento corporal (desde cierta actividad cerebral hasta la actividad muscular) es paralela a una secuencia mental (desde los deseos, creencias e intenciones hasta mi consciencia de haber actuado), sin que pueda decirse haya genuinas relaciones causales «de abajo hacia arriba» o «de arriba hacia abajo». Esto sitúa a VON WRIGHT cerca de posturas que presentan lo mental como un «epifenómeno» (algo, por tanto, cercano a la «ilusión» o el «engaño» de los deterministas más duros). Pero sin caer en el reduccionismo ni en la ingenuidad de creer que sólo con experimentos neurocientíficos podemos eliminar el mundo de lo mental o resolver el delicado problema de la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- CAPÓ, M.; NADAL, M.; RAMOS, C.; FERNÁNDEZ, A., y CELA CONDE, C. J., 2006: «Neuroética. Derecho y neurociencia», *Ludus Vitalis*, vol. XIV, núm. 25.
- CORTINA, A., 2010: «Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?», *Isegoría*, núm. 42.
- GARZÓN VALDÉS, E., 2007: «30 minutos de filosofía del derecho. Viejos y nuevos problemas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30.
- LIBET, B., 1999: «Do we have free will», *Journal of Consciousness Studies*, 6, núms. 8-9.
- LÓPEZ CORREDOIRA, M., 2008: «Naturaleza vs. libertad», *Thémata. Revista de Filosofía*, núm. 40.
- MORA TERUEL, F., 1996: «Neurociencias. ¿Hacia una nueva concepción del hombre?», *Árbor*, núm. 153/602.
- *Neurocultura. Una cultura basada en el cerebro*, Alianza Editorial.
- RUBIA, F., 2009: *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, Crítica.
- SOLER GIL, F. J., 2009: «Relevancia de los experimentos de Benjamin Libet y de John-Dylan Haynes para el debate en torno a la libertad humana en los procesos de decisión», *Thémata. Revista de Filosofía*, núm. 41.
- SOON, Ch. S.; BRAAS, M., y HAYNES, J.-D.: «Unconscious determinants of free decisions in the human brain», *Nature Neuroscience*, 11.
- VON WRIGHT, G. H., 1972: *Causality and Determinism*, Columbia University Press.
- 1987: *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza Editorial (trad. de L. VEGA).
- 2002: *Sobre la libertad humana*, Paidós.
- 2003: «Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Con un epílogo cartesiano», *Doxa*, núm. 26 (trad. de L. MANRIQUE y P. NAVARRO).

¹⁸ VON WRIGHT, 2006: 75.



TEORÍAS DEL DERECHO NATURAL EN LA CULTURA DE LA MODERNIDAD AVANZADA *

Alasdair MacIntyre

RESUMEN. En este artículo, MACINTYRE describe algunos problemas relevantes de la Modernidad Avanzada, incluyendo la falta de bienes compartidos y algunos puntos discutibles de algunas de las principales teorías del derecho natural. MACINTYRE discute las doctrinas de HART, MACCORMICK, WEINREB, MOORE, FINNIS, GRISEZ y MARITAIN. MACINTYRE presenta su propia teoría como una reformulación de la visión tomística de MARITAIN.

Palabras clave: MACINTYRE, modernidad avanzada, derecho natural, tomismo, MARITAIN.

ABSTRACT. In this article MACINTYRE describes some relevant problems of the Advanced Modernity, including the lack of shared goods and some inconveniences of the main doctrines of Natural Law. MACINTYRE discusses the doctrines of HART, MACCORMICK, WEINREB, MOORE, FINNIS, GRISEZ and MARITAIN. Finally, MACINTYRE presents his own theory as a reformulation of the thomistic vision of MARITAIN.

Keywords: MACINTYRE, advanced modernity, natural law, thomism, MARITAIN.

* Fecha de recepción: 15 de agosto de 2012. Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2012.

Es traducción de A. MACINTYRE, «Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity», en E. B. MCLEAN (ed.), *Common Truths: New Perspectives on Natural Law*, ISI Books, 2000, 91-115.

La nuestra es una cultura dominada por expertos, expertos que profesan asistencia al resto de nosotros, pero que en cambio frecuentemente nos hacen sus víctimas. Entre estos expertos, por los cuales estamos frecuentemente victimizados, los más notables son quizás los abogados. Si como persona corriente te consideras agraviado y quieres conseguir una satisfacción, o si estás falsamente acusado y quieres evitar una condena injusta, o si necesitas negociar algún acuerdo con los otros para emprender alguna iniciativa, te encontrarás compelido a ponerte típicamente en las manos de los abogados —abogados que procederán a representarte mediante palabras que frecuentemente no son de hecho las tuyas, que pondrán en circulación en tu nombre documentos que nunca se te hubiese ocurrido divulgar, y que se comportará ostensiblemente en tu defensa mediante unas maneras que pueden ser repugnantes para ti, de manera que te guíe a través de procesos cuya complejidad parece tener la función central de hacer imposible para las personas corrientes hacer algo sin abogados—.

Es decir, las personas corrientes sólo pueden esperar aprender cuál es el contenido de nuestro derecho de los que han estado sometidos a un entrenamiento profesional especializado. Las personas corrientes, así pues, dependen recurrentemente de los abogados, y si su interés en cuál es el contenido fundamental del derecho es más teórico, de los profesores de derecho. El pensamiento que, sin embargo, los profesores de derecho y los abogados necesitan de las personas corrientes para aprender cuál es el contenido fundamental del derecho y que todas las personas corrientes —incluyendo incluso abogados y profesores de derecho en la medida que en ellos son personas corrientes— tienen en sí mismos la capacidad de entender y de reconocer el contenido fundamental del derecho (un recurso más básico que cualquiera que pueda enseñarse en cualquier Facultad de Derecho) es un pensamiento ajeno a todo lo dominante y de moda en nuestra cultura contemporánea. Pero este pensamiento es central en las concepciones más antiguas del derecho natural y especialmente en la concepción que los modernos tomistas encuentran en T. DE AQUINO.

En este punto de vista tomístico, todos nosotros —excepto en cierto tipo excepcional, aunque muy importante, de situaciones— sabemos cuáles son los preceptos fundamentales del derecho natural y que son verdaderos: que es verdad que nosotros no debemos tomar ninguna vida inocente, que debemos decir la verdad y guardar las promesas, que debemos respetar la propiedad de los demás, aunque no de forma incondicional, y así muchas más. Todos nosotros sabemos, en esta visión tomística, que todas las normas positivas que conforman lo que la razón requiere en la senda de la justicia —y sólo las leyes que se conforman a la razón y a la justicia son verdaderas leyes— o dan expresión a estos preceptos o dan para su aplicación una variedad de situaciones concretas. Nosotros como personas corrientes sabemos, desde una perspectiva tomística, lo que debe parecer una cantidad sorprendente.

Pero esto no es todo. Resulta que los exponentes de esas concepciones del derecho natural no sólo defienden que las personas corrientes todas tienen en sí mismas un conocimiento autorizado del contenido del derecho. Ellos también defienden que las personas corrientes están todas de acuerdo en los fundamentos del derecho y de la moral. Pero ningún hecho parece ser más corriente en el mundo moderno que la amplitud

y la profundidad del desacuerdo moral, incluso un cierto desacuerdo en temas básicos. De nuevo encontramos una remarcable diferencia entre cómo las cuestiones son o fueron concebidas por los exponentes de estas visiones más antiguas del derecho natural y las creencias dominantes en las culturas modernas. De esto se sigue que nosotros no podemos suponer esas visiones más antiguas del derecho natural para continuar con el florecimiento en el mundo moderno. Y ellos no lo hacen. Así pues lo que nosotros encontramos, en su mayor parte son teorías muy diferentes del derecho natural, teorías que han llegado a un consenso en mayor o menor medida con la cultura moderna.

Estoy intentando argumentar que todas estas últimas teorías fallan todas, y que fallan precisamente en los sentidos en los cuales su adaptación a lo que es distintivamente moderno en la cultura moderna es más evidente. Cada una de las teorías propone una comprensión del derecho natural que está en el contraste más agudo frente a la comprensión propuesta en plena Edad Media por T. DE AQUINO y revivido en los últimos cien años por sus seguidores tomistas, muy notablemente por J. MARITAIN. La visión tomística del derecho natural, que por supuesto está sostenida aún por una minoría de nuestros contemporáneos, incluyéndome a mí, en la visión que yo estoy intentando dar de ella, se diferencia de sus modernas rivales precisamente en que, por una parte, como yo afirmaré, es verdadera y, por otra parte, inaceptable por los estándares dominantes de la modernidad.

Debe resultar paradójico a primera vista e incluso tal vez ofensivo sugerir que, de una serie de puntos de vista rivales sobre un determinado objeto, cuanto uno de estos puntos de vista más se acerca a la verdad, menos probable es que sea aceptable para las personas de la modernidad. Y aflora entonces una obvia objeción. Si el conocimiento del derecho natural es un recurso de las personas sencillas, ¿entonces cómo puede darse el caso de que ninguno pueda rechazar absolutamente los preceptos del derecho natural? O, para poner las cosas de otra manera, si la persona corriente es la autoridad, y si somos todos más o menos personas corrientes, entonces seguramente el rechazo de una concepción en particular de la ley natural por un conjunto importante de personas corrientes debe ser suficiente para demostrar que esa concepción es falsa. Estas son preguntas importantes y cualquier concepción defendible de la ley natural tendrá que proporcionar una forma adecuada de responder a ellas. Pero esa respuesta debe venir al final de mi investigación. ¿Por dónde debería empezar la investigación? Está claro que debe comenzar con una declaración de lo que quiero decir por una teoría o una concepción de la ley natural.

Cada explicación del derecho natural, por mínima que sea, hace como mínimo dos afirmaciones: primera, que nuestra naturaleza humana es tal que, como seres racionales, no podemos sino reconocer que se requiere la obediencia a algún particular conjunto de preceptos, un reconocimiento que se expresa primeramente en nuestra práctica y sólo secundariamente en nuestra explícita formulación de los preceptos; y, segunda, que es como mínimo una función central de cada sistema de derecho especificar aquellos preceptos y hacerlos obligatorios proporcionando su cumplimiento. Pero al especificar esas afirmaciones un poco más, los teóricos del derecho natural discrepan entre sí en aspectos importantes. Discrepan sobre el alcance y la naturaleza de los asertos que hacen sobre la naturaleza humana. Discrepan en sus concepciones de la racionalidad humana. En consecuencia, ellos difieren sobre por qué es racional, dada

nuestra naturaleza, obedecer a ese conjunto relevante de preceptos. Su discrepancia se refiere a cuáles son esos preceptos para saber por qué se requiere obediencia a ellos. Y difieren sobre la función del derecho.

Déjeme empezar con una destacada teoría moderna del derecho natural, una teoría mínima, promovida y defendida por el más distinguido de los recientes teóricos del derecho, H. L. A. HART (1907-1992). HART era en muchos aspectos un positivista jurídico, y este hecho hace sorprendente que haya promovido algo casi parecido a una teoría del derecho natural. Tradicionalmente, los positivistas jurídicos han rechazado una concepción del derecho natural y ciertamente alguno de los fundadores del positivismo jurídico, tales como J. BENTHAM o J. AUSTIN, hicieron de su rechazo al derecho natural un punto central para su teoría. ¿Qué es entonces el positivismo jurídico?

Un positivista jurídico distingue claramente entre las cuestiones sobre qué es un sistema jurídico y qué hace que una regla particular sea derecho en un sistema jurídico particular, de una parte, y cuestiones sobre qué es justo o injusto para el derecho, de otra. Lo que hace ley a una ley en un sistema particular no es otra cosa que el que haya sido promulgada por una autoridad competente. La cuestión de si una regla particular es o no es una ley es una cuestión algo diferente de si ésta debería ser justa o injusta para reforzar dicha regla. La justicia es una cosa, la legalidad otra. Los teóricos tradicionales del derecho natural, incluyendo a T. DE AQUINO, habían argumentado que una cierta conformidad a la justicia es una condición necesaria para que cada regla o precepto sea genuinamente una ley. Algunos teóricos han vuelto su vista hacia ARISTÓTELES, quien había argumentado que en cada sistema jurídico nosotros podíamos distinguir lo que es natural, esto es, vinculante para todos los seres humanos como seres humanos, y lo que es meramente convencional, local y peculiar de éste o de aquél sistema jurídico particular, vinculante sólo bajo su autoridad. Ellos han seguido también a ARISTÓTELES al reconocer la autoridad de las normas no escritas, es decir, de las leyes no reconocidas en algún sistema jurídico particular mediante su promulgación, pero no obstante vinculantes para todos los seres humanos. Los positivistas jurídicos están por supuesto comprometidos a desmentir que pueda haber algunas leyes no escritas y que esto más bien podría parecer lo que todos los positivistas deberían hacer al negar alguna distinción entre lo natural y lo convencional. Pero las cuestiones son un poco más complicadas que eso, como demuestra la teoría del derecho natural de HART.

En su libro *El concepto de derecho*, HART desarrolló una tesis derivando desde HOBBS y HUME, de acuerdo con la cual es cierto que algunos rasgos de la naturaleza y de nuestra naturaleza humana hacen necesario el derecho y que determinan una función mínima para cada sistema jurídico¹. Es un hecho sobre la naturaleza de los seres humanos que buscan preservar sus propias vidas, esto es también un hecho por lo que ellos están limitados en su consideración de los demás, están limitados por su propia fuerza de voluntad, y que ellos como individuos son aproximadamente iguales unos a otros en fuerza natural. Los recursos que los seres humanos necesitan son limitados, y todos nosotros somos más o menos vulnerables a los daños y peligros surgidos de los otros humanos compitiendo por los escasos recursos de la naturaleza. Nosotros, sin embargo, necesitamos leyes que se hagan cumplir como protección contra la violencia;

¹ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1963, cap. 2, sec. 9.

necesitamos un poder capaz de asegurar la estabilidad social; y nosotros necesitamos reglas que regulen la distribución de los recursos. Dado que los seres humanos tienen la tendencia a la autoconservación y que su situación es por tanto distinta, que los sistemas legales deban tener este tipo de contenido es una cuestión de «necesidad natural», y no sólo de convención².

HART también argumentó que si había algunos derechos morales, entonces había un único derecho natural, el igual derecho de todos los seres humanos a ser libres³. Los detalles de su argumento no importan tanto para nuestros propósitos actuales como los dos rasgos de su conclusión. El primero es que su argumento es puramente condicional; no afirma que de hecho haya algún derecho natural. El segundo es que, incluso si pueden poseer algo como derecho natural, la conclusión de HART es consistente con el derecho natural a la libertad, siendo un derecho sólo a la libertad más mínima.

Existe un paralelismo importante entre el argumento de HART sobre los derechos naturales y los argumentos de HART para su particular concepción de la ley natural. En ambos casos, las únicas premisas a partir de las cuales él cree que se puede discutir profundamente son las que nos niegan cualquier contenido moral de fondo en nuestras conclusiones. Así tampoco contamos con ningún indicio para pensar que en realidad existen los derechos naturales, pues la función de los sistemas jurídicos, según la concepción de HART del derecho natural, podría ser cumplida adecuadamente por los sistemas legales fundamentalmente injustos. Todo lo que se requiere para el adecuado cumplimiento de la función es que algunos grupos humanos hayan cumplido con sus necesidades de conservación de la vida, la seguridad y la estabilidad en la distribución de la propiedad mediante el establecimiento de un sistema de derecho. Ese grupo podría permitir que sus leyes sancionasen la persecución de las minorías o la protección de la esclavitud, sin que esas leyes fallasen en el cumplimiento de su función propia para el grupo en particular. Así que la teoría de HART de la función natural y el contenido obligatorio de la ley no provee de un estándar para la evaluación de los sistemas jurídicos, excepto en términos de su eficacia o ineficacia de ciertas formas limitadas.

HART, por tanto, sigue siendo un positivista jurídico en su separación de las preguntas acerca de lo que la ley es para un grupo particular de preguntas sobre cómo y por qué sería justo para ese grupo actuar de una manera y no de otra (hay que notar que, por supuesto, el propio HART era insuperable en la afirmación de que las leyes deben estar en conformidad con la justicia; la justicia no tenía mejor amigo que H. HART). Sin embargo, hay motivos suficientes para rechazar esas versiones del positivismo jurídico sólo en este tema, y estos motivos también proporcionan una razón para concluir que la teoría de HART de la ley natural no es suficiente. ¿Cuáles son? Considérese el tipo de argumento que los portavoces de cualquier sistema jurídico particular parecen obligados a hacer a aquellos sobre los cuales ese sistema reclama la jurisdicción. ¿Podemos, de hecho, imaginar a los portavoces diciendo: «Este sistema jurídico tiene el derecho de autoridad sobre usted, pero no espere recibir justicia de él» o quizás «las consideraciones de la justicia resultan ser irrelevantes en este sistema jurídico»? Estas observaciones son, por supuesto, totalmente inteligibles, si son pro-

² *Ibid.*, 195.

³ H. L. A. HART, «Are There Any Natural Rights», *Philosophical Review*, 64, 1955, 175-191.

nunciadas por alguien para criticar algún sistema jurídico particular o por algún teórico del derecho, tal vez marcando un punto a favor del positivismo jurídico. Pero tales observaciones serían notablemente extrañas y desconcertantes, si fuesen pronunciadas por los representantes oficiales de algún sistema jurídico en particular. Quisiera sugerir que este carácter desconcertante surge de una característica de los sistemas jurídicos que comúnmente y con razón usamos para distinguirlos de otro tipo muy diferente de sistema.

Hacemos leyes que establecen sanciones para la realización de ciertos tipos de acción y por no cumplir con los demás sólo cuando creemos que hay buenas razones, antes e independientemente de nuestra legislación, para juzgar que es bueno o correcto que ciertos tipos de acción deban hacerse o dejarse de hacer. También creemos que las buenas razones por sí mismas dan motivo suficiente a la población en general para realizar o abstenerse de realizar cierto tipo relevante de acción. Cuando por la promulgación de leyes nosotros imponemos sanciones a la falta de cumplimiento o a la abstención de realizarla, ofrecemos otras razones para los insuficientemente motivados por tan buenas razones, debido a alguna deficiencia de carácter. Pero nuestra hipótesis es que cualquier persona cuyo carácter moral fue educado suficientemente no necesita la motivación ofrecida por las sanciones adicionales para obedecer al derecho.

Contrasta con esto una situación donde ni hay buenas razones para obedecer las leyes para las personas sometidas a ellas, aparte de las sanciones establecidas por las mismas leyes, ni a los que elaboran y hacen cumplir las leyes les importa si hay o no razones. Este sistema es por intención y en efecto puramente coercitivo. Los que ejercen la autoridad en y a través de él dependen exclusivamente y son vistos para depender exclusivamente de las amenazas de la fuerza y el uso de la fuerza. Un ejemplo de este sistema es el Gobierno General alemán de la Polonia ocupada entre 1939 y 1945, y otro es el aplicado por Al Capone durante su reinado de terror en algunas partes de Chicago.

Es importante por razones teóricas y explicativas, así como morales, distinguir estos sistemas de los sistemas jurídicos. Pero los positivistas jurídicos y HART, en la medida en que es un positivista jurídico, aunque es un poco atípico, en el pasado han ignorado la importancia teórica de esta distinción.

Un heredero contemporáneo del positivismo jurídico, sin embargo, no tiene ninguna dificultad en reconocer la importancia de este punto, y N. MACCORMICK, cuya filosofía del derecho está fuertemente en deuda con HART, lo ha escrito con cierto detalle⁴ al hablar de «la aspiración moral esencial de legislar», mientras insiste en que «por razones morales, debemos tratar de evitar confundir las cuestiones jurídicas y morales, y que deberemos abstenernos de utilizar el derecho simplemente para hacer cumplir lo que nosotros consideramos de valor moral»⁵. Cabe señalar que pocos, si hay alguno, de los teóricos del derecho natural han sostenido que debemos utilizar la ley «para hacer cumplir lo que nosotros consideramos de valor moral»⁶. Este cambio en

⁴ N. MACCORMICK, «Natural Law and the Separation of law and Morals», en R. P. GEORGE, *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 118.

⁵ *Ibid.*, 129.

⁶ *Vid.* T. DE AQUINO, *Summa Theologiae*, 1.^a-2.^a, q. 96, a. 2.

el ámbito —tal vez sólo en el énfasis— de HART a MACCORMICK es muy significativo. Porque si la cuestión de cómo debemos entender la relación entre derecho y moral es ante todo una cuestión moral, entonces quizás se trate del caso de que una teoría del derecho natural no tiene por qué ser más que una teoría que explica cómo primero la relación entre la ley y la moral se ha de entender de algún particular punto de vista moral sistemático y entonces da un motivo para que aprueben más este punto de vista particular, que a sus rivales. Por un punto de vista moral sistemático entiendo no sólo un conjunto de juicios morales sobre los diferentes tipos de acción, sino también un conjunto de juicios filosóficos que justifican la atribución de autoridad a los estándares a los que estos juicios morales se refieren. De hecho, este tipo de teoría del derecho natural está extendida actualmente. Consideremos dos ejemplos muy diferentes de tan solo una teoría.

Para L. L. WEINREB, la comprensión pertinente de la moral es aquella que se centra en la noción de la responsabilidad personal de los individuos, preguntando qué condiciones deben cumplirse si alguien debe ser considerado como una persona responsable. Su respuesta comienza a partir de la afirmación de que «los derechos son las especificaciones de un individuo moralmente constituido» y concluye que «teniendo sus derechos, una persona es responsable de sus actos. Pero, además, una persona no está (correctamente considerada como) responsable a menos que, con respecto a la conducta en cuestión, él tenga sus derechos»⁷. Qué derechos se reconozcan dentro de cualquier sociedad en particular dependerá de una serie de factores. Pero cada uno de nosotros puede apelar a los derechos cuyo reconocimiento otorgue la responsabilidad de las personas para llegar a nuestra propia «visión coherente de la libertad personal»⁸.

WEINREB distingue su posición de la del derecho positivo con el argumento de que la naturaleza de las apelaciones a los derechos proporciona un motivo para negar la afirmación positivista de que la obligación legal es una cosa y la obligación moral otra muy distinta. Podemos demandar de un sistema legal que no ignore el hecho de que «es comprensible y correcto mirar a una persona como titular de derechos»⁹. WEINREB toma su teoría como una teoría del derecho natural, pero no se hace ilusiones acerca de cuán diferente es su punto de vista del de muchos teóricos antiguos y medievales del derecho natural. Es tajantemente desdeñoso con las demandas ontológicas sobre la base del derecho en la naturaleza y en la naturaleza humana promovidas por los filósofos griegos o por los teólogos cristianos. Y no piensa que una buena teoría de los derechos pueda producir un conjunto identificable de los derechos naturales que pueda ser justamente vindicado por cualquier persona racional. Pero WEINREB sostiene que en la apelación a la naturaleza de los seres humanos como personas responsables, como base para las evaluaciones de la obligación legal, extiende un eslabón en la teoría tradicional del derecho natural, y por esa razón se deriva su pretensión de ser un teórico del derecho natural.

⁷ L. L. WEINREB, «Natural Law and Rights», en *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, 290-291. Vid. también L. L. WEINREB, *Natural Law and Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1987.

⁸ L. L. WEINREB, «Natural Law and Rights», 297.

⁹ *Ibid.*, 298-299.

Por el contrario, M. S. MOORE comienza por afirmar no sólo que la «justicia de una norma es condición necesaria [pero no suficiente para] su status como ley»¹⁰, o como él mismo dice en otra parte, que la ley «no puede ser demasiado injusta y seguir siendo ley»¹¹, sino también que las proposiciones morales, incluyendo las proposiciones acerca de la justicia, han de entenderse en términos de alguna versión del realismo moral contemporáneo¹². Así, dice que «los hechos morales son hechos como cualquier otro hecho» y que la propiedad moral «no sólo nos da razones para creer que existe, como cualquier otra propiedad», sino que también «da a los actores racionales una razón objetiva para actuar»¹³. Ser un realista moral es, en opinión de MOORE, una condición necesaria para ser un teórico de la ley natural. Por tanto, todas las vindicaciones de la ley natural tendrían que ser rechazadas, si el realismo moral fuese refutado.

MOORE entonces procede a discutir las funciones que tiene la ley. El rasgo al que tenemos que atender en esta discusión es su conclusión de que el propósito y la función de los estatutos particulares debe entenderse en consonancia con la tesis de que «las leyes deben estar obligadas a ser leyes» y las leyes «deben ser sólo para obligar»¹⁴. Todo lo que hace que la tesis de MOORE sea una tesis de derecho natural depende de su pretensión moral realista de que existe una sola verdadera y objetiva explicación de la justicia. MOORE es consciente de que los desacuerdos radicales sobre la justicia en nuestra cultura son persistentes, y nunca sugiere que su versión del realismo moral pueda proporcionar los recursos para la resolución de tales cuestiones en disputa. Su afirmación sólo es que efectivamente existe un hecho del tema sobre la que los participantes en esas diferencias están en desacuerdo. Y MOORE es también muy consciente de que todas las versiones del realismo moral, incluida la suya, se consideran muy discutibles dentro de la filosofía contemporánea.

Sin embargo, esta conjunción de los desacuerdos morales y filosóficos tal vez cree más de una dificultad para su tipo de punto de vista sobre la ley natural de lo que él reconoce. La dificultad es la que surge igualmente para el punto de vista de WEINREB y para cualquier otro punto de vista según el cual un entendimiento correcto del nivel del derecho natural no es más que esto, que la obligación legal está parcialmente basada en las obligaciones morales y el conjunto relevante de las obligaciones morales son las confirmadas por el teórico particular. En cuanto a lo que es este conjunto y por qué debe llevar el peso en asuntos legales, este tipo de teórico está en un desacuerdo irresoluble, no sólo con otros teóricos de la ley natural del mismo tipo, sino también con una amplia gama de exponentes de sus rivales filosofías morales contemporáneas.

¿Por qué son importantes estos desacuerdos? Son importantes, ya que privan de apelar a la ley natural de lo que era tradicionalmente una de sus dos características principales, características que le dieron a esas apelaciones su punto distintivo y su propósito. La ley natural fue sostenida para proporcionar un estándar *común y público*, apelando a que las demandas de determinados sistemas de derecho positivo a la lealtad pudieran ser evaluadas. Sin embargo, un estándar común y público de este

¹⁰ M. S. MOORE, «Law as a Functional Kind», en *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, 198.

¹¹ *Ibid.*, 199.

¹² *Ibid.*, 190-192.

¹³ *Ibid.*, 195-196.

¹⁴ *Ibid.*, 226-227.

tipo debe ser uno que sea capaz de asegurar de forma generalizada, si no universal, un asentimiento racional. La otra característica central de la apelación tradicional a la ley natural es aquella a la que aludí al principio, que hace referencia a los juicios de las personas corrientes y no a los de profesionales especialistas. Por tanto una condición de las apelaciones a la ley natural que no esté vacía y ni sea vana es que ellos deben asegurar la plena aprobación racional de las personas corrientes. Los puntos de vista morales avanzados por los teóricos como WEINREB y MOORE fallan notablemente al no llegar a un acuerdo, no sólo en el ámbito de la filosofía con sus compañeros teóricos, sino de manera más importante a nivel de juicio práctico con muchas personas corrientes.

Esto da pie a tales teóricos contemporáneos a responder que las antiguas y tradicionales formas de la teoría del derecho natural fallan precisamente porque ellos tampoco podían asentir ni una afirmación filosófica ni moral, de modo que la teoría contemporánea de este tipo por lo menos no es peor en una condición que la teoría tradicional. Se trata de una réplica importante, ya que sugiere la posibilidad de que nada de lo que vale la pena llamar una teoría del derecho natural puede ser viable. Entonces, ¿cómo deberíamos responder aquellos de nosotros que entendemos como indispensable una concepción sustantiva de la ley natural a esta sugerencia perjudicial? Tenemos, creo, sólo una manera de proceder.

Ninguna teoría de la ley natural puede ser ya considerada como justificable si no cumple con dos condiciones, más allá de la prestación de una explicación del contenido de la ley natural y de la clase de autoridad que posean sus preceptos. Esas dos condiciones son, en primer lugar, que debe proporcionar una explicación adecuada del fracaso de la ley natural para asegurar la plena aprobación en algunas culturas, especialmente en las culturas de la modernidad avanzada como la nuestra y, en segundo lugar, que debe proporcionar una explicación adecuada del fracaso de la ley natural para asegurar la plena aprobación en algunas culturas, especialmente en las culturas de la modernidad avanzada como la nuestra, y, en segundo lugar, debe identificar los motivos de la aprobación de los preceptos de la ley natural que se encuentran de hecho en todas las personas racionales, incluso en nuestra propia cultura e incluso si sus bases son en gran parte ya desobedecidas o ignoradas.

Un reconocimiento de la importancia de la primera de estas dos condiciones, incluso si no está completamente adecuada, se ha hecho recientemente por algunos adherentes a otra muy diferente e influyente teoría contemporánea de la ley natural: la propuesta por G. GRISEZ y J. FINNIS. Esta teoría fue desarrollada originalmente en parte como una interpretación del pensamiento de T. DE AQUINO. Sin embargo, sus diferencias desde la perspectiva de T. DE AQUINO, especialmente como ese punto de vista ha sido entendido por la mayoría de los tomistas modernos, son tan notables como sus parecidos. Por ejemplo, ella no se basa en una concepción aristotélica de la naturaleza humana esencial, definiendo los bienes en términos del florecimiento de tal naturaleza y de la satisfacción de sus diferentes inclinaciones, ordenadas jerárquicamente. En su lugar, define la realización humana integral en términos de respeto para logro de un conjunto de productos básicos. No entiende los individuos humanos como partes esenciales de totalidades mayores —de la familia y la comunidad política, por ejemplo— además de conjuntos de miembros en los que el individuo humano es incompleto. Según la teoría de GRISEZ y FINNIS, los bienes individuales no se entienden

en términos de una noción previa del bien común. En cambio, su teoría define el bien común de tal manera que no es otra cosa y nada más que un aspecto del conjunto de bienes fundamentales humanos¹⁵.

La noción de un conjunto determinado y bien definido de bienes básicos humanos es fundamental para esta teoría y de su afirmación central de que la bondad de estos productos es evidente. Ningún ser humano inteligente es incapaz de comprender que estos bienes particulares son productos que han de ser valorados por su propio bien y como fines últimos. J. FINNIS los ha enumerado como los bienes de la vida, del conocimiento, de juego, de la experiencia estética, de la sociabilidad (amistad), de la razonabilidad práctica, y de la religión¹⁶. Estos bienes son inconmensurables y no pueden ser ponderados uno contra otro. Los preceptos que nos ordenan respetar y alcanzarlos lo son sin excepción en lo que prohíben, así como en lo que ellos ordenan. ¿Cómo sabemos cuáles son los bienes a incluir en la lista? La reflexión sobre cada uno de ellos y en nuestras experiencias relevantes, por lo que se dice, demostrará que no podemos negar inteligentemente su condición de tales bienes. La investigación sobre los hallazgos empíricos de la antropología y la psicología confirmará que otros tratan estos bienes como si tuvieran sólo este status; y los argumentos designados para demostrar que éstos no son bienes básicos fallan.

Estas consideraciones, de hecho, no parecían convencer a muchos críticos de GRISEZ y FINNIS. Aún menos convincente ha sido la afirmación de que, debido a que estos bienes son inconmensurables, y porque todos ellos deben ser respetados, ninguno de ellos nunca puede o tiene que ser sacrificado por el bien del otro. Para estos críticos, una respuesta, propuesta por J. BOYLE¹⁷, es que los errores de aquellos que niegan lo que GRISEZ, FINNIS y BOYLE toman como verdades evidentes acerca de los bienes básicos y su inconmensurabilidad pueden de hecho ser plausiblemente explicados. Pero es en este punto en el que su teoría necesita de un recurso importante que los tomistas han heredado de T. DE AQUINO: la explicación de la naturaleza humana y del florecimiento humano unificada por ARISTÓTELES y revisada por T. DE AQUINO. GRISEZ, FINNIS y otros exponentes de esta posición insisten en que su punto de vista —que nuestro conocimiento de los bienes humanos no es y no puede derivarse de nuestro conocimiento de la naturaleza humana, sino más bien es el conocimiento de lo que es autoevidente para las personas inteligentes— no significa que los bienes de los cuales ellos hablan no sean la realización de la naturaleza humana. Pero ellos repudian todos los argumentos del estilo: la naturaleza humana esencial y las inclinaciones ordenadas son tal y tal, y el logro de tal y tal sería el logro de aquello a lo que la naturaleza humana está inclinada y ordenada, por tanto, tal y tal es un bien para la naturaleza humana, y por tanto, debemos respetar y lograr tal y tal. Los tomistas, por el contrario, afirman lo que GRISEZ y FINNIS niegan: que hay argumentos sólidos de esta forma, argumentos cuyas conclusiones coinciden con aquellos juicios evidentes y no inferidos que, en opinión de T. DE AQUINO, toda persona racional hace por sí misma, a saber, los juicios

¹⁵ G. G. GRISEZ, *The Way of the Lord Jesus, vol. 1, Christian Moral Principles* (Quincy, III, Franciscan Herald Press, 1983), 270.

¹⁶ J. FINNIS, *Natural Law and natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 85-90.

¹⁷ J. BOYLE, «Natural Law and the Ethics of Traditions», en *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, 3-30.

sobre la verdad de los preceptos de la ley natural¹⁸. Pero, ¿qué ventaja resulta para los tomistas que ellos sean capaces de invocar una concepción aristotélica revisada de la naturaleza humana en apoyo de sus pretensiones sobre la ley natural?

Una respuesta probable que se sugiere es que no puede ser ninguna ventaja en absoluto, sino sólo una fuente de desventaja. Desde que esta concepción particular de la naturaleza humana es ampliamente rechazada en la cultura moderna, anexar un conjunto de tesis ya controvertidas sobre la ley natural e incluso una vindicación más controvertida —que la naturaleza humana es mucho más de lo que ARISTÓTELES y T. DE AQUINO dicen— puede parecer que la causa de elogiar y justificar la visión que el tomista tiene de la ley natural la hace aún más desesperada. Pero esta respuesta pesimista ignora un recurso crucial que proporciona la concepción tomista de la naturaleza humana. Lo que cuenta nos permite entender por qué, si la opinión del tomista de la ley natural es cierta, nosotros esperamos que en ciertos tipos de circunstancias, será ampliamente rechazada. Un tomismo aristotélico tiene implícita dentro de ella una teoría del error moral y legal, una teoría que explica por qué lo que está en un nivel evidente para cualquier persona corriente, sin embargo puede esperar que sea desobedecido o ignorado por un número significativo de las personas corrientes, y mucho más por teóricos del derecho y filósofos morales.

¿Cuál es entonces la concepción tomista de la ley natural y cómo es, bajo el punto de vista tomista, que la ley está basada en la naturaleza humana? Yo sigo la exposición de J. MARITAIN, en su *Man and the State*¹⁹ y *La personne et le bien commun*²⁰. Hay dos ideas fundamentales para la exposición. La primera es que los preceptos de la ley natural son las reglas de la razón, que un ser humano obedece, característicamente, sin formularlas explícitamente, cuando el ser humano está funcionando normalmente. La ley natural, dice MARITAIN, «es la fórmula ideal de desarrollo de un ser determinado»²¹. Cuando estamos funcionando normalmente, nos encontramos inclinados en determinadas direcciones y hacia ciertos fines. Los preceptos de la ley natural nos dicen lo que son o podrían ser desviaciones respecto de aquellas direcciones.

La segunda idea central —que como la primera, es sobre todo de T. DE AQUINO, y sólo secundariamente de MARITAIN— es que los seres humanos son esencialmente sociables, que yo logro cualquier cosa como individuo por ser y por actuar como un individuo que está obligado con los otros a través de una variedad de relaciones familiares, sociales y políticas expresadas en las actividades conjuntas encaminadas a lograr nuestro bien común. Mi bien, por tanto, es el bien de alguien que es parte de un conjunto ordenado de conjuntos sociales. Mi bien sólo se puede conseguir a través de la consecución del bien común. Y el bien común es aquello hacia lo que nos inclinamos cuando estamos funcionando normalmente y desarrollando lo que debemos ser. Los preceptos de la ley natural, así pues, nos dirigen hacia el bien común.

¿Cuál es entonces el conocimiento de la ley natural, si nosotros estamos funcionando normalmente y nos estamos desarrollando de una manera que por lo menos se

¹⁸ Para una exposición y defensa de lo que GRISEZ y FINNIS dicen sobre la naturaleza humana, *vid.* R. P. GEORGE, «Natural Law and Human Nature», en *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, 31-41.

¹⁹ J. MARITAIN, *Man and the State*, Chicago, Chicago University Press, 1951, 84-94.

²⁰ J. MARITAIN, *La personne et le bien commun*, Paris, Brouwer, 1947, 44-56.

²¹ J. MARITAIN, *Man and the State*, 88.

acerca a nuestro desarrollo ideal? Aquí yo voy más allá de MARITAIN, aunque permaneciendo cerca de T. DE AQUINO, mediante la repetición de indagar en nosotros mismos y el uno al otro «¿Cuál es mi bien? ¿Cuál es nuestro bien común?» y responder a estas preguntas tanto a través de nuestras acciones y nuestras prácticas, como de nuestros juicios. La vida que expresa nuestra naturaleza humana común a todos es una vida de investigación práctica y el razonamiento práctico, y no podemos sino presuponer los preceptos de la ley natural preguntando y respondiendo las preguntas fundamentales a través de nuestras actividades y prácticas cotidianas. En general, y de manera característica, las relaciones sociales a través de las cuales podemos aprender cómo identificar nuestros bienes individuales y comunes correcta y adecuadamente son las relaciones regidas y definidas por los preceptos de la ley natural. Tengo que aprender acerca de mi bien y el bien común de la familia y amigos, pero también de otros dentro de mi propia comunidad, de los miembros de otras comunidades, y de los extraños; de los que son más mayores que yo y de los que son más jóvenes. Pero, ¿cómo puedo tener relaciones de adecuada investigación cooperativa y aprendizaje, excepto con aquellos en los que puedo confiar sin reservas? Y cómo puedo confiar sin reservas, a menos que me reconozca a mí y a otros mutuamente obligado por preceptos como los que ordenan que *nunca* hagamos violencia de cualquier tipo de vida humana inocente, que *siempre* nos abstengamos de robo y fraude, que *siempre* le digamos a los otros la verdad, y que *siempre* defendamos la justicia en todas nuestras relaciones. A lo largo de una vida dedicada a hacer y tratar de responder preguntas acerca de nuestro propio bien, por lo general en la práctica, pero a veces en teoría, somos recurrentemente vulnerables por una variedad de daños y peligros de otros seres humanos, así como por los caprichos de nuestro entorno natural. Es esta vulnerabilidad lo que hace necesaria la obediencia a la ley natural para el normal y correcto funcionamiento de la naturaleza humana.

Aunque lo que a menudo y siempre puede funcionar bien siempre es susceptible de funcionar mal en alguna ocasión. Funcionar bien para los seres humanos en parte consiste en que las personas se comprendan a sí mismas de una manera particular, ya que participan junto con la familia, amigos y otras personas en un descubrimiento compartido de lo que son sus bienes individuales y su bien común, por lo que el mal funcionamiento de la naturaleza humana es característicamente expresado en algún tipo de malentendido sistemático. En las culturas de la modernidad avanzada, y sobre todo en América del Norte, la forma que a menudo toma este malentendido es una en la cual el individuo está considerado erróneamente como la persona que tiene que *elegir* por sí mismo lo que es su bien. Esta concepción de la soberanía y la importancia central de la elección individual se genera por varias características diferentes pero que se refuerzan mutuamente con nuestros modos contemporáneos dominantes sociales y morales. Consideremos tan sólo uno de ellos.

En nuestra educación, la moral nos es comúnmente presentada en términos de dos series distintas de principios, los principios de auto-respeto y los principios en relación con los demás. Al individuo, por tanto, no se le enseña normalmente a preguntar: «¿Cómo debemos actuar juntos en nuestras relaciones familiares y comunales?», sino «¿hasta dónde debería llegar en lo que se refiere sólo a la promoción de mi propia felicidad y la protección de mis derechos, y en qué medida debería también tenerla en cuenta para la felicidad de los demás y los derechos de los demás?». Subyacente a esta última pregunta hay una concepción de la sociedad principalmente constituida,

no como una red de relaciones familiares y comunales, sino como un conjunto de individuos en el que cualquiera de los demás es un «otro». Una vez que la vida social se concibe así, los individuos están obligados a plantear la cuestión de cómo van a decidir entre las aspiraciones competitivas de sí mismo y de los demás. Pero no hay de hecho ninguna manera racional de tomar esa decisión, lo que deberíamos haber aprendido de H. SIDGWICK desde hace mucho tiempo. Hay sólo conjuntos de principios en competencia entre cuyas vindicaciones rivales los individuos tienen que hacer cada uno su propia elección. Así la elección individual se convierte en moralmente soberana.

En una visión tomista, esto no es sorprendente. Bajo ese punto de vista, los individuos que no tienen o no han desarrollado una concepción adecuada del bien, tal vez porque a causa de una desgracia social no han tenido oportunidad de hacerlo, y que, tal vez debido a la mala educación, no se han reconocido (o no todavía) a sí mismos comprometidos en un intento de cooperación para descubrir el bien humano, se puede esperar que se vean confrontados por las pretensiones que compiten en una variedad de pasiones y apetitos, [la visión tomista] afirma que, a falta de una concepción adecuada del bien, no lo hacen y ni pueden saber cómo actuar. Si se trata de decidir entre las pretensiones competitivas, sin entrar en acción e investigación con los demás, de una manera que les obligaría a asistir a la práctica de los preceptos de la ley natural —es decir, si se trata de decidir entre las pretensiones que compiten desde el punto de vista de un individuo aislado y no social para el cual no puede haber una cosa que el bien común— entonces se encuentran sin recurso para la decisión, más allá de sus elecciones individuales. En una visión tomista, es de esperar que, bajo ciertas condiciones sociales en que la educación moral adecuada no está disponible, el lugar de la elección individual en la vida moral será malentendido precisamente en la forma en la que ha sido malentendida en las culturas dominantes de la modernidad avanzada.

El ejercicio de la opción individual, así entendida, es decir, no por elección regida por principios, sino por elección previa y determinante de nuestros principios, a menudo se identifica en el mundo contemporáneo con el ejercicio de la libertad. La libertad es por tanto concebida como si estuviese amenazada cada vez que se sugiere que los principios que deberían gobernar nuestras acciones no son los principios que están en nuestras manos elegir, sino los principios que tenemos que descubrir. Sin embargo, desde una comprensión tomista de la ley natural se obliga a quienes la poseen a la afirmación de que la naturaleza humana es tal que los principios racionales prácticos son anteriores al gobierno y a la elección racional en el buen funcionamiento de los seres humanos, y que por tanto, estos principios tienen que ser descubiertos, no elegidos, cualquier defensa de un conocimiento tomista de la ley natural es muy fácilmente interpretado como una amenaza a la libertad.

Mientras que el Senado se dedicaba a la propuesta de nombramiento de C. THOMAS para el Tribunal Supremo, circuló un rumor de que THOMAS sostuvo algo parecido a una visión tomista de la ley natural —un rumor de que no había ni hay fundamento alguno en ningún juicio de justicia de THOMAS— y el senador J. BIDEN a la vez expresó su temor de «que la ley natural nos dictase la moral a nosotros, en lugar de dejar las cosas a la elección individual»²². La reacción instantánea del senador BIDEN,

²² *Washington Post*, 8 de septiembre de 1991.

que presupone que hizo con un amplio consenso entre el público en general con su propio punto de vista, era un síntoma de esa clase de actitud social y moral que debe ser entendida en términos tomistas.

El senador BIDEN, por supuesto, estaba en lo cierto al suponer que era la articulación de lo que podía ser sentido —y «sentido» es la palabra correcta— por un gran número de norteamericanos. Tales personas modernas son muy propensas a rechazar cualquier entendimiento tomista de la ley natural y, sobre todo, lo que la comprensión, o lo que es más importante la comprensión de la naturaleza humana en que se basa, les dice acerca de su propia condición como una expresión que da una visión distorsionada de la vida moral. Por tanto, resulta ser el caso, como he escrito antes, que si mis argumentos son sólidos y mis conclusiones son verdaderas, entonces mucha gente las rechazará. Nótese, sin embargo, que para hacerlo tendrá que pagar un precio determinado.

De lo que estas personas se habrán privado a sí mismas es de la concepción sólo de la ley natural, que no sólo es capaz de explicar su rechazo, sino también justifica a las personas corrientes viéndose a sí mismas como teniendo ya dentro de sí los recursos que ofrece un conocimiento de la ley fundamental, recursos por medio de los cuales se puede juzgar las demandas de jurisdicción sobre ellos de cualquier sistema de derecho positivo. En los Estados Unidos hoy en día, vivimos en una sociedad en la que ha sido desarrollado un sistema de derecho positivo con dos características sobresalientes. En una variedad de puntos, invade las vidas de las personas corrientes, y su complejidad enmarañada es tal que a menudo deja a las personas corrientes sin más remedio que ponerse en manos de los abogados. Es notorio que la nuestra se ha convertido en una sociedad de litigación incesante, en la cual las personas corrientes pueden muy raramente esperar que se resuelvan los asuntos de controversia apelando contra ellos a los principios morales evidentes y compartidos —la pérdida de una adecuada comprensión de la ley natural se ha traducido en una creencia generalizada de que no existen tales principios—, sino que debe recurrir a los tribunales y, por tanto, a los abogados. Por supuesto, en cualquier sociedad, no puede haber sino una necesidad del derecho positivo y del litigio, como último recurso. Pero es un índice de la gran depravación moral en una cultura cuando tan a menudo el litigio se convierte en una primera instancia. Tal vez esto se ha hecho porque la cultura dominante de la modernidad de América del Norte es enemiga de cualquier concepción adecuada de la ley natural²³.

(Traducción de Rafael Ramis Barceló)

²³ Estoy en deuda con M. P. GOLDING y P. WEITHMAN por sus críticas constructivas a los primeros borradores de este ensayo.

DE LA ÉTICA AL DERECHO EN LA OBRA DE ALASDAIR MACINTYRE *

Rafael Ramis Barceló

Universitat de les Illes Balears

RESUMEN. En este artículo se compendian las ideas principales de A. MACINTYRE sobre el derecho natural. El trabajo empieza con una visión general de las ideas políticas y éticas de MACINTYRE. Luego se define su posición en el debate con los filósofos del derecho actuales, para pasar luego a su postura en el debate sobre el derecho natural, subrayando algunas dificultades en su concepción. El artículo concluye considerando cómo las ideas de MACINTYRE pueden arrojar luz para solucionar los problemas actuales.

Palabras clave: MACINTYRE, derecho natural, ética, liberalismo, razones para la acción.

ABSTRACT. In this article summarizes the main ideas of Alasdair MACINTYRE on Natural Law. The paper begins with an overview of ethical and political ideas dealt with by MACINTYRE. Then it is defined his position in the debate between current legal philosophers before moving on to his position on debate on Natural Law and highlighting some difficulties in his conception. The paper closes by focusing on how many of MACINTYRE's ideas can shed light on solutions to current problems.

Keywords: MACINTYRE, natural law, ethics, liberalism, reasons for action.

* Fecha de recepción: 15 de agosto de 2012. Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2012.

En este escrito quisiera compendiar algunas de las principales conclusiones de mis estudios sobre el pensamiento jurídico de A. MACINTYRE (Glasgow, 1929), un autor que no ha dedicado ningún libro exclusivamente a cuestiones jurídicas. He espigado en su obra prácticamente todos aquellos puntos que hacen referencia al derecho (y que se encuentran diferentes apartados de libros, artículos o recensiones) y he intentado una visión unitaria¹, que intento explicar en las páginas siguientes.

Empiezo con una exposición general de las ideas ético-políticas de MACINTYRE para intentar delimitar luego su posición en el debate iusfilosófico actual. Acabo mi escrito con una serie de comentarios que muestran las dificultades para articular, a partir de los escritos del profesor escocés, una filosofía del derecho en general y, en concreto, la defensa de una doctrina iusnaturalista². Con todo, en la obra del escocés pueden encontrarse muchas ideas capaces de iluminar problemas actuales.

1. RAZONES PARA ACTUAR Y LIBERALISMO

En los años cincuenta y en los sesenta, MACINTYRE está muy interesado en el divorcio entre razón teórica y razón práctica. Dicha brecha resulta muy problemática para articular «razones para actuar»³. Su posición ya entonces está muy cerca de ARISTÓTELES y del segundo WITTGENSTEIN y sus autores de cabecera son seguidores de uno u otro, o bien de ambos (cabe mentar a ANSCOMBE, VON WRIGHT y HART).

En los años cincuenta y sesenta, MACINTYRE anda buscando también una respuesta a su modelo explicativo en las obras de MARX y de HEGEL⁴. Marx elabora una interpretación de las razones como un compromiso político, una vinculación con la praxis. HEGEL está interesado en explicar la acción como el desarrollo histórico del espíritu y muestra que hay ciertas diferencias entre antiguos y modernos⁵. MACINTYRE se percata en aquel momento de que, ciertamente, los griegos tenían razones para actuar y los modernos carecían de ellas. Su conclusión es que algo se había perdido en el viaje dialéctico del espíritu. MACINTYRE entiende que la Ilustración y la pujanza de las ciencias naturales habían reducido la explicación de la acción a un modelo conductista, basado exclusivamente en las causas, que no era válido para las ciencias sociales.

¹ Una visión más extensa puede verse en R. RAMIS BARCELÓ, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución del A. MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid, Carlos III-Dykinson, 2012.

² Vid. P. RIORDAN, «Natural Law Revivals: A Review of Recent Literature», *The Heythrop Journal*, 51, 2010, 314-323. Vid. también M. MAURI, «Alasdair MacIntyre: On Natural Law» en A. N. GARCÍA MARTÍNEZ, M. SILAR y J. M. TORRALBA (eds.), *Natural Law: Historical, Systematic and Juridical Approaches*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2008, 259-266, y S. MALETTA, «MacIntyre and the Subversion of Natural Law», en P. BLACKLEDGE y K. KNIGHT (eds.), *Virtue and Politics*, Notre Dame, University of Notre Dame, 2011, 177-194.

³ Vid. P. BLACKLEDGE y N. DAVIDSON (comps.), *A. MacIntyre's Early Marxist Writings: Essays and Articles 1953-1974*, Brill, Leiden, 2008.

⁴ Vid. R. RAMIS BARCELÓ, «MacIntyre y el marxismo: Historia, compromiso y razones para la acción», *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 43, núm. 127, 2011, 77-87.

⁵ A. MACINTYRE, *A Short History of Ethics*, New York, Macmillan, 1966, 199.

Como es sabido, WITTGENSTEIN distingue entre causas y razones y MACINTYRE, siguiéndole a él y a su discípula ANSCOMBE, considera que para explicar la acción es necesario un proceso de deliberación⁶. La concepción fenomenológica ayuda a superar el dualismo de los científicos y de los positivistas que separan la acción de la historia y creen que la ciencia sólo se limita a la observación y a la descripción. MACINTYRE, al contrario, siguiendo al segundo WITTGENSTEIN, cree que la acción está ejecutada (y descrita) por un sujeto, al igual que las prácticas socialmente constituidas no pueden ser separadas del contexto en las que se producen.

Para MACINTYRE, desde su obra *A Short History of Ethics* (1966) el problema de las razones para la acción exige una aproximación histórica y lingüística. MACINTYRE busca estudiar el lenguaje de la ética a través de los diferentes periodos⁷ y su análisis demuestra que hay una brecha entre antiguos y modernos que ni el conductismo ni el compromiso marxista pueden explicar. A partir de *A Short History of Ethics*, MACINTYRE sabe que existe una diferencia histórica en el lenguaje de la ética, pero carece de una teoría adecuada para explicarla⁸.

La pérdida de la narrativa en la historia puede verse, según MACINTYRE, en la pobreza del lenguaje de la política, de la moral y de la justicia en la Modernidad⁹. El contraste entre antiguos y modernos muestra la falta de contexto del léxico moderno y que deber y acción están separados de la Historia. El análisis del lenguaje ético y político revela que el liberalismo disocia de las razones para la acción de su contexto. A partir de las obras de HOBBS y KANT, la atomización moral y política del individuo provoca una pérdida del sentido de comunidad¹⁰.

La pérdida del contexto lingüístico en una comunidad lleva a MACINTYRE a defender una interpretación histórico-hermenéutica a partir del concepto de tradición, de manera que las razones para actuar pasen a entenderse en clave hermenéutica. El escocés cree que para entender las acciones de las personas es necesario empezar con el análisis del sistema de creencias en las que se refleja el lenguaje compartido. Las razones para la acción toman sentido sólo bajo un conjunto de referencias morales que no son «razones éticas» de aplicación universal, sino de uso particular o grupal.

Para MACINTYRE, las razones para la acción empiezan primero como deseos e intenciones del agente (las cuales pueden ser explicadas sólo en el contexto de las creencias compartidas) y luego, a partir de la aplicación del silogismo práctico de ARISTÓTELES (que comparte también con VON WRIGHT), se llega a la conclusión de que el hombre debe actuar. Con ello, MACINTYRE intenta vincular las ideas de WITTGENSTEIN (reglas sociales) con la fenomenología y la razón práctica de ARISTÓTELES.

MACINTYRE cree que el liberalismo está equivocado al considerar que el hombre es esencialmente autónomo y que su acción está separada de su conocimiento. La ciencia,

⁶ A. MACINTYRE, «The antecedents of action», en *Against the Self-Images of the Age, Essays on Ideology and Philosophy*, London, Duckworth, 1971, 207-210.

⁷ A. MACINTYRE, *A Short History of Ethics*, op. cit., 1-12.

⁸ *Ibid.*, 265.

⁹ A. MACINTYRE, «Justice: A New Theory and Some Old Questions», *Boston University Law Review*, 52, 1972, 330-4.

¹⁰ A. MACINTYRE, «On Democratic Theory: Essays in Retrieval by C. B. MacPherson», *Canadian Journal of Philosophy*, 6, 1976, 180.

en el entramado conceptual del liberalismo, considera que las razones y las intenciones del agente no tienen ninguna relación con el resultado que se obtiene y que la ciencia social debería limitarse, al igual que la natural, a describir las acciones y a buscar las causas a partir de los efectos¹¹.

En contra de esta visión, en los años setenta MACINTYRE cree haber determinado un método nuevo, siguiendo al segundo WITTGENSTEIN. Considera que las razones para actuar no son mecánicas sino que el sujeto actúa racionalmente si es capaz de narrar (explicar) sus propias deliberaciones. La explicación toma sentido sólo en el contexto en el que un grupo de hablantes puede entenderse.

Por el contrario, las ciencias sociales —en las últimas décadas— más que buscar una narrativa, intentan conformarse con la asepsia del liberalismo¹². Para MACINTYRE, la teoría liberal aprueba e incluso contribuye a que las ciencias sociales (y la historia en particular) no hallen una jerarquía causal. La ideología liberal-burocrática, según el escocés, se alía con la ciencia para deshumanizar la explicación histórica y social. El liberalismo, aliado con el reduccionismo de la ciencia moderna, permite en su ahistoricismo que toda obligación se tome como un simple imperativo¹³.

MACINTYRE propone una visión de las razones para la acción de acuerdo con la ética griega, vinculando las acciones con las intenciones y los propósitos, de manera que se vincule también la historia y su contexto. El autor sostiene que la razón es lo que permite una explicación causal de la historia: así, la teleología de carácter aristotélico es capaz de dar sentido y explicación a la historia, incluyendo también los cambios y las revoluciones en el seno de una misma tradición¹⁴.

Sólo a través de una racionalidad falsable y narrativa pueden explicarse las razones para la acción como parte de una comunidad que da relevancia al intento, al deseo o a la deliberación. A falta de una narrativa racional, de acuerdo con MACINTYRE, sólo existen imperativos, acciones egoístas y una proliferación de normas jurídicas sin soporte moral. Hay que incardinar el deber en una tradición narrativa y así el sujeto puede explicar (a sí mismo y a los demás) por qué actúa. Las historias tienen que ser evaluadas por otros y, para ello, tienen que ser explicadas y compartidas en términos racionales (tal y como exigen POPPER y KUHN).

Si se añaden a *A Short History of Ethics* algunas consideraciones sobre el lenguaje del liberalismo, la percepción fenomenológica de la tradición y de la narrativa, así como la justificación epistemológica de la metodología de la ciencia, MACINTYRE tiene todos los elementos para dar una respuesta al problema de las razones para la acción en la sociedad contemporánea. Juntando las ideas anteriores, MACINTYRE concluye su explicación histórica de la actual falta de razones para la acción sosteniendo que en nuestra época vivimos una sociedad moralmente fragmentada y que sus miembros tie-

¹¹ A. MACINTYRE, «Predictability and Explanation in the Social Sciences», *Philosophical Exchange*, 1(3), 1972, 5-13.

¹² A. MACINTYRE, «The Idea of Social Science», *Aristotelian Society*, 41, 1967, 95-114.

¹³ A. MACINTYRE, «Causality and History», en J. MANNINEN y R. TUOMELA (eds.), *Essays on Explanation and Understanding: Studies in the Foundations of Humanities and Social Sciences*, Dordrecht and Boston, Reidel, 1976, 137-158.

¹⁴ A. MACINTYRE, «Epistemological Crises, Dramatic Narrative and the Philosophy of Science», *The Monist*, 60, 1977, 453-72.

nen muy poco en común con los demás. Por el contrario, la sociedad está basada en un frágil acuerdo de voluntades (que es político y no moral). Por ello, existe una auténtica proliferación de normas legales y de pleitos, pues la doctrina liberal ha favorecido una atomización tan absoluta del sujeto que, sin una continua remisión al derecho, no puede articular su convivencia¹⁵.

En la época moderna, con el ascenso del liberalismo, se pasó de una comprensión moral del derecho (que permitía la presencia de unos derechos naturales de la persona) a una comprensión política del derecho (usada para proteger instituciones, las libertades políticas y la propiedad). Para MACINTYRE, al final del XVIII se dio una transición desde una antropología basada en la persona de carne y hueso a una antropología trascendental, basada en el sujeto trascendental. Ambos modelos (político y antropológico) implicaban la pérdida de la moral y de la antropología natural en el marco político, y dichos cambios tuvieron su manifestación en el positivismo jurídico.

La subordinación del derecho a la política permitió el ascenso del positivismo, que aspira a una justicia sólo en un sentido formal. El liberalismo, en definitiva, no entiende la justicia como una virtud ética, sino como un estándar político¹⁶. Las obras de RAWLS y DWORKIN muestran la naturaleza política de la justicia, pero sólo en una visión puramente formal. El derecho depende de unos criterios técnicos, basados en intereses políticos, y no tiene ninguna relación con la ética ni con la antropología.

Para MACINTYRE, el liberalismo se centra en una visión formal del derecho, que sólo garantiza libertades formales, ideales, abstractas. No es capaz de resolver los desacuerdos morales porque no entra en el contenido material de los mismos¹⁷. He aquí la causa de la proliferación los desacuerdos morales irresolubles. Para MACINTYRE, la solución de los mismos debe pasar por el estudio de la antropología y de las inclinaciones morales. Así, siguiendo a ARISTÓTELES y a T. DE AQUINO¹⁸, es necesario restaurar las virtudes naturales propias para resolver dilemas y desacuerdos morales.

2. HACIA EL DERECHO NATURAL

MACINTYRE, a finales de los setenta y comienzos de los ochenta, cree haber resuelto el problema de las razones para actuar a través de una comprensión histórica. Para él, ARISTÓTELES es el único filósofo capaz de sobreponerse al nihilismo actual, e incluso a la crítica que hizo NIETZSCHE a la ética occidental. La obra de ARISTÓTELES sirve para unir el derecho y la acción a través de la deliberación. En su obra *After Virtue*, muestra que la Modernidad ha perdido la ética de la virtud y ha cultivado el formalismo liberal, dejando de lado la objetividad de la moralidad. MACINTYRE propone una vuelta a ARISTÓTELES porque la Modernidad ha tomado un camino equivocado¹⁹.

Para MACINTYRE, los desacuerdos morales existen porque no hay bases que puedan explicar el contenido material de la propia moral. La Modernidad liberal

¹⁵ A. MACINTYRE, «Regulation: A Substitute for Morality», *Hastings Center Report*, 10/1 (febrero 1980), 32.

¹⁶ *Ibid.*, 32.

¹⁷ A. MACINTYRE, *After Virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1981, 86.

¹⁸ T. DE AQUINO, *Quaestio Disp. De Veritate*, q. 1, c. 17, art. 4.

¹⁹ A. MACINTYRE, *After Virtue*, *op. cit.*, 118.

rechaza la capacidad para entrar en el contenido material y objetivo de la moral. ARISTÓTELES da una explicación completa de la realidad, basada en la antropología, biología, psicología y sociología de los seres humanos. Mientras que ARISTÓTELES construye su ética sobre las bases de las inclinaciones naturales, necesidades, deseos e impulsos, la Modernidad defiende una doctrina sofisticada contraria a dichos impulsos.

Con todo, la explicación aristotélica tiene —para MACINTYRE— un punto débil: no tiene una fundamentación fuerte para el deber y las reglas, y falta un vínculo entre la virtud de la justicia y la imperatividad del derecho. Para ARISTÓTELES, la felicidad del hombre es la meta para sí mismo y para la humanidad; sin embargo, no hay una fuente externa que obligue a llevar a cabo la acción virtuosa y que permita conectar el deber con la virtud. La justicia y la imperatividad sólo tienen un carácter teleológico basado en la antropología y en la sociología. Carecen de una fuente externa que dote de imperatividad hacia la virtud, ya que la teleología muestra sólo la inclinación hacia un fin, pero no la obligatoriedad (deóntica) de cumplirlo.

Frente a la deontología kantiana, MACINTYRE busca refinar el sistema aristotélico con una fuente que le asegure que la finalidad teleológica desemboca en una moral objetiva y que el conocimiento del bien dé lugar a su efectiva realización. Así, el escocés entiende que T. DE AQUINO mejora sustancialmente la obra de ARISTÓTELES porque apuntala un concepto de Dios mucho más fuerte y que existe como garante de la virtud, del bien y de la verdad, y que asegura que la virtud tenga que ser practicada y que el conocimiento de la virtud de la justicia no pueda deslindarse de un cumplimiento del derecho que está en consonancia con esa virtud y el bien.

La razón práctica conoce lo que es bueno y lo que es malo. Dios no se limita a una garantía cartesiana de la verdad, sino que Dios obliga a hacer el bien y a evitar el mal. El Dios cristiano, como muestra T. DE AQUINO, no formula nada contra las inclinaciones naturales (sociológicas y antropológicas) de ARISTÓTELES, sino que las perfecciona²⁰. Dios garantiza que haya una serie de bienes y de derechos que no pueden ser objeto de negociación. A diferencia de los «derechos humanos»²¹, que MACINTYRE entiende como una ficción, están los «derechos naturales», enraizados en la naturaleza humana. Sólo Dios puede asegurar la inclinación hacia la verdad y puede formular una prohibición clara contra determinadas actitudes para proteger bienes y derechos. Así, nunca un «derecho humano» puede prohibir, por ejemplo, de manera tan radical la esclavitud como el «derecho natural».

Este viaje al corazón de la tradición aristotélico-tomista permite descubrir la superioridad de esta tradición sobre otras, ya que permite dar una explicación completa de la realidad, integrando todas las dimensiones del ser humano. A diferencia del formalismo liberal²², que escinde al sujeto, la tradición aristotélica pone a los seres humanos en contacto con una realidad global, permitiendo un acceso al *summum bonum*. Para la razón es posible conocer el bien si la virtud se ejerce de acuerdo con él. La justicia

²⁰ A. MACINTYRE, «Which God Ought We to Obey and Why?», *Faith and Philosophy*, 3, 1986, 364 ss.

²¹ A. MACINTYRE, *Three Rival Versions of Moral Enquiry*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1990, 76.

²² A. MACINTYRE, *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1988, 108-109.

es la virtud ética por excelencia que conecta lo individual con la sociedad²³. Donde la doctrina liberal pone el acento sobre los derechos individuales, la tradición aristotélica se centra en el bien común.

MACINTYRE, traza un proyecto con dos ramificaciones: el primero es la discusión de las doctrinas éticas y jurídicas contemporáneas, y el segundo es la explicación de los orígenes éticos y jurídicos del liberalismo y de la ilustración. Gradualmente, la primera rama cobra más importancia, ya que el autor abandona a finales de los años ochenta (porque considera superada) su discusión con NOZICK, RAWLS, DWORKIN o GERWITH.

Whose Justice? Which Rationality? y *Three Rival Versions of Moral Enquiry* ofrecen más una explicación histórica que una discusión sistemática. MACINTYRE intenta mostrar cómo en un momento de la Ilustración se dio un corte abrupto en la filosofía moral y jurídica: la tradición aristotélica (basada en una antropología naturalista) declina y emerge con fuerza la explicación liberal, de la que RAWLS y DWORKIN son los últimos exponentes.

MACINTYRE historiza la transición desde esta visión aristotélica hacia el liberalismo en la década de 1780 a 1790, en la que los filósofos dejaron de pensar en términos antropológicamente realistas y pasaron hacerlo en términos del sujeto ideal o trascendental²⁴. En este diagnóstico coincide parcialmente con FOUCAULT, quien dirigió sus críticas hacia KANT como inventor de un sujeto que jamás había existido. Este es el cambio desde la filosofía naturalista (basada en la biología y la psicología de ARISTÓTELES) a la filosofía trascendental. KANT representa, en este sentido un aliado para el liberalismo, ya que su filosofía es también formal.

A partir de finales del XVIII dejaron de existir razones para actuar, ya que desaparecieron las bases psicológicas y biológicas que proporcionaban una continuidad teleológica entre el conocimiento y la acción. La idea socrática (y aristotélica) del ser inclinado naturalmente hacia el conocimiento y luego hacia la práctica virtuosa quedaba interrumpida. A partir de KANT y de la tradición liberal, el sujeto trascendental era una construcción en la que las razones para actuar no tenían base biológica, sino meramente deontológica.

3. DESDE WITTGENSTEIN A HART

Para MACINTYRE, cada sociedad tiene sus propias reglas y prácticas y, al final, todas ellas están limitadas por las inclinaciones naturales de los seres humanos. Todas tienen una convergencia entre las costumbres y los usos de cada lugar y las necesidades de la persona en tanto que «animal racional dependiente»²⁵. Esta convergencia, que intenta unir a ARISTÓTELES con WITTGENSTEIN, es la base de su pensamiento moral

²³ *Ibid.*, 108-199.

²⁴ A. MACINTYRE, «How Moral Agents Became Ghosts: Or Why the History of Ethics Diverged from that of the Philosophy of Mind», *Synthese*, 53, 1982, 295. *Vid.* también *Whose Justice? Which Rationality?*, *op. cit.*, 327-335.

²⁵ *Vid.* A. MACINTYRE, *Dependent Rational Animals, Why Human Beings Need the Virtues*, Chicago, Open Court, 1999.

y jurídico. MACINTYRE inicia una teoría natural-consuetudinaria del derecho, que se defiende básicamente en su trabajo «Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity»²⁶ y en *Dependent Rational Animals*. El trabajo parte de HART y llega hasta los autores más declaradamente iusnaturalistas. La principal idea es encontrar un «contenido mínimo del derecho natural» a partir de las reglas en las prácticas de cada lugar, y sus costumbres en el marco de las inclinaciones naturales²⁷.

Se puede defender que el punto de inicio de la filosofía jurídica de MACINTYRE es la obra de su amigo HART. Tal vez la contribución más relevante de su arranque «iusfilosófico» sea mostrar la contradicción entre, por una parte, la necesidad de un contenido mínimo del derecho natural y, por otra, la reducción del derecho natural a una actividad básica de coordinación. Ciertamente, la admisión de las prácticas y de las reglas sociales de WITTGENSTEIN obligó a HART, positivista convencido, a admitir que entre las reglas sociales había un contenido mínimo de derecho natural, uno de los puntos menos claros de la obra del iusfilósofo de Oxford. En su trabajo «Are There Any Natural Rights?», HART sólo menciona la existencia de un derecho natural: el de la misma aspiración a la libertad de todas las personas²⁸, una idea que luego no desarrolla en *The Concept of Law*. MACINTYRE no explota al máximo esta omisión de HART, sino que defiende que el derecho natural se manifiesta en las inclinaciones y en las costumbres.

Las costumbres no son universales, mientras que las inclinaciones son comunes a todos. Por esa razón, al igual que la libertad vindicada por HART, hay otras tendencias e inclinaciones que tienen los humanos y que luchan para obtener. Ahí se encuentra la base de los derechos naturales. En el artículo «Are There Any Natural Rights?» de MACINTYRE, titulado —no por casualidad— igual que el de HART, MACINTYRE defiende que la prohibición de la esclavitud tiene que ser de derecho natural, por el igual derecho de todos a la libertad²⁹.

En este sentido, MACINTYRE muestra cómo una teoría como la de HART debería exigir un contenido más amplio del derecho natural y que, si éste sigue las inclinaciones biológicas y psicológicas del ser humano, puede servir para recomponer las relaciones entre moral y derecho. Del mismo modo, las nociones de justicia y de derechos pueden adecuarse más a la realidad antropológica si, por un lado, se entienden *a priori* como una costumbre y, por otro lado, *a posteriori*, como parte de las inclinaciones de los seres humanos.

4. CONSTRUYENDO EL DERECHO NATURAL

La concepción del derecho natural de MACINTYRE está construida formalmente sobre ideas de T. DE AQUINO. A pesar de su apertura a los problemas de la Moder-

²⁶ En E. B. McLEAN (ed.), *Common Truths: New Perspectives on Natural Law*, Wilmington, ISI Books, 2000, 91-115.

²⁷ A. MACINTYRE, «Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity», *op. cit.*, 100.

²⁸ H. L. A. HART, «Are There Any Natural Rights?», *Philosophical Review*, 64, 1955, 175.

²⁹ A. MACINTYRE, «Are There Any Natural Rights?» (Charles F. Adams Lecture, 28 de febrero de 1983), President and Trustees, Bowdoin College, Brunswick, Maine, 1983, 4.

nidad, toma como referencia las obras psicológicas y biológicas de ARISTÓTELES y las revisa a la luz de T. DE AQUINO y de los actuales estudios de biología y antropología. MACINTYRE basa el derecho natural en las inclinaciones biológicas y psicológicas del ser humano, visto como un animal racional y dependiente. Su dependencia le hace aprender de los demás y vivir en consonancia con las reglas y costumbres sociales. MACINTYRE sigue a MARITAIN al considerar que las prácticas que los humanos desarrollan en una comunidad durante sus actividades consuetudinarias son la base de los derechos naturales³⁰.

Estas condiciones, de acuerdo con lo expuesto en *Dependent Rational Animals*, permiten el desarrollo individual en el marco de una comunidad. Este aprendizaje práctico está caracterizado por reglas establecidas por la biología humana, que muestra la vulnerabilidad humana y la necesidad de cooperación con los demás³¹. Estas necesidades biológicas no sólo exigen las prácticas y las virtudes de ARISTÓTELES, sino otras como la generosidad o la misericordia que destaca T. DE AQUINO³², completando a ARISTÓTELES³³.

Para MACINTYRE, el Aquinate y el Estagirita explican mejor que nadie las características y las limitaciones de los humanos, ya que se refieren a las personas de carne y hueso. Entendidos como animales racionales, comprenden sus limitaciones y conciben sus vidas como un conjunto de actividades cooperativas con otros³⁴. Para MACINTYRE, las decisiones tomadas *a priori*, con independencia de la sociedad y de las prácticas sociales (como ocurre en el pensamiento liberal) son una mera abstracción.

Así pues, el derecho natural no sólo es un mero conjunto de relaciones de cooperación (como sostiene HART), sino un grupo de prácticas que hacen los seres humanos en sus vidas diarias, reflejando sus inclinaciones biológicas y psicológicas. La transición desde la ética hacia el derecho natural debe hacerse en base a la antropología. MACINTYRE sigue a ARNHART cuando sostiene que ARISTÓTELES y T. DE AQUINO están más cerca que muchos autores modernos del paradigma darwiniano³⁵. El filósofo escocés defiende también que los animales tienen una inteligencia, y que aún no se ha podido determinar la conexión de ésta con la humana.

Asimismo, cree que T. DE AQUINO permite una concepción mucho más amplia de la justicia que el propio ARISTÓTELES, ensanchando el catálogo de virtudes de modo que refleja más adecuadamente las inclinaciones psicológicas y biológicas (por ejemplo, la compasión y la generosidad). La justicia tomista, a diferencia de la liberal, no está vinculada sólo al mérito, sino también al conjunto de virtudes propias de los animales racionales dependientes³⁶.

MACINTYRE sigue a J. MARITAIN porque defiende que la práctica de la justicia como derecho natural se forja día a día como una práctica del funcionamiento normal

³⁰ A. MACINTYRE, «Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity», *op. cit.*, 108-109.

³¹ A. MACINTYRE, *Dependent Rational Animals*, 10.

³² T. DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II q. 58, a. 3, co.

³³ A. MACINTYRE, *Dependent Rational Animals*, *op. cit.*, 93.

³⁴ *Ibid.*, 124.

³⁵ L. ARNHART, *Darwinian Natural Right: The Biological Ethics of Human Nature*, Albany, New York, Sunny Press, 1998, 258-266.

³⁶ A. MACINTYRE, *Dependent Rational Animals*, *op. cit.*, 121-125.

de la naturaleza humana³⁷. Contra las interpretaciones intelectualistas (que entienden el derecho natural como una aprehensión intelectual), MACINTYRE se interesa por el proceso de aprendizaje del derecho natural por parte de las personas corrientes (*plain persons*)³⁸. En los años noventa, MACINTYRE se opone diametralmente a las ideas de los autores que quieren abrir el tomismo hacia la Modernidad³⁹ (como FINNIS o GRISEZ)⁴⁰ o que tienen también una visión intelectualista (M. S. MOORE)⁴¹ del derecho natural, capaz de ignorar el proceso de aprendizaje de las personas corrientes.

Para MACINTYRE la estrecha relación entre reglas, virtudes y bienes explica cómo las razones para actuar no están sólo de acuerdo con determinadas reglas formales, sino también con la justicia material. Siguiendo estas reglas en la práctica diaria y con la adquisición de los bienes internos (a saber, los que redundan en también en beneficio de la comunidad) a las mismas, se puede llegar a alcanzar una justicia material. Las personas corrientes han aceptado durante centurias la existencia de esta justicia y del derecho natural, pero si el modelo antropológico no es el de la persona de carne y hueso sino el sujeto trascendental, sus expectativas de justicia se quiebran y éstas sólo pueden ser meramente formales.

Para MACINTYRE, si los seres humanos no reconocen su naturaleza animal y racional, con sus limitaciones, tampoco pueden aceptar la idea de Dios⁴². La tradición liberal moderna enfatiza —y casi diviniza— al hombre, entendiéndole capaz de estar más allá de su propia condición natural. A causa de ello, existen dilemas y desacuerdos morales⁴³, porque las personas no actúan de acuerdo con su naturaleza social y a menudo en contra de la naturaleza biológica. La falta de naturalidad en relación con los otros y para aprender las prácticas hace que la gente empiece a violar las reglas de la naturaleza y surgen así los desacuerdos. Y éstos no pueden resolverse sólo a través de un incremento de la legislación o de la litigación⁴⁴. Sin embargo, para MACINTYRE, el derecho natural es la base de las reglas de coexistencia de acuerdo con las inclinaciones de los seres humanos. Este modelo tiene ramificaciones políticas: se trata de una visión completamente opuesta al Estado-Nación liberal⁴⁵.

En definitiva, MACINTYRE entiende que su visión permite abrir la filosofía de ARISTÓTELES y de T. DE AQUINO hacia el pensamiento actual, criticando al mismo tiempo la interpretación más intelectualista de sus doctrinas. Cree que el derecho natural puede ser

³⁷ A. MACINTYRE, «Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity», *op. cit.*, 108-109.

³⁸ A. MACINTYRE, «Plain Persons and Moral Philosophy: Rules, Virtues and Goods», *American Catholic Philosophical Quarterly*, 66, 1992, 10.

³⁹ G. GRISEZ, «The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2», *Thomist*, 21, 1958, 44-78.

⁴⁰ A. MACINTYRE, «Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity», *op. cit.*, 106.

⁴¹ *Ibid.*, 102-103.

⁴² A. MACINTYRE, *Dependent Rational Animals*, *op. cit.*, 111.

⁴³ A. MACINTYRE, «Moral Dilemmas» en *Ethics and Politics: Selected Essays, Volume 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 85-100.

⁴⁴ Para una explicación más amplia, *vid.* R. RAMIS BARCELÓ, «MacIntyre y el liberalismo: la correlación entre la ausencia de moral compartida y la proliferación legislativa», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, 333-348.

⁴⁵ A. MACINTYRE, «Natural Law against the Nation-State: Or the Possibility of the Common Good against the Actuality of the Public Interest», en *The 1994 Agnes Curning Lectures in Philosophy delivered at University College, Dublin, on March 1, 2, and 3, 1994*.

captado como un conjunto de reglas que se construyen con la práctica diaria. Siguiendo las reglas en estas prácticas es posible la resolución de los desacuerdos morales.

5. RECONSIDERANDO EL DERECHO NATURAL

Contra la supremacía de la política sobre la ética (típica de la época Moderna), MACINTYRE defiende la supremacía de la ética sobre la política. Las comunidades son primeramente un grupo de personas que guían sus prácticas buscando el bien común desde la práctica de las virtudes públicas (que no son sólo la excelencia, sino también la justicia como caridad, misericordia, compasión...) Es lo que nos hace animales y lo que nos hace humanos, tal y como muestra la antropología biológica de los sentimientos.

Sin embargo, tanto ARISTÓTELES como T. DE AQUINO defendieron la práctica de las virtudes en pequeñas comunidades, no en el marco de los grandes Estados Nacionales, que surgieron después. MACINTYRE defiende que sólo en comunidades cuya extensión sea (como máximo) la de la *civitas* o la *pólis*, puede darse un aprendizaje de las prácticas siguiendo las inclinaciones naturales. En el Estado-Nación se disuelven estos hábitos de aprendizaje y se transforman en algo meramente impersonal, formal y abstracto.

Si las comunidades están gobernadas por las inclinaciones naturales y el aprendizaje de las prácticas, esto dará lugar a hábitos y costumbres que tengan en cuenta el bien común. Según T. DE AQUINO hay unos primeros principios de la ley natural que son inmutables (no robar, matar, mentir...) y otros, secundarios, que son más adaptables a ciertas costumbres del lugar, pese a ser algo extrañas o incluso desviadas⁴⁶. En todo caso, el derecho natural tiene para MACINTYRE una carga subversiva y suele oponerse, más que a la costumbre desviada, al abuso⁴⁷. Por ejemplo, B. DE LAS CASAS defendió, en base a los primeros principios del derecho natural, que las costumbres «desviadas» de los indios no permitían actuar contra ellos⁴⁸.

MACINTYRE entiende que las personas corrientes pueden familiarizarse con el derecho natural al buscar los bienes internos en cada una de las prácticas diarias, aunque parezcan extrañas a las que no están acostumbradas a ellas. La idea de fondo es que las personas corrientes no pueden captar el derecho natural y no pueden resolver problemas en los se exija una operación de abstracción: sólo pueden aprender a través de las prácticas sociales y de las costumbres.

Esta visión antiintelectualista implica, como se verá, graves problemas en el seno de una filosofía tomista. MACINTYRE, pese a mantener una actitud antimoderna, procura demostrar en los últimos años la superioridad del tomismo a través de una serie de acuerdos puntuales con la obra de KANT⁴⁹, principalmente, pero también con la de

⁴⁶ A. MACINTYRE, *God, Philosophy, Universities. A Selective History of Catholic Tradition*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 2009, 89.

⁴⁷ A. MACINTYRE, «Natural Law as Subversive: The Case of Aquinas», en *Ethics and Politics, Selected Essays*, *op. cit.*, 41-63.

⁴⁸ A. MACINTYRE, *God, Philosophy, Universities. A Selective History of Catholic Tradition*, *op. cit.*, 108.

⁴⁹ A. MACINTYRE, «Truthfulness and Lies: What We Can Learn from Kant», en *Ethics and Politics, Selected Essays*, *op. cit.*, 122-142.

MILL. Aunque MACINTYRE adopta una actitud anti-moderna en toda su obra, en sus últimos trabajos, ya en la primera década del siglo XXI, intenta una convergencia con la ley moral en KANT.

Para el filósofo escocés puede existir un descubrimiento de los principios del derecho natural en el diálogo racional, un extremo que le acerca a la deliberación kantiana y, sobre todo, neokantiana. La diferencia es que MACINTYRE cree posible dar una respuesta material a los desacuerdos morales, mientras que los pensadores inspirados por KANT dan sólo una solución formal⁵⁰. Para MACINTYRE, si una comunidad toma a todos sus miembros sin exclusiones, con iguales condiciones, con el compromiso de decir la verdad, abandonando el uso de la violencia y respetando la racionalidad para resolver los desacuerdos morales, para él estas reglas no son sino los primeros principios del derecho natural. Si la gente sigue en sus prácticas dichas reglas, los desacuerdos morales pueden desaparecer⁵¹.

La idea de que las personas corrientes pueden aprender los principios del derecho natural a partir de la búsqueda de los bienes internos a las prácticas es problemática. MACINTYRE cree que la gente puede hallar el derecho natural sin ninguna captación intelectual. Es posible pensar que las personas corrientes no son capaces de un acto de aprehensión, pero al mismo tiempo MACINTYRE entiende que son hábiles para manejarse en un debate racional y que pueden hallar los principios de derecho natural si ambos siguen las prácticas de debate antes apuntadas.

El filósofo escocés quiere mostrar que su teoría del derecho natural, a partir de las prácticas, es capaz de superar el utilitarismo y su doctrina del consecuencialismo moral. Algunos de los debates consecuencialistas son irresolubles y, según el filósofo escocés, sólo los preceptos del derecho natural pueden resolver el problema. Sin embargo, ¿aparecen dichos preceptos sólo en el contexto del desacuerdo moral?, ¿cómo se puede saber si un problema ha quedado definitivamente resuelto?

MACINTYRE articula una síntesis de la ética aristotélico-tomista y de la teoría wittgensteiniana de la acción⁵². Para ANSCOMBE, la filosofía práctica explica que hay razones objetivas para la acción. Si en los escritos de juventud, MACINTYRE se pregunta acerca de la falta de razones para la acción, en sus obras tardías, es capaz de resolver esta cuestión integrando el primer principio de la razón práctica de T. DE AQUINO (hacer el bien y evitar el mal) con las prácticas de WITTGENSTEIN⁵³.

Así, el razonamiento práctico, basado en hacer el bien y evitar el mal significa, para MACINTYRE, la primera razón para actuar. Para él, los seres humanos necesitan buscar los bienes internos a cada práctica como una razón para actuar. Las razones para la acción dependen de las prácticas de algunos bienes hacia los que los seres humanos están inclinados. El primer principio de la razón práctica se dirige hacia la efectiva realización del bien gracias al conocimiento y a la práctica de los primeros principios del derecho natural. Las acciones, como indica ANSCOMBE, deben ser evaluadas en el

⁵⁰ A. MACINTYRE, *God, Philosophy, Universities. A Selective History of Catholic Tradition*, op. cit., 91.

⁵¹ A. MACINTYRE, «Aquinas and the Extent of Moral Disagreement», en *Ethics and Politics, Selected Essays*, op. cit., 64-82.

⁵² E. PERREAU-SAUSSINE, *Alasdair MacIntyre: Une biographie intellectuelle*, Paris, PUF, 2005, 88.

⁵³ A. MACINTYRE, *God, Philosophy, Universities. A Selective History of Catholic Tradition*, op. cit., 90.

contexto en el que los agentes narran sus propias intenciones. En el ejercicio de las prácticas, los agentes encuentran las virtudes que ayudan a los seres humanos al florecimiento individual de acuerdo con el bien común⁵⁴.

El hecho de que el derecho natural sea una guía para la acción y que se encuentre en la práctica de acuerdo con las inclinaciones naturales, resuelve para MACINTYRE el problema del aprendizaje de los derechos naturales. De acuerdo con los autores más cognoscitivistas (por ejemplo, GRISEZ, FINNIS o VILLEY), la captación del derecho natural es una operación abstracta. MACINTYRE cree que la gente corriente no es capaz de hacerla. En cambio, cree que la gente puede aprender las reglas del derecho natural en las prácticas racionales y comunitarias. Así, los seres humanos pueden enseñar unos a otros y, en un debate racional, hallar los preceptos del derecho natural⁵⁵.

Los tomistas «clásicos» tienden a defender la primacía de la teología sobre la comprensión del derecho natural, y tienen una actitud anti-moderna, contraria al subjetivismo de KANT y se oponen a la idea de los derechos humanos⁵⁶. Los tomistas «neoclásicos» entienden que el derecho natural es aprehendido por la razón, es independiente de la teología, su actitud es abierta hacia la Modernidad, a los derechos humanos (como secularización del derecho natural) y aceptan la existencia de la falacia naturalista (entendida como la prohibición de derivar imperativos prácticos de premisas obtenidas de la razón teórica) y buscan una conexión entre KANT y T. DE AQUINO.

MACINTYRE comparte con los «tomistas clásicos» la anti-modernidad y el rechazo de los derechos humanos. Sin embargo, como hacen los «neoclásicos»⁵⁷, mantiene la independencia de la filosofía frente a la teología y últimamente busca una aproximación, desde el tomismo, a KANT y a MILL para mostrar que tienen algunas ideas que pueden recuperarse. Pese a su condición de filósofo tomista, considera que el estudio del derecho natural es una cuestión en la que la filosofía no necesita la injerencia de la teología. Ésta viene a corroborar y a certificar lo que la filosofía puede entender por sí misma. A diferencia de J. PORTER y de otros teólogos, MACINTYRE vindica la independencia de la filosofía para conocer el derecho natural⁵⁸.

En definitiva, la obra de MACINTYRE, ante todo, es una contribución significativa en tres áreas: la primera, una explicación de cómo se puede aprehender el derecho natural; la segunda, un examen de cómo el derecho natural entendido como práctica puede tener un papel preeminente para resolver desacuerdos morales y, finalmente una presentación de la actual proliferación legislativa como una ausencia de virtudes éticas y una falta de compromiso con la práctica del derecho natural.

⁵⁴ *Ibid.*, 162.

⁵⁵ A. MACINTYRE, «Intractable Moral Disagreements», en L. S. CUNNINGHAM (ed.), *Intractable Disputes About the Natural Law. Alasdair MacIntyre and Critics*, op. cit., 4-8.

⁵⁶ A. MACINTYRE, «Community, Law, and the Idiom and Rhetoric of Rights», *Listening: Journal of Religion and Culture*, 26, 1991, 96.

⁵⁷ A. LISSKA, *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 2-5.

⁵⁸ A. MACINTYRE, «From Answers to Questions», en L. S. CUNNINGHAM (ed.), *Intractable Disputes About the Natural Law. Alasdair MacIntyre and Critics*, op. cit., 315.

6. BALANCE Y CRÍTICA: EL DESARROLLO DE VARIAS LÍNEAS

A mi entender, MACINTYRE tiene dos líneas intelectuales en su visión del derecho. Una es la conexión ARISTÓTELES-MARITAIN-WITTGENSTEIN-HART y la otra es la línea SÓCRATES-ARISTÓTELES-T. DE AQUINO-KANT-ANSCOMBE-MARITAIN. *Dependent Rational Animals* es una expresión de la primera línea, mientras que «Intractable Moral Disagreements» muestra la convergencia con la segunda. Son dos versiones *ad extra* del tomismo de MACINTYRE, expuestas para un diálogo con los autores de otras tradiciones. Al mismo tiempo, el autor tiene también una visión *ad intra*, expresada en su libro *God, Philosophy, Universities*⁵⁹.

Cabe preguntarse si las visiones anteriores son compatibles entre sí. Creo que sólo parcialmente. Por una parte, la antropología de la persona de carne y hueso es compatible con una antropología que llega hasta HUME pero no con la concepción antropológica y con la ley moral de KANT. El racionalismo de T. DE AQUINO no es compatible con la concepción del segundo WITTGENSTEIN, aunque sí lo es con la ley moral en KANT. El tomismo requiere que las decisiones deben ser racionales de acuerdo con la antropología de la persona, en las que hay una pasión controlada por la razón. MACINTYRE parece sugerir una racionalidad basada en las reglas sociales y un vínculo con la pasión y con la racionalidad de los animales, aunque por otro lado parece vindicar el racionalismo clásico de la visión tomista.

Se plantean dos cuestiones: ¿cuál es el papel de los sentimientos en el aprendizaje? Y, ¿por qué deben existir las mismas reglas para todos? Siguiendo a WITTGENSTEIN, MACINTYRE debería admitir que las reglas tienen que ser diferentes en cada contexto social, pero de acuerdo con el universalismo racional que exige el tomismo (y KANT), parece que las reglas de cada comunidad no son válidas. Para T. DE AQUINO hay unos primeros preceptos de la ley natural que están vinculados con el primer principio de la razón práctica (hacer el bien y evitar el mal) y otros, que son secundarios, que tienen un carácter más mutable⁶⁰.

MACINTYRE parece invertir el esquema de T. DE AQUINO. De entrada, hay una serie de reglas y de prácticas consuetudinarias en cada comunidad, que pueden ser más o menos racionales. Sin embargo, el escocés cree que todas ellas, si buscan los bienes internos a las prácticas tienden a encontrar los «principios del derecho natural» que, en última instancia, son parecidos para todos. Las personas, pese a que en diferentes lugares utilicen prácticas y reglas diferentes, si buscan los bienes internos a las prácticas pueden hallar los preceptos del derecho natural.

Esta visión tiene varios problemas. En primer lugar, no es compatible para un tomista determinar un conocimiento directo de los preceptos de la ley natural que se pueden conocer por analogía y sostener, como hace MACINTYRE, una visión sociológica e inductiva (en la que cree que, a pesar de las muchas diferencias que hay en las prácticas y en las reglas de cada sociedad, si todas ellas siguen los bienes internos, hallarán los preceptos del derecho natural).

⁵⁹ A. MACINTYRE, *God, Philosophy, Universities*, *op. cit.*, cap. 10.

⁶⁰ T. DE AQUINO, *Summa Theologica*, I.^ª-IIae q. 94 a. 6 co.

En segundo lugar puede destacarse una dificultad epistemológica. Si el derecho natural se descubre en la práctica y si la resolución de los conflictos se tiene que hacer en base al debate racional, ¿puede una persona corriente encontrar el derecho natural y alcanzar una solución usando un proceso racional? y ¿hasta qué punto se exige racionalidad en las prácticas y no captación intelectual? Esta visión pretende seguir a WITTGENSTEIN, pero se parece mucho más a la mayéutica socrática, que anuda el aprendizaje progresivo con la aproximación gradual a la verdad⁶¹. Y, desde luego, la senda convencionalista de WITTGENSTEIN no se refiere a la aproximación a la verdad en las prácticas, mientras que la línea tomista (y también KANT) buscan la «verdad».

En tercer lugar, ¿es compatible una aproximación convencional-consuetudinaria a partir de las reglas y de las prácticas con un acto de captación intelectual por analogía? ¿Se puede llegar a un conocimiento del derecho natural sin que, a la postre, haya una firme convicción de que el proceso inductivo desemboca en la verdad? Parece que MACINTYRE exige acomodar muchas ideas diferentes en su misma doctrina. Para solventar estas dificultades, se plantean varias opciones:

a) Si tomamos las prácticas sociales como punto de partida, se puede argumentar que hay muchas inclinaciones naturales de las personas y que pueden buscar los bienes internos a las prácticas, aunque éstas no estén subordinadas a la verdad. Sería una «razón práctica», independiente de la teórica, basada en un naturalismo no intelectualista. En este caso, no se buscaría un bien universal, sino uno basado en las reglas consuetudinarias de cada sociedad, fundamentado en las inclinaciones biológicas, psicológicas y sociales de los seres humanos y en su búsqueda comunitaria de los bienes internos a sus prácticas.

Sin embargo, considérese, por ejemplo, la eugenesia positiva de un grupo que busca seleccionar la raza. Podría ser considerada una práctica natural (hay sociedades tribales que lo hacen con «naturalidad») porque estas personas tienen anomalías que impiden su participación plena en actividades de grupo. Las personas deformadas pueden contribuir muy poco al grupo, pero en cambio consumen sus recursos. Esta podría ser una razón (consecuencialista) para la práctica de estas personas, que MACINTYRE rechazaría de plano.

b) Si tomamos como referencia las inclinaciones naturales como un bien para la persona humana, éstas pueden tener un valor antropológico para su vida personal o comunitaria, pero no es necesariamente universal. Siguiendo las inclinaciones naturales (biológicas o psicológicas) o las prácticas consuetudinarias, una persona puede no obtener necesariamente ningún tipo de verdad, pero ello sirve para mostrar una tendencia en la adaptación de la acción humana a las prácticas. Seguir las inclinaciones humanas no garantiza el acceso a la verdad. En todo caso, éstas podrían ser consideradas un conjunto de costumbres basadas en la naturaleza biológica de los seres humanos.

Considérese, por ejemplo, el caso de la guerra, que es claramente un instinto animal y no necesariamente una práctica universal. Sostener que la guerra puede ser un bien para una comunidad es sólo una costumbre (o una convención) humana, de acuerdo

⁶¹ Vid. T. IRWIN, *The Development of Ethics*, vol. I, Oxford, OUP, 2007, capítulo 2.

con el instinto animal y biológico que tienen los humanos. Otro ejemplo podría ser la caza, otro instinto animal, parte de los hábitos de muchas comunidades. La práctica de la caza puede ser entendida como un bien para una comunidad que busca su supervivencia y su alimentación, mientras que para otras podría entenderse como un acto contrario a la naturaleza.

c) Si el bien puede ser conocido y es consistente con la verdad (unidad de la razón teórica y la razón práctica), las prácticas no son convencionales o consuetudinarias, sino que ellas deben estar subordinadas al conocimiento del bien y que este bien sólo puede encontrarse en la verdad. En este sentido podría decirse que hay varias prácticas que pueden corregirse al invocar un concepto de bien consistente con la verdad, o las prácticas pueden dirigirse simultáneamente a varios «bienes» y «verdades» incompatibles entre sí (es decir, que no haya ni un único *summum bonum* ni una sola verdad).

d) Sin embargo, MACINTYRE, pese a proclamar su tomismo, no acaba de defender completamente ninguna de las tesis anteriores. Su punto de partida es la persona corriente que no puede captar ni el primer principio de la razón práctica ni los preceptos del derecho natural. En cambio, pueden «aprenderse» en prácticas convencionales y consuetudinarias que las personas reciben en sus comunidades a través de las enseñanzas que reciben de las otras. Cada una de esas prácticas no viola la naturaleza biológica y psicológica del ser humano, pero las prácticas deben basarse en sus inclinaciones y en la búsqueda del bien interno.

Como defiende MARITAIN, dicha búsqueda es una actividad racional que lleva a cabo toda persona cuando está «funcionando» normalmente. Este aprendizaje dialéctico confirma que las reglas de la justicia y del derecho natural contienen un valor de verdad porque la persona experimenta una progresión y un enriquecimiento que gradualmente confirma el valor de cada práctica como verdad. Sin embargo, el fundamento de MARITAIN dista de ser meramente consuetudinario y de estar basado en las reglas sociales. Para él, el derecho natural se basa en la libertad y en la dignidad especial del sujeto, extremo que MACINTYRE no desarrolla específicamente.

En cambio, el escocés parece un autor enteramente socrático, en su aproximación a la verdad, pero contrario a la captación intelectualista del derecho natural. El modelo antropológico sobre el que MARITAIN construye su derecho natural es el ser humano entendido como una criatura racional y dotada de una especial dignidad, que le lleva hacia la defensa de la libertad como bien sobre el que articula su ética y que el derecho natural defiende. Para MACINTYRE, el ser humano es un «animal racional dependiente» caracterizado por su fragilidad, que va encontrando el derecho natural en sus prácticas diarias, guiado por la comunidad en la que todas las reglas y costumbres adquieren sentido. La visión de MACINTYRE parece muy optimista, ya que su hipótesis parece sostener que las prácticas y las costumbres de los grupos sociales, al final, acaban coincidiendo con las deliberaciones de los seres humanos que siguen sus inclinaciones naturales.

Precisamente, este argumento d) presenta algunos puntos muy cuestionables. Primero, el hecho de decir que las prácticas sociales no van en contra de la naturaleza de las personas es una hipótesis muy dudosa y tiene muchos ejemplos en contra. El ejem-

problema propuesto por MACINTYRE sobre la esclavitud es problemático. Para la persona de hoy, la dignidad humana prohíbe directamente la esclavitud y pero muchos filósofos de Grecia y Roma, que no eran precisamente personas corrientes, no entendieron que la esclavitud conculcara ningún derecho natural.

Esta idea muestra que el derecho natural es poco estático sino más bien un concepto cambiante, de acuerdo a los usos, costumbres y convenciones de los seres humanos. Hay muy pocos casos en los que casi todas las sociedades de diferentes épocas estén convencidas de la existencia de un derecho natural. Por lo tanto, la presunción de MACINTYRE de que el derecho natural se puede encontrar en las prácticas desemboca en la existencia de tantos derechos naturales como prácticas, algo que es contrario a la verdad, a menos que se acepte la existencia de varias verdades y de varios «derechos naturales», extremo que el filósofo escocés desapruueba.

Segundo, del mismo modo, la aceptación de la idea de MARITAIN, en la que el derecho natural es una suerte de *sindéresis* o de habilidad para funcionar de acuerdo con el sentido común⁶² evita, ciertamente, la idea de la captación intelectual, pero atenúa mucho captación analógica del bien exigida por T. DE AQUINO, así como la necesidad de la existencia de la verdad como guía para la actuación. Para MACINTYRE, el contraste de una práctica con la verdad puede examinarse si ésta rompe dramáticamente con las costumbres y prácticas establecidas⁶³. Esta hipótesis parece poco plausible, ya que se han suprimido drásticamente muchas costumbres, que hoy parecen contrarias al derecho natural, precisamente por el hecho de contravenir el *statu quo* (piénsese, por ejemplo, en las revoluciones del siglo XVIII).

Esta idea de hallar del derecho natural en el aprendizaje de las prácticas tiene mucho interés, pero, para articularla, MACINTYRE intenta —a mi entender— conjugar demasiadas líneas, que resultan problemáticas y muy difíciles de armonizar. Para unirlas, debe recurrir a Dios, un elemento filosóficamente muy problemático. A través de un Dios (más tomista que aristotélico) que atrae a los entes hacia sí, MACINTYRE encuentra un garante de que todas en las prácticas —por diferentes que sean— si se persigue el bien interno, se pueden hallar principios de derecho natural.

Así, Dios es la garantía de la verdad que exigen en su concepción del bien tanto SÓCRATES como T. DE AQUINO o KANT⁶⁴. Por ese motivo, MACINTYRE accede a Dios para garantizar que toda práctica que busque el bien interno hallará los principios de derecho natural puestos por Dios, ya que Él es el *summum bonum* y el garante de la verdad⁶⁵. Evidentemente, esta teodicea, establecida por mor de la verdad y como sostén de un edificio intelectual problemático, plantea de nuevo numerosas dificultades que el lector comprende de entrada y sin necesidad de abundar mucho más en la cuestión.

⁶² J. MARITAIN, *Natural Law: Reflections on Theory and Practice*, South Bend, St. Augustine Press, 1943, 20.

⁶³ A. MACINTYRE, «Narrative Ethics, Virtue Ethics and Natural Law» (Conferencia), septiembre 1990, 2.

⁶⁴ A. MACINTYRE, «Truthfulness and Lies: What We Can Learn from Kant», en *Ethics and Politics, Selected Essays*, *op. cit.*, 124-131.

⁶⁵ A. MACINTYRE, «How Can We Learn What Veritatis Splendor Has to Teach?», *Thomist*, 58 (1994), 173.

7. CONCLUSIONES

En los años cincuenta y sesenta, MACINTYRE se interesa en la falta de las razones para actuar y en la brecha entre el conocimiento y la decisión. Para estudiarla, acude a la filosofía griega. Para él el liberalismo y la Ilustración representan la contravención de la antropología natural defendida hasta KANT. A partir de KANT, la antropología basada en los rasgos psicológicos y biológicos del ser humano desapareció y fue sustituida por una epistemología trascendental, basada en el sujeto trascendental.

Asimismo, mientras el derecho natural en la tradición aristotélico-tomista era visto como un producto de la justicia y de otras virtudes éticas, el liberalismo divorció el derecho de la ética, haciendo una lectura política. Cuando la ética naturalista y el derecho natural desaparecieron, empezaron a aparecer insalvables desacuerdos morales y jurídicos que el liberalismo no podía resolver. Esta sería la reconstrucción macintyreiana de la caída del derecho natural y el estado del derecho en la actualidad.

La falta de razones para actuar viene dada porque actualmente hay una antropología basada en el sujeto trascendental, que descuida las inclinaciones biológicas y psicológicas del ser humano. Al deslindar la razón teórica de la razón práctica, los imperativos de la razón práctica y las prácticas quedan sin un determinado contexto. Cuando desaparece la ética basada la biología y en la antropología, se abandona el aprendizaje natural de la virtud y el bien. De este modo se sustituye por una proliferación legislativa y se producen desacuerdos y dilemas morales que tienen consecuencias jurídicas.

Para superarlo, MACINTYRE propone una teoría del derecho natural basada en las inclinaciones antropológicas del ser humano. El filósofo escocés está en deuda con WITTGENSTEIN, ANSCOMBE y HART, porque en ellos encuentra el camino para articular una teoría no intelectualista del derecho natural. Al mismo tiempo, como aristotélico y tomista, tiene que aceptar toda una serie de exigencias, como la de la equivalencia entre el bien y la verdad, y la de su captación racional.

Su propuesta tiene una tensión interna entre una comprensión basada en las prácticas y las reglas (de carácter consuetudinario) y otra basada en valores universales. Esta postura puede entenderse como una reformulación del pensamiento de HART para combinarlo con algunas exigencias aristotélicas o tomistas (cercanas a MARITAIN). Si la verdad no es una exigencia, puede haber un camino para una teoría natural-consuetudinaria, que une a ARISTÓTELES con WITTGENSTEIN.

MACINTYRE, con todo, es un tomista, y la unidad del bien y de la verdad es una exigencia universal para el estudio del derecho natural. En *Intractable Disputes about the Natural Law*, MACINTYRE explica que el derecho natural aparece en la resolución de los desacuerdos morales si las personas persiguen los bienes internos a las prácticas y adoptan una actitud de debate racional en la que los contertulios busquen la verdad.

La argumentación de MACINTYRE tiene algunos problemas, entre ellos, que la deliberación es una actividad que no puede ser llevada a cabo al máximo nivel por las personas corrientes y que la visión que aúna a ARISTÓTELES, WITTGENSTEIN y HART no es compatible con la que integra a SÓCRATES y T. DE AQUINO, y que asimismo busca algunos puntos de contacto con KANT.

Me resulta difícil dar alguna respuesta a este problema y me confieso incapaz de hacerlo. Sólo puesto en la tesitura de buscar obligatoriamente alguna solución, creo que tal vez MACINTYRE debería decidirse por alguna de las líneas que he detectado en sus escritos de las últimas décadas y que he expuesto antes. Si aboga por un modelo tomista, debería recortar algunas concesiones a la teoría de WITTGENSTEIN y sería casi incompatible con algunas ideas de HART; mientras que si se decide finalmente por una visión basada en el aprendizaje en las prácticas y en las costumbres, tiene que rechazar algunos elementos teológicos o metafísicos. No veo que el «sistema» pueda seguir funcionando sin renunciar a una de estas dos grandes líneas.

Desde luego, el modelo consuetudinario es más novedoso y le permitiría integrar a WITTGENSTEIN y MARITAIN, en una opción biologicista, sociológica y antropológica, que podría explorar a fondo el «contenido mínimo del derecho natural» de HART entendido como un derecho de la persona a la libertad, que MARITAIN pone como base de su concepción filosófica. En todo caso, es una opción intelectual muy personal que tal vez no acabe de perfilarse nunca con claridad.

En definitiva, MACINTYRE es un importante teorizador e historiador de los problemas éticos de nuestra sociedad, y su explicación de los actuales problemas legislativos y de los desacuerdos morales tiene un gran atractivo. Su doctrina del derecho natural tiene muchas sugerencias e interesantes críticas, aunque —como se ha pretendido mostrar en este escrito— hay algunas cuestiones que quedan sin fundamentar o dificultades que permanecen sin resolver. Con todo, MACINTYRE puede considerarse uno de los pensadores que ha terciado con mayor originalidad en el debate iusfilosófico de nuestros días.

EL CONCEPTO DE COMPETENCIA DE ALF ROSS *

Robert Alexy

Universidad de Kiel

RESUMEN. Con base en el trabajo pionero de A. Ross, el concepto de competencia es definido en este artículo a través de cuatro características. Dichas características son normatividad, potencialidad, declaratividad y dispositividad. Según esta definición, una competencia es la posibilidad normativa de cambiar una posición jurídica a través de una declaración dirigida a este objetivo. De manera ulterior se analiza además la tesis rossiana de la reducción, según la cual todo concepto normativo puede ser reducido al operador «O». En este artículo se intentará mostrar que la tesis de Ross es correcta, dado que las competencias pueden ser entendidas como un deber ser potencial.

Palabras clave: A. Ross, competencia, deber ser como modalidad deóntica fundamental, problema de la reducción, competencia como deber ser potencial.

ABSTRACT. Based on A. Ross' groundbreaking work, the concept of power is defined in this article through four characteristics. These are normativity, potentiality, declarativity and disposability. According to this definition, power is the possibility of changing a legal position by means of a statement, which is aimed to this goal. Subsequently is analysed the reduction thesis, which was proposed by Ross. According to this thesis, any normative concept can be reduced to the operator «O». This article tries to show that Ross' thesis is correct, due to the fact that power can be understood as a potential ought.

Keywords: A. Ross, competence, power, ought as basic deontic modality, reduction problem, power as potential ought.

* Fecha de recepción: ¿? de ¿? de 2012. Fecha de aceptación: ¿? de ¿? de 2012.

Traducción a cargo de G. VILLA ROSAS del original en alemán «Alf Ross' Begriff der Kompetenz», publicado en *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*, 15.Mai 1954 bis 21.März 2006, 2008, 43-64. El traductor agradece a A. SANTACOLOMA SANTACOLOMA la corrección de la versión preliminar en español de este escrito.

El concepto de competencia es no sólo una controvertida categoría sistemática de la teoría general y de la filosofía del derecho, sino una herramienta jurídica comúnmente utilizada. No obstante, la terminología que se refiere a ella es variada. Otras expresiones usadas para referirse a ella son «habilitación»¹ (*Ermächtigung*) y, en inglés «power». A pesar de semejantes diferencias terminológicas existe un acuerdo extendido, más o menos uniforme, acerca de los fenómenos que pueden ser descritos como ejercicios de una habilitación o, como se debería decir mejor, de una competencia. En el derecho privado, la celebración de contratos, el matrimonio y el otorgamiento de testamento son casos paradigmáticos de competencia. La promulgación de leyes y sentencias, así como el decreto de actos administrativos son los ejemplos más citados en el derecho público. Los juristas están familiarizados con todo esto y, por lo general, los problemas que tienen con los ejercicios de competencia presuponen el hecho mismo de que se trata de ejercicios de competencia. Ellos no parecen, sin embargo, sentirse familiarizados con la pregunta misma acerca de lo que son competencias. La respuesta a esta pregunta se vuelve aún más difícil, si se comienza a leer lo que han escrito los teóricos del derecho sobre este tema. Ésta es una señal clara acerca de la existencia de un problema de índole filosófica. Un concepto genera en la vida cotidiana pocos o ningún problema; pero si éste se comienza a analizar, resulta del todo dudoso. La razón fundamental por la cual esto sucede, radica en el hecho de que el concepto de competencia está relacionado de manera intrínseca con otros conceptos jurídicos fundamentales, como son aquellos de norma, validez, obligación, derecho subjetivo, autoridad y autonomía. El análisis del concepto de competencia debe ser por esto un análisis de una red de conceptos, y dado que todos estos conceptos son fundamentales, una teoría de la competencia debe incluir los elementos esenciales de una teoría sobre la naturaleza del derecho.

¹ N. del T.: Para efectos de esta traducción al castellano se ha preferido la palabra «habilitación» sobre otros usos en castellano correspondientes a la palabra germánica «*Ermächtigung*», por las siguientes razones. Primera, en relación al término germánico «*Ermächtigung*» en traducciones al castellano anteriores especialmente de los textos de KELSEN, es corriente el uso de otras expresiones tales como «*facultamiento*» [vid., por ejemplo, R. WALTER, «Origen y desarrollo del concepto de norma fundamental», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 244 (2005), 285-301, 298]. Esta expresión en particular parece demasiado forzada en el castellano usual. De manera específica, este término no se encuentra registrado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22.ª ed. (Madrid: Real Academia de la Lengua Española, 2001), versión online: www.rae.es]. Segunda, otros términos como *facultad* jurídica [vid., por ejemplo, S. L. PAULSON, «La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica», en *La Teoría del Derecho de Hans Kelsen*, L. CLÉRICO y J. STECKMANN (eds.) (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011) 11-44] —«*legal ability*»; «*Rechtsfähigkeit*»— son demasiado generales, pues no aluden al fenómeno específico del que se trata [sobre la diferencia entre «*Fähigkeit*» y «*Ermächtigung*», vid., por ejemplo, H. KELSEN, «*Recht und Kompetenz: Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie*» Georges Scelles», en KELSEN, *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre*, K. RINGHOFER y R. WALTER (eds.) (Viena: Springer, 1987), 72]. Tercera, se ha preferido la voz «habilitación» sobre la palabra «autorización», debido al hecho de que el término germánico «*Ermächtigung*» es más cercano en castellano a la sustantivación del verbo «habilitar» que aquella del verbo «autorizar», en la medida en que el primero ha sido definido como «hacer a alguien o algo hábil, apto o capaz para una cosa determinada» y el segundo como «dar o reconocer a alguien la facultad o el derecho para hacer algo» [*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22.ª ed. (Madrid: Real Academia de la Lengua Española, 2001) versión online: www.rae.es]. Cuarta, existen usos homólogos de la voz castellana «habilitación» en el contexto jurídico de otras lenguas romances tales como el francés [vid. G. TOUSSEAU, *Normes d'habilitation* (Paris: Dalloz, 2006)]. Advirtiendo la pluralidad de términos que se refieren al fenómeno en cuestión, el autor ha preferido la utilización con pretensiones unívocas de la voz alemana «*Kompetenz*» que será traducida para efectos de este texto como «competencia».

Esto aclara la razón por la cual, el concepto de competencia ha cautivado a tantos eminentes teóricos del derecho. Uno de ellos es el danés A. ROSS, quien es uno de los grandes filósofos jurídicos del siglo XX. Su contribución es uno de los más interesantes intentos por comprender este huidizo concepto. En este punto uno debe preguntarse, hasta dónde ha llegado ROSS y si es posible ir aún más lejos.

Los múltiples problemas vinculados al concepto de competencia pueden ser divididos en dos grupos. Los problemas del primer grupo se refieren a la pregunta acerca de qué son competencias y cómo pueden ser éstas diferenciadas de otros fenómenos similares. Esto se puede denominar, en una antigua e indeseada terminología, como el problema de la naturaleza de la competencia («*Problem der Natur*»). El segundo grupo de problemas apunta a la pregunta acerca de si el concepto de competencia puede ser reducido a otros conceptos, y especialmente, al concepto de obligación. Este problema debe ser denominado como el «problema de la reducción» («*Reduktionsproblem*»). La parte más interesante de la teoría de la competencia de ROSS concierne al problema de la reducción. Sin embargo, comenzaré con algunas observaciones acerca del problema de la naturaleza. Si no se tiene claridad acerca de aquello a lo que ROSS se refiere cuando habla de competencia, no se puede tener una discusión fructífera acerca de su teoría de la reducción. Me concentraré en la tardía versión de ROSS de su teoría de la competencia publicada en su obra *Directives and Norms* de 1968. La versión anterior, que expuso ROSS en su libro *On Law and Justice* de 1958, será tenida en cuenta no sólo con el fin de mejorar la interpretación de la más moderna, sino también y principalmente, para probar la tesis de E. BULYGIN, según la cual ROSS cambió radicalmente de opinión acerca de la reducción entre 1958 y 1968².

1. LA NATURALEZA DE LA COMPETENCIA

1.1. Posibilidad

ROSS nos ofrece una definición explícita de competencia tanto en 1968 como en 1958. Según esta última:

*Competence is the legally established ability to create legal norms (or legal effects) through and in accordance with enunciations to this effect*³.

Según esta definición, el género próximo es el concepto de capacidad («*ability*»). Capacidad es un caso especial de posibilidad. Se puede decir entonces que la definición de competencia de ROSS se basa en uno de los conceptos más generales y fundamentales: en la categoría de posibilidad. Esta definición debe ser denominada como la «tesis de la posibilidad» («*Möglichkeitsthese*»). Según esta tesis, tener una competencia significa tener una cierta clase de posibilidad.

² BULYGIN, *On Norms of Competence, Law and Philosophy*, 11 (1992), 201, 208.

³ ROSS, *Directives and Norms*, 1968, 130. En adelante será referido este libro en el texto a través del año de impresión y del número de página.

1.2. Normatividad

Existen diferentes formas de posibilidad. ROSS describe las características especiales de la competencia como posibilidad a través de tres diferencias específicas. La primera consiste en la particularidad de estar jurídicamente fundada («*legally established*», 1968, 130). Competencias en tanto posibilidades son por ello posibilidades normativas. La primera diferencia específica es por tanto la normatividad.

Según ROSS, las competencias se fundan jurídicamente en normas de competencia. Esto conduce a tres problemas. El primero resulta de la definición rossiana de norma. Según ROSS, el concepto de norma incluye el concepto de validez (1968, 79 ff., 93). Si el concepto de competencia, en su definición, está vinculado al concepto de norma, entonces el concepto de validez está también incluido en el concepto de competencia. Esto significaría que nosotros podríamos hablar sólo de competencias que se apoyan sobre normas válidas, es decir, sólo de competencias existentes. Una proposición como «la competencia x no existe» incluiría una contradicción, pues según las definiciones de ROSS, la competencia x no podría al mismo tiempo ser y no existir. De la misma forma no tendría sentido una proposición como «nosotros deberíamos introducir la competencia x», pues según las definiciones de ROSS, si x es una competencia, entonces ella se encuentra necesariamente ya en vigor. Pero, ni esta proposición carece de sentido, ni la primera es contradictoria. Es por ello inadecuado incluir en el concepto de competencia aquél de validez. Una competencia debería ser considerada como una entidad semántica. Esto corresponde al concepto semántico de norma⁴, según el cual normas son contenidos semánticos (*Bedeutungsgehalte*), es decir directivas en el sentido de ROSS (1968, 36). A pesar del hecho de que esta concepción semántica del concepto de norma es expresamente rechazada por ROSS (1968, 80), una concepción semántica de la competencia se ajusta mejor que cualquier otra definición que incluya elementos de validez a su caracterización de competencias como «*modalities*» (1968, 118-119) o como «*linguistic vehicles through which the directive content of legal rules is expressed*» (1968, 134).

Esto conduce al segundo problema de la primera diferencia específica. Si debiese permanecer la característica juridicidad («*legally*») en la definición, sólo las competencias jurídicas serían posibles. Sin embargo, esto sería incompatible con la propia teoría de ROSS. En el § 29 de *Directives and Norms*, ROSS muestra que la modalidad de la competencia puede ser también aplicada a discursos normativos no jurídicos. Como ejemplo, ROSS aduce el acto institucional de la promesa (1968, 135-136). Es recomendable por esto, proponer tres cambios en la definición. El primero, sustituir «*legally established*» por «*normatively established*»; el segundo, cambiar «*legal norms*» por «*norms*»; y el tercero, sustituir «*legal effects*» por «*normative effects*». Competencias jurídicas, morales y convencionales se presentan entonces como casos especiales de competencias normativas. Lo anterior encaja bien con la caracterización de las competencias como modalidades normativas («*normative*») (1968, 118, 135).

⁴ Comp. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.^a ed., 1996, 42-47.

Con respecto a la definición de ROSS, uno se puede preguntar acerca de si es afortunada la calificación de la competencia como una capacidad normativamente fundada («*established*»). ¿No está esta característica ya contenida en la expresión «*to create norms*»? La respuesta a esta pregunta conduce al tercer problema de la primera diferencia específica, el cual tiene una importancia fundamental para la naturaleza de la competencia jurídica. Hay dos maneras de concebir las competencias jurídicas: una interna y otra externa. Según el concepto interno de la competencia jurídica, la existencia de una competencia presupone siempre una norma, en la cual esta competencia se basa. Esto y no otra cosa es lo expresado a través de la modificación de la característica «normativamente fundada» («*normatively established*»). Lo anterior puede denominarse como la «tesis normativa» («*Normativitätsthese*»). Competencias como posibilidades normativas son posibilidades que se fundan en normas, las cuales pueden ser jurídicas o no. En este sentido, en los términos de la normatividad, las competencias tienen un carácter sistemático interno. Esta normatividad no surge del objeto de la competencia, el cual es descrito por ROSS a través de las palabras «*to create legal norms (or legal effects)*». Esta cláusula podría ser también relevante en el caso en el cual sólo exista capacidad o posibilidad meramente fáctica de crear normas jurídicas. En este caso no se apoyaría la competencia sobre una norma que pertenezca al sistema. La competencia sería en este sentido externa.

Uno se puede preguntar, si las competencias externas son competencias jurídicas⁵. Yo opino que ROSS está en lo cierto cuando afirma que las competencias se apoyan siempre en normas, que son constitutivas de ellas (1968, 130); lo que significa que las competencias meramente externas, ya sea que existan o no, jamás son competencias jurídicas. Esta pregunta, por cierto, puede ser aquí tan sólo identificada pero no discutida. Ella conduce al problema del fundamento último del ordenamiento jurídico⁶, es decir, al problema de la norma fundamental. Aquí basta subrayar que la característica «normativa», como característica específica de la competencia, no está como tal contenida en la característica definitoria «*to create legal norms (or legal effects)*» y que ella es necesaria, si se quiere tener un concepto normativo de competencia que esté claramente separado del concepto de poder fáctico.

1.3. Dispositividad

La segunda diferencia específica ya ha sido mencionada en varias ocasiones. ROSS en su definición se ha referido a ella al hablar de la capacidad de crear normas (o efectos jurídicos) [«*to create legal norms (or legal effects)*», 1968, 130]. De acuerdo con lo dicho anteriormente, esta cláusula debería ser modificada como «*to create norms (or normative effects)*» con el fin de lograr una mayor generalización. Pero claro, esto es de poca importancia. Una pregunta mucho más interesante es, si esta cláusula es la mejor descripción del objeto de la competencia.

⁵ Comp. RAZ, *Voluntary Obligations and Normative Powers*, *The Aristotelian Society*, Supplementary vol. 46 (1972), 79, 83 ss. RAZ defiende la tesis según la cual «*that legal powers may exist even if not conferred by any norm, whether legal or non-legal*».

⁶ Comp. SPAAK, *The Concept of Legal Competence*, 1994, 170; RUITER, *Institutionelle Rechtstatsachen*, 1995, 94 y ss.

Si se quiere definir el objeto de la competencia de la manera más abstracta posible, debería decirse que consiste en el cambio⁷ de una situación normativa⁸. El cambio de una situación normativa puede ser descrito de dos formas. Según la primera, el cambio de una situación normativa es el cambio de normas individuales o generales; según la segunda, es un cambio de posiciones normativas⁹. T. SPAAK ha afirmado que esta segunda forma es mejor, porque es posible cambiar posiciones jurídicas de una forma diversa a aquella que ocurre por el cambio de normas¹⁰. Este autor cita varios ejemplos. El más interesante es el de la oferta. Una oferta como tal no fundamenta obligación alguna, y en esta medida, ninguna norma obligatoria individual. No obstante, la posición del destinatario de la oferta cambia. Él se encuentra ahora en la posición en virtud de la cual, puede crear una obligación en cabeza del oferente mediante la aceptación de la oferta. Esto no es sin embargo ningún argumento que permita sostener que el concepto de posición sea más amplio que aquél de norma. Si se acepta que no sólo existen normas obligatorias sino normas de competencia, entonces se tiene únicamente que aplicar la diferencia entre normas individuales y generales no sólo a las normas obligatorias, sino también a las normas de competencia, para obtener una congruencia extensional completa del concepto de norma y del concepto de posición. Esto justifica la tesis según la cual no existe posición sin normas que a ella correspondan y no existe norma sin posiciones que a ella sean correspondientes¹¹. Las normas del derecho de contratos fundamentan la autonomía privada como una competencia general. Una oferta concreta fundamenta la competencia individual o especial; mediante la aceptación de la oferta surge una obligación contractual individual o especial. No hay diferencia sustancial alguna si se describe esto como una posición individual o especial, o como una norma de competencia individual o especial.

Si describir el objeto de la competencia como norma o como posición no hace diferencia alguna, entonces la segunda diferencia específica de ROSS no puede ser falsa. Se puede en el mejor de los casos decir que la cláusula «*or legal effects*» es redundante. Parece que ROSS ha acogido esta cláusula para garantizar que pudiera ser incluido en su definición todo cambio de una situación o posición jurídica. Por ejemplo, la derogación de una ley puede ser difícilmente descrita como la creación o establecimiento de una norma. Por el contrario, dicha derogación es comprensible con ayuda del concepto de la producción de un efecto jurídico. La desventaja de la cláusula del efecto jurídico es que cada cambio de posición jurídica es un efecto jurídico. La cláusula del efecto jurídico no está por consiguiente, al mismo nivel que la cláusula del establecimiento de normas. Dicha cláusula incluye a esta última porque tiene un mayor grado de abstracción. Si la intención de ROSS fue la de aclarar que cosas como la posición del destinatario de una oferta están incluidas en su definición, entonces esto puede ser expresado mejor, si la noción de efecto se reemplaza por el concepto de posición. Si se

⁷ El concepto de cambio de una situación normativa *S* por una persona *a* a través del acto *A*, que representa un ejercicio de competencia, debe ser definido como sigue: *a* cambia *S* a través de *A* si y sólo si *S* sería otra, si *A* no hubiese sido realizado. Esta definición permite también evitar que una variación de la situación normativa, que se produzca sin la mediación de un ejercicio de competencia, sea interpretada como un cambio.

⁸ Comp. ALEXY (p. 4), 212.

⁹ Comp. LINDAHL, *Position and Change*, 1977, 85 y ss.

¹⁰ SPAAK (p. 6), 21.

¹¹ ALEXY (p. 4), 163 y ss.

reúne lo que se ha dicho en relación con la segunda diferencia específica, se obtiene la siguiente formulación: «*to change norms and positions*». Tener la posibilidad de cambiar normas y posiciones, significa poder disponer sobre ellas. Si se quiere describir de manera sucinta la segunda diferencia específica, se puede por tanto hablar de «dispositividad» («*Dispositivität*»).

1.4. Declaratividad

La reconstrucción de la definición de ROSS ha conducido a definir competencia como la posibilidad normativa de disposición sobre normas y posiciones. Esto es suficiente para diferenciar la competencia de los meros permisos (1968, 131)¹², pero no para solucionar el decisivo problema de la delimitación. Este problema resulta de la posibilidad de cambiar la posición jurídica a través de actos que no pueden ser adecuadamente descritos como ejercicios de competencia. El principal ejemplo es aquel que fue denominado por H. KELSEN como «capacidad delictual» («*Deliktsfähigkeit*»)¹³. Esta expresión designa la capacidad de cambiar una posición jurídica a través de un acto no permitido o de un delito. Si *a* comete un acto no permitido con respecto a *b*, cambia ambas posiciones jurídicas. *a* responde desde este momento por el daño, y *b* tiene una pretensión de indemnización del daño correspondiente. En el derecho penal con el acaecimiento del delito ocurre un cambio fundamental en la relación jurídica entre el autor del delito y el fiscal. En la literatura reciente han sido también mencionados ejemplos de otras áreas diversas a aquéllas del derecho de daños y del derecho penal. J. RAZ debate el caso de un cambio de «*application of various tax laws and one's entitlement to various social services*» a través del cambio de «*one's place of permanent residence from one town to another*»¹⁴. N. MACCORMICK presenta el caso de una persona que comienza a producir bienes de consumo y con ello es sometida a un especial «*duty of care*»¹⁵. Todos estos casos tienen en común con el ejercicio de competencia, que la posición jurídica es cambiada por un acto. No obstante existe una diferencia fundamental entre, por una parte, actos no permitidos, delitos, cambios de domicilio y el establecimiento de la producción de bienes de consumo, y por la otra, los contratos y la expedición de leyes, como casos paradigmáticos del ejercicio de competencia. La pregunta es, dónde se encuentra esa diferencia. Tres respuestas deben ser examinadas en relación a este punto.

1.4.1. Declaración (enunciation) e invocación (invocation)

Esta primera respuesta se encuentra en la tercera diferencia específica, según la cual el cambio de la posición es producido «*through and in accordance with enunciations to this effect*» (1968, 130). Esta formulación expresa el carácter declarativo o de declaratividad de la competencia. Lo que debe ser entendido conforme a esta tercera

¹² Comp. SPAAK (p. 6), 80 y ss.; ALEXY (p. 4), 212 y ss.

¹³ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, 150 y ss.

¹⁴ RAZ, *Practical Reason and Norms*, 1975, 102.

¹⁵ MACCORMICK, H. L. A. HART, 1981, 74 y ss.

diferencia específica, se aclara al interpretar la citada formulación rossiana en su contexto. Dicho contexto es definido mediante la primera diferencia específica, la cual dice que las competencias se fundan en normas o reglas jurídicas. Esto significa que la declaración por sí misma no provoca los efectos jurídicos. Ella produce éstos porque existen reglas que producen los efectos jurídicos según la declaración. KELSEN describe esto como la transformación por el ordenamiento jurídico del sentido subjetivo de un acto en un sentido objetivo¹⁶. Para la definición del concepto de competencia, ROSS no usa en *On Law and Justice* la palabra «*enunciation*», sino la expresión «*dispositive declaration*»¹⁷. En lo que concierne a disposiciones privadas, el concepto de disposición es definido así:

It is pronouncement which as a rule —unless there exist particular grounds for invalidity— produces autonomous legal effects, that is, legal effects which the disponent desires to produce (1958, 222 ff.).

El concepto de voluntad (*desire*) desempeña un papel importante en esta definición. Pero la voluntad es un concepto psicológico. Esto conduce a preguntar si ROSS en *Directives and Norms* ha cambiado su terminología con el objeto de expresar un cambio en el objeto, es decir, un cambio de una comprensión psicológica del ejercicio de la competencia a una comprensión lingüística del mismo. No obstante, éste no es el caso. Tanto en *Directives and Norms* como en *On Law and Justice*, ROSS describe la competencia como un «*special case of power*» (1958, 166; 1968, 130), y en ambos casos define lo que es designado con «*power*» con ayuda del concepto de los efectos jurídicos deseados (*desired*):

Power exists when a person is able to bring about, through his acts (1958, 166: to cause certain) desired legal effects (1968, 130).

Debido a que la competencia debe ser un caso especial de poder jurídico (*power*), la cláusula de voluntad (*desire-Klausel*) es, en esta definición, aplicable también a la competencia¹⁸. No hay evidencia alguna que permita afirmar, que un cambio tuvo lugar en este punto.

Como se ha expuesto hasta ahora, la declaración como tal no basta para generar los efectos jurídicos. El acto de habla debe su fuerza a las reglas, sobre las cuales se basa. Ésta es la dimensión objetiva de la competencia. La cláusula de voluntad añade a ella un plano subjetivo. Las competencias son ejercidas regularmente¹⁹, porque el efecto

¹⁶ KELSEN (p. 13), 152: «*Indem die Rechtsordnung durch generelle Norm Individuen ermächtigt, Verträge zu schließen, erhebt sie den subjektiven Sinn des rechtsgeschäftlichen Aktes zu einem objektiven*».

¹⁷ ROSS, *On Law and Justice*, 1958, 166. En adelante será citado este libro —como *Directives and Norms*— a través del año de impresión y del número de página.

¹⁸ Quizás ROSS sustituyó «*dispositive declaration*» por «*enunciation*» para evitar el peligro de una contradicción. El peligro de una contradicción surge, porque por una parte la competencia es definida como «*power of disposition [...] exercised by a dispositive declaration*» (1958, 166), mientras por otra parte el concepto de disposición es especialmente utilizado para referirse a disposiciones privadas (1958, 204, 216). Si el concepto de disposición hubiese sido reservado únicamente para referirse a disposiciones privadas, hubiese sido descartada la posibilidad de competencias públicas. La existencia de dichas competencias es sin embargo un elemento decisivo de la teoría de la competencia de ROSS. Este problema es solucionado a través del uso de «*enunciation*» (1968, 130) como una expresión general para la descripción tanto del «*public legal act*» como de la «*private disposition*» (1958, 217).

¹⁹ A veces las intenciones no son intenciones actuales sino «*justifiably imputed intentions*»; comp. MAC-CORMICK (p. 15), 74.

jurídico es querido y pretendido. Así, la tercera diferencia específica de ROSS está caracterizada por la relación entre regla e intención en el acto de habla. Esto coincide con la definición de invocación (*Anrufungs- oder Invokationsdefinition*) de la competencia de N. MACCORMICK. Según esta definición es la competencia —MACCORMICK emplea la expresión «*power*»—

*conferred by a rule when the rule contains a condition which is satisfied only by an act performed with the (actual or imputed) intention of invoking the rule*²⁰.

La declaración o enunciación de ROSS debe ser interpretada como un acto de habla que es efectuado con dos intenciones, las cuales son necesarias para la invocación de una regla, según MACCORMICK. La primera consiste en que los efectos jurídicos (actuales o por ella incorporados) sean queridos. La segunda intención consiste en que los destinatarios del acto de habla reconozcan que el acto es efectuado con la primera intención. El ejercicio de la competencia es, en este sentido, un acto público. El público debe consistir en al menos un destinatario. ROSS expresa la necesidad de esta segunda intención no de manera explícita. Ella está de manera implícita en su formulación «*though and in accordance with enunciations to this effect*» (1968, 130). Declarar significa aquí hablar a un público que está compuesto al menos, por una persona distinta del autor de la declaración.

Con estos fundamentos puede ser resuelto el problema de la delimitación. La posición jurídica puede ser cambiada de hecho mediante un acto no permitido o un delito. Pero esto no es producido «*though and in accordance with enunciations to this effect*» (1968, 130). Quien mata a un hombre con ciertas intenciones comete homicidio; pero claro estas intenciones no deben ser declaradas para cometerlo. La responsabilidad penal no se funda ni con base ni según cualquiera sea la declaración pública que apunta a ese efecto. Y las intenciones que son exigidas por la definición jurídica de homicidio «*do not include an intention that one's act be recognized as one intended to satisfy the conditions for being "murder"*»²¹.

El criterio de declaración y el de invocación, es decir la declaratividad, sirve no sólo en casos en los cuales se trata de actos no permitidos o delitos. En el caso del cambio de domicilio, aludido por RAZ, nada depende de alguna declaración sobre los efectos jurídicos en el derecho de impuestos o de seguridad social, y tampoco son definidos los cambios de posición jurídica por las intenciones que relacionan a aquél que cambia de domicilio con su cambio²². Lo mismo vale para el caso mencionado por MACCORMICK sobre el establecimiento de la producción de bienes de consumo.

1.4.2. Constitutividad

La segunda respuesta a la pregunta sobre cómo pueden ser diferenciados los ejercicios de competencia de otros cambios en la posición jurídica, en especial de aquéllos que son producidos por actos ilegales, se relaciona estrechamente con la primera. Ella es formulada por ROSS así:

²⁰ MACCORMICK (p. 15), 74.

²¹ *Ibid.*

²² SPAAK (p. 6), 125.

Those enunciations in which competence is exercised are called actes juridiques, or acts-in-the-law, or, in private law, dispositive declarations. Examples are: a promise, a will, a judgment, an administrative licence, a statute. An act-in-the-law is, like a move in chess, a human act which nobody can perform as an exercise of his natural faculties. Norms of competence are, like the rules of games, constitutive (1968, 130 ff.).

Actos que sólo son concebibles como actos constituidos por reglas, pueden ser llamados «actos institucionales» («*institutionelle Handlungen*»). El concepto de actos institucionales ofrece un criterio útil para distinguir los ejercicios de competencia de otros cambios en la posición jurídica; de ser posible, con la suficiente claridad con la cual este concepto permite distinguir entre reglas constitutivas y regulativas. La distinción propuesta por ROSS es cercana a aquella presentada por J. L. SEARLE²³, quien ha contribuido de manera fundamental a este debate en la filosofía del lenguaje. De acuerdo con ambas dicotomías, la diferencia se encuentra en la relación lógica entre reglas y actos. ROSS emplea como ejemplos, el aparcamiento de un vehículo y el juego de ajedrez. El aparcamiento de un vehículo es «*an activity whose performance is logically independent of any rules governing it*» (1968, 53)²⁴. El aparcamiento de un vehículo es, en este sentido, una actividad natural («*“natural” activity*», 1968, 53). Por el contrario, el juego de ajedrez no es una actividad natural. Sin las reglas de dicho juego, no se pueden entender como movimientos de ajedrez, aquellos movimientos de las figuras de madera en un plano cuadrado. E. BULYGIN ha expresado esto de la siguiente manera: «*They are constitutive because they define patterns of behaviour, which do not exist outside these rules*»²⁵.

J. RAZ ha argumentado contra la distinción entre reglas constitutivas y regulativas que «*all rules are both constitutive and regulative*»²⁶. Si esto fuera cierto, colapsaría tal distinción. Ella no podría ser aplicada para diferenciar los ejercicios de competencia de otros actos, en razón a su carácter institucional.

La crítica de RAZ a la dicotomía entre reglas constitutivas y regulativas se basa en la tesis según la cual, se pueden formular dos distintas descripciones de actos con respecto a cada regla; una que no se refiere a la regla y otra que sí se refiere a ésta. RAZ ofrece los siguientes ejemplos:

- | | |
|---|--|
| 1(a) « <i>Giving £ 50 to Mr Jones</i> » | (b) « <i>Paying income tax</i> » |
| 2(a) « <i>Saying “I promise”</i> » | (b) « <i>Promising</i> » ²⁷ . |

Quiero añadir un tercer par de descripciones de actos:

- | | |
|--|-----------------------------------|
| 3(a) « <i>Killing people with a bomb</i> » | (b) « <i>Committing murder</i> ». |
|--|-----------------------------------|

Las reglas de la promesa son el paradigma de reglas constitutivas. La pregunta debe ser por esto, si 2(a) realmente describe un acto que corresponde a las reglas de

²³ SEARLE, *Speech Acts*, 1969, 33 ss.

²⁴ SEARLE (p. 23), 34, usa casi las mismas palabras: «*Regulative rules regulate a pre-existing activity, an activity whose existence is logically independent of the rules*».

²⁵ BULYGIN (p. 2), 211. Comp. HART, *The Concept of Law*, 2.ª ed., 1994, 32: «*If such rules of this distinctive kind did not exist we should lack some of the most familiar concepts of social life, since these logically presuppose the existence of such rules*».

²⁶ RAZ (p. 14), 109. Comp. también SPAAK (p. 6), 122, 178-179, el cual concuerda en este punto con RAZ.

²⁷ RAZ (p. 14), 108.

manera tal que «*could be given regardless of whether or not there is such a rule*»²⁸. Contra esto puede ser argumentado que la descripción del acto «*Saying "I promise"*» sería la descripción de un acto incomprensible si no existieran las reglas de la promesa. Si las reglas de la promesa no existieran o fuesen completamente desconocidas por todos los participantes de la comunicación, entonces podría tener tan poco sentido para ellos la descripción del acto «*Saying "I promise"*», como la descripción del acto «*Saying "I Tromise"*». Sin presuponer las reglas de la promesa 2(a) no sería un equivalente serio a la proposición 2(b), la cual describe un acto con referencia a las reglas que lo hacen posible. La «pareja» consistiría entonces en la descripción de un acto institucional comprensible y en la descripción de una expresión incomprensible. Algo totalmente diverso ocurre en relación con el caso del asesinato. Aún si fuesen abolidas aquellas reglas que prohíben el homicidio o éstas fuesen olvidadas por todos, todos podrían entender en cualquier caso en qué consiste el acto descrito por 3(a) «*Killing people with a bomb*»²⁹. Aquí surte efecto el «teorema de la pareja» de RAZ (*Raz' «Paartheorem»*), lo que muestra que la regla, a la que se refiere 3(b), es una regla regulativa.

RAZ ha aducido un contraargumento contra una objeción similar en algunos aspectos a la que se acaba de presentar. Según ésta, la expresión «*I promise*» no es ninguna promesa si ella no es hecha con la intención de asumir una obligación. Por ello debe ser sustituida la descripción del acto 2(a) por la descripción «*saying "I promise", with the intention of creating a voluntary obligation*»³⁰. Esto presupone la existencia de las reglas de la promesa. La respuesta de RAZ a esta hipotética objeción es:

*the revised act description does not presuppose the existence of the rule about promising, it merely presupposes the agent's belief that there is such a rule*³¹.

No está completamente claro lo que significa la condición en virtud de la cual el agente debe creer en la existencia de las reglas de la promesa. Si aquél que describe el acto debe conocer las reglas que el agente cree que existen; o por el contrario, si es suficiente saber que el agente se refiere a cualesquiera reglas sin saber cuáles son. La segunda alternativa conduce al campo de la objeción presentada más arriba, según la cual 2(a) describe algo incomprensible y, en este sentido, absurdo si las reglas de la promesa no son presupuestas. La cláusula «*with the intention of creating a voluntary obligation*» en la descripción revisada, muestra que la persona, cuyo acto es descrito, conoce las reglas de la promesa. Bajo esta condición dicha nueva descripción expresa un acto completamente comprensible y como tal, en este sentido, claramente inteligible; sin embargo, la comprensibilidad cobra un precio demasiado alto al argumento de RAZ: la descripción presupone una regla. Que la regla presupuesta no deba de hecho existir, es decir —en la terminología utilizada por RAZ— que la regla presupuesta no deba ser justificada, practicada o promulgada³², no tiene ninguna importancia decisiva. Si las reglas de la promesa no valen, entonces aquél que promete, con base en la creencia de que dichas reglas si valen, en realidad intenta prometer. Es imposible describir un intento tal sin que

²⁸ RAZ (p. 14), 109.

²⁹ 3(a) estaría entonces ligada, mediante el elemento constitutivo del supuesto de hecho «medios que constituyen un peligro público» del numeral segundo del § 211 del Código Penal Alemán (StBG), no sólo al concepto de homicidio sino también al hecho mismo del homicidio.

³⁰ RAZ (p. 14), 109.

³¹ *Ibid.*

³² RAZ (p. 14), 80.

se presupongan las reglas —en este caso no válidas— de la promesa. La revisión de la descripción del acto tiene por tanto como consecuencia que tanto 2(a) como 2(b) presupongan reglas. Éste es un criterio claro que muestra la razón por la cual estas reglas son reglas constitutivas. Se encuentra en RAZ una formulación cercana. RAZ dice que a veces una regla «*regulates only actions done with an intention of invoking the rule*»³³. Dicha formulación es similar a la tesis de la invocación de MACCORMICK discutida anteriormente. Un acto que invoca una regla, no puede ser descrito sin referencia a la misma.

Es cierta, después de todo, la tesis de ROSS según la cual las normas de competencia son reglas constitutivas; lo que implica que los ejercicios de competencia son actos institucionales. Este criterio está íntimamente relacionado con aquel de la declaración y la invocación. Dicho criterio es él mismo una interpretación de lo que se entiende por declaración e invocación.

1.4.3. Autonomía

Una tercera respuesta a la pregunta acerca de cómo se pueden diferenciar los ejercicios de competencia de otros cambios en la posición jurídica, fue dada por J. RAZ. Según RAZ, la diferencia no se encuentra en las características intrínsecas de los actos de ejercicio de la competencia, ni en las características de la clase de las normas de competencia, sino en los fundamentos para el reconocimiento de competencias. Un acto debe ser considerado un ejercicio de competencia, cuando el fundamento para reconocer la posición cambiada consiste en «*that it is desirable to enable people to affect norms and their application in such a way if they desire to do so for this purpose*»³⁴. Este criterio no compite con los dos criterios anteriormente discutidos. Éste más bien los complementa³⁵.

Algo similar a este criterio se encuentra en ROSS³⁶. Él describe los fundamentos de la competencia privada en estos términos:

The social function of private autonomy is to enable the individual to shape his own legal relationships, in accordance with his own interests, within the framework of the legal order (1969, 132).

Esto corresponde al criterio de RAZ de la deseabilidad (*Erwünschtheit*), el cual permite al particular influir en la posición jurídica tanto como quiera. En el derecho público las cosas ocurren de otra forma. La opinión de ROSS es contundente en este punto. No es conveniente que los poderes públicos actúen como quieran. Ellos deben actuar en función del interés público:

the competence bestowed upon the competent person for the protection not of his own interests but of the interests of a community (1958, 203).

Esto muestra que la autonomía privada no es el fundamento único y fundamental de la competencia. La autonomía pública es el segundo³⁷.

³³ RAZ (p. 14), 110.

³⁴ RAZ (p. 14), 102.

³⁵ Comp. SPAAK (p. 6), 124.

³⁶ Comp. también HART (p. 25), 34, el cual habla de «*desirable social activities*».

³⁷ Comp. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4.^a ed., 1994, 161; ALEXY, «Grundrechte und Demokratie in Jürgen Habermas' prozeduralem Rechtsparadigma», en BEHREND y DREIER (eds.), *Gerechtigkeit und Geschichte*, Beiträge eines Symposiums zum 65. Geburtstag von Malte Diefelhorst, 1996, 78.

De esta forma han sido presentadas las características principales del concepto de competencia de ROSS. Naturalmente permanecen abiertas numerosas preguntas. Éstas se refieren por ejemplo, a la clasificación rossiana de las competencias en personales, procedurales y sustanciales (1968, 130); su diferenciación, recientemente nombrada, entre competencias privadas y públicas (1958, 202 ff., 217 ff.; 1968, 132 ff.); la relación entre el concepto de competencia y el de invalidez (1968, 131); la construcción rossiana de los derechos fundamentales (1968, 134); el concepto de poder o poder jurídico («*power*»), el cual, como ya se mencionó, ROSS considera como más general y contrapuesto a la noción de competencia (1958, 166; 1968, 41, 130); y la pregunta acerca de cómo las normas de competencia, que constituyen la más alta autoridad de un sistema jurídico, pueden como tal ser cambiadas³⁸. La investigación sobre todos estos temas profundizaría y enriquecería seguramente el modelo del concepto rossiano de competencia. Esta investigación sin embargo no es necesaria para comprender su naturaleza. Su naturaleza puede ser comprendida con ayuda de los conceptos de posibilidad, normatividad, dispositividad y declaratividad. Los conceptos de constitutividad y de autonomía constituyen algo así como el fondo teórico. RAZ describe el análisis del concepto de competencia de ROSS como «*on the whole unsuccessful*»³⁹. Nuestra reconstrucción muestra la verdad de lo contrario.

2. EL PROBLEMA DE LA REDUCCIÓN

El problema de la reducción tiene dos aspectos. El primero de ellos se refiere a la pregunta acerca de si el concepto de competencia puede ser reducido a otros conceptos. El segundo aspecto se refiere a la pregunta acerca de si las normas de competencia pueden ser reducidas a otras normas, en especial a las obligatorias. Ambas cuestiones están estrechamente relacionadas. Ellas sin embargo deben ser tratadas de manera separada, porque no se puede descartar que a ellas correspondan respuestas distintas entre sí.

2.1. El teorema de la reducción de ROSS

La parte más interesante de la teoría de la competencia de ROSS es su tesis según la cual, el concepto de competencia puede ser reducido al concepto de obligación. Esta tesis se inserta en una más amplia, por la cual se entiende:

that «obligation» is the fundamental directive category in which any norm may be expressed (1968, 117).

Esta tesis implica que todo concepto normativo puede ser reducido al concepto de obligación. Esta tesis debe ser denominada como teorema de la reducción («*Reduktionstheorem*»). La reducción de todo concepto normativo al concepto de obligación se realiza a través de tres operaciones, que pueden denominarse como «negación» (*Negierung*), «relativización» (*Relativisierung*) y «potencialización» (*Potentialisierung*).

³⁸ Comp. ROSS, «On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law», *Mind*, 78 (1969), 1.

³⁹ RAZ (p. 14), 185.

Sólo el primero de estos términos fue usado expresamente por ROSS. Los otros dos serán empleados aquí para hacer explícito lo que está de manera implícita contenido en su teoría. Antes de proceder a la descripción de las tres operaciones, es recomendable echar un vistazo al punto arquimédico del sistema: el concepto de obligación.

2.1.1. Obligación

ROSS es completamente consciente del hecho de que un número considerable de expresiones normativas se emplean en discursos jurídicos, morales y otros discursos de tipo normativo (1968, 116 ff.). Él caracteriza su enfoque como una «estilización» (1968, 125, comp. también 117) o formalización (1968, 120 ff.) del lenguaje normativo. La formalización se realiza con ayuda del conocido operador deóntico «O»:

«O(p)» means then, the directive which directs that the subject is under an obligation (or is commanded, is advised) to behave in such a way that p becomes true (1968, 155).

La equiparación de «*is under an obligation*» e «*is commanded*» realizada en este enunciado, indica que ROSS relaciona el concepto de obligación (*obligation*) con el mandato de hacer algo, y no con la prohibición, es decir con la obligación o el mandato de abstenerse de hacer algo; lo que sería en todo caso posible de acuerdo con el sentido de la palabra obligación. Esto es perfectamente claro, debido al hecho de que ROSS equipara la obligación de realizar el comportamiento C («*obligation C*») con el «*command*» de hacer C, que es entendido aquí como la denominación de una modalidad deóntica: «*command C = def. obligation C*», y en consecuencia: «*prohibition C = def. obligation not-C*» (1968, 127). En vez de «obligación» (*Verpflichtung*) debe hablarse por esto en lo sucesivo más bien de «mandato» (*Gebot*). Ambas expresiones son representadas por el operador deóntico «O».

Sin embargo, no podemos estar completamente seguros acerca del hecho de que la intención de ROSS sea la de separar completamente el concepto de obligación, el cual emplea en su teorema de la reducción, de aquello que él denomina como «*existential basis of norms*», es decir el «*feeling of validity and obligation*» (1968, 117). El argumento de ROSS según el cual las expresiones deónticas fundamentales, que la estilización del lenguaje normativo hace posible, reflejan («*mirror*») el sentimiento de validez y obligación, parece hablar en contra de una separación del concepto de obligación del concepto de validez. Por otra parte sin embargo, ROSS subraya que el concepto de obligación estilizado o formalizado debe ser entendido como:

the directive operator of a norm, that is, for the element which indicates that the action-idea, described by the determination of the subject, situation and theme, is presented as a pattern of behaviour («*so it ought to be*») (1968, 117).

Esto es una prueba acerca de la ubicación de la obligación estilizada o formalizada en el nivel de las directivas, es decir, en el nivel semántico. El hecho de que ROSS ponga de relieve que su concepción estilizada de obligación pueda ser interpretada de manera diversa en:

legal, conventional, and autonomous moral contexts [...] according to the different ways in which norms are felt as valid (1968, 117),

confirma esta apreciación. Finalmente, hay también un argumento sustancial a favor de separar el concepto de obligación del concepto de validez. El teorema de la reducción no depende de ninguna forma del concepto de validez. Nuestra reconstrucción trabajará por estas razones con un concepto de obligación o de mandato separado o libre del concepto de validez, el cual es expresado a través del operador deóntico «O».

ROSS describe de tres maneras diversas el estatus del concepto de obligación: como un operador (1968, 117), como una modalidad (1968, 118, 134) y como una categoría (1968, 117). Todas estas tres caracterizaciones son correctas. El concepto de operador expresa el rol de la obligación como elemento de la norma (1968, 117); el concepto de modalidad hace hincapié en la integración del concepto de obligación en un sistema de modalidades y el concepto de categoría acertadamente indica el carácter fundamental del concepto de obligación.

Según ROSS, el concepto de obligación o de mandato es no sólo un concepto fundamental, sino además la única categoría normativa que no es posible reducir (*«the single and irreducible normative category»*, 1968, 118). La tesis de la fundamentalidad es verdadera, si es posible la reducción de todos los otros conceptos normativos al concepto de obligación o mandato. La tesis de la singularidad es verdadera, si no existe ningún otro candidato al cual el teorema de la reducción le sea aplicable. A continuación deben ser consideradas sólo alternativas relativamente triviales, como son el concepto de prohibición y el de permiso. Una alternativa que está lejos de ser trivial, es el concepto de competencia propiamente dicho. S. L. PAULSON⁴⁰ ha resaltado que elementos de esta alternativa se encuentran en KELSEN⁴¹. Si tal teorema, opuesto al teorema de la reducción, fuese verdadero, la suposición de singularidad e irreductibilidad de ROSS debería ser abandonada. No obstante, su tesis de la fundamentalidad sobreviviría y no perdería su importancia. Lo contrario ocurriría si existiese más de un único concepto fundamental al cual el teorema de la reducción le fuera aplicable de una manera no trivial. En este caso serían posibles descripciones de sistemas jurídicos, las cuales describirían a la vez lo mismo y no lo mismo. Debido a que la posibilidad de un teorema opuesto al de reducción no es el punto central que trata A. ROSS, tal posibilidad no puede ser discutida aquí.

Si el teorema opuesto al de la reducción fuese correcto, la suposición de la irreductibilidad no sería sin embargo falsa. En este caso, la modalidad de la obligación o del mandato sería reducible a otras modalidades normativas. Esto puede ser denominado como el problema interno de la irreductibilidad. El problema de la irreductibilidad externa se refiere a la pregunta acerca de si la modalidad de la obligación puede ser reducida a otros conceptos que no tienen sin embargo el carácter de conceptos normativos, como por ejemplo los conceptos de sentimiento, poder y regularidad. Existen buenos argumentos que permiten sostener la imposibilidad de una tal reducción externa, pero tales argumentos no pueden ser tampoco investigados aquí. Nos limitaremos a la reductibilidad dentro de la familia de los conceptos normativos.

⁴⁰ PAULSON, «An Empowerment Theory of Legal Norms», *Ratio Juris*, 1 (1988), 58, 67 y ss.

⁴¹ KELSEN (p. 13), 80 y ss.

2.1.2. Negación

El primer paso de la reducción es realizado con ayuda de la negación (*Negierung* oder *Negation*). Esta operación es muy simple. Consiste en la definición de la prohibición de p (Fp) a través de la obligación de no hacer p , es decir, mediante el mandato de no- p ($O\neg p$) (1968, 116, 127). Además hace parte de esta operación la definición del permiso de p (Pp) mediante la negación del mandato de no- p ($\neg O\neg p$). Por último, dicha operación incluye también la definición del permiso de no- p ($P\neg p$) a través de la negación del mandato de p ($\neg Op$) (1968, 128). Nada de esto es nuevo y todo ha sido descrito con ayuda del cuadrado de oposiciones deónticas (*deontisches Quadrat*)⁴².

La reducción de la prohibición y del permiso al mandato, mediante la negación interna y externa es una reducción en sentido estricto. Es una «*logical transformation(s)... without change of meaning*» (1968, 120). La mutua definibilidad conduce sin embargo a un problema. Si el mandato, la prohibición y el permiso son modalidades sin excepción mutuamente definibles, surge la pregunta acerca de si una de éstas puede ser la única modalidad fundamental e irreducible; y si esta pregunta puede ser respondida de manera afirmativa, es necesario preguntar entonces, cuál de estas modalidades sería dicha modalidad. La respuesta de ROSS se encuentra en el siguiente enunciado:

If there were no negative norms of permission, norms, that is, which state what is not permitted or what the agent is under an obligation not to do, then there would be no normative meaning whatsoever (1968, 120).

Este enunciado aborda tres puntos importantes. El primero de ellos se refiere al hecho de que para ROSS es de poca importancia, en relación al problema de la reducción, el carácter fundamental de la modalidad del mandato o de la prohibición. Parece ser que todo lo que cuenta para él, es que no se encuentre negación alguna que sea anterior al operador deóntico que expresa la obligación; es decir que, según la terminología utilizada por él, lo que cuenta es que no se presente negación externa alguna al operador deóntico (1968, 150 ff.). El segundo punto hace referencia al hecho de que para ROSS, desde un punto de vista técnico e incluso frente a la alternativa, es indiferente definir las normas de prohibición como «normas negativas de permiso» («*negative norms of permission*», 1968, 120); en otras palabras, para ROSS es indiferente definir prohibición como permiso negativo externo. Esto conduce al tercer punto. ROSS dice que la modalidad de la obligación o del mandato no es fundamental en un sentido lógico sino en un sentido sistemático. La fundamentalidad sistemática se basa en el hecho de que un sistema que esté compuesto sólo por permisos no es ningún sistema jurídico, salvo que se use la expresión en un sentido abiertamente extraño. El contenido normativo de un tal estado de naturaleza hobbesiano perfecto, sería aquel en el cual ningún contenido normativo existiese. Desde un punto de vista lógico, las tres modalidades normativas, es decir, aquéllas del mandato, de la prohibición y del permiso, son igualmente fundamentales, en la medida en que son recíprocamente reducibles. Desde el punto de vista sistemático son fundamentales por el contrario tan sólo el mandato y la prohibición. De estas dos modalidades, el mandato tiene un estatus especial que no se basa en la

⁴² ALEXY (p. 4), 184.

lógica, sino en el hecho de que no existe otra alternativa más que el operador deóntico (O) junto con la expresión «mandado no» («*gesollt nicht*» $O\rightarrow$), para expresar fácil y naturalmente tanto el mandato como la prohibición. Esto es una especie de fundamentalidad estética. Por esto, no son sólo los fundamentos sistemáticos y los lógicos los que hacen que el mandato sea la verdadera modalidad fundamental deóntica; son los fundamentos sistemáticos junto con los estéticos los que hacen que esta modalidad sea la modalidad por medio de la cual a través de la negación interna y externa, las demás modalidades deónticas pueden ser creadas. La tesis de ROSS acerca de la fundamentalidad de la obligación en la forma del mandato es por esto verdadera, aún cuando requiera ser todavía más refinada.

2.1.3. *Relativización*

El siguiente paso consiste en la reducción del concepto de derecho subjetivo⁴³ al concepto de obligación. ROSS apoya su reducción sobre la idea de HOHFELD en virtud de la cual los derechos o pretensiones son sinónimos correlativos de las obligaciones o deberes⁴⁴. *a* tiene un derecho en relación con *b* a *G* si y solo si *b* tiene un deber respecto a *a* en relación a *G*. Lo anterior puede ser expresado a través de la equivalencia

$$RabG \leftrightarrow ObaG$$

«*R*» significa una relación de derecho triádica (*dreistellige Rechte-Relation*)⁴⁵. La equivalencia de «*RabG*» y «*ObaG*» resulta del hecho de que ambas relaciones, con respecto a *a* y *b*, son relaciones conversas⁴⁶. Esto significa que de la misma forma, «*O*» en «*ObaG*» debe entenderse como una relación. ROSS subraya con razón, que para su teorema de la reducción es necesaria la correlatividad en forma de sinonimia, sobre la cual se basa el carácter converso de ambas relaciones (1968, 119). Sin embargo, él se preocupa poco del paso del concepto de obligación (*Begriff der Verpflichtung*) a la relación de obligación (*Relation der Verpflichtung*), el cual es necesario para la correlatividad. Él dice sencillamente:

an obligation is normally a relation between two persons, that is, A's obligation is normally an obligation to another person B (1968, 118).

Esta observación acerca de lo que «normalmente» es el caso, es correcta en relación con el derecho privado, pero no en relación con el derecho público. ROSS mismo sostiene:

⁴³ La expresión «derecho subjetivo» («*subjektives Recht*») utilizada en estricto sentido es equivalente a la expresión «derecho a algo» («*Recht auf etwas*») o «pretensión» («*Anspruch*») (comp. BENTHAM, *Of laws in General*, Aut. HART (ed.), 1970, 57 y ss., el cual habla de un «*right to services*»), usada en un sentido amplio, esta expresión incluye tanto derechos a algo (*Rechte auf etwas*), como libertades (*Freiheiten*) y competencias (*Kompetenzen*) [comp. ALEXY (pp. 4), 171 y ss.], y empleada en un sentido específico se refiere a posiciones jurídicas complejas (*komplexe Rechtspositionen*) como aquella del propietario (*Eigentümer*), las cuales están compuestas por un haz de derechos a algo, libertades y competencias. En este punto, esta expresión es utilizada en estricto sentido.

⁴⁴ HOHFELD, «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied», en *Judicial Reasoning*, en: ders., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, 1923, 36 y ss.

⁴⁵ ALEXY (p. 4), 186.

⁴⁶ ALEXY (p. 4), 190.

It follows that those obligations which are upheld solely by public prosecution under the threat of penalty are absolute, that is, no claim corresponds to them with regard either to the party whose interests have been injured, or to the state (1968, 128).

Tales obligaciones objetivas o como ROSS mismo las llama «absolutas» pueden ser formalizadas mediante

Op

Para pasar de «*Op*» a «*OabG*» debe ser relativizado el operador deóntico y con ello también la modalidad del mandato o de la obligación. La relativización del deber ser (*Sollen*) hace que se pase del sistema de obligaciones objetivas a aquél de las subjetivas. Tan pronto como sea realizada esta operación, salvo aquellas relaciones que conciernen a la competencia, toda relación descrita por HOHFELD puede ser fácilmente creada mediante la introducción de relaciones conversas y sus negaciones⁴⁷. ROSS no hace explícita la necesidad de la operación de la relativización, pero ella está implícitamente contenida en lo que él dice.

De manera diversa a la negación, la operación de la relativización no es simétrica. «*OabG*» implica «*OG*», pero «*OG*» no implica «*OabG*»⁴⁸. Esto deja claro que el concepto de reducción no es idéntico al concepto de equivalencia lógica. «*OabG*» tiene el mismo contenido normativo que «*OG*», pero algo ha sido añadido a esta primera expresión: la relativización del contenido.

2.1.4. *Potencialización*

El tercer paso consiste en la reducción de la modalidad de la competencia a la modalidad de la obligación en la forma del mandato. Según ROSS, las competencias son reducibles a obligaciones en razón a que:

Norms of competence are logically reducible to norms of conduct in this way: norms of competence make it obligatory to act according to the norms of conduct which have been created according to the procedure laid down in them (1968, 118).

A primera vista este argumento no permite sostener la reductibilidad de la modalidad de la competencia, sino afirmar la reductibilidad de las normas de competencia. Sin embargo, dicho argumento se refiere de manera indirecta a la reductibilidad de dicha modalidad.

Las normas de conducta («*norms of conduct*») se caracterizan por expresar directamente obligaciones. ROSS diferencia entre dos formas de normas de conducta: primarias y secundarias. Las normas primarias son «*addressed to the citizens stating their obligations*»; las normas secundarias son «*addressed to judges, directing them to decide certain cases in certain ways*» (1968, 92). ROSS resalta sin duda al mismo tiempo que «*(f)rom a logical point of view... there exists only one set of rules, namely, the so called "secondary" rules*». El fundamento de ello radica en que las normas primarias se encuentran de manera implícita en las normas secundarias, «*whereas the converse*

⁴⁷ ALEXY (p. 4), 192.

⁴⁸ Comp. ALEXY (p. 4), 186 y ss.

does not hold» (1968, 92; comp. 1958, 33). Esta reducción dentro de la categoría de la obligación no es de interés aquí. En este punto nos debemos preguntar más bien, si la competencia puede ser reducida a la obligación, bien en normas primarias o bien en normas secundarias, tal como ROSS las define.

Las normas de comportamiento contienen obligaciones; si no las contuviesen, no serían normas de comportamiento. ROSS dice que «*norms of competence make it obligatory to act according to the norms of conduct which have been created according to the procedure laid down in them*» (1968, 118). ¿Esto significa que dos obligaciones son combinadas, si el procedimiento establecido en las normas de competencia ha sido llevado a cabo? «A» vale por la ejecución del procedimiento de la forma ordenada por el ordenamiento. La estructura fundamental de una norma de competencia reducida puede ser expresada de la siguiente forma, a través de una norma con una doble obligación:

$$(1) A \rightarrow OOp$$

Una alternativa a esta forma es aquella que expresa que la ejecución, de acuerdo con el ordenamiento, del procedimiento fijado en la norma de competencia hace que entre en vigor la norma primaria de conducta. «G» significa validez. La norma de competencia reducida puede ser expresada entonces como se muestra a continuación:

$$(2) A \rightarrow GOp$$

Una pregunta difícil de responder es cómo se comportan (1) y (2) entre sí y cuál de estas formas es la más adecuada. Por fortuna no debe ser respondida esta pregunta para resolver nuestro problema de la reducción. Lo único que importa aquí es que del ejercicio de la competencia (A), de acuerdo con el ordenamiento, resulta una obligación. Dicho ejercicio de la competencia puede ser pensado ya como una obligación, como la satisfacción de una obligación o como la validez de una obligación.

En este contexto puede ser llevado a cabo el paso de la norma de competencia a la modalidad de competencia. Ni $A \rightarrow OOp$, ni $A \rightarrow GOp$ expresan que el concepto de posibilidad es la base del concepto de competencia. Sólo si el titular de una competencia hace uso de ella, las obligaciones son creadas⁴⁹. Por esto, la relación entre el concepto de competencia y el de obligación no se agota a través de las obligaciones que son creadas de hecho con cada ejercicio de competencia. El contenido normativo de una competencia consiste en la clase de las obligaciones que son posibles con base en ella⁵⁰. Por ello, las competencias pueden ser descritas como obligaciones potenciales⁵¹. Ésta es la razón por la cual, la tercera operación de reducción se llama «potencialización» («*Potentialisierung*»).

La relación entre el concepto de competencia y aquel de obligaciones potenciales es tan poco simétrica como aquella que existe entre el mandato relativo y el no relativo (*relativisiertes und nichtrelativisiertes Gebot*). Las competencias implican obliga-

⁴⁹ Comp. SPAAK (p. 6), 93 y ss.

⁵⁰ ALEXY (p. 4), 218.

⁵¹ Esta idea se refiere no sólo a aquellas obligaciones que pueden ser creadas directamente a través de un ejercicio de competencia, sino también a aquellas obligaciones que pueden ser creadas de manera indirecta con base en una competencia y a través de un ejercicio de competencia. Además esta idea se refiere no sólo a mandatos simples (*einfache Gebote*), sino a todas las modalidades normativas.

ciones potenciales, pero las obligaciones potenciales no implican ninguna competencia. La razón de esto es simple. Las obligaciones pueden ser creadas no sólo a partir de ejercicios de competencia, sino a partir de otros actos como los actos dañosos, los delitos o los cambios de domicilio. Esto pone de relieve que a través de la operación de la potencialización no todo el contenido del concepto de competencia puede ser reducido al concepto de obligación. El análisis de la cláusula «*through and in accordance with enunciations to this effect*» (1968, 130) en la definición de ROSS mostró que la esencia de la competencia, consiste en proveer un instrumento jurídico para el ejercicio de la autonomía pública y privada. Esto no se encuentra contenido en el concepto de obligación potencial. De otro lado, como en el caso del legislador público, debe existir la posibilidad de la obligación, cuando con base en la titularidad de la competencia, el ciudadano debe ser un legislador privado («*private legislator*») ⁵², tal como fue descrito por HART ⁵³. Esto está contenido en la tercera operación de la reducción.

Resumiendo, puede decirse que no sólo se confirma como profunda y fructífera la definición de competencia de ROSS, sino que su teorema de la reducción es en esencia verdadero. La definición y el teorema se complementan de manera recíproca. El teorema de la reducción expresa la dimensión normativa de la competencia. La definición permite reconocer que la competencia jurídica, en tanto que basada en la normatividad y la normatividad que le sirve de base, encuentran su verdadera naturaleza en algo que es aún más grande: en la autonomía.

2.2. ¿Continuidad o discontinuidad?

Más atrás se dijo que aunque exista relación entre ambas preguntas, la reducción de la modalidad de la competencia a la modalidad de la obligación debe ser diferenciada de la reducción de las normas de competencia a las normas que imponen obligaciones. Algunos aspectos de esta relación han sido ya tratados. Aquí se echará un vistazo final al problema de la reducción desde la perspectiva de las normas, con ocasión de la tesis de la discontinuidad de BULYGIN. Según BULYGIN, ROSS ha cambiado su posición de manera radical entre 1958 y 1968. En *On Law and Justice*, ROSS ha defendido una perspectiva reduccionista, según la cual las normas de competencia son reducibles a normas que imponen obligaciones ⁵⁴; mientras que, en *Directives and Norms*, ROSS ha debido supuestamente cambiar a una posición no reduccionista al interpretar las normas de competencia como reglas constitutivas ⁵⁵. Mi tesis es que la tesis de BULYGIN plantea un cambio demasiado radical. Hay una mayor continuidad en ROSS que aquella que supone la tesis de BULYGIN. La continuidad se hace evidente cuando se comparan los enunciados a través de los cuales ROSS expresa su tesis acerca de la reductibilidad de las normas de competencia a normas de comportamiento en 1958 y 1968. La formulación de *Directives and Norms* ha sido ya citada. ROSS dice que

⁵² HART (p. 25), 41.

⁵³ HART (p. 25), 33, lo expresa también al describir las normas de competencia como «*recipes for creating duties*».

⁵⁴ BULYGIN (p. 2), 201, 208.

⁵⁵ *Ibid.*

las normas de competencia son lógicamente reducibles («*logically reducible*») a normas de comportamiento, porque las normas de competencia hacen obligatorio («*make it obligatory*», 1968, 118) comportarse según dichas normas, las cuales han surgido conforme al ordenamiento según las normas de competencia. En *On Law and Justice* fue planteada la tesis de la reducción de esta forma:

The second group contains those which create a competence (power, authority) - they are directives to the effect that norms which come into existence in conformity with a declared mode of procedure shall be regarded as norms of conduct (1958, 32).

La diferencia concierne tan sólo a la formulación. En 1968 las normas de competencia son caracterizadas como normas que hacen obligatorio actuar de acuerdo con las normas de comportamiento («*make it obligatory to act according to [...] norms of conduct*», 1968, 118); mientras que en 1958, las normas de competencia son denominadas directivas, que a su vez provocan que las normas deban ser consideradas como normas de comportamiento («*directives to the effect that norms [...] shall be regarded as norms of conduct*», 1958, 32). Una directiva que cause que determinadas normas deban ser consideradas como normas de comportamiento, es lo mismo que una norma que imponga la obligación de comportarse según esas normas. Lo anterior significa que no existe cambio alguno en la tesis de ROSS, es decir, que el contenido normativo de las normas de competencia puede ser reducido a las normas de comportamiento.

Existen dos formas de reducir las normas de competencia a normas de comportamiento, una primitiva y otra sutil. La versión primitiva clasifica las condiciones del ejercicio de competencia de acuerdo al ordenamiento, como elementos constitutivos complementarios del supuesto de hecho de las normas de conducta. De esta forma, las normas de competencia son reducidas a fragmentos de las normas de comportamiento⁵⁶. Esto se puede denominar como la «teoría de la fragmentación» («*Fragmenttheorie*»). ROSS defiende en los enunciados citados arriba una perspectiva mucho más sutil. Según ésta, el modo correcto de reducción de las normas de competencia a normas de comportamiento se basa en el hecho de que las normas de comportamiento tienen el estatus de metarreglas (*Metaregeln*). Las normas de competencia son normas de comportamiento sobre la formación, de acuerdo al ordenamiento, de estas últimas. Esto se puede denominar como la «teoría de las metarreglas» («*Metaregeltheorie*»).

La teoría de las metarreglas coincide con aquello que no es reducible, lo cual está incluido en el concepto de expedición o creación de normas de acuerdo al ordenamiento. La expedición de normas es un acto institucional. Como se indicó anteriormente, los actos institucionales presuponen reglas constitutivas. Las reglas constitutivas no son reducibles al mismo nivel que las reglas regulativas. En este sentido tiene razón BULYGIN. ROSS ha introducido un elemento importante de irreducibilidad al diferenciar entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Esto comprende tanto la autonomía privada como la autonomía pública, las cuales están ligadas a los actos institucionales del contrato y de la legislación. El contenido normativo de la totalidad puede ser descrito a través de una combinación de un objeto y una metanorma de la obligación. Esta

⁵⁶ Comp. al respecto, HART (p. 25), 35 y ss.

combinación está presente tanto en la definición de competencia de Ross del año 1958 como en la del año 1968. Se puede decir por ello que existe en Ross continuidad no sólo en relación a la reductibilidad, sino también al carácter específico de la competencia. Esto fue completamente explicado en 1968 y está presente también en la esencia de la posición de Ross de 1958.

(Traducción de Gonzalo Villa Rosas)

TODA LA VERDAD Y NADA MÁS QUE LA VERDAD *

Susan Haack **

Universidad de Miami

RESUMEN. «Muchas verdades son pronunciadas, para que más puedan ser ocultadas», escribió el magistrado Darling en 1879. Empezando con una articulación de la distinción entre verdad (el fenómeno o concepto) y las verdades (proposiciones verdaderas particulares), este trabajo está en gran parte dedicado a: 1) desarrollar una explicación del doble significado de «parcialmente verdadero» —«verdad-en-parte» vs. «parte de la verdad»—, y 2) entender las razones, y los peligros, de la tendencia muy común a decir sólo parte de la verdad relevante.

Palabras clave: verdad, verdades, verdad parcial, RAMSEY, laconismo, vaguedad, engaño.

ABSTRACT. «Much truth is spoken, that more may be concealed», wrote Mr. Justice Darling in 1879. Opening with an articulation of the distinction between truth (the phenomenon or concept) and truths (particular true propositions), this paper is largely devoted to: 1) developing an account of the dual meaning of «partially true» —«true-in-part» vs. «part of the truth»—; and 2) understanding the reasons for, and the dangers of, the very common tendency to tell only part of the relevant truth.

Keywords: truth, truths, partial truth, RAMSEY, laconicism, vagueness, deception.

* Fecha de recepción: 2 de abril de 2012. Fecha de aceptación: 7 de mayo de 2012.

Título original: «The Whole Truth and Nothing but the Truth», en *Midwest Studies in Philosophy*, XXXII, 2008.

© S. HAACK, 2008. Todos los derechos reservados. Traducción al español de A. SANTACOLOMA SANTACOLOMA con la asistencia de C. VÁZQUEZ ROJAS.

** S. HAACK, Distinguished Professor in the Humanities, Cooper Senior Scholar en Artes y Ciencias, profesora de filosofía y de derecho de la Universidad de Miami, sbaack@law.miami.edu.

«*Much truth is spoken, that more may be concealed*».

Mr. Justice Darling (1879)¹

La palabra inglesa «*truth*» (como la palabra en castellano, «verdad») es utilizada algunas veces como un nombre abstracto: cuando se usa así, se está haciendo referencia al concepto de verdad o, como algunos prefieren decir, a la propiedad de ser verdadero, o al significado de «*truth*» y sus sinónimos en otros idiomas. También es utilizada para referirse a las cosas abarcadas en la extensión del concepto, es decir, proposiciones verdaderas, creencias verdaderas, afirmaciones verdaderas, teorías verdaderas, etc.² En inglés sólo hay una palabra que hace ambos trabajos; la distinción en los usos sería más evidente si para el primero tuviéramos la palabra «*true-ness*» (cualidad de ser verdadero). Pero hay una indicación gramatical de la diferencia entre los dos usos: el segundo, mas no el primero, acepta un artículo indefinido (como en la oración de apertura de *Pride and Prejudice*: «*It is a truth universally acknowledged that a single man in possession of a good fortune must be in want of a wife*») y la forma plural (por ejemplo, cuando hablamos de «*the truths of arithmetic*») o en la segunda oración de la Declaración de Independencia Americana: «*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal...*»)³. La palabra «*falsehood*» (falsedad) funciona de forma similar, sirviendo también como un sustantivo abstracto que refiere al concepto o a la propiedad de «*falseness*» (cualidad de ser falso) y como un sustantivo común para referir a proposiciones falsas, etc.; y, al igual que «verdad», en el segundo uso, la palabra acepta la forma plural y, aunque es más inusual, el artículo indefinido. «*Falsity*» (falsedad), sin embargo, parece funcionar, salvo en raras excepciones, como un sustantivo abstracto.

Este doble rol de las palabras «*truth*» y «verdad» puede generar problemas. Algunos, confundiendo los dos usos, tratan al sustantivo abstracto «verdad» como si se refiriese a algún tipo de proposición verdadera muy especial e indispensable; y, por ello, hablan con reverencia de la Verdad, usando una «V» mayúscula, como en «la Verdad os hará libres». Otros, considerando perturbadora este tipo de reverencia por «la Verdad», llegaron confusamente a la conclusión equivocada de que es una mera superstición asignar cualquier valor a la verdad o, incluso, que debemos rechazar hablar sobre la verdad. Por ejemplo, P. CHURCHLAND escribe que «la verdad, sea esta lo que sea, definitivamente es lo postrero»⁴; S. HARDING que «la verdad —;sea esta lo que

¹ «Muchas verdades son pronunciadas, para que más puedan ser ocultadas». Ch. J. DARLING, *Scintillae Juris*, 3.^a ed., ampliada, London, Davis and Son, 1879, 73.

² Existe una dualidad similar con la palabra «derecho»: compárese «El derecho es la voluntad del soberano» y «El derecho en Michigan fue modificado en el 2004 respecto a la admisibilidad de las pruebas científicas». *Vid.* la cita 18 más adelante.

³ Respectivamente: «Es una verdad universalmente reconocida que un hombre soltero en posesión de una buena fortuna debe estar en necesidad de una esposa». J. AUSTEN, «*Pride and Prejudice*» (1813), en *The Works of Jane Austen*, London, Spring Books, 1966, 171. Existe traducción al castellano, *Orgullo y Prejuicio*, Madrid, Edaf Narrativa, 2002. «Las verdades de la aritmética». Y: «Nosotros tenemos estas verdades como auto-evidentes: que todos los hombres son creados iguales...».

⁴ P. SMITH CHURCHLAND, «Epistemology in the Age of Neuroscience», *Journal of Philosophy*, 75, núm. 10, 1987, 544-553, 549.

sea!— no os hará libres»⁵; J. HEAL que «la verdad es generalmente concebida como algo bueno», sin embargo este «aparente truismo» es erróneo porque «verdad» no es en absoluto un término evaluativo⁶; S. STICH que «una vez que tengamos una visión clara sobre la cuestión, la mayoría de nosotros no encontraremos ningún valor... en tener creencias verdaderas»⁷, y R. RORTY que él «no encuentra utilidad para nociones como “verdad objetiva”»⁸.

He hecho ya un análisis de estos dos tipos de confusión en otros trabajos⁹; aquí, quiero concentrarme en un tercer tipo de confusión, también provocado por los dos usos de la palabra «truth» (o «verdad»); atribuyéndosele a verdad, entendida como veracidad, propiedades de algunas, pero no todas, las verdades¹⁰. Existe una verdad, una veracidad o un concepto de verdad. Pero hay muchas verdades, es decir, muchas y varias proposiciones, etc., verdaderas. La verdad no depende de lo que nosotros creemos o aceptamos, no es relativa a la cultura, a la comunidad, a una teoría o a un individuo; y no es una cuestión gradual, ni una conglomeración de propiedades que pueden estar total o parcialmente satisfechas. Sin embargo, algunas verdades son tales en virtud de algo que nosotros hacemos; otras en virtud de lo que creemos; y algunas verdades sólo tienen sentido relativizadas a un tiempo, a un lugar o a una cultura. Por otra parte, algunas proposiciones verdaderas son en algún grado vagas, otras son más precisas; algunas son, en una u otra forma, parciales y otras más completas. La verdad, en pocas palabras, es simple; las verdades, en cambio, no lo son. Las verdades vienen en todo tipo de formas y tamaños; y la mayor parte del tiempo transitamos en el casi, en lo aproximado o en lo parcialmente verdadero.

El propósito del primer apartado de este trabajo es articular estos contrastes con mayor cuidado; y, el del segundo es explorar algunas dimensiones epistemológicas, retóricas y prácticas de la verdad parcial.

1. PROBLEMAS CON «VERDAD» Y «VERDADES»

No desconozco que «truth» se usa en inglés (al igual que «verdadero» en castellano) como un nombre singular abstracto no sólo de creencias, teorías, afirmaciones,

⁵ S. HARDING, *Whose Science? Whose Knowledge?*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1991, xi.

⁶ J. HEAL, «The Disinterested Search for Truth», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 88, 1987-1988, 97-108, 97.

⁷ S. P. STICH, *The Fragmentation of Reason: Preface to a Pragmatic Theory of Cognitive Evaluation*, Cambridge, MA, Bradford Books, MIT Press, 1990, 101.

⁸ R. RORTY, *Essays on Heidegger and Others*, Cambridge, England, Cambridge University Press, 1991, 86.

⁹ Vid. S. HAACK, *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*, Oxford, Blackwell, 1993; 2.ª ed., *Evidence and Inquiry: A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, Amherst, NY, Prometheus Books, 2009, capítulos 8 y 9; «Confessions of an Old-Fashioned Pragmatist», *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, 7-30; «Staying for an Answer: The Untidy Process of Groping for Truth», *Times Literary Supplement*, 9 de julio de 1999, 12-14, reimpresso en S. HAACK, *Putting Philosophy to Work: Inquiry and Its Place in Culture*, Amherst, NY, Prometheus Books, 2008, 25-36; «Engaging with the Engaged Inquirer: Response to Mark Migotti», en C. DE WAAL (ed.), *Susan Haack, A Lady of Distinctions*, Amherst, NY, Prometheus Books, 2007, 277-280.

¹⁰ Esto ya estaba implícito en uno de mis trabajos anteriores, «The Unity of Truth and the Plurality of Truths», *Principia* 9.1-2, 2005, 87-110; reimpresso en S. HAACK, *Putting Philosophy to Work*, vid. cita 9, 43-60. El intercambio de algunos correos con S. PETHICK me ayudó a ponerlo explícito.

declaraciones, proposiciones, etc., sino también de personas, imágenes, etc., que no son proposicionales. Hablamos de un «verdadero amigo», una «verdadera semejanza», un «verdadero estudioso», un «verdadero amor»; describimos a la ballena como un «verdadero mamífero» y no como un «verdadero pez»; el título memorable de una película habla inclusive de *True Grit* (literalmente «verdadera persistencia», pero en castellano la película fue intitulada *Valor de Ley*). Estos usos no proposicionales están estrechamente relacionados con los proposicionales, ya que comunican que algo es «real, genuino, verdaderamente (un) F»: verdaderamente un amigo, verdaderamente una semejanza, verdaderamente un mamífero, verdaderamente un estudioso, verdaderamente persistente, etc. En otros usos, «verdadero» no es fácilmente asimilable a la verdad de las proposiciones; por ejemplo, cuando hablamos de «*being true to oneself*» para significar algo como «comportarse acorde con las creencias y el carácter de uno mismo», o cuando describimos a una viga o a una juntura como «*out of true*» (fuera de alineación), queriendo decir que está torcida, inclinada o ladeada. Pero en adelante, me limitaré a usar «verdadero» como un predicado aplicable a proposiciones, afirmaciones, creencias y similares.

Doy por sentado que verdad entendida como «*true-ness*» (ser verdadero), no puede ser identificada con la aceptación de algo como verdadero; pues lo que es aceptado como verdadero puede no ser verdadero y lo que es verdadero puede no ser aceptado como tal. Tampoco puede identificarse verdad con creencia, ni siquiera con creencia justificada; pues lo que se cree, inclusive si la creencia tiene fundamento en pruebas sólidas, puede no ser verdadero y lo que es verdadero puede que no se crea. Tampoco puede identificarse verdad con conocimiento; pues mientras lo que se conoce debe ser verdadero, lo que es verdadero puede no ser conocido. Tampoco se puede identificar verdad con acuerdo; pues si acordamos que *p*, acordamos que es verdadero que *p*, podríamos acordar que *p* cuando no es verdadero que *p* y podríamos no acordar que *p* cuando es verdadero que *p*. Y tampoco se puede identificar verdad con sinceridad o candor, pues aunque una persona sincera esté dispuesta a hablar de lo que ella cree que es verdad, si su creencia es falsa, su afirmación, aunque sincera, será falsa.

También doy por sentado que entre la multiplicidad de teorías filosóficas sobre la verdad, las más plausibles son, en intento o en efecto, generalizaciones de la intuición aristotélica «decir de lo que no es que no es o de lo que es que es, es verdadero»¹¹. Algunas de éstas, diversas variantes de la teoría de la correspondencia, cambiaron aquellos adverbios enfáticos con los que se llegó a decir que *p* es verdadero sólo en el caso de que *realmente, de hecho, p* en las complejidades metafísicas; interpretando la verdad como una relación, estructural o convencional, de proposiciones o afirmaciones con los hechos o con la realidad. Otras, como la teoría semántica de A. TARSKI, la teoría laconicista de F. RAMSEY y las muchas y variadas teorías contemporáneas descendientes de éstas, como las deflacionistas, las minimalistas, las decitacionalistas, las pronunciativas, etc., no exigen tales inversiones ontológicas tan grandes. Pero el mismo TARSKI dudó en la aplicación de su teoría fuera del dominio de los lenguajes reglados y formalizados de la lógica y las matemáticas; «la mera posibilidad de un uso consistente de

¹¹ «*To say of what is not that it is not, or of what is that it is, is true*». ARISTOTLE, *Metaphysics*, trans. W. D. Ross, Book Gamma (IV), 7, 1011b25, en *The Basic Works of Aristotle*, R. MCKEON (ed.), New York, Random House, 1941, 749.

la expresión “enunciado verdadero” que esté en armonía con las leyes de la lógica y el espíritu del lenguaje cotidiano», escribió, «parece ser muy cuestionable»¹². Y ahora que el polvo del «Programa de Davidson» se ha asentado¹³, podemos ver que las reservas de TARSKI eran proféticas. El enfoque más prometedor parece ser algo cercano a la simple afirmación de RAMSEY: «La creencia que p ... es verdadera si y sólo si p ; por ejemplo, la creencia que Smith es o un mentiroso o un tonto es verdadera si Smith es un mentiroso o un tonto y no de otro modo»¹⁴.

Aunque fue ampliamente conocida como «teoría de la redundancia» de la verdad, la teoría de RAMSEY, lacónica como es, no supone que «verdadero» no tenga un genuino rol que jugar; RAMSEY era muy consciente de que mientras «es verdadero que» es eliminable en atribuciones directas de verdad (como cuando decimos que es verdadero que Julio César cruzó el Rubicón), tiene un rol sustancial en las atribuciones indirectas de verdad (por ejemplo cuando decimos que PLATÓN dijo algunas cosas verdaderas y otras falsas). RAMSEY estaba también muy consciente de que su teoría dejaba muchas cuestiones aún por responder —preguntas técnicas sobre los cuantificadores necesarios para explicar esas atribuciones indirectas, así como cuestiones filosóficas sobre la representación (qué es esto para ser la proposición que p) y la realidad (qué significa «ser el caso que p »)—. Y él no pretende ofrecer un criterio de verdad, sino que reconoce que su teoría deja cuestiones epistemológicas sin tocar.

Pero la simple formulación inicial de RAMSEY basta para articular lo que quiero afirmar:

— Que aunque hay muchas y variadas proposiciones verdaderas, sólo hay una verdad.

— Que aunque algunas proposiciones verdaderas versan sobre cosas que dependen de nosotros, la verdad es objetiva.

— Que aunque algunas proposiciones cobran sentido sólo si se entienden como relativas a un sitio, tiempo, cultura, sistema jurídico, etc., la verdad no es relativa.

— Que aunque algunas proposiciones verdaderas son vagas, la verdad no es gradual.

— Que aunque algunas proposiciones sólo son parcialmente verdaderas, la verdad no se descompone en partes.

El principio básico que dice que una proposición es verdadera sólo en caso que sea la proposición que p , y p , es aplicable con independencia del tipo de proposición de que se trate (asumiendo que es susceptible de ser verdadera), bien sea un teorema matemático o una conjetura histórica, la profecía de un inminente desastre o una predicción meteorológica, una proposición sobre literatura o una proposición sobre el derecho, una teoría de la física o una generalización sociológica, un enunciado sobre

¹² A. TARSKI, «The Concept of Truth in Formalized Languages» (publicado primero en polaco en 1933), en *Logic, Semantics, Metamathematics*, trad. de J. H. WOODGER, Oxford, Clarendon Press, 1956, 152-278, 165.

¹³ En «A Nice Derangement of Epitaphs», en E. LEPORE (ed.), *Truth and Interpretation*, Oxford, Blackwell, 1986, 433-446, el mismo D. DAVIDSON efectivamente reconoce que su proyecto de dar una teoría tarskiana de significados para los lenguajes naturales ha sido erróneamente concebido, escribiendo (445-446) que él ha llegado a la conclusión que «no hay cosa tal como el lenguaje, no si el lenguaje es alguna cosa como lo que muchos filósofos han supuesto».

¹⁴ F. P. RAMSEY, *On Truth* (escritos de 1927-1929), N. RESCHER y U. MAJER (eds.), Dordrecht, The Netherlands, Kluwer, 1992, 12.

lo que desayuné el 11 de septiembre del 2001 o una predicción sobre quién ganará las próximas elecciones presidenciales o (asumiendo que las proposiciones de la ética son susceptibles de verdad o falsedad) una proposición sobre las acciones, los motivos, los rasgos de carácter de las personas, las reglas, los acuerdos, las instituciones sociales, etc., que son moralmente deseables o indeseables¹⁵. En una versión más simple, cuando digo que aunque hay muchas verdades, muchas teorías sobre la verdad y muchas concepciones de la verdad, algunas correctas y otras no, sólo hay una verdad: lo que quiere decir cuando afirmamos que un enunciado es verdadero es lo mismo, sin importar de qué trate este enunciado.

La misma simple fórmula, *una proposición es verdadera sólo en caso que sea la proposición que p, y p*, es suficiente para decirnos que si una proposición es verdadera o es falsa, es una cuestión objetiva; es decir, para que una proposición sea verdadera no es necesario ni tampoco suficiente que usted o yo o alguien la crea. Esto es bastante obvio cuando hablamos de afirmaciones y teorías sobre fenómenos y eventos naturales que no son producto de nuestras construcciones. Pero no es menos cierto cuando se trata de afirmaciones y teorías sobre fenómenos y eventos que solamente ocurren en circunstancias artificiales creadas en el laboratorio, aun cuando éstas son creaciones nuestras; porque la verdad o la falsedad de tales proposiciones es independiente de si usted o yo o quien sea cree que son verdaderas o falsas. Tampoco es menos cierto respecto a las verdades jurídicas, aunque éstas sean verdaderas por creación legislativa o porque tienen origen en precedentes, es decir, en cosas que la gente hace; o respecto a proposiciones o teorías científico-sociales, aunque sean acerca de fenómenos sociales e instituciones constituidas en parte por las creencias, las esperanzas, los temores, etc., de las personas. Consideremos, por ejemplo, la proposición enunciada por G. ORWELL, «la clase trabajadora inglesa... “está marcada en la lengua”»¹⁶, lo que significa en otras palabras, que en Inglaterra la clase social está estrechamente relacionada con el acento. Si esto es verdadero o falso, está estrechamente relacionado con si una proporción suficiente de personas en Inglaterra lo creen; su valor de verdad es, sin embargo, independiente de que usted o yo o cualquier persona crea que esto es verdadero o que es falso.

Algunas proposiciones son incompletas y, por ende, no son susceptibles de verdad o falsedad, a menos que sean entendidas como restringidas a un lugar, a un tiempo o a una cultura (algunos prefieren interpretar tales supuestas proposiciones sólo como funciones proposicionales que necesitan ser completadas antes de tener el estatus de proposición). Una proposición que dice que la ley es de una forma u otra, por ejemplo, sólo tiene sentido cuando se interpreta como relativa a un sistema jurídico y en un tiempo determinado. Alguna vez fue verdad, pero ya no lo es, que en el derecho inglés el castigo por robarse una oveja era la muerte¹⁷; desde 1952 es verdad que en

¹⁵ Y en forma similar, *mutatis mutandis*, para proposiciones de la estética (y para cualquier otra clase de proposiciones donde la cuestión de si son susceptibles de verdad o falsedad está en disputa).

¹⁶ Vid. G. ORWELL, *In Front of Your Nose: The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*, vol. IV, S. ORWELL e I. ANGUS (eds.), New York, Harcourt, Brace and World, 1968, 5. Él se está refiriendo a W. LEWIS, *The Vulgar Streak*, Santa Barbara, CA, Black Sparrow Press, 1985, 38, donde MARTIN habla de «la superstición de la clase como una gran sogá alrededor del cuello de alguien —en el cual mi lengua fue bien marcada—».

¹⁷ La ley que establecía que una persona detenida por robar una oveja debía ser condenada a muerte, se aprobó «en los años séptimo y octavo de reinado del rey George IV» (esta, por supuesto, era la realidad

el derecho del estado de Florida la admisibilidad de las pruebas científicas está sujeta al criterio *Frye* y esto fue verdad también en el estado de Michigan desde 1956 hasta el 2004 (cuando el ordenamiento respectivo fue reformado)¹⁸. Muchas proposiciones científico-sociales, similarmente, deben ser entendidas como relativas a un lugar y a un tiempo. En el tiempo en el que yo crecí en Inglaterra, era verdad que la clase social estaba relacionada estrechamente con el acento; sin embargo, a juzgar por el discurso de los presentadores de noticias y de los actores de los programas de televisión británicos que veo hoy en día en Estados Unidos, esto ya no es verdadero. Pero si es verdadero o si es falso que en el derecho inglés de 1831 la pena por robarse una oveja era la muerte o, si es verdadero o falso que en el 2008 en Inglaterra la clase y el acento están estrechamente relacionados, no es relativo ni al tiempo ni al lugar. Que algunas verdades sean relativas a un lugar, a un tiempo, a una cultura, a un sistema jurídico, etc., no implica que la verdad sea relativa.

Algunas verdades son vagas, en diversas maneras y en diversos grados. «En diversos grados» pretende indicar que no se trata de que algunas verdades sean vagas y otras precisas, sino que algunas son más vagas y otras más precisas; la frase «él es alto» es más vaga que, por ejemplo, «él es significativamente más alto que el hombre japonés promedio», pero ésta es más vaga que «él mide 2,01168 m». Para comunicar la real complejidad del asunto, sin embargo, se requeriría más que estos ejemplos simples, por esto decimos que un idioma es realmente un racimo de idiolectos, un vasto y denso enlace de patrones bastante similares de uso —casi— iguales pero no idénticos. Y todo lenguaje natural está en constante movimiento y cambiando un poco aquí y allá. Algunas palabras y frases están regladas, se vuelven menos vagas, cuando son adoptadas como herramientas especializadas en un área u otra y, en cambio, otras pierden la especificidad de su significado, se vuelven más vagas cuando se tornan más comunes en los discursos populares o en la jerga propagandística¹⁹.

«En diversas maneras» pretende indicar que existen muchas fuentes de vaguedad. Los entusiastas de la lógica difusa, y no pocos filósofos, han estado preocupados con la vaguedad de predicados como «alto», «máximo», «calvo», «ruidoso», «confiable», etc., que expresan propiedades que se presentan en grados. Pero otros tipos de expresiones, además de los predicados, pueden ser graduales: sustantivos como «cúmulo», «multitud» o «montón», por ejemplo, o adverbios como «rápidamente», «justamente», «razonablemente», o «normalmente». Existen además frases que resultan vagas para cuantificar como «unos pocos» o «muchos» —lista a la que C. S. PEIRCE habría

jurídica que está tras el refrán, «bien podría ser colgado como un cordero por una oveja»). La ley fue derogada en 1832. Estatutos del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, 2 y 3 William IV, 1832, cap. LXIII, s. I (11 de Julio de 1832).

¹⁸ De acuerdo con el criterio *Frye* [emitido en el caso *Frye v. United States*, 54 App.DC 46, 293, F. 1013 (1923)], las pruebas científicas noveles sólo serían admisibles si el principio en que se basan está «suficientemente establecido para ser aceptado generalmente en el área de la ciencia a la que éste pertenece». Florida adoptó este criterio en el caso *Kaminski vs. State* 63 So.3d 339 (1952) y continúa aceptándolo; Michigan adoptó este criterio en el caso *People vs. Davis*, 34 Mich.348 (1956), pero lo abandonó en 2004, cuando las nuevas reglas de prueba de Michigan adoptaron el estándar *Daubert* [derivado del caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 113 (1993 S. Ct. 2786)], de acuerdo con el cual la prueba pericial, científica o no, sólo es admisible si es relevante y fiable.

¹⁹ Vid. S. HAACK, «The Growth of Meaning and the Limits of Formalism: In Science, in Law» (2007), *Análisis Filosófico*, XXIX.1, 2009, 5-29.

añadido el cuantificador de existencia «alguno»²⁰ (lo que me recuerda mencionar que B. RUSSELL alguna vez dijo que las descripciones indefinidas, por ejemplo «un hombre» en «conocí a un hombre» o «vi a un unicornio», son ambiguas)²¹—. Y hay otras formas de indeterminación del significado además de la gradación. Palabras que pueden ser familiares en una conversación como «agradable» o «bien», así como palabras más efímeras o de moda, como «binky» o «funky» —que, según J. BARZUM, «definidas por un experto significan “muy bien o hermoso, sólido, barato, oloroso o, en general, no-bueno”»— deben su utilidad, en parte, precisamente a su significado parasitario, a su carencia de sentido específico; dependen, como señala BARZUM, «del tono, de la mirada, o del movimiento de la ceja»²². Y luego, están las palabras que BARZUM llama «escurridiza jerga de las relaciones públicas»²³ que, en parte, deben su utilidad al hecho de que han sido casi completamente despojadas de sus significados, aun cuando conservan sus connotaciones favorables.

Esta «escurridiza jerga de las relaciones públicas» hoy en día está por todos lados, no sólo en el discurso político («progresista», «cambio», «democrático»), en la publicidad («nuevo», «mejorado», «científico») y en la jerga de los vendedores de bienes raíces («cocina gourmet», «Gran Sala»), sino que se ha convertido en el pan de cada día de todo tipo de marketing y de la academia («prestigioso», «excelencia», «distinguido») ²⁴.

Podría parecer que la ambigüedad es un asunto de las expresiones que tienen muchos significados y, por ello, sería todo lo opuesto a la vaguedad, la cual es un asunto de las expresiones que no tienen significado determinado. Pero cuando se usan términos que tienen varios o muchos significados sin especificar su sentido, el resultado es a menudo difícil de distinguir de la vaguedad. Los términos técnicos en filosofía frecuentemente sufren esta suerte; por ejemplo «realismo»²⁵, «naturalismo»²⁶, «epistemología social» y «epistemología de las virtudes»²⁷, entre muchos otros. Hay además un tipo peculiar de vaguedad que puede ser descrito como «pseudo-precisión», en el cual los términos centrales de un significado no muy determinado son disfrazados con formalismos lógicos o matemáticos para dar la impresión de que se está siendo riguroso —un

²⁰ C. S. PEIRCE, *Collected Papers*, Ch. HARTSHORNE, P. WEISS (vols. 7 y 8) y A. BURKS (eds.), Cambridge, Harvard University Press, 1931-1958, 5.446, 1905 (las referencias a los *Collected Papers* se encuentran por volumen y número de párrafo).

²¹ B. RUSSELL, *Introduction to Mathematical Philosophy*, London, Allen and Unwin, 1919, capítulo XVI.

²² J. BARZUM, «What Are Mistakes and Why», en BARZUM, *A Word or Two Before You Go*, Middletown, CT, Wesleyan University Press, 1986, 3-9, 8. Compárese estos usos de «funky», con los que me encontré mientras escribía este artículo: «La cabaña de Chris era funky y encantadora» (J. PATTERSON, *1st to Die*, New York, Warner Books, 2001, 370); «...una tendencia muy fuerte que llegó y se fue rápidamente en la décadas funky de 1960 y 1970, cuando las personas que sabían más de moda salieron con la idea de colores psicodélicos» (R. DODES y Ch. PASSARIELLO, «Gasp! Polyester is the New Name in Paris Fashion», *Wall Street Journal*, 1 de marzo de 2008, A.1).

²³ J. BARZUM, *A Stroll With William James* (1983), Chicago, University of Chicago Press, 1984, 223.

²⁴ Vid. S. HAACK, «Preposterism and Its Consequences», *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays*, Chicago, University of Chicago Press, 1984, 223.

²⁵ Sobre los muchos y cambiantes significados de «realismo», vid. S. HAACK, «Realisms and Their Rivals: Recovering Our Innocence», *Facta Philosophica*, 4, 1, 2002, 67-88.

²⁶ Sobre los muchos y cambiantes significados de «naturalismo», vid. S. HAACK, *Evidence and Inquiry* (vid. cita 9), capítulo 6.

²⁷ Sobre los muchos y cambiantes significados de «epistemología social» y «epistemología de las virtudes», vid. S. HAACK, *Evidence and Inquiry*, prólogo de la segunda edición (cita 9).

tipo de vaguedad sumamente común en las ciencias sociales pero, en mi opinión, no menos ubicua en la filosofía neo-analítica—.

La vaguedad normalmente se trata como algo opuesto a la precisión; y la precisión, como la vaguedad, es más sutil de lo que a veces se supone. Tal vez, en lo primero que pensamos es en la precisión medible, cuantificable, en una ordenación sintácticamente expresable que es valorada correctamente por matemáticos, científicos y lógicos, donde los términos graduales son reemplazados por sustitutos que están definidos de forma precisa. Pero no debemos olvidarnos de otro tipo de exactitud correctamente valorada no sólo por poetas, dramaturgos y novelistas, no sólo por el ingenioso y el devoto de la palabra exacta, sino por todo aquel que respeta la prosa eficaz. Como ORWELL nos recuerda en *La política y el idioma inglés*, «sobre todo, es necesario» para escribir bien «dejar que el sentido elija las palabras y no al contrario»²⁸: este es el tipo de exactitud «poética» que se logra al elegir la palabra o la frase que resulta menos familiar pero más individualizada, en lugar de elegir de forma indolente a las que resultan más comunes, o plantear una nueva metáfora o similitud, en lugar de recurrir a lo viejo y estereotipado.

Algunas veces se piensa que la vaguedad es un obstáculo para la verdad; no obstante, es al contrario: en realidad es más fácil decir algo verdadero si no se es demasiado preciso: compare «él es bastante alto» con «él mide 1,88976 metros con sus calcetines más gruesos», o «New York tiene una extensa población» con «el Estado de New York tiene una población de n adultos y m niños menores de 18 años». Calificar una afirmación como «*accurate*» («acertada»), entiendo yo, es decir que es «*precise*» («exacta») y también que es «*true*» («verdadera») [esto explica por qué en inglés podemos describir una afirmación como «*precisely wrong*» o «*exactly wrong*» pero no como «*accurately wrong*» («precisamente» o «atinadamente» incorrecta, pero no como «acertadamente» incorrecta)].

Pero aunque muchas verdades son vagas, la verdad, o «*true-ness*» (veracidad), no es una cuestión gradual. Una forma de sustentar esto sería, de nuevo, apelando a la fórmula de RAMSEY. Otra forma sería señalando ciertos tipos de pruebas lingüísticas (aunque esto tiene la desventaja de ser un tanto local; idealmente, se necesitaría explorar el fenómeno correspondiente en varios idiomas, preferiblemente no cercanos entre ellos). Aun así, por lo menos en el inglés, las pruebas son muy persuasivas. Los tipos de modificadores adverbiales que usamos rutinariamente con predicados como «*tall*» («alto»), «*intelligent*» («inteligente») o «*rich*» («rico»), que expresan propiedades que se presentan en grados —modificadores como «*fairly*» («bastante»), «*rather*» («un poco»), «*extremely*» («extremadamente»), «*unusually*» («inusualmente»), «*abnormally*» («anormalmente») — no pueden ser usados para modificar «*true*». Por supuesto, algunas veces decimos que una afirmación es «*quite true*»; pero en este uso «*quite*» debe entenderse en un sentido equivalente a «absolutamente» o «perfectamente» y no en el sentido (británico) equivalente a «suficiente» o «un poco». Y algunas veces decimos que una afirmación es «*very true*»; pero esto no significa que esta sea verdadera en un grado superior sino que no sólo es verdadera sino muy im-

²⁸ G. ORWELL, «Politics and the English Language», en S. ORWELL e I. ANGUS (eds.), *In Front of Your Nose: The Collected Essays, Journalism, and Letters of George Orwell*, vol. IV, New York, Harcourt, Brace and World, 1968, 127-140, 129. Vid. también BARZUM, *A Word or Two Before you Go* (cita 22).

portante para el punto que trata. A veces, también calificamos a ciertas afirmaciones como «*approximately true*» («aproximadamente» verdadera) o «*roughly true*» («más o menos» verdadera), o, más idiomáticamente, «*roughly right*». Pero estas locuciones no prueban que la verdad es una cuestión gradual sino que las afirmaciones verdaderas pueden ser más o menos vagas. «“*P*” es aproximadamente verdadero» es una locución útil pero prescindible en favor de una más transparente: «“aproximadamente *p*” es verdadero»²⁹.

Otra vez, algunas proposiciones, afirmaciones, etc., son, como decimos, «no completamente verdaderas» sino sólo «parcialmente» o «medianamente» verdaderas (no creo haber leído u oído nunca «verdadero en un tercio» o «verdadero en un cuarto»; aunque sí encontré que J. FEKETE escribió «verdad fraccional» en una sección de su libro *Moral Panic* titulada «¡Por favor, sólo verdades a medias!»)³⁰. Describir a una afirmación como parcialmente verdadera puede significar dos cosas muy diferentes: i) que es verdadera en parte y, a la vez, falsa en parte; o, ii) que es verdadera pero incompleta. Una afirmación que es parcialmente verdadera en el sentido i) (es decir, verdadera sólo en parte) será también parcialmente verdadera en el sentido ii) (es decir, no será toda la verdad); sin embargo, la implicación contraria no se sostiene. Una afirmación que es parcialmente verdadera en el primer sentido es insatisfactoria porque no es *nada excepto la verdad*; una declaración parcialmente verdadera en el segundo sentido es insatisfactoria porque no es *toda la verdad*.

El primer significado de «parcialmente verdadero», «parte de “*p*” es verdadero», es relativamente sencillo. En el caso más simple, una conjunción (o algunos de los enunciados conjuntos) en un enunciado conjuntivo es (o son) verdadera(s) y otra (u otras) falsa(s); por ejemplo, «ella era pobre pero honesta» es en parte verdadera si ella era pobre pero no era honesta o si era honesta pero no pobre. En casos un poco menos simples, el carácter conjuntivo del enunciado no es tan evidente, pero está implícito en la conjunción de predicados, por ejemplo, «él es un erudito y un caballero» es en parte verdadera si él es un erudito pero no es un caballero o si es un caballero pero no es un erudito. En otros casos, el carácter conjuntivo de un enunciado es menos explícito; está implícito en una frase adverbial: por ejemplo, podríamos decir que «lo vi por última vez el día de Navidad en 1974» es verdadera en parte si yo le vi por última vez en 1974 pero no era el día de Navidad sino el día de Nochebuena, o si la última vez que lo vi fue el día de Navidad pero en 1975 y no en 1974, etc. (como sugerí en mi libro *Deviant Logic*, la verdad parcial en este sentido podría representarse con una lógica multivalente que satisfaga las matrices no-estándar de Emil POST)³¹.

²⁹ Hay un análisis más detallado de las pruebas lingüísticas en mi artículo «Is Truth Flat or Bumpy?», en D. H. MELLOR (ed.), *Prospects for Pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, 1-20; reimpresso en S. HAACK, *Deviant Logic, Fuzzy Logic: Beyond the Formalism*, Chicago, University of Chicago Press, 1996, 243-258. Existe traducción al castellano de la primera edición: 1980, *Lógica Divergente*, Madrid, Paraninfo, S. A. Ediciones. Puede verse también S. HAACK, «Do We Need “Fuzzy Logic”?», *International Journal of Man-Machine Studies*, 11, 1979, 432-445, también reimpresso en *Deviant Logic, Fuzzy Logic*, 232-242.

³⁰ J. FEKETE, *Moral Panic: Biopolitics Rising*, Montreal, Robert Davies Publishing, 1994; 2.ª ed., revisada, 1995, 97. Ahora me he dado cuenta de que estaba equivocada cuando afirmé que nunca había leído «verdadero en un cuarto». Sí lo hice, en la novela de S. LEWIS, *Arrowsmith*: cuando el Dr. Max Gottlieb le dice a Martin Arrowsmith que «el científico es... tan religioso que no aceptará un cuarto de verdad porque son un insulto a su fe». S. LEWIS, *Arrowsmith*, 1927, New York, Signet Classics, 1961, 1998, 278.

³¹ Vid. S. HAACK, *Deviant Logic* (cita 29), 62-63, las mismas páginas en ambas ediciones.

El segundo significado posible de «“p” es parcialmente verdadero», «“p” es parte de la verdad», es a la vez significativamente menos sencillo y significativamente más interesante. Después de todo, ninguna afirmación, con independencia de lo comprensiva que sea, puede representar toda la verdad acerca de absolutamente todo; en este sentido de «verdad parcial», *toda* verdad debe ser parcial. Usted puede estarse preguntando ¿qué pasa cuando le pedimos a un testigo que jure que el testimonio que rendirá será «la verdad, *toda la verdad* y nada más que la verdad»? Este es un asunto complicado; pero lo que estamos pidiendo, asumo, no es que el testigo deba decir toda la verdad acerca de todo, lo que es imposible, sino que debe decir la verdad como él cree que ésta es, *sin omisiones relevantes*. El punto queda más claro si consideramos cuando reclamamos a un político por no haber dicho toda la verdad *sobre los costos que acarrearía poner en marcha una propuesta* o cuando nos quejamos porque el departamento de filosofía no dice toda la verdad *sobre el grado de éxito en encontrar empleo para los estudiantes que completan con éxito su doctorado*, etcétera.

La manera más obvia de decir menos que toda la verdad relevante es simplemente omitir información relevante, por ejemplo, jactarse de que *A* obtuvo la titularidad en la *Euphoric State*³² y *B* una posición de visitante en el *Podunk College*, pero omitiendo mencionar que varios doctorandos recién graduados no han conseguido ningún trabajo. Otra forma es usar términos clave en un sentido encubiertamente extendido. Una encuesta de 1993 reportó que en Canadá el 81 por 100 de las mujeres que estudiaban en las universidades y que tenían un noviazgo sufrieron de abusos sexuales; sin embargo, FEKETE argumenta que esta cifra alarmante es una de esas verdades fraccionales dado que el término «abuso sexual» fue usado en un sentido tan amplio que cubría casos desde haber sido violada después de ser amenazada con arma blanca o a punta de pistola, hasta el coqueteo no deseado³³. Otra forma, también es el reconocimiento incompleto —una perturbadora y común forma de deshonestidad en los escritos académicos en filosofía y, sin lugar a dudas, en otras disciplinas— señalando que un pequeño elemento de lo que se está diciendo se deriva del trabajo de alguien más, mientras al mismo tiempo silenciosamente se toman «prestadas» las ideas de otro *sin* hacer el reconocimiento respectivo. Este furtivo truco retórico (del que he sido víctima más de una vez) puede ser descrito como «la condena del elogio débil»*.

Sin duda, la pregunta sobre qué omisiones constituyen una falla a la hora de decir toda la verdad (relevante), puede ser una cuestión tramposa. «Sobre qué» es un asunto vago y la relevancia es gradual. Que el testigo haya visto al acusado dispararle al fallecido, por ejemplo, es muy relevante para condenarlo; que el testigo haya visto al acusado en el vecindario alrededor de la hora del crimen es relevante pero en un grado mucho menor; etc. Además, si *p* es relevante para *q*, y en qué grado, depende de los hechos. Si y en qué grado el hecho de que este medicamento cause cáncer a los animales es relevante para determinar si también causa cáncer en los seres humanos, por ejemplo,

³² D. LODGE, *Changing Places: A Tale of Two Campuses* (1975), Harmondsworth, Middlesex, Penguin Books, 1978.

³³ J. FEKETE, *Moral Panic* (cita 30), 60.

* *N. del T.*: La autora usa la expresión «*condemnation by faint praise*» que significa que alguien hace algún tipo de elogio que es tan débil o tan mínimo que resulta no exaltador de ninguna cualidad o mérito. En inglés la autora dice «*or rather, by feint!*», haciendo un chiste verbal aprovechando la similitud en la pronunciación de «*faint*» (elogio) y «*feint*» (finta).

depende de cuán similares sean fisiológicamente los animales en cuestión con los humanos (en los aspectos relevantes), de si las dosis administradas son comparables dado el tamaño de los animales y el del ser humano, etcétera.

Pero que algunas proposiciones sean sólo parcialmente verdaderas no implica que la verdad se descomponga en partes. Una verdad parcial en el primer sentido (una proposición que no es totalmente verdadera) es, estrictamente hablando, simplemente falsa. Y —a menos que sea también parcialmente verdadera en el primer sentido, es decir, sólo en parte verdadera— una verdad parcial en el segundo sentido (una proposición que no es toda la verdad relevante) es, estrictamente hablando, simplemente verdadera³⁴.

2. PROBLEMAS CON LA VERDAD PARCIAL (Y ALGUNOS CAPRICHOS CON LA VAGUEDAD)

Estos argumentos arrojan cierta luz sobre preocupaciones respecto de la verdad. Cualquier descripción de un evento del pasado —una batalla, por ejemplo, la caída de un imperio, el nacimiento de una nación— será, inevitablemente, incompleta. La crónica de una batalla, por ejemplo, seguramente nos dirá quiénes ganaron, cuáles fueron las consecuencias de esa batalla para la guerra y, tal vez, para eventos subsecuentes, quizás nos dirá cuántos combatientes murieron y cuántos heridos hubo, cuáles comandantes se desempeñaron notablemente bien y cuáles notablemente mal, quizás nos dirá también de qué manera el tiempo y el terreno contribuyeron al resultado, tal vez incluso nos diga algo sobre la insistencia de un general en ducharse todas las mañanas a pesar de las circunstancias, o sobre el heroísmo del muchacho de los tambores, etcétera; sin embargo, probablemente nada diga sobre cuántos caballos fueron asesinados o cuántos tanques fueron destruidos y, seguramente, tampoco dirá cuántas hormigas y flores fueron aplastadas durante la batalla, etc. La crónica transmite sólo parte de toda la verdad sobre «lo que realmente pasó». Pero esto no significa que ninguna crónica histórica pueda ser (en lo que dice) verdadera; tampoco, por supuesto, que los historiadores deberían renunciar a la aspiración de descubrir verdades acerca del pasado. Dicho esto, sin embargo, se debe añadir que la incompletitud de una crónica que es verdadera pero incompleta puede ser engañosa a pesar de sus verdades. Mencionar sólo a las víctimas del campo de batalla, por ejemplo, puede inducir a error no prestando atención a los efectos de las enfermedades o al hambre sufrida por el ancho de la población, etcétera.

Las pruebas incompletas pueden inducir a error, es decir, soportar una conclusión cuya falsedad puede ser mostrada por pruebas ulteriores. Los escritores de novelas policíacas entienden esto muy bien; como cuando Spenser, el detective privado lacónico de R. B. PARKER, le dice a un testigo que le cuestiona por qué le pregunta eso: «Si yo supiera qué sería importante saber y qué no sería, tendría esta cuestión casi resuelta»³⁵.

³⁴ Contra F. H. BRADLEY, quien pensaba que nada menos que toda la verdad acerca de absolutamente todo era realmente-y-ciertamente verdadero. F. H. BRADLEY, *Appearance and Reality: A Metaphysical Essay*, Oxford, Clarendon Press, 1895, 320-321.

³⁵ R. B. PARKER, *Walking Shadow* (1994), New York, Penguin Putnam, 1995, 100.

Los epistemólogos dan este aspecto por sentado: las «paradojas de GETTIER» en las que estuvieron preocupados por años, explotan el potencial para inducir al error de pruebas incompletas (al describir sus casos hipotéticos en los que alguien tiene una creencia verdadera justificada y, no obstante, no conoce, E. GETTIER da por sentado que una creencia puede estar justificada por pruebas incompletas, aun cuando de hecho puedan inducir a error y, pese a esto, ser verdadera por otras razones)³⁶. Los especialistas en inteligencia militar a veces lo reconocen: la observación de D. RUMSFELD, muy ridiculizada pero verdadera, respecto a que al valorar la fiabilidad de la información de inteligencia sobre Irak, el gobierno estadounidense tuvo que lidiar no sólo con los elementos conocidos, no sólo con los desconocidos, sino además con los «desconocidos desconocidos», implícitamente reconoce, por ejemplo, el potencial de un conjunto de pruebas incompleto para inducir al error.

No obstante, para una auténtica precisión poética, acudo al novelista J. LENT:

La verdad no [es] una línea de aquí a allá, no se parece a los círculos que se van ampliando como los anillos de un tronco talado, sino más bien a los rastros de líquidos oscilantes entremezclados que al ser derramados asumieron una forma y vida propia, que giraron alrededor haciendo espirales y fluctuaciones para tocar y colorear todas las verdades que después emergieron de aquella³⁷.

Precisamente, como la metáfora de la mezcla de LENT sugiere, nuevas pruebas pueden presentar algo nuevo sobre cosas que pensábamos que conocíamos: «Oh, él no estaba siendo distante porque estaba molesto conmigo», podemos decir cuando nos enteramos que su hijo está seriamente enfermo, «él está preocupado por el pequeño Johnnie, pobrecito»; o «vaya, quizá Vioxx no es un gran avance para el tratamiento de la artritis como se publicita» cuando nos enteramos que tres casos de efectos cardiovasculares adversos fueron omitidos en el informe publicado del primer importante estudio clínico hecho por Merck, el estudio VIGOR³⁸.

Y ahora veo que, después de todo, es posible unir a la expresión idiomática «*out of true*», antes mencionada pero puesta a un lado, con el hilo principal de la discusión. «*Out of true*», como mencioné, significa «sesgado» o «torcido»; y, el resultado de decir sólo parte de la verdad, como vemos, puede ser «sesgar» o «torcer» la percepción de

³⁶ E. GETTIER, «Is Justified True Belief Knowledge?», *Analysis*, 23, 1963, 121-123. Vid. también: S. HAACK, «“Know” is Just a Four-Letter Word» (1983), en la segunda edición de *Evidence and Inquiry* (cita 9).

³⁷ «*The truth [is] not a line from here to there, and not ever-widening circles like the rings on a sawn log, but rather trails of oscillating overlapping liquids that poured forth but then assumed a shape and life of their own, that circled back around in spirals and fluctuations to touch and color all truths that came out after that one*». J. LENT, *After the Fall*, New York, Vintage, 2000, 253-254.

³⁸ C. BOMBADIER *et al.*, «Comparison of Upper Gastrointestinal Toxicity of Rofecoxib and Naproxen in Patients With Rheumatoid Arthritis», *New England Journal of Medicine*, 343.21, 25 de noviembre de 2000, 1520-1528. El público se enteró en el 2005 por el estudio VIGOR, el primer estudio clínico de grandes dimensiones llevado a cabo por Merck sobre el medicamento Vioxx, que se había dado mucho más seguimiento a sus efectos gastrointestinales (que se presumían favorables de este medicamento frente a otros) que a sus efectos cardiovasculares (que se suponían desfavorables para dicha droga); de modo que los efectos cardiovasculares secundarios ocurridos durante el estudio, que una vez finalizado no tenían seguimiento, no se incluyeron en el informe publicado. D. ARMSTRONG, «How the New England Journal Missed Warning Signs on Vioxx: Medical Weekly Waited Years to Report Flaws in Article that Praised Pain Drug», *Wall Street Journal*, 15 de mayo de 2006, A.1, A.10. Hablo sobre esto con cierto detalle en «The Integrity of Science: What It Means, Why It Matters», en *Ética e Investigação nas Ciências da Vida - Actos do 10.º Seminário do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, 2006, 9-28; reimpresso en *Putting Philosophy to Work* (cita 9), 103-127.

la audiencia sobre una verdad más amplia que no se dice. Sin duda, es también porque la verdad parcial es apta para inducir a error, «parcial» no sólo significa «incompleto», como en el segundo sentido de «verdad parcial», sino también «tendencioso» (como en «nadie en el comité fue imparcial —todos estaban más preocupados por ocultar la malversación del gobierno/de la empresa/de la universidad que en llegar al fondo del problema—», o «ese no fue un jurado imparcial —el crimen fue tan atroz que todos ellos estaban muy propensos a condenar desde el inicio por débiles que las pruebas fuesen») ³⁹. Y quizás la metáfora de LENT nos ayude a ver cómo la palabra inglesa «colorable» ha llegado a tener sus dos significados cercanos pero incompatibles: «aparentemente válido o genuino» y «dirigido a engañar, a falsificar» ⁴⁰.

Alguien puede presentarnos una verdad parcial —diciéndonos algo verdadero sólo en parte o diciéndonos menos que toda la verdad— sin intención de hacerlo o, bien, deliberadamente. Usted puede inocentemente decirme algo que es verdadero sólo en parte creyendo falsamente que todo lo dicho es verdadero; usted puede inocentemente no decir toda la verdad relevante al responder a una pregunta porque no se percata que esto o aquello es relevante (después de todo, si p es relevante para q depende de cuestiones fácticas y , si usted ignora o está equivocado en algunos de esos hechos, puede inocentemente omitir parte de la verdad). Y la vaguedad, de forma similar, puede ser producto de la pereza o puede ser involuntaria o puede ser deliberada.

La vaguedad deliberada puede ser benévola e incluso indispensable: según la naturaleza del caso, las normas de una Constitución, por ejemplo, deben ser lo suficientemente flexibles para servir de guía en futuras circunstancias imprevisibles en el momento en que ésta es escrita ⁴¹. Por supuesto, a veces las normas jurídicas que tienen deliberadamente una textura abierta se vuelven demasiado fácilmente manipulables como para ser tan útiles como esperábamos: por ejemplo, con los criterios jurídicos para determinar si las pruebas periciales científicas ofrecidas son fiables ⁴², o si un determinado tipo de acción gubernamental constituye una imposición religiosa ⁴³.

³⁹ Debo advertir que, en inglés, «partial» tiene dos significados: incompleto y sesgado o tendencioso.

⁴⁰ *Webster's Ninth New Collegiate Dictionary*, Springfield, MA, Merriam Webster, 1991.

⁴¹ *Vid.* también S. HAACK, «On Legal Pragmatism: Where Does “The Path of the Law” Lead Us?», *American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005, 71-105, reimpresso en *Pragmatism Today* (próximamente); S. HAACK, «On Logic in the Law: Something, but not All», *Ratio Juris*, 20.1, 2007, 1-31.

⁴² Por ejemplo el criterio *Frye* es más amplio si se interpreta en forma restrictiva el área de conocimiento relevante en la que un principio científico novel debe ser generalmente aceptado y, en cambio, es más limitado cuando dicha área es interpretada de forma no-restrictiva. Por ejemplo, la prueba científica novel excluida en el caso *Frye* (cita 18) tenía que ver con los resultados de un antiguo polígrafo al que el acusado se había sometido y había superado, mismo que la Corte sostuvo no era generalmente aceptado por psicólogos y lingüistas, la Corte confinó «comunidad relevante» a una clase mucho más pequeña de analistas del polígrafo, sin embargo, la conclusión debió ser diferente. En *Daubert* (cita 18), la Corte Suprema estadounidense ofreció una lista flexible de factores que los tribunales debían considerar para la admisión de pruebas periciales científicas confiables, pero también se mostró que esto puede ser manipulable. Por ejemplo, estas pruebas han sido consideradas admisibles porque están basadas en trabajos que han sido previamente sujetos a una revisión entre pares; pero también se admiten a pesar de no haber sido previamente revisados y, además, también son excluidos pese a haber sido previamente revisados. *Vid.*, para más detalles, S. HAACK, «Peer Review and Publication: Lessons for Lawyers», *Stetson Law Review*, 36.7, 2007, 789-819.

⁴³ El caso *Lemon vs. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971) era acerca de la *Establishment Clause* (unas de las cláusulas de la primera enmienda constitucional de los Estados Unidos sobre el Estado y la Iglesia; cláusula que establece que el gobierno no debe promover ninguna religión en particular ni la religión en general). El test presentado en este caso era que un estatuto es compatible con esta Cláusula si: i) tiene un propósito

Y, algunas veces, el objetivo que está detrás de la vaguedad deliberada no es benévolo; busca evadir situaciones vergonzosas o inducir al error a una audiencia.

Al igual que la vaguedad deliberada, la verdad parcial deliberada es algunas veces benévola tanto en intento como en efecto. Si una amiga me pregunta qué pienso sobre su vestido nuevo y —omitiendo con mucho tacto mencionar que el estilo es feo— respondo que es un color muy bonito, pudiera estar diciendo sólo parte de la verdad esperando no herir sus sentimientos. Cuando un médico enfatiza los casos en los que cierto tratamiento ha sido exitoso, restando importancia a su alto porcentaje de ineficacia y a sus horribles efectos secundarios, podría estar diciendo sólo parte de la verdad con la esperanza de persuadir al paciente para que tome su única oportunidad, manteniéndolo lo suficientemente optimista para que no desista y renuncie.

El magistrado DARLING, a quien cité al inicio de este artículo, estaba reflexionando sobre la debilidad del testimonio de los testigos legos (su opinión de los peritos, por cierto, era que son aún menos fiables). No obstante, en el sistema jurídico estadounidense adversarial se prevé que cada uno de los litigantes acentúen la parte de verdad que conviene a sus intereses en el caso y que los abogados planteen las preguntas a sus testigos de forma concreta para que éstos puedan decir toda la verdad relevante con respecto a estas preguntas específicas, sin que se filtre ningún dato incriminatorio. Se prevé que la parte de verdad que uno de los litigantes omite será sacada a la luz por la otra parte mediante la presentación de contra-testigos o con el interrogatorio cruzado o mediante ambas; lo cual, en mi opinión, es parte de la justificación epistemológica de un sistema adversarial⁴⁴ (algunas veces funciona como se espera⁴⁵; pero muchas veces, me temo, no lo hace⁴⁶).

legislativo secular; ii) su efecto primario no es difundir ni inhibir la religión, y iii) no fomenta un enredo excesivo con la religión. En decisiones subsecuentes, el inciso sobre el «enredo» se convirtió en una especie de *Catch-22* [*N. del T. la famosa novela de Joseph Heller*] toda vez que las acciones del Estado destinadas a garantizar que un estatuto no fomentara la religión los llevo a ellos a hacer un «enredo excesivo». El actual entendimiento del segundo inciso del test *Lemon* —propuesto por primera vez por la magistrada *O'Connor* en su voto particular a favor en el caso *Lynch vs. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), y adoptado por mayoría en su decisión *County of Allegheny vs. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989)— requiere que el estatuto no transmita a un observador objetivo que el gobierno respalda o desapruueba la religión. Este «test de respaldo» puede hacerse de forma más fuerte o más débil, obviamente, dependiendo de qué exactamente el «observador objetivo» hipotético asume saber.

⁴⁴ El célebre estudioso de la prueba jurídica, J. WIGMORE, describió genialmente al interrogatorio cruzado como «el más grandioso motor jurídico inventado para el descubrimiento de la verdad». J. H. WIGMORE, *Evidence*, Boston, Little, Brown & Co., 1904, § 1367, «Cross-Examination as a Distinctive and Vital Feature of Our Law».

⁴⁵ See, e. g., *Blum vs. Merrell Dow Pharmaceutical*, 1 Pa. D. & C. 4th 634 (1998) donde, evidentemente, el interrogatorio cruzado que hizo el abogado de Blum reveló que el consenso en la literatura científica previamente sometida a revisión entre pares, respecto a que Bendectín no era nocivo, fue artificialmente creado por la misma compañía. El caso (que fue finalmente decidido en el 2002 por la Corte Suprema de Pensilvania en favor de Merrell Dow) es discutido con mayor detalle en mi trabajo «Peer Review and Publication: Lessons for Lawyers» (cita 42).

⁴⁶ *Vid.*, por ejemplo, *Barefoot vs. Estelle*, 803 U.S. 880 (1983). El señor Barefoot fue condenado a pena de muerte después de que dos psiquiatras testificaron (como es requerido por el sistema de Texas en casos de pena de muerte) sobre su futura peligrosidad. La Corte Suprema estadounidense determinó que los derechos constitucionales del señor Barefoot no fueron violados. Aunque la Asociación Estadounidense de Psiquiatría envió un escrito reconociendo que las predicciones psiquiátricas sobre la futura peligrosidad de una persona están equivocadas dos de tres veces, el magistrado White en su criterio suscrito por la mayoría, dejó esto de lado señalando que los abogados del señor Barefoot tuvieron la oportunidad de someter a interrogatorio cruzado a los testigos de la fiscalía y también ofrecer testimonios de descargo. *Vid.* M. FRANKEL, «The Search for Truth: An

Pero ahora no quiero concentrarme en el caso concreto del proceso adversarial, sino en casos más sencillos en los que alguien deliberadamente no dice toda la verdad con la intención de inducir a error a su audiencia, para su propio beneficio y el perjuicio de ésta. O tal vez tendría que decir «deliberadamente o cuasi-deliberadamente» porque con mucha frecuencia lo que sucede puede ser mejor descrito como, si bien no del todo intencional, sí voluntario. Como C. NEWMAN observó: «No está en la naturaleza humana engañar a otros por mucho tiempo sin, en cierta medida, engañarnos a nosotros mismos»⁴⁷. Cuando decir sólo la parte agradable o favorable de la verdad se vuelve un hábito, uno se puede encontrar fácilmente a sí mismo olvidando convenientemente los hechos que ha omitido y comenzando a creer que esta verdad parcial es toda la verdad relevante de dicha cuestión. La distinción entre alguien que sin intención induce a error diciendo sólo parte de la verdad y quien lo hace deliberadamente, es suficientemente clara en principio; pero, en la práctica, las cosas no están nada cerca de ser tan claras (lo mismo se aplica a la distinción que antes di por sentada entre alguien que sin intención está siendo vago y quien lo está siendo de forma deliberada. Mientras que en principio la diferencia es suficientemente clara, en la vida real la línea de demarcación con frecuencia es difícil de trazar; la auto-confusión conveniente no es probablemente menos ubicua que el conveniente olvido progresivo de los aspectos desagradables de la verdad. Se podría decir, haciendo eco de NEWMAN: no está en la naturaleza humana confundir a los otros por mucho tiempo sin, en cierta medida, confundirse también uno mismo).

Incluso cuando alguien dice sólo parte de la verdad creyendo inocentemente que esa es toda la verdad de la cuestión, algunas veces podemos sentir que debió haber dicho más; por supuesto no es que él debió, pues es imposible, decirnos los hechos relevantes que no conocía, pero hubiese sido deseable que agregara que podría no conocer o bien todo lo relevante o incluso qué hechos eran relevantes. Incluso cuando alguien deliberadamente o cuasi-deliberadamente dice sólo parte de la verdad por amabilidad o por tacto, algunas veces podemos sentir que hubiera sido mejor si hubiese sido más claro: quizás, por ejemplo, que yo hubiese sido una mejor amiga si con tacto hubiese sugerido que aun cuando el vestido tenía un color muy bonito, era un tanto ajustado para la entrevista de trabajo en la que planeaba usarlo; o, tal vez el médico hubiera sido más benévolo si no hubiese creado falsas esperanzas pero hubiese ayudado al paciente a aceptar lo inevitable.

Ocultar deliberadamente o cuasi-deliberadamente parte de la verdad por razones benignas es análogo a decir una «*white lie*» («mentira piadosa»). Ocultar deliberadamente o cuasi-deliberadamente parte de la verdad pretendiendo inducir a error a la audiencia en beneficio propio es, en mi opinión, análogo a una «*black lie*» («mentira no piadosa»). «Análogo a» pero no «lo mismo que» —en mi opinión, este aspecto proporciona el inicio de una explicación de por qué es tan fuerte la tentación de inducir a otros al error no diciéndoles toda la verdad y, al mismo tiempo, persuadirse uno mismo de que esta verdad es toda la verdad de la cuestión—. Las razones para engañar

Umpireal View», *University of Pennsylvania Law Review*, 123.5, 1975, 1031-1059; S. HAACK, «Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way», *American Journal of Jurisprudence*, 49, 2004, 43-61.

⁴⁷ J. H. NEWMAN, *Parochial Sermons*, New York, D. Appleton and Co., 1843, vol. I, sermon X, «Profession Without Practices».

a otros, desde el mero interés personal hasta no estar dispuesto a ser portador de malas noticias, son suficientemente comunes. Pero decir menos que toda la verdad es con bastante frecuencia una manera especialmente atractiva de engañar a otros; es psicológicamente más fácil porque es moralmente percibido como menos grave que mentir. Si usted me dice sólo parte de la verdad (relevante), usted puede decirse a sí mismo que *no me ha mentado realmente*. Usted puede inducirme al error; y si omite parte de la verdad con la intención de inducirme al error, usted es culpable de engañar —pero no por mentir como tal—. Y tendemos a sentir menos remordimiento por haber inducido al error a otros usando estas formas más sutiles y aparentemente defendibles que mintiendo abiertamente. El departamento de filosofía que revela sólo parte de la verdad sobre su éxito en encontrar empleo para sus estudiantes que han terminado el doctorado, por ejemplo, puede sentirse absuelto con la idea de que se ha sido muy cuidadoso para asegurar que todo en el prospecto de sus graduados sea verdadero⁴⁸.

En sólo una semana mientras escribía este trabajo, dos artículos del *Wall Street Journal* cautivaron mi atención: uno decía que las compañías farmacéuticas no tienen ninguna obligación de publicar todos los estudios que realizan y presentan ante la *Food and Drug Administration* (Agencia de Alimentos y Medicamentos en Estados Unidos), e informaba que «se ha exagerado la efectividad de una docena de antidepresivos muy conocidos mediante la publicación selectiva de resultados favorables»⁴⁹ y que esto ha llevado a muchos médicos a tomar decisiones inadecuadas sobre cómo y a qué pacientes debería prescribir tales medicamentos; el otro, advirtiendo que «con mucha frecuencia, los directivos cubren con caramelo la verdad. Eso es más peligroso que nunca», citaba a J. M. KILTS, ex-director general de Nabisco «muchas veces es lo no dicho... lo que pone a un director en problemas»⁵⁰. Claramente, el engaño deliberado o cuasi-deliberado mediante una verdad incompleta parece estar absolutamente en todos lados —es mucho más frecuente, sospecho, que la mentira directa— en los negocios, en la publicidad, en la política y, siento mucho decirlo, también en la academia. Esta, sin embargo, es una historia⁵¹ para otra ocasión⁵².

(Traducción de Andrés Santacoloma Santacoloma y Carmen Vázquez Rojas)

⁴⁸ Esta es una versión depurada de una historia verdadera que desafortunadamente ocurrió cerca de casa.

⁴⁹ D. ARMSTRONG y K. J. WINSTEIN, «Antidepressants Under Scrutiny over Efficacy: Sweeping Overview Suggests Suppression of Negative Data Has Distorted View of Drugs», *Wall Street Journal*, 17 de enero de 2008, D.1, D.3. La cita es de p. D.1.

⁵⁰ K. WHITEHOUSE, «Why CEOs Need To Be Honest With Their Boards», *Wall Street Journal*, 14 de enero de 2008, R.1, R.3. Las citas son de la p. R1.

⁵¹ Vid. S. HAACK: «Out of Step: Academic Ethics in a Preposterous Environment», *Putting Philosophy to Work*, edición ampliada, próximamente 2012.

⁵² Mis agradecimientos para M. MIGOTTI, por sus importantes comentarios en el borrador, a H. WOHL de la Biblioteca de Derecho de la Universidad de Miami, por ayudarme a encontrar material relevante y a M.^a-J. FRÁPOLLI, por la conferencia titulada «Nothing but the Truth» que dio en 2007 en el Coloquio Nacional en Filosofía del Lenguaje en San Leopoldo, Brasil, de donde tomé la idea para el título de este trabajo.

SOBRE LA NO-DOMINACIÓN *

Ian Shapiro **

Universidad de Yale

RESUMEN. Mi objetivo en este ensayo es defender una perspectiva de la no-dominación, proponiéndola como una base más adecuada para la justicia que las alternativas existentes. Distingo esa perspectiva de dos tipos de alternativas: aquellas cuyos proponentes rechazan mi afirmación de que la no-dominación es la piedra fundante de la justicia y aquellas que están de acuerdo conmigo pero entienden la no-dominación de otra manera. El primer grupo se divide entre los partidarios de la igualdad, de una parte, y los partidarios de la libertad, de otra parte. Me refiero a sus argumentos en la primera parte del ensayo. Luego me refiero a las concepciones de la no-dominación propuestas por J. HABERMAS, M. FOUCAULT, M. WALZER, Q. SKINNER y Ph. PETTIT. Esas visiones tienen varios puntos en común entre sí y con mi propia visión, pero también hay desacuerdos notables. Yo hago explícito lo que está en juego en las formulaciones alternativas, e indico por qué es preferible mi propia concepción, que se enraíza en una visión del poder enfocada en los recursos.

Palabras clave: justicia, dominación, no-dominación, libertad, igualdad, poder basado en recursos.

ABSTRACT. My aim here is to defend a view of non-domination as providing a better basis for justice than the going alternatives. I differentiate it from two kinds of alternatives: those whose proponents reject my claim that non-domination is the bedrock of justice and the who agree with me but understand non-domination differently than I do. The first group divides into partisans of equality, on the one hand, and of freedom, on the other. Their arguments concern me in the first half of the essay. Then I turn to conceptions of non-domination put forward by J. HABERMAS, M. FOUCAULT, M. WALZER, Q. SKINNER and Ph. PETTIT. There is considerable overlap among these various views and between them and mine but there are also notable disagreements. I spell out what is at stake in the alternative formulations, indicating why my own conception, rooted in power-based resourcism, is preferable.

Keywords: justice, domination, non-domination, freedom, equality, resourcism.

* Fecha de recepción: 12 de diciembre de 2012. Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

Originalmente publicado como «On Non-Domination», *University of Toronto Law Journal*, núm. 62, 2012, 293-336. Traducción de M.^a P. SAFFON (Universidad de Columbia en Nueva York).

** Este ensayo es el prolegómeno de un trabajo más extenso titulado *Justice against Domination*, que será publicado por Harvard University Press. El ensayo cobró vida como la cátedra inaugural B. BARRY, dictada en el London School of Economics en mayo de 2010. El ensayo no se refiere al trabajo de BARRY, y supongo que este habría estado en desacuerdo con buena parte del texto. Pero espero y creo que él no habría considerado que esto descalificaría al ensayo del propósito asignado. No había nada que le gustara más a Brian que la discusión animada. Versiones subsiguientes del ensayo han sido discutidas en reuniones en Yale, la convención de 2010 de la American Political Science Association, Oxford, la Universidad de Cape Town, y las Facultades de Derecho de Cornell y la Universidad de Toronto. Gracias a todas las personas que hicieron comentarios; las advertencias usuales son pertinentes.

1. ¿POR QUÉ LA NO-DOMINACIÓN?

Cuando la gente experimenta la dominación con frecuencia se queja de injusticia, y ello con razón. En este ensayo, mi objetivo es desarrollar una versión de la no-dominación como la piedra fundante de la justicia que explica, y expande, esta queja común. Dudo que una concepción de la justicia que no fuese hostil a la dominación de manera inequívoca pudiera conseguir muchos adeptos o mantenerlos por largo tiempo, incluso si los atrapase durante algún rato. La gente exige justicia para escapar de la dominación. Yo estoy de acuerdo con la tradición de la filosofía política, que se extiende al menos desde PLATÓN hasta RAWLS, en la cual la justicia es vista como la primera virtud de las instituciones sociales¹. Si tengo razón en cuanto a las relaciones entre la justicia y la no-dominación, entonces en un sentido importante la no-dominación se convierte en el valor político primario.

Anteriormente he argumentado que el mejor camino para buscar la justicia, así concebida, es democratizar las relaciones humanas de un modo particular. Esto implica institucionalizar la democracia como un bien condicionante o subordinado que moldea las formas en las cuales las personas buscan otros bienes. Mi concepción democrática de la justicia es definida en parte de manera contextual, en conexión con la naturaleza de los bienes en cuestión y las formas en las cuales las personas los buscan en escenarios históricos particulares. Pero el mío es también en parte un ideal general. Este ideal implica, como restricciones a la forma en que las personas buscan conseguir sus metas contextualmente definidas, la necesidad de participación en la toma de decisiones y la existencia de derechos para la oposición. Cuán robustas deberían ser estas restricciones depende de qué tan vulnerables a la dominación sean las personas en escenarios particulares; cuanto más vulnerables sean, más exigentes deberían ser las restricciones.

En mi concepto, la vulnerabilidad a la dominación se operacionaliza principalmente con referencia a la noción de intereses básicos. Las personas tienen intereses básicos en la seguridad, la nutrición, la salud y la educación que son necesarias para que una persona se desarrolle y viva como un adulto normal. Esto incluye el desarrollo de las capacidades necesarias para que las personas funcionen efectivamente en el sistema económico, tecnológico, e institucional prevaleciente, organizado como una democracia, a lo largo de sus vidas². En escenarios colectivos, las personas son más vulnerables cuando sus intereses básicos, así concebidos, están en juego que cuando no lo están. Si yo controlo recursos que usted necesita para reivindicar sus intereses básicos, ello me da poder sobre usted. Este hecho hace legítimo que las restricciones democráticas sobre nuestros esfuerzos colectivos sean más estrictas cuando hay intereses básicos en juego que cuando no los hay³. Esta visión del poder enfocada en los recursos, como la

¹ PLATÓN, *República*, traducido al castellano por A. CAMARERO, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, Libro IV, secciones 426e-428d, 248-251 102-103, secciones 443a-e, 273-274; J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. M.ª D. GONZÁLEZ, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económico, 1993, 1.ª reimp., 19 (citado en adelante como RAWLS, *Teoría*).

² I. SHAPIRO, *Democratic Justice*, New Haven, CT, Yale University Press, 1999, 85-86 (citado en adelante como SHAPIRO, *Democratic Justice*).

³ Digo que la vulnerabilidad a la dominación se operacionaliza *principalmente* con referencia a la noción de intereses básicos porque la dominación puede ocurrir de otras maneras también, como cuando alguien amenaza de chantaje a un homosexual que está en el clóset o a alguien que está teniendo un romance secreto.

he llamado, está orientada a mitigar las formas más serias de dominación que permean los arreglos sociales de los seres humanos⁴.

En este ensayo, mi meta es distinguir esta visión de dos tipos de alternativas: aquellas cuyos proponentes rechazan mi afirmación de que la no-dominación es la piedra fundante de la justicia y aquellas que están de acuerdo conmigo pero entienden la no-dominación de otra manera. El primer grupo se divide entre los partidarios de la igualdad, de una parte, y los partidarios de la libertad, de otra parte. Como yo, en general los igualitaristas consideran que escriben sobre la justicia, principalmente en el marco del debate relacionado con la pregunta ¿igualdad de qué?, que fue engendrado por la afirmación de A. SEN de que los debates sobre la justicia son siempre, en el fondo, debates sobre algún tipo de igualdad⁵. A veces, los defensores de la libertad son menos claros en cuanto a la relación de su ideal con la justicia, o al menos lo son de manera menos explícita, quizás porque algunos de ellos son escépticos con respecto a la propia idea de justicia⁶. Con independencia de si conciben la libertad como una característica de la justicia o como una alternativa a ella, estos autores tratan a la libertad como el parámetro principal para evaluar la legitimidad de las instituciones políticas. Para los propósitos presentes, supondré que, como R. NOZICK, los partidarios de la libertad ven en su comprensión particular de ésta la base fundante de la justicia⁷. Los simpatizantes de la igualdad ocupan mi atención en la sección II, seguidos por los partidarios de la libertad en la sección III. Luego de explicar por qué la no-dominación es un ideal fundacional preferible que aquellos defendidos en cada uno de esos ámbitos, en la sección IV me refiero a las concepciones de la no-dominación que compiten con la mía, propuestas por J. HABERMAS, M. FOUCAULT, M. WALZER, Q. SKINNER, y Ph. PETTIT. Esas visiones tienen varios puntos en común entre sí y con mi propia visión, pero también hay desacuerdos notables. Yo hago explícito lo que está en juego en las formulaciones alternativas, e indico por qué es preferible mi propia concepción, que está enraizada en una visión del poder enfocada en los recursos.

2. JUSTICIA, IGUALDAD Y NO-DOMINACIÓN

Si la no-dominación es la piedra fundante de la justicia, uno podría preguntar de manera razonable si su atractivo explota un compromiso previo con la igualdad. Según

Sin duda hay otras razones para proscribir el chantaje, pero un compromiso con la no-dominación también lo proscribiría.

⁴ I. SHAPIRO, *La teoría de la democracia en el mundo real*, traducción al castellano de J. URDÁNOZ y S. GALLEGU, Madrid, Marcial Pons, 2011, 274 (citado en adelante como SHAPIRO, *Mundo real*).

⁵ Vid. A. SEN, «Inequality Reexamined», *Documento Ocasional*, núm. 2, Yale University, 1989, 15; vid. también el libro de SEN, *Nuevo examen de la desigualdad*, traducido al castellano por A. M.^a BRAVO, Madrid, Alianza Editorial, 1995. Para una crítica, vid. J. KANE, «Justice, Impartiality, and Equality: Why the Concept of Justice Does Not Presume Equality», *Political Theory*, núm. 24, 1996, 375. Para la respuesta de SEN, vid. A. SEN, «On the Status of Equality», *Political Theory*, núm. 24, 1996, 394 (citado en adelante como SEN, «Status»); y para la refutación de KANE, vid. J. KANE, «Basal Inequalities: Reply to Sen», *Political Theory*, núm. 24, 1996, 401 (citado en adelante como KANE, «Basal Inequalities»).

⁶ Vid. F. A. HAYEK, *El espejismo de la justicia social*, traducido al castellano por L. REIG ALBIOL, Madrid, Unión Editorial, 1978-1982.

⁷ R. NOZICK, *Anarquía, Estado, y utopía*, traducido al castellano por R. TAMAYO, México, Fondo de Cultura Económico, 1988 (citado en adelante como NOZICK).

esta visión, el atractivo moral de la no-dominación es en realidad el atractivo moral de la igualdad. Si eso fuera cierto, entonces podríamos utilizar de mejor manera la energía gastada en justificar la no-dominación ofreciendo una justificación del igualitarismo del cual depende aquella en última instancia. Esta aproximación me parece, sin embargo, poco recomendable, en parte porque la no-dominación sólo está asociada con la igualdad de manera trivial, y en parte porque defender la no-dominación en lugar de la igualdad permite evitar un número de dificultades filosóficas y políticas relacionadas con el igualitarismo.

Cuando digo que el igualitarismo sólo está asociado de manera trivial con la no-dominación tal como yo la concibo, no tengo la intención de negar que haya un sentido último en el cual quienes proponen la no-dominación reconocen la igualdad moral de las personas —lo que SEN describe como igualdad elemental—⁸. Pero el trabajo pesado en mi argumento lo hace la idea de no-dominación, no la de igualdad. Tampoco niego que un compromiso con la no-dominación tenga implicaciones distributivas, algunas de las cuales —como veremos— congeniarán con muchos de quienes se consideran igualitaristas. Pero sí quiero negar que la *raison d'être* de la no-dominación sea promover la igualdad. Estoy de acuerdo con J. KANE en que no hay nada en el significado de justicia que implique una presunción igualitaria⁹. Los arreglos distributivos igualitarios son deseables desde el punto de vista de la justicia sólo cuando están al servicio de la meta de la no-dominación.

Entre los teóricos políticos contemporáneos, al menos desde J. RAWLS, ha existido una tendencia influyente a negar esto; a pensar que la justicia empieza con una presunción a favor de la igualdad. Bajo escrutinio, la naturaleza de ese supuesto vínculo resulta escurridiza. A veces RAWLS escribe como si ese vínculo estuviese incrustado en el propio significado de justicia, tal y como lo muestra su examen de nuestras intuiciones sobre la justicia a través de la posición original, en el cual los lectores eran invitados a especular sobre la justicia mientras se les negaba el conocimiento de sus circunstancias particulares. Un posible camino diferente hacia la igualdad es el incisivo argumento de RAWLS de que las diferencias que existen entre nosotros son moralmente arbitrarias, tengan ellas origen en nuestra naturaleza o en nuestra crianza. Una tercera base potencial para la presunción en favor de la igualdad es la interpretación kantiana formulada por RAWLS de los principios de justicia como expresiones procedimentales del imperativo categórico. Un último camino posible desde la justicia hacia la igualdad pasa por la advertencia de RAWLS de que el estado debería ser neutral frente a diferentes concepciones permisibles de la buena vida. A continuación lidio con cada uno de estos caminos.

2.1. A la posición original y la lógica de la justicia

La estrategia de RAWLS consistente en razonar tras un velo de ignorancia no genera un compromiso con la igualdad; más bien supone la aceptación previa de una presunción igualitarista. Su argumento es que, bajo condiciones de escasez moderada, el

⁸ SEN, «Status», *op. cit.*, 395-396.

⁹ KANE, «Basal Equalities», *op. cit.*, 403-405.

principio de razón insuficiente que opera tras el velo de ignorancia llevaría a cualquier persona racional a escoger la igualdad, salvo que pudiera mostrarse que una distribución desigual operaría en beneficio de todo el mundo¹⁰. Pero la posición original es un mecanismo expositivo, no un argumento en pro de la igualdad ni, de hecho, en pro de ningún otro principio distributivo. El propio RAWLS anota que ese principio está inspirado en una concepción de la equidad de acuerdo con la cual la mejor forma de dividir un pastel es exigir que quien lo parta tome la última tajada¹¹. Si suponemos el autointerés racional, la persona dividirá el pastel igualitariamente para maximizar el tamaño de su tajada. Para establecer el carácter deseable de una división igual, nada aporta que, en gracia de discusión, concedamos las suposiciones. Si supiéramos, por ejemplo, que uno de los receptores no había comido en tres días, que otro tenía tres pasteles en su bolso, y que uno tercero era un diabético que se enfermaría si comiera pastel, entonces se evaporaría rápidamente cualquier atractivo intuitivo de la regla según la cual «quien parte toma la última tajada». La regla del que parte el pastel sólo parece llamativa a la luz de un compromiso previo con la igualdad. Lo que ofrece es un camino para que el autointerés lleve a las personas allí; nada menos, nada más.

Lo mismo sucede con el argumento de que las personas respaldarían una presunción igualitaria tras el velo de ignorancia. RAWLS estructura explícitamente la situación de elección para producir este resultado, por lo cual aquella no puede proporcionar un argumento a favor del carácter deseable del resultado. Si RAWLS les hubiera pedido que hicieran otras suposiciones tras el velo de ignorancia, sin duda las personas podrían haber sido inducidas a escoger un principio distinto. Por ejemplo, como lo anotó HARSANYI en una crítica temprana, si las personas tuvieran una mayor propensión al riesgo de la que RAWLS les asignó en la posición original, entonces sería más probable que ellas escogieran el utilitarismo sobre la concepción de justicia de RAWLS¹². Si ha de existir una presunción a favor de la igualdad, a esta todavía le hace falta una justificación que sea independiente de un mecanismo expositivo que supone que el carácter deseable de la igualdad ya ha sido establecido.

2.2. Arbitrariedad moral

¿Qué argumento independiente ofrece RAWLS en pro de una presunción igualitaria? Una candidata es su tesis sobre la arbitrariedad moral, según la cual nuestras diferencias son accidentales desde un punto de vista moral, sean ellas producto de nuestra naturaleza o de nuestra crianza. RAWLS está en lo cierto al decir que los resultados distributivos que están moldeados por esas diferencias requieren una justificación.

¹⁰ Para el «velo de ignorancia», *vid.* RAWLS, *Teoría*, *op. cit.*, 163-169. En la formulación final de sus principios, *ibid.*, 82-87, RAWLS opta por el punto de vista de la persona más desaventajada como el punto de vista de la justicia, pero ello solo es así por la suposición de que si la persona afectada del modo más adverso por una política pública escogiera esa política, entonces también lo harían todas las demás personas. De esta forma, el punto de vista de la persona más desaventajada funciona como representación del punto de vista de todas las personas. Es posible cuestionar la verosimilitud de estas movidas; *vid.* I. SHAPIRO, *Evolution of Rights in Liberal Theory*, London, Cambridge University Press, 1986, 226-230 (citado en adelante como SHAPIRO, *Evolution*).

¹¹ RAWLS, *Teoría*, *op. cit.*, 108.

¹² J. HARSANYI, «Can the Maxim in Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls's Theory», *American Political Science Review*, núm. 69, 1975, 594.

Su argumento sobre la arbitrariedad moral desafía de manera persuasiva cualquiera de las versiones de la tesis de que las pérdidas (o las ganancias) deberían permanecer allí donde caen¹³. De hecho, en otro lugar he argumentado que RAWLS no es lo suficientemente exhaustivo en su defensa de esta tesis. RAWLS fracasa en su intento de distinguir las capacidades, que dice estar distribuidas en formas moralmente arbitrarias, de las elecciones que las personas hacen sobre cómo usar esas capacidades, que no lo están. No hay ninguna buena razón para suponer que, desde un punto de vista moral, las diferencias en la capacidad de decidir utilizar las capacidades propias de manera más o menos efectiva son en algún modo menos arbitrarias de lo que lo son las diferencias en las capacidades en sí mismas¹⁴. Esta es, ciertamente, una conclusión desconcertante; ella amenaza con destruir por completo convicciones generalizadas sobre la propiedad y la responsabilidad personal. Pero ello no quiere decir que RAWLS nos provea razones convincentes para evitarla.

En la literatura desde RAWLS, el impulso por defender una presunción igualitaria ha estado animado por el rechazo de lo que G. A. COHEN identificó en 1989 como «la derecha anti-igualitaria»¹⁵. La preocupación motivadora era que cualquier concepción de la distribución equitativa que ignorara la recompensa del esfuerzo y la ambición sería tan poco convincente que nadie le prestaría atención. En efecto, esta es una posibilidad real, salvo que puedan ponerse algunos límites a la arbitrariedad moral. Seguramente, fueron consideraciones de esta naturaleza las que motivaron el intento poco exitoso de RAWLS —que acabo de mencionar— de distinguir las capacidades de los usos que pueden dárseles. Consideraciones similares llevaron a R. DWORKIN a proponer una visión de la justicia distributiva que toma en cuenta la idea rawlsiana de arbitrariedad moral pero que es, no obstante, «sensible a la ambición». La visión de DWORKIN requiere una visión de la igualdad según la cual «las personas deciden qué tipo de vida van a llevar contando con información previa sobre el coste real que le imponen a otras personas con su elección y, por tanto, sobre las existencias totales de recursos que pueden usar de forma justa»¹⁶. DWORKIN intenta lograr esto al asignar «gustos y ambiciones» a la persona, y «poderes físicos y mentales» a sus «circunstancias», y al argumentar que aquellos, mas no estos, son irrelevantes para decidir la manera como deberían distribuirse los recursos¹⁷. De esta forma espera rescatar la idea de un agente responsable.

La estrategia de DWORKIN también falla. Las ambiciones que se nos ocurren desarrollar, tanto como los deseos que somos capaces de formar, están moldeados en gran medida —quizás incluso están determinados— por nuestros poderes y capacida-

¹³ RAWLS, *Teoría*, op. cit., 30-31, 33-35, 105-106, 143-145, 639-645. En una de las primeras afirmaciones sistemáticas sobre el *laissez-faire* en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por daños, O. W. HOLMES propuso la presunción básica de que las pérdidas deberían permanecer allí donde caen; O. W. HOLMES, «Lecture III», en O. W. HOLMES, *The Common Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009.

¹⁴ I. SHAPIRO, «Justice and Workmanship in a Democracy», en I. SHAPIRO, *Democracy's Place*, Ithaca y London, Cornell University Press, 1996, 64-69; 73-75 (citado en adelante como SHAPIRO, *Democracy's Place*).

¹⁵ G. A. COHEN, «On the Currency of Egalitarian Justice», *Ethics*, núm. 99, 933 (citado en adelante como COHEN, «Egalitarian Justice»).

¹⁶ R. DWORKIN, «Igualdad de Recursos», capítulo 2 de R. DWORKIN, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, traducido al castellano por F. AGUIAR y M.ª J. BERTOMEU, Barcelona y Buenos Aires, Paidós, 2003, 80 (citado en adelante como DWORKIN).

¹⁷ *Ibid.*, 92.

des. Cuando describimos a una persona como ambiciosa, podemos estar describiendo algo básico de su psicología y constitución, pero ¿tenemos alguna buena razón para creer que ello no es producto ni de sus poderes físicos y mentales ni de su crianza o circunstancias de vida? «Pensar en grande», «decidir arriesgarlo todo», armarse de valor a través del auto-control para realizar actos exigentes ¿reflejan estas opciones ambición o capacidad? Ciertamente hay circunstancias en las que diríamos que la falta de confianza es una incapacidad que impide la formación (no solo la consecución) de ambiciones particulares. Diferentes personas tienen capacidades diferentes para formar ambiciones diferentes, y desde el punto de vista de DWORKIN esas capacidades diferentes deben estar tan contaminadas en un sentido moral como cualesquiera otras capacidades. Al menos en parte, Donald Trump es capaz de desarrollar ambiciones de mayor alcance que, digamos, Homer Simpson debido a su suerte en la lotería genética y a las circunstancias de su crianza.

La idea de que formamos nuestras ambiciones de algún modo que es independiente de nuestros recursos y capacidades supone, de manera poco creíble, que podemos concebir las metas con independencia de nuestra comprensión de nuestras capacidades y circunstancias de vida. Esto debería ser evidente para cualquiera que intente realizar un experimento mental en el cual se le exige elegir sus ambiciones futuras mientras permanece ignorante de sus poderes, capacidades, y circunstancias. El mundo está plagado de lo que he descrito como «brechas de empatía» que, como resultado de las experiencias de vida, limitan las aspiraciones que las personas consideran concebibles, por no decir creíbles. Usted puede fácilmente imaginarse a sí mismo/a pasando por encima de un charco, quizás incluso nadando un ancho río. Pero ¿se le ocurrirá considerar las posibilidades que hay del otro lado de un gran océano?¹⁸

Es posible plantear argumentos similares sobre las habilidades diferentes para formar (o abstenerse de formar) distintos tipos de gustos, sean ellos costosos, compulsivos, o ambas cosas. ¿Podemos decir de una persona alcohólica, cuya aflicción es tan severa que no puede siquiera formar el deseo de no ser un alcohólico, que la preferencia por el alcohol resulta de su *gusto* y no de su *incapacidad*? Creo que no¹⁹. Para todos los gustos adquiridos (no solo los costosos), la experiencia del gusto es por definición condicional al ejercicio de capacidades pertinentes. El gusto por la buena cerveza o incluso simplemente por la cerveza, el gusto por un tipo particular de música, o incluso por cualquier música, todos estos gustos sólo pueden ser desarrollados a través del ejercicio de capacidades relevantes. No atribuiríamos el gusto por la música a una persona que ha nacido sorda, aunque podríamos decir de manera inteligible que dicha persona podría desear tener tal gusto. De igual manera sucedería con la cerveza en re-

¹⁸ Vid. I. SHAPIRO, *El estado de la teoría democrática*, traducido al castellano por J. DE JÓDAR, Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2005, 180-194 (citado en adelante como SHAPIRO, *Estado*).

¹⁹ DWORKIN es parcialmente consciente de esta dificultad. Él toma en consideración un caso en el cual una persona tiene una obsesión incapacitante que le gustaría no tener. DWORKIN lidia con ello diciendo que tales ansias deberían entenderse como discapacidades y por tanto deberían ser manejadas a través de un esquema hipotético de seguros. DWORKIN nos pide especular sobre sí, ex ante, personas con una cantidad finita de recursos para gastar en un seguro se habrían asegurado contra terminar teniendo la discapacidad en cuestión; vid. DWORKIN, *op. cit.*, 75-81. He indicado las dificultades de este esquema en SHAPIRO, *Democracy's Place*, *op. cit.*, 70-71. Esto es, en todo caso, irrelevante para el punto que se está defendiendo aquí, que consiste en que la obsesión puede en sí misma incapacitar a una persona para formar el deseo relevante de segundo orden de hacer que la solución de DWORKIN del seguro hipotético funcione.

lación con alguien que carece de papilas gustativas funcionales, o del sentido del olfato. La intuición que motiva a DWORKIN en este tema es que las personas sólo deberían ser consideradas responsables de las elecciones que hacen durante su vida, no de las cosas sobre las cuales no tienen control. Una variante de esta tesis puede ser defendible, pero el tratamiento que hace DWORKIN de ella no es más persuasivo que el de RAWLS. El resultado es que DWORKIN no ha logrado, como COHEN alega, «hacerle al igualitarismo el importante favor de incorporar en su seno la idea más poderosa que existe en el arsenal de la derecha anti-igualitaria: la idea de la elección y la responsabilidad»²⁰.

El propio COHEN intenta lidiar con este problema, pero no con mayor éxito que DWORKIN o RAWLS. Cohen intenta reducir el problema al insistir en que no deberíamos confundir el argumento válido de que nuestras capacidades para el esfuerzo están «influenciadas» por factores más allá de nuestro control con el argumento falso, que personas como NOZICK atribuyen de manera equivocada a igualitaristas como RAWLS, de que esas capacidades están «determinadas» por factores más allá de nuestro control. Apuntar a esta distinción le permite a COHEN decir que, aunque no todo esfuerzo merece recompensa, hay algún esfuerzo que sí merece recompensa, de forma tal que el esfuerzo es en parte loable y en parte no, aunque COHEN concede que, en la práctica, «no podemos separar las partes»²¹.

En la medida en que este es un problema práctico, se trata de un problema devastadoramente grande, dado que el tema en cuestión es si y hasta qué punto el estado debería promover la redistribución u otra acción remedial para compensar las diferencias en los resultados que surgen de estas partes que son inseparables en la práctica. Pero en cualquier caso es engañoso decir que se trata de un problema únicamente práctico. Una vez concedemos que la propia decisión de escoger dedicar esfuerzo a algo está influenciada por factores moralmente arbitrarios, resulta evidente que la dificultad se convierte en una dificultad de principio y no en un tema práctico. Ciertamente COHEN no ofrece ninguna explicación sobre cómo aquel componente del esfuerzo que merece recompensa podría, en principio, ser identificado.

RAWLS, DWORKIN y COHEN escriben como si el argumento de la arbitrariedad moral generase una presunción igualitaria que sería tan radical que nadie podría tomársela en serio a menos que de alguna manera se le pudieran poner algunos límites. Ellos piensan que esto es esencial para rescatar la idea de que las personas deberían ser consideradas responsables de las elecciones que hacen, de forma tal que pueda decirse con justicia que merecen los beneficios o costos resultantes. Sin embargo, como acabo de anotar, los intentos en curso por articular los límites en cuestión fracasan porque el bozal de la arbitrariedad moral silencia las nociones de elección y responsabilidad, si es que logra silenciar algo.

Pero RAWLS, DWORKIN y COHEN no logran apreciar que no es necesario rescatar las ideas de libre elección y responsabilidad con el fin de salvar una presunción igualitaria debidamente disciplinada, si se considera que esa presunción está basada en el

²⁰ COHEN, «Egalitarian Justice», *op. cit.*, 933 (versión en castellano de la traductora de este artículo).

²¹ *Vid.* NOZICK, *op. cit.*; G. A. COHEN, «Equality of What? On Welfare, Goods, and Capabilities», en M. NUSSBAUM y A. SEN (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Oxford University Press, 1993, 14-15 (versión en castellano de la traductora de este artículo).

argumento de la arbitrariedad moral de RAWLS. Esto es así por la simple razón de que el argumento de la arbitrariedad moral de RAWLS, aunque válido, no genera una presunción distributiva de ningún tipo. Sin duda, las diferencias en nuestras ambiciones, gustos y deseos dependen de manera vital de fuerzas que están más allá de nuestro control; como tal, son moralmente arbitrarias por la misma razón que las diferencias en nuestras capacidades y circunstancias son moralmente arbitrarias. Todas esas diferencias requieren una justificación. Pero lo mismo sucede con las similitudes en nuestras ambiciones, gustos, y deseos. Estas son moralmente arbitrarias por la misma razón que las similitudes en nuestras circunstancias y capacidades son moralmente arbitrarias. Ellas, también, necesitan una justificación. Como lo dice S. HURLEY, «a priori, la razón para observar la diferencia de posición como un asunto de suerte no es más fuerte que la razón para concebir la igualdad de posición como un asunto de suerte: las personas pueden no ser responsables de ninguna de ellas»²². El argumento de la arbitrariedad moral de RAWLS no establece nada distinto de que cualquier arreglo distributivo requiere una justificación. No hay ningún punto de referencia presunto.

2.3. La interpretación kantiana

Quizás la candidata más convincente de RAWLS para una justificación independiente de su presunción igualitaria es la llamada interpretación kantiana de sus principios como expresiones procedimentales del imperativo categórico²³. Pero un compromiso con la autonomía kantiana no implica la adopción de un régimen distributivo particular más de lo que lo hace el compromiso con la arbitrariedad moral. Sin duda podría mostrarse que la esclavitud está excluida por el mandato de nunca usar a las personas exclusivamente como medios de los fines propios, pero ninguno de los protagonistas de la literatura sobre justicia distributiva que conozco defiende el establecimiento de la esclavitud. En todo caso, el ejemplo de la esclavitud es instructivo aquí en la medida en que la objeción kantiana no se refiere a las dimensiones distributivas de la economía esclavista sino más bien a la negación de la humanidad de una persona al hacerla propiedad de otra. La objeción kantiana a la esclavitud quedaría en firme incluso ante argumentos que mostraran que los esclavos disfrutaban de beneficios distributivos que les hubiesen sido negados de otra manera. Incluso si fuese cierta, la fórmula según la cual «les damos a nuestros esclavos más de lo que ustedes pagan a sus trabajadores» no sería aceptada como una defensa de la esclavitud²⁴ (un argumento similar podría hacerse en referencia a la fórmula de «separados pero iguales» del Apartheid y a otros

²² S. HURLEY, «Luck and Equality», *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 75, Suplemento, 2001, 56. HURLEY desarrolla el punto así: «[L]as consideraciones sobre la responsabilidad no nos dirigen a tomar la igualdad como la posición por defecto; tales consideraciones no especifican ni justifican hacerlo. La consecuencia inmediata de este punto es que por se la neutralización de la suerte no requiere que solamente neutralicemos un tipo de relación que es el resultado de la suerte y no otro... Las personas no son responsables de que haya cantidades iguales de maná, o de ningún otro tipo de cantidades particulares; las personas no son para nada responsables de ello», *ibid.*, 56-57 (versión en castellano de la traductora de este artículo). *Vid.*, en general, S. HURLEY, *Justice, Luck, and Knowledge*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2003, 146-180.

²³ RAWLS, *Teoría*, *op. cit.*, 293-294.

²⁴ R. W. FOGEL ha expresado de manera elocuente por qué el argumento contra la esclavitud debería desprenderse de argumentos sobre sus beneficios económicos en *Without Consent or Contract: The Rise and Fall of American Slavery*, New York, Norton, 1994, 388-417.

estatus deshumanizantes semejantes. Con frecuencia estos estatus vienen acompañados de injusticias distributivas, pero es la deshumanización, no la injusticia, lo que los hace cuestionables).

Al considerar la interpretación kantiana de los principios de justicia de RAWLS, deberían distinguirse dos objeciones diferentes. La menos fundamental consiste en observar que, si nuestra meta fuese hacer lo mejor posible por preservar la autonomía de todas las personas (y suponiendo que pudiésemos hacer operativa esa aspiración de una manera inteligible), la identificación de lo que sería necesario para lograrlo es un asunto que debería recaer en los economistas políticos y en los estudiosos de la política pública. Determinar la cantidad de redistribución que se requiere para lograr eficazmente la meta de la igualdad, si es que hay alguna cantidad tal que pueda lograrlo, depende de consideraciones complejas sobre la efectividad y los costes de diferentes instrumentos redistributivos, sobre los efectos que la redistribución tendría en los incentivos para el crecimiento, y sobre las relaciones entre el tamaño del pastel económico y los beneficios que se derraman hacia los menos aventajados. Cuando RAWLS declara que su teoría es agnóstica entre el capitalismo y el socialismo parece inclinarse en esta dirección²⁵.

Pero una objeción más profunda asoma su cabeza cuando empezamos a preguntarnos si preservar la autonomía de todas las personas es algo siquiera inteligible en tanto que idea distributiva. La transición del universalismo kantiano a una presunción igualitaria debe implicar alguna versión del argumento según el cual estamos obligados a respetar la autonomía de todas las personas en condiciones de igualdad. Pero ¿qué puede significar esto cuando el mandato que buscamos obedecer supone que deberíamos conceder (como lo hizo KANT de manera realista) que las personas se usan constantemente las unas a las otras como medios, y simplemente nos instruye a no usarnos *exclusivamente* como medios para nuestros propios fines? Es difícil ver cómo esto puede tener alguna dimensión distributiva. ¿Implica ello tratar a todas las personas con consideración? ¿Con la misma *cantidad* de consideración? ¿Qué podría significar tal mandato en realidad? El precepto de KANT parece más susceptible de generar aforismos de buena conducta y buenos modales («¡No seas grosero!» «¡No seas abusador!» «¡No seas malvado injustificadamente!») que algún principio distributivo. La interpretación kantiana de los principios de RAWLS es simplemente insuficiente para generar una presunción igualitarista porque es insuficiente para generar cualquier presunción distributiva.

Pero ¿por qué deberíamos *querer* comprometernos con una presunción distributiva igualitaria? Hace más de un cuarto de siglo, M. WALZER señaló que lo que las personas consideran cuestionable no es tanto la desigualdad como tal sino los usos que ellas hacen de los recursos distribuidos de manera desigual. En particular, es cuando las personas usan los recursos bajo su control para dominar a otras personas que objetamos que tengan esos recursos. Lo que genera resentimiento es el uso de la riqueza

²⁵ RAWLS, *Teoría*, *op. cit.*, 311-312. KANT era bien consciente de esto, cuando insistía en que «el bienestar no tiene principio ni para el que lo recibe, ni para el que lo dispensa (uno lo entiende así, el otro así), porque afecta a lo material en la voluntad, que es empírico y por tanto impropio para el carácter universal de una regla»; I. KANT, *El conflicto de las Facultades*, traducido al castellano por E. TABERNIG, Buenos Aires, Losada, 2004, 119-120.

para corromper a un político o para «comprar» un lugar en la universidad para un chico que no lo merece²⁶. La solución que ofrece WALZER frente a este problema, consistente en construir barreras entre las esferas en las cuales distintos bienes tienen una influencia dominante de manera apropiada, enfrenta dificultades, como lo anoto más adelante, en la parte 4.1. Pero ello no le resta fuerza a la elocuente intuición que subyace a esa solución, según la cual lo que es cuestionable es la dominación y no la desigualdad. Por el hecho de que argumento contra una presunción igualitarista, no debería creerse que formo parte del grupo de quienes sostienen que los argumentos de justicia deberían renunciar a las consideraciones distributivas. Como es bien sabido, MARX sostuvo que, para entender la dinámica de la explotación, debemos abandonar el campo de la distribución en favor de aquel de la producción²⁷. Más recientemente, teóricas como I. M. YOUNG y N. FRASER han sugerido que el paradigma distributivo debería ceder paso a un enfoque basado en el reconocimiento y la dominación²⁸. No tengo del todo claro qué significa el término «paradigma» en estos argumentos. Creo que las defensoras de estas perspectivas no están orientadas en la dirección correcta si lo que sostienen es que podemos razonar de manera fructífera sobre la justicia en ausencia de consideraciones distributivas, o incluso que, en ausencia de consideraciones distributivas, podemos razonar de manera fructífera sobre las dimensiones de la justicia a las cuales apuntan esas teóricas. En buena medida, la explotación marxista tiene que ver con la distribución del trabajo, el reconocimiento tiene que ver con la distribución del estatus, y la dominación tiene que ver con la distribución del poder. Más aún, como lo desarrollo más adelante en la parte 4.5, al analizar la perspectiva de Ph. PETTIT, hay muchos escenarios en los cuales alcanzar la no-dominación hace necesario atender a —e incluso redistribuir— los recursos materiales y de otro tipo. En lugar de concebir la no-dominación como una alternativa a la justicia distributiva, es mejor pensar en la no-dominación como la esencia de la justicia y reconocer que con frecuencia esta se encuentra íntimamente ligada a consideraciones distributivas. Pensar de otra manera nos lleva por el camino de victorias simbólicas que, en el mejor de los casos, oscurecen lo que la justicia requiere y que operan en contra de los propósitos de esta.

2.4. ¿La igualdad como neutralidad?

Otro candidato rawlsiano para defender la igualdad como idea fundante de la justicia se apoya en la idea de neutralidad. La teoría de RAWLS de la justicia como equidad requiere que el estado sea neutral frente a concepciones «permisibles» de la buena vida que compiten entre sí, y frente a las doctrinas comprensivas que dan origen a tales concepciones. Para RAWLS, esto significa garantizar la oportunidad de buscar la realización de cualquiera de esas concepciones de la buena vida y prohibir que el gobierno favorezca alguna de esas concepciones en particular o que otorgue «mayor asistencia

²⁶ M. WALZER, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, traducido al castellano por H. RUBIO, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, 17-43 (citado en adelante como WALZER).

²⁷ K. MARX, *El capital*, vol. 1, capítulos 4-7, México, Siglo XXI, Londres, 1996, 179-276.

²⁸ I. M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, Valencia, Ediciones Cátedra, 2000, 31-114; N. FRASER, «¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en tomo a la justicia en una época “postsocialista”», en N. FRASER, *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición «postsocialista»*, traducido al castellano por M. HOLGÍN e I. JARAMILLO, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, capítulo I, 17-54.

a quienes buscan realizarla». Por el contrario, esta perspectiva exhorta al Estado a que adopte lo que podríamos considerar una postura oficial de no adhesión (*disestablished*) frente a las concepciones permisibles de la buena vida. El Estado debería garantizar la libertad de buscar la realización de cualquiera de esas concepciones, pero no debería promover una —o algunas— por encima las demás²⁹.

Esta postura puede parecer como un igualitarismo fundamental e inequívoco, dado que las protecciones y garantías de la no-adhesión están disponibles para todas las personas en condiciones de igualdad; pero en realidad esto no es así. Para comenzar, nótese que a RAWLS no lo perturban los efectos desiguales de su neutralidad institucional. RAWLS reconoce que el régimen que favorece tendría «efectos e influencias importantes sobre cuáles doctrinas comprensivas perduran y obtienen adeptos con el pasar del tiempo», lo cual sería «fútil intentar contrarrestar»³⁰. Más aún, la regla de neutralidad de RAWLS es anti-igualitaria en un sentido más inmediato que el que su admisión captura, ya que, bajo las restricciones de esa regla, las diferentes doctrinas comprensivas que son permisibles no salen igualmente libradas. En el sentido más obvio, mientras que una persona que no es adepta a ninguna religión o cuya doctrina comprensiva incluye la creencia de que la práctica religiosa no tiene ningún lugar en la arena pública obtiene exactamente lo que quiere del esquema de RAWLS, una persona que favorece la existencia de una iglesia oficial (sin mencionar la de una iglesia fundamentalista) no obtiene tal resultado. Después de todo, la defensa de la postura «neutral» de RAWLS frente a concepciones permisibles del bien nunca consiste en decir que a todas las personas les irá igual de bien, sino en decir que todas las personas disfrutarán de la mayor cantidad de libertad que es posible tener de un modo que sea consistente con la garantía de un libertad igual para todas las personas³¹. Una persona partidaria de una iglesia oficial tiene más libertad religiosa bajo el régimen de no-adhesión de la que tendría una persona no conformista bajo un régimen con una iglesia oficial, pero sigue siendo cierto que a aquella le va menos bien que a esta en el régimen de no-adhesión de RAWLS. Podemos admitir que hay un sentido residual en el cual este principio trata de igual forma a los partidarios de todas las doctrinas comprensivas: a todos se les garantiza la máxima libertad religiosa que es compatible con una libertad igual para todos. Pero intente usted, si es que puede, vender tal cosa como tratamiento igualitario a quien favorece una religión oficial. Aquí la igualdad no está haciendo el trabajo polémico.

Una cuestión más importante es que la discusión precedente sólo lidia con la postura apropiada del estado frente a doctrinas comprensivas y concepciones del bien que son permisibles. La discusión no se refiere a los propios procedimientos a través de los cuales RAWLS clasificó esas doctrinas y concepciones como permisibles o no permisibles. RAWLS es rotundo al afirmar que tal proceso de clasificación no es neutral en un sentido procedimental. Como se anotó anteriormente en la parte 2.1, los procedi-

²⁹ Vid. J. RAWLS, «The Priority of Right and Ideas of the Good» (RAWLS, «Priority») en J. RAWLS, *Collected Papers*, S. FREEMAN (ed.), Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, 449, 457-461 (citado en adelante como RAWLS, *Collected Papers*); y RAWLS, *Teoría*, *op. cit.*, 446-447. Es cierto que RAWLS invoca la idea de des-establecimiento en este contexto pero, por las razones que se desarrollan en el siguiente párrafo, me parece que esa idea captura la esencia de su argumento.

³⁰ RAWLS, «Priority», *ibid.*, 460 (versión en castellano de la traductora de este artículo).

³¹ RAWLS, *Teoría*, *op. cit.*, 286, 340.

mientos que ocurren tras el velo de ignorancia son manipulados de manera consciente para inducir al lector a adoptar la concepción de RAWLS de la justicia como equidad, incluyendo la teoría delgado del bien que impone los límites de permisibilidad a dicha concepción. En consecuencia, no es posible decir que los juicios sobre el carácter aceptable de las doctrinas comprensivas y de las concepciones del bien resulten de un proceso neutral. En formulaciones posteriores, RAWLS continúa sosteniendo de manera rotunda que la justicia como equidad no puede garantizar «la igualdad de oportunidades para avanzar cualquier concepción del bien». Esa concepción de la justicia tan solo permite la realización de concepciones permisibles, definidas como «aquellas que respetan los principios de justicia»³². El RAWLS maduro apela a la neutralidad procedimental únicamente en el sentido de decir que esta expresa «una concepción política que apunta a ser el centro de un consenso superpuesto». Como es bien sabido, el consenso superpuesto «incluye todas las doctrinas filosóficas y religiosas que normalmente se desarrollan y ganan adeptos en una sociedad democrática constitucional más o menos justa»³³. El consenso superpuesto «busca un terreno común —o, si se prefiere, un terreno neutral, dado el hecho del pluralismo—»³⁴. Sea cual sea el significado de lo anterior, este no puede ser que el carácter justo del orden político depende de que la neutralidad sea expresada como un terreno común, puesto que la defensa de la neutralidad como terreno común consiste en que esta es (o se dice que es) compatible con un orden político justo. La defensa de la neutralidad procedimental no es en sí misma neutral en sentido procedimental. A fortiori esta no puede servir como sustituto para defender un compromiso fundacional con la igualdad³⁵.

3. LA DOMINACIÓN: UN TIPO PARTICULAR DE NO-LIBERTAD

Si las desigualdades son cuestionables sólo en la medida en que facilitan la dominación, surge la pregunta de qué es la dominación. ¿Cómo saber que hay dominación cuando la vemos? ¿Y por qué debería importarnos su presencia? Responder estas pre-

³² RAWLS, «Priority», *op. cit.*, 459 (versión en castellano de la traductora de este artículo).

³³ J. RAWLS, «Justicia como equidad: política, no metafísica», *La Política: Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*, núm. 1, 1996, 25 (citado en adelante como RAWLS, «Justicia como equidad»).

³⁴ RAWLS, «Priority», *op. cit.*, 459 (versión en castellano de la traductora de este artículo).

³⁵ Una dificultad similar surge de la defensa que Ch. LARMORE hace de la neutralidad. LARMORE afirma que cuando dos personas están en desacuerdo sobre algo que constituye un obstáculo para lograr el acuerdo que están intentando alcanzar, ambas deberían prescindir de las creencias que la otra persona rechaza para ver si hay un terreno común neutral «con la esperanza o bien de resolver la disputa o bien de eludirla». LARMORE se refiere a esta «norma moral del igual respeto», como una regla neutra en el sentido de que es «compatible con un amplio rango de visiones de la buena vida sobre las cuales las personas están en desacuerdo»; *vid.* Ch. LARMORE, *Patterns of Moral Complexity*, London, Cambridge University Press, 1987, 53, 65-66 (versión en castellano de la traductora de este artículo). Pero como lo nota J. FISHKIN, no hay razón alguna para creer que este principio de la neutralidad como terreno común arrojará conclusiones políticas particulares —dejando de lado aquellas que LARMORE dice que tiene— tales como la tolerancia religiosa o algo parecido al principio de diferencia de RAWLS; *vid.* J. FISHKIN, reseña bibliográfica del libro *Patterns of Moral Complexity* escrito por Ch. LARMORE, *Political Theory*, núm. 17, 1989, 153-156. Incluso si el principio arrojara conclusiones particulares, ello no equivaldría a una justificación del principio, como lo concede LARMORE en su respuesta a FISHKIN: «Aunque intento explicar el contenido de la norma del igual respeto, no ofrezco ninguna justificación de esta norma en sí. No tengo idea de cómo procedería una justificación tal...»; Ch. LARMORE, «Liberal Neutrality: A Reply to James Fishkin», *Political Theory*, núm. 17, 1989, 581 (versión en castellano de la traductora de este artículo).

guntas requiere atender a las relaciones entre la no-dominación y la libertad. Si pensamos en la libertad como el *summum bonum*, como algunos teóricos nos proponen hacerlo, entonces la no-dominación tendría una relación similar con la libertad que la que acabo de argumentar tiene con la igualdad. La no-dominación sería un bien instrumental dirigido a la realización de la libertad. Yo quiero decir algo distinto. La no-dominación se relaciona de manera más estrecha con la libertad que con la igualdad; de hecho, la no-dominación es una forma de libertad. Como resultado, la literatura sobre la libertad es, en efecto, relevante para entender las fuentes de la dominación y los modos de corregirla, como veremos a continuación. Pero la no-dominación amerita una delimitación independiente, con el fin de evitar que nos enfrasquemos en controversias que no requieren ser resueltas para ofrecer una justificación convincente de la no-dominación como piedra fundante de la justicia.

La no-dominación es un término negativo, definido como la antítesis de la dominación. Más adelante diré algo más sobre su carácter negativo y reactivo. Aquí me centro en las restricciones particulares a la libertad a las que se dirige. Es decir, antes de enfocarnos en la no-dominación deberíamos decir algo sobre la dominación. Hay cuatro características de la dominación que ameritan particular atención.

La dominación es, en primer lugar, un tipo de no-libertad que involucra un elemento humano significativo. Un abismo natural o una condición médica pueden limitar nuestra libertad, pero no identificaríamos a ninguno de ellos como una fuente de dominación. Experimentamos la dominación cuando nuestra libertad se restringe porque estamos en poder de otros, sean ellos esclavistas, torturadores, esposos o empleadores. Con esto no quiero insistir en que la dominación resulta siempre de la agencia humana consciente. La dominación puede ser experimentada como subproducto de estructuras políticas, sociales y económicas. Tales estructuras no se reducen a la agencia humana, pero no podrían existir sin ella. Este elemento humano distingue a la dominación de otros tipos de no libertad, y significa que los llamados a eliminar las fuentes de la dominación están siempre dirigidas en algún sentido —por más atenuado que sea— a cambiar cosas que los seres humanos hacen.

La dominación es un tipo particular de no-libertad también en el sentido de que generalmente se considera que quienes son responsables de ella pueden alterarla. La libertad de un padre está restringida por el llanto de un niño, pero esto no constituye dominación porque el niño no tiene el poder de hacer nada al respecto. Cuando se acusa a una persona o un estado de cosas de ser responsable de dominación, se desencadena una presunción de que los agentes relevantes pueden comportarse de formas distintas que aliviarían esa dominación, al menos en principio. Las personas pueden, por supuesto, equivocarse en cuanto a lo que puede servir para aliviar la dominación; pueden atribuir su impotencia al rencor de un dios furioso que sólo puede aplacar su ira a través del sacrificio humano. O pueden identificar correctamente el odio étnico como la fuente de su opresión y tener razón en que, en principio, esta podría ser eliminada; sin embargo, es posible que nadie sepa cómo lograr esto en la práctica. La descripción de la no-libertad como dominación alude a la posibilidad de su eliminación; la realización de esa posibilidad es otro asunto.

Esto no quiere decir que todas las fuentes de dominación en el mundo pueden ser restringidas. Limitar el poder de los banqueros de inversión puede implicar aumen-

tar aquel de las agencias oficiales de regulación, y es una cuestión empírica definir si los reguladores son más o menos propensos que los banqueros a ejercer dominación. FOUCAULT puede haber estado en lo cierto en que eliminar un yugo que genera dominación normalmente genera nuevas posibilidades de dominación, pero es una pregunta abierta si ello sucede en todos los casos. Incluso si es así, algunos tipos de dominación serán más severos que otros, y algunos serán soportados por personas que son más vulnerables a sus efectos dañinos que otras. Cualquier teoría bien desarrollada de la no-dominación tendría que investigar estas diferencias. Mi visión del poder enfocada en los recursos tiene la intención de ser un paso en esa dirección.

La dominación es, en tercer lugar, un tipo de no libertad que lleva consigo el tufo de lo ilícito. Nuestra libertad es restringida con frecuencia cuando estamos bajo el poder de otros, pero esto no constituye dominación a menos que ese poder sea de alguna manera abusado o puesto forzosamente al servicio de un propósito ilegítimo. Los hijos están bajo el poder de sus padres, los estudiantes de sus profesores, los trabajadores de sus empleadores; en todos estos casos, su libertad está limitada. Pero sólo pensamos en ello como dominación si quienes tienen posiciones de autoridad abusan de su poder de alguna manera, como sucede cuando el empleador/a o profesor/a solicita los servicios sexuales de su subordinado/a como condición para darle un ascenso o una buena nota. Cuando las personas se acusan unas a otras de dominación, lo hacen para cuestionar la legitimidad de una relación de poder. Incluso las fantasías de dominación resaltan esto, al involucrar fetiches de mazmorras, esclavitud u otras formas de control ilícito. Cuando decimos que alguien es dominante, expresamos desdén; decir que alguien es poderoso no tiene necesariamente un sentido negativo. Las guerras de dominación no se consideran justas; mientras que las guerras para escapar a su yugo se consideran defendibles. Sin duda hay excepciones. Puede decirse que los equipos deportivos se dominan los unos a los otros sin que haya un prejuicio contra el dominador, y a veces los economistas dicen de manera neutra que una elección domina a otra, pero realmente estas son excepciones. La dominación, como tal, es rara vez defendida como algo deseable. Cuando lo es, como lo fue por NIETZCHE, ello en general se condena como una promoción amorala de un síndrome *übermensch*, o como algo peor³⁶.

Esto inevitablemente plantea la pregunta: ¿quién identifica el carácter ilícito de la dominación, y cómo? Frente a este desafío, yo he adoptado un enfoque en dos frentes, que involucra una deferencia matizada al conocimiento contextual o a la sabiduría de sus participantes. La idea es estar de acuerdo, pero sólo hasta cierto punto, con A. MACINTYRE y M. WALZER en que los valores que guían las prácticas sociales de los seres humanos deberían ser definidos por los participantes a través de procedimientos que han evolucionado a través del tiempo como procedimientos apropiados para hacer

³⁶ En cualquier caso, la defensa de NIETZCHE de la voluntad de poder es una teoría no del deseo de dominar a otros sino de comportarse con indiferencia frente a ellos. En efecto, NIETZCHE culpaba al advenimiento de la democracia de la dominación política y social —tal como los castigos criminales bárbaros— que identificaba a su alrededor. NIETZCHE sentía desprecio por el individualismo de su época, pero ello era así porque lo veía como una perversión del individualismo romántico, marcado por la decidida búsqueda de la grandeza, que él atesoraba; F. NIETZCHE, «The Genealogy of Morals», en *The Birth of Tragedy and the Genealogy of Morals*, traducido al inglés por F. GOLFFING, New York, Anchor Books, 1956, 158-229 (puede consultarse la versión en castellano: *Contribución a la genealogía de la moral*, traducida al castellano por J. E. DE MUNAGORRI, Madrid, Biblioteca Filosófica, 1929).

esas elecciones³⁷. Los participantes de un contexto particular dominan el conocimiento al nivel de la calle que es relevante para distinguir los usos lícitos de los usos ilícitos de la autoridad. Pero nuestra deferencia a esos participantes debería ser matizada porque los juicios externos pueden contribuir de manera apropiada allí donde hay intereses básicos en juego. Así, tiene sentido respetar los juicios de los padres sobre el tratamiento médico de sus hijos, pero no cuando el hijo de unos científicos cristianos morirá como resultado de que se le niegue una transfusión sanguínea. Tiene sentido ser deferentes a las prácticas gerenciales que han evolucionado dentro de compañías y universidades, pero no cuando ellas se convierten en cortinas de humo para cometer violaciones sexuales. Y tiene sentido exigir a los colegios que tengan en cuenta a los padres de familia en asuntos relativos a las convenciones sexuales, pero no cuando se trata de negar a los niños un conocimiento vital sobre las enfermedades de transmisión sexual. Si hay intereses básicos comprometidos o amenazados, lo correcto es que el estado se interese en el asunto, aun cuando la definición de lo que debería hacer depende de la gravedad de la amenaza a los intereses básicos y de la disponibilidad de instrumentos remediales que no creen formas de dominación más serias que aquellas que buscan prevenir³⁸.

En cuarto lugar, cuando la gente habla de la dominación y la no-dominación, se invoca un tipo distintivo de particularismo que no necesariamente está presente cuando se habla de la libertad o de su ausencia a un nivel más general. Este particularismo está ligado al hecho de que la dominación está enraizada en los arreglos colectivos de los seres humanos. Si, en última instancia, la dominación ocurre siempre como resultado de las acciones o prácticas de otros, entonces cualquier acusación de dominación conduce naturalmente a preguntas mordaces sobre esas acciones o prácticas. ¿De quién son esas acciones o prácticas? ¿Qué son? ¿Cómo producen control, y por qué es este ilícito? Como veremos, esto significa que los argumentos sobre la dominación involucran reclamos relacionales que invariablemente se arraigan en lo específico. Tal vez las personas no son libres en algún sentido existencial, como sucedería si el determinismo fuese cierto, si fuésemos «existencia hacia la muerte», como dijo HEIDEGGER³⁹, o por alguna otra razón no asociada a las relaciones humanas. Sin embargo, la dominación está enraizada en lo particular.

Una estrategia diferente, adoptada por Ph. PETTIT, consiste en tratar la no-dominación como el mecanismo político necesario para lograr el ideal filosófico de la igualdad. En la parte 4.5 tendré algo más que decir sobre los argumentos institucionales de PETTIT. Aquí diré simplemente que tratar la no-dominación como el instrumento para alcanzar la igualdad, como lo hace PETTIT, no le da importancia suficiente a la no-dominación como un ideal normativo a título propio y no como un simple instrumento para lograr algún otro beneficio. Más aun, a mí me preocupa una defensa de la no-dominación que la haga depender de que primero creamos en una visión particular

³⁷ A. MACINTYRE, *Tras la virtud*, traducido al castellano por A. VALCÁRCCEL, Barcelona, Crítica, 1987, 226-221; WALZER, *op. cit.*, 17-34.

³⁸ En esto hay un paralelo con la métrica de la justicia de RAWLS en la medida en que él aboga por los juicios interpersonales sobre bienes primarios pero no por los usos que la gente hace de esos bienes en sus planes de vida; *vid.* SHAPIRO, *Democratic Justice*, *op. cit.*, capítulos 2-3.

³⁹ M. HEIDEGGER, *Ser y tiempo*, traducido al castellano por J. E. RIVERA, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 4.ª ed., 2005.

y refutable de la liberad. PETTIT sostiene que la no-dominación es el mejor instrumento disponible para lograr su teoría de la libertad como «control discursivo». Algunos elementos de esta teoría de la libertad me parecen atractivos; otros me parecen problemáticos⁴⁰. Creo que es un error que la justificación de la no-dominación sea mantenida como rehén de la resolución de estas cuestiones⁴¹.

M. WEBER sostenía que la existencia de la dominación requiere «la presencia actual de *alguien* mandando eficazmente a *otro*»⁴². Mi concepción es más amplia en cuanto creo que la dominación puede ocurrir (y con frecuencia ocurre) sin que haya órdenes explícitas que emanen de agentes identificables. La dominación puede resultar de acciones involuntarias e inconscientes como un subproducto de la distribución de recursos, y puede estar incrustada en relaciones estructurales. Sin embargo, mi concepción es más estrecha que la de WEBER en cuanto yo considero que la dominación sólo emerge del ejercicio ilícito del poder. Con frecuencia se exige obediencia en ejércitos, compañías, equipos deportivos, familias, escuelas y una cantidad incontable de otras instituciones, pero esa obediencia no es dominación salvo que se la utilice en pos de un propósito ilegítimo. En suma, mi concepción de la dominación difiere de otros tipos de no-libertad en cuanto centra la atención en fuentes humanas particulares y alterables de control ilícito. De esa manera se evitan las dificultades inherentes a los compromisos generalizados con la libertad o con la igualdad. Como resultado, creo que el ideal de no-dominación ofrece un fundamento superior para el análisis y los argumentos políticos. La no-dominación puede apelar a las personas que creen que la libertad y la igualdad son los bienes supremos porque captura mucho de lo que motiva a esas personas a valorar tales ideales en primera instancia (yo considero que esto es un plus). Podemos concebir la no-dominación como parte del consenso superpuesto o del acuerdo no completamente teorizado entre los liberales, que valoran la libertad, y los igualitaristas, que valoran la igualdad⁴³.

4. CONCEPCIONES DE LA NO-DOMINACIÓN

La discusión precedente sugiere que la no-dominación debería preferirse como compromiso político fundacional por sobre la libertad o la igualdad, pero no nos dice todo lo que debemos saber sobre la no-dominación. En décadas recientes varios co-

⁴⁰ En particular, soy receloso de toda concepción de la libertad que requiera un compromiso previo con el acuerdo y con metas compartidas. Ph. PETTIT, *A Theory of Freedom*, London, Oxford University Press, 2001, 67 y ss. (la traducción al castellano es: Ph. PETTIT, *Una teoría de la libertad*, Madrid, Losada, 2006); *vid.* también PETTIT, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducido al castellano por T. DOMENECH, Barcelona, Paidós, 1999 (citado en adelante como PETTIT, *Republicanism*), discutido más adelante, en la parte 4.5.

⁴¹ Siendo justos con PETTIT, él no niega que puede haber defensas de la no-dominación distintas de la que él ofrece. Después de todo, su argumento es en primera instancia una teoría de la libertad, no de la no-dominación, así que uno podría interpretar que lo que dice PETTIT es que adoptar su justificación de la libertad como control discursivo es suficiente, más no necesario, para justificar la no-dominación tal como él la entiende.

⁴² M. WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, traducido al castellano por J. MEDINA ECHAVARRÍA, J. ROURA PARELLA, E. ÍMAZ, E. GARCÍA MÁYNEZ y J. FERRATER MORA, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, 43 (cursivas en el original).

⁴³ *Vid.* RAWLS, «Justicia como equidad», *op. cit.*; Cass R. SUNSTEIN, «Incompletely Theorized Agreements», *Harvard Law Review*, núm. 108, 1995, 1733.

mentaristas han aceptado la idea, pero le han dado significados distintos. Además de WALZER, también han apelado al ideal de no-dominación en sus argumentos políticos J. HABERMAS, M. FOUCAULT, Q. SKINNER y Ph. PETTIT. Cada una de sus visiones tiene algo digno de elogio, pero exhibe también limitaciones que, como explico, se combinan para sugerir la conveniencia de adoptar mi justificación alternativa de la no-dominación.

4.1. HABERMAS

A HABERMAS se lo conoce bien por basar su versión de la política democrática, junto con la idea prescriptiva de legitimidad que le sirve de guía, en aquello sobre lo cual se pondrían de acuerdo las personas en ausencia de coerción⁴⁴. La manera precisa en la cual HABERMAS define la noción de acuerdo no coercitivo ha evolucionado a lo largo del tiempo, desde versiones tempranas de una «situación ideal del habla» a sus textos más recientes sobre derecho y democracia⁴⁵. La noción de un acuerdo racional no coercitivo atraviesa sus diferentes formulaciones. HABERMAS quiere especificar los procedimientos y las restricciones que permitirían a las personas alcanzar un acuerdo genuino, lo cual significa que ellas no sufrirían ni de la confusión causada por la supersunción o la ideología, ni de la intimidación resultante de las exigencias de la subordinación. Las personas serían persuadidas por el mejor argumento porque se trata del mejor argumento. De algún modo, la versión de HABERMAS es menos ambiciosa que la de RAWLS: HABERMAS no especifica cuáles son las instituciones o los arreglos distributivos que él cree que serían seleccionados bajo sus condiciones ideales. En su versión, estos no son asuntos para la filosofía de butaca, sino que resultarían de las deliberaciones no coercitivas que las personas llevarían a cabo. Esto hace a HABERMAS inmune a las dificultades que RAWLS enfrenta al intentar establecer que las instituciones que él favorece serían elegidas en la posición original o apoyadas por su consenso superpuesto⁴⁶. Sin embargo, la posición de HABERMAS es más exigente que la de RAWLS en el sentido de que en su teoría, tal y como ha evolucionado, no hay nada semejante al giro «político, no metafísico» de RAWLS. HABERMAS, que en el fondo es un kantiano iluminista, espera que las personas no sólo puedan ponerse de acuerdo sobre las respuestas correctas a preguntas normativas sobre la política, sino también que, si deliberan de manera apropiada y con buena fe, puedan igualmente ponerse de acuerdo sobre por qué son esas las respuestas correctas. En efecto, sin este acuerdo de segundo orden, su deliberación no puede ser considerada auténtica. Y mientras que, a diferencia de RAWLS, HABERMAS no excluye que los argumentos tengan motivaciones religiosas y sectarias de otro

⁴⁴ Para todas las intenciones y propósitos, el uso que hace HABERMAS del término «legitimidad» es equivalente a lo que yo quiero decir con «justicia».

⁴⁵ Sobre la situación ideal de habla, *vid.* J. HABERMAS, «Wahrheitstheorien», en H. FAHRENBACH (ed.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Pfullingen, Neske, 1973, 211; y, «Reflections on the Linguistic Foundations of Sociology», en J. HABERMAS, *On the Pragmatics of Social Interaction*, Cambridge, MA, MIT Press, 2001, 1. Para formulaciones posteriores, *vid.* J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducido al castellano por M. JIMÉNEZ REDONDO, Madrid, Trotta, 1998, 4.ª ed.; J. HABERMAS, «Corrección normativa versus verdad. El sentido de la validez deontológica de los juicios y normas morales», en J. HABERMAS, *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*, traducido al castellano por P. FABRA y L. DíEZ, Madrid, Trotta, 2002, 261.

⁴⁶ *Vid.* SHAPIRO, *Los fundamentos morales de la política*, traducido al castellano por I. ROFFE, México, El Colegio de México, 2007, 147-187.

tipo, sí espera que las personas se pongan de acuerdo en que solo las razones seculares serán aceptadas como razones elocuentes en escenarios deliberativos formales tales como los debates parlamentarios o los procesos legislativos⁴⁷. La ética del discurso de HABERMAS no se conforma con meras coaliciones tácticas ni con ningún tipo de *modus vivendi*. Su ideal es el acuerdo deliberativo en la arena pública, modelado sobre la base de su visión del tipo de *intelligentsia* comprometida que él cree existió en la Europa del siglo XIX, pero que en su opinión se vio afectada por la evolución posterior de las economías, sociedades y formas de gobierno modernas⁴⁸.

En ocasiones, los defensores de HABERMAS hacen énfasis en que sus teorías de la situación ideal de habla y de la ética comunicativa no tienen el propósito de describir escenarios deliberativos reales; simplemente expresan un ideal regulativo que está diseñado para ayudarnos a razonar sobre las restricciones y precondiciones apropiadas para la política democrática⁴⁹. Quizás sea así, pero su ideal regulativo reposa al menos en dos suposiciones extravagantemente exigentes. La primera es que, en el fondo, todas las personas son kantianas; que todo el mundo puede ser llevado a aceptar que sólo las visiones que pueden traducirse a un lenguaje secular convincente pueden tener una influencia legítima en el debate político público. Dado que no hay ninguna buena razón empírica para creer esto, la posición de HABERMAS equivale a privilegiar de manera unilateral las visiones seculares universales, lo cual constituye un tipo de extralimitación racionalista que supone lo que HABERMAS debería demostrar. Esto puede simpatizarle a quienes ya están de acuerdo con HABERMAS, pero es poco probable que persuada a los que más requieren ser persuadidos⁵⁰. Imagínese intentar convencer a un fundamentalista religioso de que no es tendencioso exigir que sus visiones religiosas sean defendibles e un lenguaje secular para que puedan jugar un rol en la política. El objetivo de limitar la dominación no debería ser rehén de la posibilidad de que las mentes pueden en principio encontrarse, por más especulativa que ella sea.

La segunda suposición extravagante es que es posible establecer un conjunto de restricciones que harían desvanecer del debate político las amenazas de poder y coerción. Esto es necesario para que la empresa de HABERMAS despegue porque la deliberación en escenarios cargados de poder es inherentemente sospechosa. Incluso si, suponiendo lo imposible, pudiesen diseñarse procedimientos para alcanzar este resultado, no es claro lo que se habría demostrado. La empresa habermasiana consiste en poner como precondiciones de la política democrática las propias cuestiones que generan la necesidad de esas precondiciones. Es justamente porque el poder es endémico a la

⁴⁷ J. HABERMAS, «La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el “uso público de la razón” de los ciudadanos religiosos y seculares», traducido al castellano por F. J. GIL MARTÍN, en J. HABERMAS, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006, 121; J. HABERMAS, «Lo político: el sentido racional de una cuestionable herencia de la teología política», en E. MENDIETA y J. VAN ANTWERPEN (eds.), *El poder de la religión en la esfera pública*, traducido al castellano por J. M.^a CARABANTE y R. SERRANO, Barcelona, Trotta, 2011, 23.

⁴⁸ J. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, traducido al castellano por A. DOMENECH, Barcelona, Gustavo Gili, 1994, 4.^a ed.

⁴⁹ Vid. K. OLSON, «Deliberative Democracy», en B. FULTNER (ed.), *Jürgen Habermas: Key Concepts*, Durham, NC, Acumen Press, 2011, 140.

⁵⁰ Vid. M. COOKE, «Violating Neutrality? Religious Validity Claims and Democratic Legitimacy», en C. CALHOUN, E. MENDIETA y J. VAN ANTWERPEN (eds.), *Habermas and Religion*, Cambridge, UK, Polity Press (en prensa, 2012).

interacción humana que surge el imperativo de manejar las relaciones de poder con el fin de que la posibilidad de dominación sea mitigada cuando no se la puede evadir. Pero para que sea útil, ese imperativo debe basarse en una comprensión de la manera como el poder opera en la realidad, no en una serie de especulaciones sobre cómo sería el mundo si no existiera el poder⁵¹. La estrategia habermasiana ignora la realidad que motiva este proyecto, esto es, que las relaciones de poder son endémicas a la interacción humana. Sin las relaciones de poder, la política democrática sería innecesaria.

4.2. FOUCAULT

La visión de la dominación de FOUCAULT es más atractiva que la de HABERMAS porque se basa en el reconocimiento de que el poder no puede ser erradicado. En una serie de historias de las relaciones sociales que van desde la vida familiar hasta la sexualidad, la demencia, el encarcelamiento y otras formas de control social, FOUCAULT ha expuesto el oscuro punto débil de la Ilustración⁵². FOUCAULT ofrece ejemplos fascinantes de las formas en las cuales la coerción desnuda fue desplazada por mecanismos más sutiles de control, que con frecuencia se hacen pasar por instrumentos de liberación. Por más convincentes que sean sus historias, desde el punto de vista que esgrimo aquí, la perspectiva de FOUCAULT se queda corta de tres maneras.

En primer lugar, es muy reduccionista. Soy lo suficientemente foucaultiano para creer que especular sobre lo que sería la política en ausencia de la dominación es una pérdida de tiempo, pero difiero de FOUCAULT pues pienso que en la interacción humana hay más que las relaciones de poder que la permean. Puesto de esta manera, es posible que FOUCAULT no hubiese estado en desacuerdo con mi argumento, pero nunca dijo nada que sugiriera que las dimensiones de poder de la interacción humana eran distinguibles de sus otras características de un modo importante. En el curso normal de los acontecimientos hay, sin duda, un ejercicio del poder en las aulas, las empresas, las familias, y las iglesias, pero en esos lugares suceden muchas otras cosas también: ilustración, producción, amor, veneración. Reducir esas actividades a las relaciones de poder que las permean pasa por alto el desafío básico que se plantea desde el punto de vista de la no-dominación, consistente en permitir, tanto como sea posible, que las personas lleven a cabo las actividades que le dan a la vida su significado y propósito, al tiempo que se limita el potencial de dominación que acompaña a tales actividades. Fue esto lo que me hizo desarrollar la noción de democracia como un bien condicionante

⁵¹ *Vid.*, para una elaboración, SHAPIRO, *Estado*, *op. cit.*, 56-58; *vid.* también A. AZMANOVA, *The Scandal of Reason*, New York. Columbia University Press, 2011, capítulo 2.

⁵² M. FOUCAULT, *La arqueología del saber*, traducido al castellano por A. GARZÓN DEL CAMINO, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2002; M. FOUCAULT, *El orden del discurso*, traducido al castellano por A. GONZÁLEZ TROYANO, Barcelona, Tusquets, 1992; M. FOUCAULT, *Historia de la locura en la época clásica*, traducido al castellano por J. J. UTRILLA, México, Fondo de Cultura Económica, 1988; M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar: El nacimiento de la prisión*, traducido al castellano por A. GARZÓN DEL CAMINO, México, Siglo XXI, 1976; M. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad*, traducido al castellano por U. GUINAZÚ, México y Madrid, Siglo XXI, 1998; J. HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, traducido al castellano por R. GARCÍA COTARELO, Buenos Aires, Amorrortu, 1975; J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, t. I, traducido al castellano por M. JIMÉNEZ REDONDO, Madrid, Taurus, 1987; J. HABERMAS, «Tres modelos normativos de democracia», en *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, traducido al castellano por J. C. VELASCO ARROYO y G. VILAR ROCA, Barcelona, Paidós, 1999, 231-246.

o subordinado, que se orienta a domesticar las dimensiones de poder de la interacción humana mientras que restringe lo menos posible los demás bienes que persiguen las personas.

Además, la perspectiva de FOUCAULT carece de las herramientas necesarias para distinguir los ejercicios lícitos e ilícitos del poder. El esfuerzo por conseguir los bienes que buscamos involucra inevitablemente un ejercicio de poder, cuando menos debido a lo mucho que la vida social humana se encuentra ordenada de manera jerárquica. Pero las jerarquías no son intrínsecamente cuestionables. Como anoté en la parte 2.3, lo que es cuestionable es el abuso de las jerarquías para propósitos ilícitos. Sin duda, con frecuencia será —y debería ser— objeto de disputa si una jerarquía está siendo abusada o no. Por eso yo abogo por que haya mecanismos que faciliten la posibilidad de controvertir, así como por una serie de cuestionamientos sobre las jerarquías que estén diseñados para sacar a la luz los usos ilícitos del poder y para prevenir que estos se deformen y conviertan en sistemas de dominación. Estos cuestionamientos se refieren al grado en el cual las jerarquías particulares son inevitables, eludibles, elegidas, aisladas, o se eliminan por sí solas⁵³.

Un tercer problema concomitante es que el trabajo de FOUCAULT no logra diferencia entre distintos usos ilícitos del poder. Él no hace nada para ayudarnos a distinguir entre formas de dominación más y menos malignas. En contraste, en mi teoría la dominación que involucra los intereses básicos de las personas es peor que la que no lo hace. Un millonario puede estar en posición de dominar a una esposa que sabe que, debido a un acuerdo prenupcial, puede perder millones en caso de divorcio. Pero esto merece una atención menor que el caso de una esposa que en la eventualidad de un divorcio se enfrentara a la posibilidad de pobreza extrema si no se le garantizaran las necesidades básicas para sobrevivir. Ambas son relaciones de dominación, pero una es peor. Justamente *porque* la ubicuidad de las relaciones de poder hace que el potencial de dominación siempre esté presente, es relevante poder decidir cuáles son las relaciones de poder más importantes desde la perspectiva de la justicia. Mi teoría del poder enfocada en los recursos facilita que se hagan los juicios comparativos pertinentes.

4.3. WALZER

La visión de WALZER tiene el mérito de enfocarse en las formas en las cuales las personas utilizan los recursos bajo su control para dominarse las unas a las otras. Además, WALZER tiene razón en que el uso de los recursos que son relevantes para una esfera de actividad humana con el fin de ejercer influencia en otra esfera puede ser una fuente de dominación, ya que ello constituye con frecuencia una fuente de ilicitud. Sin embargo, aunque ofrece una buena justificación de la resistencia a este tipo de dominación, es sorprendente lo poco que tiene que decir sobre la forma en que esa resistencia puede hacerse efectiva —sobre cómo las fronteras entre esferas deberían mantenerse robustas—. WALZER tampoco tiene nada que decir acerca de la manera como deberían resolverse los desacuerdos relativos a cuáles son los bienes relevantes para las diferen-

⁵³ Para una elaboración, *vid.* SHAPIRO, *Democratic Justice*, *op. cit.*, capítulo 3.

tes esferas⁵⁴. En contraste, yo sostengo que todos los dominios de la interacción humana deberían estar sujetos a restricciones democráticas condicionantes. Estas varían con el tiempo y las circunstancias, pero siempre incluyen los mecanismos que permiten participar en la toma de decisiones sobre la naturaleza de los bienes en cuestión y los derechos de oposición que hacen posible intentar cambiar esas decisiones.

WALZER también se equivoca al pensar que la transgresión de las fronteras que describe es la única, o incluso la principal, fuente de dominación en el mundo. En una fecha tan reciente como los años cincuenta, en la mayoría de estados de los Estados Unidos, no existía tal cosa como la violación marital por presunción legal concluyente, y la doctrina de la inmunidad frente a las reclamaciones por daños entre esposos blindaba a los maridos de la responsabilidad por agresión y por otras formas de daños causados a sus mujeres. Tras décadas de oposición por parte del movimiento de mujeres, tanto la excepción de la violación marital como la inmunidad a la responsabilidad por daños entre esposos han sido abolidas, pero esto no fue para nada el resultado de aislar la esfera de la vida doméstica de las normas que estaban fuera de ella. Por el contrario, para la abolición de estas reglas fue necesario un ataque frontal a los valores que gobernaban la definición del matrimonio y una transgresión activa de las fronteras que protegían a la «integridad» de la familia de los valores igualitaristas que prevalecían fuera de ella⁵⁵. Mi noción de la democracia como bien condicionante involucra cierto nivel de deferencia a los valores imperantes, pero sólo en la medida en que esto no vuelva a las personas vulnerables a la dominación al poner en riesgo sus intereses básicos. Ser vulnerable a alguien que puede violarte o agredirte con impunidad compromete tus valores básicos.

4.4. SKINNER

La aproximación de Q. SKINNER a la no-dominación emplea el lente de lo que él llama la concepción «neo-romana» o republicana de la libertad. En su visión, la concepción neo-romana captura la comprensión más adecuada de la tradición libertaria negativa, que SKINNER espera rescatar de las garras de HOBBS y sus sucesores. Aunque los hobbesianos pueden haber «ganado la batalla», SKINNER no está dispuesto a tirar la toalla y admitir el fracaso en la guerra más larga. Su proyecto consiste en defender de manera convincente la idea de que la tradición republicana ofrece una versión de la libertad negativa que es superior a la hobbesiana, una versión que apela a la idea de un estatus independiente marcado por la ausencia de dominación⁵⁶.

Como lo anota SKINNER en *Hobbes y la libertad republicana*, aunque hay alguna variación en la manera como HOBBS definió la libertad en distintos escritos, en el *Leviatán* claramente parece operar con un prototipo de la visión negativa de la libertad.

⁵⁴ Para una elaboración, *vid.* I. SHAPIRO, *Political Criticism*, Berkeley, CA, University of California Press, 1990, capítulo 3.

⁵⁵ Sobre las cambiantes leyes relativas a la violación marital en Estados Unidos, *vid.* D. E. H. RUSSELL, *Rape in Marriage*, 2.^a ed., Bloomington, IN, Indiana University Press, 1990; R. M. RYAN, «The Sex Right: A Legal History of the Marital Rape Exception», *Law and Social Inquiry*, núm. 20, 1995, 941.

⁵⁶ Q. SKINNER, *Hobbes y la libertad republicana*, traducido al castellano por J. UDI, Bernal, Prometeo, 2010, 172.

Al hablar de la libertad haciendo referencia a la ausencia de impedimentos externos, al describir la libertad del sujeto haciendo referencia al «silencio de la ley» y a «aquellas cosas que en la regulación de sus acciones ha predeterminado el soberano: por ejemplo, la libertad de comprar y vender y de hacer, entre sí, contratos de otro género; de escoger su propia residencia, su propio alimento, su propio género de vida, e instruir (*sic*) sus niños como crea conveniente, etc.»⁵⁷, claramente HOBBS parece estar pensando en que la libertad individual connota una zona de acción en la cual el individuo es dejado solo por el Estado para que haga lo que a bien tenga. A pesar de que su teoría pronto se convierte en un absolutismo anacrónico, según la lectura de SKINNER, HOBBS ganó la batalla histórica, al avanzar la visión libertaria negativa de la libertad.

He anotado en otro lugar que hay algo de razonable en esta versión⁵⁸, pero SKINNER extrae las conclusiones morales y políticas equivocadas pues no logra apreciar lo que hay de problemático en la distinción entre la libertad negativa y la positiva. Con frecuencia se cree que la diferencia entre libertad negativa y positiva está basada en que, mientras que los libertarios negativos se enfocan principalmente en los impedimentos a la acción, los libertarios positivos se preocupan esencialmente por aquello que el agente está en condiciones de hacer. Escritores como ROUSSEAU y HEGEL son vistos como libertarios positivos porque conciben la libertad como un concepto de «ejercicio» y no como un concepto de «oportunidad», de acuerdo con el sentido que Ch. TAYLOR da a estos términos. Para los libertarios positivos, la libertad consiste en ejercitar las capacidades humanas para alcanzar el potencial que nos caracteriza, y no somos libres en la medida en que esta posibilidad esté atenuada o bloqueada por arreglos sociales perjudiciales⁵⁹. Los libertarios positivos conectan generalmente la libertad individual con la participación en instituciones sociales y políticas, una participación a través de formas que lleven a las personas a realizar su potencial.

Desde los escritos de BERLIN, ha sido convencional criticar a los libertarios positivos sobre la base de que su doctrina supone de manera equivocada que podemos saber cuál es el potencial de las personas, de forma tal que podemos entonces diseñar arreglos colectivos para facilitar que ese potencial sea alcanzado⁶⁰. El caso límite de esta dificultad está ejemplificado por el eslogan de ROUSSEAU de que la exigencia de obedecer la voluntad general puede implicar que una persona sea «obligada a ser libre»⁶¹. Si las personas son coaccionadas a llevar a cabo ciertos tipos de participación colectiva con el fin de alcanzar una meta o concepción particular de la buena vida, entonces es difícil ver en qué sentido relevante se puede decir que son libres. Como resultado, con frecuencia se considera que BERLIN y sus seguidores tienen razón al sostener que la concepción positiva de la libertad es incoherente.

⁵⁷ HOBBS, *Leviatán*, traducción al castellano y prefacio de M. SÁNCHEZ SARTO, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 173-174, 179.

⁵⁸ SHAPIRO, *Evolution*, *op. cit.*, 39-40, 276-277.

⁵⁹ Ch. TAYLOR, «What's Wrong with Negative Liberty», en A. RYAN (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1979, 179 (la versión en castellano es: Ch. TAYLOR, «¿Cuál es el problema de la libertad negativa?», en Ch. TAYLOR, *La libertad de los modernos*, traducido al castellano por Ph. DE LARA, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu, 2005).

⁶⁰ I. BERLIN, «Dos conceptos de libertad», en I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducido al castellano por J. BAYÓN, Madrid, Alianza Universitaria, 1988, 187.

⁶¹ J.-J. ROUSSEAU, *El contrato social*, Valladolid, Maxtor, 2008, 32.

En parte, SKINNER quiere acompañar a BERLIN, pues está de acuerdo en que la concepción positiva es problemática. Sin embargo, SKINNER cree que la concepción maquiavélica o neo-romana de la libertad que él defiende ha sido clasificada de manera equivocada como una concepción positiva por el hecho de requerir la participación activa de los ciudadanos —tanto en el ejército como en la vida cívica de la república—. Para SKINNER, el requisito de MAQUIAVELO de prestar un servicio cívico es instrumental a la libertad de los ciudadanos republicanos. Se trata de un requisito necesario para que puedan protegerse a sí mismos de la dominación externa proveniente de vecinos agresivos y de la dominación interna proveniente de las élites domésticas ávidas de poder. Como resultado, SKINNER se resiste a la sugerencia de que una concepción negativa de la libertad no pueda incluir las exigencias del servicio cívico, y sostiene que una concepción que los incluya es, en efecto, superior a la concepción hobbesiana negativa⁶². En esta versión, la libertad es la antítesis de la esclavitud; somos libres cuando somos seres independientes y los actos virtuosos del servicio público son necesarios para asegurar ese estatus. Como lo pone SKINNER, «de acuerdo con los teóricos republicanos, la libertad humana no sólo se ve suprimida por actos de interferencia, sino también —y más fundamentalmente— por la presencia de un poder arbitrario. La mera existencia de relaciones de dominación y dependencia en el seno de una asociación política nos rebajaría de la condición de *liberi homines* u “hombres libres” a la de esclavos»⁶³.

Resulta atractivo que SKINNER se enfoque en la dominación como la fuente relevante de la ausencia de libertad en la política. Pero al caer en la dicotomía de la libertad negativa/positiva con el fin de rescatar la visión negativa de las garras de HOBBS y sus sucesores, a SKINNER se le escapa lo que está en juego en el debate y lo que resulta más cuestionable de la versión hobbesiana de la libertad. En mi opinión, deberíamos estar de acuerdo con G. MACCALLUM en que el debate entre los libertarios negativos y positivo desvía la atención de lo que más importa en las discusiones sobre la libertad y la dominación, y perpetúa discusiones que no pueden ser resueltas porque los protagonistas de ambos lados tienen razón sobre el demérito de los argumentos de sus oponentes⁶⁴.

MACCALLUM señala que cualquier afirmación sobre la libertad involucra como mínimo una referencia a los agentes, a las condiciones que restringen (o habilitan) y a la acción. Frente a cualquier uso del término libertad, siempre tiene sentido preguntar: ¿quién es libre, de qué restricción (o en razón de qué condición habilitante) y para realizar qué acción? Mi sugerencia es que refrendemos la versión de MACCALLUM pero la

⁶² Q. SKINNER, «La idea de libertad negativa: perspectivas filosóficas e históricas», en R. RORTY, J. B. SCHNEEWIND y Q. SKINNER (comps.), *La filosofía en la historia. Ensayos de historiografía de la filosofía*, Barcelona, Paidós, 1990, 240 (citado en adelante como SKINNER, «Libertad negativa»).

⁶³ SKINNER, *Hobbes y la libertad republicana*, op. cit., 169. Una concepción comparable nutre la imagen afirmada por J. G. A. POCOCK y otros, quienes ofrecen lecturas «humanistas cívicas» de las motivaciones de los revolucionarios norteamericanos; su concepción de libertad expresa el ideal del granjero propietario independiente; vid. J. G. A. POCOCK, *El momento maquiaveliano*, Madrid, Tecnos, 2002; vid. también G. WOOD, *The Radicalism of the American Revolution*, New York, AA Knopf, 1992; B. BAILYN, *Los orígenes ideológicos de la Revolución americana*, Buenos Aires, Paidós, 1972.

⁶⁴ G. MACCALLUM, JR., «Negative and Positive Freedom», en P. LASLETT, W. G. RUNCIMAN y Q. SKINNER (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, serie 4, Oxford, Basil Blackwell, 1972 (citado en adelante como MACCALLUM); I. SHAPIRO, «Gross Concepts in Political Argument», en I. SHAPIRO, *The Flight from Reality in the Human Sciences*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2005, 152.

modifiquemos para tener en cuenta que, cuando hablamos de libertad *política*, entra a colación un cuarto término relacionado con la legitimidad, que se refiere a la pregunta: ¿por qué —en virtud de qué autoridad— es el agente libre? Mientras que en la descripción de MACCALLUM la libertad es una relación triádica que incluye a los agentes, las condiciones restrictivas (o habilitantes) y las acciones; yo complemento su versión al sugerir que la mejor manera de concebir la libertad política es como una relación de cuatro términos que incluye tanto estos tres términos como las condiciones que dotan de autoridad a la libertad⁶⁵. Esta referencia a las condiciones que dotan de autoridad a la libertad es vital para mi teoría de la no-dominación, pues provee tanto la invitación a como la base para distinguir entre restricciones lícitas e ilícitas a la libertad o a los modos de ejercerla.

SKINNER sostiene que, pese a los argumentos en sentido contrario, la versión de MACCALLUM es en realidad una versión de la doctrina de la libertad negativa: «En la medida en que el análisis de MACCALLUM sugiere una comprensión negativa de la libertad como ausencia de restricciones a las opciones de los agentes (lo cual hace), esta (“que la única versión coherente que puede darse del concepto de libertad es negativa”) también es la implicación de su versión y de aquellas que dependen de ella»⁶⁶. Pero esta aseveración pasa por alto el punto de MACCALLUM. Su argumento es que todas las versiones de la libertad contienen elementos tanto negativos como positivos, algunos de los cuales están usualmente implícitos; que los libertarios negativos se enfocan principalmente en las restricciones, mientras que los libertarios positivos se preocupan por las condiciones habilitantes.

Sin duda, MACCALLUM reconoce que todos los conceptos inteligibles de la libertad involucran alguna noción de restricciones o de ausencia de las mismas, pero hablar de la libertad como la ausencia de restricción o limitación no hace que una teoría se convierta en «negativa» por el simple hecho de que este elemento nunca podría equivaler a una teoría de la libertad. En la teoría de MACCALLUM, la propia oposición entre libertad negativa y positiva debería evitarse, pues las restricciones y las condiciones habilitantes pueden ser fácilmente re-descritas como unas y otras. En efecto, las discusiones entre los libertarios negativos y positivos son análogas a las discusiones sobre si un prisionero no es libre por la presencia de una puerta bajo llave o por la ausencia de una llave. Por tanto, en opinión de MACCALLUM, es engañoso pensar que el lenguaje negativo o positivo es indicativo de alguna diferencia conceptual relevante⁶⁷.

La discusión que propone SKINNER en *Hobbes y la libertad republicana* se basa en una discusión previa que él hizo de las ideas de MACCALLUM, y lo que dice sobre la libertad republicana deja en claro que SKINNER no ha apreciado la fuerza de la tesis de MACCALLUM. Planteándolo en términos de mi versión modificada del esquema de MACCALLUM, SKINNER se enfoca centralmente en el estatus independiente del agente; al hacerlo, reduce la libertad al primer y cuarto término de la relación, en la medida en que el estatus del agente como persona libre o como esclavo depende de la autoridad legítima prevaleciente. El hecho de que la teoría de SKINNER guarde silencio sobre el segundo y tercer término de la relación —las acciones realizadas y las restricciones (o

⁶⁵ SHAPIRO, *Evolution*, *op. cit.*, 14-19.

⁶⁶ SKINNER, «Libertad negativa», *op. cit.*, 231, nota 8.

⁶⁷ MACCALLUM, *op. cit.*, 182, nota 9.

condiciones habilitantes) que impiden (o facilitan) su realización— hace evidente que se trata de una teoría parcial de la libertad.

¿Por qué es esto importante? La respuesta que motivó a MACCALLUM y que me motiva a mí es que lo que resulta trascendental en las discusiones sobre la libertad no es el vocabulario que se utiliza, sino más bien lo que las distintas personas realmente pueden o no hacer en el mundo. SKINNER está en lo cierto al decir que un esclavo no podría considerarse libre, incluso si se encontrara bajo la dominación de un esclavista que fuese benigno en términos comparativos y que le permitiera tener algunos recursos discrecionales y un margen de elección, ya que en todo caso el estatus de persona del esclavo se vería comprometido⁶⁸. Sin embargo, como lo anoté en la parte 2.3, conceder el punto de SKINNER no resuelve mucho de lo que está en juego entre las diferentes visiones que se enfrentan en la actualidad, pues casi cualquier teoría política disponible condena la esclavitud. SKINNER podría responder a esto que su ideal neo-romano excluye también otros estatus serviles, tales como la servidumbre, el apartheid, el patriarcado, y los sistemas de castas. No tengo ningún problema en conceder este punto, pero continúo preguntándome si en realidad hay un protagonista serio del otro lado de la discusión, y en todo caso quién es.

Como es bien sabido, A. FRANCE se burló de «*la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain*»⁶⁹. La eliminación de la subordinación formal es sin duda importante desde el punto de vista de la no-dominación, pues cuando estamos en presencia de jerarquías de estatus éstas invariablemente se convierten en el centro de la disputa; pero su eliminación rara vez es suficiente para socavar la dominación. Una persona con el *estatus* de ciudadano libre puede enfrentar obstáculos tan enormes para realizar una serie de acciones disfrutadas por otras personas de manera rutinaria, que no nos inclinaríamos a concebirla como una persona inmune a la dominación. En décadas recientes, muchas empresas han despedido empleados y luego los han recontratado para realizar los mismos trabajos que hacían antes pero como contratistas independientes con salarios inferiores y sin prestaciones sociales. Su *estatus* como personas independientes ha aumentado, pero sería difícil argumentar de manera convincente que son menos vulnerables a la dominación que antes.

Este es el punto de MACCALLUM: en lugar de intentar reducir la libertad a uno u otro de sus componentes relacionales, deberíamos adoptar su teoría anti-reduccionista. El esquema de MACCALLUM es en sí mismo formal y vacío, pues refleja lo que podemos describir como la gramática analítica de la libertad. La esperanza de MACCALLUM es que, si adoptamos su teoría, en lugar de continuar participando en debates interminables sobre los «tipos» de libertad, podríamos cambiar de tema y enfocarnos más bien en las condiciones del mundo real que moldean no sólo el estatus de los agentes sino también las acciones que ellos pueden aspirar a realizar y los recursos y restricciones que afectan tales aspiraciones. Desde esta perspectiva, la visión de la libertad negativa que emerge de HOBBS es sin duda censurable, pero su deficiencia no puede remediar-

⁶⁸ Esto no ofrece una analogía exacta con la teoría de HOBBS, en la cual, aunque el sujeto depende del silencio del soberano para ser libre, este no es su dueño.

⁶⁹ A. FRANCE, *Le Lys Rouge*, Paris, Calmann-Lévy, 1992 [1894], 118.

se mediante su contraposición a una visión neo-romana que reduce los reclamos sobre la libertad a reclamos sobre el estatus de los agentes.

4.5. PETTIT

La teoría de SKINNER se desarrolla a un nivel bastante abstracto si se la considera desde el punto de vista de los arreglos institucionales existentes en la vida real. La discusión que ofrece PETTIT en su libro *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* y en textos posteriores tiene la ventaja de involucrarse con los arreglos institucionales de manera más directa. Y hay mucho de lo que PETTIT dice que coincide con mis argumentos institucionales. Yo estoy de acuerdo con su aseveración de que, en general, el mejor camino para mitigar la dominación consiste en democratizar las relaciones de poder. De manera más concreta, estoy de acuerdo con su argumento de que esto implica no sólo una presunción en favor de la participación incluyente en la toma de decisiones que nos afectan, sino también una presunción de que las personas siempre deberían ser libres de oponerse [«disputar» («*contestation*»)] es la palabra que usa PETTIT] a las decisiones con las que no están de acuerdo, incluso cuando se ha llegado a esas decisiones a través de medios democráticos legítimos⁷⁰. También estoy de acuerdo en que, con frecuencia, lo que resulta más importante para que alguien tenga poder sobre alguien es la capacidad de interferir, no tanto la interferencia que de hecho suceda; es esa capacidad de interferencia lo que requiere un manejo institucional que prevenga la dominación⁷¹.

A pesar de estos puntos de acuerdo, PETTIT y yo tenemos desacuerdos sustanciales. Estos se derivan de que la discusión de PETTIT le pone sorprendentemente poca atención a la seriedad relativa de los diferentes tipos de dominación, de que su definición de dominación lo engeuece frente a las formas en las cuales el poder puede ser utilizado para debilitar la dominación tanto como para causarla, de que (en sentido inverso) su justificación de los movimientos sociales y las asociaciones cívicas subestima las formas en que estos pueden promover la dominación en lugar de debilitarla, y de que su teoría del estado democrático como el instrumento principal de resistencia a la dominación está, en realidad, restringida hasta el punto de la impotencia por su teoría republicana de las instituciones.

El primer conjunto de desacuerdos tiene raíz en la decisión de PETTIT de definir la dominación exclusivamente en relación con la capacidad de interferencia arbitraria en las elecciones de otra persona, sin atender a la naturaleza o importancia de tales elecciones. Cuando comienza a analizarla, PETTIT hace una reverencia a la proposición según la cual «la dominación en algunas áreas será probablemente considerada más dañina que en otras; mejor ser dominado en actividades menos centrales, por

⁷⁰ No me queda del todo claro cuál es la base primordial de esta presunción en la teoría de PETTIT. En mi opinión, esta se deriva del hecho de que no hay una regla de decisión democrática perfecta lo cual implica que incluso los mejores procedimientos democráticos dejarán a algunas personas sintiéndose no sólo agraviadas sino legítimamente agraviadas.

⁷¹ PETTIT sostiene que tener el poder de interferir arbitrariamente con alguien es en sí mismo dominación, mientras que yo digo que ello crea la posibilidad de que haya dominación. Como explico abajo, en parte esta diferencia da cuenta de la actitud esquizoide de PETTIT frente al Estado.

ejemplo, que en actividades más centrales»⁷². Pero PETTIT nunca define la noción de centralidad y, como veremos, las consideraciones que se relacionan con esa noción no juegan ningún rol en sus recomendaciones institucionales. Él habla brevemente de qué tan «extendida» es la dominación, por lo cual entiende el número de asuntos sobre los cuales las personas tienen libertad de elegir; y habla con mayor amplitud sobre la «intensidad» de la dominación⁷³. No es del todo claro qué quiere decir esto específicamente, pero tiene que ver con el grado en el cual quienes tienen poder pueden actuar con impunidad. Los tiranos absolutos ejercitan la dominación con mayor intensidad que los esposos maltratadores que calculan de manera oportunista que pueden contar con una aplicación laxa de las leyes contra el maltrato conyugal⁷⁴. Pero ni el número de las elecciones ni la intensidad de la dominación se refieren a la importancia de la elección en cuestión, de la cual PETTIT no tiene prácticamente nada que decir.

Las implicaciones de esta omisión se vuelven claras en su discusión del igualitarismo. PETTIT distingue el igualitarismo «material» del igualitarismo «estructural». Por igualitarismo «estructural», entiende los «poderes» que «incluyen todos aquellos factores que pueden incidir en el tejido político, jurídico, financiero y social»⁷⁵. PETTIT piensa que, con respecto a estas cosas, son importantes tanto la igualdad absoluta como la igualdad relativa porque el que una persona sea víctima potencial de dominación depende no sólo de sus propios poderes sino también de los poderes de otros. En sus palabras, «en el país de los ciegos, el tuerto es el rey»⁷⁶. Dado que «el valor absoluto de la intensidad de no-dominación de que disfruta una persona esta en función del valor relativo a los poderes», en el proyecto de no-dominación de PETTIT es esencial atender a la «tasa de poder en el conjunto de la sociedad»⁷⁷. Con respecto a estas tasas de poder, PETTIT alega, en consecuencia, que aumentar la desigualdad es presuntamente una mala idea porque el aumento del poder relativo tiene lo que él llama una «productividad marginal decreciente», mientras que los pasos hacia la igualdad son deseables⁷⁸.

Más allá de la plausibilidad de estos argumentos⁷⁹, PETTIT los distingue de su posición sobre las desigualdades «materiales», frente a las cuales no opera ninguna presunción igualitaria. La razón es que los intentos de imponer una redistribución

⁷² PETTIT, *Republicanismo*, *op. cit.*, 86.

⁷³ *Ibid.*, 153.

⁷⁴ *Ibid.*, 84.

⁷⁵ *Ibid.*, 153.

⁷⁶ *Ibid.*, 153.

⁷⁷ *Ibid.*, 153.

⁷⁸ *Ibid.*, 155.

⁷⁹ Yo dudo que esos argumentos sean ciertos, al menos sin reservas muy sustanciales a lo que PETTIT dice aquí. No es para nada obvio, por ejemplo, que los países que no tienen armas nucleares se volverían más seguros si uno de cada dos países las tuviera. Si Irán desarrolla armas nucleares, puede ser más probable que Israel lo ataque que si no lo hace, y la probabilidad del ataque no disminuiría con una tasa marginal decreciente en relación con el número de armas que crea. Es más probable que sea una función escalonada. Consideraciones similares son pertinentes para las relaciones entre individuos dentro de los países, donde las carreras de armas pueden ser contraproducentes para desactivar los conflictos potenciales. Como lo he argumentado en otro lugar, NOZICK (*op. cit.*) puede haber supuesto de manera demasiado apresurada que el poder es un monopolio natural, pero sin duda estaba en lo cierto en que el poder exhibe algunas propiedades de un monopolio natural (*vid. SHAPIRO, Real World, op. cit.*, 159-162). Yo sospecho que en algunas ocasiones la relación entre poder relativo y seguridad tiene forma de U, y que se vuelve indescifrablemente compleja si vamos más allá del tipo de situaciones de dos jugadores que PETTIT analiza acá (PETTIT, *Republicanismo, op. cit.*, 154-158) hacia inte-

igualitaria pueden en sí mismos involucrar dominación por parte del Estado, y esto no es compensado por el mismo tipo de productividad marginal decreciente que funciona con respecto a los poderes. «El dinero que me permitirá a mí hacer algo, pobre como soy, les permitirá hacer a ustedes las mismas cosas»⁸⁰. PETTIT admite que la utilidad derivada del dinero puede disminuir con la riqueza, «pero su capacidad de comprar cosas, y su consiguiente capacidad para aumentar el alcance de las opciones no-dominadas, no disminuirá». Como resultado, mientras que su proyecto de no-dominación está comprometido con el «igualitarismo estructural», este «no está esencialmente comprometido con ningún tipo de igualitarismo material»⁸¹.

Este enfoque miope en el número de elecciones ignora lo importantes que son las elecciones para la perspectiva que busca evitar la dominación, y también desconoce las formas en las cuales los recursos materiales son con frecuencia esenciales para resistir la dominación. La financiación del seguro de salud a través del sistema tributario reduce los costos de salida para quienes de otro modo tienen que obtener ese seguro de sus empleadores y esposos, y de esa manera limita su vulnerabilidad a ser dominados por las personas de quienes dependen. Por eso, en *Democratic Justice*, yo alego que, cuando el ingreso social (*social wage*) es bajo, desde el punto de vista de la no-dominación se justifica que haya controles democráticos exigentes de la vida doméstica y laboral, aunque también alego que el carácter intrusivo de los controles exigentes es poco atractivo, y por ende que es preferible un régimen de ingreso social alto con menos controles⁸². Usted tendrá menos poder sobre mí —y por ende menos capacidad de dominarme— cuanto menos dependa de mis relaciones con usted mi habilidad para defender mis intereses básicos⁸³. De hecho, en un punto PETTIT describe la no-dominación como un bien primario⁸⁴. Por eso es raro que ignore sus nexos evidentes con los recursos materiales. LOCKE dice que «un hombre no puede ser más justo al hacer uso de la necesidad de otro para forzarlo a ser su vasallo» que lo que puede serlo «al ofrecerle muerte o esclavitud con una daga en su garganta»⁸⁵. Si estamos de acuerdo con PETTIT, como creo que deberíamos estarlo, en que la capacidad de ejercer poder (más que el hecho de que este sea en efecto ejercido) es con frecuencia crucial para la dominación, entonces deberíamos resistir su intento de desterrar de la teoría de la no-dominación los recursos materiales necesarios para reivindicar los intereses básicos de las personas.

Un segundo desacuerdo entre nosotros consiste en que, mientras PETTIT insiste en que tener la capacidad de interferencia arbitraria en la vida de otros constituye

racciones entre jugadores múltiples que están involucrados en numerosas relaciones de poder superpuestas de carácter tanto bilateral como multilateral.

⁸⁰ PETTIT, *Republicanism*, *ibid.*, 159.

⁸¹ *Ibid.*, 159-160.

⁸² *Vid.* SHAPIRO, *Democratic Justice*, *op. cit.*, capítulos 5-6.

⁸³ Este visión del poder enfocada en los recursos pone a mi argumento directamente en el campo recurrente de RAWLS, DWORKIN, SEN y otros, pero mi enfoque difiere del suyo en cuanto yo creo que los recursos necesarios para reivindicar intereses básicos deberían garantizarse a las personas no para permitirles alcanzar alguna concepción de bienestar o de la buena vida, sino más bien para protegerlas de la vulnerabilidad a la dominación por parte de otros.

⁸⁴ PETTIT, *Republicanism*, *op. cit.*, 125-127.

⁸⁵ J. LOCKE, *First Treatise of Government*, en I. SHAPIRO (ed.), *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, Princeton, NJ, Yale University Press, 2003, 1, par. 42 (versión en castellano de la traductora de este artículo).

dominación, en mi versión tener esa capacidad no constituye por sí sola dominación, sino que crea el potencial de dominación. Esta distinción puede sonar semántica, pero tiene consecuencias significativas. En el parque infantil, el niño matón puede tener la capacidad de golpear a cualquiera de los niños más pequeños, pero puede ser conocido ampliamente por golpear solo a los niños negros. ¿Ejerce ese niño dominación sobre los niños que no son negros?⁸⁶ El senador Joseph McCarthy tenía la capacidad de interferir arbitrariamente en la vida de muchos estadounidenses, pero es posible que las personas de izquierda vivieran con temor de él de una forma que las demás personas no lo hacían. Decir que McCarthy dominaba a todos los estadounidenses con quienes podría haber interferido ignora este hecho, pues trivializa la situación de quienes tenían buenas razones para temerle a McCarthy. Hoy en día, Estados Unidos tiene la capacidad de interferir arbitrariamente en Cuba, México, Canadá y Fiji, pero tiene relaciones muy distintas con cada uno de esos países desde el punto de vista de la dominación. Cuba ha sufrido una interferencia coercitiva explícita durante décadas; México siente periódicamente la presión del «poder suave» estadounidense; Canadá está sujeta a la influencia de un aliado más poderoso pero en gran medida con ideas afines; y Fiji no está afectado por el poder estadounidense de ninguno de los modos que son relevantes para los otros tres países.

Más aun, la posición de PETTIT desvía la atención de las formas en las cuales la interferencia puede mitigar la dominación. En el parque infantil, el niño más fuerte bien puede ser un matón, pero en vez de ello también puede ser quien protege a los niños más débiles de los matones. Si esto es de conocimiento común, entonces el mero hecho de que el niño más fuerte tenga la inclinación de proteger a los niños más débiles puede disuadir al matón o envalentonar a los más débiles a resistirlo o denunciarlo. Cuando las fuerzas de Saddam Hussein invadieron Kuwait en 1990, el presidente de los Estados Unidos George H. W. Bush lideró una coalición de fuerzas para expulsarlo. Bush vio en ello una oportunidad para institucionalizar un nuevo orden mundial post-guerra fría, orientado a hacerle frente a la agresión internacional y a fomentar las expectativas y los incentivos para minimizarla en el futuro. Bush utilizó el poder estadounidense al servicio de esa meta. Ello implicó la creación de normas de autorización internacional y de participación regional en el esfuerzo de contención, que no iban más allá de lo que se necesitaba para bloquear la agresión de Saddam Hussein. En efecto, Bush detuvo al matón sin convertirse él mismo en un matón⁸⁷. Desafortunadamente, doce años después su hijo socavó esas normas con su invasión unilateral de Irak para derrocar el régimen, una acción deshonesta del tipo que había buscado prevenir la política de su padre. La formulación de PETTIT es insensible a estas distinciones, y por ende también

⁸⁶ Agradezco a R. TRUPIN por este ejemplo.

⁸⁷ Con esto no quiero defender todo lo que hizo Bush sénior en Irak en 1991. En particular, su decisión de alentar el levantamiento shiíta en el sur y luego abandonarlo fue como mínimo un trágico lapso de juicio que llevó a la matanza evitable de incontables miles de iraquíes; *vid.* «War in the Gulf: Bush Statement», *The New York Times* (16 febrero 1991), disponible en: <http://www.nytimes.com/1991/02/16/world/war-gulf-bush-statement-excerpts-2-statements-bush-iraq-s-proposal-for-ending.html>, y la conferencia de prensa de abril de 1991 en la cual Bush indicó que Estados Unidos no apoyaría a los rebeldes, Dian McDonald, archivo inalámbrico, 179249, «US Forces Won't Intervene in Iraq's Civil War» (4 abril 1991), disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:76Fik-IFWW34J:www.fas.org/news/iraq/1991/910404-179249.htm+US+Forces+Won't+Intervene+in+Iraq's+Civil+War.%22+President+Bush+firmly+reiterated+that+he+does+not&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=us&source=www.google.com>.

a la importancia que tiene que la administración Obama haya decidido volver a la política del Bush mayor consistente en la búsqueda de una contención multilateral frente a la agresión que Muammar Gadafi dirigió contra sus opositores durante la guerra civil libia de 2011⁸⁸.

Un tercer conjunto de preocupaciones sobre los argumentos institucionales de PETTIT se refiere al grado en el cual él considera ventajoso, desde la perspectiva de la no-dominación, empoderar a los movimientos sociales y las asociaciones cívicas para resistir la política mayoritaria. En la visión de la democracia de PETTIT, es esencial que el pueblo sea «capaz de disputar a voluntad esas decisiones y [...] que, según el resultado de esa disputa —según queden parados sus intereses y sus opiniones relevantes— sea capaz también de obligar a alterarlas»⁸⁹. En su visión, las asociaciones cívicas y los movimientos sociales sirven como amortiguadores de oposición en contra de la tiranía de la mayoría, al formular quejas y organizarlas como una política contestataria eficaz en pos del cambio progresista. La «primera imagen que nos viene a la cabeza», nos dice PETTIT, «es la del movimiento popular, la controversia y el debate generalizados, y un progresivo reajuste legislativo»⁹⁰. Como ejemplos cita el movimiento de mujeres, el movimiento verde, el movimiento en favor de los derechos homosexuales, y los movimientos que apoyan a las minorías étnicas y los pueblos indígenas. PETTIT insiste en que «[c]ualquier democracia que tenga que servir a los propósitos republicanos tiene que ser capaz de dar audiencia a alianzas y compromiso mudadizos; tiene que estar abierta a transformaciones profundas y de largo alcance»⁹¹.

Una de las dificultades que tiene esta idea es la suposición manifiesta de que, en efecto, los movimientos sociales y las asociaciones cívicas se organizarán para apoyar el cambio que PETTIT considera progresista. Es cierto que los movimientos de oposición se han organizado para avanzar las metas que PETTIT enumera, pero también que lo han hecho para promulgar la Proposición núm. 13 en California con el fin de imponer la revocatoria del impuesto federal al patrimonio de los multimillonarios y de proscribir el matrimonio homosexual y la acción afirmativa. En los Estados Unidos, el movimiento más efectivo de esa naturaleza desde 2009 quizás ha sido el del *Tea Party*, que surgió para resistir la agenda de Barack Obama sobre la reforma al sistema de salud, la legislación ambiental y la regulación financiera. Como sugieren estos ejemplos, no hay ninguna razón particular para suponer, como lo hace PETTIT, que el empoderamiento de los movimientos sociales con el fin de resistir al gobierno democrático en general

⁸⁸ Con esto no quiero defender todos los aspectos de la política de la administración Obama frente a Libia. A veces la urgencia moral de una situación amerita una intervención rápida sobre la base de que es mejor pedir perdón que pedir permiso; *vid.* SHAPIRO, *Real World*, *op. cit.*, 25, 156-179. Podría decirse que esa situación prevaleció en Libia en marzo de 2011 cuando el régimen de Gadafi estaba amenazando con el exterminio masivo de sus oponentes, pero la misión evolucionó considerablemente después. La política de respetar zonas de exclusión aérea autorizada por el Consejo de Seguridad de la ONU mutó hacia una campaña no autorizada para lograr un cambio de régimen. Para una táctica como esa, con tanto en juego, las condiciones necesarias incluyen una creencia verosímil de que existe una oposición democrática nativa que puede tomar el poder y que sería una mejoría. Tal y como sucedió con el esfuerzo por cambiar el régimen en Irak en 2003, cuando la misión-mutante se puso en marcha en Libia en el verano de 2011, había poca evidencia para apoyar tal creencia. Cuando el régimen de Gadafi se desmoronó a fines de agosto de 2011, en el mejor de los casos el panorama futuro para la democracia en Libia era aún incierto.

⁸⁹ PETTIT, *Republicanism*, *op. cit.*, 243.

⁹⁰ *Ibid.*, 254.

⁹¹ *Ibid.*, 196.

llevará a un cambio progresista. PETTIT lo reconoce implícitamente en su defensa de las reglas mordaza, diseñadas para despolitizar los debates sobre castigos criminales, al anotar que «las críticas al funcionamiento de la justicia penal ganan audiencia en un foro público politizado, lo que trae consigo un buen número de efectos perniciosos»⁹². PETTIT se refiere a las sentencias condenatorias severas que, según los expertos, no tienen efectos disuasorios⁹³. Pero quizás a la gente le importa más la retribución que la disuasión⁹⁴. ¿Quién es PETTIT para decidir qué asuntos deberían estar sujetos a la impugnación cívica empoderada y cuáles deberían ser removidos del debate político a través de reglas mordaza? Su *republicanismo* puede ser un manifiesto atractivo para el Partido de los Tipos Sensatos. Pero es dudoso que ofrezca una base política sólida para limitar la dominación.

Creo que PETTIT subestima las dificultades de su posición en parte por su fe en la capacidad de la deliberación para canalizar la política en direcciones acertadas. Él supone que, luego de seguir una ronda de deliberaciones o apelaciones de conformidad con los procedimientos apropiados, las personas aceptarán los resultados que las perjudican si ellos favorecen el interés general. «Lo único que [se] necesita es que esa decisión se tome de acuerdo con procedimientos adecuados según sus propias interpretaciones y que haya sido dictada, en última instancia, por un interés que [...] [se] comparta con otros»⁹⁵. Bajo la visión contestataria del proceso democrático de PETTIT, este «está diseñado para que se realicen y se impongan por sí mismas las exigencias de la razón»⁹⁶. Este uso confiado de la voz pasiva puede ser alentador sólo en la medida en que compartamos la fe de PETTIT en que los perdedores en el proceso de disputa aceptarán la legitimidad de su derrota. Uno no tiene que pasar mucho tiempo escuchando a Rush Limbaugh, Sean Hannity, Glen Beck y los líderes del movimiento del *Tea Party* para darse cuenta de que ellos nunca han tenido la intención de admitir la legitimidad de ningún aspecto de la agenda de la administración Obama, y de que utilizaron todos los recursos que pudieron reunir para descarrilarla tanto como fuese posible. En la medida en que han sido exitosos en esta empresa, ellos se ven a sí mismos como resistentes eficaces de la dominación y, desde la perspectiva de PETTIT, están en lo cierto. Desde mi perspectiva, en contraste, hubiésemos preferido que ellos fracasaran ya que sus intereses básicos no estaban en juego, mientras que sí lo estaban los de quienes podían perder (o no obtener) el seguro de salud, desempleo o pensiones.

PETTIT defiende los foros de disputa en parte porque los considera superiores a una versión de la competencia política basada en la negociación. Él se inspira en la visión de los padres fundadores estadounidenses del siglo XVIII, de acuerdo con la cual «los ciudadanos están en igualdad de exigencias y de poderes» y «los asuntos públicos se deciden por deliberación sobre la base de consideraciones que resultan comúnmente atractivas —no están sesgadas en favor de ningún grupo, ni siquiera en favor del *status quo*— y el acuerdo sirve como ideal regulativo del modo en que deberían deci-

⁹² *Ibid.*, 256.

⁹³ *Ibid.*, 256-257.

⁹⁴ *Vid.*, por ejemplo, W. BERNIS, «The Morality of Anger», en G. H. STASSEN (ed.), *Capital Punishment: A Reader*, Cleveland, Pilgrim Press, 1998, 15.

⁹⁵ PETTIT, *Republicanismo*, *op. cit.*, 258.

⁹⁶ *Ibid.*, 261-262.

dirse las cosas»⁹⁷. Como J. COHEN y HABERMAS (a quien cita de manera aprobatoria a este respecto), PETTIT cree que involucrarse en la deliberación hará que las personas descubran, e incluso quizás fabriquen, el terreno común que se requiere. En contraste, el problema de las disputas negociadas es que «sólo son accesibles a quienes tienen suficiente poder negociador para poder amenazar efectivamente a otras partes; si ustedes quieren forzar un cambio en la negociación, mejor que representen a un grupo de intereses de cierto peso»⁹⁸.

Como defensa de la deliberación en el mundo real, este argumento constituye un salto lógico. Puede ser que la deliberación lleve a las personas a discernir y luego a moverse hacia áreas de común acuerdo, aunque he aducido en otro lugar razones para ser escépticos frente a esta proposición⁹⁹. Pero al abogar por la superioridad de la deliberación sobre la negociación, PETTIT nunca enfrenta el hecho real de que las personas no pueden ser forzadas a deliberar y de que quienes no están inclinadas a deliberar pueden usar los mecanismos deliberativos con el fin de obstruir el cambio y, de ese modo, terminar negociando en la práctica. Por esto, he argumentado que, si queremos poner la deliberación al servicio de la reducción de las formas de dominación que deberían preocuparnos, los derechos a insistir en la deliberación deberían restringirse a aquellas personas cuyos intereses básicos están en juego. Sin duda, esas personas pueden utilizar tales derechos para negociar en lugar de deliberar pero, al menos en ese caso, los intereses que estarían siendo protegidos serían los de quienes son vulnerables de los modos que nos deberían preocupar¹⁰⁰.

Lo que aquí está en juego puede ilustrarse de manera cruda con el argumento estrechamente relacionado de PETTIT de que los perdedores en el proceso legislativo deberían disfrutar del acceso a foros en los cuales puedan limitar los efectos que consideren perjudiciales de una política aprobada por la mayoría, a través de la «edición» de esa política al momento de su aplicación¹⁰¹. Durante 2009 y 2010, los grupos de presión de la banca de inversión en Estados Unidos promovieron un inmenso esfuerzo de cabildeo, que casi resulta exitoso, diseñado para hundir los planes de regulación de la banca de inversión de la administración Obama tras la crisis bancaria mundial de 2008. Estos grupos no lograron descarrilar por completo la regulación, aunque la debilitaron considerablemente al asegurar, entre otras cosas, que los reguladores definirían más adelante muchos de los asuntos más contenciosos relacionados con el comportamiento sistemáticamente riesgoso de los bancos que se consideraban demasiado grandes para fracasar¹⁰². No se requieren saltos gigantes de la imaginación para predecir que estos

⁹⁷ *Ibid.*, 246.

⁹⁸ *Ibid.*, 245.

⁹⁹ SHAPIRO, *Estado*, *op. cit.*, 41-58.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 76-77.

¹⁰¹ Ph. PETTIT, «Democracy, Electoral and Contestatory», en I. SHAPIRO y S. MACEDO (eds.), *Designing Democratic Institutions*, New York, New York University Press, 2000, 195 (citado en adelante como PETTIT, «Democracy»).

¹⁰² Vid. N. POPPER, «Banks Step Up Spending on Lobbying to Fight Proposed Stiffer Regulations», *The Angeles Times* (16 de febrero de 2010), disponible en internet en: *The Angeles Times*, <http://articles.latimes.com/2010/feb/16/business/la-fi-bank-lobbying16-2010feb16>; B. DENNIS y S. MUFSON, «Banks Lobby against Financial Regulatory Overhaul», *The Washington Post* (18 de marzo de 2010), disponible en internet en: *The Washington Post*, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/03/18/AR2010031805370.html>.

reguladores se convertirán en el objeto de campañas incesantes con el fin de quitarle aun más dientes a la legislación a través de su «edición» al momento de su aplicación. Tras la aprobación en el Congreso de la regulación bancaria en 2010, pregunté a un socio de uno de los bancos de inversión más grandes si a partir de ahora ellos permanecerían fuera del negocio de las transacciones en las que toman posición propia. Su respuesta fue: «Pasarán cinco años antes de que sea claro si podemos eliminar esa porción de la regulación», pero le pareció una buena apuesta confiar en que lo lograrían. En la vida real, en esto consiste la edición de leyes al momento de su aplicación.

Una última característica inquietante de la postura institucional de PETTIT es la suposición que atraviesa sus escritos de que el poder ejercido por los estados es más maligno que el poder ejercido por otros actores, sean ellos individuos poderosos u otros agentes corporativos. Dado que se establece como un agente colectivo con la capacidad de interferir arbitrariamente en los asuntos de cualquier individuo, el estado constituye una amenaza potencial para todo el mundo. Esto significa que, aunque quienes proponen la no-dominación deberían ver en el estado un instrumento para limitar los efectos malignos de *dominium* privado, ellos «no dejarán de estar alertas al peligro de conferir al estado el tipo de licencias que traen consigo una forma dominadora de *imperium* público»¹⁰³. Si su capacidad de acción «está restringida de manera insuficiente o su rango de responsabilidades es demasiado amplio, el gobierno es susceptible de convertirse en una presencia dominadora por derecho propio»¹⁰⁴.

Esta preocupación lleva a PETTIT a apoyar una lista extremadamente larga de restricciones a la política mayoritaria. Además de los derechos deliberativos y de otros derechos de disputa ya discutidos, PETTIT es un partidario de la multiplicación de los frenos a la acción colectiva a través del bicameralismo, los requisitos supra-mayoritarios, la separación de poderes, el control judicial, el federalismo, los procesos de apelación contra las decisiones administrativas, las medidas *ex ante* para limitar sus efectos, la independencia de los bancos nacionales, las exenciones y tratamientos especiales para las culturas minoritarias, el traspaso de asuntos políticamente cargados a «cuerpos con conocimientos técnicos», y el uso de reglas mordaza para limitar el mandato de la política electoral. A pesar de su reconocimiento de que los vetos pueden bloquear el cambio legítimo¹⁰⁵, el análisis que PETTIT hace de estos asuntos parece enteramente ingenuo frente a la literatura sobre los puntos de veto que va desde B. BARRY hasta G. TSEELIS, la cual ha dejado en claro que, en la medida en que los jugadores con poder de veto se vuelven más fuertes y los puntos de veto se multiplican, también lo hacen la protección del *statu quo* y quienes tienen los recursos para aguantar hasta que sus oponentes pierdan fuerza¹⁰⁶.

Aquí encontramos una curiosa paradoja en la visión de PETTIT. De una parte, él expresa un escepticismo considerable en cuanto a que los actores no estatales sean lo suficientemente poderosos para reducir la dominación de manera efectiva en las

¹⁰³ PETTIT, *Republicanism*, *op. cit.*, 198.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ PETTIT, «Democracy», *op. cit.*, 118-119.

¹⁰⁶ B. BARRY, *Political Argument*, London, Routledge & Kegan Paul, 1965; G. TSEBELIS, *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*, traducido al castellano por J. M. SALAZAR, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

sociedades modernas. Se refiere a esto como la estrategia de «poder recíproco» que, en efecto, depende de los recursos privados y de otros recursos descentralizados como medios para combatir la dominación. PETTIT anota que «[e]stá prácticamente fuera de duda que el movimiento sindicalista promovió la no-dominación de los trabajadores en el mundo industrial del siglo XIX»; sin embargo, insiste en que «sería muy poco razonable» dejarse atraer por su estrategia de acción directa, la cual enfrenta «demasiados problemas como para que pueda tomarse en serio». En cambio, PETTIT alega que «la estrategia de recurrir al Estado [...] parece con mucho la opción más atractiva»¹⁰⁷. De otra parte, hemos visto que su lista de los mecanismos institucionales preferidos para separar, dispersar, frenar y vetar la acción estatal es tan extensa que es poco probable que tenga un impacto significativo sobre la dominación privada.

Los sindicatos ofrecen un buen ejemplo de esto. Incluso estando organizados y ampliamente apoyados como lo estaban en Inglaterra y los Estados Unidos a mediados del siglo pasado, los sindicatos no podrían de ninguna manera haber disfrutado del éxito que tuvieron sin la gran ayuda ofrecida por la legislación que promovieron los gobiernos laboristas sucesivos en Inglaterra y sin la aprobación de la ley Wagner en los Estados Unidos en 1935. Sin embargo, lo que evisceró la organización laboral en ambos países, que empezó en Estados Unidos en los años cincuenta y despegó en ambos países en los ochenta, fue el menoscabo de esas protecciones legales a instancias de los grupos de interés corporativos y de sus partidarios precisamente a través de las formas de «política basada en la disputa» defendidas por PETTIT.

PETTIT parece estar en desacuerdo consigo mismo. De una parte, está de acuerdo en que la acción eficaz de los gobiernos democráticos es probablemente esencial para cualquier proyecto de erradicación de los sistemas de dominación arraigados. De otra parte, parece temerle tanto a la política democrática y al Estado que quiere confinarlos a cada momento, al insistir en que «[t]odo interés y toda interpretación que guíen la acción de un Estado deben estar abiertos a la crítica procedente del último rincón de la sociedad; y cuando hay disenso, deben adoptarse los remedios apropiados»¹⁰⁸. Dada la gran cantidad de oportunidades con las que cuentan quienes tienen el tiempo y los recursos de su lado para hacer peticiones especiales, escoger los foros y demorar los procesos en el modelo de PETTIT de poder disperso y frenos institucionales, es difícil imaginar a los Estados del mundo tal y como él los imagina haciendo algo en absoluto, para no mencionar siquiera la tarea de lidiar con sistemas de dominación arraigados. Esta tensión es desconcertante. Es como si, a pesar de toda la atención puesta a la centralidad de la dominación en su teoría, PETTIT no percibiera mucha dominación en el mundo que lo rodea. De manera generosa, PETTIT también parece atribuir su alegre disposición a toda la humanidad. El suyo es un mundo en el cual podemos esperar que la presión generada por la disputa progresista, combinada con la intervención vacilante de un Estado semi-incapacitado, logren que las personas renuncien a posiciones de dominación, al ser persuadidas de que ello beneficia al interés general.

Yo me inclino por una visión más oscura de la condición social humana. Esta supone que las personas en posiciones aventajadas casi nunca renuncian a estas posi-

¹⁰⁷ PETTIT, *Republicanism*, *op. cit.*, 131.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 83.

ciones a menos que el statu quo se vuelva costoso para ellas, y que entre las cosas que debe hacer un gobierno comprometido con la no-dominación es aumentar los costos relevantes del statu quo para los poderosos cuando los intereses básicos de quienes son vulnerables están en juego. La mayoría de las personas en los países pobres y en los países de ingresos medios y la mayoría de las personas pobres y de ingresos medios en los países ricos son vulnerables a una dominación seria en muchas situaciones, ya que sus intereses básicos están o bien comprometidos o bien satisfechos de manera tan precaria que sus tratos con otras personas están inevitablemente colmados de la posibilidad de dominación. En mi opinión, lidiar con esa realidad es el punto de partida de cualquier teoría razonable sobre los arreglos distributivos e institucionales que son exigidos por un compromiso de principio con la no-dominación. El énfasis de PETTIT en el número de elecciones que las personas tienen con independencia de su importancia ignora esto, y su fe en la deliberación cívica para promover la acción social progresista es insuficiente. Su justificación de las instituciones públicas es una receta para proteger el statu quo, que sólo podría ser atractiva desde el punto de vista que compartimos si uno no percibiera que ese statu quo está demasiado cargado de dominación. A este respecto, nuestro desacuerdo tiene menos que ver con el significado de la dominación que con nuestras percepciones sobre el modo en que el poder está distribuido en el mundo y en que funciona la política.

La aprobación absoluta de la esclerosis institucional por parte de PETTIT ha sido una postura convencional entre los pensadores republicanos desde que los fundadores estadounidenses escribieron *El Federalista*. El miedo a la tiranía de la mayoría los indujo a construir muchas de las características institucionales que PETTIT encuentra tan atractivas en el modelo constitucional norteamericano, en parte porque no había ninguna otra manera de lograr la ratificación de la constitución y en parte como resultado de lo que terminó siendo una convicción errada de que ello prevendría la guerra civil. Se ha vuelto claro, desde entonces, que las instituciones consensuales (*consociational*) contribuyen poco, si es que contribuyen en algo, a la estabilidad democrática; esas instituciones tampoco limitan la propensión a la tiranía de la mayoría. La evidencia sugiere de manera poderosa que el desarrollo económico es lo que mejor predice la supervivencia de la democracia y que los diferentes tipos de arreglos institucionales parecen tener un impacto insignificante, aunque los sistemas presidencialistas son un poco menos estables que los parlamentarios¹⁰⁹. Esto difícilmente le hace buena publicidad a los efectos benéficos de la separación de poderes. En lo que respecta a la tiranía de la mayoría, no hay ninguna evidencia de que la adición de cartas de derechos y cortes constitucionales a los sistemas democráticos genere alguna diferencia en relación con la protección de las minorías¹¹⁰. Tan imperfectos como pueden ser los sistemas parlamentarios competitivos, ellos resultan ser las democracias más estables y, desde el punto de vista de la protección de las minorías vulnerables, son al menos tan buenos como cualquier otra democracia. Dada la propensión de los arreglos republicanos a proteger los sistemas de dominación arraigados y las minorías poderosas, las razones para rechazarlos en favor de los sistemas parlamentarios me parecen decisivas.

¹⁰⁹ Vid. A. PRZEWORSKI *et al.*, *Democracy and Development*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2000, 78-186.

¹¹⁰ Vid. I. SHAPIRO, *Estado*, *op. cit.*, 125-147; I. SHAPIRO, «Tyranny and Democracy: Reflections on Some Recent Literature», *Government and Opposition*, núm. 43, 2008, 486.

5. UNA RECONSIDERACIÓN DE LA NO-DOMINACIÓN

La no-dominación es la piedra fundante de la justicia. Aunque con frecuencia está conectada a consideraciones igualitarias y a llamados a un tipo de libertad, he defendido la idea de que debería diferenciarse de ambas cosas. Los igualitaristas pueden todavía resistir esta idea alegando, en el espíritu de la literatura en torno a la pregunta «¿igualdad de qué?», que mi argumento me compromete con un principio de igualdad en la no-dominación. Pero esa no es mi visión porque la dominación va de lo trivial a lo trascendental, y he argumentado que solo las formas más serias de dominación merecen la atención del Estado. Esto puede provocar como réplica que en realidad yo favorezco la igualdad en la no-dominación allí donde hay intereses básicos en juego. Pero también resisto esta caracterización, porque incluso dentro del ámbito de los intereses básicos algunas violaciones son peores que otras, y estoy de acuerdo con J. SHKLAR y C. HACKER-CORDON en que la prevención de las formas de crueldad y las penurias más extremas deberían prevalecer sobre el remedio de otros tipos de dominación que involucran intereses básicos¹¹¹.

Esto puede provocar la réplica adicional de que mi principio implícito consiste en igualar la eliminación de las formas más atroces de dominación, pero creo que esto sería trivialmente igualitarista en el mejor de los casos. El punto fuerza el uso ordinario del término igualitarista, y la mayoría de las personas que se consideran igualitaristas no lo reconocerían como tal. Más aun, el punto oculta que la comparación de casos extremos de dominación con frecuencia involucra juicios que se acercan mucho a lo inconmensurable, si es que no son, de hecho, juicios imposibles de formular. Durante los años setenta, los defensores del Partido Nacional en Sudáfrica en ocasiones desviaban las críticas preguntando: ¿por qué atacan el Apartheid cuando hay cosas peores ocurriendo en Uganda? No me quedaba claro entonces, ni me queda claro ahora, que fuese posible evaluar la afirmación incluida en esa pregunta y destinada a dotarla de fuerza retórica. Sin duda, una comparación dispositiva de los dos casos involucraría muchos juicios complejos, muchos de ellos contrafácticos, que harían difícil saber incluso por dónde comenzar.

En todo caso, permitir ser arrastrados hacia el debate comparativo me parecía peor que una pérdida de tiempo. A diferencia de los ejemplos sobre el tranvía, que a veces dan una mala imagen de la filosofía moral, estos casos no estaban conectados entre sí —al menos desde la perspectiva de los perpetradores—¹¹². Los males del apartheid no

¹¹¹ J. SHKLAR, *Vicios ordinarios*, traducido al castellano por J. UTRILLA, México, Fondo de Cultura Económica, 1990; C. HACKER-CORDÓN, *Global Injustice and Human Malware*, tesis doctoral, Universidad de Yale University, 2002 (manuscrito no publicado).

¹¹² Los problemas relacionados con el tranvía involucran ejemplos hipotéticos de elecciones trágicas, diseñados para producir reflexiones sobre nuestras intuiciones morales. Estos ejemplos involucran típicamente elecciones de HOBSON, como sucede cuando la única manera en la cual pueden ser salvados los pasajeros de un tranvía fuera de control es desviando el tranvía de forma tal que ate a un peatón. A veces los ejemplos son tan artificiosos que es difícil ver cuál es su relevancia para los dilemas morales que las personas enfrentan en la práctica. Vid. Ph. FOOT, «El problema del aborto y la doctrina del doble efecto», en Ph. FOOT, *Las virtudes y los vicios y otros ensayos de filosofía moral*, traducido al castellano por C. MARTÍNEZ, México, UNAM, 1994; J. JARVIS THOMSON, «Killing, Letting Die, and the Trolley Problem», *Monist*, núm. 59, 1976, 204; J. JARVIS THOMSON, «The Trolley Problem», *Yale Law Journal*, núm. 94, 1985, 1395; P. UNGER, *Living High and Letting*

tenían ninguna relación con la dominación que entonces estaba siendo cometida, hacia el norte, por Idi Amin. Los opositores de ambos regímenes posiblemente enfrentaron elecciones sobre dónde era mejor utilizar sus esfuerzos, pero es probable que esas elecciones tuvieran que ver tanto o más con la evaluación de las posibilidades de éxito en cada lugar que con la determinación de cuál de esos regímenes era en últimas peor. En cualquier caso, los argumentos sobre esas elecciones nunca podrían ofrecer una justificación de los males perpetrados en cada lugar. En vez de permitir ser manipulados por demandas poco honestas en favor de una métrica igualitarista de la equivalencia moral, el mejor curso de acción era confrontar esos males en sus propios términos, mostrando por qué y cómo podían ser erradicados.

Mis propuestas tampoco son igualitaristas, o por lo menos no lo son en un sentido convencional. Más bien, yo veo las dimensiones de poder de las interacciones humanas a través de un lente hirschmanesquiano en el cual hay un balance entre la importancia de aumentar la voz democrática y la importancia de reducir los costos de salida para las personas vulnerables¹¹³. Por ejemplo, con respecto a las relaciones laborales propongo que allí donde los costos de salida para las personas vulnerables son altos debido a la ausencia de un ingreso social robusto, el gobierno debería insistir en que haya más voz dentro de la compañía, es decir, en que haya salvaguardas más fuertes para los sindicatos y otras protecciones para los trabajadores. De forma similar, con respecto al contexto doméstico, sugiero que un régimen de divorcios que protege a la persona vulnerable al momento de la disolución de un matrimonio hace legítimo que haya un mayor *laissez-faire* con respecto a lo que sucede durante el matrimonio¹¹⁴. Es cierto que yo afirmo que un régimen con un costo bajo de salida y poca regulación es mejor que un régimen con un costo alto de salida y mucha regulación, lo cual me lleva a defender un ingreso social robusto. Pero esto se deriva de dos consideraciones, ninguna de las cuales es igualitarista: mi noción del poder centrada en los recursos y mi presunción general de que, aunque es importante reivindicar los intereses básicos de las personas, siempre es mejor hacerlo de formas que interfieran lo menos posible con lo que sucede al interior de las instituciones y las prácticas civiles¹¹⁵.

Apelar a la no-dominación es apelar a un tipo particular de libertad política que los seres humanos tienen el poder de retener o suministrar. Aunque no es intrínsecamente hostil a todas las jerarquías existentes en los asuntos humanos, la no-dominación, tal como yo la entiendo, es sensible al hecho de que las jerarquías legítimas con frecuencia se atrofian y se convierten en sistemas ilícitos de dominación. El desafío institucional consiste en vigilar el potencial de dominación a través de las restricciones democráticas, pero hacerlo de la manera menos intrusiva posible. Esta visión de la no-dominación es política hasta el fondo, y no toma ninguna posición sobre los debates metafísicos más grandes acerca de la posibilidad y el significado de la libertad humana. Tampoco trata la libertad como el *summum bonum* por el cual la gente puede luchar. Mi teoría adopta un enfoque minimalista sobre la identificación de los intereses humanos que

Die, Oxford, Oxford University Press, 1996; F. KAMM, «Harming Some to Save Others», *Philosophical Studies*, núm. 57, 1989, 227.

¹¹³ A. O. HIRSCHMAN, *Salida, voz y lealtad. Respuestas al deterioro de empresas, organizaciones y Estado*, traducido al castellano por E. SUÁREZ, México, Fondo de Cultura Económico, 1977.

¹¹⁴ SHAPIRO, *Democratic Justice, op. cit.*, capítulos 5-6.

¹¹⁵ *Ibid.*, capítulo 2.

son comunes y sobre la posibilidad de que esos intereses puedan ser rastreados de manera significativa por las instituciones políticas. Se trata de un ideal reactivo que apela a la creatividad humana para diseñar e implementar prácticas que puedan mejorar las fuentes de la dominación en la medida en que ellas surjan. Como resultado, siempre opera en los márgenes, evitando el proyecto de diseñar una estructura básica para la sociedad como un todo.

La no-dominación tal como la he defendido es foucaultiana en el sentido de reconocer que las relaciones de poder son ubicuas a la interacción humana, pero yo desaprubo la negativa de FOUCAULT de establecer distinciones entre los tipos de dominación o de enfrentar preguntas sobre qué hacer con respecto a la dominación. Hacer esto es, en mi parecer, el proyecto constructivo central sugerido por la observación central de FOUCAULT. La no-dominación tal como la defiendo implica enhebrar la aguja del diseño institucional sin depender de las grandes suposiciones sobre la comunicación y la deliberación humanas que infectan los argumentos propuestos por HABERMAS y PETTIT. Esta versión de la no-dominación depende de una visión de la libertad que, como la de SKINNER, implica renunciar a la teoría libertaria negativa que heredamos de HOBBS. Pero en lugar de intentar reemplazarla con la visión negativa de la libertad basada en el status con la que simpatiza SKINNER, yo rechazo la dicotomía negativa/positiva en favor de una visión relacional que implica pensar acerca de la no-libertad en su relación con los agentes, las condiciones restrictivas y habilitantes, las acciones y los sistemas de autorización. Esto respalda el carácter reactivo de mi teoría porque, en lugar de empujarnos hacia las grandes teorías de la libertad, nos dirige a centrarnos en personas, circunstancias, posibilidades e instituciones de autorización específicas para identificar los contornos de la dominación y definir qué hacer con respecto a ella.

En la medida en que las presunciones generales se justifican, estoy de acuerdo con PETTIT en que la democratización de las dimensiones de poder de las interacciones humanas es el mejor camino a seguir, y esto significa crear mecanismos para la participación y la oposición efectivas. Pero difiero de PETTIT al sostener que la forma de esos mecanismos y su nivel de intrusión deberían depender de la naturaleza de los intereses en juego, y que los intereses básicos deberían funcionar como el punto de referencia para otorgar derechos. Y dado que estoy de acuerdo con la afirmación de PETTIT de que erradicar los sistemas de dominación arraigados normalmente requerirá la acción eficaz de los estados, estoy en desacuerdo con su aprobación de las instituciones republicanas, que están repletas de puntos de veto y otros elementos consensuales. Estas instituciones pueden hacer que sea demasiado fácil obstruir el cambio para quienes controlan los sistemas arraigados de dominación y, en todo caso, no producen los beneficios de proteger a las minorías vulnerables de la tiranía de la mayoría que con frecuencia se reputan de las instituciones republicanas.

Es bien sabido que J. MADISON hizo una defensa incisiva de estas instituciones en *El Federalista*. En ese momento tenía treinta y seis años, y la mayor parte de su experiencia política yacía delante de él. Quizás por esa razón mucho de lo que escribió sobre partidos políticos y competencia en *El Federalista* parece escrito por alguien que está intentando aprender nadar caminando alrededor de un lago mientras discute la teoría de la natación. Lo que es menos conocido es que el MADISON maduro rechazó el pensamiento republicano que se le suele atribuir y al cual apelan PETTIT y otros repu-

blicanos contemporáneos. Sus años en los bruscos avatares de la política del Congreso, como secretario de estado y como el cuarto presidente de Estados Unidos convencieron a Madison de que la competencia democrática es la mejor garantía disponible de los valores que los republicanos buscan proteger. En 1883, tres años antes de su muerte, fue inequívoco al decir: «Si los gobiernos mayoritarios... son los peores Gobiernos [...] quienes piensan y dicen eso no pueden permanecer dentro del marco de la fe republicana. Ellos deben o bien unirse a los discípulos confesos de la aristocracia, la oligarquía o la monarquía, o bien buscar una Utopía que exhiba una homogeneidad perfecta de intereses, opiniones y sentimientos que aún no ha sido hallada en ningún lugar de las comunidades civilizadas»¹¹⁶. La evidencia posterior sugiere que el MADISON maduro tenía razón en que la competencia democrática ofrece la mejor esperanza para mitigar la dominación. Como resultado, trabajar para protegerla y expandirla es el mejor camino para quienes conciben la no-dominación como la piedra fundante de la justicia.

¹¹⁶ J. MADISON, «Majority Governments», en *Letters and Other Writings of James Madison*, vol. 4, Philadelphia, PA, J. P. Lippincott, 1865, 332 (versión en castellano de la traductora de este artículo). Para una discusión adicional, *vid.* SHAPIRO, *Real World*, *op. cit.*, 38-67.

¿SON LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS PROPOSICIONES NORMATIVAS?*

Pablo E. Navarro

CONICET, Argentina

RESUMEN. El conocimiento del derecho es básicamente la aptitud para distinguir entre enunciados jurídicos verdaderos y falsos acerca del derecho de una determinada comunidad. Tales enunciados son un tipo de enunciados normativos y se refieren a las características normativas (*i. e.*, obligatoria, permitida) de una cierta acción. En su trabajo clásico acerca de los sistemas normativos, ALCHOURRÓN y BULYGIN ofrecen el análisis más elaborado de la naturaleza de los enunciados jurídicos. Básicamente, ellos señalan que los enunciados jurídicos son proposiciones normativas disfrazadas, *i. e.*, que se refieren de manera oblicua a la existencia de normas. En su opinión, este reduccionismo está vinculado a una concepción positivista del derecho. En este trabajo, sin embargo, se pretende mostrar no sólo diferencias importantes en las distintas caracterizaciones que ALCHOURRÓN y BULYGIN han ofrecido de los enunciados jurídicos y las proposiciones normativas sino también que un positivista jurídico no está compelido a suscribir su análisis clásico.

Palabras clave: enunciados jurídicos, proposiciones normativas, positivismo jurídico.

ABSTRACT. The cognition of the law of a certain community requires distinguishing between true and false legal statements. Such statements are a type of normative statements, and normative statements describe that certain actions are obligatory (forbidden) or permitted. In their classical book on normative systems, ALCHOURRÓN and BULYGIN offer the most elaborated analysis of the nature of legal statements. Basically, they claim that legal statements are disguised normative propositions (that is, propositions that refer to the existence of legal norms) and their reductionism is grounded on a specific conception of law and legal theory: legal positivism. In this paper, I claim not only that ALCHOURRÓN and BULYGIN actually endorsed different views about legal statements and normative propositions but also that a legal positivist is not committed to subscribe the classical analysis offered by them.

Keywords: legal statements, normative propositions, legal positivism.

* Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2012. Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

Este texto es una versión revisada (y reducida) de la ponencia presentada al XVII Seminario Hispano-Italo-Francés de Teoría del Derecho, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid en 2011. En la ponencia original, se analizaba el problema de la fuerza de los permisos normativos y su conexión con los enunciados jurídicos y las proposiciones normativas. Los comentarios y discusiones en esa reunión, junto a otras críticas de colegas en ocasiones posteriores, me han persuadido de dividir la versión original en dos trabajos diferentes y en este artículo he dejado de lado el problema de las permisiones normativas. Agradezco a J. M.^a SAUCA y los editores de *Doxa* la oportunidad de reproducir aquí este trabajo. También agradezco a E. BULYGIN sus comentarios a una versión previa de este artículo.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos paradigmáticos del derecho es que impone obligaciones. La existencia del derecho, señala HART al inicio de su obra más célebre, «significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios»¹. Esta característica de los ordenamientos jurídicos exige una explicación de la naturaleza de las obligaciones que surgen del derecho y es una de las preocupaciones centrales de la teoría del derecho. KELSEN, por ejemplo, subrayaba que, en general, el factor determinante de una obligación, *i. e.*, aquello que convertía a una mera exigencia en un genuino deber, dependía de una propiedad específica: la validez². Este enfoque es aun influyente en la teoría jurídica contemporánea. Por ejemplo, para RAZ, las normas válidas son normas, mientras que no hay —salvo en las extravagancias del lenguaje— espacio para admitir normas inválidas³. El derecho es normativo porque sus normas imponen genuinas obligaciones, lo que equivale a decir que sus normas son válidas.

La conexión entre normatividad y derecho genera una peculiar concepción de la ciencia jurídica en la que los mismos enunciados de los juristas —y no sólo las normas— son entendidos, por ciertos teóricos influyentes, como normativos⁴. Sin embargo, esta manera de reconstruir a la ciencia jurídica no es unánime y sigue siendo un problema abierto en la teoría jurídica determinar claramente la naturaleza de los enunciados jurídicos. Estos enunciados son una clase de enunciados normativos y, siguiendo a VON WRIGHT, puede decirse que los *enunciados normativos* afirman que una determinada acción es obligatoria, prohibida o permitida (*e. g.* «Está prohibido conducir a más de 110 kilómetros por hora»). En general, se admite que el fundamento de la verdad de un enunciado normativo es la existencia de una norma y, a su vez, es usual señalar que una proposición que afirma que una cierta norma existe es una *proposición normativa*⁵. Por consiguiente, si la tarea central de los juristas es dar cuenta de las obligaciones (prohibiciones o permisiones) en un cierto ordenamiento jurídico, podría asumirse que esta tarea es satisfecha mediante la identificación de las proposiciones normativas verdaderas referidas a un particular ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el esfuerzo por clarificar la noción de proposición normativa ha generado un persistente —y con cierta frecuencia, infructuoso— debate en teoría del derecho. En particular, dos cuestiones son especialmente relevantes en el análisis de este tema. Por una parte, la distinción entre normas y proposiciones normativas. Por otra parte, la distinción entre proposiciones normativas y enunciados normativos. A menudo, los juristas vislumbran la necesidad de distinguir tajantemente entre normas y proposiciones normativas, pero, a menudo, ese *insight* ha sido dejado de lado⁶. A su vez, esta falta de distinción entre normas y proposiciones repercute de manera directa

¹ H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964, 7.

² H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, 23 y ss.

³ J. RAZ, «Legal Validity», *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, 146.

⁴ Por ejemplo, KELSEN y, en cierto modo, también HART, RAZ y DWORKIN.

⁵ G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, 106.

⁶ E. BULYGIN, «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 169-193.

en el modo en que se analiza la distinción entre proposiciones normativas y enunciados normativos.

Es bien conocido que uno de los aportes notables de C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN (en adelante, A-B) a la lógica deóntica y la filosofía del derecho ha sido la caracterización rigurosa de la diferencia entre normas y proposiciones normativas⁷. En el enfoque de A-B hay dos rasgos estrechamente conectados. Por una parte, los enunciados normativos (*i. e.* afirmaciones acerca de lo que se debe o puede hacer) son vistos como una manera indirecta de afirmar proposiciones normativas y, por otra parte, una de las características destacable de las proposiciones normativas es la explicación de lo que se «puede» hacer a partir de dos conceptos específicos de permisión, denominados «permisión débil» y «permisión fuerte», respectivamente referidos a la ausencia de una norma que prohíbe una cierta acción y la existencia de una norma que autoriza una cierta acción. En gran medida, ambos rasgos contribuyen de manera decisiva a justificar una de las tesis centrales de A-B: la necesidad de elaborar lógicas diferentes para el nivel prescriptivo y descriptivo de los discursos normativos.

Aunque es difícil negar la importancia de los trabajos de A-B, su propuesta ha sido objeto de persistentes críticas⁸. Por ejemplo, en un breve trabajo publicado hace más de una década, A. SOETEMAN elabora una caracterización de las proposiciones normativas diferentes de la que proponen A-B, y subraya la importancia de distinguir entre proposiciones normativas y enunciados normativos —a pesar de que no emplea esa terminología—. SOETEMAN señala que en la distinción de A-B entre normas y proposiciones normativas «hay una cierta ambigüedad... que provoca que ella sea menos evidente de lo que parece» (326). La ambigüedad surge de la siguiente afirmación de A-B⁹:

Las proposiciones normativas son enunciados *descriptivos* que se usan para informar *acerca* de las normas o *acerca* de las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas por las normas.

Como ejemplo de la necesidad de distinguir entre la descripción de las normas que forman parte del sistema y la descripción del status normativo de una conducta, SOETEMAN introduce el problema de la *fuerza* de los permisos. Aunque dos conductas A y B estén débilmente permitidas (*i. e.*, no están prohibidas) esa información todavía no dice nada acerca de la «intensidad» con que esa conducta es permitida por el derecho. Por ello, las proposiciones normativas acerca de las normas que pertenecen a un sistema no garantizan que conozcamos en qué medida (con qué fuerza) podemos hacer determinadas cosas. Para SOETEMAN, el conocimiento del derecho se asocia básicamente

⁷ Sin lugar a dudas, la referencia más importante es C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, New York-Wein, Springer, 1971. En adelante, las referencias a ese libro remiten a la versión en castellano: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974. En adelante, *IMCJ*. La importancia de ese libro no debe ocultar la relevancia de otros trabajos de ALCHOURRÓN y BULYGIN. Así, son especialmente importantes las siguientes obras: C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Sobre la existencia de normas jurídicas*, Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979, y C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, *op. cit.*

⁸ J. C. BAYÓN, «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», en E. BULYGIN *et al.*, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 46.

⁹ C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *IMCJ*, *op. cit.*, 173.

camente a la identificación de calificaciones normativas de la conducta, y ello no puede reducirse a la descripción de las normas que forman parte de un sistema normativo¹⁰. En otras palabras, los enunciados normativos no pueden ser reducidos a proposiciones normativas.

A pesar de que A-B han insistido de manera constante en la importancia de distinguir entre normas y proposiciones normativas (y en la necesidad de elaborar lógicas diferentes para cada ámbito de estos discursos), sus concepciones acerca de las relaciones entre proposiciones normativas y enunciados normativos han variado significativamente. En particular, señalaré que A-B han defendido tres versiones diferentes de la relación entre proposiciones normativas y enunciados normativos:

- La identidad de significado entre proposiciones y enunciados normativos.
- La equivalencia material entre proposiciones y enunciados normativos.
- Las proposiciones normativas como implicadas por los enunciados normativos.

Cualquiera de estas tres versiones tiene méritos y defectos. En gran medida, esas ventajas y desventajas muestran nuestros compromisos acerca de la naturaleza del conocimiento jurídico. Por consiguiente, la moraleja de este ensayo sería la siguiente: el énfasis en la diferencia entre normas y proposiciones normativas ha impedido apreciar debidamente el papel que cumplen los enunciados normativos. Por tanto, si hay buenas razones para distinguir entre proposiciones normativas y enunciados normativos, entonces también hay que revisar nuestras ideas acerca de qué conocemos cuando conocemos el derecho.

2. EL SIGNIFICADO DE LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS

En general, los filósofos del derecho creen que la verdad de los enunciados normativos está conectada con la verdad de otras proposiciones. Por ejemplo, en las primeras páginas de *Law's Empire*, DWORKIN señala que los enunciados normativos son verdaderos o falsos en virtud de la verdad o falsedad de otras proposiciones, más familiares, que suministran el *fundamento* de los enunciados normativos¹¹. ¿Qué relación existe entre los enunciados normativos y sus fundamentos? Al respecto, es ilustrativa la siguiente afirmación de A-B¹²:

Las proposiciones normativas proporcionan información sobre el status deóntico de ciertas acciones o estados de cosas: anuncian que una acción es obligatoria, prohibida o permitida, y son verdaderas si, y sólo si, la acción en cuestión tiene la propiedad de ser obligatoria, prohibida o permitida. Pero, ¿cuándo una acción tiene la propiedad de ser obligatoria? Esta pregunta admite distintas respuestas. Algunos filósofos creen que la obligatoriedad es una propiedad intrínseca (probablemente no natural) de la acción y su presencia puede ser

¹⁰ A. SOETEMAN, «On Legal Gaps», en E. GARZÓN VALDÉS *et al.* (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker, 1997, 323-332. En gran parte, este artículo está reproducido en la entrada «Legal Gaps» del diccionario online de la IVR. Vid. A. SOETEMAN, «Legal Gaps», *IVR-Encyclopedie*, 2009, http://ivr-enc.info/index.php?title=Legal_gaps.

¹¹ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, 4.

¹² C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Von Wright y la filosofía del derecho», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, *op. cit.*, 88.

detectada mediante el examen detenido de la acción. Otros filósofos creen que una acción es obligatoria en virtud de mandatos divinos o ciertos principios eternos del derecho natural. Pero nosotros estamos interesados en el derecho positivo y en el enfoque positivista que es compartido por la mayoría de los juristas (aunque no por los filósofos del derecho). La característica distintiva de este enfoque es que la acción p es obligatoria si y sólo si hay una norma (en el derecho positivo del país en cuestión) que ordena p (o prohíbe no p), y no porque tal acción sea intrínsecamente buena o calificada así por principios morales o de derecho natural. Esto equivale a decir que la proposición de que p es obligatoria significa lo mismo que la proposición de que hay (existe) una norma jurídica que ordena hacer p .

En este párrafo, se expresa claramente lo que podría denominarse como la *posición clásica* de A-B: los enunciados normativos tienen el *mismo significado* que las proposiciones normativas. En este enfoque clásico, A-B definen a los enunciados normativos en función de la pertenencia de normas a un cierto sistema normativo. Para A-B la expresión descriptiva «Op» es *definida* en términos de la proposición «Op ε Cn α ». Así, ellos señalan¹³:

Decir que p está prohibido en el sistema α es afirmar que la norma que prohíbe p forma parte (es consecuencia, se infiere) del sistema α . Por tanto, el enunciado metasistemático « p está prohibido en α » es verdadero si y sólo si, entre las consecuencias de α se halla una norma que prohíbe p .

En la medida en que una definición introduce una equivalencia de significados, los enunciados normativos quedan «reducidos» a proposiciones y ellas «son normativas sólo en el sentido de que lo que ellas describen son normas o, más bien, la existencia de normas»¹⁴.

Según se ha señalado, A-B reivindican un enfoque positivista del derecho como explicación de «reducir» los enunciados normativos a proposiciones normativas. Sin embargo, en el heterogéneo campo del positivismo jurídico es posible encontrar otras respuestas, que rechazan esa identidad de significado. Veamos este punto con cierto detalle.

En gran medida, los esfuerzos de las diferentes doctrinas positivistas están guiadas por el propósito de comprender adecuadamente dos cosas: *a*) si los términos «obligación», «deber», «derechos», etc., tienen diferente significado en la moral y el derecho, y *b*) si el significado de los términos «obligación», «deber», «derechos», etc., puede ser explicado mediante la referencia a cuestiones fácticas. En este complejo panorama, el denominado «positivismo simple» ha señalado la necesidad de explicar el significado de los enunciados normativos en referencia a proposiciones empíricas, como por ejemplo, enunciados acerca de la probabilidad de aplicación de un determinado castigo¹⁵.

Una reacción contra esa propuesta ha conducido a un enfoque *anti-reduccionista*. H. L. A. HART puede ser considerado como uno de los ejemplos paradigmáticos de esta propuesta teórica¹⁶. En su célebre libro *The Concept of Law*, HART distingue en-

¹³ C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *IMCJ*, *op. cit.*, 174.

¹⁴ E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, 77.

¹⁵ La denominación «Positivismo simple» es la que usa R. SHINER para reconstruir la teoría de AUSTIN y BENTHAM. Al respecto, *vid.* R. SHINER, *Norm and Nature*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

¹⁶ Otro conocido exponente es H. KELSEN. Sin embargo, no es posible analizar su doctrina en los límites de este trabajo. Para una excelente presentación general de las ideas de KELSEN y una cuidadosa discusión del

tre enunciados internos y externos, pero su reconocido énfasis en el papel de los que adoptan el punto de vista interno ha llevado, con frecuencia, a asumir que la descripción del derecho sólo puede darse en términos de enunciados internos. Al respecto, BULYGIN señala¹⁷:

Creo que se trata de un error, pero no estoy seguro de que HART no tenga parte de la culpa. Es un error porque lo que HART ataca no es el uso exclusivo de enunciados externos en la descripción del derecho, sino el uso exclusivo de enunciados externos... que sólo registran las regularidades de conducta. Pero HART *no dice* qué pasa con aquel que describe el derecho mediante... enunciados que registran el hecho de que los miembros de la sociedad consideran a las reglas como tales.

BULYGIN considera que los enunciados internos son «prescripciones disfrazadas» y que no se pueden aceptar en una teoría descriptiva del derecho como la defendida por el positivismo jurídico¹⁸. A su vez, admite que ciertos enunciados externos (*i. e.*, aquellos que no sólo registran regularidades de conducta sino que también dan cuenta de las reglas de un grupo social) pueden dar cuenta de las obligaciones y derechos de los miembros de una cierta comunidad.

Esta solución (*i. e.*, el énfasis en el papel de los enunciados externos en la descripción del derecho) es la que parece adoptar HART en sus últimos trabajos. Por ejemplo, en la introducción a su colección de ensayos sobre derecho y filosofía, escribe que en *The Concept of Law* sostuvo erróneamente que el vocabulario normativo (*e. g.* expresiones tales como «deber», «tener», «obligación») fuesen adecuadamente usados sólo en enunciados internos. Allí, HART añade¹⁹:

Esto es un error porque, por supuesto, tales términos son claramente usados adecuadamente en otras formas de enunciados, y particularmente en los enunciados de los juristas de las obligaciones o deberes, que describen el contenido de los sistemas jurídicos (ya sea el sistema propio o uno ajeno), cuyas reglas ellos de ningún modo aceptan o apoyan como estándares de conducta. Al hacer esto, los juristas informan en una forma normativa el contenido de una norma desde el punto de vista de aquellos que aceptan las normas sin que ellos mismos compartan ese punto de vista.

Sin embargo, como veremos a continuación, la solución de HART es diferente a la *posición clásica* de A-B. En un artículo publicado en su colección de ensayos sobre BENTHAM, HART distingue entre enunciados *del* derecho y enunciados *acerca* del derecho²⁰. Aunque sería tentador imaginar que esa distinción es la misma que la que HART había elaborado entre enunciados internos y externos, creo que más pertinente analizar esa distinción como la explicación del papel que diferentes tipos de enunciados externos juegan en la descripción del derecho. Según HART, los enunciados *del* derecho²¹:

problema de los enunciados jurídicos en la *Teoría pura del derecho*, vid. B. CELANO, *La teoría del diritto di Hans Kelsen*, Milano, Il Mulino, 1999.

¹⁷ E. BULYGIN, «Alf Ross y el realismo escandinavo», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, I, 1981, 88.

¹⁸ E. BULYGIN, «Normas, proposiciones normativas y enunciados normativos», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, *op. cit.*, 185.

¹⁹ H. L. A. HART, «Introduction», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, 14.

²⁰ H. L. A. HART, «Legal Duty and Obligation», *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982.

²¹ *Ibid.*, 144.

[...] son la manera más común de establecer el contenido del derecho, en relación a cualquier tema, por parte de los ciudadanos, abogados, jueces u otros funcionarios, y también por los juristas y los profesores de derecho en relación a sistemas jurídicos propios o ajenos.

Este párrafo sugiere que los enunciados *del* derecho no comprometen con un punto de vista interno acerca de la corrección de las pautas de conducta exigidas. Al menos parece extraño suponer que un profesor de derecho que informa sobre el contenido de un sistema jurídico extranjero lo hace mediante enunciados internos que expresan su aceptación de las pautas en cuestión.

En general, HART subraya el fracaso de los intentos de analizar el significado de los enunciados *del* derecho mediante la explicación del significado de enunciados morales. A su vez, HART también rechaza la equiparación entre enunciados del derecho y enunciados *acerca* del derecho. En este sentido sostiene que los enunciados *del* derecho²²:

[...] no son enunciados históricos o fácticos que describan acciones presentes, pasadas o futuras, actitudes o creencias ya sea de los individuos o de los funcionarios del sistema jurídico, *sino enunciados de lo que los individuos jurídicamente deben o no deben hacer* (cursivas añadidas).

¿Qué relación existe, entonces, entre los enunciados *del* derecho y *acerca del* derecho? HART no niega que los juristas usan enunciados fácticos o históricos *acerca* del derecho. Así, en lugar de decir que los mayores de edad están obligados a empadronarse, con frecuencia se afirma que el parlamento aprobó una determinada norma que exige esa conducta. Sin embargo, según HART²³,

[...] ese sería un enunciado histórico *acerca* del derecho y no un enunciado *de* derecho, pero aunque ambas formas de enunciados sean verdaderas y estén íntimamente conectadas ellas no tienen el mismo significado. El enunciado histórico *acerca* del derecho, que el Parlamento promulgó una ley particular, establecen hechos que son parte de las condiciones de verdad del enunciado normativo del derecho, pero esa conexión entre los dos enunciados no debe ocultar sus diferentes significados.

De esta manera, a diferencia de la *posición clásica* de A-B, para HART los enunciados que describen el status deóntico de una acción no tienen el mismo significado que las proposiciones *acerca* del derecho, ni pueden ser reducidos a afirmaciones *acerca* de lo que ha prescrito una determinada autoridad. La misma idea es subrayada por RAZ cuando señala que la relación entre el enunciado *acerca* de la existencia de una fuente normativa y el correspondiente enunciado jurídico no es de *identidad de significado* sino más bien la que existe entre fundamento y consecuencia²⁴.

En este sentido, RAZ afirma²⁵:

La existencia de una fuente es el fundamento de la verdad de un enunciado *acerca* de lo que se debe jurídicamente hacer, de la misma manera que la existencia de una instancia apropiada es el fundamento de la verdad de un enunciado existencial.

²² *Ibid.*, 144.

²³ *Ibid.*, 145.

²⁴ J. RAZ, «Legal Reasons, Sources and Gaps», *op. cit.*, 65. Sin embargo, el anti-reduccionismo de RAZ se distingue del de HART y KELSEN en que RAZ no niega que las expresiones «obligatorio», «deber», «derechos», etc., tengan el mismo significado en contextos morales y jurídicos.

²⁵ J. RAZ, «Legal Reasons, Sources and Gaps», *op. cit.*, 66.

En conclusión, A-B introducen su *posición clásica* como una elaboración comprometida con un enfoque positivista del derecho. Sin embargo, otros representantes notables de esta doctrina (e. g., KELSEN, HART y RAZ) subrayan la diferencia en el significado de los enunciados normativos y otras proposiciones parasitarias que contribuyen a su fundamento. En este sentido, la apelación al positivismo jurídico no puede dirimir la polémica acerca de la relación entre enunciados y proposiciones normativas.

3. NORMAS, ENUNCIADOS Y PROPOSICIONES

La *posición clásica* de A-B podría defenderse señalando que la diferencia entre enunciados normativos y proposiciones normativas es más bien retórica y se podría explicar el uso del lenguaje normativo como un modo material de hablar. El lenguaje normativo sería, como señala CARNAP, algo así como una suerte de manera transpuesta de expresarse «en el que para decir algo acerca de un objeto *a*, decimos algo paralelo acerca de un objeto *b* que está en una relación determinada con el objeto *a*»²⁶. Por ello, ante la pregunta «¿Qué diferencia podría haber entre afirmar, por ejemplo, que hay una norma que prohíbe estacionar en un sitio S y afirmar que está prohibido estacionar en S?», BULYGIN responde que no hay diferencias. Por ello señala²⁷:

¿Cómo podría informar a alguien acerca de las regulaciones existentes más que diciéndole que hay una norma que prohíbe estacionar aquí? Si mi información es verdadera, entonces hay una norma a los efectos de que estacionar es prohibido; y si no hay tal norma, entonces mi enunciado normativo es falso. En contra de lo que puede parecer, ambos enunciados dicen exactamente lo mismo. En otras palabras, aún si el enunciado normativo que dice que estacionar está prohibido parece referirse a la acción de estacionar, y la proposición normativa parece referirse a la existencia de una norma, ambos tienen exactamente las mismas condiciones de verdad y, más aún, ellos tienen el mismo significado.

Hace una década presenté una crítica a la posición clásica de A-B²⁸, y poco después, en ocasión de reimprimir este artículo en castellano, BULYGIN concede que es necesario abandonar esta tesis clásica. No tiene mayor sentido reproducir aquí mis observaciones, pero vale la pena señalar que en esta publicación en castellano sobre el papel de la verdad en el discurso normativo, BULYGIN señala que la posición clásica es «probablemente una exageración» que no está dispuesto a mantener²⁹. En cambio, BULYGIN adopta una tesis más débil: los enunciados normativos y las proposiciones normativas son *materialmente equivalentes*, i. e., tienen las mismas condiciones de verdad³⁰.

Esta nueva concepción de las relaciones entre proposiciones normativas y enunciados normativos introduce cambios que no son menores. Si, por definición, un

²⁶ R. CARNAP, *The Logical Syntax of Language*, London, Routledge & Kegan, Paul, 1958, 308.

²⁷ E. BULYGIN, «True or False Statements in Normative Discourse», en R. EIGIDI (ed.), *In Search of a New Humanism*, Dordrecht, Kluwer, 1999, 184.

²⁸ P. NAVARRO, «Legal Reasoning and Systematization of Law», en A. SOETEMAN (ed.), *Pluralism and Law*, Boston, Kluwer, 2001, 251-277.

²⁹ E. BULYGIN, «El papel de la verdad en el discurso normativo», *Doxa*, 26, 2003, 81, nota 3.

³⁰ *Ibid.*, 83.

enunciado normativo y una proposición normativa tuviesen el mismo significado, entonces la verdad de una de ellas es necesariamente equivalente a la verdad de la otra. Pero, cuando ellas son sólo materialmente equivalentes nada conecta *necesariamente* al enunciado normativo que describe que una acción es obligatoria (*i. e.* «Op») y la proposición normativa que afirma que existe una determinada norma en un cierto sistema normativo (*i. e.*, «Op ε Cnα»). Así, al romperse la conexión de significado entre enunciados y proposiciones, es natural formular el siguiente interrogante: ¿por qué la verdad de un enunciado normativo depende de la verdad de una proposición normativa? ¿En qué medida contribuye la existencia de normas a la verdad de los enunciados normativos?

Para dar una respuesta satisfactoria a estas preguntas conviene tomar una cierta distancia del discurso específicamente jurídico y analizar el problema en términos más generales. En mi opinión, una gran contribución de VON WRIGHT a la comprensión del discurso normativo en general (como algo diferente al discurso jurídico, que es el que parece interesarle a BULYGIN específicamente) ha sido mostrar en qué sentido la verdad de nuestras afirmaciones sobre obligaciones y deberes morales están fundadas en necesidades individuales y sociales. Para VON WRIGHT, nuestros enunciados normativos morales pueden tener una fundamentación *teleológica* como diferente a una fundamentación legalista, asociada a la existencia de normas. En su opinión, la diferencia entre una concepción legalista y una teleológica es la siguiente³¹:

La primera considera a la fundamentación de los enunciados normativos en la existencia de normas como el parámetro de acuerdo con el cual los enunciados de principios morales deben fundarse. La segunda... considera a la fundamentación de los enunciados normativos en necesidades y fines de la acción como el parámetro apropiado.

En otras palabras, VON WRIGHT intenta ofrecer una fundamentación de los enunciados normativos que no depende de la existencia de *prescripciones* y, en este sentido de «norma», la fundamentación de los deberes morales es independiente de la existencia de normas (*i. e.*, normas entendidas como prescripciones).

Ahora bien, ¿es posible analizar el fundamento de un enunciado jurídico-normativo sin referirse a la existencia de algún tipo de normas? Una respuesta compleja es la que ofrece RAZ cuando analiza los enunciados jurídicos en términos de «fuente» sociales y razones para la acción. Aunque RAZ atribuye a las normas (*laws*) el papel de intermediarios útiles, señala que se puede analizar directamente la conexión entre los hechos que determinan las calificaciones normativas y las razones para la acción, y que esta omisión de las normas no altera ningún aspecto esencial de nuestro discurso³². Por el contrario, para BULYGIN, la existencia de normas es una condición indispensable para determinar la verdad de los enunciados normativos. Por ello, BULYGIN sostiene: «El hecho de que una acción sea obligatoria no puede provenir sino de una norma. La existencia de una norma es condición necesaria para que una acción pueda ser calificada de obligatoria»³³.

³¹ G. H. VON WRIGHT, «The Foundation of Norms and Normative Statements», *Practical Reason*, Oxford, Blackwell, 1983, 79.

³² J. RAZ, «Legal Reasons, Sources, and Gaps», *op. cit.*, 63.

³³ E. BULYGIN, «El papel de la verdad en el discurso normativo», *op. cit.*, 83. Es prudente señalar que la existencia de normas tienen que ser caracterizadas de manera independiente al hecho de que califican deón-

Es interesante destacar que, a pesar de la supuesta equivalencia material entre enunciados y proposiciones normativas, esta respuesta de BULYGIN deja abierta la posibilidad de que la existencia de una norma que regula una cierta acción no sea *suficiente* para determinar el status deóntico de una cierta acción. Por ejemplo, en casos de conflictos normativos que pueden resolverse mediante la aplicación de criterios jerárquicos, la afirmación verdadera acerca de la existencia de una norma en un cierto sistema que exige la conducta R no garantiza que los individuos deban jurídicamente ejecutar R. En este sentido, ALCHOURRÓN afirma³⁴:

[...] no debería sorprendernos el hecho de que las obligaciones determinadas por un sistema de normas cambian cuando se altera su orden jerárquico, aun cuando las mismas normas permanezcan sin alteración. Lo obligatorio está determinado por dos elementos: el contenido conceptual de las normas y su orden jerárquico.

En estos párrafos, la existencia de normas es una condición necesaria para la verdad de un enunciado normativo, pero de allí no se sigue que sean también una condición suficiente. Más bien, si admitimos —como hace ALCHOURRÓN— que hay *dos* elementos que determinan el status deóntico de la conducta y que la existencia de normas sólo da cuenta de uno de ellos, entonces también hay que abandonar la tesis de la equivalencia material entre enunciados y proposiciones normativas³⁵.

4. CONCLUSIONES

Este trabajo es un ejercicio de análisis y crítica acerca del conocimiento del derecho. En buena medida, es también un trabajo parcial ya que su principal énfasis es mostrar la necesidad de revisar la distinción entre enunciados normativos y proposiciones normativas, pero no se ofrecen indicaciones precisas sobre las condiciones de verdad de los enunciados normativos ni de su relación con el problema clásico de la «normatividad» de los enunciados de la ciencia jurídica.

La reconstrucción de los enunciados normativos es un problema clásico para las teorías positivistas del derecho ya que, en última instancia, se trata de explicar el vocabulario normativo sin reducir el significado de «deber», «obligación», etc., al significado que ellos tienen en enunciados morales. Según A-B, un enfoque positivista tiene que explicar a ese significado en términos de la existencia de normas en un

ticamente a las acciones. De otra manera, afirmar que la existencia de una norma es condición necesaria de la obligatoriedad de una acción será un enunciado analítico porque parte del significado de «acción obligatoria» es «acción regulada por una norma que exige esa conducta». Pero, una parte importante de nuestra preocupación por la relación entre normas y proposiciones normativa radica en comprender *algo más* que una relación analítica y, por ello, nos esforzamos en explicar en qué sentido, por ejemplo, la vigencia, la pertenencia o la promulgación de una norma son un fundamento para atribuir obligaciones y derechos.

³⁴ C. ALCHOURRÓN, «Condicionalidad y representación de normas jurídicas», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, op. cit., 278.

³⁵ Más allá de la plausibilidad de esta nueva versión de la conexión entre enunciados y proposiciones normativas es importante subrayar que la afirmación: «La existencia de una norma es una condición necesaria para que sea verdad que una acción es obligatoria» es notablemente más débil que sostener: i) la identidad de significado entre enunciados normativos y proposiciones normativas, o ii) la equivalencia material entre enunciados normativos y proposiciones normativas. De hecho, es tan débil que es perfectamente compatible con el anti-reduccionismo semántico de HART, KELSEN y RAZ.

cierto sistema normativo. Esa ha sido su posición clásica. He intentado mostrar que esa posición clásica tiene que ser revisada y que, de hecho, tanto ALCHOURRÓN como BULYGIN han adoptado posiciones más débiles. Con esos progresivos debilitamientos, sin embargo, disminuyen las razones para admitir que la lógica de proposiciones normativas es una formalización adecuada de la lógica subyacente al conocimiento del derecho.

SISTEMAS NORMATIVOS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS INDECIDIBLES *

Giovanni Battista Ratti

*Università degli Studi di Genova ***

RESUMEN. El artículo analiza las condiciones de verdad de las proposiciones normativas (*i. e.* aserciones descriptivas que versan sobre normas) y sus relaciones con la coherencia de los sistemas normativos, especialmente de aquellos que están compuestos eminentemente por normas condicionales (como los sistemas jurídicos). El artículo examina en detalle dos diversos conceptos de coherencia y sus repercusiones sobre la verdad de las proposiciones normativas. Se demuestra también que, cuando los criterios para determinar la coherencia de los sistemas normativos no están fijados de manera unívoca, las proposiciones normativas son indecidibles en relación con sus valores de verdad, *i. e.* no es posible establecer de manera unívoca si son verdaderas o no. Finalmente, el artículo examina las dificultades que se encuentran en conciliar los tratamientos lógicos y prácticos de los sistemas jurídicos incoherentes e intenta dar una explicación teórica a dichas dificultades.

Palabras clave: sistemas normativos, proposiciones normativas, coherencia, condicionales, indecidibilidad.

ABSTRACT. The paper is devoted to analyzing the truth-conditions of normative propositions (*i. e.* descriptive statements bearing upon norms), and their relationship with the consistency of normative systems, especially of those —like legal systems— which are eminently composed of conditional norms. In the paper, two concepts of consistency are examined and their impact on the truth of normative propositions fully explored. It is also shown that, when the criteria for determining the consistency of normative systems are not univocally determined, normative propositions are undecidable as for their truth-value, *i. e.* it is not possible to univocally establish whether or not they are true. Finally, the difficulties in conciliating the logical and the practical treatments of inconsistent legal systems are tackled and provided with a theoretical explanation.

Keywords: normative systems, normative propositions, consistency, conditionals, undecidability.

* Fecha de recepción: 23 de julio de 2012. Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2012.

** Ricercatore di filosofia del diritto, Dipartimento di scienze giuridiche, Università degli Studi di Genova, gbratti@unige.it.

Una primera versión de este artículo fue presentada en el XIII Seminario Internacional de Teoría del Derecho, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina), el 23 de junio de 2011. Quisiera hacer constar aquí mi gratitud a todos los miembros del grupo local de filósofos del derecho —y en particular a P. NAVARRO— tanto por su invitación a discutir mis ideas en un ambiente tan amistoso y estimulante, como por sus atinadas observaciones críticas a mi trabajo. Además, quisiera dar las gracias a J. RODRÍGUEZ por su gran ayuda en la confección de este trabajo. Sus observaciones y críticas, además de sus sugerencias lingüísticas, me han permitido corregir muchos errores que afectaban versiones previas de este trabajo. D. DEI VECCHI tuvo la amabilidad de corregir el castellano de un primer borrador de este trabajo y por esto le estoy muy agradecido. Finalmente, quisiera dar las gracias a J. P. ALONSO, H. BOUVIER, E. BULYGIN, R. GUARINONI, R. GUASTINI y H. ZULETA por sus observaciones acerca del contenido del presente *paper*. Obviamente, las omisiones, confusiones y oscuridades que queden son de mi estricta responsabilidad.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, me propongo analizar el problema de las condiciones de verdad de las proposiciones normativas en el enfoque propuesto por C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN (en adelante AB) en su obra maestra *Normative Systems*¹ y en obras sucesivas. En particular, pretendo examinar las relaciones que se dan entre la coherencia (*consistency*) de los sistemas normativos y los valores de verdad de las proposiciones normativas correspondientes.

Para hacer esto, expondré brevemente las principales tesis de AB sobre proposiciones normativas y coherencia. Luego, introduciré algunas dudas acerca de las relaciones que supuestamente vinculan ambas nociones. Propondré, en consecuencia, refinar el análisis, introduciendo dos nociones distintas de coherencia —que llamaré, respectivamente « α -coherencia» y « β -coherencia»— que se encuentran entremezcladas en la obra de AB. Además, sostendré que, en la medida en que estas dos nociones (que tienen repercusiones muy distintas respecto de la completitud de los sistemas normativas) sean de simultánea aplicación a los sistemas normativos, las proposiciones normativas correspondientes resultan indecidibles, esto es, no logramos asignarles —de manera unívoca— un cierto valor de verdad.

2. REENCUENTRO CON LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS

Como es sabido, una de las herramientas analíticas fundamentales en la obra de AB es la distinción entre normas y proposiciones normativas². Mientras que las primeras tienen como función primaria guiar la conducta humana y, en consecuencia, no puede predicarse de ellas la verdad o falsedad, las segundas pueden ser concebidas como aserciones (de índole descriptiva) que versan, en un nivel metalingüístico, sobre una norma³. De acuerdo con dicho planteamiento, pueden darse diversos tipos de proposiciones normativas, en razón de los posibles atributos que pueden ser predicados de una norma (existencia, validez, vigencia, eficacia, aplicabilidad, etc.). Sin embargo, hay un tipo de proposiciones normativas cuya formulación se realiza mediante enunciados deónticos y que, por esta razón, parecen referirse a primera vista, no ya a normas, sino a conductas, calificándolas de obligatorias, prohibidas o permitidas. En realidad, como advierten AB, aquí tenemos una estructura metalingüística encubierta, ya que sólo las normas pueden calificar conductas: las proposiciones normativas formuladas mediante enunciados deónticos pueden ser analizadas más bien como aserciones acerca de la

¹ C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, Wien-New York, Springer, 1971. Las citas y las referencias se refieren a la versión castellana: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975 (en adelante, indicado con NS).

² Dicha distinción aparece por primera vez, en la obra de AB, en C. E. ALCHOURRÓN, «Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas» (1969), en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (en adelante, ALD); y NS, 173 y ss. Sobre el origen de la distinción, *cf.* E. BULYGIN, «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos», en ALD, 1982.

³ E. BULYGIN, «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos», *op. cit.*, 171-172. *Vid.* también C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas», en ALD, 1984, 158 y ss.

relación de pertenencia que se da entre una cierta norma y un determinado sistema normativo, entendido este último como el conjunto de todas las consecuencias lógicas que se siguen de un cierto conjunto de normas⁴.

Siguiendo a A-B, cabe señalar algunas de las diferencias más destacables entre normas y proposiciones normativas.

En primer lugar, es preciso observar que las proposiciones normativas se refieren (como hemos visto, a menudo de manera implícita o tácita) a un sistema de normas. En este sentido, podemos afirmar que las proposiciones normativas son *relativas*, mientras que las normas son, en algún sentido, absolutas⁵.

En segundo lugar, cuando el vocablo «permitido» aparece en la formulación de una proposición normativa —a diferencia de lo que ocurre cuando aparece en la formulación de una norma— es ambiguo, ya que puede hacer referencia a dos situaciones distintas: 1) en el sistema normativo de referencia, no existe una norma que prohíba la conducta de que se trate (permisión negativa); 2) en el sistema de referencia, existe una norma que autoriza la conducta en cuestión (permisión positiva)⁶.

En tercer lugar, las proposiciones normativas —a diferencia de las normas— admiten dos tipos de negación: una negación externa y una negación interna⁷. La negación externa de una proposición equivale a afirmar que no existe (*rectius*, no pertenece al sistema normativo de referencia) una norma que califique deónticamente una cierta conducta. En cambio, la negación interna de la misma proposición consiste en afirmar que existe (*rectius*, pertenece al sistema normativo de referencia) una norma que expresa una calificación deóntica respecto de la conducta complementaria de aquella descrita en la parte referencial de la formulación normativa.

Esto permite observar que los términos «prohibido», «permitido» y «obligatorio» —cuando aparecen en la formulación de normas— son considerados interdefinibles, mediante el uso de la negación, mientras que cuando aparecen en la formulación de proposiciones normativas, dichos términos no pueden ser interdefinidos. En efecto, dado que existen dos maneras de negar una proposición normativa, la prohibición es interdefinible con el permiso negativo, pero no con el permiso positivo. Como es

⁴ Vid. E. BULYGIN, «True or False Statements in Normative Discourse», en R. EGIDI (ed.), *In Search of a New Humanism*, Dordrecht, Springer, 1999; y también C. E. ALCHOURRÓN, «Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables» (1993), en *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 87-91. Un análisis crítico de esta postura se lee en P. E. NAVARRO, «Legal Reasoning and Systematization of Law», en A. SOETEMAN (ed.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001.

⁵ Recientemente, ha sido propuesta la noción de «proposición normativa absoluta», que serviría para dar cuenta de la calificación «última» de una cierta conducta, en relación con todos los sistemas normativos relevantes. Sin embargo, dicha noción sigue siendo relativa a la pertenencia de distintas normas a diversos sistemas normativos y a un criterio de preferencia entre dichos sistemas normativos, de manera que no parecería tener nada de «absoluto», si no en su alcance (que, no obstante, es irrelevante a la hora de determinar el carácter de las proposiciones normativas). En suma, aquí «absoluto» funcionaría como predicado del conjunto de los sistemas normativos de referencia, y no de las proposiciones que a ellos se refieren. Para un análisis crítico de este tipo de proposiciones, *cfr.* J. L. RODRÍGUEZ, «Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G. H. von Wright», en *Doxa*, 26, 2003, 88 y ss.

⁶ *Cfr.* C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Norma jurídica», en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 11, Madrid, Trotta, 1995, 142; *vid.* también *id.*, «Von Wright y la filosofía del derecho», en *ALD*, 89-90.

⁷ C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Norma jurídica», *op. cit.*, 142.

sabido, esto permite demostrar, entre otras cosas, que la tesis según la cual todos los sistemas jurídicos son necesariamente completos por incorporar el principio de prohibición, según el cual: «Todo lo que no está prohibido está permitido», carece de fundamento, ya que si «permitido» se entiende en sentido negativo la tesis se torna trivial, y si se entiende en sentido positivo la tesis está lejos de ser necesaria⁸.

Pues bien, asumiendo la notaciones lógicas usuales —«&» por la conjunción, «~» por la negación, «v» por la disyunción, «▷» por el condicional y «≡» por el bicondicional, «O» por la modalidad «obligatorio», y «P» por «permitido»— podemos reconstruir la forma lógica de las normas como «Op», en caso de normas categóricas, y «p ▷ Oq» cuando se trata de normas condicionales. Las correspondientes proposiciones normativas, en cambio, pueden formalizarse de la siguiente manera: «Op ∈ Cnα» (también formulable como $\mathbf{O}_{\alpha}p$) o «(p ▷ Oq) ∈ Cnα» [también representable como « $\mathbf{O}_{\alpha}(q/p)$ »]⁹. Para AB, las condiciones de verdad de las proposiciones normativas podrían ser formalizadas de la siguiente manera: $\mathbf{O}_{\alpha}p \equiv \alpha \vdash (Op)$, en el caso de las normas categóricas, y $\mathbf{O}_{\alpha}(q/p) \equiv \alpha \vdash (p \triangleright Oq)$, en el caso de las normas condicionales¹⁰.

La distinción entre normas y proposiciones normativas consiente, entre otras cosas, construir dos lógicas distintas, que sólo «se solapan» en condiciones ideales: esto es, cuando un sistema normativo es completo y consistente. Efectivamente, cuando un sistema normativo reúne estas dos condiciones, podemos afirmar que: 1) siendo el sistema consistente, la permisión positiva implica la permisión negativa, esto es: la presencia de una norma que autoriza expresamente una cierta conducta conlleva la ausencia de una norma que prohíba dicha conducta; 2) siendo el sistema completo, la permisión negativa implica la permisión positiva, esto es: la ausencia de una norma que prohíbe una cierta conducta conlleva la presencia de una norma que expresamente la autoriza.

3. LA COHERENCIA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS

Como es sabido, la coherencia es una propiedad sumamente importante para un conjunto de enunciados. En los principales sistemas de lógica proposicional, en efecto, vale la ley (que suele llamarse principio de Duns Escoto o del *ex falso sequitur quodlibet*)¹¹ según la cual de una contradicción se sigue cualquier enunciado: de ahí que un conjunto incoherente resulte del todo inútil a efectos cognoscitivos¹². Recientemente, han sido elaborados diversos sistemas lógicos (paraconsistentes, de la relevancia, de los condicionales *defeasible*, etc.) para limitar los efectos devastadores del principio *ex falso sequitur quodlibet*. No está entre los objetivos de este *paper* el análisis pormenorizado de dichos sistemas. Me concentraré, más bien, en las nociones de coherencia que

⁸ *Ibid.*

⁹ C. E. ALCHOURRÓN, «Condicionalidad y representación de las normas jurídicas», en *ALD*, 275.

¹⁰ El símbolo « \vdash » representa la relación de implicación entre un cierto sistema normativo y una cierta norma. La expresión «Cnα» (que se lee: las consecuencias lógicas del conjunto normativo α) representa el sistema normativo al cual se hace referencia mediante la proposición normativa (el mismo significado se asigna al α infraescrito en las fórmulas compactas como « $\mathbf{O}_{\alpha}p$ », donde el resaltado indica el uso asertivo de la modalidad deóntica).

¹¹ En adelante, la indicaremos sucintamente con «DE».

¹² *Vid.*, entre muchos, E. MENDELSON, *Introduzione alla logica matematica* (1964), Torino, Bollati Boringhieri, 1972, 52.

se encuentran en *NS*, una de las cuales parece constituir la base para una lógica «no-clásica» *ante litteram*. En particular, me centraré en los efectos sistémicos que dichas nociones de coherencia tienen respecto al desarrollo lógico de los conjuntos normativos, esto es, respecto a la sistematización de las normas jurídicas tal como es concebida por AB en *NS*. Como veremos, cambiando la noción de coherencia, cambian también las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. En algunos casos, cambian de manera tal que desdibujan el carácter genuinamente informativo que usualmente se atribuye a las proposiciones normativas.

3.1. La α -coherencia

La primera noción de coherencia que se encuentra claramente asumida en *NS* es la noción clásica de coherencia, que consiste en asumir que un cierto conjunto de proposiciones no contiene la conjunción de una cierta proposición φ y de su negación $\sim\varphi$ o, dicho de otra manera, no afirma a la vez la verdad y la falsedad de φ . El esquema definicional de la contradicción mediante metavariables es, en consecuencia, el siguiente:

$$[0] \quad \varphi \ \& \ \sim\varphi$$

Como un sistema que contiene un enunciado semejante permite derivar cualquier enunciado¹³, podemos afirmar que un conjunto es coherente si y sólo si no admite cualquier proposición entre sus consecuencias lógicas o —lo que es lo mismo— si y sólo si admite por lo menos una interpretación tal que todos sus elementos son verdaderos¹⁴. En cambio, un sistema puede considerarse incoherente si y sólo si admite la derivación de cualquier enunciado o, en otros términos, no admite ninguna interpretación tal que todos sus elementos sean verdaderos¹⁵.

Por brevedad, llamaré a esta primera noción de coherencia « α -coherencia». Cabe señalar, *ad abundantiam*, que la noción de α -coherencia se aplica a los condicionales mediante la sustitución, dentro del esquema definicional con metavariables [0], de « φ » con « $p \supset q$ »:

$$[1] \quad (p \supset q) \ \& \ \sim(p \supset q)$$

Realizadas las oportunas transformaciones, el enunciado [1] obviamente equivale al siguiente enunciado¹⁶:

$$[2] \quad \sim(p \ \& \ \sim q) \ \& \ (p \ \& \ \sim q)$$

el cual, de manera aun más nítida que [1], instancia claramente una contradicción.

¹³ La prueba de esta ley es muy simple:

- i) $\varphi \ \& \ \sim\varphi$.
- ii) φ de i), por eliminación de la conjunción.
- iii) $\varphi \vee \psi$ de ii), por introducción de la disyunción.
- iv) $\sim\varphi$ de i), por eliminación de la conjunción.
- \therefore v) ψ de iii) y iv), por silogismo disyuntivo.

¹⁴ Vid. V. HALBACH, *The Logic Manual*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 145; C. E. ALCHOURRÓN, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en *ALD*, 294.

¹⁵ Escribe E. MENDELSON, *Introduzione alla logica matematica*, *op. cit.*, 52: «[un sistema] L es consistente si y sólo si no todas las fórmulas bien formadas de L son teoremas».

¹⁶ La prueba es la siguiente:

$$[1] \quad (p \supset q) \ \& \ \sim(p \supset q)$$

La aplicación de la α -coherencia al ámbito normativo está lejos de ser pacífica.

En analogía con lo que ocurre en lógica proposicional, parecería razonable esperar que bastara con reemplazar las metavariabes que figuran en [0] con dos expresiones normativas correspondientes para obtener una incoherencia. En consecuencia, la negación de dicha fórmula, obtenida mediante tal reemplazo, nos proporcionaría la definición de coherencia normativa. Sin embargo, las cosas no están así de simple. Veamos.

En cuanto a las normas categóricas, el reemplazo parece ser posible, siempre y cuando tengamos algún criterio semántico que nos permita determinar los casos en que dos normas sean de considerarse incompatibles.

A este respecto, tenemos que enfrentarnos al conocido problema de que la coherencia (y los conceptos a ella vinculados, como el de «contradicción») es definida en términos de verdad y, por tanto, es difícilmente trasladable a las normas, ya que estas últimas —como hemos visto— no son susceptibles de verdad o falsedad. Nos hace falta, entonces, un criterio sustitutivo para determinar cuándo puede considerarse que dos prescripciones generan un conjunto incoherente.

En *NS*, la respuesta a este interrogante es la siguiente¹⁷:

La noción de contradicción deóntica es, por supuesto, relativa al sistema de lógica deóntica que se adopte. Pero no es difícil independizar esta definición de todo concepto particular de contradicción deóntica. En efecto, es una ley lógica general que de una contradicción puede inferirse cualquier enunciado; de modo que, si un caso es correlacionado con dos o más soluciones contradictorias, entonces está correlacionado con cualquier solución.

Aquí, evidentemente se asume una extensión del concepto clásico¹⁸ de (in)coherencia normativa que prescinde de la específica definición de «contradicción deóntica»¹⁹: sin embargo, aparece aquí una restricción particular (que dará origen —como veremos— a nuestro segundo concepto de coherencia) que limita los efectos devastadores de la contradicción al solo caso contenido en los antecedentes normativos de las normas en conflicto²⁰.

Dejemos de lado por un momento la cuestión de los efectos de la incoherencia (que abordaremos en breve), para centrarnos en los conceptos de coherencia y contra-

Mediante la definición del condicional $-(p \supset q) \equiv \sim(p \& \sim q)$ — obtenemos:

[1'] $\sim(p \& \sim q) \& \sim\sim(p \& \sim q)$

Eliminando la doble negación, concluimos:

[2] $\sim(p \& \sim q) \& (p \& \sim q)$

¹⁷ *NS*, 101.

¹⁸ *Id.*, sin embargo, C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas», *op. cit.*, 160 y 167.

¹⁹ En *NS*, 75, se lee expresamente: «El significado de las expresiones “tautología deóntica” y “contradicción deóntica” depende de la lógica deóntica adoptada, pues estos pueden ser definidos de distinta manera en los diferentes sistemas de lógica deóntica. Nosotros tratamos de mantener nuestra exposición al nivel de máxima generalidad, haciéndola independiente de la adopción de una lógica deóntica determinada. De tal manera, las expresiones “deónticamente tautológico”, “deónticamente contradictorio” y “deónticamente equivalente” son, en cierto modo, indeterminadas».

²⁰ Recuérdese que un caso, en *NS*, es una combinación posible de las propiedades relevantes según las normas que componen la base de un determinado sistema normativo: *vid. NS*, 54 y ss.

dicción normativa. A este respecto, nos auxilian algunos sistemas de lógica, afines al sistema presentado en NS, que AB desarrollan en otros trabajos²¹.

Un conjunto de normas imperativas (*i. e.* de obligación o de prohibición) puede considerarse consistente si y sólo si es posible que se den, conjuntamente, todas las acciones requeridas por las normas del conjunto²². Un conjunto mixto de normas imperativas y permisivas es consistente si y sólo si se pueden realizar todas las acciones mandadas a la vez que es posible realizar cada una de las acciones autorizadas²³. Estas definiciones²⁴ se basan en la doble idea de que la negación de una norma imperativa (*e. g.* Op) está constituida por una norma permisiva cuyo frástico es la negación del frástico de la norma imperativa ($P\sim p$), y que la negación de una norma permisiva (Pp) está constituida por una norma imperativa cuyo frástico es la negación del frástico de la norma permisiva ($O\sim p$). Esto, entre otras cosas, permite definir también la implicación entre normas: una norma implica otra cuando la negación de la segunda norma es incompatible con la primera. Por ejemplo: Op implica Pp, porque la negación de la segunda — $\sim Pp$ (es decir: $O\sim p$)— es incompatible con Op²⁵.

De lo que precede se sigue que las llamadas soluciones maximales que aparecen en NS ($Op \equiv Pp \ \& \ \sim P\sim p$; $Fp \equiv Pp \ \& \ P\sim p$; $PHP \equiv O\sim p \equiv P\sim p \ \& \ \sim Pp$) son incompatibles entre ellas y generan contradicciones deónticas (en sentido amplio) cuando versan sobre el mismo contenido normativo²⁶. Podríamos decir que la contradicción normativa

²¹ No ignoro obviamente la distinción —fundamental en la obra de AB— entre concepción hilética y concepción expresiva de las normas y sus explicaciones parcialmente distintas de la incoherencia normativa. Sin embargo, a los efectos del presente trabajo, las importantes diferencias entre ambas concepciones no parecen ser fundamentales, sobre todo si se toma en consideración el hecho de que gran parte de los esfuerzos de los AB «expresivistas» versan sobre la explicación de la incoherencia normativa desde la perspectiva «pragmática» (*i. e.* de la «felicidad» de los actos de promulgación y rechazo de un legislador que aspira a ser racional) propia de la concepción expresiva. Este argumento encuentra evidencia textual en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «La concepción expresiva de las normas», en *ALD*, 127. Sin embargo, *vid.* en sentido contrario las agudas observaciones de J. L. RODRÍGUEZ, «Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G. H. von Wright», *op. cit.*, 103 y ss.

²² Una definición similar, aunque no idéntica, se encuentra en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «La concepción expresiva de las normas», *op. cit.*, 135. Esto muestra la sustancial viabilidad de la propuesta filológica que se argumentaba en la nota precedente.

²³ C. E. ALCHOURRÓN, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», *op. cit.*, 295. Extrañamente, ALCHOURRÓN sostiene también que un conjunto de normas permisivas es consistente si y sólo si es posible realizar cada una de las acciones autorizadas por las normas del conjunto. Sin embargo, esto es trivial ya que un conjunto permisivo es consistente por definición, de forma que no se ve la utilidad de la noción de coherencia aplicada a un conjunto compuesto sólo por normas permisivas.

²⁴ Que son quizá demasiado amplias ya que parecen abarcar también los supuestos de imposibilidad simultánea *fáctica*, que no constituyen supuestos de conflictos normativos *stricto sensu*. Un ejemplo: las dos normas «Obligatorio pagar los impuestos» y «Obligatorio pagar el seguro del coche» destinadas (entre otros) a sujetos que no pueden cumplir con los dos pagos producen una situación en la que no es posible que se den ambas acciones, a pesar de que no existe ningún conflicto entre las dos normas. Para diferenciar ambas situaciones, quizá simplemente haría falta introducir el elemento de la cognoscibilidad *a priori* de la imposibilidad (conceptual) de que se verifiquen conjuntamente las conductas mandadas y/o autorizadas.

²⁵ *Cfr.* G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, 158.

²⁶ Cabe observar, sin embargo, que desde la perspectiva del destinatario normativo la situación más dramática es la del destinatario de la llamada «contrariedad normativa», es decir, el conflicto entre obligación y prohibición (Op & O~p): efectivamente en este caso no hay posibilidad de satisfacer las dos normas. En cambio, en el caso en el que el conflicto se dé entre normas imperativas y normas facultativas, el destinatario podrá cumplir con ambas normas realizando la acción en caso de conflicto entre obligación y facultad, y no realizando la acción en caso de conflicto entre prohibición y facultad. *Vid.* P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giu-*

se basa, en *NS*, en la imposibilidad de satisfacer a la vez dos soluciones normativas (tanto en relación a un conjunto vacío de hechos, como en relación a un cierto conjunto no vacío de hechos).

Se sigue de lo dicho que, en relación con las normas categóricas, una vez introducido el criterio para determinar la incompatibilidad entre normas, podemos fácilmente reemplazar las metavariabes de [0] con dos fórmulas normativas contradictorias, como, por ejemplo, «Op & ~Op». De dicha contradicción, en virtud de DE, se sigue cualquier enunciado y, más específicamente, cualquier norma.

El discurso se torna mucho más complicado en relación con las normas condicionales. En relación con ellas, el reemplazo más intuitivo consistiría en fórmulas como la siguiente: $(p \supset Oq) \& \sim(p \supset Oq)$.

También de tal enunciado se seguiría cualquier norma. Sin embargo, como veremos más adelante, los teóricos del derecho y los lógicos deónticos se resisten a considerar dicho enunciado una formulación satisfactoria de una contradicción entre normas condicionales o, más cautelosamente, consideran dicha formulación irrelevante a fines explicativos.

Y, efectivamente, se suele definir «contradicción normativa» a algo $\sim(p \supset Oq) \& (p \supset \sim Oq)$ que, en la lógica proposicional, no merecería dicho nombre y merecería más bien el rótulo, algo engorroso, de «contradicción entre consecuentes bajo la hipótesis de un antecedente común de dos condicionales».

Estas dificultades conceptuales aparecen reflejadas, entiendo, en la definición de AB citada anteriormente: «es una ley lógica general que de una contradicción puede inferirse cualquier enunciado; de modo que, si un caso es correlacionado con dos o más soluciones contradictorias, entonces está correlacionado con cualquier solución».

Prima facie, parece haber una tensión entre la tesis de que de una contradicción se sigue cualquier enunciado y la tesis según la cual de una contradicción vía un determinado hecho se sigue solamente que un caso esté correlacionado con cualquier solución. Sin embargo, es posible quizá una lectura caritativa. Por «contradicción normativa», AB aquí no entienden una contradicción normativa *tout court*, sino más bien la situación más compleja de contradicción entre consecuentes normativos bajo la hipótesis de un antecedente común de dos condicionales normativos. De ahí que no haya una trivialización absoluta del entero orden jurídico y ni siquiera del sistema normativo en el cual está presente la contradicción vía ciertos hechos. La contradicción se limita al caso y a los casos más finos.

No obstante nuestra lectura caritativa, la tesis de AB resulta demasiado optimista²⁷. En primer lugar, cabe observar que, de acuerdo con los conceptos manejados por AB, de una contradicción normativa vía un caso no se sigue sólo que dicho caso está conectado con cualquier solución, sino también con cualquier condicional normativo. De manera que si tenemos que *p* está correlacionado con una incoherencia, bajo el supuesto de

ridica, Bologna, Il Mulino, 2007, 257-259. Para la distinción entre normas contradictorias y normas contrarias, *vid.* también N. BOBBIO, «Sui criteri per risolvere le antinomie», *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, 95.

²⁷ El argumento que sigue me ha sido sugerido por J. RODRÍGUEZ.

instanciación de p , podemos inferir cualquier condicional normativo. Por ejemplo, si al caso de la buena fe del enajenante está correlacionada una incoherencia (por ejemplo: obligatorio y facultativo devolver el bien) y en el mundo se instancia la buena fe del enajenante, tendríamos (entre muchas otras) la consecuencia de que en el caso de aprobarse una ley, esto debería hacerse con la mayoría de los $2/3$ de los miembros del parlamento.

Esto se puede explicar en otros términos afirmando que, bajo la vigencia del principio del refuerzo del antecedente, una incoherencia normativa correlacionada al caso p provoca la trivialización de la entera calificación normativa en el mundo p , en el sentido de que, instanciándose p , cualquier propiedad adicional resulta conectada con cualquier solución. En efecto, si vale « $p \supset \sim\text{Coh}$ », entonces vale también « $p \ \& \ s \supset \sim\text{Coh}$ ». Sin embargo, al instanciarse p en el mundo, podemos derivar « $s \supset \sim\text{Coh}$ ». Esto se podría luego generalizar respecto de cualquier propiedad ulterior.

De ahí que el sistema teórico elaborado por AB en NS podría probablemente rechazar una versión irrestricta del principio DE²⁸, esto es una completa trivialización del sistema normativo en el cual un caso está correlacionado con una incoherencia normativa. Sin embargo, no lograría rechazar una consecuencia sumamente paradójica: la trivialización de la mitad del universo del discurso correspondiente al caso correlacionado con la contradicción normativa. Obsérvese, de paso: cuanto más alto es el número de los casos relevantes conectados con incoherencias, menor es el espacio que queda exento de trivialización. Si por ejemplo tanto p como r están correlacionadas con incoherencias normativas, tenemos que tanto el mundo p como el mundo r resultan totalmente trivializados desde el punto de vista normativo. Siendo esto así, obtenemos que los mundos « $p \ \& \ r$ » y « $p \ \& \ \sim r$ », así como el mundo « $\sim p \ \& \ r$ » se encontrarían deónticamente trivializados, y quedaría exento de estos efectos sólo el mundo « $\sim p \ \& \ \sim r$ ».

No es descabellado pensar que dicha red conceptual conduzca, en relación con fines prácticos, a una inutilidad de los sistemas normativos muy próxima a la que tendríamos de una aceptación irrestricta de DE respecto de la incoherencia normativa, así como la conciben AB.

3.2. La β -coherencia

Hemos visto que AB pretenden limitar los efectos de la incoherencia normativa a los «hechos operativos» que conducen a la aplicabilidad de dos consecuencias normativas incompatibles. Esto quiere decir que sólo de dos normas categóricas²⁹ antinómicas se sigue cualquier norma; mientras que en relación con normas hipotéticas, dicha consecuencia se da sólo en relación con el caso considerado.

Hemos visto también que, vía una interpretación generosa del refuerzo del antecedente, los efectos de la trivialización parecen extenderse por lo menos a mitad del

²⁸ Una buena definición de la versión irrestricta de DE es la siguiente, proporcionada por N. DA COSTA y R. VERNENGO, «Sobre algunas lógicas paraclásicas y el análisis del razonamiento jurídico», *Doxa*, 19, 1996, 191-192: «El principio *ex falso aliquid sequitur* que vale como teorema clásico, tendría su equivalente en los sistemas deónticos standard, interpretándose en el sentido de que cabe cualquier conclusión normativa a partir de premisas normativas contradictorias».

²⁹ Esto es: de dos soluciones vía un conjunto vacío de hechos.

universo del discurso de que se trate, haciendo inservible mucho más que un caso aisladamente considerado. Sin embargo, para ser fieles a los objetivos de AB, tenemos que conjeturar una posible lectura de su tesis que no conlleve dichos efectos tan devastadores.

Tenemos, en consecuencia, que considerar si, en NS, en lugar del concepto de α -coherencia, podría esbozarse otro concepto de coherencia, cuyos efectos de trivialización del sistema sean mucho más restringidos. Mi impresión es que esto es posible: llamaré a este otro concepto de coherencia « β -coherencia»³⁰.

El elemento central de este segundo concepto de coherencia es la relevancia de los antecedentes de las normas que figuran en un cierto sistema normativo a los efectos de la identificación de la incoherencia normativa y de sus efectos.

Hemos visto que en la lógica deóntica, y más aun en la teoría del derecho, un sistema (condicional) incoherente es reconstruido como un conjunto en el que aparecen dos normas con antecedente total o parcialmente igual, y consecuentes incompatibles. Y esto es así porque la concepción de la forma lógica de las normas más difundida entre los teóricos del derecho —implícita en lo que hemos dicho hasta el momento— es aquella que reconstruye las normas jurídicas como enunciados condicionales que correlacionan una prótasis que versa sobre la descripción de algunos «hechos operativos» con una apódosis que contiene la consecuencia jurídica para la verificación de dichos hechos. Usando el léxico introducido por C. ALCHOURRÓN en un conocido trabajo de los años noventa, podemos decir que los juristas suelen inclinarse hacia la «concepción puente» a la hora de reconstruir la forma lógica de las normas jurídicas³¹. En símbolos, la forma lógica de las normas sería entonces representable de la siguiente manera:

$$[3] \quad p \supset Oq$$

Ahora bien, hemos dicho también que parecería intuitivo, por analogía con lo que ocurre en el cálculo bivalente, mantener que se generara una contradicción normativa en un cierto conjunto normativo α , si α contuviera, además de [3], también el siguiente enunciado normativo:

$$[4] \quad \sim(p \supset Oq)$$

Que, con las debidas transformaciones, se convierte en:

$$[5] \quad p \ \& \ \sim Oq$$

O, lo que es lo mismo,

$$[6] \quad p \ \& \ P\sim q$$

Semejantes fórmulas mixtas (compuestas por extrañas conjunciones de proposiciones descriptivas y enunciados deónticos) producen un cierto desconcierto, además

³⁰ Quizás, sería más correcto hablar de *modelo* de coherencia, en lugar de *noción* de coherencia: ya que se trata de una serie de asunciones vinculadas a la coherencia, más que a la propia noción de coherencia. Las expresiones del texto en términos de noción de coherencia, en consecuencia, tienen que ser entendidas como reducciones elípticas de expresiones más complejas que se refieren a las relaciones entre la coherencia y otras nociones claves (como implicación, relevancia, etc.).

³¹ C. E. ALCHOURRÓN, «Separación y derrotabilidad en lógica deóntica», en *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, op. cit., 1995, 144: «En [la concepción puente] las normas condicionales son como puentes que vinculan lo que *es* (o que podría ser) el caso con lo que *debe ser* (hecho). Vinculan el reino del *Sein* con el reino del *Sollen*».

que dificultades interpretativas difícilmente superables³². Más allá de esto, parece que algo falla si a los efectos de negar un enunciado condicional no podemos simplemente anteponer la negación a dicho enunciado, sino que tenemos que recurrir a otros artificios formales más complicados. Esto quizá sugiere que la concepción puente ofrece una representación no totalmente satisfactoria de las normas³³. Sin embargo, rechazando de plano la concepción puente en su globalidad, se corre el riesgo de botar el bebé con el agua sucia. Lo que resulta realmente importante, en realidad, es la posibilidad de formalizar, de manera conjunta, dos intuiciones básicas de los juristas, según las cuales: i) las normas jurídicas son reconstruidas de manera satisfactoria como la correlación de la descripción de hechos operativos con consecuencias jurídicas, y ii) existe la posibilidad de genuinas contradicciones entre normas semejantes que, sin embargo, no conducen a una trivialización masiva de gran parte del sistema.

Efectivamente, la gran mayoría de los juristas (así como un buen número de lógicos deónticos) formulan la norma-negación de [3], no ya mediante [4], sino de la manera siguiente:

$$[7] \quad p \supset \sim Oq$$

Esto presupone que un sistema normativo hipotético que pretenda ser coherente debe validar el siguiente enunciado:

$$[8] \quad (p \supset Oq) \supset \sim(p \supset \sim Oq)$$

Este enunciado —que nos dice que si un cierto conjunto de hechos está correlacionado con una cierta obligación no puede a la vez estar correlacionado con el permiso de no realizar la acción objeto de dicha obligación— es sospechosamente similar a la llamada «Tesis de Boecio»³⁴, según la cual:

$$[9] \quad (p \supset q) \supset \sim(p \supset \sim q)$$

Como es sabido, la tesis de Boecio no es un teorema de la lógica proposicional estándar, ya que —como es fácil advertir— en el caso en que p sea falso los dos condicionales resultan verdaderos, y, en consecuencia, la afirmación del primero no conlleva la falsedad del segundo bajo cualquier interpretación³⁵.

En cambio, en la lógica de los enunciados normativos condicionales, éste sí parece ser un teorema derivable de la misma definición de incoherencia.

Efectivamente, dada una definición de incoherencia como la manejada por los juristas y los teóricos del derecho³⁶:

$$[10] \quad (p \supset Oq) \ \& \ (p \supset \sim Oq)$$

³² Cfr. G. H. VON WRIGHT, «A Pilgrim's Progress», en *The Tree of Knowledge and Other Essays*, New York, Brill, 1993, 108.

³³ Vid. H. ZULETA, *Normas y justificación. Una investigación lógica*, Madrid, Marcial Pons, 2008, 132 y ss.; J. L. RODRÍGUEZ, «Relevancia práctica de las normas condicionales», *Legal Theory and Philosophy Working Papers Series*, Universitat de Girona, núm. 17, 2009.

³⁴ Sobre la cual, *vid.* al menos C. PIZZI, «Boethius' Thesis and Conditional Logic», *Journal of Philosophical Logic*, 6, 1977.

³⁵ Lo que precede constituye también otra forma de afirmar que $[(p \supset q) \ \& \ (p \supset \sim q)]$ equivale a $\sim p$.

³⁶ Que es la definición común, formalizada (entre otros) por C. E. ALCHOURRÓN, «Condicionalidad y representación de las normas jurídicas», *op. cit.*, 277.

obtenemos que la negación de [10] define la coherencia. Pero la negación de [10] es una simple transformación de [8], como podemos ver en el siguiente enunciado:

$$[11] \sim[(p \supset Oq) \& (p \supset \sim Oq)]$$

De ahí que la versión deóntica de la tesis de Boecio sea válida, a diferencia de la versión proposicional, que claramente no lo es. Aquí hay un divorcio muy relevante entre lógica proposicional y lógica de las normas condicionales³⁷.

Dicho divorcio se aprecia también en la ya mencionada característica de la limitación de los efectos de las contradicciones normativas, que también está vinculada con las propiedades peculiares que se atribuyen a los condicionales normativos.

La definición de «coherencia» proporcionada en *NS* —pese a que, como se ha visto, está basada en gran parte en una noción clásica de implicación— es bastante explícita en limitar los efectos de la incoherencia al universo de casos solucionados por un sistema normativo: «Un conjunto normativo α es *coherente* —escriben *AB*— en relación a un UC_i si, y sólo si, ningún elemento de un UC_i es correlacionado por α con todas las soluciones»³⁸.

Esta definición conlleva que allí donde el conflicto se dé entre normas categóricas —que carecen de condición de aplicación— el sistema se vea afectado por la aplicación irrestricta de *DE*, y entonces admite que cualquier conducta resulte obligatoria³⁹. Un corolario de esta tesis es que un sistema mixto de normas categóricas e hipotéticas que resulte incoherente, siempre y cuando el conflicto se dé entre normas categóricas, también resulta trivializado en base al principio *DE*⁴⁰.

En cambio, un conjunto de normas hipotéticas no resultaría trivializado por contener una contradicción normativa. Hemos visto en el epígrafe precedente que esta tesis resulta dudosa. Sin embargo, hay una estrategia que puede ser usada para mantener dicha tesis: se trata de enfatizar el concepto de relevancia introducido en *NS* en la aplicación del refuerzo del antecedente⁴¹.

Como es sabido, en *NS*, una cierta propiedad *p* es relevante si y sólo si *p* y su propiedad complementaria tienen estatus normativos distintos, esto es o bien el mismo sistema las correlaciona con diferentes soluciones normativas, o bien una de las dos propiedades, a diferencia de la otra, no está correlacionada, por parte del sistema, con ninguna solución.

Una de las asunciones centrales del modelo de *NS* es que la sistematización de las normas se realiza solamente en relación con las propiedades relevantes en relación con un cierto conjunto normativo. Es posible pensar que, según dicho modelo, se sugiere

³⁷ Dudas muy pertinentes acerca de esta definición de incoherencia normativa y de sus consecuencias son formuladas en M. I. PAZÓS, «Contradicciones normativas y jerarquía de normas», *Doxa*, 17-18, 1995, 391; y P. E. NAVARRO, «Normas condicionales y falacia naturalista», *Doxa*, 30, 2007, 611. Ambos autores señalan que dos normas con antecedente igual y consecuentes incompatibles no originan una contradicción en sentido clásico, ya que —como ya hemos mencionado— si se asume el concepto tradicional de «contradicción», dos enunciados condicionales con consecuente inconsistente no resultan contradictorios, sino que cuando tienen el mismo antecedente, son conjuntamente equivalentes a la negación de este último.

³⁸ *NS*, 102.

³⁹ J. L. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, op. cit., 116.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Cfr. J. J. MORESO, «On Relevance and Justification of Legal Decisions», *Erkenntnis*, 44, 1996.

que el refuerzo del antecedente tenga, por así decirlo, un alcance limitado: se aplicaría, de manera restringida, solamente a las propiedades relevantes. Esto permitiría excluir todas aquellas inferencias que, mediante un uso irrestricto del refuerzo del antecedente, provocarían la trivialización de una gran parte del universo del discurso en caso de instanciación de la propiedad a la cual está conectada la incoherencia entre soluciones. Dicho de otra manera, las propiedades que podrían reforzar el antecedente serían sólo aquellas que figuran en las otras normas del sistema normativo al que pertenecen las normas que producen la incoherencia vía ciertos hechos. Siendo estas propiedades relevantes exactamente porque conllevan una diferencia de estatus normativo en relación con sus propiedades complementarias, es relativamente difícil que una contradicción normativa respecto de un caso produzca la trivialización del sistema respecto de todas las propiedades relevantes y sus propiedades complementarias.

J. RODRÍGUEZ formula claramente dicha tesis ⁴²:

Si al reconstruir un sistema normativo se detecta un caso genérico que ha sido correlacionado con dos soluciones normativas incompatibles [...] el efecto de esta contradicción —que cualquier solución sea derivable— se circunscribe a ese caso genérico, sin propagarse a los restantes casos genéricos que quedan definidos a partir de la verificación o no de esas mismas circunstancias.

Sin embargo, dicha estrategia no está exenta de dificultades. En efecto, es un teorema de *NS* que si un sistema es incoherente en un cierto universo de casos, entonces es incoherente también en los universos de los casos más finos ⁴³. De ahí que parece difícil rechazar la posibilidad de conectar distintas normas, aparentemente desvinculadas entre ellas, para derivar de un conjunto incoherente cualquier solución para cualquier caso, agregando al conjunto incoherente una norma condicional cualquiera, que haga más fino el universo de casos originarios. Luego, por refuerzo del antecedente, sería posible conectar con el antecedente de la norma agregada cualquier solución derivada de la contradicción normativa. Este argumento es descalificado por RODRÍGUEZ, basándose en consideraciones metajurisprudenciales, vinculadas otra vez a la relevancia: «Cuando un juez o un jurista debe resolver un problema jurídico y reconstruye un sistema normativo, no toma en cuenta todas las normas del sistema sino sólo aquellas *relevantes* para la determinación de la calificación normativa de cierta acción o conjunto de acciones». Esto permite sostener que «es debido a que las soluciones de un sistema normativo son relativas a un cierto universo de acciones que la [propagación] de las contradicciones no resulta problemática» ⁴⁴.

La estrategia en examen, a pesar de acotar mucho los efectos de trivialización del sistema, sigue siendo quizá demasiado radical para los juristas. Efectivamente, es más que dudoso que los juristas piensen que cualquier solución esté correlacionada con el antecedente común de dos normas incompatibles. Los juristas suelen opinar que, frente a dos soluciones incompatibles para un cierto conjunto de hechos, ellos tienen

⁴² J. L. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, op. cit., 111.

⁴³ *NS*, 148 y 152.

⁴⁴ J. L. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, op. cit., 112. Por ejemplo: una contradicción (vía refuerzo del antecedente) en materia de tráfico («Prohibido detenerse junto a una zona militar» y «Obligatorio detenerse frente a un semáforo rojo») no podría utilizarse para absolver a alguien que haya matado a otra persona en una situación fáctica en la que se instanciaba dicha contradicción. Para la discusión de este ejemplo, *vid. ibid.*, 109 y ss.

discreción y pueden optar a favor de una de estas dos soluciones, pero no opinan que puedan escoger *cualquier* solución⁴⁵.

Sea como fuere, de lo que se ha argüido hasta el momento, no parece descabellado pensar que en *NS* se hallan dos distintas lógicas de las normas: una «clásica», basada *inter alia* en la aceptación irrestricta de la implicación material y en una versión bastante amplia (aunque no totalmente irrestricta) del principio *ex falso quodlibet*, y una «no-clásica» que acepta sólo en parte (o quizá no acepta en absoluto) las reglas de la implicación material (en particular, circunscribe el alcance del refuerzo del antecedente) y limita mucho los efectos del principio DE.

La segunda perspectiva tiene algunas repercusiones interesantes también en lo que respecta a las relaciones entre coherencia y completitud. El modelo de sistematización de las normas adoptado en *Normative Systems* parecería basarse en la idea de que, precisamente, las dos propiedades son independientes entre sí: un sistema puede ser completo y coherente, incompleto y coherente, completo e incoherente, e incompleto e incoherente. Y mientras es fácilmente captable, desde una perspectiva clásica, la idea de que un sistema normativo completo no tiene por qué ser necesariamente incoherente, no es fácil dar cuenta, desde la misma perspectiva, de la circunstancia de que un sistema incoherente no resulte necesariamente completo (y también que un sistema incompleto no resulte consistente).

Esta última circunstancia se debe al hecho —que ya hemos enfatizado— de que los sistemas normativos considerados en *NS* son, principalmente, sistemas normativos formados por normas hipotéticas y —como hemos argüido— en estos la propagación de una contradicción entre normas condicionales sólo se realiza en relación con casos más finos, y sólo en relación con las normas «que resulten *relevantes* para la determinación de la calificación normativa de cierta acción o conjunto de acciones»⁴⁶.

Esto parece ser sin duda muy razonable en términos de aplicación de normas. Sin embargo, parecería también que para mantener esto hay que suponer que la noción de condicional normativo está muy alejada de la de condicional material. Efectivamente, el principio DE es una de las consecuencias más contraintuitivas de la lógica clásica en relación con los condicionales (la llamada «paradoja negativa»), de manera que suena algo raro afirmar que se usa un enfoque condicional de las normas para eliminar uno de los problemas que surgen precisamente de la aplicación al ámbito normativo de la lógica de los condicionales materiales. Tales aparentes desajustes se deben probablemente a las diferencias entre la definición proposicional de coherencia y la definición de coherencia que se aplica a los condicionales normativos.

Sea como fuere, parece que lo que se ha argüido hasta aquí sugiere que a la teoría de *NS* subyacen dos teorías lógicas distintas: por un lado, tenemos un enfoque del con-

⁴⁵ G. GAVAZZI, *Studi di teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, 145. Puede que la posición de GAVAZZI se corresponda, en lógica, al llamado «dialeteísmo», que rechaza DE y no ve en las contradicciones un (gran) problema: sobre el punto, *cf.* S. SHAPIRO, «Incompleteness and Inconsistency», *Mind*, 111, 2002, 818.

⁴⁶ *Cfr.* J. L. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, 112. *Vid.* también C. E. ALCHOURRÓN y D. MAKINSON, «Hierarchies of Regulations and their Logic», en R. HILPINEN (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel, 1981, 134: «Now imagine the situation of a judge or administrative officer who is called upon to apply an inconsistent code and reach a verdict on a specific question. What ways are open to him to mitigate or transcend the contradiction? One idea is to distinguish between those parts of the code that are directly relevant to the case in hand, and those which are not».

cepto de condicional normativo que no satisface plenamente las mismas propiedades del condicional material, pero tiene efectos de trivialización muy amplios; por otro lado, tenemos un enfoque basado en la aplicación del refuerzo del antecedente a las solas propiedades relevantes, que tiene efectos de trivialización mucho más restringidos y que parece acercar AB a alguna forma de lógica para-clásica o incluso no-clásica.

4. LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS INDECIDIBLES

En la literatura teórico-jurídica analítica, desde siempre ha sido una cuestión crucial determinar las condiciones de verdad de los enunciados asertivos acerca de las normas (en especial las jurídicas).

Como hemos visto, AB sostienen que la verdad de las proposiciones acerca del derecho descansa en la pertenencia de una norma a un cierto sistema jurídico, aunque en algunos trabajos afirmen que los hechos que permiten determinar los valores de verdad de las proposiciones jurídicas son en realidad dos: *a*) el contenido conceptual de las normas que forman parte de un cierto conjunto, y *b*) su ordenación⁴⁷ (volveremos en breve a esta segunda teoría).

Entre las muchas posturas alternativas a la de AB⁴⁸, cabe señalar la estrategia «reduccionista» de A. ROSS, quien sostenía que las proposiciones acerca del derecho tenían como condiciones de verdad la toma de decisiones futuras por parte de los jueces⁴⁹; y por lo menos tres estrategias «negacionistas», que niegan la naturaleza genuinamente descriptiva de las proposiciones acerca del derecho: i) la de DWORKIN según la cual las proposiciones normativas —las cuales tendrían una naturaleza doble, a la vez descriptiva y prescriptiva— son verdaderas en virtud de las llamadas «bases del derecho», una extraña mezcla de normas jurídicas y de los «mejores» principios morales justificativos⁵⁰; ii) la de SCARPELLI según la cual las proposiciones acerca del derecho serían preceptos reiterados, una forma de enunciados internos que se basan en la fuerza de los preceptos dictados por la autoridad normativa⁵¹, y iii) en años más recientes, en abierta polémica con AB, T. MAZZARESE ha nuevamente puesto en tela de juicio el hecho de que las proposiciones acerca del derecho puedan genuinamente tener valores de verdad, ya que serían formulaciones encubiertas de la conjunción de enunciados (de índole no descriptiva) mediante los cuales se atribuye, respectivamente, significado y validez a las disposiciones jurídicas⁵².

⁴⁷ C. E. ALCHOURRÓN, «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas», *op. cit.*, 278.

⁴⁸ Para una interesante reseña, *vid.* J. C. BAYÓN, «Proposiciones normativas e indeterminación del derecho», en J. C. BAYÓN y J. L. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Externado, 30-38.

⁴⁹ A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958.

⁵⁰ R. DWORKIN, *Law's Empire*, London, Fontana, 1986. Sobre las proposiciones de derecho de Dworkin, *vid.* E. BULYGIN, «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos», en *ALD*.

⁵¹ U. SCARPELLI, «Le "proposizioni giuridiche" come precetti reiterati», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, 1967; *cf.* anche R. GUASTINI, «Problemi d'analisi dei discorsi dei giuristi», en S. CASTIGNONE, R. GUASTINI y G. TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, ECIG, 1994, 258.

⁵² T. MAZZARESE, «Norm Proposition: Epistemic and Semantic Queries», *Rechtstheorie*, 22, 1991. BULYGIN ha replicado a MAZZARESE en *id.*, «True or False Statements in Normative Discourse», *op. cit.* Acerca de este debate, *cf.* R. GUASTINI, «Eugenio Bulygin y Tecla Mazzarese sobre interpretación y proposiciones

En cambio, en la literatura teórico-jurídica, no ha sido frecuente plantearse la cuestión de si la verificación de las proposiciones jurídicas es unívoca en relación con los criterios establecidos: es decir, si las proposiciones normativas (y en particular las jurídicas) son siempre determinables en relación con sus valores de verdad o hay casos en los que resultan, por así decir, «indecidibles». No tengo la pretensión de abordar de manera exhaustiva la cuestión: se trata de un tema demasiado complicado para ser tratado en un breve artículo. Lo que quiero hacer en esta sección es más bien establecer los fundamentos para un análisis de la indecidibilidad de las proposiciones normativas y, a estos efectos, es interesante tomar la teoría de AB como «banco de prueba».

Como es sabido, en lógica matemática, el predicado «indecidible» se aplica a dos objetos principalmente: *a)* enunciados, y *b)* sistemas formales.

a) En tanto predicado de enunciados, «indecidible» significa que un cierto enunciado φ no es demostrable ni refutable en un determinado sistema *S*. Esto quiere decir que ni φ ni $\sim\varphi$ pueden ser demostradas como verdaderas en *S*.

b) En tanto predicado de sistemas formales, «indecidible» significa que un cierto sistema *S* está compuesto por un conjunto de teoremas no determinable de manera recursiva. Esto es: no existe un método que, en un número finito de pasajes, nos permita determinar si un cierto enunciado φ es un teorema de *S* o no⁵³.

En este trabajo, utilizaré el adjetivo «indecidible» de un modo sólo parcialmente análogo a cómo es empleado en lógica matemática. Esto es debido no sólo a la obvia razón de que conceptos elaborados en ciertos ámbitos científicos no pueden ser trasladados, sin más, a otros ámbitos científicos, sino también por la razón —quizá menos obvia— de que necesitamos nociones de nivel lingüístico distinto (lenguaje-objeto y metalenguaje) para explicar, de manera fructífera, dos diversos aspectos de las dificultades que se encuentran para determinar los valores de verdad de las proposiciones normativas.

Pues bien, en un primer sentido, en tanto predicado de proposiciones normativas, llamaré «indecidible» a una proposición de la que no pueden ser probadas ni su verdad ni su falsedad. Cabe observar que este sentido de «indecidible», trazado en analogía con el significado *sub* (*a*), no parecería ser muy relevante para la teoría jurídica. Toda proposición normativa, en abstracto, puede ser probada como verdadera o falsa en relación con un cierto sistema normativo.

Cabe afirmar, en efecto, que, abstrayendo de las cuestiones relativas a la interpretación de las disposiciones normativas (cuestiones que son centrales para un análisis completo de dichos fundamentos), una proposición normativa puede decirse verdadera cuando el sistema normativo de referencia contiene, entre sus consecuencias, la norma sobre la cual versa la proposición normativa en cuestión. En términos formales (y con referencia, respectivamente a las normas categóricas y a las normas condicionales), tenemos que:

$$[12] \quad \mathbf{O}_\alpha p \equiv \alpha \mid - (Op)$$

$$[13] \quad \mathbf{O}_\alpha(q/p) \equiv \alpha \mid - (p \supset Oq)$$

normativas», en J. J. MORESO y M. C. REDONDO (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 2007; y J. L. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, op. cit., 19-22.

⁵³ F. BERTO, *Tutti pazzi per Gödel. La guida completa al teorema di incompletezza*, Bari-Roma, Laterza, 2008, 129-130.

Dichas proposiciones serían falsas si la norma mencionada en ellas no perteneciera al sistema de referencia (en cuyo caso sería verdadera la proposición que afirma su no-pertenencia al sistema de referencia: lo que hemos visto, por ejemplo en el caso de la permisión negativa).

Sin embargo, hay casos en los que la determinación de verdad no es tan fácil como parece. Y esto se debe a un análogo del concepto *b*) de indecidibilidad que consiste en la imposibilidad de (o, más cautelosamente, la no univocidad en) derivar las consecuencias lógicas de una cierta base de enunciados normativos (evidentemente, se trata de una noción que opera al nivel de lenguaje-objeto de las normas y, no obstante lo cual, puede reflejarse en el nivel meta-lingüístico de las proposiciones normativas). Efectivamente, dependiendo de qué concepto de coherencia aplicamos, obtendremos resultados muy distintos. Y esto, a su vez, hace indeterminadas las proposiciones normativas que se refieren a los sistemas normativos cuya identificación recursiva no es unívoca en razón de los dos conceptos de coherencia mencionados.

En particular, cabe observar que el criterio de deducibilidad —central en la obra de AB—, según el cual una norma que es consecuencia lógica de una norma expresa es válida en el sistema de referencia, es vacío hasta tanto no se determine el concepto de coherencia que resulta de aplicación (esto se debe al hecho de que coherencia e implicación son conceptos correlacionados). Si es así, con una noción indeterminada de coherencia, como la manejada en *NS*⁵⁴, ese criterio no es recursivo, porque no podemos, en un número finito de pasajes, determinar exactamente qué normas pertenecen al sistema.

Ahora bien, es interesante notar que, respecto a los sistemas normativos formados por normas categóricas, las dos nociones de coherencia que hemos esbozado anteriormente se corresponden. Respecto a estos sistemas, cabe afirmar que, cuando el sistema es coherente, las proposiciones normativas correspondientes son todas decidibles, aunque muchas de ellas puedan tener forma «negativa» (esto es, puedan versar sobre la no pertenencia de una norma al sistema). Cuando es incoherente, en cambio, el principio DE parece tener un alcance irrestricto y el sistema implica toda norma⁵⁵. Siendo así las cosas, parece seguirse que todas las proposiciones normativas son decidibles y, además, ninguna de ellas puede tener estatus «negativo» (ya que toda norma pertenece a dicho sistema): esto es otra forma de decir que un sistema categórico incoherente es necesariamente completo (aunque no vale la inversa). Sin embargo, es claro que dicho conjunto de proposiciones normativas tendrá un valor informativo muy escaso o nulo, ya que se limitaría a afirmar que todo es debido y no debido.

La situación es distinta en relación con los sistemas formados por normas condicionales. En dichos sistemas, hay profundas diferencias correlacionadas al aplicar los dos conceptos de coherencia que hemos analizado. En particular, la falta de coherencia conlleva efectos muy distintos a la hora de fundamentar las proposiciones normativas correspondientes al sistema normativo de referencia. Si dicho sistema normativo es α -incoherente, obtenemos que de una contradicción condicional se sigue cualquier norma en el mundo en el que se instancia la propiedad *p*, vía la cual se genera la incoherencia: lo que nos remite, *mutatis mutandis*, a la segunda situación relativa a

⁵⁴ Vid. lo dicho por AB en la nota 19.

⁵⁵ J. L. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, op. cit., 113.

los sistemas normativos categóricos: en el mundo p , toda proposición normativa sería decidible en sentido positivo, pero el valor informativo del conjunto de proposiciones normativas correspondientes al sistema de referencia sería casi nulo. Respecto del mundo $\sim p$, sin embargo, podrían formularse proposiciones normativas interesantes.

En cambio, si el sistema normativo es β -incoherente, obtenemos que todas las proposiciones normativas son trivialmente decidibles en sentido «positivo» respecto a los casos *relevantes* regulados de manera inconsistente, y que son decidibles como «positivas» o «negativas» respecto a los demás casos.

Sin embargo, en los sistemas de normas condicionales, la misma elección de aplicar la noción α o la noción β de incoherencia torna indecidibles una buena parte de las proposiciones normativas (esto es: el criterio no es recursivo en tanto el criterio de deducibilidad permanezca indeterminado). Esto es así porque no podemos asignar valores de verdad unívocos al menos a todas aquellas proposiciones normativas que constituyen la «diferencia» entre el conjunto de las proposiciones normativas trivializadas (en el mundo p) según la noción de α -coherencia y aquellas trivializadas (siempre en dicho mundo) según la noción de β -coherencia. Dicho de otro modo, según la noción α , todas las conductas serían exigidas por el sistema incoherente en el mundo que instancia p , bajo el conjunto universal de los hechos, mientras que para la noción β , todas las conductas serían exigidas en el mundo p por el sistema incoherente vía *ciertos hechos relevantes* F . La diferencia entre la clase universal de los hechos operativos y el conjunto F (esto es: el conjunto complementario $\sim F$) constituiría la clase —en realidad, muy amplia— de las proposiciones normativas indecidibles [en el sentido *sub a*] respecto del mundo p .

De estos problemas de trivialización de los sistemas normativos (problemas que resultan conceptualmente previos a la atribución de indecidibilidad a un sistema normativo y de las relativas proposiciones normativas) se dio cuenta ALCHOURRÓN, quien formuló una propuesta interesante para lidiar con ellos⁵⁶, apoyándose en algunas intuiciones compartidas entre los juristas.

En un conocido trabajo, ALCHOURRÓN define un conflicto de deberes mediante un equivalente de nuestro enunciado [10] —el cual afirma que $(p \supset Oq) \ \& \ (p \supset \sim Oq)$ —. Como hemos mencionado, esto equivale, en lógica proposicional, a afirmar que un sistema semejante implica $\sim p$. De ahí que se pueda formular una definición general de «conjunto crítico» (es decir, de conjunto normativo que contiene un conflicto de deberes): A es un conjunto crítico para p , si, y sólo si, $A \vdash \sim p$ y no hay ningún subconjunto propio de A que implique $\sim p$.

Ahora bien, por las razones que hemos esgrimido anteriormente, la representación, mediante proposiciones normativas, de un sistema normativo trivializado por α -incoherencia, es totalmente inútil, ya que puede predicarse la pertenencia de cualquier norma en relación con dicho sistema y cualquier proposición normativa puede ser considerada verdadera respecto de él. Para evitar dicho problema, ALCHOURRÓN propone limitar las condiciones de verdad de las proposiciones normativas a la referencia a lo que él llama «el conjunto de las normas sanas» de un cierto sistema nor-

⁵⁶ C. E. ALCHOURRÓN, «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas», *op. cit.*, 277-280.

mativo. Los criterios, recursivos, para determinar la pertenencia de una norma N a un conjunto de normas sanas, respecto de un caso p (« A/p » representa dicho conjunto) son los siguientes:

Una norma N pertenece a A/p si, y sólo si:

- i) N pertenece a A , y
- ii) No hay un conjunto propio (B) de A , tal que
 - ii*a*) B es un conjunto crítico para p ,
 - ii*b*) N es una norma minimal en B (es decir no hay ninguna norma de B tal que N prevalezca sobre ella en caso de conflicto).

Añade ALCHOURRÓN: «La idea intuitiva es que A/p contiene todas aquellas normas que no son responsables por los conflictos de obligaciones en el caso p . Cabe observar que A/p es el resultado de eliminar las normas de menor valor de los subconjuntos más pequeños de A que producen conflictos de obligaciones en A para el caso p »⁵⁷.

En consecuencia, las condiciones de verdad de las proposiciones normativas son determinadas de la siguiente manera: $O_A(q/p)$ si, y sólo si, $A/p \mid - (p \supset Oq)$.

Evidentemente, esta es una manera de hacer interesantes las proposiciones normativas, en tanto informativas acerca de un cierto sistema normativo que tiene las propiedades para ser exitoso en guiar la conducta de sus destinatarios. Sin embargo, es claro que dicho procedimiento elude, más que solucionar, el problema de la decidibilidad bajo incoherencia. En el caso de los conjuntos «saneados», en efecto, las proposiciones normativas no pueden, por asunción, versar sobre sistemas trivializados debido a contradicciones, y no se plantea entonces ningún problema de decidibilidad. Sin embargo, no es claro lo que se gana en términos explicativos estipulando que se puede predicar verdad o falsedad de las proposiciones normativas única o eminentemente cuando versan sobre sistemas consistentes.

Quizá ALCHOURRÓN y BULYGIN quieren mantener, a nivel reconstructivo, que lo que hacen los juristas cuando se hallan frente a un sistema incoherente es ordenarlo a efectos de su aplicación (*i. e.* para prepararlo para la aplicación judicial)⁵⁸. Esto nos sugiere la idea —algo iusrealista— de que las proposiciones normativas «interesantes» usualmente versan sobre conjuntos de normas aplicables (en el sentido de haber sido «preparadas» para la aplicación)⁵⁹ y que dichos conjuntos no necesariamente coinciden con los conjuntos de normas pertenecientes al sistema normativo de referencia según determinados criterios. Esto permitiría, entre otras cosas, eludir cualquier problema de decidibilidad de los sistemas normativos y de las proposiciones que versan sobre sus normas.

5. CONCLUSIONES: LÓGICOS Y JURISTAS

En conclusión, se advierte la necesidad de proporcionar una explicación de las oscilaciones que se encuentran en NS , y en la literatura siguiente, entre una noción

⁵⁷ *Ibid.*, 278.

⁵⁸ *Cfr.* E. BULYGIN, «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», en *ALD*.

⁵⁹ *Vid.* G. B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008, 319 y ss.

clásica y una noción restringida (*i. e.* no clásica) de coherencia. El hecho de que pensadores tan agudos como ALCHOURRÓN y BULYGIN, y sus intérpretes, hayan oscilado entre estas dos nociones sugiere que hay algo muy importante en juego que subyace a esta discusión.

Cabe observar que la lógica tradicional claramente nos lleva a atribuir consecuencias dramáticas a la incoherencia, mientras que nuestro conocimiento de la historia del derecho y de las actuales prácticas jurídicas nos hace abordar la cuestión con más optimismo. En siglos los juristas han desarrollado diversos instrumentos para solucionar los conflictos normativos y, al hacer esto, no parecen haber dado mucho peso a la posible autodestrucción de un entero sistema normativo por la presencia de una simple contradicción. Ni siquiera los cultores del derecho que han trabajado en la época sucesiva a la eclosión de la lógica moderna parecen haber dramatizado demasiado la cuestión. Sin embargo, los teóricos del derecho de índole analítica —mejores conocedores de los avances lógicos— han identificado una serie de intuiciones acerca del comportamiento lógico de las normas que no es fácil aunar en una misma teoría lógica.

Las dos nociones de coherencia esbozadas precedentemente responden a estas dos actitudes —respectivamente, de lógicos y de juristas— frente a las contradicciones. No es casual que AB —a la vez lógicos y juristas, precisamente— oscilen entre la inexorabilidad de las pruebas lógicas y el posibilismo de la cultura jurídica⁶⁰.

Respecto de este punto, nos puede quizá resultar de auxilio una muy conocida discusión entre los defensores de la distinción «analítico-sintético» y sus detractores (en particular QUINE). Una muy conocida tesis de QUINE es que también los enunciados analíticos (incluyendo, en particular, a los de la lógica y de las matemáticas) —cuya verdad dependería exclusivamente del significado de los términos que los componen— son en realidad revisables en base a la evidencia⁶¹. Con esta discusión acerca de las contradicciones normativas, y sus efectos, tenemos un caso claro de (intento o exigencia de) revisión por evidencia recalitrante de algunas leyes lógicas fundamentales⁶².

La aplicación irrestricta, o, en todo caso, muy amplia, de DE al ámbito normativo y específicamente jurídico conlleva consecuencias advertidas como absurdas por los participantes. Esto ha sugerido a muchos teóricos del derecho circunscribir los efectos de dicho principio, pero, al hacer esto, ellos —más o menos inadvertidamente— han cambiado (el alcance) algunas de las leyes fundamentales de la lógica proposicional. Dicho en otros términos, el fracaso explicativo, en relación con un cierto ámbito de prácticas humanas, de una parte de los enunciados presuntamente analíticos que fundamentan la lógica de las normas, entendida como extensión de la lógica proposicional, ha producido una revisión de dicha lógica normativa y quizá planteado dudas más profundas, acerca de la viabilidad de algunas tesis de la lógica apofántica tradicional.

⁶⁰ El interés de BULYGIN y, sobre todo, de ALCHOURRÓN por los condicionales derrotables puede ser leído como una demostración de un intento de conciliación entre estas dos perspectivas. *Cfr.* los ensayos recopilados en C. E. ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, *op. cit.*, y especialmente el artículo «Sobre derecho y lógica», 155 y ss.

⁶¹ *Vid.* W. V. O. QUINE, *Methods of Logic*, New York, Holt & Co., 3.ª ed., 1959, introducción.

⁶² *Vid.*, para la discusión de un aspecto de este problema (*i. e.* la primacía de la semántica en la fundamentación de la lógica), C. E. ALCHOURRÓN, «Concepciones de la lógica», en *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, *op. cit.*, 1995, 62-64.

Si esto es así, cabe decir que efectivamente los enunciados analíticos son sólo las piezas más asentadas de nuestros sistemas cognoscitivos, pero no son irrevisables según la experiencia. Su revisión, según la máxima de la mutilación mínima, será concebida sólo como *extrema ratio*, cuando la revisión de piezas menos fundamentales no producirá el ajuste de nuestras teorías. Las vicisitudes que hemos narrado en las páginas precedentes quizá muestran un caso en el cual no es posible realizar una conciliación de algunas ideas fundamentales en tema de lógica y derecho sin tocar algunas leyes fundamentales de la lógica.

EL CONCEPTO DE ACCIÓN Y EL LENGUAJE DE LA IMPUTACIÓN*

Juan Pablo Mañalich R. **

Universidad de Chile

RESUMEN. El artículo pretende esclarecer el estatus privilegiado que el concepto de acción tiende a exhibir en el uso adscriptivo del lenguaje. El primer paso está constituido por una reconstrucción crítica de la tesis asociada al así llamado «adscriptivismo», que representa una instancia específica de la falacia del acto de habla. El siguiente paso está constituido por la identificación de las peculiaridades que exhibe el uso adscriptivo del lenguaje, esto es, el así llamado «lenguaje de la imputación». Para esto se sugiere una distinción entre dos aproximaciones posibles, una pragmatista y una ontológica, cuyas implicaciones son examinadas a través de un análisis de la definición kantiana del concepto de imputación. Ello sirve de contexto para la refutación de una interpretación causalista de la noción de agencia. La defensa de una aproximación pragmatista al concepto de imputación lleva a una propuesta de clarificación del estatus lingüístico de las adscripciones de acciones. La tesis consiste en que la fuerza pragmática de un acto de habla adscriptivo se deja analizar como una conjunción de dos fuerzas ilocutivas más básicas, a saber: una asertiva y una declarativa.

Palabras clave: adscriptivismo, concepto de acción, pragmática de la imputación, agencia.

ABSTRACT. The article pretends to clarify the privileged status exhibited by the concept of action in the ascriptive use of language. The first step hereto consists in a critical reconstruction of so called «ascriptivism», which represents a specific token of the speech act fallacy. The next step consists in identifying some special features of the ascriptive use of language, namely the «language of imputation». This leads to exploring a distinction between an ontological and a pragmatist approach, whose implications are examined by reference to KANT's definition of the concept of imputation. This provides a context for a refutation of a causalist interpretation of the notion of agency. The argument for a pragmatist approach to the concept of imputation leads to a clarification of the linguistic status of actions ascriptions. The claim is that the pragmatic force of an ascriptive speech act can be analysed as a conjunction of two more basic illocutive forces, namely: an assertive and a declarative force.

Keywords: ascriptivism, concept of action, pragmatics of imputation, agency.

* Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2012. Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2012.

El presente artículo ha podido ser elaborado en el contexto de una estadia de investigación posdoctoral realizada en la Universidad de Bonn, financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, y se enmarca en el proyecto FONDECYT núm. 11110274 («La ontología del hecho punible»), del cual el autor es investigador responsable. El autor agradece la colaboración editorial de I. PERIC M. y E. SEREY G., ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, así como la muy atenta lectura del mismo por parte del profesor G. OVALLE M.

** Doctor en derecho, Universidad de Bonn (2008); licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile (2004); profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl.

INTRODUCCIÓN

Observa WITTGENSTEIN en el párrafo 6.422 del *Tractatus Logico-Philosophicus*:

El primer pensamiento ante la formulación de una ley ética de la forma «tú debes...» es: ¿y qué si no lo hago? Es claro, empero, que la ética nada tiene que ver con el castigo y la recompensa en el sentido usual. Esto es, la pregunta por las consecuencias asociadas a una acción ha de estar fuera de consideración. A lo menos, estas consecuencias no pueden consistir en eventos. Pues algo correcto tiene que haber, empero, en aquella interpelación. En efecto, tiene que haber un tipo de recompensa ética y de castigo ético, pero éstos tienen que radicar ya en la acción misma.

(Y también es claro que la recompensa tiene que ser algo agradable, y el castigo algo desagradable.)

El pasaje pertenece a aquella sección del *Tractatus Logico-Philosophicus* que en la literatura secundaria suele presentarse como la «parte mística» de la *opera prima* de L. WITTGENSTEIN¹. A pesar de que la sección en cuestión ha llegado a ser evaluada como expresiva de una capital equivocación de parte de su autor —así el lapidario juicio de su discípula, E. ANSCOMBE—², en lo que sigue se intentará mostrar que este preciso pasaje ofrece una clave para entender por qué el concepto de acción ocupa un lugar de inusitado privilegio en el contexto de lo que cabría denominar el «uso adscriptivo del lenguaje», o más desenfadadamente aún: el «lenguaje de la imputación». Ello exige partir revisando la discusión acerca del así llamado «adscriptivismo», la cual puede servir de vía de acceso al problema concerniente a la elucidación de la «gramática profunda» —para mantenernos en la terminología de WITTGENSTEIN— de las adscripciones de acciones.

1. EL ADSCRIPTIVISMO Y SU CRÍTICA

Apenas puede sorprender que la discusión acerca del así llamado «adscriptivismo» haya tenido su origen en las proximidades de la teoría del derecho. Pues la relevancia de las categorías jurídicas para el desarrollo de una teoría de los actos de habla —más precisamente: para el hallazgo de la performatividad de las emisiones lingüísticas— fue objeto de atención desde el comienzo³. Un temprano artículo de H. L. A. HART ofreció el contexto para la discusión ulterior⁴. HART proponía dos tesis fundamentales: pri-

¹ Vid. solamente WIGGINS, 2004.

² ANSCOMBE, 1959: 161 y ss., 171 y ss.

³ Vid. AUSTIN, 1962: 4 (nota 2), 7, 13, 19. Al respecto también CRUZ, 1990: 97 y ss., 104 y ss. Cfr. KELSEN, 1979: 15 y ss., 17: «Un acto —en cuanto se expresa a través de palabras verbalmente formuladas, o escritas— puede él mismo enunciar algo sobre su significado jurídico. En ello se encuentra una peculiaridad del material dado al conocimiento jurídico. Una planta nada puede transmitir sobre sí misma al investigador natural que la determina científicamente. No intenta en forma alguna explicarse a sí misma desde un punto de vista científico natural. Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una autoatribución de significado jurídico; es decir: contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente».

⁴ HART, 1949. Para su recepción y discusión posterior, vid. GEACH, 1960; PITCHER, 1960; FEINBERG, 1970: 119 y ss.; SNEDDON, 2006: 19 y ss., 33 y ss., 49 y ss. En el marco de la teoría jurídica, vid. solamente KINDHÄUSER, 1980a: 164 y ss.; KORIATH, 1994: 379 y ss.; KUHLEN, 1978: 91 y ss.; MAÑALICH, 2009: 179 y ss.,

mero, que el sentido de las emisiones lingüísticas por las cuales se dice que alguien ha ejecutado una acción —o más elementalmente: que alguien ha hecho algo— no podría consistir, primariamente al menos, en la descripción de un evento o acontecimiento, sino más bien en una atribución de responsabilidad por el evento en cuestión; y segundo, que el concepto de acción sería un concepto «derrotable» (*defeasibel*)⁵.

Es importante advertir, por de pronto, la relación de interdependencia en que se encuentran una y otra tesis. Si aquello que uno hace al decir que alguien ha ejecutado una acción efectivamente constituye una atribución de responsabilidad, entonces la adscripción de la acción en cuestión tendría que poder ser «derrotada» en tanto se presenten circunstancias bajo las cuales semejante atribución de responsabilidad deje de ser adecuada. En este sentido, las oraciones relativas-a-acciones (*action sentences*) exhibirían, según HART, una determinada propiedad distintiva, que él propuso denominar «derrotabilidad». De acuerdo con ello, la derrotabilidad sólo contaría como una propiedad de las oraciones relativas-a-acciones por el hecho de que su sentido o «significado» sería primariamente adscriptivo, y no descriptivo⁶. Con esto, la plausibilidad de la segunda tesis efectivamente depende de la validez de la primera.

Las objeciones dirigidas en contra de la afirmación del carácter necesariamente adscriptivo de las oraciones relativas-a-acciones condujeron a que HART tomase distancia de su temprana tesis⁷. Una primera objeción, formulada por PITCHER, apunta a que sería conceptualmente anómalo entender una acción como posible objeto de (una atribución de) responsabilidad; antes bien, el objeto de responsabilidad estaría constituido por algún evento o estado de cosas que represente el resultado o la consecuencia de lo que alguien ha hecho⁸. Mas PITCHER acepta, al mismo tiempo, la forma de hablar bajo la cual alguien pudiera ser tenido por responsable de haber hecho algo. Que estos dos puntos de vista resulten consistentes entre sí depende, desde luego, de cómo se entienda la relación categorial entre eventos y acciones. A favor de su compatibilidad cabe simplemente observar que, a pesar de que la tesis de que una acción no sería sino un evento de cierta clase es controversial en el marco de la teoría de la acción⁹, hay buenas razones para sostener que la identificación de un evento como la acción de una persona solamente expresa la adopción de un determinado punto de vista, desde el cual ese evento resulta explicable como una instancia de comportamiento intencional de esa persona¹⁰.

La dificultad a que se enfrenta la tesis de HART queda de manifiesto en la siguiente pregunta formulada por PITCHER: «Si en una conversación digo algo de la forma “él lo hizo”, ¿estoy necesariamente sosteniendo que la persona merece censura, y estoy haciendo esto primariamente?»¹¹. Por el momento no es necesario detenerse en la muy

186 y ss.; WÜRFEL, 2012: 68 y ss. En referencia a la discusión en el ámbito del derecho penal angloamericano, DUARTE, 2007.

⁵ Así la presentación ofrecida por PITCHER, 1960: 226.

⁶ Acerca de «la semántica de la derrotabilidad» *vid.* LOUI, 1995: especialmente 22 y ss.

⁷ *Vid.* HART, 1968: v (prólogo), haciendo referencia a los artículos de GEACH y PITCHER.

⁸ PITCHER, 1960: *passim*. En este punto no interesa indagar todavía en los méritos de la distinción conceptual entre el resultado y la(s) consecuencia(s) de una acción. Al respecto *infra*, nota 97.

⁹ *Vid.* KINDHÄUSER, 1980a: 124 y ss., 137 y ss., 159 y ss., 163.

¹⁰ *Vid.* DAVIDSON, 2001: 3 y ss., 43 y ss., 293 y ss. Fundamental asimismo ANSCOMBE, 1963: 83 y ss.

¹¹ PITCHER, 1960: 230.

decisiva circunstancia de que PITCHER asuma que lo que HART entiende por «responsabilidad», en un sentido bastante «especial», consistiría más bien en un merecimiento de censura o castigo por algo que alguien ha hecho¹². Pues de eso depende, en efecto, que PITCHER pueda evaluar críticamente la tesis adscriptivista de HART por la vía de reformularla del modo ya sugerido en su pregunta. Lo decisivo aquí es que para PITCHER parezca ser auto-evidente que la respuesta a esa misma pregunta —relativa al significado primariamente adscriptivo de las oraciones relativas-a-acciones— tendría que ser negativa. Esto, a pesar de que PITCHER se muestre dispuesto a aceptar una excepción cuando se trata del uso de expresiones que cabría identificar como «verbos condenatorios», tal como lo serían, por ejemplo, «asesinar» (por oposición a «matar»), «mentir» (por oposición a «decir algo falso») o «hurtar» (por oposición a «hacerse de una cosa ajena»)¹³. Pero que el significado de la (emisión de la) oración «A asesinó a B» consista en que A habría de ser tenido por responsable de —o bien sometido a la imposición de una sanción por— haber matado a B¹⁴, depende de ciertas circunstancias contextuales, y ya con independencia de si en vez del verbo *condenatorio* «asesinar» el hablante usara el verbo *neutral* «matar»¹⁵. Fuera de este ámbito, en el cual las circunstancias contextuales de la emisión de la respectiva oración serían decisivas para la determinación de su significado, resultaría en todo caso falso decir, según PITCHER, que el sentido primario de las oraciones relativas-a-acciones necesariamente sería el de una atribución de responsabilidad.

HART también menciona la crítica que GEACH dirigiera a su planteamiento como un antecedente determinante para el abandono de su temprana defensa del adscriptivismo. GEACH sostiene que el error lógico que subyace al argumento a favor del adscriptivismo consistiría en una confusión de los conceptos de predicación y aserción, por la vía de ignorar la distinción entre predicar «X» de algo, por un lado, y llamar algo «X», por otro¹⁶. Para usar el ejemplo ofrecido por GEACH: predicar «es verdad» de una afirmación efectuada por un policía no debería confundirse con afirmar que lo dicho por el policía es verdad. Pues si bien no es posible sostener que lo que ha dicho el policía es verdad sin predicar «es verdad» de lo dicho por el policía, de ello no se sigue, a la inversa, que cada predicación de «es verdad» de lo dicho por el policía conlleve la aserción de que lo que el policía ha dicho es verdad. Resulta obvio, como apunta GEACH, que en el enunciado condicional «si lo que ha dicho el policía es verdad, entonces el motociclista alcanzó las 60 millas por hora», la oración correspondiente a la cláusula antecedente sí expresa la predicación de «es verdad» de lo dicho por el policía, sin que ello implique que el hablante que profiere ese enunciado *afirme* que lo dicho por el policía es verdad¹⁷.

La objeción de GEACH sugiere, en otros términos, que la función semántica de la predicación, consistente en la caracterización de uno o más objetos cualesquiera bajo

¹² *Ibid.*, 229 y ss.

¹³ *Ibid.*, 230 y ss. *Vid.* también FEINBERG, 1970: 120.

¹⁴ Ciertamente, esto no significa que la fuerza adscriptiva de (la emisión de) una oración relativa-a-una acción necesariamente tuviera que consistir en una manifestación de censura o reproche. Antes bien, la adscripción de una acción puede perfectamente resultar expresiva de aprobación o admiración, en tanto se trate, por ejemplo, de la adscripción de una acción meritoria o supererogatoria. *Vid. infra*, 5.

¹⁵ PITCHER, 1960: 231.

¹⁶ GEACH, 1960: 223.

¹⁷ *Ibid.*, 223 y ss.

un término general, es neutral desde el punto de vista de la específica fuerza pragmática de la (emisión de la) respectiva oración predicativa¹⁸. En lo que aquí interesa: la circunstancia de que alguien diga «ha hecho X» de alguna persona no alcanza a prejuzgar la clase de acto de habla que el hablante realiza al emitir semejante oración predicativa.

2. LA FALACIA DEL ACTO DE HABLA

En pos de establecer con exactitud dónde radica el déficit de la tesis adscriptivista de HART, es imprescindible tomar nota de que aquí se trata más de una pregunta de la filosofía del lenguaje que una de la teoría de la acción: al menos bajo su formulación hartiana, el adscriptivismo constituye una tesis (semántica) acerca del lenguaje en que son usados «términos-de-acción», y no una tesis (metafísica) acerca de la estructura general de la acción¹⁹. O cabría decir también: la acción cuya estructura es objeto de interés para el adscriptivismo no es la acción de la cual habla quien emite una oración relativa-a-una-acción, sino más bien la acción (lingüística) cuya ejecución tiene lugar a través de la emisión de esa oración.

La hipótesis fundamental del adscriptivismo consiste en la suposición de que existiría algo así como un *vocabulario* distintivamente adscriptivo, cuya función principal sería la atribución de responsabilidad a aquel de quien se predique la ejecución de una acción. Esto resulta particularmente reconocible en la matizada defensa de la concepción original de HART emprendida por FEINBERG, cuando éste sostiene que la expresión «hacer trampa» (*to cheat*) ofrecería un ejemplo especialmente claro de cómo la derrotabilidad de una «adscripción de falta» (*fault ascription*) puede encontrarse ya incrustada en el significado de la expresión verbal a través de la cual se adscribe la falta en cuestión²⁰. Según FEINBERG, esto se mostraría en lo «obviamente absurdas» que resultarían expresiones como «hacer trampa inintencionadamente» o «hacer trampa accidentalmente»²¹, de lo cual se seguiría la necesidad de reconocer como perteneciente al significado de «hacer trampa» la disponibilidad de condiciones de excusa cuya verificación dé lugar a la derrota de la adscripción de falta efectuada por el hablante que dice que alguien ha hecho trampa.

El problema se halla en la sugerencia de que la derrotabilidad de una atribución de responsabilidad en virtud de la eventual admisibilidad de condiciones de excusa contaría como un aspecto del significado de una expresión como «hacer trampa». Lo cual supone transformar en una propiedad distintivamente semántica de tal expresión lo que no es más que un rasgo característico de uno de sus principales contextos de uso²². Desde luego, con esto no se pretende poner en cuestión que haya expresiones

¹⁸ Vid. TUGENDHAT, 1976: 506 y ss.

¹⁹ Vid. SNEDDON, 2006: 8 y ss.

²⁰ FEINBERG, 1970: 122 y ss.

²¹ Para una exhaustiva exploración analítica del concepto de «hacer trampa», vid. GREEN, 2004: especialmente 144 y ss.

²² Acerca de la distinción entre la semántica y la pragmática como dimensiones lingüísticas, BRANDOM, 1994: 180 y ss. Aquí cabría esperar la objeción de que la distinción desconocería el así llamado «giro pragmático» de la filosofía analítica del lenguaje, cuyo lema reza: «significado equivale a uso». Al respecto, vid., por

lingüísticas cuyo uso entraña una hipótesis de intencionalidad respecto de los acontecimientos que tales expresiones característicamente designan. En atención a la conexión interna que cabe postular entre el carácter intencional de una acción y la explicación de ésta como instancia de comportamiento racional de un agente²³, no es problemático reconocer la existencia de una clase de expresiones —los así llamados «verbos-de-acción»— cuyo uso tiende a generar un contexto adecuado para la pregunta de si alguien ha hecho algo intencionalmente²⁴. Lo cual no equivale a que semejante pregunta efectivamente tuviera que entenderse planteada cada vez que un hablante, haciendo uso de algún verbo-de-acción, dice que alguien ha hecho algo²⁵. De ahí que DAVIDSON pueda observar, precisamente:

Si, por ejemplo, derramo intencionalmente el contenido de mi tasa, creyendo erróneamente que es té cuando de hecho es café, entonces derramar el café es algo que hago, es una acción mía, a pesar de que lo hago sin intención. Por otro lado, si derramo el café porque tú me haces cosquillas en la mano, no puedo ser llamado el agente. Pero mientras quizá me apresure en ofrecer mis disculpas, no es incorrecto, aun en este caso, decir que yo he derramado el café²⁶.

Por esto, la constatación de que alguien ha emitido la oración «P ha ejecutado la acción ϕ » no ofrece todavía una respuesta a la pregunta acerca de qué fuerza pragmática exhibe la emisión de esa oración en el contexto dado. Lo cual sugiere que la tesis fundamental del adscriptivismo, al menos bajo la formulación que le diera HART, descansa en una instancia de la así llamada «falacia del acto de habla»²⁷. Para ilustrar el punto, puede ser útil tener a la vista uno de los ejemplos de semejante falacia.

En la metaética de inspiración analítica es conocida la tesis del así llamado «prescriptivismo universalista», célebremente defendida por HARE. Con arreglo a esta tesis, el «lenguaje de la moral» sería uno de tipo prescriptivo, en el sentido más preciso de que las oraciones que expresan juicios morales tendrían un significado primariamente

ejemplo, HABERMAS, 1988: 52 y ss., 75 y ss. Este lema tiende a ser reconducido a la filosofía tardía de WITTGENSTEIN, y en particular al § 43 de las *Investigaciones Filosóficas*. Pero la atribución simplista de semejante teoría del «significado como uso» a WITTGENSTEIN pasa por alto que en el pasaje de referencia no se afirma lo que usualmente se dice que ahí se afirma. Vid. WITTGENSTEIN, 1984b: § 43: «Para una gran clase de casos de utilización de la palabra «significado» —aun cuando no para todos los casos de su utilización—, uno puede explicar esta palabra así: El significado de una palabra es su uso en el lenguaje». Más allá de que el pasaje vuelva explícito que esta fórmula no debería tomarse como una *definición* (general) del concepto de significado, lo crucial es advertir que, en términos de WITTGENSTEIN, el significado no emerge en el lenguaje, esto es, en el uso de una determinada expresión, sino más bien en la preocupación por explicar en qué consiste el uso de una determinada expresión. En este sentido KRÄMER, 2001: 122 y ss. Aquí es decisivo considerar, sobre todo, el § 560 de las *Investigaciones*: «“El significado de la palabra es aquello que la explicación del significado explica”. Es decir: si quieres entender el uso de la palabra “significado”, entonces observa qué es lo que uno llama “la explicación del significado”». En detalle al respecto TUGENDHAT, 1976: 185 y ss., 199 y ss., según quien esta última observación de WITTGENSTEIN fungiría como *el* principio básico de la filosofía analítica del lenguaje. A favor de una desmitificación del estatus de la así llamada «filosofía del lenguaje ordinario», y de la posición relativa de WITTGENSTEIN a ese respecto, vid. USCHANOV, 2002: 27 y ss.

²³ Fundamental DAVIDSON, 2001: 43 y ss., 83 y ss.

²⁴ La misma pregunta parece hallarse completamente fuera de lugar tratándose del uso de una serie de otros verbos, como por ejemplo el verbo «llover». Vid. DAVIDSON, 2001: 120 y ss.

²⁵ Vid. ya BRENNENSTUHL, 1975: 92 y ss.

²⁶ DAVIDSON, 2001: 45.

²⁷ Vid. SEARLE, 1969: 131, 136 y ss.

prescriptivo²⁸. Uno de los pasos decisivos en la fundamentación de esta tesis se halla en un determinado análisis del predicado «bueno»²⁹, que contaría como «palabra de recomendación» general, y cuyas propiedades semánticas serían determinantes para una interpretación prescriptivista de las oraciones que expresan juicios morales, en tanto esas mismas propiedades semánticas también serían reconocibles en términos como «correcto» y «debido»³⁰. Uno puede asumir como no controversial la afirmación de que el adjetivo «bueno» es usualmente usado para recomendar un objeto (cualquiera) así caracterizado. Pero la falacia se encuentra, siguiendo aquí a SEARLE³¹, en pretender extraer de ello una determinación del significado de «bueno», que es precisamente lo que pretende HARE: «bueno» tendría un significado primariamente evaluativo o «recomendatorio», y sólo secundariamente un significado descriptivo o informativo³².

Se trataría aquí de una falacia, en la medida en que existen muchos contra-ejemplos de oraciones en las cuales el término «bueno» aparece usado literalmente, sin que su emisión lleve necesariamente aparejada la realización (verbal) de alguna recomendación³³. Así, sería un error concluir, a partir de la observación —en sí misma acertada— de que frecuentemente, «en situaciones normales o estándares», el uso del término «bueno» va aparejado a la realización de un acto ilocutivo del tipo de una recomendación, que entonces el significado de «bueno» se reduciría a su contribución a la realización de actos de habla de ese tipo³⁴. Siguiendo a DAVIDSON, esto se sigue simplemente del hecho

de que no hay regla alguna que relacione aquello que las palabras significan, en la interpretación que se intenta obtener de ellas, y aquello que el hablante intenta aseverar, preguntar, poner en duda, ordenar o recomendar, y mucho menos entre estas intenciones y cualquier propósito ulterior³⁵.

Lo problemático de la tesis prescriptivista se vuelve más fácil de reconocer si se considera que HARE advierte la diferencia entre el contenido proposicional y la fuerza pragmática (de la emisión) de una oración, aun cuando en términos de una diferencia

²⁸ HARE, 1961: 1 y ss., 11 y ss.; *vid.* también HARE, 1970. Al respecto, VAN DER PFORDTEN, 1993: 204 y ss., con ulteriores referencias. Para una (temprana) crítica, *vid.* VON WRIGHT, 1963a: 98 y ss.; también DANIELS, 1970.

²⁹ HARE, 1961: 79 y ss., 94 y ss., 137 y ss.

³⁰ *Ibid.*, 151 y ss.

³¹ SEARLE, 1969: 139.

³² HARE, 1961: 111 y ss., 118 y ss.

³³ SEARLE, 1969: 138 y ss. Con esto no se pretende desconocer lo problemático que puede resultar la noción misma de que, en relación con el adjetivo «bueno» —o cualquier otro—, cabría diferenciar un significado (o sentido) literal y un significado metafórico, o al menos analógico. *Vid.* al respecto VON WRIGHT, 1963b: 13 y ss., quien no descarta, empero, la posibilidad de reconocer instancias de uso parasitario o secundario del término en cuestión.

³⁴ Al respecto, resulta sumamente ilustrativa la comparación, propuesta por VON WRIGHT, 1963b: 30 y ss., 40 y ss., entre aquellos casos en que el adjetivo «bueno» es usado en sentido «instrumental», típicamente para caracterizar un objeto como bueno *para* la realización de algún propósito, y aquellos casos en que es utilizado en sentido «técnico», típicamente para caracterizar a un agente como bueno *en* el desempeño de una actividad o tarea. En los casos del segundo grupo, y siempre que el juicio de «bondad» técnica no sea derivativo o dependiente de un juicio de «bondad» instrumental, el uso del adjetivo «bueno» tendería a exhibir una función laudatoria o congratulatoria, y no recomendatoria.

³⁵ DAVIDSON, 2004: 22. De este modo resulta puesto en cuestión un aspecto crucial de una filosofía del lenguaje como la de SEARLE, en lo cual no es pertinente entrar aquí. Al respecto, *vid.* MAÑALICH, 2010b: 135 y ss.

supuestamente expresada en la estructura sintáctica de la respectiva oración, para explicar la diferencia entre órdenes o mandatos, de un lado, y afirmaciones o enunciados, de otro. En efecto, HARE habla del «frástico» para designar «la parte de la oración que es común a ambos modos», y del «néustico» para designar «la parte de la oración que es diferente en el caso de los mandatos y de los enunciados»³⁶. De la mano de esta diferenciación, HARE concluye que «si buscamos la diferencia esencial entre enunciados y mandatos, tenemos que atender al néustico, y no al frástico»³⁷. En consecuencia, el término «bueno» no podría ser un componente del frástico —esto es, del contenido proposicional— de la oración en cuestión, sino sólo de su néustico, es decir, de aquella dimensión (de la emisión) de una oración en atención a la cual se deja establecer si su fuerza es prescriptiva (o imperativa) o «constatativa» (o asertiva).

Pero a esto se opone el hecho de que el adjetivo «bueno» también pueda ser usado en la emisión de oraciones cuya fuerza es puramente constatativa³⁸. Pues según ya se anticipara, la caracterización de un objeto, operada a través de la aplicación de un predicado³⁹, jamás alcanza a prejuzgar si a través de la emisión de la respectiva oración predicativa el hablante está efectuando, por ejemplo, una descripción o bien una recomendación de ese mismo objeto⁴⁰. Y *mutatis mutandis*: del hecho de que un hablante diga que una persona ha ejecutado una acción ϕ , no podemos inferir que, por esa vía, el hablante necesariamente haya realizado un acto de habla cuya fuerza pragmática sea distintivamente adscriptiva, por oposición a descriptiva, prescriptiva o evaluativa.

3. HACIA UN CONCEPTO ADSRIPTIVO DE ACCIÓN

Hasta aquí se ha ofrecido un argumento dirigido a impugnar la viabilidad de una comprensión adscriptivista de las propiedades semánticas de las así llamadas «oracio-

³⁶ HARE, 1961: 17 y ss., quien con posterioridad, sin embargo, introduciría una ulterior precisión: el «néustico» sólo indicaría la «suscipción» de la correspondiente oración, mientras que la determinación del modo sería la función del respectivo «trópico». Vid. HARE, 1970: 19 y ss.

³⁷ HARE, 1961: 18 y ss.

³⁸ Ello no supone desconocer que un adjetivo como «bueno» exhibe algunas peculiaridades, que se dejan identificar si se lo contrasta, por ejemplo, con un adjetivo como «rojo». Vid. KINDHÄUSER, 1989: 140 y ss. Desde este punto de vista, la particularidad de «bueno» radica en que su significado variará según cuál sea el sustantivo así modificado: mientras que «rojo» significa lo mismo en «X compró un auto rojo» y «X compró un libro rojo», «bueno» difícilmente signifique lo mismo en «X compró un buen auto» y «X compró un buen libro». En la (algo problemática) terminología de GEACH, «bueno» cuenta como un «adjetivo atributivo». Vid. GEACH, 1956: 33 y ss. En la terminología de Quine, se trata de un «adjetivo sincategoremático». Vid. QUINE, 1960: 100 y ss., 129 y ss.; también TUGENDHAT, 1976: 145, 166 y ss.

³⁹ Por ello es posible definir los predicados como «principios de clasificación». Vid. sólo TUGENDHAT, 1976: 40 y ss., 176 y ss. Nótese, empero, que ello supone usar «predicado» algo laxamente, esto es, como equivalente a la expresión «término general». Pues «predicado», estrictamente, designa una categoría sintáctica, y no semántica, de modo tal que, por ejemplo, en una oración del tipo «X es mujer» el predicado está constituido por la expresión «es mujer», y no por el sustantivo «mujer». Por razones de mera simplificación idiomática, empero, cabe favorecer semejante uso laxo del concepto de predicado. Vid. TUGENDHAT, 1976: 52, nota 10.

⁴⁰ Vid. TUGENDHAT, 1992: 279: «Es cierto que uno no puede demarcar las expresiones morales por la presencia de determinadas palabras, como “bueno” o “debe”; pero en la semántica no se trata en lo absoluto de la palabra, sino del modo de uso; una y la misma palabra puede tener diversos modos de uso, y oraciones en las cuales no figura la misma palabra pueden, bajo un determinado punto de vista —esto es, aquí: el de la moral— tener el mismo modo de uso».

nes relativas-a-acciones». Con ello, lo que se ha expuesto hasta aquí es un argumento en contra del adscriptivismo, entendido como una tesis de filosofía del lenguaje, esto es: como una tesis acerca de la «semántica de la acción», y no como una propuesta de teoría de la acción⁴¹. Esta precisión es pertinente, puesto que por «adscriptivismo» cabría quizá entender una tesis filosófica de otro orden. Precisamente esto subyace a la elaboración de una defensa del adscriptivismo por parte de A. SNEDDON, quien hace explícito, desde el comienzo de su indagación, que el suyo no es un proyecto de semántica filosófica, sino uno de metafísica descriptiva: «la cuestión central concierne a un tipo particular de evento, no a un concepto»⁴². Esto no quiere decir, por supuesto, que SNEDDON renuncie a valerse del concepto de acción como herramienta analítica. Lo interesante, más bien, es que SNEDDON adopte el término «acción» como un término técnico, construido estipulativamente para expresar la satisfacción de las condiciones de las cuales dependería que un evento particular exhiba un determinado estatus, expresado en la caracterización de ese evento como una *acción*.

En este punto cabe hacer explícito qué significa que el proyecto de indagación metafísica emprendido por SNEDDON sea uno de metafísica *descriptiva*, por oposición a *revisionista*⁴³. En efecto, se trataría de establecer, en atención a nuestra práctica lingüística cotidiana, cuáles son las condiciones de las cuales depende, que un evento cualquiera cuente como una acción⁴⁴. De ahí que lo que interese a SNEDDON no sea lo que enseñe el uso cotidiano u ordinario del término «acción», sino cuál es la taxonomía de la acción susceptible de ser identificada en esa práctica lingüística. Así, SNEDDON aparece siguiendo al pie de la letra el consejo que, en su evaluación crítica del seminal artículo de HART, MACKIE dirigiera a quienes se inclinan por cultivar la así llamada «filosofía del lenguaje ordinario», a saber: «trabajar a través del lenguaje hacia los hechos»⁴⁵. Todo lo cual está en perfecto orden, siempre que uno no olvide que la distinción entre el lenguaje y los hechos parece ser, en último término, impracticable. Si el *mundo* —a diferencia del *universo*— «es la totalidad de los hechos y no de las cosas»⁴⁶, y un hecho no es sino una proposición verdadera⁴⁷, entonces el mundo cuenta como un espacio lingüísticamente estructurado, esto es, como un espacio de significación⁴⁸. De ahí que WITTGENSTEIN pueda decir:

Uno no tiene que preguntar qué son las representaciones, o qué acontece cuando uno se representa algo, sino: cómo es usada la palabra «representación». Pero eso no significa que yo solamente quiera hablar acerca de palabras. Pues en la medida en que en mi pre-

⁴¹ Para esta distinción, *vid.* ya BRENNENSTUHL, 1975: 191 y ss.

⁴² SNEDDON, 2006: 10.

⁴³ *Vid.* STRAWSON, 1964: 9 y ss.

⁴⁴ SNEDDON, 2006: 8 y ss.

⁴⁵ MACKIE, 1985: 42.

⁴⁶ *Vid.* WITTGENSTEIN, 1984a: § 5.6.

⁴⁷ Fundamental para la correspondiente distinción entre eventos y hechos, VENDLER, 1967: 122 y ss., 142 y ss.; DAVIDSON, 2001: 163 y ss.

⁴⁸ Para la correspondiente comprensión de la relación (interna) entre lenguaje y mundo en el contexto del *Tractatus* y la obra posterior de WITTGENSTEIN, *vid.* MCGINN, 2001: especialmente 28 y ss., 32 y ss. Ciertamente, aquél dista de ser el único concepto filosóficamente viable de mundo. Para una contraposición, *vid.* VENDLER, 1967: 142 y ss., 145 y ss., quien sostiene que los objetos *serían parte* del mundo, así como los eventos *tendrían lugar* en el mundo, no así los hechos, que más bien *serían acerca* de objetos y eventos, esto es, acerca del mundo. Esto muestra, notablemente, el notable paralelismo entre uno y otro punto de vista, que se distinguen, precisamente, por articular conceptos *inversos* de mundo.

gunta se habla de la palabra «representación», entonces en la pregunta también se está hablando de la esencia de la representación⁴⁹.

Este pasaje ejemplifica la estrategia filosófica que QUINE denominara «ascenso semántico»: en vez de examinar (directamente) qué es X, examinamos la manera en que usamos (el término) «X»⁵⁰. El término que aquí interesa es «acción». Pero a este respecto, SNEDDON observa que para referirnos a lo que alguien ha hecho no solemos utilizar precisamente este término. Lo usual, más bien, es que nos valgamos de simples «términos-de-acción»; y más específicamente, algún verbo-de-acción⁵¹. De ahí que, según SNEDDON, el objetivo consista en identificar los criterios, reconocibles en nuestra práctica lingüística cotidiana, que determinan si un evento cualquiera cuenta como la acción de una persona, con total independencia de si en esa práctica lingüística aparece el término «acción»⁵². Su apuesta es que, en atención al conjunto de criterios que permanecerían implícitos en nuestra práctica lingüística, el estatus de un evento particular como constitutivo de una acción habría de recibir la siguiente definición: «la posibilidad de atribuir responsabilidad por un evento es una condición-de-tipo necesaria para que ese evento cuente como una acción»⁵³. Que se trate aquí de una condición-de-tipo necesaria, por oposición a una condición-de-instancia necesaria, significa que se trata de una condición necesaria para que un evento cualquiera ejemplifique el *tipo* de evento designado por el término «acción»⁵⁴. Y la condición consiste en que el evento en cuestión pueda fungir como eventual objeto de una atribución de responsabilidad a una o más personas.

Así, el proyecto de SNEDDON consiste en la elaboración y la defensa de un concepto adscriptivo de acción. Pero SNEDDON efectivamente se abstiene de incurrir en la falacia del acto de habla que aqueja a la formulación hartiana del adscriptivismo. Pues su tesis no es que cada vez que un hablante dice que alguna persona ha hecho algo, ese hablante esté realizando, *ceteris paribus*, un acto de habla que pudiésemos identificar con una atribución (indiciaria o definitiva) de responsabilidad. Antes bien, SNEDDON pretende identificar los criterios que definen lo que cuenta como adscribir una acción —entendida como un evento por el cual alguien puede llegar a ser hecho responsable— en nuestra práctica lingüística cotidiana, en su referencia a lo que hacemos o dejamos de hacer, pero no porque tal práctica lingüística exhiba un compromiso específico con aquello que, por vía de abstracción, podemos tematizar como un juego de lenguaje propiamente «adscriptivo», lo cual significa: potencialmente atributivo-de-responsabilidad. Adscribir una acción a alguien, en este sentido, efectivamente equivale a realizar un acto de habla; pero el carácter específicamente «adscriptivo» de semejante acto de habla no es dependiente del uso de un determinado vocabulario o de algún repertorio más o menos distintivo de «oraciones-relativas-a-acciones»⁵⁵. Pues para saber qué es lo

⁴⁹ WITTGENSTEIN, 1984b: § 370.

⁵⁰ QUINE, 1960: 270 y ss.

⁵¹ Al respecto, *vid.* ya AUSTIN, 1970: 175 y ss., 178 y ss.; DANTO, 1973: 7 y ss.; BRENNENSTUHL, 1975: 18 y ss.

⁵² SNEDDON, 2006: 10 y ss.

⁵³ *Ibid.*, 19.

⁵⁴ *Ibid.*, 13 y ss.

⁵⁵ Nótese que, en estos términos, el carácter «adscriptivo» (= atributivo-de-responsabilidad) de la adscripción de una acción no está asociado al hecho de tratarse de una *adscripción*, sino al hecho de tratarse de la adscripción de una *acción*. A la SNEDDON, en la expresión «adscripción de una acción» el término «adscrip-

que alguien ha hecho —esto es: para saber qué clase de acto de habla ha realizado— al decir lo que ha dicho, no basta con saber qué es lo que ha dicho.

4. EL LENGUAJE DE LA IMPUTACIÓN

La precisión anterior puede contribuir a dilucidar lo que está en juego en la interpretación de un evento cualquiera como la acción de una persona. Pues si SNEDDON tiene razón, la adscripción de una acción a alguien tendría que identificarse con la realización de una «jugada» —por parte de un hablante— en el marco de un determinado «juego de lenguaje», el cual no consiste sino en un determinado modo de uso del lenguaje, que cabría denominar «adscriptivo». Y es semejante uso adscriptivo del lenguaje lo que admite identificarse, por vía de hipóstasis, como el «lenguaje de la imputación»⁵⁶. Se trata de una hipóstasis, porque en rigor no hay tal cosa como *el* lenguaje de la imputación⁵⁷. De lo que se trata, más bien, es de clarificar qué es lo que hacemos lingüísticamente cuando atribuimos responsabilidad a una persona por algo que ha hecho (o dejado de hacer)⁵⁸. La cuestión que aquí interesa se refiere a las razones por las cuales el concepto de acción podría ocupar un lugar privilegiado en el contexto del lenguaje de la imputación, tal como lo sugiere SNEDDON al afirmar que «[a]dscribir una acción a una persona es, necesariamente, describir un evento como una acción y plantear la posibilidad de atribuir responsabilidad por esa acción a esa persona»⁵⁹.

Cabe partir reparando aquí en que el término «imputación» exhibe un alto grado de parentesco semántico con términos cuyo uso más reconocible podemos reconducir al dominio de la contabilidad. Pues «imputar», tal como plásticamente lo sugiere su equivalente alemán (*zu-rechnen*), en todo caso significa poner algo en la *cuenta* de alguien⁶⁰. En la formulación del jurista («hegeliano») BERNER: «Imputar quiere decir,

ción» no significa más que «alocación». Ello puede resultar idiomáticamente incómodo, dado que el adjetivo «adscriptivo» está construido sobre la base del verbo «adscribir», cuya sustantivación lleva, precisamente, a «adscripción». Puesto que —a consecuencia del impacto del seminal artículo de HART— en la literatura filosófica se encuentra ampliamente extendido el uso de «adscriptivo» como equivalente a «atributivo-de-responsabilidad», aquí se optará por no innovar al respecto.

⁵⁶ Fundamental al respecto HRUSCHKA, 1976: 1 y ss., 13 y ss.; HRUSCHKA, 1986; HRUSCHKA, 2004, con precisiones etimológicas; HRUSCHKA, 1988: 424 y ss. *Vid.* también KINDHÄUSER, 1984: 5 y ss.; MEIXNER, 1994; MAÑALICH, 2009: 75 y ss.

⁵⁷ Es más: con DAVIDSON cabría decir que no hay tal cosa como *el* lenguaje («a secas»). *Vid.* DAVIDSON, 2005: 89 y ss., 107. Al respecto MAÑALICH, 2010b: 144 y ss.

⁵⁸ Esto no supone entender que el objeto de una posible atribución de responsabilidad a una persona siempre tuviera que estar circunscrito a la realización o no-realización de (la descripción de) una determinada acción. Antes bien, ésta no es sino una de las posibles estructuras que puede exhibir una atribución de responsabilidad personal, que en ningún caso necesita ser tomada como *la* fundamental. *Vid.* DAN-COHEN, 2002: 199 y ss., 202 y ss., 209 y ss., quien da cuenta de la posición dependiente del paradigma de atribución de responsabilidad por (la ejecución u omisión de) una «acción voluntaria» frente a los paradigmas (progresivamente más primarios) de la atribución de responsabilidad por el (propio) carácter y de la atribución de responsabilidad por «el sí-mismo» (*the self*). Acerca de la relación interna en que se encuentran los conceptos de responsabilidad, autodeterminación y auto-constitución, *vid.* MAÑALICH, 2010a: 56 y ss., con ulteriores referencias.

⁵⁹ SNEDDON, 2006: 28.

⁶⁰ *Vid.* HRUSCHKA, 1976: 13 y ss.; HRUSCHKA, 2004: 17 y ss.; CACCIATORE, 2004. *Vid.* también SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008: 63 y ss., 69, con nota 33. Sólo para evitar posibles confusiones, cabe reparar en que se conocen usos más restringidos del concepto de imputación —o lo que es lo mismo: conceptos más restringidos de imputación—, tal como el que hace suyo ROBINSON, 1984, quien por «imputación» entiende toda operación

como podemos decir provisionalmente: registrar algo objetivo en la cuenta de un sujeto»⁶¹. Pero ello no basta todavía para dar cuenta de la relación en que se encuentran el concepto de imputación y el concepto de acción, construido este último como un concepto propiamente adscriptivo.

La estipulación de un concepto adscriptivo de acción *à la* SNEDDON vuelve idiomáticamente impropio hablar de «la imputación de una acción», en la medida en que, en estos términos, semejante expresión constituye un pleonismo. Pues adscribir una acción a una persona equivale, en estos mismos términos, a plantear la posibilidad de atribuir responsabilidad a esa persona por un determinado evento. Luego, si «imputar» significa poner algo en la cuenta de alguien, es redundante hablar de «la imputación de una acción»: la caracterización de un evento como la acción *de* una persona entraña ya lo que cabría llamar una «hipótesis de imputabilidad». (Nótese que lo mismo no es predicable de la expresión «la adscripción de una acción». Pues por «adscripción», en este contexto, no cabe entender más que una «alocación», sin que esta última noción sugiera una referencia a «cuenta normativa» alguna⁶²). Así se deja reformular, por lo demás, la primera de las objeciones que PITCHER dirigiera a la versión hartiana de la tesis adscriptivista⁶³.

Pero en este punto se vuelve imprescindible clarificar la metáfora contable, según la cual imputar algo a alguien consiste, en los términos ya reseñados, en poner algo en la cuenta de alguien⁶⁴. Las mejores herramientas conceptuales disponibles para ello pueden ser tomadas prestadas de BRANDOM, a propósito de su descripción de nuestras prácticas de atribución de compromisos doxásticos y compromisos prácticos —es decir, de creencias e intenciones— como prácticas de «registro-en-cuenta deóntico» (*deontic scorekeeping*)⁶⁵. En la medida en que lo distintivo de una acción se halla en el hecho de que ante su ejecución es siempre potencialmente pertinente pedir u ofrecer

de atribución de responsabilidad fundada en el reconocimiento de alguna excepción justificada o legítima frente a la falta de satisfacción de algún presupuesto paradigmático de una atribución de responsabilidad. En tal medida, esta noción (restringida) de imputación se corresponde con la noción (estricta) de imputación *extraordinaria*. Para la distinción entre los conceptos de imputación ordinaria e imputación extraordinaria, *vid.* HRUSCHKA, 1988: 274 y ss., 313 y ss.; MAÑALICH, 2009: 67 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008: 13 y ss., 32 y ss., con ulteriores referencias.

⁶¹ BERNER, 1843: 39. Una documentada revisión de la evolución histórica del concepto de imputación en la tradición de la filosofía práctica y jurídica —cuyo primer hito es identificado con Aristóteles— se encuentra en HARDWIG, 1957: 11 y ss. En particular respecto de la concepción hegeliana de la imputación, así como de su recepción en el discurso de la dogmática jurídico-penal alemana, *vid.* VON BUBNOFF, 1966: 36 y ss., 52 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008: 275 y ss. De importancia al respecto ya RADBRUCH, 1967: 85 y ss.

⁶² *Vid. supra*, nota 55.

⁶³ *Vid. supra*, en particular la sección del texto principal acompañada por las notas 8-10. Desde luego, uno podría refinar todavía más la terminología, desde ya en atención a la posibilidad de atribuir responsabilidad por la omisión de una determinada acción. Esto es pasado por alto por MEIXNER, 1994: 480 y ss., 500 y ss., quien se inclina por entender que una omisión también contaría como algo que alguien *hace*, esto es, como un *becho* (*Tat*); acerca de las omisiones como «acciones de segundo orden», *vid.* también BRENNENSTUHL, 1975: 262 y ss.; KINDHÄUSER, 1980a: 175 y ss. El problema está en que —en contra de lo sugerido por DANTO, 1973: 165 y ss., 171, quien afirma la posibilidad ontológica de un «evento negativo»— no hay evento alguno que se corresponda con la *omisión* de una acción. *Vid.* VOGEL, 1993: 112 y ss.; MOORE, 1993: 28 y ss.; MOORE, 1997: 262 y ss. Lo importante aquí es advertir que, si se favorece una terminología bajo la cual lo que haya de ser imputable a una persona sea la realización o no-realización de la *descripción* de una acción —en esta línea BIRNBACHER, 1995: 32 y ss.—, el término «acción» ya no estará siendo usado adscriptivamente.

⁶⁴ En este sentido ya FEINBERG, 1970: 124 y ss.

⁶⁵ BRANDOM, 1994: 180 y ss., 229 y ss.

razones, la ejecución de una acción es expresiva de la adopción —en primera persona— de un determinado compromiso práctico por parte del agente, lo cual se sigue de que la ejecución de una acción sirve de título o autorización para la atribución —en tercera persona— de un determinado compromiso práctico al agente⁶⁶. Ello hace posible identificar el «lenguaje de la imputación» con un modo de uso del lenguaje que se caracteriza —en la terminología de BRANDON— por *hacer explícitos* los compromisos prácticos susceptibles de ser atribuidos a un agente cualquiera, en la forma de una práctica de registro discursivo de los cargos y abonos que van constituyendo su respectivo «estado de cuenta».

Qué haya que entender por «cargo» y «abono» en este contexto, dependerá de cuál pueda ser el objetivo perseguido a través del correspondiente registro en cuenta. Esto se deja ilustrar a través de un análisis de la terminología favorecida por la doctrina de la *imputatio* de la tradición del derecho natural racional, que llegó a elaborar una reconstrucción general de la imputación como un juicio práctico de dos niveles⁶⁷. En el primer nivel, se trata de la constitución de un suceso como el *hecho* de una persona, en el sentido de una *imputatio facti*; en el segundo nivel, en cambio, de la imputación de ese hecho —ya constituido como tal por vía de una *imputatio facti*— como un hecho meritorio o demeritorio, en el sentido de una *imputatio iuris*. Lo crucial es que esto último presupone ya un juzgamiento del hecho bajo un determinado estándar de comportamiento, en el sentido de una *applicatio legis ad factum*. Pues de cuál sea el estatus normativo del hecho dependerá que éste pueda resultar imputable —en el nivel de la *imputatio iuris*— a título de mérito o demérito a su autor, esto es: en el sentido del abono de un «crédito» o del cargo de una «deuda», respectivamente, en la cuenta (normativa) del agente⁶⁸. Y es recién este registro de un crédito o una deuda en la cuenta del agente lo que podría legitimar una reacción favorable o desfavorable a su respecto, como consecuencia asociada a la imputación, en la forma del otorgamiento de un premio o de la imposición de un castigo, según corresponda.

Esta última distinción entre la operación del registro de una deuda y la habilitación a la consiguiente imposición de una sanción, tratándose de la *imputatio iuris* del quebrantamiento de un estándar de comportamiento, encuentra un paralelismo directo en el análisis de los estadios en que podría descomponerse el proceso de reacción discursiva ante una *performance* defectuosa o incorrecta de algún agente, ofrecido por FEINBERG. Según éste, esos tres estadios serían: 1) la constatación de la *performance* defectuosa en tanto tal; 2) la adscripción —esencialmente derrotable— de esa *performance*, en la forma de un cargo en la cuenta del agente, y 3) la puesta-en-uso del registro así modificado, para hacer operativa alguna consecuencia susceptible de ser asociada a la adscripción de la *performance* en cuestión, entre las cuales ciertamente podría figurar

⁶⁶ *Ibid.*, 161 y ss., 196 y ss.

⁶⁷ Fundamental HRUSCHKA, 1976: 34 y ss.; HRUSCHKA, 2005: 30 y ss., 34, 79 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008: 25 y ss. *Vid.* también STÜBINGER, 2011: 158 y ss. La recuperación de la distinción de los dos niveles de la imputación ya se encuentra en LARENZ, 1927: 60 y ss., 69 y ss., quien enfatizaba las desventajas de su disolución por vía de su sustitución a través de un juicio total y global de imputación, favorecida por la escuela de «los hegelianos». Sobre los «niveles de la imputación» —aunque en un sentido manifiestamente divergente— reconocibles en la filosofía del derecho de HEGEL, *vid.* SEELMAN, 2004.

⁶⁸ *Vid.* SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008: 103 y ss.; también STÜBINGER, 2011: 160 y ss. No deja de ser notable que el término alemán correspondiente a «deuda» —*Schuld*— también sea el correspondiente a «culpa».

una objetivación o materialización del reproche implicado en dicha adscripción, en la forma de la imposición de una sanción (más o menos) institucionalizada⁶⁹. Esto último es crucial, en la medida en que ofrece, por contraste, una clave para identificar el *quid* de la observación de WITTGENSTEIN acerca del premio y el castigo en sentido ético. Pues en un sentido puramente ético *à la* WITTGENSTEIN⁷⁰, tendría que ser posible reconocer ya un «castigo» en la sola adscripción de una *performance* defectuosa, esto es, en su solo registro en la cuenta del agente, con prescindencia de cualquier consecuencia susceptible de ser asociada a esa misma adscripción.

Sobre ello habrá que volver más adelante. Por el momento, cabe constatar que, en los términos del precedente análisis de la metáfora contable, la caracterización de la adscripción de una acción como derrotable se deja explicar sin más en atención a la especificidad de la práctica de registro-en-cuenta. Pues para ponerlo en terminología forense, y circunscribiendo nuevamente el problema a la eventual atribución de responsabilidad a modo de reproche: la posibilidad de que se vea derrotada la adscripción de la *performance* en cuestión no es sino la posibilidad de que decaigan las razones sobre las cuales se apoya el correspondiente *cargo*, o bien de que se impongan razones que hayan de servir como *descargo*. Lo cual hace fácil reconocer la variable procedimental que se esconde tras la noción —indispensable para una reconstrucción dialógica del discurso de aplicación del derecho penal— de *eximente* de responsabilidad, en el sentido preciso de que una eximente cuenta como una razón de descargo, susceptible de ser *opuesta* a las razones en las cuales se apoya el cargo respectivo⁷¹. Y es en atención a la específica *ratio* del respectivo descargo que se deja entender la tradicional distinción entre eximentes constitutivas de condiciones de *justificación* y eximentes constitutivas de condiciones de *excusa*: una condición de justificación revierte el estatus (normativamente) peyorativo del objeto de la eventual imputación, mientras que una condición de excusa compromete la satisfacción de alguno de los criterios de cuya satisfacción conjunta depende esa eventual imputación⁷².

5. IMPUTACIÓN, CAUSALIDAD Y AGENCIA

La comprensión de la imputación como un juicio a través del cual algo es puesto en la cuenta normativa —moral o jurídica— de un agente se corresponde con una aproximación *pragmatista* al concepto de imputación, en la medida en que la posibilidad misma de que algo resulte imputable a alguien —esto es, de la correspondiente

⁶⁹ FEINBERG, 1970: 127 y ss.

⁷⁰ Acerca de la noción de lo ético en el contexto del *Tractatus*, también desde el punto de vista de su mayor o menor continuidad en la posterior obra filosófica de WITTGENSTEIN, *vid.* RHEES, 1965; WALKER, 1968; KELLY, 1995; SCHULTE, 1989: 96 y ss.

⁷¹ *Vid.* al respecto la observación de MACKIE, 1985: 40 y ss., en cuanto al estatus de las eximentes o «defensas» (*defences*) como razones que obstan a una atribución de responsabilidad por una *performance* defectuosa; al respecto también BRENNENSTUHL, 1975: 55 y ss. Fundamental para el esbozo de un modelo dialógico de la imputación jurídico-penal, NEUMANN, 1985: 269 y ss., 276 y ss.

⁷² Una célebre formulación de esta distinción se encuentra en AUSTIN, 1970: 176: «*In the one defence, briefly, we accept responsibility but deny that it was bad: in the other, we admit that it was bad but don't take full, or even any, responsibility*». Fundamental también GÜNTHER, 2005: 203 y ss. En lo que aquí interesa, la distinción descansa sobre una distinción más básica entre el objeto y los criterios (o bases) de la imputación. Para un esbozo programático, *vid.* MAÑALICH, 2009: 23 y ss.; MAÑALICH, 2010c.

relación de imputación— es dependiente, bajo esta comprensión, de una *praxis* que confiere sentido a ese juicio adscriptivo en tanto tal. Ello contrasta con la posibilidad de una aproximación *ontológica* al concepto de imputación, que admitiría ser caracterizada por la preocupación de determinar el sustrato *óntico* de una posible relación de imputación⁷³.

Lo usual es que una aproximación ontológica identifique la causalidad como la categoría que tendría que proveer el sustrato óntico a una posible relación de imputación: para que X sea imputable a Y, Y ha de haber causado X⁷⁴. Por supuesto, ello no implica que toda relación de imputación tuviera que ser *reducible* a una correspondiente relación de causalidad; se trata, más bien, de que la existencia de tal relación de causalidad contaría como condición necesaria de la existencia de la correspondiente relación de imputación. Lo importante aquí es notar que si una relación de imputación se entiende construida sobre una correspondiente relación de causalidad, ello parece llevar a la conclusión de que tal relación de imputación exhibiría una estructura diádica —esto es, se constituiría como una relación de dos términos (o *relata*)—, cuyo establecimiento parecería agotarse en la *constatación* de que X es imputable a Y.

Una aproximación pragmatista, en cambio, lleva a poner el énfasis en que el establecimiento de una relación de imputación sólo puede tener lugar a través de un *juicio* por el cual X es puesto en la cuenta de Y⁷⁵. Esto no significa que tal imputación quede inmunizada frente a la posibilidad de error. Antes bien, una comprensión de la imputación al modo de un juicio adscriptivo efectuado por alguien es enteramente compatible con el reconocimiento de la posibilidad de que el respectivo juicio de imputación también pueda contar, a su vez, como una *performance* defectuosa o incorrecta. Precisamente esto es lo que aparece en juego cuando se tematizan *reglas* que enuncian las condiciones de las cuales depende que la correspondiente atribución de responsabilidad se encuentre justificada, o en la terminología de BRANDOM: las condiciones de las cuales depende que quien efectúa el registro en la cuenta de otro disponga de un título legítimo (*entitlement*) para ello⁷⁶. Esto sugiere, a su vez, que una aproximación pragmatista lleva a la conclusión de que la respectiva relación de imputación ha de exhibir una estructura triádica. Pues los términos de una relación de una imputación ya no quedan reducidos a su objeto (= *lo que* se imputa) y su sujeto pasivo (= *a quien se imputa*), sino que como tercer término aparece su sujeto activo (= *quien* imputa): X es imputable a Y por parte de Z⁷⁷. Conceptualmente al menos, no hay razón alguna para asumir que la imputabilidad de X a Y tuviera que entenderse construida sobre la base de una relación de causalidad entre X e Y, en tanto esta relación de imputación

⁷³ La distinción así propuesta se corresponde, *grosso modo*, con la distinción entre una «interpretación pragmática» y una «interpretación metafísica» de lo que cuenta como ser responsable de algo. *Vid.* SNEDDON, 2006: 79 y ss., 87. Para una aplicación de la misma distinción al problema de la determinación del estatus de persona, *vid.* LANCE y WHITE, 2007.

⁷⁴ MEIXNER, 1994: 481 y ss.; *vid.* también JOERDEN, 1988: 16 y ss.

⁷⁵ *Vid.* solamente KINDHÄUSER, 1982: 493 y ss.; KINDHÄUSER, 1984: 5 y ss.

⁷⁶ *Vid.* BRANDOM, 1994: 182 y ss., 184; con matices también SNEDDON, 2006: 79 y ss.; acerca del estatus de las «reglas de imputación», *vid.* HRUSCHKA, 1986: 680 y ss., 682 y ss.; MAÑALICH, 2009: 36 y ss., 46 y ss.; MAÑALICH, 2010c: 178 y ss. De importancia al respecto el análisis de WÜRFEL, 2012: 137 y ss., 157 y ss.

⁷⁷ La cuestión del «sujeto activo» de la imputación es infrecuentemente considerada en la discusión más reciente. Para una muestra aislada, y en todo caso circunscrita al problema de la así llamada «imputación objetiva», *vid.* ZACZYK, 2007.

se entienda *constituida* por la vía de un juicio práctico (susceptible de ser) efectuado por Z⁷⁸.

Notablemente, una conjunción de las dos aproximaciones hasta aquí contrapuestas parece encontrarse en la célebre definición ofrecida por KANT, según quien por «imputación» habría que entender, «en su significado moral»,

el juicio a través del cual alguien es considerado como el autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se denomina hecho (*factum*) y queda sometida a las leyes; el cual, si al mismo tiempo trae consigo las consecuencias jurídicas del hecho, sería una imputación con fuerza jurídica (*imputatio judiciaria s. valida*), en caso contrario solamente una imputación enjuiciadora (*imputatio disjudicatoria*). Aquella persona (física o moral) que tiene autorización para imputar con fuerza jurídica se llama juez o también tribunal (*judex s. forum*)⁷⁹.

El pasaje vuelve indubitable el compromiso de KANT con una aproximación pragmatista al concepto de imputación. Ese compromiso se expresa, desde ya, en la identificación de la imputación con un *juicio*, cuyo inequívoco sentido práctico se manifiesta en la circunstancia de que el «hecho» (*Tat*) constituido por vía de imputación pueda quedar sometido, en tal medida, a evaluación con arreglo a normas o «leyes (prácticas)»⁸⁰. Y es asimismo significativo que, al menos en la especificación del concepto de imputación con validez jurídica, KANT incluya una referencia a lo que más arriba se identificara como el sujeto activo de la imputación.

Pero al mismo tiempo, en la definición kantiana también es reconocible un cierto compromiso con una aproximación ontológica, al menos en lo concerniente a cómo habría que entender, más precisamente, la infraestructura de la relación entre el agente y aquello que se le imputa como su hecho (u «obra») ⁸¹. Pues según KANT, el agente ha de ser visto como la «causa libre» de la respectiva acción. Precisamente sobre esta base se ha intentado, en el marco de la reconstrucción teórica de los presupuestos de la imputación jurídico-penal, ofrecer un sustento para la tradicional «doctrina de la prohibición de regreso», según la cual la plena imputabilidad de un hecho (*Tat*) a una persona bloquearía toda eventual conexión causal entre el hecho y cualquier conjunto de circunstancias preexistentes al hito representado por la intervención libre y voluntaria del agente, o más precisamente: por su resolución de voluntad libremente motivada ⁸². En estos términos, la *causa libera* de una acción tendría que ser entendida como una causa (a su vez) «libre de causa» ⁸³.

⁷⁸ Análogamente SNEDDON, 2006: 67 y ss., 79 y ss.

⁷⁹ KANT, 1870: I, IV, 28. Tal definición de «imputación» se encuentra sistemáticamente conectada con las correspondientes definiciones de «hecho» y «persona» (23 y ss.). La traducción del término «Urheber» como «autor» no resulta del todo exacta, pudiendo pensarse que sería preferible recurrir al término «agente»; sin embargo, a diferencia de la expresión «el agente de una acción», la expresión «el autor de una acción» logra eludir la redundancia. Acerca de la concepción kantiana de la imputación en la literatura más reciente, *vid.* AICHELE, 2008: 14 y ss.; BYRD y HRUSCHKA, 2010: 290 y ss.; RENZIKOWSKI, 2011: 209 y ss.; STÜBINGER, 2011: 163 y ss.; en detalle SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008: 53 y ss.

⁸⁰ *Vid.* BYRD y HRUSCHKA, 2010: 290 y ss.

⁸¹ Acerca de la fungibilidad de los conceptos de hecho (*Tat*) y obra (*Werk*) para designar aquello que es adscrito a un agente tratándose de «acciones positiva o negativamente interesantes», *vid.* BRENNENSTUHL, 1975: 25 y ss.

⁸² *Vid.* HRUSCHKA, 1984: 665 y ss.; HRUSCHKA, 1998; HRUSCHKA, 2001: 877 ss.; JOERDEN, 1988: 30 y ss.; BIEWALD, 2003: 65 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008: 20 y ss.

⁸³ *Vid.* AICHELE, 2008: 16 y ss.; RENZIKOWSKI, 2011: 210 y ss. Para una revisión crítica de semejante aplicación del postulado de una «causa primera», *vid.* ya FEINBERG, 1970: 152 y ss., en contra del así llamado «principio de la intervención voluntaria»; al respecto en detalle BRATMAN, 2006: 11 y ss.

A esto último subyace una interpretación indeterminista del concepto de agencia, cuyos méritos admiten ser puestos en duda si se adopta una concepción compatibilista de la capacidad de autonomía personal en tanto presupuesto de la imputación⁸⁴. Pero aquí sólo interesa una de las implicaciones de semejante concepción indeterminista de la agencia para la articulación del concepto de imputación, a saber: el compromiso con la existencia de una forma específica de causalidad, que sería propia y exclusiva de las relaciones de agencia. En los términos de filosofía analítica de la acción, se trata de la así llamada «causalidad-de-agente» (o «causación inmanente»), entendida como forma de causalidad contrapuesta a la (tradicional) «causalidad-entre-eventos» (o «causación transeúnte»)⁸⁵.

El problema es que semejante representación de una específica «causalidad-de-agente» resulta difícilmente viable⁸⁶. La noción de causalidad desempeña una función insustituible a la hora de determinar si una determinada acción es susceptible de ser adscrita a una persona. Pues de cuál sea la cadena causal en la que pueda insertarse una acción dependerá cuál sea el espectro de las descripciones verdaderas de esa misma acción. En esto consiste el así llamado «efecto-acordeón» que caracteriza la adscripción de acciones susceptibles de satisfacer descripciones de mayor o menor complejidad causal⁸⁷: la relación de agencia que se da entre una persona y una acción se conserva a través de las diferentes descripciones verdaderas de esa acción. Así, si una persona A ha jalado el gatillo de un arma de fuego, y el jale del gatillo ha llevado a —en el sentido de que ha condicionado— que una bala salga disparada desde el arma, entonces la acción consistente en disparar el arma de fuego cuenta como una acción de A; y si este mismo disparo del arma ha llevado a que B muera, por haber sufrido éste el impacto de bala, entonces la acción consistente en matar a B cuenta como una acción de A⁸⁸. Mas nada de ello contribuye a responder la pregunta de por qué ya la acción consistente en el jale del gatillo, en tanto «acción primitiva», efectivamente habría de ser adscrita a A. Se trata aquí de una acción primitiva, pues su *identificación* como tal es relativa a una descripción que no menciona consecuencia causal alguna que sea predicable de esa acción⁸⁹.

El criterio para que semejante acción primitiva en efecto cuente como una acción de A no se deja articular como un criterio causal, desde ya si por «causalidad» se entiende, por el momento, nada más que una «causalidad-entre-eventos»⁹⁰. Pues de lo contrario

⁸⁴ Una concepción compatibilista, en este contexto, se distingue por afirmar la compatibilidad del reconocimiento de autonomía personal —en la terminología clásica: de «libertad de voluntad»— con la (eventual) verdad de una tesis determinista. Para una defensa de un argumento compatibilista, *vid.* MAÑALICH, 2009: 289 y ss., 299 y ss.; MAÑALICH, 2010a: 58 y ss., con ulteriores referencias.

⁸⁵ *Vid.* solamente CHISHOLM, 1982: 26 y ss.; GOLDMAN, 1970: 80 y ss.; BISHOP, 1983; coincidentemente MEIXNER, 1994: 481 y ss.

⁸⁶ Para la crítica de las tesis favorables a la así llamada «causalidad-de-agente», y desde perspectivas diferentes, *vid.* por ejemplo THALBERG, 1967; DANTO, 1973: 51 y ss.; DAVIDSON, 2001: 43 y ss., 48 y ss. 52 y ss.; VON WRIGHT, 1974: 48 y ss.; DENNETT, 1984: 74 y ss.; MELE, 2001: 10 y ss.; SNEDDON, 2006: 97 y ss., 102 y ss. Fundamental al respecto VENDLER, 1984.

⁸⁷ Fundamental FEINBERG, 1970: 132 y ss.; también DAVIDSON, 2001: 53 y ss. Para la comparación de una y otra concepción, *vid.* BRATMAN, 2006. Para su recepción en la dogmática del derecho penal, *vid.* KINDHÄUSER, 1989: 50 y ss.; KINDHÄUSER, 2011: 44 y ss.

⁸⁸ *Vid.* VENDLER, 1984: 378 y ss.

⁸⁹ *Vid.* DAVIDSON, 2001: 49 y ss.

⁹⁰ Fundamental al respecto VENDLER, 1984: 374 y ss.

parece volverse imposible contrarrestar la objeción de un regreso al infinito —a menos que uno estuviera dispuesto a recurrir a la muy oscura noción de «acto mental»— para explicar en qué podría consistir aquello que la persona A supuestamente tendría que hacer para «causar» una acción (en tal medida: sólo aparentemente) primitiva como la de jalar el gatillo⁹¹. Precisamente en pos de neutralizar tal objeción, DANTO introdujo la noción de «acción básica», para así identificar aquellas acciones de una persona de las cuales no se dejaría decir que hayan sido causadas a través de alguna otra acción de esa misma persona⁹². Esta formulación dista de ser satisfactoria, tal como lo muestra su aplicación al caso del jale del gatillo. Pues sería al menos anómalo sugerir que al jalar el gatillo del arma, A *causó* su propia acción de disparar el arma, y así también *causó* su propia acción letal para B. Por el contrario, parece más satisfactorio afirmar que A ejecutó la acción consistente en matar a B *por la vía de* ejecutar la acción consistente en el disparo del arma, y que A ejecutó la acción consistente en el disparo del arma *por la vía de* ejecutar la acción consistente en el jale del gatillo. Puesto como fórmula general: una acción cuenta como «mediada», si su ejecución tiene lugar a través de la ejecución de alguna otra acción⁹³; una acción cuenta como básica, en cambio, si su ejecución no tiene lugar a través de la ejecución de alguna otra acción⁹⁴.

Pero aun así reformulada, la distinción entre una acción básica y una acción mediada parecería llevar a la conclusión de que —para seguir con el ejemplo— al jalar el gatillo y, «por esa vía», disparar el arma y, «por esa vía», producir la muerte de B, A habría ejecutado no una, sino más bien tres acciones, a saber: la acción consistente en jalar el gatillo, la acción consistente en disparar el arma, y la acción consistente en matar a B. Ésta es la conclusión, poco ahorrativa ontológicamente, a la cual tendría que llevar la adopción de una tesis intensionalista (o «de grano fino») para la individuación de acciones⁹⁵. Frente a ello, es posible sin más asumir —en el sentido de una tesis ex-

⁹¹ Vid. DAVIDSON, 2001: 52; SNEDDON, 2006: 102. Fundamental para la crítica de la noción de «volición» o «acto mental», en referencia específica a los presupuestos de la atribución de responsabilidad, HART, 1968: 90 y ss.; también KINDHÄUSER, 1980a: 105 y ss.

⁹² Vid. DANTO, 1963; DANTO, 1965; DANTO, 1973: 28 y ss., 51 y ss., 79 y ss.; DANTO, 1979. Para algunas muestras de la copiosísima bibliografía (en buena medida crítica) suscitada al respecto, vid. STOUTLAND, 1968; BAIER, 1971; MARTIN, 1972; PEARS, 1975; ANNAS, 1978. Para la recepción del problema en la discusión alemana, vid. KINDHÄUSER, 1980b.

⁹³ La terminología procede de DANTO, 1973: 28 y ss., quien observa, empero, que no toda acción no-básica contaría como una acción mediada, puesto que habría casos en que alguien ejecuta una acción no-básica sin ejecutar una acción básica que esté causalmente conectada con aquélla. Tal sería el caso de una acción —compleja, pero no mediada— consistente en la *performance* de una determinada pieza de baile: las distintas acciones básicas que se corresponden con cada uno de los movimientos que conjuntamente constituyen la realización de la pieza de baile no estarían causalmente conectadas con ésta en tanto acción compleja; antes bien, la conexión en cuestión estaría establecida por las reglas que definen a esa pieza de baile como tal. Nótese que la plausibilidad del argumento en todo caso depende de que la *performance* de una determinada pieza de baile efectivamente cuente como la ejecución de una acción (compleja), y no, en cambio, como el desarrollo de una actividad (como lo es, paradigmáticamente, bailar). Fundamental al respecto, por referencia a la distinción entre procesos y eventos, VON WRIGHT, 1963a: 41 y ss. Una distinción sólo parcialmente coincidente —a saber: entre actividades y *performances* en tanto especies del género «acción»— se encuentra en KENNY, 2003: 120 y ss.

⁹⁴ Así precisamente STOUTLAND, 1968: 468 y ss., 471 y ss.; KINDHÄUSER, 1980b: 488 y ss.

⁹⁵ Una concepción intensionalista extrema se distingue por la postulación de la identidad de las propiedades de una acción como criterio de individuación. Así paradigmáticamente GOLDMAN, 1970: 1 y ss., 10 y ss.; vid. también KINDHÄUSER, 2011: 46 y ss. A favor de una concepción intensionalista moderada (o «composicional»), en cambio, vid. VON WRIGHT, 1971: 64 y ss., 67 y ss., 86 y ss., quien entiende que, en la medida en que un determinado «resultado» (por oposición a una «consecuencia») pueda contar como «parte esencial» de una

tensionalista (o «de grano grueso») — que aquí no cabe diferenciar tres acciones, sino sólo tres *descripciones* alternativas de una única acción susceptible de ser adscrita a A⁹⁶. Que las tres descripciones son verdaderas de la misma acción de A es algo que depende de la relación de causalidad en que se encuentran los dos eventos identificados como los respectivos resultados de la acción bajo sus dos últimas descripciones —a saber: el resultado del disparo del arma y el resultado de la muerte de B—, tal como lo sugiere la metáfora del efecto-acordeón⁹⁷. Pues como observa DAVIDSON: «El acordeón, que permanece idéntico a través de su contracción y expansión, es la acción»⁹⁸.

Pero según ya se anticipara, el recurso a la noción de causalidad nada dice acerca de por qué la acción de A, ya bajo su descripción «primitiva» como consistente en el jale del gatillo, en efecto cuenta como una acción de A. Pues como lo sugiere la célebre observación de WITTGENSTEIN: «¿Qué es lo que queda si del hecho de que yo alce mi brazo extraigo el hecho de que mi brazo se alza?»⁹⁹. El problema no se disipa si uno pretendiera invocar aquí una noción distinta —y *ad hoc*— de causalidad, como la noción de «causalidad-de-agente», que en lo que aquí interesa resulta enteramente equivalente al concepto kantiano de *causa libera*. En la medida en que tal noción de «causalidad-de-agente» no ofrece canon explicativo alguno que contribuya a respon-

acción, tal resultado contará como marca de la falta de identidad entre esa acción y alguna acción cuya identificación no incorpore referencia alguna a ese resultado. Análogamente THOMSON, 1971. Para la correspondiente taxonomía de las posiciones en disputa aquí seguida, *vid.* MOORE, 1993: 280 y ss.

⁹⁶ Fundamental ANSCOMBE, 1963: 37 y ss., 45 y ss.; ANSCOMBE, 1979: 219 y ss.; DAVIDSON, 2001: 43 y ss., 128 y ss., 163 y ss.; asimismo SEARLE, 2010: 36 y ss. Sobre el problema *vid.* también DANTO, 1973: 39 y ss., quien en definitiva se inclina, empero, por una concepción intensionalista (204, nota 14).

⁹⁷ Esto tiene importancia para evaluar los méritos del así llamado «argumento de la conexión lógica», cuya invocación en este contexto apunta a que el resultado «intrínseco» de una acción no estaría causalmente conectado con ésta, en la medida en que la conexión entre la acción y «su» resultado tendría el estatus de una relación de necesidad conceptual, lo cual sería incompatible con el carácter lógicamente contingente que habría de exhibir una conexión causal en tanto relación «empírica»; argumento que suele ser invocado en defensa de la tesis de que una acción no podría ser entendida como un evento. *Vid.* en este sentido VON WRIGHT, 1963a: 39 y ss.; VON WRIGHT, 1971: 64 y ss., 67 y ss.; STOUTLAND, 1968: 470 y ss.; KINDHÄUSER, 1980a: 159 y ss.; KINDHÄUSER, 1980b: 480 y ss.; KINDHÄUSER, 1982: 487 y ss. Pero si, adoptando una tesis extensionalista, se sostiene que es una misma acción la que satisface las diferentes descripciones de menor o mayor complejidad causal vinculadas en el sentido del «efecto-acordeón», cabe concluir que la conexión lógica entre una acción y el correspondiente resultado es relativa a la descripción (causalmente compleja) que incorpora una referencia a la consecuencia (en tal medida) identificada como el resultado de la acción. Sería ciertamente extraño decir que la acción de A consistente en matar a B causó la muerte de B; pero solamente porque esa descripción ya incorpora una referencia al resultado constituido por la muerte de B como consecuencia causal de la acción de A. *Vid.* VENDLER, 1984: 373 y ss., a propósito de las construcciones verbales «causativas»; y VENDLER, 1967: 147 y ss., 160 y ss., para un muy refinado análisis de la gramática de los conceptos de «efectos», «resultado» y «consecuencia» (aun cuando concluyendo que el estatus ontológico de un efecto sería el de un evento o proceso, mientras que el estatus ontológico de un resultado o una consecuencia —al igual que el de una causa— sería el de un hecho), quien por lo demás ofrece la siguiente observación para dar cuenta de la relatividad de la distinción entre el resultado y la(s) consecuencia(s) de una acción cualquiera: «el hombre afortunado obtiene resultados; el desafortunado obtiene consecuencias». Valga la precisión de que la versión más célebre del argumento de la conexión lógica se corresponde con su invocación, *mutatis mutandis*, en defensa de la tesis según la cual la razón por la cual alguien ejecuta una acción no podría contar como causa de esa misma acción. Fundamental para la impugnación de la validez del argumento de la conexión lógica en este último contexto, MACKIE, 1980: 270 y ss., 287 y ss.

⁹⁸ DAVIDSON, 2001: 58.

⁹⁹ WITTGENSTEIN, 1984b: § 621. *Vid.* VENDLER, 1984: 372 y ss., enfatizando la necesidad de diferenciar el evento designado por la descripción «el alzarse el brazo» (*the rising of the arm*), en la cual «alzar» (*to rise*) es usado como verbo intransitivo, del evento designado por la descripción «el alzar el brazo» (*the raising of the arm*), en la cual «alzar» es usado como verbo transitivo.

der la pregunta acerca de las condiciones bajo las cuales un evento cualquiera puede contar como la acción de una persona, «parece no haber diferencia entre decir que alguien causó una acción primitiva y decir que él fue el agente»¹⁰⁰.

La inviabilidad de un criterio causal para la atribución de agencia lleva a DAVIDSON a favorecer, en cambio, un criterio intencional: «Una persona es el agente de un evento si y sólo si hay una descripción de lo que hizo que vuelve verdadera una oración que dice que lo hizo intencionalmente»¹⁰¹. Aquí no interesa indagar en los méritos específicos de esta tesis¹⁰², sino reparar en el carácter irreductiblemente adscriptivo del reconocimiento de agencia que se sigue de la aplicación de semejante criterio. Pues el reconocimiento de la intención con la cual una persona hace algo sólo es posible en la forma de una *atribución* de esa intención, lo cual quiere decir: en la forma de una atribución de un compromiso práctico¹⁰³.

6. LA PERFORMATIVIDAD DE LA IMPUTACIÓN

Lo anterior sugiere la conveniencia de purgar la definición kantiana del concepto de imputación de su compromiso parcial con una aproximación ontológica, para así radicalizar su compromiso con una aproximación pragmatista. Así tomada, la definición ofrece una clave ulterior para la clarificación de la noción de imputación. Pues en tanto instancia de juicio práctico, imputar algo a alguien consiste en efectuar un acto de habla que exhibe una fuerza pragmática distintiva. Pero sería un error identificar esta fuerza pragmática o «ilocutiva» con la habilitación (formal o informal) a la materialización de una determinada consecuencia favorable o desfavorable para el sujeto pasivo de la imputación, lo cual supondría, en los términos de KANT, confundir el modo genérico de la *imputatio* («a secas») con el modo específico de la *imputatio iudicialia*. Precisamente aquí radica el defecto del análisis de la lógica de las adscripciones de acciones que MACKIE elabora en el marco de su revisión crítica del adscriptivismo hartiano.

MACKIE sostiene que el así llamado «uso adscriptivo del lenguaje» no consistiría más que en la combinación de un componente descriptivo y un componente prescriptivo¹⁰⁴. Su análisis se centra en uno de los ejemplos a los cuales HART prestara mayor atención, en paralelo al caso de la adscripción de una acción, en la elaboración de su argumento a favor del adscriptivismo, a saber: el caso en que se afirma la satisfacción de las condiciones de existencia de un contrato¹⁰⁵. Según MACKIE, cuando se sostiene que entre A y B existe un contrato puede estar simplemente constatándose que se satis-

¹⁰⁰ DAVIDSON, 2001: 52.

¹⁰¹ *Ibid.*, 46. El criterio de la intencionalidad, así entendido, resulta ser *intensional* (= relativo-a-la-descripción), en la medida en que el reconocimiento del carácter intencional de una acción es relativo a alguna de sus múltiples descripciones verdaderas, lo cual no obsta a que la expresión (operativa) del mismo criterio sea perfectamente *extensional*: la acción identificada como tal bajo aquella descripción que la convierte en una acción intencional de la persona P cuenta como acción de P bajo todas y cada una de sus descripciones verdaderas, con independencia de si bajo una o más de éstas la acción ya no cuenta como intencional.

¹⁰² En este sentido MAÑALICH, 2009: 279 y ss.; MAÑALICH, 2010a.

¹⁰³ Fundamental al respecto BRANDOM, 1994: 243 y ss., 253 y ss.

¹⁰⁴ MACKIE, 1985: 32 y ss.

¹⁰⁵ *Vid.* HART, 1949: 174 y ss.

facen las condiciones de las cuales depende que A y B hayan efectivamente celebrado un contrato (válido); pero también, y ante todo si quien lo sostiene es un juez (*en tanto* juez), puede estar dándose una instrucción a las partes (A y B), así como eventualmente a terceros, acerca de qué han de hacer o no hacer¹⁰⁶.

El argumento dista de ser concluyente. Ciertamente, no cabe poner en duda que el hecho de que entre A y B haya sido celebrado un contrato hace posible concluir, *ceteris paribus*, que de ello se siguen obligaciones para A y(o) B¹⁰⁷. Pero esto no es algo que dependa de la fuerza pragmática de la afirmación de que el contrato en cuestión ha sido celebrado, sino más bien del contenido proposicional de esa afirmación. Pues trivialmente, lo que cuenta como un contrato queda (funcionalmente) definido por su eficacia generadora de obligaciones para quienes lo celebran. Tal como ya se ha sostenido, nada parecido es necesariamente predicable de la emisión de una oración del tipo «A ha ejecutado la acción ϕ ». Esto no basta, sin embargo, para descartar que la fuerza pragmática característica de aquellos actos de habla que cuentan como instancias de uso adscriptivo del lenguaje sea en efecto una fuerza híbrida, susceptible de ser descompuesta en fuerzas ilocutivas más básicas. La pregunta es, más bien, cuáles pudieran ser esas fuerzas ilocutivas, una vez descartado —en contra del argumento de MACKIE— el componente supuestamente prescriptivo.

La clave para responder esta pregunta aparece en la siguiente observación de MACKIE, relativa a lo que sucede cuando un juez, en las circunstancias contextualmente apropiadas, afirma que A y B están vinculados por un contrato: el juez «está al mismo tiempo enunciando algo y convirtiendo su enunciado en verdadero»¹⁰⁸. El punto se deja explicar como sigue. Es correcto reconocer en el uso adscriptivo del lenguaje —por ejemplo, en lo que hace un hablante cuando adscribe una determinada acción a una persona— una combinación de dos fuerzas ilocutivas susceptibles de ser analíticamente diferenciadas; la primera de ellas consiste en lo que MACKIE identifica como la *enunciación* de algo, esto es, en la fuerza pragmática característica de un «acto de habla asertivo»; la segunda, en lo que MACKIE identifica como la *conversión* de lo enunciado *en verdadero*, lo cual se ajusta muy precisamente a la fuerza pragmática característica de un «acto de habla declarativo»¹⁰⁹.

Bajo la taxonomía de SEARLE, una aserción consiste en la afirmación de la verdad de una proposición; de ahí que semejante acto de habla exhiba una dirección unilateral de ajuste entre las palabras y el mundo (*word-to-world direction of fit*), en términos tales que el «punto ilocutivo» de una aserción consistiría en que lo dicho se ajuste a (cómo son) los hechos¹¹⁰. En cambio, una declaración consiste en una determinada transformación —característicamente: institucional— del mundo, que determina que una proposición se convierta *eo ipso* en verdadera; de ahí que semejante acto de habla exhiba una relación de ajuste bidireccional entre las palabras —en rigor: lo dicho— y

¹⁰⁶ MACKIE, 1985: 33.

¹⁰⁷ Que también puedan seguirse obligaciones para (un tercero) C, en el sentido de una *Drittwirkung*, es algo en lo cual no es necesario ni pertinente entrar aquí.

¹⁰⁸ MACKIE, 1985: 33.

¹⁰⁹ *Vid.* SEARLE, 1979: 12 y ss. Para una relativización de la pretensión de exhaustividad de la clasificación de los tipos de actos ilocutivos propuesta por SEARLE, *vid.* MAÑALICH, 2010b: 127 y ss., 135 y ss.

¹¹⁰ Al respecto SEARLE, 1979: 3 y ss.

el mundo, en términos tales que su realización exitosa garantizaría que el contenido proposicional de la declaración se corresponda con (cómo son) los hechos ¹¹¹.

Notablemente, SEARLE advierte que habría que reconocer una subclase de actos de habla declarativos, cuyos miembros se distinguirían por quedar asimismo incluidos en la clase de los actos asertivos ¹¹². Uno de sus ejemplos es la declaración de culpabilidad pronunciada por un tribunal que ejerce jurisdicción en lo penal. Pues una persona que es declarada culpable frente a un cargo por un presunto hecho punible ciertamente ve modificado su estatus jurídico como resultado de la declaración, sin que ello alcance a volver impertinente la pregunta de si *efectivamente* esa persona es autora de aquello que se le imputa. Dicho en otros términos: la relación de ajuste bidireccional entre lo que se dice —«las palabras»— y lo que es el caso —«el mundo»—, que queda asegurada por la sola declaración, deja abierta una dimensión diferente del mismo acto de habla en que la correspondiente relación de ajuste es puramente unidireccional, en el sentido de que el hecho de que la persona P (efectivamente) sea culpable de haber ejecutado la acción ϕ —por oposición a que solamente haya sido declarada culpable de ejecutar la acción ϕ — depende de que sea *verdad* que P ha ejecutado la acción ϕ ¹¹³.

Para hacer referencia a este subconjunto de actos de habla cuya fuerza ilocutiva sería simultáneamente declarativa y asertiva, SEARLE propone hablar de «declaraciones asertivas» ¹¹⁴. Y lo ya sostenido muestra que a esta subclase pertenecen aquellos actos de habla distintivamente adscriptivos, a través de los cuales un hablante imputa algo a alguien. Lo crucial ahora es distinguir lo que está en juego en relación con cada uno de los dos componentes de la fuerza ilocutiva de una imputación, así entendida. El componente asertivo (o «constatativo») determina que una imputación no sea reducible a la declaración de que alguien ha hecho o no ha hecho algo, lo cual determina, a su vez, la irreductible posibilidad de que una imputación sea incorrecta, en la medida en que sea falsa la proposición cuya verdad es afirmada por el sujeto activo de la imputación. De ahí, por lo demás, que un hablante pueda menoscabar ilegítimamente —en la terminología de BRANDON: sin *título*— el honor de otra persona, en el sentido de una calumnia o una injuria, a través de una imputación falsa ¹¹⁵, esto es: a través del registro de un cargo *inmerecido* en su cuenta. El análisis del componente declarativo, empero, es lo que interesa para cerrar esta indagación. Pues este componente determina la fuerza propiamente *transformativa* que distingue a una imputación. Se trata de la

¹¹¹ SEARLE, 1979: 16 y ss.; SEARLE, 2010: 11 y ss.

¹¹² SEARLE, 1979: 19 y ss.

¹¹³ Así se deja entender la distinción entre lo que MEIXNER propone entender como un concepto objetivo y un concepto subjetivo de imputación: en sentido objetivo, se trataría del uso del predicado (biposicional) « x ha de ser imputado a y », lo cual expresaría que algo ha de imputarse —en el sentido de que *es imputable*— a alguien; en sentido subjetivo, en cambio, se trataría del uso del predicado (biposicional) « x es imputado a y », que expresa que a alguien («simplemente») se imputa algo. Vid. MEIXNER, 1994: 479 y ss. Que efectivamente tenga lugar una imputación («en sentido subjetivo») no garantiza, entonces, que haya de tener lugar una imputación («en sentido objetivo»); sólo la satisfacción conjunta de las condiciones para una y otra modalidad de uso, en consecuencia, haría posible hablar de una imputación «correcta».

¹¹⁴ SEARLE, 1979: 20.

¹¹⁵ Vid. MAÑALICH, 2005: 210 y ss., para un desarrollo de la tesis de la «imputación informal» para la caracterización de la específica ilicitud de la calumnia y (de ciertas variantes de) la injuria, aunque enfatizando unilateralmente el componente asertivo de la fuerza pragmática característica de una imputación.

transformación de la identidad del agente a quien se imputa haber hecho (o no haber hecho) algo¹¹⁶. En la formulación de G. JAKOBS,

[e]n la determinación del concepto de acción no se trata solamente de imputar a un sujeto su acción, sino que con el establecimiento del concepto de acción se determina asimismo qué es un sujeto y qué es su acción¹¹⁷.

Aquí cabe notar el rigor terminológico de la recepción de las categorías de la filosofía hegeliana del derecho: los conceptos de *acción* y *sujeto*, en tanto categorías de la esfera de la *moralidad*, constituyen el par correlativo a los conceptos de *hecho* y *persona*, en tanto categorías de la esfera del *derecho abstracto*¹¹⁸ (lo cual enseña que el uso que HEGEL hace de la distinción entre «hecho» y «acción» es precisamente el inverso del que se expresa en la definición kantiana del concepto de imputación¹¹⁹). En palabras de QUANTE:

Si lo realizado por mí [*mein Tun*] es descrito como un hecho [*Tat*], entonces se da por supuesto que soy un sujeto; pero si es descrito como una acción [*Handlung*], entonces soy reconocido como un sujeto determinado, puesto que mi perspectiva es considerada. La específica descripción de lo realizado como una acción muestra quién uno es¹²⁰.

Pero entonces se vuelve necesario advertir, para quedarnos con HEGEL, que «lo que un sujeto es» no es más que «la serie de sus acciones»¹²¹, en el sentido de que su («verdadera») identidad recién se muestra —en la jerga de la imputación— en su total y definitivo estado de cuenta. Así, lo que está en juego en la adscripción de una acción es, en último término, quién es el agente en cuya cuenta ella es registrada¹²². Por eso, si se trata de la adscripción de una acción meritoria, el premio radica ya en la (adscripción de la) acción misma; y si se trata de la adscripción de una acción demeritoria, el castigo radica ya en la (adscripción de la) acción misma. En uno y otro caso, el premio y

¹¹⁶ Lo cual se explica por la circunstancia de que una imputación exhibe el estatus de un juicio *práctico*, y no teórico: la adscripción de un evento como acción a una persona redefine tanto aquello que se imputa como a quien ello se imputa. Así ya KINDHÄUSER, 1984: 5 y ss., 16 y ss. El carácter «semánticamente transformativo» que distingue a una imputación es resaltado por VAN ALPHEN, 1993: 174 y ss., aunque circunscrito al objeto de la respectiva imputación.

¹¹⁷ JAKOBS, 1991: 6/20.

¹¹⁸ Vid. HEGEL, 1821: §§ 96, 105, 113, 117 y ss. Fundamental para la interpretación aquí favorecida, QUANTE, 1993: 39 y ss., 134 y ss.; QUANTE, 2011: 196 y ss., 207 y ss.

¹¹⁹ Vid. *supra*, nota 79.

¹²⁰ QUANTE, 1993: 54. Aunque la traducción de la expresión «*mein Tun*» como «lo realizado por mí» resulta un tanto artificial, sirve para evitar la redundancia que se seguiría de traducirla, más naturalmente, como «lo hecho por mí» («Si lo *hecho* por mí es descrito como un *hecho*...»). Nótese, por lo demás, que esta lectura de HEGEL supone favorecer —como lo advierte QUANTE, 1993: 141 y ss., 160 y ss.— una tesis extensionalista o «de grano grueso» para la individuación del evento que puede contar como el «hecho» (*Tat*) de una persona, en el sentido de que el «hecho» cuenta como tal bajo todas y cada una de sus descripciones alternativas (verdaderas), siempre que al menos bajo una de éstas el mismo resulte intencional; sólo la especificación del «hecho» como «acción» (*Handlung*) de esa persona es relativa a aquella descripción bajo la cual el «hecho» resulta intencional. Vid. *supra*, notas 95-97 y 101, así como la correspondiente sección del texto principal. En tal medida, es a lo menos equivoco suponer —tal como, aunque en otro contexto, lo sugiere QUANTE, 2011: 250, nota 29— que a HEGEL pudiese atribuirse una «ontología de eventos de grano fino» à la GOLDMAN. Pues al menos en lo que aquí interesa, la intensionalidad de la *especificación* de la «acción» no se comunica a la *individuación* del «hecho» correspondiente.

¹²¹ HEGEL, 1821: § 124. Vid. al respecto LARENZ, 1927: 66 y ss.; también PIPPIN, 2008: 165 y ss., 167 y ss. Contextualizando la observación de HEGEL como manifestación de un «adscriptivismo cognitivista», QUANTE, 2011: 224 y ss.

¹²² Fundamental al respecto DAN-COHEN, 2002: 209 y ss.

el castigo —en sentido ético *à la* WITTGENSTEIN— se identifican con el reconocimiento *declarativo* del estatus del agente como el autor de la acción en cuestión. Lo cual significa, en terminología kantiana, que semejante premio o castigo declarativo es inmanente a la sola *imputatio disjudicatoria*.

Esto vuelve comprensible la insistencia de H. ARENDT en cuanto a la sabiduría contenida en el *dictum* socrático según el cual sería preferible que otro cometa una injusticia en mi persona a que yo cometa una injusticia en la persona de otro; o puesto más drásticamente: que otro me mate injustamente a que yo lo mate injustamente¹²³. Pues en este último caso, mi condena consistirá en quedar forzado a compartir mi vida con un asesino.

BIBLIOGRAFÍA

- AICHELE, A., 2008: «Persona physica und persona moralis: Die Zurechnungsfähigkeit juristischer Personen nach Kant», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 16: 3-23.
- ANNAS, J., 1978: «How Basic Are Basic Actions?», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 78: 195-213.
- ANSCOMBE, G. E. M., 1959: *An Introduction to Wittgenstein's Tractatus*, New York: Harper Torchbooks.
- 1963: *Intention*, 2.^a ed., Cambridge (Mass.) y London: Harvard University Press.
- 1979: «Under a Description», *Noûs*, 13: 219-233.
- ARENDT, H., 2003: *Responsibility and Judgment*, New York: Schocken Books.
- AUSTIN, J. L., 1962: *How to Do Things with Words*, 2.^a ed., Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- 1970: *Philosophical Papers*, 2.^a ed., Oxford: Clarendon Press.
- BAIER, A., 1971: «The Search for Basic Actions», *American Philosophical Quarterly*, 8: 161-70.
- BERNER, A. F., 1843: *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Fráncfort del Meno: Verlag Sauer & Auvermann (reimp.: 1968).
- BIEWALD, G., 2003: *Regelgemäßes Verhalten und Verantwortlichkeit*, Berlin: Duncker & Humblot.
- BIRNBACHER, D., 1995: *Tun und Unterlassen*, Stútgart: Reclam.
- BISHOP, J., 1983: «Agent-Causation», *Mind*, 92: 61-79.
- BRANDOM, R., 1994: *Making it Explicit*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- BRATMAN, M., 2006: «What is the Accordion Effect?», *The Journal of Ethics*, 10: 5-19.
- BRENNENSTUHL, W., 1975: *Handlungstheorie und Handlungslogik*, Kronberg: Scriptor Verlag.
- BYRD, S., y HRUSCHKA, J., 2010: *Kant's Doctrine of Right*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CACCIATORE, G., 2004: «Der Begriff der Zurechnung in der Phase der italienischen Rechtsphilosophie», en M. KAUFMANN y J. RENZIKOWSKI, *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Fráncfort del Meno: Peter Lang, 29-45.
- CHISHOLM, R., 1982: «Human Action and the Self», en G. WATSON, *Free Will*, Oxford y New York: Oxford University Press, 24-35.
- CRUZ, M., 1990: «Origen y desembocadura de la acción: el sujeto inevitable», *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 23: 97-120.

¹²³ ARENDT, 2003: 49 y ss., 82 y ss., 90 y ss.

- DAN-COHEN, M., 2002: *Harmful Thoughts*, Princeton y Oxford: Princeton University Press.
- DANIELS, C., 1970: «Hare on the Meaning of “Good”», *Mind*, 79(313): 139-141.
- DANTO, A., 1963: «What We Can Do», *Journal of Philosophy*, 60: 435-445
- 1965: «Basic Actions», *American Philosophical Quarterly*, 2: 141-148.
- 1973: *Analytical Philosophy of Action*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1979: «Basic Actions and Basic Concepts», *The Review of Metaphysics*, 32: 471-85.
- DAVIDSON, D., 2001: *Essays on Actions and Events*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press.
- 2004: *Problems of Rationality*, Oxford: Oxford University Press.
- 2005: *Truth, Language, and History*, Oxford: Oxford University Press.
- DENNETT, D., 1984: *Elbow Room*, Oxford: Clarendon Press.
- DUARTE, L., 2007: «Ascriptivism and the Criminal Law», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 106 (*Legal Positivism and Conceptual Analysis*): 259-263.
- FEINBERG, J., 1970: *Doing & Deserving*, Princeton (N. J.): Princeton University Press.
- GEACH, P., 1956: «Good and Evil», *Analysis*, 17: 33-42.
- 1960: «Adscriptivism», *The Philosophical Review*, 69: 221-25.
- GOLDMAN, A., 1970: *A Theory of Human Action*, Engelwood Cliffs (N. J.): Prentice-Hall.
- GREEN, S., 2004: «Cheating», *Law & Philosophy*, 23: 137-85.
- GÜNTHER, K., 2005: *Schuld und kommunikative Freiheit*, Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann.
- HABERMAS, J., 1988: *Nachmetaphysisches Denken*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- HARDWIG, W., 1957: *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburgo: Cram, de Gruyter & Co.
- HARE, R. M., 1961: *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press.
- 1970: «Meaning and Speech Acts», *The Philosophical Review*, 79: 3-24.
- HART, H. L. A., 1949: «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49: 171-94.
- 1968: *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press.
- HEGEL, G. W. F., 1821: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Léipzig: Felix Meiner (reimp. 1911).
- HRUSCHKA, J., 1976: *Strukturen der Zurechnung*, Berlin y New York: Walter de Gruyter.
- 1984: «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 96: 661-702.
- 1986: «Imputation», *Brigham Young University Law Review*, 669-710.
- 1988a: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.^a ed., Berlin: Walter de Gruyter.
- 1998b: «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff, und die Konsequenzen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 110: 581-610.
- 2001: «Bestrafung des Täters trotz Rechtfertigung der Tat?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113: 870-84.
- 2004: «Zurechnung seit Pufendorf. Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts», en M. KAUFMANN y J. RENZKOWSKI, *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Fráncfort del Meno: Peter Lang, 17-27.
- 2005: *Imputación y derecho penal*, Navarra; Thomson/Aranzadi.
- JAKOBS, G., 1991: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berlin: Walter de Gruyter.
- JOERDEN, J., 1988: *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin: Duncker & Humblot.
- KANT, I., 1797: *Metaphysik der Sitten*, Léipzig: Verlag der Dürsch'schen Buchhandlung (ed. de 1870).

- KELLY, J., 1995: «Wittgenstein, the Self, and Ethics», *The Review of Metaphysics*, 48: 567-90.
- KELSEN, H., 1979: *Teoría pura del derecho* (trad. de la 2.^a ed.), México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- KENNY, A., 2003: *Action, Emotion and Will*, 2.^a ed., London y New York: Routledge.
- KINDHÄUSER, U., 1980a: *Intentionale Handlung*, Berlin: Duncker & Humblot.
- 1980b: «Basis-Handlungen», *Rechtstheorie*, 11: 479-95.
- 1982: «Kausalanalyse und Handlungszuschreibung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 477-498.
- 1984: «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 96: 1-35.
- 1989: *Gefährdung als Straftat*, Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann.
- 2011: «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», en H.-U. PAEFFGEN *et al.*, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70 Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 39-63.
- KORIATH, H., 1994: *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot.
- KRÄMER, S., 2001: *Sprache, Sprechakt, Kommunikation*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- KUHLEN, L., 1978: *Die Objektivität von Rechtsnormen*, Fráncfort del Meno: Peter Lang.
- LANCE, M., y WHITE, W. H., 2007: «Stereoscopic Vision: Persons, Freedom, and Two Spaces of Material Inference», *Philosophers' Imprint*, 7(4): 1-21.
- LARENZ, K., 1927: *Hegels Zurechnungslehre*, Aalen: Scientia Verlag, Aalen (reimp. de 1970).
- LOUI, R., 1995: «Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism», *Proceedings of the 5th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York, 21-30.
- MACKIE, J. L., 1980: *The Cement of the Universe*, Oxford: Clarendon Press.
- 1985: *Persons and Values. Selected Papers II*, Oxford: Clarendon Press.
- MAÑALICH, J. P., 2005: «¿Comisión de delitos mediante la imputación de delitos? Los delitos contra el honor bajo la teoría de los actos de habla», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 6: 193-242.
- 2009: *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden: Nomos.
- 2010a: «Determinism, Free Will and Criminal Responsibility», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 120 (*Free Will in Criminal Law and Procedure*), 49-61.
- 2010b: «¿Reglas del entendimiento? Acerca de la "juridificación" de la comunicación en la pragmática universal de Jürgen Habermas», *Estudios Públicos*, 119: 121-49.
- 2010c: «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia*, 12: 169-90.
- MARTIN, J., 1972: «Basic Actions and Simple Actions», *American Philosophical Quarterly*, 9: 59-68.
- MCGINN, M., 2001: «Saying and Showing and the Continuity of Wittgenstein's Thought», *The Harvard Review of Philosophy*, 9: 24-36.
- MEIXNER, U., 1994: «Eine Explikation des Begriffs der Zurechnung», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2: 479-503.
- MELE, A., 2001: *Autonomous Agents*, New York: Oxford University Press.
- MOORE, M., 1993: *Act and Crime*, Oxford: Oxford University Press.
- 1997: *Placing Blame*, Oxford: Oxford University Press.
- NEUMANN, U., 1985: *Zurechnung und „Vorverschulden“*, Berlin: Duncker & Humblot.
- PEARS, D., 1975: «The Appropriate Causation of Intentional Basic Actions», *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 7: 39-72.

- PIPPIN, R., 2008: *Hegel's Practical Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- PITCHER, G., 1960: «Hart on Action and Responsibility», *The Philosophical Review*, 69: 226-35.
- QUANTE, M., 1993: *Hegels Begriff der Handlung*, Stútgart y Bad Constant: Frommann-Holzboog.
- 2011: *Die Wirklichkeit des Geistes*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- QUINE, W. V. O., 1960: *Word and Object*, Cambridge (Mass.): MIT Press.
- RADBRUCH, G., 1967: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, en A. KAUFMANN (ed.), Darmstad: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- RENZIKOWSKI, J., 2011: «Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?», en H.-U. PAEFFGEN *et al.*, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70 Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 201-216.
- RHEES, R., 1965: «Some Developments in Wittgenstein's View of Ethics», *The Philosophical Review*, 74: 17-26.
- ROBINSON, P., 1984: «Imputed Criminal Liability», *The Yale Law Journal*, 93: 609-76.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P., 2008: *Imputación y teoría del delito*, Montevideo y Buenos Aires: BdF.
- SCHULTE, J., 1989: *Wittgenstein. Eine Einführung*, Stútgart: Reclam.
- SEARLE, J., 1969: *Speech Acts*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1979: *Expression and Meaning*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 2010: *Making the Social World*, Oxford y New York: Oxford University Press.
- SEELMAN, K., 2004: «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», en M. KAUFMANN y J. RENZIKOWSKI, *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Fráncfort del Meno: Peter Lang, 85-92.
- SNEDDON, A., 2006: *Action and Responsibility*, Dordrecht: Springer.
- STOUTLAND, F., 1968: «Basic Actions and Causality», *The Journal of Philosophy*, 65: 467-475.
- STRAWSON, P. F., 1964: *Individuals*, London y New York: Routledge.
- STÜBINGER, S., 2011: «Von der alten Imputationen-Lehre zum klassischen Verbrechensbegriff - Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Zurechnungsbegriffs», *Rechtswissenschaft*, 2: 154-76.
- THALBERG, I., 1967: «Do We Cause Our Own Actions?», *Analysis*, 27: 196-201.
- THOMSON, J. J., 1971: «The Time of a Killing», *The Journal of Philosophy*, 68: 115-32.
- TUGENDHAT, E., 1976: *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- 1992: *Philosophische Aufsätze*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- USCHANOV, T. P., 2002: «Ernest Gellner's criticisms of Wittgenstein and of ordinary language Philosophy», en G. KITCHING y N. PLEASANTS, *Marx and Wittgenstein*, London y New York: Routledge, 23-46.
- VAN ALPHEN, E., 1993: «Kelsen and Hruschka: Concepts of Imputation», *International Journal for the Semiotics of Law*, VI(17): 163-78.
- VAN DER PFORDTEN, D., 1993: *Deskription, Evaluation, Präskription*, Berlin: Duncker & Humblot.
- VENDLER, Z., 1967: *Linguistics in Philosophy*, Ithaca y London: Cornell University Press.
- 1984: «Agency and Causation», *Midwest Studies in Philosophy*, 9: 371-84.
- VOGEL, J., 1993: *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Duncker & Humblot.
- VON BUBNOFF, E., 1966: *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg: Carl Winter, Universitätsverlag.

- VON WRIGHT, G. H., 1963a: *Norm and Action*, London: Routledge & Kegan Paul.
— 1963b: *The Varieties of Goodnes*, London: Routledge & Kegan Paul.
— 1971: *Explanation and Undersanding*, London: Routledge & Kegan Paul.
— 1974: *Causality and Determinism*, New York y London: Columbia University Press.
- WALKER, J., 1968: «Wittgenstein's Earlier Ethics», *American Philosophical Quarterly*, 5: 219-32.
- WIGGINS, D., 2004: «Wittgenstein on Ethics and the Riddle of Life», *Philosophy*, 79: 363-91.
- WITTGENSTEIN, L., 1984a: *Tractatus Logico-Philosophicus*, Werksaufgabe 1, Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
— 1984b: *Philosophische Untersuchungen*, Werksaufgabe 1, Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- WÜFERL, C., 2012: *Freiheit als Grundlage der Schuld*, Fráncfort del Meno: Peter Lang.
- ZACZYK, R., 2007: «Das Subjekt der objektiven Zurechnung und die Lehre von Günther Jakobs», M. PAWLIK y R. ZACZYK, *Festschrift für Günther Jakobs*, Colonia: Carl Heymanns, 785-799.

DERECHOS Y DEBERES DE INDEMNIDAD *

Diego M. Papayannis **

Universidad de Girona

RESUMEN. Este trabajo intenta mostrar que las concepciones filosóficas del derecho de daños más influyentes, que entienden que es una práctica de justicia correctiva, adolecen de tres defectos básicos. En primer lugar, son incapaces de explicar perfectamente la correlatividad entre los derechos y deberes de las partes. En segundo lugar, dejan sin explicar la contribución del derecho de daños en la propia conformación de los derechos y deberes primarios, a diferencia de los derechos y deberes de compensación que son secundarios porque surgen cuando los primeros resultan vulnerados. Finalmente, tienen dificultades para reconstruir la responsabilidad objetiva como algo distinto de la culpa. Argumento, en cambio, que el derecho de daños es una práctica compleja que satisface funciones correctivas y distributivas. En su aspecto distributivo, el derecho de daños establece los términos equitativos de interacción entre particulares mediante el reconocimiento de derechos y deberes de indemnidad, es decir, derechos a no sufrir cierto tipo de daños y deberes de no causarlos. Estos derechos y deberes son parte de lo que RAWLS denominó bienes primarios, útiles para cualquier plan de vida. Una vez expuestos los elementos centrales de esta teoría, muestro cómo ella puede superar los problemas mencionados más arriba.

Palabras clave: derecho de daños, justicia distributiva, justicia correctiva, derechos y deberes de indemnidad, correlatividad, culpa y responsabilidad objetiva.

ABSTRACT. This paper tries to show that the most influential philosophical conceptions of tort law, that see tort law as a practice of corrective justice, have three shortcomings. First, they are unable to perfectly explain the correlativity of the parties' rights and duties. Second, they leave without explanation the contribution of tort law in the very conformation of primary rights and duties, in contrast to compensatory rights and duties which are secondary, for they arise once the former are infringed. Finally, they have a hard time in reconstructing strict liability as something different from the fault principle. I argue, on the other hand, that tort law is a complex practice that satisfies corrective and distributive functions. In its distributive aspect, tort law settles the fair terms of interaction between private parties by recognizing a set of indemnity rights and duties, that is, rights not to suffer certain types of harms, and duties not to cause them. These rights and duties are part of what RAWLS called primary goods, useful for whatever the persons' plan of life is. Once the central elements of this theory are presented, I show how the problems mentioned above can be surmounted.

Keywords: tort law, distributive justice, corrective justice, indemnity rights and duties, correlativity, fault and strict liability.

* Fecha de recepción: 25 de octubre de 2012. Fecha de aceptación: 3 de julio de 2012.

** Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto DER2010-21331-C02-02, del Ministerio de Ciencia e Innovación (España). Agradezco los valiosos comentarios de G. BATTISTA RATTI, N. MUFFATO, R. LÓPEZ MEDINA y J. ROLAND MATIDA a un primer borrador de las ideas aquí expresadas. Asimismo, me he beneficiado enormemente de las sugerencias de C. BERNAL PULIDO a una versión más reciente.

1. INTRODUCCIÓN

Los teóricos del derecho privado suelen estar de acuerdo en que una explicación de la responsabilidad extracontractual, para ser plausible, debe dar cuenta de dos características centrales de la práctica. La primera de ellas es la vinculación normativa entre las partes del litigio. El hecho de que una vez producido el daño la víctima pueda reclamar una indemnización únicamente al agente dañador, y este deba un resarcimiento solo a la víctima, distingue a la responsabilidad extracontractual de otros sistemas de compensación social, como el neozelandés¹. La segunda característica es que la obligación de compensar puede basarse tanto en la responsabilidad por culpa como en la responsabilidad objetiva; la ilicitud de la conducta del agente dañador, entonces, no es condición necesaria para que proceda la reparación.

Un análisis filosófico de esta particular manera de regular los daños requiere desentrañar su racionalidad subyacente. ¿Qué principio está detrás de esta estructura normativa? ¿Por qué la víctima tiene derecho a ser compensada únicamente por el agente dañador y no puede acudir al Estado, por ejemplo, cada vez que es dañada? ¿Por qué el agente dañador debe reparar las pérdidas que causa en ciertas circunstancias aunque no haya violado ningún estándar de cuidado exigido?

Una primera aproximación sugiere que la inclusión de las partes en el litigio, y la simultánea exclusión de terceros que de ningún modo estén relacionados con el accidente, hace de la responsabilidad civil una cuestión entre particulares. De esta forma, el propósito del proceso en que se persigue una compensación no puede ser otro más que *hacer justicia entre las partes*. Siendo ello así, la justicia correctiva aristotélica se presenta como un buen candidato para explicar la responsabilidad extracontractual. No obstante, pese a su inicial atractivo, la formulación de ARISTÓTELES enfrenta algunas dificultades que socavan su capacidad para describir las prácticas actuales. Probablemente por ello, la justicia correctiva llegó a la literatura moderna sobre responsabilidad civil, a lo sumo, mediante referencias escasas, tangenciales y poco desarrolladas. No fue sino hasta la década de los setenta que, como reacción ante los avances del análisis económico del derecho, los teóricos recuperaron el interés por este principio. En mi opinión, J. COLEMAN y E. WEINRIB han desarrollado las concepciones más sofisticadas de la justicia correctiva moderna. Las diferencias entre estos autores son profundas. COLEMAN elabora una concepción completamente innovadora, mientras que WEINRIB continúa fiel a la tradición aristotélica completando su interpretación con elementos de la filosofía kantiana. En lo que sigue, analizaré ambas teorías con el fin de mostrar que ninguna de ellas logra explicar de manera suficientemente satisfactoria ni la correlatividad de los derechos y deberes de las partes ni la responsabilidad objetiva. Ello es así, principalmente, porque no toman en consideración el aspecto distributivo de la responsabilidad extracontractual. Sostendré que esta práctica es mucho más compleja

¹ En el sistema neozelandés, determinada clase de daños son asumidos directamente por el Estado valiéndose de fondos comunes de compensación creados a esos efectos. Para una exposición detallada de la filosofía del derecho de daños neozelandés instaurado por la Ley de Compensación por Accidentes de 1972, *vid.* TODD y HUGHES, 1997: 1-61.

de lo que usualmente se piensa. No solo rectifica las interacciones injustas que tienen lugar entre los miembros de la comunidad, sino que además distribuye derechos y deberes de indemnidad, es decir, derechos a no ser dañados y deberes de no dañar en ciertas circunstancias. Recién cuando se comprende cómo una misma institución expresa coherentemente las exigencias de la justicia distributiva y de la justicia correctiva, la correlatividad y la convivencia de factores de atribución de responsabilidad objetivos y subjetivos cobran pleno sentido. Paralelamente, al incorporar en el análisis el aspecto distributivo de la responsabilidad extracontractual, ofreceré una concepción de la justicia correctiva que recepte las intuiciones aristotélicas fundamentales en el marco de una teoría más amplia de la justicia liberal.

2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y LA JUSTICIA CORRECTIVA

2.1. Correlatividad y equivalencia

En el libro V de la *Ética a Nicómaco*, ARISTÓTELES distingue entre dos formas de justicia: la justicia distributiva y la justicia correctiva. La primera se aplica a «la distribución de honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de la comunidad». La segunda establece «los tratos en las relaciones entre individuos»². En ambos casos, la justicia consiste en preservar la igualdad de las partes. Pero la igualdad de la justicia distributiva no coincide con la igualdad de la justicia correctiva. Toda operación de distribución supone la existencia de un bien común a repartir, con algún criterio, entre al menos dos personas. Este criterio determina el mérito de cada uno. La igualdad se viola cuando alguien recibe más o menos de lo que le corresponde según el criterio distributivo. Si el mérito está dado, supongamos, por la capacidad productiva y Xenofonte produce para la comunidad tres veces lo que produce Axileas, la justicia exigirá que los recursos de Axileas guarden una relación de 1/3 respecto de los recursos de Xenofonte.

En cambio, la justicia correctiva no se ocupa de la distribución de bienes compartidos sino de las interacciones privadas entre los individuos. En este contexto, el mérito de cada uno es irrelevante a los efectos de preservar la igualdad. Dice ARISTÓTELES: «[n]o importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés [...] la ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado [...] cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando la ganancia. Aunque a veces no sea la palabra apropiada, se puede en estos casos hablar, en general de ganancia (por ejemplo, refiriéndose al que ha dado un golpe) y de pérdida (refiriéndose a la víctima); pero cuando esta clase de daño se mide, decimos que uno gana y el otro pierde». Luego, con un lenguaje un tanto más críptico, ARISTÓTELES afirma que la manera de restablecer la igualdad es tomando la ganancia del agente da-

² ARISTÓTELES, 1985: 244.

ñador para entregársela a la víctima. Una sola operación en la que se trasladan recursos de un individuo a otro elimina a la vez las ganancias y las pérdidas injustas³.

El sentido normativo de la justicia correctiva parece ubicarse en la rectificación de las interacciones en las que un individuo se aprovecha injustamente de otro, lo que perturba la igualdad formal de las partes. Esta referencia al enriquecimiento injusto permitiría explicar la correlatividad entre los derechos y deberes del agente dañador y de la víctima. La razón por la cual las reglas de la responsabilidad extracontractual otorgan a la víctima un derecho a reclamar al agente dañador una indemnización, equivalente a un deber a cargo de este último de brindar una compensación por el daño causado, se halla en la eliminación de las ganancias y las pérdidas injustas.

Los críticos de la concepción aristotélica han señalado que la justicia correctiva, así entendida, no puede funcionar como una adecuada explicación de la práctica, ya que ello requeriría que las ganancias y las pérdidas que tienen lugar en el ilícito extracontractual fuesen también *correlativas*, es decir, conceptualmente inescindibles, y *equivalentes*; y esto rara vez es así. La justicia correctiva sería aplicable a los casos de restitución, pero no a los casos en que un individuo causa una pérdida sin obtener ningún beneficio. Si Axileas vende la vasija de Xenofonte sin su consentimiento, la compensación elimina al mismo tiempo la ganancia y la pérdida. Sin embargo, si Axileas destruye la vasija de Xenofonte con una conducta negligente, la compensación elimina la pérdida injusta aunque en este caso no existe ninguna ganancia material que rectificar. Pero incluso en los casos en que el agente dañador consigue un beneficio por su acción incorrecta, este no es necesariamente correlativo y equivalente con la pérdida que causa. Imaginemos que Axileas con su acción negligente obtiene una ganancia, dada por el ahorro de los costes que supone obrar con diligencia. Estos beneficios los obtiene con independencia de que cause daño alguno a Xenofonte, por tanto, no son correlativos a ninguna pérdida. Además, suponiendo que el daño tuviese su causa en el mismo hecho que el beneficio, las ganancias del agente dañador no tienen por qué ser necesariamente equivalentes a las pérdidas que sufre la víctima. Esto ocurriría si Axileas vendiese sin autorización la vasija de Xenofonte a un tercero por un precio superior o inferior al de mercado.

En definitiva, el problema de la concepción aristotélica es que fundamenta los derechos y deberes de las partes en la necesidad de eliminar los beneficios y los perjuicios injustos, pero en la responsabilidad extracontractual estos son contingentemente correlativos y contingentemente equivalentes. Así las cosas, la obligación de compensar a cargo del agente dañador no puede rectificar en una sola operación las pérdidas y las ganancias injustas. Por consiguiente, la justicia correctiva parece incapaz de explicar la mayoría de los casos de responsabilidad por daños⁴.

2.2. Pérdidas y ganancias normativas

La conclusión del párrafo anterior se deriva, según WEINRIB, de una profunda confusión respecto de la naturaleza de la justicia correctiva. Este principio no preten-

³ *Ibid.*, 247-249.

⁴ Sobre esta cuestión puede consultarse PERRY, 1992: 457-458; NEYERS, 1998: 321.

de rectificar las ganancias y las pérdidas *fácticas* de las partes, sino las *normativas*⁵. La justicia correctiva, afirma WEINRIB, debe ser entendida en términos de la idea kantiana de derecho (*Recht*). Según la teoría jurídica kantiana, los individuos entran en la interacción como agentes morales, capaces de autodeterminarse, y allí radica su igualdad⁶. Cualquier perturbación de esta igualdad, dada por la afectación de la autonomía, supone que un individuo invade el espacio moral del otro. Ello produce un desequilibrio normativo: el agente dañador obra más allá de su esfera de libertad y la víctima sufre, de manera correlativa, una intromisión. Nótese que la verificación de un desequilibrio normativo implica que un individuo ha obtenido una ganancia normativa correlativa con, y equivalente a, la pérdida normativa que sufre el otro. La vulneración de los derechos de la víctima es conceptualmente indistinguible de la violación de los deberes del agente dañador. Por ello, las pérdidas y ganancias son correlativas. Asimismo, la libertad del agente dañador se incrementa tanto como se reduce la libertad de la víctima. De ahí que las pérdidas y ganancias sean también equivalentes.

Debe tenerse presente que en el patrón justificatorio de la responsabilidad extracontractual solo las pérdidas y las ganancias *injustas* cumplen una función. Los reclamos basados en una mera alteración del bienestar son estériles a los efectos de recibir una compensación. El sufrimiento fáctico tal vez fundamente un derecho o un deber propio de la justicia distributiva. Para que genere una razón de justicia correctiva, la transacción debe ser injusta; y esto solo ocurre cuando el agente dañador obtiene de la interacción un excedente normativo y la víctima experimenta un déficit. La justicia correctiva ordena rectificar ambas cosas⁷. Evidentemente la injusticia de la interacción no puede ser definida por la propia justicia correctiva. Pero una vez que otras normas, de carácter distributivo, delimitan las esferas de libertad de los individuos, la justicia correctiva opera preservando la igualdad formal de las partes sin incorporar en el razonamiento justificatorio la justicia de la distribución preexistente. Por tanto, se trata de un principio de justicia autónomo⁸.

La plausibilidad de este argumento depende de manera crucial de que pueda establecerse un vínculo suficientemente sólido entre la subsanación del desequilibrio normativo y la reparación del daño material. ¿Cómo explica WEINRIB que la violación de derechos y deberes primarios genere derechos y deberes secundarios de compensación específicamente? Dicho en otros términos, ¿cómo se pasa de la vulneración de un derecho, como el derecho de propiedad o la integridad corporal, a la obligación de indemnizar? ¿Por qué la compensación de una pérdida fáctica es un paso necesario para rectificar una pérdida normativa? A juicio de COLEMAN, aquí radica el mayor problema de esta concepción de la justicia correctiva. Resulta inaceptable porque sitúa la justificación del deber de reparar en la interacción injusta y no en las pérdidas fácticas que se siguen de la acción incorrecta; el vínculo entre la eliminación de la injusticia y el remedio indemnizatorio queda sin explicación⁹. En este esquema el daño solo es relevante como consecuencia de una acción incorrecta, no en tanto pérdida que sufre

⁵ WEINRIB, 1995: 115-116. Para una interpretación similar, *vid.* GORDLEY, 1995: 138.

⁶ WEINRIB, 1995: 81-82.

⁷ WEINRIB, 1995: 119.

⁸ *Ibid.*, 80.

⁹ COLEMAN, 1992: 320.

la víctima. Si, como sostiene WEINRIB, las pérdidas materiales carecen de significación moral, ¿por qué la realización de la justicia frente a un acto incorrecto exige la reparación del daño fáctico?¹⁰

La posición de WEINRIB al respecto es que el deber secundario de compensación está implicado por el primario. Es decir, el deber que tiene Axileas de respetar la propiedad o la integridad corporal de Xenofonte permite derivar, entre otros, un deber de compensar cuando el daño se ha producido. La idea sería que los derechos primarios no se extinguen con el acaecimiento del daño. De lo contrario, vulnerar el derecho ajeno sería el mejor modo de liberarse del deber de respetarlo, y esto es claramente absurdo. Entonces, a fin de respetar el derecho de la víctima se requiere que el agente realice la segunda mejor alternativa cuando la primera no está disponible. Una vez que Axileas ha dañado a Xenofonte, ya no puede cumplir con el deber de respetar su propiedad o integridad física, pero puede adoptar el curso de acción que más se acerca a lo que hubiese sido correcto. Este curso de acción es la compensación¹¹.

El argumento es interesante, aunque no creo que sea convincente. El lenguaje de los derechos es complejo y lo que significa tener un derecho no nos permite derivar necesariamente un derecho secundario a la reparación. Que Xenofonte tenga un derecho respecto de Axileas a que éste respete su propiedad privada podría implicar alguna de las siguientes afirmaciones, o varias de ellas: *a)* que Axileas tiene el deber de no dañar la propiedad de Xenofonte; *b)* que Xenofonte tiene además la facultad de tomar medidas para evitar ser dañado; *c)* que Xenofonte puede incluso solicitar la protección del Estado para que su derecho sea protegido; *d)* que Xenofonte tiene la facultad de reclamar al Estado o a un tercero una compensación cada vez que Axileas le ocasiona un daño; *e)* que Axileas debe compensar a Xenofonte cada vez que interfiere con su propiedad; *f)* que Axileas debe disculparse públicamente cada vez que daña a Xenofonte; *g)* que Axileas debe ir a prisión si no respeta el derecho de Xenofonte; etc.¹². Distintos subconjuntos de estas afirmaciones podrían formar parte del contenido del derecho que Xenofonte tiene respecto de Axileas. Todas dan sentido a la idea de que Xenofonte tiene un derecho de propiedad, pero lo relevante aquí es que ninguna combinación es conceptualmente necesaria. Lo único conceptualmente necesario es que alguna de estas afirmaciones sea verdadera; de lo contrario tendríamos un derecho sin contenido, y esto carece de sentido. Por consiguiente, el contenido de los derechos no puede ser derivado *a priori* de lo que significa tener un derecho, sino que se requiere apelar a una teoría fundacional o normativa¹³. ¿Cuál es el presupuesto normativo que invoca WEINRIB? Que los individuos son agentes morales libres e iguales, capaces de autodeterminarse. ¿Es esto suficiente para sostener que el derecho a la integridad física o a la propiedad privada incluye un derecho secundario a ser compensado por el agente dañador? ¿Por qué de la vulneración de alguno de estos derechos se sigue la obligación de indemnizar en lugar de una obligación de disculparse, de ir a prisión o de pagar una multa que el Estado vaya a emplear para crear un fondo general de compensación?

¹⁰ STONE, 1996: 266-267.

¹¹ WEINRIB, 1995: 135. En este punto el argumento es similar al de MACCORMICK, 1982: 212 y ss.

¹² Como resulta de esta enumeración necesariamente incompleta, el derecho de propiedad podría hacer referencia, dependiendo de lo establecido en las normas relevantes, a distintas posiciones hohfeldianas. Sobre esto *vid.* HOHFELD, 1913.

¹³ *Vid.* COLEMAN y KRAUS, 1986: 1341.

Ni siquiera la eliminación privada de los excedentes normativos (de las pérdidas y las ganancias injustas) es un argumento capaz de determinar el contenido de los derechos del modo en que WEINRIB necesita. Además de la compensación en dinero, existen muchas alternativas capaces de incrementar la libertad de la víctima y disminuir la del agente dañador luego del accidente. Podría la víctima tener derecho a causar una pérdida al agente dañador en la misma medida en que fue perjudicada; podría también el agente dañador estar obligado a prestar servicios a favor de la víctima o de beneficiarla de algún otro modo que no sea en forma de compensación monetaria.

En síntesis, ni esta concepción de las personas como agentes morales, ni el propósito de una concepción de la justicia correctiva que se preocupa por las pérdidas y ganancias normativas pueden brindar el argumento necesario para derivar de la vulneración de un derecho primario un derecho secundario de compensación. Por mi parte, en el apartado 3.2 intentaré ofrecer una concepción de los derechos involucrados en la responsabilidad extracontractual que evite estos problemas.

2.3. La responsabilidad por las pérdidas injustas

Como expliqué en el apartado anterior, COLEMAN considera que una concepción de la justicia correctiva que resta importancia a las pérdidas fácticas es inaceptable. Centrarse en la rectificación de la incorrección en lugar del bienestar de los individuos es un error, porque el bienestar de las personas es moralmente relevante. No obstante, también reconoce que las pérdidas materiales de la responsabilidad extracontractual no son correlativas y equivalentes con las ganancias que obtienen los agentes dañadores. Por tanto, si la justicia correctiva subyace al derecho de daños, o a sus casos típicos al menos, su propósito no puede ser anular las ganancias y las pérdidas injustas en una sola operación. En su lugar, COLEMAN propone explicar la correlatividad entre los derechos y deberes de las partes con independencia de la correlatividad y la equivalencia de las pérdidas y las ganancias injustas. Para ello se aparta sustancialmente de la tradición aristotélica y afirma que el propósito de la justicia correctiva es *imponer el deber de compensar las pérdidas injustas a quienes son responsables por ellas*¹⁴.

Esta concepción de la justicia correctiva está conformada por dos elementos: las pérdidas injustas y la responsabilidad moral. Respecto de la responsabilidad moral, COLEMAN no cuenta con una teoría acabada, como él mismo reconoce. Apela intuitivamente a esta noción para explicar que el deber de reparar las pérdidas injustas no toma como relevante el hecho de que son consecuencia de una acción incorrecta, sino la conexión que el agente dañador tiene con ellas. Las pérdidas injustas que son el resultado de la agencia del individuo, de su autonomía, son su responsabilidad, en un sentido apropiado le pertenecen y por ello debe repararlas. Para COLEMAN, mediante el ejercicio de la agencia autónoma los individuos cambian el mundo, dejan su marca en él. De alguna manera, las acciones y sus consecuencias en el mundo nos permiten comprender a los demás y autocomprendernos¹⁵. T. HONORÉ plantea una idea similar cuando afirma que lo que hacemos en el mundo determina nuestra historia, identidad

¹⁴ COLEMAN, 1992:325.

¹⁵ *Ibid.*, 326; también nota 10.

y carácter; y el precio de ser personas es la responsabilidad¹⁶. Ahora parece claro que suprimir la responsabilidad supone eliminar la autoría y, con ello, la identidad personal; y este último es un concepto elemental de nuestra autocomprensión.

En cuanto a las pérdidas injustas, estas resultan de la vulneración de derechos o de la afectación de meros intereses legítimos mediante conductas incorrectas. Las vulneraciones de derechos pueden estar justificadas o no. Ello implica que a los efectos de considerar que una pérdida es injusta la licitud o ilicitud de la conducta que la genera es irrelevante. En cambio, el perjuicio a los intereses legítimos solo es incumbencia de la justicia correctiva cuando resulta de acciones incorrectas¹⁷. Así, la falta de culpa impide a la víctima reclamar una compensación por pérdidas relacionadas con sus intereses legítimos, pero no impide que pueda lograr una reparación cuando sus derechos han sido vulnerados. La ausencia de culpa no es en todos los casos una eximente de responsabilidad. La situación es diferente con las excusas que desvirtúan la agencia. El obrar involuntario —sin discernimiento o libertad— sí funciona como eximente general, porque sin voluntad no hay *agente*, y sin agente no hay pérdidas *injustas*. Solo los agentes morales pueden vulnerar derechos. Los fenómenos de la naturaleza, los incendios, las inundaciones, producen gravísimos daños, perjudican significativamente el bienestar de las víctimas, sin embargo, no vulneran los derechos de nadie. Parte de la diferencia entre la desgracia y la injusticia radica en el papel que cumple la agencia humana en cada una de ellas¹⁸.

Es importante resaltar que los dos elementos de la justicia correctiva son inescindibles. No puede haber pérdidas injustas sin agencia, por tanto, es imposible que existan pérdidas injustas sin que algún individuo en concreto sea responsable por ellas. Por esta razón, la justicia correctiva, tal como la define COLEMAN, puede explicar la correlatividad entre los derechos y deberes de las partes. La víctima tiene derecho a cobrar una compensación del agente dañador porque la pérdida cuya reparación pretende pertenece a este último. A nadie más pertenece la pérdida, y a nadie más puede reclamar la víctima. En este mismo sentido, el agente dañador debe indemnizar nada más que a la víctima porque este es el único modo que tiene de recuperar la pérdida que le pertenece.

Deseo argumentar que esta concepción ofrece una visión de la justicia correctiva descontextualizada, ya que en ningún momento se explicita cuál es su fundamento moral último. En la concepción presentada por WEINRIB, la justicia correctiva es la forma en que se honra la igualdad de los agentes morales. En la concepción de COLEMAN, el valor moral de imponer la obligación de reparar las pérdidas a quienes son moralmente responsables por ellas no es fácil de apreciar. Uno podría pensar que resulta un tanto fatigoso preguntarse por el valor *moral* de cargar con la indemnización a quien es responsable *moral* del daño. La respuesta parece tan obvia que la pregunta no merece ser planteada. Sin embargo, creo que no es obvia en absoluto. La responsabilidad moral en los términos de COLEMAN no es mucho más que una mera autoría. Por tanto, la pregunta puede ser reformulada de modo que resulte interesante nuevamente: ¿por

¹⁶ HONORÉ, 1999: 29.

¹⁷ COLEMAN, 1992: 331-332.

¹⁸ *Ibid.*, 334 y, en especial, nota 4.

qué la moral exige que los daños sean reparados por quienes los causan (y no por otra persona o el Estado)?

COLEMAN reconoce que la estructura analítica de la justicia correctiva refleja ciertos valores liberales, como la igualdad, el respeto por las personas y su bienestar, o la responsabilidad por las consecuencias de las propias acciones. Todo esto subyace a su concepción, aunque no la determina¹⁹. Tal vez lo más acertado sería decir que COLEMAN fundamenta la justicia correctiva en dos ideas que tienen implicancias morales: la agencia humana responsable y el bienestar de las personas. La justicia correctiva intenta preservar el bienestar de las personas a la vez que trata a los individuos como agentes responsables. Lamentablemente, no es suficiente con señalar esto, ya que la misma pregunta se presenta una y otra vez en distintas formas: ¿no podrían estos dos ideales ser honrados mediante mecanismos distintos de la justicia correctiva, entre otras posibilidades, con un fondo de compensación para las víctimas y sanciones para los agentes dañadores?

2.4. La culpa y la responsabilidad objetiva

Finalmente, en este apartado intentaré mostrar que las concepciones de WEINRIB y de COLEMAN tienen problemas para dar cuenta de la responsabilidad objetiva. Para WEINRIB, la justicia correctiva solo es compatible con un régimen de responsabilidad por culpa. Las demás alternativas violan la igualdad formal de las partes. Una regla que impusiese al agente dañador la obligación de reparar aunque haya obrado sin culpa, en función de la causalidad exclusivamente, no trataría al actor y al demandado como iguales. La libertad de uno estaría determinada por los intereses del otro. Del mismo modo, un régimen de culpa basado en un estándar subjetivo, es decir, en las capacidades del agente dañador para evitar el accidente, sería inequitativo porque la esfera de libertad de la víctima dependería de las características del agente dañador. Ambos sistemas serían unilaterales, en tanto se centrarían en una de las partes para definir una relación que debería ser bilateral, entre dos agentes morales libres e iguales²⁰.

El único régimen que trata a las partes como iguales es la culpa basada en un estándar objetivo. El régimen de culpa requiere que la *violación del estándar* de conducta exigido *cause* un daño a la víctima. Los dos componentes, la culpa y la causalidad, garantizan que los intereses de ambas partes tendrán el mismo peso en sus interacciones. Sin causalidad, la acción incorrecta del agente dañador es irrelevante para la justicia correctiva, del mismo modo en que lo es el sufrimiento de la víctima cuando no hay culpa del demandado. Ni la acción incorrecta ni el sufrimiento, independientemente considerados, generan responsabilidad. Piénsese que, si la conjunción de ambos es necesaria, la sola causalidad no determina unilateralmente la obligación de reparar, lo que impide que los intereses de la víctima sean soberanos, y las capacidades del agente dañador para comportarse diligentemente carecen de impacto en la evaluación de su conducta, lo que impide que los intereses de este último se impongan sobre los de su contraparte.

¹⁹ *Ibid.*, 433.

²⁰ *Vid.* WEINRIB, 1995: 177-178.

Por supuesto, WEINRIB es consciente de que la responsabilidad extracontractual incluye casos de responsabilidad objetiva, como la responsabilidad por hechos de otros o la responsabilidad por actividades inusualmente peligrosas. Sin embargo, entiende que estos casos son una extensión del régimen de culpa. La responsabilidad del principal por los hechos del dependiente, por ejemplo, requiere que este último haya obrado con culpa. Pero esto no es suficiente para que el principal tenga la obligación de compensar según la justicia correctiva. Este principio exige que el propio demandado haya realizado la acción que causó el daño. WEINRIB, entonces, interpreta que el principal *obra a través del dependiente*, se vale de las acciones de otros para alcanzar sus propósitos, y ello hace que los daños así ocasionados correspondan al ámbito de la justicia correctiva. En cuanto a los riesgos inusualmente peligrosos, WEINRIB sostiene que la culpa puede imputarse directamente a la actividad, sin que la víctima deba identificar una acción culposa²¹.

La concepción de COLEMAN, por razones diferentes, llega a conclusiones similares. Las pérdidas injustas derivan de la vulneración de derechos o de la afectación de intereses legítimos mediante acciones incorrectas. ¿Puede haber una pérdida injusta cuando una acción lícita riesgosa o, si se quiere, inusualmente peligrosa, perjudica los intereses legítimos (no los derechos) de la víctima? En principio parecería que la justicia correctiva excluye esta posibilidad. Pero la responsabilidad objetiva no está conceptualmente ligada a la vulneración de derechos, y ello obliga también a COLEMAN a interpretar que esos casos están abarcados por la regla de negligencia. La clave está en advertir que un agente puede actuar con culpa por la forma en que lleva adelante una actividad o por el mero hecho de desarrollarla. Las actividades inusualmente peligrosas son inherentemente culpables. Esto implica que alguien obra con culpa por el mero hecho de realizar la actividad, aunque ninguna precaución posible sea suficiente para reducir los riesgos a un nivel diligente²².

El problema de estas dos teorías es que convierten a las acciones riesgosas lícitas en inherentemente culpables. Esta línea de pensamiento nos impide compatibilizar dos ideas que tienen perfecto sentido en nuestro esquema conceptual: por una parte, reconocemos que existen acciones riesgosas que no deben o no tienen por qué ser prohibidas o desalentadas. La investigación, el desarrollo y la aplicación de energía nuclear podría ser un caso de este tipo. La actividad es lícita, no es inherentemente culpable. Sin embargo, y esta es la segunda idea que resulta *prima facie* razonable, las sociedades muchas veces permiten la realización de acciones sumamente riesgosas teniendo en cuenta que las víctimas de estos accidentes recibirán una adecuada compensación por los daños que sufran. Estas actividades en general están permitidas e incluso son a veces fomentadas, y en ningún caso se considera que quienes las realizan llevan adelante una acción inherentemente culpable.

Asimismo, la distinción entre la culpa por realizar la actividad y por realizarla de una cierta forma está sujeta a importantes objeciones. Según esta distinción, hay acciones que son culpables por la manera en que uno las ejecuta, mientras que otras son culpables *cualquiera sea el modo en que se las realice*. Por ejemplo, conducir por el centro de la ciudad puede ser una conducta culpable si el automovilista no observa el

²¹ Vid. WEINRIB, 1995: 185-190.

²² Vid. COLEMAN, 1992: 368-369.

estándar de cuidado que exige la situación; en cambio, transportar explosivos es una conducta inherentemente culpable, y el agente obra con culpa por el mero hecho de realizarla. La culpa no se predica sobre la manera de actuar sino sobre la realización misma del acto. En estos supuestos, realizar *esa clase* de acciones constituye negligencia, seguramente porque se las considera en extremo peligrosas.

Creo que el argumento es defectuoso porque parte de una descripción equívoca de las acciones analizadas. Para que la distinción entre culpa en la mera realización de la acción y la culpa en la forma de realizarla tenga sentido, la descripción de la conducta nunca puede incorporar como elemento definitorio el modo en que se la ejecuta, y esto resulta contraintuitivo. La acción de conducir por el centro de la ciudad puede ser realizada de un determinado modo que la califica como negligente. Supongamos que un individuo conduce por el centro a una velocidad de 170 km/h y habiendo bebido dos copas de vino. Seguramente, al describir su acción, es decir, al definir qué está haciendo el individuo, incluiremos el modo en que conduce como elemento esencial. Diremos que el individuo está conduciendo *negligentemente* por el centro de la ciudad. Conducir por el centro de la ciudad está permitido, conducir negligentemente por el centro de la ciudad está prohibido. La segunda conducta, aquella jurídicamente relevante para imponer una sanción al agente, no es culpable *por el modo en que se realiza*. Es tan culpable, en todo caso, como transportar explosivos. En ambos casos, el agente es culpable por el mero hecho de realizar la actividad. Ahora bien, dadas las reglas de conducción diligente, es correcto en términos analíticos afirmar que la primera conducta es inherentemente culpable, aunque sea poco informativo: las conductas negligentes son siempre culpables. Con la segunda conducta ocurre lo mismo. Para que transportar explosivos sea una conducta culpable *per se*, es necesario que esta conducta esté expresamente prohibida o que pueda ser subsumida en alguna regla general que defina la negligencia. Si una norma estableciese que las conductas que generan niveles anormales o extraordinarios de riesgos para los intereses de terceros son negligentes, entonces, transportar explosivos sería una conducta culpable *y necesariamente ilícita*. Por ello, y en este punto la moderna doctrina civilista tiende a coincidir, parece difícil que los casos de responsabilidad objetiva puedan ser analizados desde la responsabilidad por culpa. Las conductas reguladas por responsabilidad objetiva son *inherentemente lícitas*, pero *riesgosas*. Obviamente, las acciones riesgosas pueden ser realizadas también de manera negligente. Así, los riesgos de transportar explosivos, suponiendo que esta fuese una conducta lícita, se incrementan sustancialmente si el conductor no respeta las señales de tránsito. Lo característico de la responsabilidad objetiva es que el transportista está obligado a compensar las pérdidas que causa cuando se concretan los riesgos propios de su actividad, siendo irrelevante que haya obrado diligentemente. En general, la autoridad pública tomará medidas contra quien transporta explosivos de manera ilícita para impedirle la acción; ello no ocurre con quien lo hace en cumplimiento de todos los estándares de conducta exigibles, aunque su actividad incremente la probabilidad de que se produzcan daños a terceros.

3. DERECHOS Y DEBERES DE INDEMNIDAD

A continuación, argumentaré que todos los problemas que he señalado en las teorías de COLEMAN y WEINRIB pueden ser solucionados si se advierte que la responsabi-

alidad extracontractual no se agota en la justicia correctiva, sino que también expresa consideraciones de justicia distributiva.

Usualmente se entiende que la justicia correctiva depende en alguna medida de la justicia distributiva. Ello no significa que su fuerza normativa esté subordinada a la justicia del resultado distributivo, porque en ese caso no podrían ser concebidos como principios autónomos. Significa, en cambio, que la justicia correctiva no puede operar sino en el marco de la justicia distributiva²³. En la teoría de COLEMAN la dependencia es menor que en la de WEINRIB, por ejemplo, porque en aquella puede haber ocasión para la justicia correctiva aunque no se hayan afectado derechos, sino solo intereses legítimos. No obstante, algún grado de dependencia existe. Del mismo modo, quienes asocian a la responsabilidad extracontractual con la justicia correctiva deben pensar que su aplicación depende, en parte al menos, de otras instituciones que definen los derechos cuya vulneración amerita una compensación. En otras palabras, si la responsabilidad extracontractual, al igual que la justicia correctiva, se encarga de rectificar las vulneraciones de derechos otorgando a la víctima una compensación, ella puede funcionar solo en coordinación con otras instituciones, como el derecho constitucional, que definan los derechos de los individuos.

Creo que esta posición es equivocada y parte de una confusión respecto de la naturaleza de los derechos. Como ya he dicho, los derechos no son más que un conjunto de pretensiones válidas o justificadas²⁴. Para determinar el contenido del derecho de propiedad de Xenofonte sobre su automóvil no podemos hacer otra cosa que indagar qué pretensiones válidas están asociadas con este objeto. Supongamos que luego de esta indagación en distintos cuerpos normativos, la constitución entre ellos, podemos determinar que Xenofonte tiene la facultad de utilizar su automóvil con cualquier fin que desee (siempre que no esté expresamente prohibido por otras leyes), también tiene la facultad de excluir del uso de su automóvil a otros individuos, además puede transferir legítimamente su automóvil celebrando un contrato y, por último, descubrimos que tiene la facultad de reclamar una compensación cada vez que su automóvil es dañado en ciertas circunstancias.

Sin duda, las normas de la responsabilidad extracontractual son relevantes para determinar el contenido del derecho de Xenofonte. Por tanto, son constitutivas de su derecho. Y si el reconocimiento de un determinado derecho a Xenofonte es una cuestión de justicia distributiva, debe aceptarse que la responsabilidad extracontractual también desempeña un papel importante aquí. El esquema según el cual la responsabilidad extracontractual opera luego de que se hayan vulnerado los derechos de la víctima, establecidos por la justicia distributiva, no funciona porque la propia responsabilidad extracontractual contribuye a dar contenido a esos derechos. Si esto es así, no toda la responsabilidad extracontractual puede ser explicada por la justicia correctiva. Una explicación completa requiere apelar también a la justicia distributiva²⁵. El desafío ahora consiste en mostrar cómo las consideraciones distributivas y correctivas están articuladas en la misma práctica.

²³ *Vid.* PERRY, 2000: 247.

²⁴ Sobre esta caracterización conceptual de los derechos subjetivos coinciden autores tan distintos como FEINBERG (1970: 253) y GUASTINI (1999: 180-181). Para ambos, ser titular de un derecho significa contar con una pretensión válida o justificada por un sistema de normas jurídicas o morales.

²⁵ Para una opinión contraria, *vid.* COLEMAN, 2001: 34-35.

3.1. Responsabilidad extracontractual y justicia distributiva

Hace tiempo que el análisis económico del derecho advirtió sobre los efectos de las reglas de responsabilidad en la distribución de los recursos²⁶. A fin de apreciarlos, pensemos qué consecuencias se seguirían de adoptar distintas reglas de responsabilidad para regular el conflicto que se produce entre dos individuos que desarrollan actividades parcialmente incompatibles en un estado de naturaleza. Imaginemos que Xenofonte todos los meses sufre pérdidas considerables porque los perros guardianes de Axileas, su vecino, atacan a sus gallinas. Como es previsible, nunca ocurre lo contrario. ¿Cómo puede resolverse este conflicto de manera justa? La respuesta que intuitivamente cualquier jurista sostendría es que Axileas debe compensar a Xenofonte por los daños que le ocasiona, y los más interesados por la filosofía dirían que esto es así en virtud de la justicia correctiva. Pero esta respuesta asume que Xenofonte *tiene derecho* a que sus gallinas no sean dañadas. Presupone que la interacción ha sido injusta, y esto solo puede afirmarse una vez que se establece que los derechos de Xenofonte fueron vulnerados por Axileas. Sin embargo, en el estado de naturaleza no hay derechos definidos. Por tanto, la justicia correctiva no puede resolver este conflicto. En este contexto, solo puede crearse una regla que regule las externalidades negativas de las partes. La regla en cuestión necesariamente privilegiará los intereses de alguna de ellas. Como sostuvo R. COASE, el problema es de naturaleza recíproca, y la dificultad radica en decidir si vamos a permitir que Axileas dañe a Xenofonte o Xenofonte a Axileas²⁷. Una regla que libera de responsabilidad a Axileas, daña a Xenofonte de un modo obvio. La regla opuesta, aquella que obliga a Axileas a indemnizar a Xenofonte cada vez que sus perros atacan a las gallinas, daña a Axileas (de un modo menos obvio tal vez). ¿Con que criterio debemos elegir una u otra regla? Únicamente una teoría de la justicia distributiva puede responder esta pregunta. No me interesa aquí determinar cuál es la distribución justa para los casos de responsabilidad extracontractual, sino solo señalar un rasgo conceptual de la práctica: las reglas de responsabilidad distribuyen recursos entre los miembros de la comunidad.

Este aspecto distributivo de la responsabilidad extracontractual, ignorado por COLEMAN y WEINRIB, no ha pasado completamente inadvertido en la literatura²⁸. Pese a ello, no es tan claro qué distribuyen exactamente las reglas de responsabilidad. Mi tesis es que distribuyen derechos y deberes de indemnidad. Siguiendo con el ejemplo anterior, supongamos que deseamos proteger a Xenofonte de los daños que le causan los perros de Axileas. La cuestión que se plantea inmediatamente es si la protección será contra todos los perjuicios que sufra Xenofonte o solo algunos. Tal vez la justicia distributiva no exija que Axileas sea responsable por cualquier daño, sino solo por los daños que se producen cuando él no adopta las medidas precautorias que resultan razonables conforme a las circunstancias de tiempo y lugar. La disyuntiva es proteger los intereses

²⁶ COASE, 1960; CALABRESI y MELAMED, 1972.

²⁷ COASE, 1960: 2.

²⁸ Los trabajos más importantes en mi opinión son los de P. CANE. *Vid.* CANE, 2001 y 1996: 478-481. Además, puede consultarse CALNAN, 1997: 82, 92, 98; y DAGAN, 1999: 139-140, 147-150. Por último, los trabajos normativos de KEATING (2004) y KEREN-PAZ (2007) también muestran que las reglas de la responsabilidad extracontractual impactan en la distribución de los recursos.

de Xenofonte con una regla de responsabilidad objetiva o con una regla de culpa. Estas reglas tienen efectos distributivos distintos. Con una regla de culpa, Xenofonte todavía deberá tolerar los daños que los perros causan a sus gallinas cuando Axileas se haya comportado diligentemente. Con una regla de responsabilidad objetiva, Xenofonte no deberá tolerar ninguna externalidad negativa. Axileas preferiría en primer lugar que se instaurase una regla de no-responsabilidad; si ello no fuese posible, su segunda opción sería la regla de negligencia y, por último, la regla de responsabilidad objetiva. Exactamente lo contrario ocurre con las preferencias de Xenofonte. Las preferencias de las partes sobre las reglas de responsabilidad son perfectamente opuestas porque son el reflejo de unas preferencias sobre su propia indemnidad, y ello, en última instancia, se traduce en una preferencia distributiva. En un mundo donde rige la responsabilidad objetiva Xenofonte es más rico, y Axileas más pobre, que en un mundo en el cual rige la responsabilidad por culpa.

Dado que cada regla tiene efectos distributivos distintos, ellas establecen distintos *contenidos* para los derechos de indemnidad de cada una de las partes. La regla de responsabilidad por culpa implica un derecho *a no ser dañado por conductas negligentes o dolosas* de otras personas, y un correlativo deber de no dañar de ese mismo modo; la regla de responsabilidad objetiva, por su parte, supone un derecho *a no ser dañado por conductas inusualmente peligrosas*, aunque sean diligentes, de otras personas; y un correlativo deber de no dañar de esa misma manera. Afirmar que el derecho de indemnidad de la víctima ha sido vulnerado equivale a afirmar que el agente dañador violó su deber de indemnidad.

Nótese que en el esquema interpretativo que propongo la convivencia de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva, o la existencia de eximentes de responsabilidad, como el caso fortuito o la culpa de la víctima, no supone ningún problema. Todas estas reglas dan contenido a los derechos y deberes de indemnidad de las partes²⁹. Adelantándome en el argumento, diré que la justicia correctiva es aplicable una vez que el derecho de indemnidad de la víctima, definido por la justicia distributiva, ha sido vulnerado. Recién entonces, la justicia correctiva ordena rectificar la interacción injusta imponiendo al agente dañador la obligación de compensar los daños ocasionados. En algunos casos, la obligación de compensar depende de que se haya causado el daño realizando una conducta negligente, porque solo así se vulnera el derecho de indemnidad de la víctima. Otras veces, la indemnidad de la víctima es más amplia, y aunque el agente dañador haya obrado con diligencia, debe compensar los daños que causen sus conductas riesgosas. Una vez interpretadas las reglas de este modo, la responsabilidad objetiva deja de ser un misterio para la justicia correctiva.

²⁹ Mi argumento es de los que W. LUCY denomina indirectos. Los argumentos directos se basan en una concepción particular de la justicia distributiva. Intentan mostrar qué reglas harían de la responsabilidad extracontractual una institución justa. Este es el caso KEATING (2004: 1858-1859), por ejemplo. En cambio, los argumentos indirectos se proponen señalar alguna de estas tres cosas: *a*) que las reglas del derecho de daños mantienen un esquema de derechos y deberes; *b*) que las distintas doctrinas del derecho civil tienen efectos distributivos entre las partes y, en este sentido, el derecho privado es una cuestión de justicia distributiva, o *c*) que las doctrinas del derecho privado expresan una preocupación por la distribución equitativa de los costes de los accidentes y, por ello, alguna concepción de la justicia distributiva debe estar implementada en la responsabilidad extracontractual. *Vid.* LUCY, 2007: 328-329. El argumento que ofrezco es indirecto, ya que no pretende ofrecer un análisis desde una particular concepción de la justicia distributiva. Se ocupa simplemente de describir lo que Peter CANE denomina la anatomía del derecho de daños. *Vid.* CANE, 1997: 18; 2001: 417.

3.2. Los derechos de indemnidad como bienes primarios

Tal como los concibo, los derechos de indemnidad pertenecen a la categoría de lo que RAWLS denominó «bienes primarios»³⁰. Estos bienes son útiles para cualquier plan de vida, e incluyen los derechos, las libertades y las oportunidades, el ingreso y la riqueza, entre otros. En las sociedades liberales el Estado se compromete a distribuir entre los miembros de la comunidad una cuota de bienes primarios para que cada uno lleve adelante un plan de vida razonable, es decir, un proyecto posible de implementar con los recursos que equitativamente le corresponden. Una vez garantizado un esquema de derechos y libertades, cada uno es responsable por cómo resulta su vida y no puede exigir a la sociedad más recursos de los que le han sido otorgados. Esto es así en virtud del *principio de división de la responsabilidad*, que separa las aguas de la responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual³¹.

En un mundo ideal, el destino de los individuos dependería exclusivamente de sus decisiones. En el mundo real muchas otras contingencias, como la mala o la buena suerte, son determinantes. La mala suerte es particularmente problemática, porque desvirtúa la idea de que el Estado limita su responsabilidad a brindar un conjunto de bienes primarios después de lo cual comienza a regir la responsabilidad individual. ¿En qué sentido alguien es responsable por los perjuicios que sufre a raíz de una catástrofe natural? Tal vez pueda decirse que el individuo debe tolerar esas pérdidas, pero no que es responsable por ellas. De ahí que el Estado frecuentemente asuma como parte de sus responsabilidades la neutralización, en alguna medida, de los efectos de la mala suerte. Cada sociedad decide políticamente el grado de neutralización y más allá de ese punto la mala suerte continúa siendo problema de los particulares.

Además de la mala suerte, las interferencias de terceros suelen alterar los planes de vida. El hecho de que podamos causarnos pérdidas mutuamente justifica que el Estado reconozca algunos derechos de indemnidad. A diferencia de los fenómenos naturales, o de la mala suerte, las externalidades negativas requieren ser reguladas a fin de conformar una comunidad política. Es difícil imaginar cómo una sociedad podría constituirse, cómo un grupo de individuos podrían tener una vida en común, sin un conjunto de reglas que establezcan los límites de la libertad de acción a fin de lograr un buen equilibrio con la seguridad personal. Sin llegar a este nivel tan fundamental, es obvio que la idea de responsabilidad individual, para tener sentido, necesita de cierta indemnidad. Nadie puede ser responsable por cómo resulta su vida si debe tolerar todas las interferencias de terceros. Por esta razón, el Estado implementa un sistema de derechos y deberes de indemnidad que considera equitativo³².

³⁰ RAWLS, 1999: 54 y 79.

³¹ *Vid.* RAWLS, 1982: 170; RIPSTEIN, 2004: 1812.

³² En el nivel más básico de las condiciones para su existencia, ninguna comunidad puede constituirse como tal si no disuade mínimamente las conductas dañosas. Para ello, es suficiente con el derecho penal. No obstante, una comunidad que pretenda una integración social más sólida deberá reconocer, además, algunos derechos de indemnidad. Las penas de prisión para el agresor, sin una compensación para la víctima, no eliminan la desconfianza ni las conductas de autoprotección excesivas que todos realizaríamos de no contar con un derecho a ser indemnizados por las pérdidas que otros nos causan. Asimismo, ya en el contexto del Estado liberal, la idea de responsabilidad personal por el plan de vida elegido también exige el reconocimiento de derechos de compensación.

¿Cuál es el contenido de los derechos de indemnidad? A primera vista el derecho a no ser dañado es igual que los demás derechos. Su contenido depende de una teoría fundacional o normativa. El derecho de Xenofonte a no ser dañado podría significar, entre muchas otras alternativas, que: *a)* cualquier persona que daña a Xenofonte será castigada con una pena de prisión; *b)* Xenofonte puede pretender válidamente el cobro de una indemnización en caso de ser dañado, y *c)* Xenofonte puede solicitar medidas para protegerse contra las agresiones de terceros que afecten sus intereses legítimos; etc. No obstante, si los bienes primarios sirven a los individuos para desarrollar el plan de vida elegido, parece que cuando alguien es dañado, una pena de prisión para el agente dañador no le permite conservar la cuota de recursos que equitativamente le fue otorgada. Parece que la compensación de daños es el único remedio ante la interferencia de terceros que deja indemne a la víctima. La propia concepción de los derechos de indemnidad como bienes primarios presupone una teoría normativa que les otorga el siguiente contenido: en primer lugar, los derechos de indemnidad suponen un correlativo deber de no dañar a cargo de los potenciales agentes dañadores, que solo cumplen si no dañan; adicionalmente, una vez producida la pérdida en las circunstancias especificadas por las reglas de responsabilidad la víctima cuenta con un derecho secundario a ser compensada. El contenido de los derechos involucrados en la responsabilidad extracontractual permite derivar un derecho de compensación que se hace operativo luego de que el derecho primario es vulnerado³³. Todavía no he dicho nada respecto de por qué ante la causación de un daño el agente dañador en particular, y no el Estado, tiene la obligación de indemnizar según la responsabilidad extracontractual³⁴. Me dedicaré a ello en el siguiente apartado.

3.3. Obligación de compensar y división de la responsabilidad

Aceptemos por el momento que el Estado liberal debe proveer un conjunto de bienes primarios a los individuos para que ellos puedan desarrollar un plan de vida razonable. Admitamos incluso que los derechos de indemnidad son parte de estos bienes primarios. Aun así debe explicarse por qué una cuestión que es parte de la responsabilidad colectiva es implementada por medio de la responsabilidad extracontractual, que está limitada a las personas involucradas en el accidente.

³³ Los códigos civiles, en general, contienen reglas que ordenan la compensación de los daños causados en ciertas circunstancias. No es habitual que incluyan referencias al derecho a no ser dañado. Sin embargo, en la interpretación que ofrezco de la responsabilidad extracontractual, los derechos de indemnidad son un dispositivo analítico que nos permite comprender de qué manera esta rama del derecho distribuye bienes primarios. Quienes se centran en el aspecto reparador de la práctica tienden a enfatizar que ella únicamente establece derechos de compensación. Se afirma que no existe un derecho a no ser dañado sino solo un derecho a ser compensado. He intentado explicar que la práctica no es solo reparadora, sino que tiene un aspecto regulador y distributivo en el cual el sentido de la *indemnización* es, valga la redundancia, dejar indemne a la víctima frente a las interferencias de terceros. Dejarla indemne significa mantenerla en el disfrute de los recursos que le fueron otorgados para que desarrolle su plan de vida. De ahí que postulo la existencia de un derecho primario a no ser dañado, no como un derecho expresamente reconocido en todo sistema jurídico, sino como un presupuesto para interpretar la responsabilidad extracontractual en el marco de una teoría liberal.

³⁴ El argumento hasta aquí está dirigido a mostrar que el derecho a no ser dañado permite derivar un derecho a ser compensado, y ello implica a la vez que *alguien* está obligado a indemnizar. Que el obligado sea el agente dañador, en lugar de cualquier otra persona o el Estado, requiere un argumento adicional.

Desde el punto de vista distributivo, el Estado liberal debe conceder a los individuos derechos de indemnidad. En principio, no hay ninguna razón para hacerlo por medio de la responsabilidad extracontractual. Podría implementarse un seguro social para indemnizar a las víctimas combinado con multas para los agentes dañadores a fin de solventar el fondo de compensación. Un sistema como este lograría que cada uno viviese de acuerdo con las consecuencias de sus acciones y, como se verá más adelante, esto es importante. Toda interferencia de terceros sería neutralizada por la compensación, y toda externalidad negativa injustamente creada sería internalizada por el agente dañador. Si el Estado optase por un medio distinto de la responsabilidad extracontractual, como el recién descrito, seguramente cumpliría con sus obligaciones distributivas. A pesar de ello, habría dos consecuencias inmediatas: en primer lugar, el Estado impediría la realización de la *justicia entre las partes*; en segundo lugar, el Estado no honraría perfectamente el principio de *división de la responsabilidad*.

La justicia entre las partes solo se logra implementando instituciones de justicia correctiva. En condiciones ideales, este principio sería aceptado por personas libres e iguales para regular sus interacciones³⁵. ¿Cómo regula la justicia correctiva las interacciones privadas? Más allá del lugar que cada uno termine ocupando en la sociedad, de cuán bien resulte su vida, los individuos reconocerían que deben respetarse sus derechos recíprocamente. Sea cual fuere el resultado de la distribución, ella garantizará a cada uno una porción distributiva, un conjunto de bienes primarios entre los que se incluyen los derechos de indemnidad. En sus interacciones privadas, los individuos no deben utilizar los recursos de otro sin su consentimiento. En definitiva, el principio prohíbe el uso de derechos ajenos para la consecución de los propios fines; por ello, toda interacción debe ser respetuosa de los derechos de indemnidad. Cuando un individuo daña a otro hace precisamente lo que el principio reprueba: emplea los recursos de la víctima como un medio para llevar adelante su propio plan de vida. En términos kantianos, el daño constituye una instrumentalización de la víctima cuya rectificación es exigida por la justicia privada.

Dicho esto, es innegable que si la justicia correctiva es un verdadero principio de justicia, entonces, es obligatorio para el Estado reconocerlo³⁶. Por supuesto, la vigencia de este principio tendrá efectos sobre la riqueza de los individuos. En particular, los agentes dañadores se verán empobrecidos cada vez que deban indemnizar a sus víctimas. Este resultado es perfectamente compatible con la justicia distributiva. Recuérdese que agotada la responsabilidad colectiva, los individuos son responsables por cómo resulta su vida. Las indemnizaciones que los agentes deben pagar son una de las tantas formas en que pueden empobrecerse sin que ello ofenda a la justicia distributiva. Realizar una acción sujeta a responsabilidad es equivalente a realizar una mala inversión. Si el punto de partida es justo, en el sentido de que cada individuo cuenta con una porción de bienes primarios razonable, el resultado final también lo es³⁷. Esta última afirmación no debe llevarnos a pensar que la fuerza normativa de la justicia correctiva depende de la justicia distributiva. La justicia correctiva es un principio

³⁵ Vid. BENSON, 1992, en especial la sección III.

³⁶ ARNESON, 1995: 34.

³⁷ En la teoría de RAWLS la justicia de una determinada asignación de recursos depende de que haya sido producida por el correcto funcionamiento de instituciones justas. Vid. RAWLS, 1999: 73-76.

autónomo. Para que sea operativo, no se requiere que las instituciones distributivas sean perfectamente justas, sino que es suficiente que no sean intolerablemente injustas. El propósito de la justicia correctiva no es preservar un patrón distributivo justo: es rectificar las interacciones injustas. Si se dan las condiciones mínimas para que el derecho sea moralmente obligatorio, entonces las instituciones de justicia correctiva mantienen su fuerza vinculante, aunque la distribución de derechos subyacente no sea lo justo que debería.

Ahora bien, he sostenido que el Estado liberal se compromete a garantizar algún nivel de indemnidad para los ciudadanos. Al hacerlo mediante un sistema como la responsabilidad extracontractual, en el cual la víctima solo puede reclamar al agente dañador, podrían surgir algunos problemas. ¿Qué ocurre cuando el demandado es insolvente o cuando la víctima, habiendo certeza de que fue dañada injustamente, no logra identificar al agente dañador? ¿Debería el Estado crear un fondo de compensación para estos casos? El Estado podría crear un fondo de estas características, pero no está obligado a hacerlo. Desde la perspectiva de la víctima, una vez instaurado un sistema de responsabilidad extracontractual, las pérdidas que sufre por la insolvencia del agente dañador son similares a las que tienen su origen en un acontecimiento de la naturaleza, como una inundación o un incendio. No habiendo diferencias sustanciales con los casos de mala suerte, cada comunidad puede decidir políticamente en qué medida neutralizará estos resultados. Las sociedades más ricas podrían optar por sistemas de compensación adicionales, y las sociedades más pobres limitarse a ofrecer una asistencia básica para los casos en los que la víctima cae por debajo del nivel de bienestar mínimo admisible. La justicia de los esquemas alternativos dependerá de las circunstancias concretas de la comunidad en que se apliquen.

La cuestión cambia radicalmente si el Estado decide no implementar instituciones de justicia correctiva. En ese caso, estará obligado a brindar algún grado de compensación por mecanismos distintos de la responsabilidad extracontractual. Las sociedades pueden tener dos tipos de razones para desconocer la fuerza vinculante de la justicia correctiva: *a)* podrían entender que cierto tipo de daños, por ejemplo los que se producen en actividades socialmente beneficiosas que repercuten negativamente sobre un sector específico de la comunidad, son una cuestión colectiva y, por tanto, propia de la justicia distributiva³⁸, y *b)* podrían juzgar que la justicia correctiva en un contexto dado deja demasiadas víctimas sin compensar y que el Estado debe brindar una red de seguridad más amplia. Sea por la razón que fuere, las sociedades que no implementan instituciones de justicia correctiva suelen ser menos liberales que las que sí lo hacen, porque la injerencia del Estado en los asuntos privados es mayor: el principio de división de la responsabilidad no es honrado plenamente³⁹.

³⁸ Los daños ambientales que sufren las comunidades vecinas derivados de la instalación de un aeropuerto podrían constituir un buen ejemplo de este tipo de razones. Pero el principio parece incluso más amplio: en una determinada sociedad podría considerarse que los accidentes de tránsito son un problema colectivo; siendo el transporte automotor esencial para el modo de vida de los ciudadanos, y recayendo sobre todos los individuos probabilidades *ex ante* similares de ser agentes dañadores o víctimas, la justicia correctiva perdería su sentido normativo. Satisfechas estas condiciones, la decisión de socializar los daños producidos por esta actividad no atenta contra la justicia correctiva, porque el papel de la agencia humana en estos casos es secundario.

³⁹ En mi opinión, la división de la responsabilidad no exige simplemente que el Estado obre de modo tal que cada individuo, luego de recibir la porción equitativa de bienes primarios que le corresponde, asuma

Como puede apreciarse, la responsabilidad extracontractual es una institución sumamente compleja, ya que desempeña distintas funciones. Brinda un cierto nivel de indemnidad, por medio de la compensación, y así el Estado cumple con sus obligaciones de *justicia distributiva*. Permite la realización de la justicia entre las partes, y de este modo se satisface la *justicia correctiva*. Finalmente, honra el principio de *división de la responsabilidad*, al quedar el Estado al margen de las transacciones privadas de los individuos, ofreciendo solo su asistencia para ejecutar los términos equitativos que regulan la interacción entre particulares.

3.4. Correlatividad y equivalencia de las pérdidas y las ganancias injustas

Aunque argumenté que la justicia correctiva en el marco de una teoría general de la justicia liberal debe ser entendida con una formulación distinta de la introducida por ARISTÓTELES, en este apartado sostendré que la rectificación de las interacciones que vulneran derechos de indemnidad necesariamente anula las pérdidas y ganancias injustas; sin ser este su propósito, esto es algo que la justicia correctiva logra cada vez que es aplicada, de manera tal que las intuiciones aristotélicas son preservadas.

La correlatividad y la equivalencia de las ganancias y las pérdidas injustas es uno de los puntos en los que ARISTÓTELES suma más detractores. Según la teoría aristotélica, la justicia correctiva elimina las ganancias y las pérdidas injustas mediante una sola operación que consiste en trasladar una cantidad de dinero del agente dañador a la víctima. Para que el pago de una indemnización anule tanto las pérdidas como las ganancias injustas que experimentan las partes, ellas deben ser correlativas y equivalentes. Pese a todo, los casos de negligencia, en los que el agente dañador obtiene los beneficios de no invertir en medidas precautorias con independencia de que la víctima sufra un perjuicio, muestran que las pérdidas y las ganancias no son necesariamente correlativas. Por ello, parecería que nos enfrentamos a la siguiente disyuntiva: o bien la referencia al principio de justicia correctiva tiene muy poco poder explicativo —porque no abarca más que los casos de apropiación y restitución— o bien el propósito de la justicia correctiva no es rectificar a la vez las pérdidas de la víctima y las ganancias del agente dañador mediante un mismo remedio indemnizatorio.

La interpretación que he ofrecido acepta el segundo término de la disyuntiva, sin que ello implique un descrédito de la tesis aristotélica. El propósito de la justicia co-

las consecuencias de sus decisiones. Exige además que exista una clara división entre los asuntos colectivos, que involucran a la comunidad en su conjunto, y los asuntos privados, que deben ser resueltos entre las partes. Respecto de los asuntos privados, debe intervenir solo para establecer los términos equitativos de la interacción, y para garantizar que se apliquen cuando surgen conflictos entre los particulares. Es decir, la división de la responsabilidad implica, en un sentido débil, que la comunidad no debe hacerse cargo de las malas decisiones de los individuos; en un sentido más fuerte, no debe asumir las pérdidas que son responsabilidad moral de una persona en concreto, aunque haciéndolo se logre un objetivo loable como la compensación de las víctimas inocentes. Por esta razón, los seguros sociales pueden ser problemáticos para el Estado liberal, dado que la comunidad termina asumiendo costes que son responsabilidad de distintos agentes dañadores. De esta manera, solo un sistema que reconoce la fuerza vinculante de la justicia correctiva puede honrar perfectamente el principio de división de la responsabilidad. Que esto sea así no supone sostener que los sistemas de justicia correctiva sean moralmente superiores a los sistemas sociales de compensación. Una afirmación semejante no puede más que descansar sobre un argumento normativo a favor de las doctrinas liberales; no es mi intención pronunciarme sobre esta cuestión aquí.

rectiva es rectificar las interacciones injustas, aquellas en las que una parte vulnera los derechos de indemnidad de la otra. El modo de rectificación es la compensación, dado que esta es la única manera que el agente dañador tiene de respetar los recursos con que cuenta la víctima para desarrollar su plan de vida. Ningún otro remedio distinto de la compensación la deja indemne frente a la injusticia de la interacción. Esto se sigue de la teoría normativa o fundacional que da *contenido* a los derechos de indemnidad.

Respecto del alcance de la teoría, la justicia correctiva no se limita a los casos de restitución, como piensan algunos, sino que explica los derechos y deberes secundarios o de compensación en todos los casos de responsabilidad extracontractual. Una vez que el derecho de indemnidad de la víctima resulta vulnerado, ella tiene derecho a una compensación. Por imperio de la justicia correctiva, el agente dañador tiene la obligación moral de brindarla. Esta obligación es correlativa al derecho de la víctima. Los derechos y deberes secundarios son los únicos que en términos estrictos pertenecen a la justicia correctiva, y respecto de ellos la tesis de la correlatividad y la equivalencia no es problemática. El significado del derecho de la víctima a ser compensada está dado por el deber del agente dañador de brindar una indemnización. De esta manera, la afirmación según la cual Xenofonte tiene derecho a que su pérdida sea reparada por Axileas no expresa nada distinto de la afirmación según la cual Axileas tiene la obligación de reparar la pérdida de Xenofonte. Además de ser correlativos los derechos y deberes en cuestión, el monto involucrado en el deber y en el derecho es el mismo. En este contexto, que Xenofonte tenga derecho a ser indemnizado en 100 dracmas significa que Axileas tiene el deber de resarcir a Xenofonte en esa misma cantidad de dinero.

¿Implica esto que las pérdidas y las ganancias injustas derivadas del incumplimiento de la obligación resarcitoria son necesariamente equivalentes? Conviene distinguir, como hace WEINRIB, entre las pérdidas y ganancias normativas y las fácticas. A nivel normativo, cuando Axileas omite compensar a Xenofonte viola su deber de indemnizar, y por ello obtiene un beneficio normativo; a la vez, el derecho a ser indemnizado de Xenofonte resulta vulnerado, razón por la cual sufre una pérdida normativa. La equivalencia se mantiene también, aunque *contingentemente*, respecto de las pérdidas y las ganancias fácticas, ya que el incumplimiento de Axileas lo beneficia en las 100 dracmas que deja de pagar y perjudica a Xenofonte en esa misma cantidad, que no recibe y tiene derecho a recibir. Sin embargo, es importante aclarar que las pérdidas y las ganancias fácticas son irrelevantes para el cálculo de la equivalencia. Para ver por qué, imaginemos que Axileas paga negligentemente a otra persona la indemnización que debía a Xenofonte. Digamos que comete un error al realizar el pago. En este caso, la pérdida fáctica de Xenofonte no está relacionada con ninguna ganancia fáctica de Axileas, pese a lo cual existe un desequilibrio normativo entre ambos que debe ser rectificado: Axileas todavía debe la indemnización a Xenofonte por el daño que le causó; contará, por supuesto, con una acción de repetición contra quien recibió el pago indebido, pero esto excede la relación de los involucrados en el ejemplo inicial. Una vez que se comprende que las pérdidas y ganancias de la justicia correctiva son normativas, resulta sencillo explicar cómo la compensación puede eliminarlas a la vez. El pago de la indemnización elimina la pérdida normativa, porque subsana la vulneración del derecho de Xenofonte a recibir las 100 dracmas, y también anula la ganancia normativa, porque corrige la violación del deber de Axileas de pagar esa misma cantidad.

Todo esto es bastante evidente y no merece mayor desarrollo. Con todo, la estrategia de ARISTÓTELES era fundar la correlatividad de los derechos y deberes de las partes en el hecho de que las ganancias y las pérdidas injustas derivadas de la violación de derechos y deberes *primarios* eran correlativas y equivalentes. Aquí lo que he mostrado es que la violación de los derechos y deberes *secundarios* produce ganancias y pérdidas injustas de esas características. ¿Se mantiene la tesis aristotélica respecto de los derechos y deberes primarios? Sugeriré que siempre que haya una interacción injusta la tesis aristotélica será verdadera, y que las conclusiones contrarias a ello se basan en una evaluación equivocada de las situaciones que se analizan.

Veamos un caso. Supongamos que Axileas puede evitar una pérdida de 50 dracmas a Xenofonte tomando medidas precautorias cuyo coste es de 100 dracmas. Digamos que una norma convencional impone a Axileas el deber de tomar estas medidas precautorias a fin de evitar daños a terceros, es decir, impone un deber de diligencia. Cuando Axileas, obrando con negligencia, causa un daño a Xenofonte se beneficia en las 100 dracmas que dejó de invertir en las medidas precautorias exigidas. Pese a todo, Xenofonte solo sufre un daño de 50 dracmas y esa cantidad es la que tiene derecho a cobrar de acuerdo con las reglas de la responsabilidad extracontractual. Ello muestra que las ganancias del agente dañador y las pérdidas sufridas por la víctima no son equivalentes, pero tampoco correlativas, ya que Axileas obtiene el beneficio de 100 dracmas con independencia de que su conducta dañe a Xenofonte.

Este tipo de situaciones, que convencen a muchos teóricos de que la tesis aristotélica es equivocada⁴⁰, son fácilmente explicables con el esquema de derechos y deberes de indemnidad que he expuesto. En este caso, Axileas sin duda se beneficia de su negligencia ahorrando las 100 dracmas que debió invertir para ser diligente. Pero ello no significa que Axileas se haya beneficiado *a costa de* Xenofonte. El deber de diligencia que violó Axileas no es relacional, no vincula a Axileas con alguna persona de la comunidad. La infracción cometida puede justificar que el Estado le imponga algún tipo de sanción, una multa o pena de prisión, pero nadie en particular tiene derecho a reclamar una compensación por el riesgo al que fue expuesto. La cuestión es diferente cuando se trata de la violación del deber de indemnidad. Imaginemos que en ese sistema está vigente una regla de responsabilidad por culpa. De acuerdo con ella, el perjuicio que Axileas causó negligentemente a Xenofonte constituye una vulneración de su derecho a no ser dañado por conductas culpables. La violación del deber de indemnidad es correlativa a la vulneración del derecho de indemnidad de la víctima. El deber de Axileas consistía en no dañar a Xenofonte por la violación de los estándares de conducta exigidos, y ello significa que Xenofonte tenía derecho a no sufrir ninguna pérdida por las acciones negligentes de Axileas. En lo que hace a la justicia correctiva, la relación entre las partes es la única relevante. Otros beneficios que Axileas pudo haber obtenido por su conducta negligente tal vez deban ser anulados por otras instituciones inspiradas en la justicia retributiva, mas no son parte de la justicia correctiva porque no se relacionan con el derecho que Xenofonte tenía frente a Axileas: un derecho a no ser dañado, no un derecho a no ser expuesto al riesgo.

⁴⁰ Vid. NEYERS, 1998: 321; COLEMAN, 1992: 491, nota 4.

Una vez mostrado el modo correcto de analizar la correlatividad, queda por mostrar que la pérdida de Xenofonte es equivalente a una ganancia obtenida por Axileas. Podría pensarse que Axileas no obtuvo ningún beneficio adicional por haber dañado a Xenofonte respecto de las ganancias que ya había logrado con su conducta negligente. Esto es un error. Al no respetar los derechos de indemnidad de Xenofonte, Axileas ha empleado para sus propios fines los bienes primarios, o los recursos, de otro individuo⁴¹. El beneficio general que obtiene de la negligencia está en comportarse en el mundo como si no tuviese que compartirlo con otros agentes morales también libres e iguales. Su beneficio es, como he dicho, normativo. Para que este beneficio normativo sea incumbencia de la justicia correctiva debe causar una pérdida normativa correlativa, y ella se produce sólo cuando se viola un deber de indemnidad. Sólo cuando vulnera el derecho de otro a no ser dañado, el agente trata a la otra persona como un objeto o medio para sus propios fines. Antes de causar un daño, no emplea los recursos ajenos, en particular los derechos de indemnidad, para llevar a cabo su plan de vida. Ciertamente excede su esfera de libertad, pero no invade la esfera de nadie en particular. En este sentido, únicamente con el daño causado Axileas se beneficia a costa de Xenofonte, que luego de la interacción injusta cuenta con menos recursos para concretar sus objetivos y, en última instancia, con menos libertad.

Las ganancias fácticas que obtiene el agente dañador, reitero, son irrelevantes para evaluar la justicia de la interacción. Un daño injusto, aunque no reporte al agente dañador un excedente financiero, produce un desequilibrio normativo entre las partes. El agente se beneficia normativamente, incrementa su libertad respecto de la situación en la cual respeta los derechos de la víctima, y lo contrario ocurre con esta última. A fin de restablecer el equilibrio entre las partes y tratarlas como libres e iguales, es necesaria la compensación. La pérdida normativa ocurre solamente cuando la víctima sufre un daño fáctico en las circunstancias especificadas por la regla de responsabilidad que delimitan su derecho de indemnidad. El incremento de la libertad perdida en la interacción requiere de un *resarcimiento*. Por parte del agente dañador, la causación de la pérdida incrementa su libertad. Para restablecer la situación anterior se le exige que pague una indemnización a la víctima. En términos económicos, el agente dañador puede haberse empobrecido, pero no es este el parámetro con el cual se evalúan las ganancias y las pérdidas de las partes en la justicia correctiva. A este principio solo importan los beneficios y los perjuicios que alteran la igualdad formal de los agentes morales que se relacionan en interacciones privadas.

Los derechos y deberes de indemnidad son la clave para comprender esto. El derecho a no ser dañado por negligencia, por ejemplo, es correlativo a un deber de no dañar de ese mismo modo. Cuando la víctima experimenta una pérdida fáctica como consecuencia de una conducta negligente puede afirmarse que: *a)* su derecho de indemnidad fue vulnerado, por lo que sufre una pérdida normativa, una restricción en su libertad; *b)* el deber de indemnidad del agente dañador fue violado, por lo que obtiene una ganancia normativa, ya que no se sujetó a los límites que le imponían los derechos del otro. Así definidos los derechos y deberes de indemnidad, la violación del deber de no dañar, al igual que la vulneración del derecho a no ser dañado, requiere que tenga

⁴¹ Vid. GORDLEY, 1995: 138; RIPSTEIN, 2004: 1833.

lugar una *pérdida fáctica* causada de cierta manera (mediante conductas negligentes, si la regla que define los derechos y deberes de las partes es la culpa, o con acciones riesgosas, si la regla en cuestión es de responsabilidad objetiva). La relación conceptual que existe entre los derechos y deberes de indemnidad y las pérdidas fácticas hace que la reparación del daño que sufre la víctima sea suficiente para rectificar, a la vez, las ganancias y las pérdidas injustas de la interacción.

4. REFLEXIÓN FINAL

En contra de lo que he sostenido, muchos autores creen que en la responsabilidad extracontractual no existe un derecho a no ser dañado sino solo un derecho a ser compensado. Estas opiniones se basan en una descripción de las normas usualmente contenidas en los distintos sistemas jurídicos. La responsabilidad extracontractual parece ser simplemente un conjunto de reglas que ordenan la compensación de ciertas pérdidas materiales en ciertas circunstancias. Por mi parte, he sugerido que la responsabilidad extracontractual puede ser interpretada como una institución liberal que distribuye derechos y deberes de indemnidad. ¿Cuál podría ser el propósito de compensar ciertas pérdidas en ciertas circunstancias sino proteger el bienestar de las personas contra las interferencias de terceros? Parece que la indemnización es un bien primario, en el sentido de que es útil para cualquier plan de vida. Mientras más indemnidad gocen los individuos, mayor libertad tendrán para desarrollar sus proyectos. Por ello, todas las decisiones respecto de las condiciones y la medida en que se asignarán los derechos de compensación son una cuestión que concierne a la justicia distributiva.

Quienes rechazan la idea de que existe un derecho a no ser dañado podrían, sin embargo, aceptar lo que estoy diciendo. Podrían reconocer que la asignación de derechos de compensación es una cuestión de justicia distributiva, por la trivial razón de que tiene consecuencias distributivas, y ello no los compromete con admitir que exista algo así como un derecho de indemnidad. ¿Hay algún argumento adicional para defender mi tesis? Creo que sí. En primer lugar, la responsabilidad extracontractual no es la única respuesta ante la producción de daños. El derecho penal, en muchos sistemas, castiga los perjuicios a la integridad física y a la propiedad con los delitos de lesiones y de daño, respectivamente. ¿Por qué habría de ser delito la afectación de la propiedad si la víctima no tenía un derecho a no ser dañada? Este argumento no es conceptual, pero sí es un indicio respecto de la preocupación del Estado de proteger a los individuos frente a las interferencias de terceros y no frente a la mera falta de compensación una vez que la interferencia se produce. En segundo lugar, y este sí es un argumento conceptual, asumir la existencia de derechos de indemnidad da sentido a toda la red de conceptos que se emplean en la responsabilidad extracontractual. El patrón de inferencias que llevan a un juicio de responsabilidad e indemnización ha sido habitualmente relacionado con la justicia correctiva. Pero la justicia correctiva no puede funcionar en el vacío. Requiere una asignación de derechos previa. Esto es lo que algunos dogmáticos analizan en términos de derechos primarios y secundarios. La obligación de compensar, se arguye, es un derecho secundario que se hace exigible una vez vulnerado el derecho primario. La justicia correctiva, por definición, no puede dar

cuenta de los derechos primarios, aquellos cuya vulneración requiere una rectificación. En cambio, los derechos de indemnidad son esencialmente derechos primarios, y estos últimos son conceptualmente necesarios para que puedan existir derechos secundarios. Siendo ello así, quienes niegan que la responsabilidad extracontractual consagre a favor de los individuos un derecho a no ser dañado, si desean seguir sosteniendo que la justicia correctiva cumple algún rol en la explicación, deben postular que la distribución previa de recursos está dada por otros derechos, como la propiedad o la integridad física.

Así, seguiría siendo cierto que la justicia correctiva explica la responsabilidad extracontractual, pero falso que esta área del derecho privado distribuye derechos de indemnidad. Los únicos derechos necesarios para que opere la justicia correctiva serían los reconocidos por otras ramas del derecho, como el derecho constitucional, el derecho mercantil o el derecho de familia, entre otras. El problema de esta posición es que no describe adecuadamente la práctica. Evidentemente, la vulneración de un derecho puede ser parte de las premisas que fundamentan un juicio de responsabilidad, pero no es un elemento imprescindible. La víctima puede cobrar una indemnización cuando sufre una pérdida material, una disminución de su bienestar, en las circunstancias especificadas por las reglas de responsabilidad. Con la regla de negligencia, cada vez que una acción incorrecta del agente dañador le cause un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, la víctima podrá reclamar una compensación. No es necesario alegar en el litigio la vulneración de ningún derecho como la propiedad o la integridad física, aunque usualmente estos sean alegados. Lo que debe alegarse es la vulneración de un derecho de indemnidad, es decir, que ha existido un perjuicio a los intereses legítimos de la víctima en las circunstancias especificadas por las reglas de responsabilidad. Los derechos como la propiedad o la integridad física entran en el razonamiento jurídico *qua* intereses legítimos que fueron lesionados. Para decirlo de otro modo, la responsabilidad extracontractual no reacciona sólo contra la vulneración de un derecho expresamente reconocido, sino que permite que la víctima sea compensada cuando sus intereses legítimos son perjudicados. Los intereses pueden estar protegidos por distintas reglas, y como ello requiere de juicios fundados en la justicia distributiva, lo que se distribuye no puede ser más que un derecho a quedar indemne frente a determinadas acciones, incorrectas o riesgosas, de terceros.

Asimismo, los derechos de indemnidad son un elemento esencial para comprender por qué la vulneración de los derechos primarios genera derechos secundarios de compensación. La concepción de los derechos de indemnidad como bienes primarios presupone alguna clase de compensación. Esto no explica por qué el agente dañador específicamente debe cargar con la indemnización, tal como ordena la responsabilidad extracontractual. Para ello debe acudir a la justicia correctiva. Este principio regula las relaciones privadas, de modo que todos los individuos en condiciones ideales aceptarían interactuar respetándose mutuamente sus derechos. El respeto de un derecho de indemnidad (un derecho a no ser dañado) implica necesariamente el derecho a recibir una compensación en caso de vulneración. Por esta razón, una reconstrucción teórica que relacione la justicia correctiva con la respuesta ante la vulneración de otros derechos distintos de la indemnidad tendrá los mismos problemas que enfrenta WEINRIB, ya que no podrá explicar cómo se deriva de la vulneración del derecho primario un derecho secundario de compensación.

En definitiva, sin asumir la existencia de derechos de indemnidad la mayoría de los rasgos que nos resultan familiares de la responsabilidad extracontractual se tornan extremadamente difíciles de explicar.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, 1985: *Ética Nicomaquéa*, Madrid: Gredos.
- ARNESON, R., 1995: «Metaethics and Corrective Justice», *Arizona Law Review*, 37 (1): 33-43.
- BENSON, P., 1992: «The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice», *Iowa Law Review*, 77 (2): 515-624.
- CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., 1972: «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, 85 (6): 1089-1128.
- CALNAN, A., 1997: *Justice and Tort Law*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- CANE, P., 1996: «Corrective Justice and Correlativity in Private Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 16 (3): 471-488.
- 1997: *The Anatomy of Tort Law*, Oxford: Hart Publishing.
- 2001: «Distributive Justice and Tort Law», *New Zealand Law Review*, Part IV: 401-420.
- COASE, R., 1960: «The Problem of Social Cost», *The Journal of Law and Economics*, 3: 1-44.
- COLEMAN, J. L., 1992: *Risks and Wrongs*, Oxford: Oxford University Press.
- 2001: *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J. L., y KRAUS, J., 1986: «Rethinking the Theory of Legal Rights», *The Yale Law Journal*, 95 (7): 1335-1371.
- DAGAN, H., 1999: «The Distributive Foundation of Corrective Justice», *Michigan Law Review*, 98: 138-166.
- FEINBERG, J., 1970: «The Nature and Value of Rights», *The Journal of Value Inquiry*, 4 (4): 243-260.
- GORDLEY, J., 1995: «Tort Law in the Aristotelian Tradition», en OWEN, D. G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press.
- GUASTINI, R., 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- HOHFELD, W. N., 1913: «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning», *Yale Law Journal*, 23 (1): 16-59.
- HONORÉ, T., 1999: *Responsibility and Fault*, Oxford-Portland: Hart Publishing.
- KEATING, G. C., 2004: «Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents», *Fordham Law Review*, 72 (5): 1857-1921.
- KEREN-PAZ, T., 2007: *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Hampshire: Ashgate.
- LUCY, W., 2007: *Philosophy of Private Law*, Oxford: Oxford University Press
- MACCORMICK, N., 1982: «The Obligation to Reparation», en MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- NEYERS, J. W., 1998: «The Inconsistencies of Aristotle's Theory of Corrective Justice», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XI (2): 311-328.
- PERRY, S. R., 1992: «The Moral Foundations of Tort Law», *Iowa Law Review*, 77 (2): 449-514.
- 2000: «On the Relationship Between Corrective and Distributive Justice», en J. HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Fourth Series, Oxford: Oxford University Press.

- RAWLS, J., 1982: «Social Unity and Primary Goods», en A. SEN y B. WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1999: *A Theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- RIPSTEIN, A., 2004: «The Division of Responsibility», *Fordham Law Review*, 72 (5): 1811-1844.
- STONE, M., 1996: «On the Idea of Private Law», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, IX (2): 235-277.
- TODD, S., y HUGHES, J., 1997: «Introduction: Torts and Other Compensation Systems», en S. TODD (ed.), *The Law of Torts in New Zealand*, 2.^a ed., Wellington: Brooker's Legal Information, 1-61.
- WEINRIB, E., 1995: *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass. - London, England: Harvard University Press.

CIENCIA JURÍDICA REALISTA: MODELOS Y JUSTIFICACIÓN*

Álvaro Núñez Vaquero

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN. El presente trabajo persigue un triple objetivo: enmarcar las propuestas metodológicas realistas dentro de la teoría normativa de la ciencia jurídica, mostrar la variedad de modelos realistas de ciencia jurídica, y presentar algunas razones prácticas que justifican asumir alguno de dichos modelos. Para ello analizaré una forma de definir «ciencia jurídica» y ofreceré una re-definición de «ciencia jurídica» en sentido amplio. En segundo lugar, distinguiré entre doctrinas de la ciencia jurídica en sentido estricto y doctrinas de la dogmática jurídica. Una vez identificado el lugar que ocupa la ciencia jurídica realista en este marco conceptual, describiré cuatro modelos de ciencia jurídica realista: aquél de Ross, el de los *situation-types* del realismo estadounidense, el tarelliano y el *New Legal Realism*. Por último, ofreceré cuatro razones prácticas para realizar predicciones sobre cómo decidirán los jueces las futuras controversias.

Palabras clave: ciencia jurídica, dogmática jurídica, realismo jurídico, decisiones judiciales, predicciones y autonomía.

ABSTRACT. This paper aims three objectives: to frame realistic methodological proposals within the normative theory of legal science, to show the variety of realistic models of legal science, and to present some of the practical reasons that justify taking someone of these models. For this, I will analyze a way to define «legal science» and I will offer a re-definition of «legal science» *ampio sensu*. Secondly, I will distinguish between the doctrines of legal science in the strict sense and the doctrines of legal dogmatics. Having identified the place of realistic legal science in this conceptual framework, I will describe four models of realistic legal science: that of Ross, the situation-types of American realism, the *tarellian* model and the *New Legal Realism*. Finally, I will offer four practical reasons to make predictions about how judges will decide future controversies.

Keywords: legal science, legal dogmatics, legal realism, judicial decisions, predictions, autonomy.

* Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2012. Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

El presente trabajo fue escrito durante mi periodo como becario post-doctoral en la Universidad Carlos III de Madrid, durante el que estuve adscrito al Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia. Actualmente formo parte de la planta docente de la Universidad Austral de Chile.

Una versión precedente de este trabajo fue presentada en el XVII Seminario hispano-italiano-francés de Teoría del derecho, celebrado los días 21 y 22 de octubre de 2011 en la Universidad Carlos III de Madrid.

«Siempre que se me ha requerido en los últimos años para opinar sobre el realismo me ha parecido necesario concluir de este modo —el realismo ha muerto— en aras del rigor académico o simplemente del respeto a la verdad. Sin embargo, debo confesar que, en lo más profundo de mi vocación como jurista, desearía que el realismo resucitara».

Liborio HIERRO

1. SOBRE EL CONCEPTO DE «CIENCIA JURÍDICA»

1.1. Introducción al concepto de ciencia jurídica

El debate sobre la ciencia jurídica tiene la peculiaridad de colocarse puntualmente como centro del debate filosófico jurídico para, tiempo después, desaparecer. Si bien existen algunos indicios que hacen pensar que tal vez vuelva a emerger¹, hoy en día el tema parece francamente abandonado. En los últimos años el tema incluso ha desaparecido de los programas de Filosofía del derecho de muchas universidades.

No obstante, se podría decir que la cuestión acerca de qué hacen (o deben hacer) los juristas nunca ha desaparecido del todo; es más, que siempre ha sido uno de los puntos centrales, o incluso el punto central, de todo el debate teórico-jurídico. Recordemos algunos célebres ejemplos: KELSEN afirma que la intención de su teoría pura es proporcionar un método para «elevar la ciencia del derecho [...] al nivel de una auténtica ciencia» (KELSEN, 2005: 7); ROSS afirma querer desarrollar los principios empiristas hasta sus últimas consecuencias en el campo del conocimiento jurídico (ROSS, 1997: 17-18); HART afirma ocuparse «de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico» (HART, 2004: XI); y el concepto de sistema normativo de ALCHOURRÓN y BULYGIN se presenta como una reconstrucción de lo que hacen los estudiosos del derecho positivo (ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1981: 25).

Sin embargo, pese a los ríos de tinta que se han vertido sobre cómo se conoce el derecho, se puede constatar una cierta actitud elusiva a la hora de definir «ciencia jurídica». Las dificultades para definir «ciencia jurídica» son bien conocidas: según NINO², los dos términos que componen el sintagma son particularmente ambiguos y, además el segundo —«ciencia»— está cargado valorativamente y es vago en la mayoría de sus acepciones.

A los anteriores problemas podemos añadir los siguientes: i) la típica ambigüedad proceso-producto; ii) en ocasiones el término es usado al plural —«ciencias jurídicas»— para hacer referencia al conjunto de disciplinas que se ocupan de algún aspecto del derecho (FERRAJOLI, 2007: 8); iii) disponemos, en las lenguas neolatinas,

¹ Me refiero, por ejemplo, a la publicación de *Methodologies of Legal Research* (VAN HOECKE, 2011), que lleva precisamente por subtítulo *Which Kind of Method for Which Kind of Discipline?*, y al volumen colectivo editado hace algunos años por Ch. COURTIS (COURTIS, 2006).

² Son dos los textos más importantes de Nino sobre teoría de la ciencia jurídica: NINO, 1974 y 2003. Para un análisis de la teoría de la ciencia jurídica de NINO, *vid.* ROCA, 2008.

de diferentes expresiones —«metodología jurídica», «ciencia del derecho», «doctrina jurídica», «dogmática jurídica», «jurisprudencia», etc.— aparentemente sinónimas pero que, en ocasiones, son usadas con significados parcialmente diferentes (RATTI, 2008: 205 y ss.); y iv) finalmente, la expresión «ciencia jurídica» es a veces usada para referirse exclusivamente a una o varias formas de estudiar el derecho que merecen ser calificadas como «científicas» (GUASTINI, 2011: 339 y ss.).

Ofrecer una definición de «ciencia jurídica» resulta pues necesario ya no tanto por una manía analítico-conceptual, sino por saber de qué estamos hablando cuando hablamos de «ciencia jurídica». Y es que si bien todos tenemos una cierta idea de a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de «ciencia jurídica», los malentendidos son innumerables en este ámbito.

Existen diferentes tipos de definiciones de «ciencia jurídica». Sin embargo, aquí me ocuparé sólo de un tipo de definición: aquellas que definen la «ciencia jurídica» como un conjunto de actividades. Veamos algunos ejemplos:

«Esta ciencia del derecho en sentido más estricto y propio es una mezcla de, al menos, tres actividades: 1) la descripción del derecho vigente; 2) su análisis sistemático y conceptual, y 3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos» (ALEXY, 1989: 240-241).

«Existe un tipo de investigación jurídica preponderante en los escritos jurídicos profesionales como manuales, monografías, comentarios y libros de texto que ponen en práctica un específico método jurídico que consiste en la sistemática, analítica y valorativa exposición de la sustancia del derecho privado, del derecho penal, del derecho público, etc. Aunque una exposición de este tipo puede contener consideraciones históricas, sociológicas, filosóficas y de otro tipo, su núcleo consiste en la descripción del sentido literal de las disposiciones, decisiones judiciales, etc., entrecruzadas con varias consideraciones morales y relativas a otras razones sustantivas. Es posible llamar a este tipo de exposición del derecho “doctrina jurídica”» (PECZENIK, 2007: 1).

«La dogmática jurídica es una actividad compleja en la que pueden y deben distinguirse tres etapas distintas: i) la identificación de las normas jurídicas; ii) la sistematización de tales normas, y iii) la modificación o transformación de los sistemas jurídicos» (BULYGIN, 1991: 466).

«[La ciencia jurídica] es definida, al menos en la tradición nórdica, como el estudio del contenido de las reglas (normas) jurídicas y del orden sistemático de aquéllas. Los términos usuales que se refieren a estas actividades son “interpretación” y “sistematización”» (AARNIO, 1991: 46-47).

«El núcleo duro de las ciencias jurídicas consiste en la elaboración de aparatos conceptuales relativos al derecho vigente (*law in force*), su sistematización, y a su aplicación e interpretación» (WROBLEWSKI, 1989: 14).

«Entenderemos por ciencia del derecho el saber que trata de describir las normas jurídico-positivas y que tradicionalmente se ha denominado dogmática jurídica o jurisprudencia» (CALSAMIGLIA, 1990: 12-13).

El problema de este tipo de definiciones es que, dicho en pocas palabras, meten el conejo en la chistera para después volverlo a sacar. En efecto, tales definiciones de ciencia jurídica suelen ser dependientes de algún concepto de derecho. Es decir, alguna definición acerca de la supuesta naturaleza del derecho o del criterio que supuestamente utilizarían los juristas para identificar los enunciados que, a continuación, analizarían (o deberían analizar) según un conjunto de directivas metodológicas. De este modo, la ciencia jurídica sería un conjunto de operaciones a realizar sobre un

determinado objeto porque aquello que el derecho «es» determinaría cómo se tiene que estudiar³.

El hecho de que el concepto de «ciencia jurídica» sea dependiente de aquel de «derecho» no constituye, por supuesto, de por sí un problema. Ahora bien, lo que sí resulta problemático es pretender realizar afirmaciones acerca de qué hacen los estudiosos del derecho o qué es lo que deberían hacer a partir de una definición del concepto de «derecho»:

1. En primer lugar, si se trata de definiciones que pretenden dar cuenta de qué hacen realmente los estudiosos del derecho positivo, probablemente estemos frente a definiciones basadas en asunciones falsas, cuando no de definiciones irrelevantes. Falsas porque ni todos los estudiosos del derecho positivo se dedican a desarrollar estas actividades ni son las únicas que realizan⁴. E irrelevantes porque quienes ofrecen tales definiciones pretenden determinar en qué consisten dichas actividades, no lo que de hecho hacen los estudiosos del derecho. Pero para analizar en qué consisten estas actividades no necesitamos en absoluto un concepto de «ciencia jurídica», ni menos todavía afirmar que es esto lo que hacen los juristas.

2. En segundo lugar, si se trata de una definición que pretende indicar qué es lo que los estudiosos del derecho deben hacer, aquélla resulta injustificada. La razón es sencilla: estaríamos resolviendo un problema práctico a través de una definición. Dicho de otro modo: si lo que pretendemos es orientar la conducta de los estudiosos del derecho positivo —qué deben hacer— es preciso ofrecer razones prácticas, no una definición acerca de la supuesta «naturaleza» del derecho.

Llegados a este punto, lo primero que hay que hacer es preguntarnos para qué queremos una definición de «ciencia jurídica»⁵. Parafraseando a F. COHEN, es posible afirmar que, en relación a la «ciencia jurídica», existen dos preguntas relevantes: en primer lugar, qué hacen los estudiosos del derecho; en segundo lugar, qué deben hacer⁶. Y nada más.

Lo que necesitamos, por tanto, es una definición que no prejuzgue respuesta alguna a estas dos preguntas pero que, al mismo tiempo, sea funcional a tales empresas (describir qué hacen los estudiosos del derecho y/o realizar propuestas sobre qué deben hacer), que no esté fundada en asunciones falsas y que no se aleje demasiado de lo que normalmente entendemos por «ciencia jurídica».

³ Sin embargo, conviene desconfiar de estas pretensiones ontológicas respecto de cualquier definición del concepto de derecho. Si una conclusión podemos obtener del largo debate de los últimos años acerca del concepto de derecho es que cuál sea nuestro mejor concepto de derecho depende, aunque no sea el único criterio, de cuáles sean las pretensiones del marco teórico en el que se incluye.

⁴ Para una lista amplia, que no exhaustiva, del conjunto de operaciones desarrolladas por los estudiosos del derecho, *vid.* CRUZ PARCERO, 2006, y COURTIS, 2006b.

⁵ Cuáles son las condiciones de ajuste de la definición de un concepto es materia discutida. Aquí consideraré que la plausibilidad de un concepto depende de las siguientes condiciones: i) no basado en asunciones manifiestamente falsas; ii) funcional para el desarrollo de una teoría; iii) responde a algunas de las intuiciones fundamentales de los hablantes. Sobre este punto, *vid.* COHEN, 1959: 11 y ss.

⁶ «Fundamentalmente, sólo hay dos cuestiones con significado en el campo del derecho. Una es “¿Cómo deciden de hecho los tribunales casos de un determinado tipo?”. La otra es “¿Cómo deberían decidir los tribunales casos de un tipo determinado?”. A menos que un problema “jurídico” pueda ser subsumido bajo una de estas formas, no es una cuestión con sentido y cualquier respuesta al mismo tendrá que ser un sinsentido». *Cfr.* COHEN, 1962: 58.

Pues bien, desde este punto de vista, la mejor definición de «ciencia jurídica» de la que disponemos es aquella que simplemente hace referencia a aquello que hacen, o deberían hacer, los estudiosos del derecho positivo. Es decir, el método, la actividad y/o el resultado que ocupa labor de quienes se dedican a la investigación jurídica.

Por supuesto, se trata de una definición bastante ambigua y vaga en sus diferentes acepciones. No obstante, nos dice ya una cosa importante: denota aquello que hacen las personas que se dedican a la investigación jurídica, y no a las actividades de quienes intervienen en procesos a los que el ordenamiento reconoce valor jurídico. Desde luego, jueces, fiscales y abogados también pueden hacer ciencia jurídica, y es posible que los estudiosos del derecho asuman —o deban asumir— el mismo método que aquellos. Pero, más allá de la respuesta a esta última pregunta, es preciso distinguir inicialmente entre lo que hacen los estudiosos del derecho y los operadores jurídicos para no confundir ambas cuestiones. Y parece que el mejor criterio a disposición para distinguir entre estos dos tipos de sujetos es que el ordenamiento no concede valor jurídico a los enunciados de la ciencia jurídica⁷.

Sin embargo, necesitamos delimitar todavía más nuestro concepto de «ciencia jurídica» porque hay muchos tipos de investigación jurídica a los que el ordenamiento no reconoce valor jurídico, pero no todos ellos corresponden a lo que normalmente se entiende por «ciencia jurídica»: la historia del derecho, la antropología jurídica, la informática jurídica, la teoría general del derecho, etc. Una cierta diferencia, no obstante, existe entre estas disciplinas y aquello que normalmente se entiende por «ciencia jurídica». A saber: mientras que las anteriores disciplinas persiguen diferentes objetivos, las diferentes concepciones de la ciencia jurídica pretenden todas ellas determinar cuál es el contenido del derecho. Es decir, establecer si una conducta está permitida, prohibida o es obligatoria en un determinado ordenamiento. Ésta es la pregunta característica a la que trata de responder la ciencia jurídica, y aunque no sea la única, todas las demás son dependientes de ella⁸.

Se trata, por supuesto, de una definición ambigua: bajo el paraguas «método para la determinación del contenido del derecho en procesos a los que el ordenamiento no reconoce valor jurídico» caben muy diferentes tesis acerca de qué hacen o deben hacer los estudiosos del derecho. No obstante, tal definición permite delimitar la actividad de los estudiosos del derecho respecto de otros estudios sobre el derecho y de los operadores jurídicos⁹. Pero, y sobre todo, no presupone (ni introduce subrepticamente)

⁷ Esto nos pone frente al problema de si algunos ejemplos excelentes de la ciencia jurídica occidental —como la romana y aquéllas de comentaristas y glosadores— deberían o no ser calificadas como casos de ciencia jurídica en la medida en que los respectivos ordenamientos les reconocían valor jurídico. No obstante, y pese a la evidente dificultad, podemos mantener la distinción: en el momento en que el ordenamiento reconoce a estos escritos valor jurídico se convierten en parte del derecho mismo, no en algo que trata sobre el derecho. La ciencia jurídica queda así definida como una propiedad disposicional que podemos predicar de algunos textos según lo dispuesto por el ordenamiento al que se refieren. En este sentido, lo que en un momento determinado puede ser considerado como ciencia jurídica, puede ya no serlo en un momento posterior.

⁸ Las teorías generales del derecho positivo —teoría del contrato, del delito, del tributo, etc.— no pretenden calificar directamente conductas. No obstante, dichas teorías pretenden servir, en última instancia, como esquemas conceptuales para la identificación de normas y calificación de conductas.

⁹ Por supuesto, esto no implica que los estudiosos del derecho no deban colocarse en el punto de vista interno, externo o en el intermedio. Simplemente mi definición de ciencia jurídica no se compromete con ninguna de estas posiciones.

ninguna tesis acerca de qué es lo que efectivamente hacen ni, menos todavía, sobre qué es lo que deben hacer los estudiosos del derecho positivo.

1.2. Modelos de ciencia jurídica en sentido amplio

Una vez que disponemos de un marco conceptual adecuado podemos analizar las diferentes respuestas que se han dado a las preguntas sobre qué hacen y qué deben hacer los estudiosos del derecho.

A lo largo de la historia del pensamiento jurídico se han ofrecido diferentes clasificaciones sobre los tipos de respuestas a estas preguntas (WROBLEWSKI, 1989; JAKAB, 2011; LLEWELLYN, 1953; GUASTINI, 2011: 440 y ss.). Aunque se trataría de una tarea ciertamente útil, no voy a intentar dar cuenta de estas diferentes clasificaciones. Aquí me voy a concentrar en las respuestas a la segunda pregunta: qué deben hacer los estudiosos del derecho.

Para abordar dicha tarea es conveniente introducir dos distinciones entre diferentes respuestas a esta pregunta.

I) La primera de ellas tiene que ver con dos de las más importantes tradiciones del pensamiento jurídico occidental y, más en general, de la filosofía moderna: racionalismo y empirismo. Aquí no es posible delinear con precisión estas dos grandes tradiciones por lo que me limitaré a señalar las dos corrientes en las que han encontrado traducción en el pensamiento jurídico: la que concibe el derecho como norma y aquella que concibe el derecho como hecho¹⁰.

Dentro de la primera tradición podemos encontrar autores como KELSEN, BOBBIO, BULYGIN o el propio HART, pero también a otros como ATIENZA, NINO, CALSAMIGLIA, ZAGREBELSKY, DWORKIN, AARNIO o ALEXY¹¹. En el segundo grupo encontramos, sobre todo, a los realistas jurídicos, pero también a algunos de sus precursores como JHERING¹², HOLMES o POUND, y a algunos de sus herederos como R. POSNER y B. LEITER. Aquí me voy a concentrar en este segundo grupo de autores.

II) La segunda distinción, de origen bobbiano (BOBBIO, 1992), es algo más precisa. Tiene que ver con dos formas en las que podemos interpretar la definición de

¹⁰ No se trata de una gran división —por usar la terminología bobbiana— pues no es exhaustiva ni excluyente, al menos en el uso que aquí estoy haciendo de ella. Pese a todo, nos sirve para orientarnos entre las diferentes teorías normativas de la ciencia jurídica: las que consideran que objeto fundamental de los estudiosos del derecho debe ser un conjunto de normas, y quienes consideran que los estudiosos del derecho deben analizar hechos sociales.

¹¹ Aquí sería necesario establecer una distinción entre los diferentes tipos de «normativismo» que suscitan estos autores. Ello porque calificar de normativistas a autores como ATIENZA, ALEXY o DWORKIN, es una afirmación reductiva o poco precisa. Sin embargo, parece posible calificar también estos autores como «normativistas» en un determinado sentido de «normativismo». A saber: para todos ellos la ciencia jurídica (en sentido amplio) debe consistir en usar normas jurídicas para determinar la calificación deóntica de conductas. Por supuesto, estos autores mantienen diferentes concepciones sobre qué son y cuáles son las «normas jurídicas». Pero, en cualquier caso, esto parece constituir una diferencia sustancial respecto a quienes consideran que los estudiosos del derecho deben dedicarse a describir hechos. Agradezco a M. ATIENZA que me señalara esta imprecisión. Para una clasificación de los diferentes modelos de ciencia jurídica en sentido amplio me permito remitir a A. NÚÑEZ VAQUERO, 2012.

¹² Por supuesto, me refiero al segundo JHERING, el de *El fin del derecho* (JHERING, 1999), *La lucha por el derecho* (JHERING, 1993) o *Bromas y veras en la ciencia jurídica* (JHERING, 1987).

ciencia jurídica *en sentido amplio* que he ofrecido antes. Si nos situamos en el campo de las doctrinas acerca de qué deben hacer los estudiosos del derecho, podemos identificar al menos dos respuestas: los estudiosos del derecho deben limitarse a describir el derecho de un determinado ordenamiento, o bien deben dedicarse a orientar las decisiones judiciales, ofreciendo respuestas para los casos difíciles.

Siguiendo esta distinción voy a definir «ciencia jurídica en sentido estricto» como aquellos métodos recomendados por quienes consideran que los estudiosos del derecho deben limitarse a describir el contenido del derecho. Lo que me interesa subrayar es que se trata de doctrinas sobre qué deben hacer los estudiosos del derecho. El hecho de que dichos métodos sean o no realmente descriptivos, o incluso científicos, es una cuestión diferente.

De manera complementaria, voy a definir como doctrinas de la «dogmática jurídica» aquellos métodos recomendados por quienes consideran que los estudiosos del derecho no deben limitarse —o no deben dedicarse en absoluto¹³— a describir el contenido del derecho sino que tiene como función principal orientar la conducta judicial para la resolución de casos difíciles. Del mismo modo que con la anterior definición de «ciencia jurídica en sentido estricto», ello no implica que se trate de una disciplina poco rigurosa o basada en las preferencias personales de los estudiosos del derecho. Éstas, simplemente, son cuestiones diferentes que en nada afectan a las definiciones que aquí estoy adoptando de «dogmática jurídica» y «ciencia jurídica en sentido estricto».

2. MODELOS DE CIENCIA JURÍDICA REALISTA

Una vez que hemos delineado un concepto de «ciencia jurídica en sentido amplio», y otros dos de «ciencia jurídica en sentido estricto» y de «dogmática jurídica», voy a concentrar mi atención en los diferentes métodos que, desde un punto de vista realista, se han ofrecido para desarrollar una ciencia jurista realista. Por supuesto, no se trata de los únicos métodos que se han propuesto desde la tradición jurídica empirista, pero sí algunos de los más conocidos e interesantes entre quienes conciben el derecho como hecho.

2.1. Los realismos jurídicos

Antes de pasar a caracterizar cada uno de estos modelos realistas de ciencia jurídica en sentido estricto es necesario realizar una breve caracterización de qué es lo que une a estas formas de estudiar el derecho: la teoría jurídica realista. Sin embargo, reconstruir las tesis características del realismo jurídico no es en absoluto una tarea sencilla. Por varias razones.

¹³ Según algunos autores, describir el contenido del derecho sería una pérdida de tiempo porque constituiría una mera repetición de cuanto ya expresado por los enunciados normativos. Se trata de una curiosa, pero no infrecuente, combinación entre formalismo y modelo axiológico o argumentativo de dogmática jurídica. Cfr. NEUMANN, 1992.

La primera de ellas es que con el término «realismo jurídico» normalmente hacemos referencia a una larga lista, de contornos no bien definidos, de autores que pueden ser agrupados al menos en cuatro grupos o «escuelas»: los realismos americano, escandinavo, genovés y francés¹⁴. A esta heterogeneidad de escuelas hay que añadir las tesis de algunos autores que, a buen título¹⁵, podrían ser incluidos dentro de la tradición realista, como M. D. FARRELL; y otros, como R. POSNER, que rechazan tal denominación pero cuyas propuestas teóricas coinciden sustancialmente con las tesis más significativas de los realistas (POSNER, 2011).

En segundo lugar, más allá de problemas de homogeneidad de tesis de los realismos clásicos —americano, escandinavo, genovés y francés—, también se ha afirmado que aquella realista no sería exactamente una teoría del derecho sino únicamente una teoría de la decisión judicial. Ello porque, según esta tesis, presupondrían el mismo concepto de derecho que el positivismo normativista de tipo excluyente¹⁶.

En tercer lugar, la tarea resulta complicada también porque la caracterización estándar del realismo jurídico ha sido frecuentemente una descripción distorsionada¹⁷, cuando no claramente caricaturizada o errónea¹⁸. Ello en parte se ha debido al tono polémico y claramente exagerado de algunas de las tesis realistas, especialmente de los americanos.

En cuarto lugar, tampoco la negativa de estos autores a calificarse en términos de «escuelas» facilita la tarea. Si bien existen algunos manifiestos acerca de en qué consistiría la ciencia jurídica realista, es discutible en términos históricos qué autores compartían dichas tesis¹⁹. Además, las polémicas y diferencias entre los propios realistas también han sido notables: LUNDSTEDT fue duramente criticado por ROSS, LLEWELLYN no comparte algunas tesis fundamentales con FRANK, ni GUASTINI y COMANDUCCI sostienen las mismas tesis.

Reconstruir las tesis teóricas fundamentales sostenidas por este grupo de autores no es, por tanto, una tarea sencilla. Una de las posibles estrategias para la reconstrucción consiste en formular una serie de tesis que serían efectivamente sostenidas por todos estos autores.

¹⁴ En este sentido, algunos autores han negado que alguna de estas escuelas pueda ser calificada como realista, mientras que otros han negado que se pueda hablar de «realismo jurídico» y no más bien de diferentes «realismos» que poco tendrían en común. De hecho, se ha llegado a afirmar que entre los diferentes realismos no existen conexiones de relevancia sino un mero fenómeno de homonimia, o incluso que sería conveniente abandonar el adjetivo. *Cfr.* FRIEDMANN, 1960: 340.

¹⁵ A buen título porque existen otros autores que se consideran realistas pero no en el sentido tradicional en la teoría jurídica, sino como realistas meta-físicos de corte iusnaturalista, como J. HERVADA. *Cfr.* HERVADA, 2002.

¹⁶ LEITER, 2007. Para la opinión contraria, *vid.* PATTARO, 1971.

¹⁷ J. A. PÉREZ LLEDÓ da cuenta de algunas de estas lecturas erróneas de las tesis del realismo jurídico americano. *Cfr.* PÉREZ LLEDÓ, 2008. *Vid.* también LEITER, 2007.

¹⁸ Por ejemplo, entre las más famosas está aquella que considera que los presupuestos filosóficos y/o epistemológicos del realismo jurídico escandinavo se encuentran en el neo-positivismo lógico. A menos que la tesis sea matizada y limitada a Ross, la afirmación es simplemente falsa. *Vid.*, por ejemplo, MONTORO BALLESTEROS, 2007: 172.

¹⁹ M. HORWITZ ha sido uno de los autores que han puesto en entredicho el protagonismo de LLEWELLYN dentro del realismo jurídico, especialmente sobre cuánto representativa de las posiciones de todos los realistas sea su famosa respuesta «*Some realism about realism*» (LLEWELLYN, 1930-1931). *Cfr.* HORWITZ, 2004: 303 y ss. Véase también TAMANAHA, 2009.

Sin embargo, buscar el mínimo común denominador que uniría a todos los realistas no resulta demasiado interesante. Por dos razones: por un lado, porque es una tarea que ya ha sido afrontada por otros (CASTIGNONE, 1995; TARELLO, 1974; MARTIN, 1997); por el otro, porque resultaría poco útil para mis fines dado que mis pretensiones aquí no son de carácter filogenético. Es decir, no sostendré que cada uno de los autores antes mencionados suscriban todas y cada una de las tesis que me parecen características del realismo jurídico. Lo que presentaré es la que considero la mejor reconstrucción de las tesis del realismo jurídico, y no defenderé que cada una de ellas pueda ser atribuida a cada uno de los autores que pueden ser incluidos dentro de la tradición realista.

Con las anteriores cautelas es posible identificar las tesis más características de las diferentes versiones del realismo jurídico:

- i) Común oposición tanto a las teorías del derecho iusnaturalistas y normativistas como a los modelos de ciencia jurídica formalista y axiológica.
- ii) Si bien no comparten un conjunto homogéneo de tesis epistemológicas ni ontológicas, las tesis que presuponen estos autores descienden claramente de un único tronco filosófico común: el empirismo filosófico²⁰.
- iii) Una teoría escéptica de la decisión judicial en general, y de la interpretación en particular.
- iv) Crítica del método para la elaboración y uso de los conceptos jurídicos dogmáticos y teóricos.
- v) Rechazo a la hora de definir el concepto del derecho, acompañado de algunas manifestaciones provocadoras acerca del concepto predictivo de derecho.
- vi) Una doctrina de la ciencia jurídica en sentido estricto, es decir, la tesis según la cual los estudiosos del derecho positivo deben desarrollar, en general, una tarea meramente descriptiva y, en particular, de carácter predictivo.
- vii) Tesis de la indeterminación del derecho.

Me voy a detener con mayor detalle en dos de estas tesis, comunes a la mayoría de estos autores, que —conjuntamente— constituyen el punto sobre el que se basan los modelos de ciencia jurídica que presentaré a continuación: A) el carácter marcadamente crítico de estos movimientos; B) la tesis de la indeterminación del derecho.

A) Como es bien sabido, los diferentes realismos surgen como movimientos de reacción frente a otros modelos de ciencia jurídica (en sentido amplio) y/o contra otras teorías (o filosofías) generales del derecho. Se trata de objetivos de crítica diferentes: el realismo escandinavo surge contra el idealismo borstromiano, el americano como reacción al formalismo langdelliano y el realismo genovés como reacción al positivismo formalista y al neoconstitucionalismo.

No obstante, es posible identificar al menos dos puntos comunes en las críticas de estos autores: una crítica de carácter epistemológico (u ontológico) y otra de carácter metodológico. Si bien ambas críticas están íntimamente relacionadas, se trata de cuestiones que conviene presentar separadamente.

²⁰ Para una reconstrucción de las tesis epistemológicas de los realistas escandinavos en los términos del naturalismo filosófico, *vid.* SPPAAK, 2009.

A.1) Crítica epistemológica (u ontológica). Esta primera crítica se apoya en una aproximación radicalmente empirista, y puede ser interpretada tanto en una versión ontológica (acerca de lo que existe) como en una versión epistemológica (acerca de cómo lo podemos conocer). Existen diferentes tipos de empirismo, y sería bastante imprudente afirmar que todos de estos autores sostienen el mismo. Sobre lo que, sin embargo, puede encontrarse homogeneidad es en la traducción en campo jurídico de esta tesis: todo discurso que no tenga por objeto entidades del mundo sensible, debe ser expulsado del ámbito del estudio científico del derecho²¹ o, cuando menos, debe ser empleado con extrema cautela²².

Según esta crítica, el positivismo normativista constituiría una continuación del iunaturalismo por otros medios²³ y, al igual que este último, en la descripción del derecho haría referencia a entidades de origen mágico-religioso de dudosa existencia tales como «culpa», «validez» u «obligatoriedad». El discurso jurídico del positivismo normativista se convierte así en un discurso consistente en un conjunto de proposiciones incontrolables pues no tienen como objeto realidad empírica alguna.

A.2) Crítica metodológica. Según la crítica metodológica, más allá de cuáles sean los problemas relativos a la existencia de tales entidades, el problema sería que el método de los juristas genera indeterminación. Es decir, no se trata tanto de que no exista nada «ahí fuera» como la validez o la culpa, sino que el conjunto de técnicas o reglas de transformación admitidas en el discurso o método jurídico permiten llegar, justificadamente, a conclusiones incompatibles. Esto nos conduce a la segunda tesis realista de la que me ocuparé.

B) La segunda tesis importante sobre la que se apoyan los diferentes modelos de ciencia jurídica (en sentido estricto) realista es la tesis de la indeterminación del derecho. Por tesis de la indeterminación del derecho podemos entender cosas diferentes²⁴: la tesis de la indeterminación racional del derecho y la tesis de la indeterminación causal o empírica del derecho.

i) Por tesis de la indeterminación racional es posible entender la tesis según la cual a partir del mismo conjunto de enunciados normativos y de los diferentes de instrumentos metodológicos vigentes en la comunidad jurídica es posible justificar diferentes respuestas jurídicas para un mismo caso, genérico o individual. Es decir, es posible ofrecer calificaciones jurídicas incompatibles para la misma conducta o tipo de conducta de manera justificada.

Existen diferentes causas de indeterminación racional del derecho pero aquí me voy a limitar a señalar una para aclarar su alcance: la tesis de la ambigüedad de los enunciados normativos. Según la teoría escéptica de la interpretación, a partir de un mismo enunciado normativo (o conjunto de enunciados normativos) es posible derivar diferentes interpretaciones-producto. Ello debido a que interpretar no es otra cosa

²¹ «Toda palabra que no tenga provisión de fondos en moneda de hechos [...] es declarada en bancarrota». Cfr. COHEN, 1962: 53.

²² Vid. ROSS, 1976, OLIVECRONA, 1980: 179 y ss., y OLIVECRONA, 2010.

²³ Han sido varios los autores que han llamado la atención sobre la continuidad de método entre iusnaturalismo y positivismo normativista. Vid., por ejemplo, BOBBIO, 1996: 36 y ss.

²⁴ Aquí estoy siguiendo sustancialmente a LEITER. Vid. LEITER, 1995.

que aplicar reglas lingüísticas (lenguaje natural más lenguaje jurídico) y, dado que en nuestras comunidades jurídicas están presentes una variedad de criterios interpretativos y no disponemos de meta-criterios jurídicos últimos que nos indiquen cuál es el criterio que debemos aplicar, entonces del mismo enunciado o conjunto de enunciados normativos podemos derivar diferentes normas. De este modo, resulta posible ofrecer diferentes respuestas jurídicas incompatibles pero igualmente justificadas para un mismo caso.

Contra esta versión de la tesis de la indeterminación racional del derecho normalmente se ha argüido que nadie duda de cuál es el significado o la norma expresada por algunos enunciados normativos. Sin embargo, tal crítica se basa en un malentendido porque la tesis de la indeterminación del derecho, en su versión de la ambigüedad de los enunciados normativos, no afirma que se produzca un desacuerdo acerca de cada una de las normas expresadas por cada enunciado normativo. Esta tesis sería sencillamente falsa.

Antes bien, lo que afirma la tesis de la ambigüedad de los enunciados normativos es que es posible —más allá de que exista un acuerdo acerca del significado expresado por un enunciado normativo— derivar justificadamente a partir del mismo enunciado o conjunto de enunciados normativos otra norma que califica la misma conducta de manera diferente. La tesis de la ambigüedad de los enunciados normativos no se refiere al hecho de que existan desacuerdos interpretativos, sino al hecho de que existen diferentes criterios interpretativos vigentes en la comunidad a partir de los cuales se puede atribuir, justificadamente, un significado diferente a los enunciados normativos²⁵. Si bien ello no se produce en todos los casos, existe un no despreciable conjunto de enunciados que pueden ser interpretados de maneras incompatibles.

ii) Existe, en segundo lugar, un sentido diferente en el que podemos afirmar que el derecho está indeterminado: la tesis de la indeterminación empírica o causal derecho. Según esta última tesis, si el derecho está indeterminado racionalmente —es decir, es posible justificar más de una solución para el caso particular— entonces la suma de enunciados y métodos jurídicos tampoco constituyen un elemento suficiente para la explicación de las decisiones judiciales. De este modo, si el conjunto de enunciados normativos permiten justificar diferentes respuestas jurídicas, entonces el análisis de las razones jurídicas no constituye base suficiente para realizar predicciones ya que no permiten explicar por qué los jueces optan por una decisión en detrimento de otras²⁶.

²⁵ Lo que sí haría falsa dicha tesis sería que los diferentes criterios interpretativos condujeran siempre a los mismos resultados interpretativos, como J. J. MORESO ha señalado en diferentes ocasiones. Cabe poca duda de que esta situación se produce en muchas ocasiones, pero es más que discutible que produzca.

²⁶ Puede darse el caso de que sean razones jurídicas las que expliquen al menos algunas decisiones judiciales, aun cuando el derecho esté racionalmente indeterminado. Ello sucederá toda vez que el juez seleccione una de las razones jurídicas en conflicto, y la utilice como razón última y concluyente. En este caso, el derecho seguiría estando igualmente indeterminado porque no hay ningún meta-criterio jurídico último que indique que debe ser la razón jurídica seleccionada por el juez la que funcione como razón concluyente. Sin embargo, en este caso sería una razón jurídica la que explicará la decisión.

No es por tanto suficiente analizar las razones jurídicas para predecir las decisiones judiciales aunque el tribunal haya usado una razón jurídica como una razón concluyente. Por el contrario, es necesario observar cuál ha sido la razón jurídica que, de hecho, el juez adopta como razón última y concluyente.

Estando así las cosas, enunciados y métodos jurídicos no constituyen elemento suficiente ni para prever las decisiones judiciales ni para tomar decisiones jurídicas. Ello, en ambos casos, debido a que a partir de los mismos enunciados jurídicos es posible justificar decisiones incompatibles.

2.2. Modelos realistas de ciencia jurídica en sentido estricto

Una vez que disponemos de un marco conceptual adecuado y hemos presentado las características básicas de la teoría jurídica realista, podemos analizar algunos de los diferentes modelos de ciencia jurídica (en sentido estricto) realista. Se trata de «modelos», no de un único modelo de ciencia jurídica realista, es decir, de una pluralidad de métodos para realizar predicciones acerca de las futuras decisiones judiciales.

Antes de pasar a analizar tales métodos es necesario, no obstante, realizar una consideración previa en relación al objetivo o función de la ciencia jurídica realista.

No cabe duda de que la mayoría de los realistas insistieron sobre la necesidad de abordar el estudio del derecho mediante una metodología científica que tomar como objeto de estudio hechos. Ahora bien, lo que no hicieron todos los realistas, y desde luego no todos en la misma manera, es afirmar que los estudiosos del derecho deben realizar predicciones acerca de las futuras decisiones judiciales.

Algunos de ellos pensaron, como HUTCHENSON o FRANK²⁷, que una tal empresa estaba destinada al fracaso porque las decisiones judiciales respondían a factores demasiado particulares (*idiosyncratic wing*). Otros han afirmado, como recientemente R. GUASTINI (GUASTINI, 2011: 444 y ss.), que la ciencia jurídica realista consiste sobre todo en la descripción de decisiones judiciales. Y en este mismo sentido, otros realistas —como BARBERIS— defienden que los estudiosos del derecho deben limitarse a indicar las fuentes de indeterminación en el razonamiento jurídico, no a realizar predicciones.

Sin embargo, no parece una buena idea reconstruir de este modo el modelo realista de ciencia jurídica porque genera algunos problemas. En primer lugar, porque si la ciencia jurídica realista debe dedicarse a describir decisiones pasadas ésta sería —como dijo en su día NINO (NINO, 2003: 53 y ss.)— una tarea que ya cumplen satisfactoriamente las revistas de actualidad jurisprudencial.

En segundo lugar, la mayoría de los realistas no afirman únicamente la tesis de la indeterminación racional del derecho, sino que ofrecen explicaciones alternativas acerca de cuáles son las razones a las que recurren los jueces a la hora de resolver las controversias²⁸. El problema es que si nos comprometemos —como parece que hacen

Este argumento parece además suficiente para rechazar la tesis de LEITER según la cual toda vez que el derecho está racionalmente indeterminado, los jueces recurren necesariamente a razones extra-jurídicas para decidir las controversias jurídicas. Así pues, y en contra de lo que cree LEITER, es posible que el derecho esté racionalmente indeterminado y que sean razones jurídicas las que expliquen la decisión. *Cfr.* LEITER, 2007: 43-45.

²⁷ No obstante, hasta el mismo J. FRANK consideraba que era posible realizar predicciones cuando los hechos del caso no son controvertidos. *vid.* FRANK, 1949, y FRANK, 2001: 80-81. *Vid.* también HUTCHENSON, 1929.

²⁸ Desde luego, siempre es posible refutar una teoría sin ofrecer una explicación alternativa, pero no es esto lo que hacen la mayoría de los realistas sino que ofrecen explicaciones alternativas sobre cómo deciden los jueces.

los realistas— con una epistemología empirista, entonces parece plausible afirmar que una explicación satisfactoria acerca de cómo deciden los jueces debe constituir base suficiente para realizar predicciones acerca de cómo efectivamente decidirán. Es decir, una explicación satisfactoria debe identificar los factores causalmente suficientes para que un juez opte por una decisión en detrimento de otras decisiones posibles. En caso contrario, no dispondríamos —desde el punto de vista empirista— de ninguna razón para considerar la teoría realista de la decisión mejor que cualquier otra. Por tanto, la ciencia jurídica realista está comprometida con algún tipo de predictivismo por razones teóricas.

Con esta premisa podemos afrontar ahora el análisis de algunos métodos para realizar predicciones acerca de cómo decidirán los jueces en el futuro.

1) *Ross*. El primer modelo de ciencia jurídica realista, aunque no sea temporalmente el primero, es sin duda el más sencillo y el que más difusión ha tenido en la cultura jurídica europeo-continental. Me refiero al modelo de ciencia jurídica propuesto por A. ROSS²⁹.

Como es bien sabido, el modelo de ciencia jurídica de ROSS intenta combinar dos modelos de ciencia jurídica anteriormente formulados por HOLMES y OLIVECRONA: el primero de ellos, llamado «conductista», identifica el objeto de estudio de la ciencia jurídica con las decisiones judiciales; el segundo, llamado «psicologicista», identifica el derecho existente con los sentimientos de obligatoriedad de la comunidad jurídica en general, y de los jueces en particular (ROSS, 1997: 99 y ss.).

Frente a estos modelos, ROSS redefine el objeto de estudio de la ciencia jurídica (derecho vigente) como el conjunto de normas sentidas como obligatorias (válidas) y aplicadas por los jueces. De este modo, se evita reducir el derecho existente al conjunto de normas aplicadas por los jueces, por un lado, y se evita recurrir a —lo que hoy llamaríamos— los estados mentales de los jueces para determinar el derecho válido.

Cuál sea el derecho vigente dependerá, por tanto, de dos factores: en primer lugar, de la concreta doctrina de las fuentes del derecho de los jueces, es decir, del conjunto de creencias normativas sostenidas por los jueces acerca de qué debe contar como derecho y, en segundo lugar, de su efectivo comportamiento (ROSS, 1997: 135 y ss.).

Para entender la teoría normativa de la ciencia jurídica de ROSS lo primero que es necesario hacer es aclarar cuál es la función de la ciencia jurídica. Pues bien, es importante señalar que para ROSS tarea de la ciencia jurídica no es realizar predicciones acerca de las concretas decisiones judiciales sino únicamente acerca de las normas que serán aplicadas por aquellos. Tal tarea —realizar predicciones acerca de las concretas decisiones judiciales— sería función de la sociología del derecho, no de la ciencia jurídica realista (ROSS, 1997: 42 y ss.).

Sin embargo, cuál es el objeto de predicción para ROSS no es del todo claro. En primer lugar, parece que para ROSS objeto de predicción no serían las normas en sentido estricto sino los enunciados normativos (directivas o disposiciones normativas). Ahora bien, si admitimos la tesis de la indeterminación racional del derecho en su vertiente de la ambigüedad de los enunciados interpretativos, entonces no tiene mucho interés

²⁹ Aclaro que me voy a referir exclusivamente al ROSS de *Sobre el derecho y la justicia* (ROSS, 1997).

saber qué disposición utilizará un juez para justificar su decisión porque a partir del mismo enunciado normativo podrá justificar diferentes decisiones del caso particular.

En segundo lugar, y admitiendo que objeto de predicción son normas (y no enunciados), ROSS parece afirmar que objeto de predicción son las normas tenidas en cuenta por los jueces, y no únicamente la que funciona como premisa mayor del silogismo judicial³⁰. Sin embargo, esto tampoco resulta muy interesante porque no constituye un elemento suficiente para prever cómo decidirán los jueces las futuras controversias.

No son estos los únicos problemas que debe afrontar la ciencia jurídica rossiana. Un segundo grupo de problemas hace referencia a que la metodología propuesta por ROSS para realizar predicciones termina siendo indistinguible del conductivismo. Ello debido a que ROSS realiza una doble reducción del objeto de estudio de la ciencia jurídica realista.

En primer lugar, ROSS reduce el análisis de la ideología de las fuentes a aquello que los jueces afirman en sus decisiones judiciales. Sin embargo, resulta poco plausible afirmar que las decisiones judiciales reflejen el contenido de la ideología de las fuentes de los jueces, precisamente porque los jueces normalmente no hacen explícitas las razones que realmente les han llevado a optar por una decisión. Por ello LLEWELLYN insistió en que era necesario prestar atención a lo que hacen, y no solo a lo que dicen, los jueces (LLEWELLYN, 1931: 1237).

En segundo lugar, cuando ROSS nos propone un método para realizar predicciones judiciales se limita a conjeturar que casos similares serán decididos de manera similar. En este sentido, cuando ROSS intenta traducir su teoría de la decisión judicial en un método que permita realizar predicciones, el factor principal que determinaría —según el propio ROSS— las decisiones judiciales (la ideología de las fuentes) desaparece. En este sentido, el modelo de ciencia jurídica de ROSS termina haciéndose indistinguible del conductivismo holmesiano pues son sólo normas (o las disposiciones) aplicadas por los jueces las que constituyen objeto de la ciencia jurídica realista.

El resultado es una ciencia jurídica que únicamente sirve para prever cómo decidirán los jueces cuando aquellos decidan los casos similares de la misma manera. Si bien Ross ofrece una teoría de la decisión judicial en la que es la ideología de las fuentes la que determina las decisiones judiciales, tal tesis no encuentra traducción en un método para realizar predicciones. En conclusión: este modelo de ciencia jurídica parece demasiado simple.

2) *Situation-types y rationale*. El segundo modelo de ciencia jurídica realista que deseo presentar es aquél del *situation-type*, característico del realismo jurídico norteamericano. Aquí no analizaré los diferentes modelos de ciencia jurídica (en sentido estricto) presentados por los realistas americanos³¹, sino que deseo concentrarme en una forma de realizar predicciones sobre la que no se ha llamado suficientemente la atención. En concreto, voy a exponer, en primer lugar, la forma que propuso H. OLIPHANT como medio para dotar nuevamente de contenido a la regla del *stare decisis*

³⁰ BULYGIN ha señalado que el objeto de predicción no serían en ROSS exactamente las normas aplicadas por los jueces, sino todas aquellas que son tenidas en cuenta a la hora de resolver la controversia jurídica. *Vid.* BULYGIN, 1991b. *Vid.* también NINO, 2003: 51 y ss.; JORI, 1976, 157 y ss.; FARRELL, 1972.

³¹ Para una síntesis de estas tesis, *vid.* MARTIN, 1997; SUMMERS, 1982; RUMBLE, 1968.

y, en segundo, la manera en la que se trató de reconfigurar las categorías tradicionales del *common law* por parte de autores como L. GREEN. A partir de ambas nociones extrapolaré un modelo predictivista de ciencia jurídica (en sentido estricto).

En el ámbito de la discusión del proyecto del *Restatement of Law*, H. OLIPHANT criticó el uso que, desde hacía varias décadas, se venía haciendo de los precedentes judiciales en Estados Unidos (OLIPHANT, 1923). Según OLIPHANT, los precedentes —que habían nacido a partir de los *pleas* y habían generado los *writs* ingleses— habían sido objeto de operaciones conceptuales que permitían que decisiones contradictorias se presentaran como decisiones justificadas con base en el mismo precedente.

No se trata únicamente de que se dé una multiplicidad de precedentes que permiten decidir el mismo caso de maneras incompatibles, pero justificadas, con base en cada uno de ellos. El problema más grave es que un mismo precedente era utilizado para justificar decisiones incompatibles de casos similares. Si esto es posible, según OLIPHANT, es porque en realidad no es tan sencillo establecer cuál ha sido la regla aplicada en el precedente. Las dificultades para determinar qué norma es la que ha funcionado como premisa mayor en un razonamiento judicial son fundamentalmente tres:

- i) Problemas relativos a la interpretación de enunciados normativos³².
- ii) Distinguir entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*³³.
- iii) El problema de la inducción, es decir, la posibilidad de identificar un infinito número de normas que justifican la misma decisión para el mismo caso de hecho.

Aquí me voy a centrar exclusivamente en el último problema. Según OLIPHANT, el problema fundamental para encontrar qué regla han aplicado los jueces es que existen infinitas normas con un grado mayor o menor de generalidad que permiten justificar la misma decisión para los mismos hechos³⁴. Pero, si así están las cosas, el mismo precedente podría ser utilizado para justificar decisiones incompatibles para el mismo caso, añadiendo o quitando propiedades del antecedente de la norma que supuestamente habría aplicado el juez.

Por esta razón la estrategia predictivista de algunos realistas americanos pasa por rodear la idea de norma: en lugar de intentar determinar la *ratio decidendi*³⁵ —la norma aplicada en la decisión judicial— lo que se pretende es establecer el *rationale*³⁶ de tal decisión. Esto es, no qué norma ha aplicado el tribunal en su decisión, sino cuáles son los efectos que provoca la decisión: qué cambios produce la decisión en el mundo político, social o económico.

³² Sobre estos problemas, *vid.* CHIASSONI, 1999. Pero también, LLEWELLYN, 1950.

³³ Sería posible pensar que este problema no es independiente respecto del primero, pero conviene descartar esta idea porque es posible que no tengamos dudas acerca del significado de los enunciados que forman el dispositivo de la sentencia pero que el juez no haya dejado claro cuál es la norma que ha aplicado.

³⁴ Es preciso señalar que este problema, aunque similar, no es el mismo que el del escepticismo *a la* KRIPKE. En efecto, fueron pocos los realistas que dudaron de la existencia de las normas. Lo que, por el contrario, pone en duda el escepticismo de KRIPKE es la existencia misma de las reglas. No obstante, desde un punto de vista radicalmente empirista, se podrían hacer colapsar ambos problemas.

³⁵ Para un análisis de los diferentes significados de *ratio decidendi*, *vid.* la voz de R. SHINER en la enciclopedia de la IVR (SHINER, 2010).

³⁶ Para una presentación del concepto de *rationale*, *vid.* TARELLO, 1962: 208 y ss.

La segunda y complementaria estrategia ideada en el realismo americano³⁷ para afrontar la predicción de decisiones judiciales consiste en —prescindiendo de las categorías tradicionales del *common law*— asociar tipos de casos individuales (y no casos genéricos descritos en los antecedentes de enunciados normativos) a los efectos que provocan las decisiones de tales casos particulares. De este modo, estos autores pretendieron sistematizar el derecho con base en rígidas y detalladas descripciones de tipos de casos individuales (*situation-type*), a la que se asocian tipos de decisiones clasificadas según las consecuencias que generaban³⁸.

No acaba aquí, no obstante, la tarea de la ciencia jurídica realista. A continuación es necesario revelar si, efectivamente, se dan regularidades en el comportamiento de los jueces o si, por el contrario, la práctica es discordante. Es decir, en primer lugar, se asocian un tipo de casos individuales con las consecuencias que las decisiones judiciales han producido y, a continuación, se comprueba cuántos jueces reaccionan de la misma manera (asocian las mismas consecuencias) ante hechos similares.

No es éste el lugar indicado para analizar las concretas tesis sobre qué factores determinan el derecho según cada realista americano en los diferentes ámbitos jurídicos. Lo que es necesario señalar es que, con carácter general, los realistas americanos moderados³⁹ sugirieron dos tesis sobre el comportamiento judicial:

a) Los jueces suelen tener en cuenta las consecuencias socio-económicas de las decisiones que toman.

b) Los jueces normalmente tienden a adaptar su propia conducta a la de sus colegas.

Tal teoría de la decisión judicial nos devuelve un panorama más rico e interesante respecto a aquél de ROSS. Sin embargo, el método de los *situation-types* y *rationale* de decisiones judiciales enfrenta algunos problemas similares al rossiano. En primer lugar, y del mismo modo que en ROSS, este método nos dice simplemente que casos similares seguirán siendo decididos de igual modo. El problema, o el problema interesante, es identificar cuáles son los factores causalmente suficientes que llevan a un juez a preferir una decisión jurídica en detrimento de otras.

Desde luego, esto puede conducir a un regreso al infinito pues siempre es posible preguntarse acerca de las causas últimas que determinan las decisiones judiciales. No obstante, disponemos de un criterio para frenar este regreso al infinito: la capacidad

³⁷ El ejemplo más famoso es el de L. GREEN, un civilista estadounidense quien en un conocido manual re-sistematizó el derecho estadounidense de daños (*torts*) prescindiendo de las categorías dogmáticas tradicionales del *common law* (*negligence, intentional torts*, etc.), sustituyéndolas por conceptos mucho más particulares y rígidos, contruidos a partir de los hechos de casos particulares (como por ejemplo, daños médicos o accidentes de tráfico). Es decir, en lugar de partir de los antecedentes de las normas o de los conceptos dogmáticos del *common law*, GREEN parte de descripciones muy detalladas y rígidas construidas con base en tipos de casos particulares. GREEN, 1927. *Vid.* también DOUGLAS, 1929, y ARNOLD, 1930. Para un análisis de los modelos de predicción creados por F. RODELL, LLEWELLYN, COHEN, OLIPHANT y MOORE, *vid.* RUMBLE, 1968: 142 y ss.

³⁸ Aquí se da claramente un problema a la hora de determinar cuáles son las consecuencias relevantes. Lo que en cualquier caso es importante subrayar es que el interés de estos realistas no se dirige tanto a las consecuencias jurídicas como a las políticas, sociales y económicas. *Cfr.* TARELLO, 1962: 138 y ss.

³⁹ Estos realistas serían «moderados» en cuanto consideran que los factores que determinan las decisiones judiciales son generales (compartidos por gran parte de los jueces) y estables (cambian, pero no demasiado deprisa). Bajo estas condiciones, sería posible realizar predicciones acerca de las futuras decisiones judiciales. *Vid.* OLIPHANT y HEWITT, 1929; LLEWELLYN, 1931b; TARELLO, 1962: 206.

predictiva. En este sentido, es posible considerar como satisfactoria una explicación en la medida en que aquella nos sirva para realizar predicciones con un elevado margen de acierto. El problema es precisamente que este método no ha mostrado una capacidad de predicción demasiado elevada.

El segundo problema es que este modo de realizar predicciones parece presuponer que cuestiones tales como la validez o la aplicabilidad de las normas son completamente indecidibles. Es decir, como si presupusieran que el derecho está indeterminado racionalmente de manera radical, como si nada se pudiera decir acerca de las razones jurídicas⁴⁰, o como si los jueces decidieran normalmente más allá del conjunto de respuestas posibles que se pueden justificar con base en el ordenamiento.

Sin embargo, sabemos que dicha asunción es falsa para la mayoría de los casos: por un lado, porque los enunciados normativos permiten normalmente justificar una variedad de decisiones pero no cualquier decisión y, por el otro, aunque los jueces puedan superar (y de hecho en ocasiones lo hagan) tal marco de respuestas disponibles, normalmente no lo hacen. Y parece que dicha información —las respuestas jurídicamente posibles y la identificación de los lugares de indeterminación del derecho— constituye una información relevante a la hora de realizar predicciones pero que no es utilizada por este método.

3) TARELLO. El tercer modelo de ciencia jurídica es el denominado de forma polémica por G. TARELLO «sociología en el derecho» (TARELLO, 1988: 411). Pese al nombre que el propio TARELLO le otorga —«sociología en el derecho»— podemos considerarlo como el modelo de ciencia jurídica propuesto por el autor⁴¹.

Lo primero que es preciso hacer es contextualizar la propuesta metodológica del autor. TARELLO expuso su teoría normativa de la ciencia jurídica en el ámbito del debate del primer número de la revista *Sociologia del Diritto*, que se presenta como una discusión acerca de qué deber ser y cómo debe desarrollarse la sociología del derecho.

Pues bien, sus objetivos son claros al respecto y TARELLO toma rápidamente distancias respecto de la sociología del derecho de los sociólogos⁴², rechazando la plausibilidad de una sociología del derecho desde el punto de vista externo (entendido en sentido hartiano). En particular, son tres las orientaciones de sociología del derecho que TARELLO rechaza:

a) En primer lugar, aquella sociología que no toma como objeto de estudio a quienes usan las normas sino cómo se desarrolla el derecho en la sociedad, y que termina siendo un comentario más o menos crítico de las ideologías dogmáticas.

⁴⁰ Aquí no estoy sosteniendo que los realistas americanos afirmaran que el derecho está radicalmente indeterminado. Se trataría de una tesis simplemente falsa. Ahora bien, este método para realizar predicciones parece presuponer una tesis de la indeterminación radical para los casos que son objeto de predicción, no tomando en cuenta el rango de respuestas justificadas ni las ideologías normativas jurídicas a las que recurren los jueces para elegir una respuesta en detrimento de las otras respuestas jurídicamente posibles.

⁴¹ Ello precisamente porque el propio autor se encarga de calificarlo como «ciencia jurídica». Cfr. TARELLO, 1988: 411.

⁴² Señala PÉREZ LLEDÓ que se podría equiparar la distinción entre *scientist* y *prudents* propia del realismo americano, y aquella entre sociología del derecho y sociología en el derecho que realizaron por su parte TREVES y TARELLO. Vid. PÉREZ LLEDÓ, 2008: 191, n. 114.

b) En segundo lugar, la sociología que pretende distinguir el derecho de otros fenómenos sociales y que termina siendo una duplicación de las teorías generales del derecho.

c) Finalmente, las sociologías particulares que efectivamente toman como objeto de estudio los operadores jurídicos pero en cuantos miembros de una clase profesional, no como intérpretes y administradores de normas y disposiciones jurídicas.

¿En qué consiste pues este modelo normativo de ciencia jurídica⁴³? Su sociología *en el derecho* constituye un intento de explicación de las decisiones judiciales a través del conjunto de doctrinas jurídicas que permiten justificar la elección de una decisión jurídica en detrimento de otras. Es decir, partiendo de la tesis de la indeterminación del derecho, TARELLO busca cuáles han sido las doctrinas —en el ejemplo que TARELLO propone, la teoría general del acto administrativo— que permiten justificar un tipo de decisión.

Sin embargo, TARELLO intenta ir más allá de las razones doctrinales que justifican cada una de las posibles decisiones jurídicamente posibles. Para TARELLO, cuál sea el resultado de un proceso judicial particular no depende en última instancia de la plausibilidad teórica o ético-normativa de las posiciones en discusión, sino de factores sociales tales como la conveniencia económica: «Nuestro hipotético jurista [...] nos informará de que, en nuestro sistema político, el propietario de terrenos boscosos con vinculación de uso que deseen construir o cambiar el tipo de uso del suelo, deben simplemente hacer quemar el bosque y, una vez destruido, contratar los servicios de un buen administrativista» (TARELLO, 1988: 412).

No obstante, ello no implica que la búsqueda de las zonas de indeterminación del derecho sea irrelevante. Identificar cuáles son las fuentes de indeterminación del derecho y las doctrinas jurídicas dominantes permite establecer el rango de respuestas jurídicamente posibles y probables. Sólo una vez que hayamos identificado la concreta fuente de indeterminación será posible realizar hipótesis plausibles acerca de cuáles son los factores que determinan las decisiones judiciales.

Este modelo de ciencia jurídica realista enfrenta, no obstante, dos problemas. El primero de ellos tiene que ver con las condiciones de verdad de los enunciados que describen la cultura jurídica, y la relación entre sostener una determinada teoría dogmática y un determinado tipo de decisiones. Ello porque, al menos según algunos realistas, las propias teorías dogmáticas —teoría general del delito, del tributo, del acto administrativo, etc.— se encuentran infradeterminadas, sirviendo para justificar decisiones judiciales incompatibles.

El segundo problema es que todavía no sabemos, ni TARELLO ofrece indicaciones en este sentido, cómo utilizar este tipo de conocimiento para realizar predicciones acerca de cómo decidirán los jueces las futuras controversias. Si bien la sociología tarelliana sirve para aumentar nuestro conocimiento acerca de cómo deciden los jueces,

⁴³ «Vorrei sprimere la mia simpatia per, e la quantità delle mie aspettative da, alcune ricerche sociologiche che vanno compendosi nell'ambito della giurisprudenza (scienza giuridica) o meglio di una parte di quest'ultima». Cfr. TARELLO, 1988: 409. TARELLO presenta su modelo no sólo en términos normativos sino también descriptivos. Es decir, según el autor, este tipo de estudios empíricos sobre el derecho se estaban realizando en los años setenta en Italia. Sin embargo, TARELLO no cita ningún estudio.

aquella no se traduce —al menos no inmediatamente— en un método para que los estudiosos del derecho realicen predicciones sobre las futuras decisiones judiciales⁴⁴.

4) *New Legal Realism*. El último modelo de ciencia jurídica realista es el del *New Legal Realism*. Quien conozca la literatura estadounidense sobre predicción de decisiones judiciales hará bien en preguntarse qué tiene de «new» este tipo de realismo porque desde hace ya varias décadas son muchos los sociólogos y estudiosos de ciencia política que realizan estudios empíricos sobre el derecho. Por ello, antes de pasar a analizar algunas de sus tesis, es necesario realizar una breve caracterización general de este grupo de autores.

Pues bien, la primera característica relevante que une a estos autores es que no son estudiosos de ciencia política o sociólogos sino estudiosos de derecho positivo: profesores de materias jurídico-positivas. En este sentido parece que, pese a la cita inicial del texto, se está gestando otra oleada de autores que, en mayor o menor medida, se identifican con uno de los movimientos clásicos del realismo jurídico.

La segunda característica es que, si bien se reconocen en algún sentido en el realismo jurídico, aquello que parece haberles llevado a adoptar una perspectiva y método empiristas ha sido el relativo éxito de los estudios sobre *Law and Politics* a la hora de realizar predicciones. Es precisamente el relativo éxito de autores como SPAETH y SEGAL a la hora de predecir las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos (74 por 100), lo que ha hecho que autores como C. SUNSTEIN o F. CROSS hayan decidido adoptar un modelo realista de ciencia jurídica.

La tercera característica que es importante señalar es que —aunque se trata de un movimiento extremadamente heterogéneo en el que conviven aproximaciones de tipo empirista con otras de carácter más «filosófico»— la mayoría de estos autores sostienen la relevancia de sus tesis descriptivas a la hora de elaborar doctrinas normativas acerca de cómo debe ser el derecho. Retomando las palabras de LLEWELLYN⁴⁵, mantienen la tesis de la separación entre Ser y Deber Ser de manera temporal, ya que el Ser es relevante a la hora de determinar el Deber Ser.

Sin embargo, del mismo modo que el relativo éxito de los politólogos ha generado un renovado interés por los estudios empíricos sobre el derecho, el *New Legal Realism* surge, en alguna medida, como movimiento de reacción a lo que es considerado el reduccionismo llevado a cabo por el *attitudinal model*, cuyos más conocidos defensores son los ya mencionados SPAETH y SEGAL (pero también LEITER). En concreto, tal reduccionismo consistiría en afirmar que las razones jurídicas no determinan, o no limitan en algún sentido, las decisiones judiciales.

⁴⁴ La sociología en el derecho de TARELLO presupone, o se sobrepone con, la teoría general del derecho, la filosofía política descriptiva y la historia del pensamiento jurídico, y se dedica a realizar estudios particulares sobre cómo actúan los operadores jurídicos en ámbitos bien delimitados del derecho. Por otro lado, el hecho de que TARELLO afirme que se trata de estudios particulares, sobre concretas y delimitadas áreas del derecho positivo no parece en absoluto gratuito, y parece querer cerrar las puertas a afirmaciones de carácter demasiado general acerca de los factores que determinan las decisiones judiciales, dando a entender que los factores que determinan las decisiones judiciales pueden variar dependiendo de los diferentes sectores del ordenamiento. Cfr. TARELLO, 1988: 413.

⁴⁵ Me refero al quinto punto del famoso texto «Some Realism about Realism. Responding to Dean Pound». Cfr. LLEWELLYN, 1931: 1236.

Según los defensores del *attitudinal model*, el modelo jurídico tradicional no permitiría explicar ninguna decisión. Antes bien, son razones de tipo político las que mejor capacidad explicativa han demostrado en relación a las decisiones judiciales. El análisis de la adscripción política de los jueces como factor explicativo de las decisiones judiciales habría mostrado una importante capacidad para prever gran parte de las decisiones judiciales. Por tanto, según los defensores del *attitudinal model*, si bien los realistas clásicos carecieron de los instrumentos metodológicos y del rigor necesario para llevar a cabo predicciones basadas en estudios empíricos a gran escala, su intuición fue buena: la suma de enunciados jurídicos y método jurídico no permite explicar las decisiones judiciales.

Es importante subrayar en este momento que los contornos del *New Legal Realism* son vagos: si bien hay autores que expresamente se reconocen en tal movimiento (y participaron en uno de esos actos fundaciones tan típicos entre los estudiosos del derecho norteamericanos)⁴⁶, y otros que expresamente se desmarcan de tales posiciones (LEITER), no es del todo claro quiénes son los autores que podemos incluir en tal movimiento⁴⁷. Ello debido a que no es del todo claro cuál es el conjunto de tesis definitorias del movimiento.

Por esta razón, aquí me voy a concentrar sobre todo en las tesis de autores como SUNSTEIN, MILLER y CROSS, críticos en alguna medida con el *attitudinal model*⁴⁸, y defensores de la tesis según la cual el derecho (los enunciados normativos y el modelo de justificación jurídica) constituyen un límite para la decisión judicial.

Para entender la crítica que estos autores dirigen al *attitudinal model* lo primero que es necesario hacer es aclarar en qué sentido enunciados normativos y método jurídico «limitan las decisiones judiciales».

En un primer sentido, algo banal, método jurídico y enunciados normativos no limitan absolutamente nada: si la mayoría de los jueces decidieran las controversias más allá de lo dispuesto por el derecho, entonces se podría afirmar que las razones jurídicas no limitan en ningún sentido las decisiones judiciales. Antes bien, sería el reproche social o la reacción de otros poderes públicos frente a una violación del contenido del derecho lo que efectivamente limitarían las decisiones judiciales. Sin embargo, resulta bastante poco frecuente que los jueces ignoren sistemáticamente los enunciados normativos y el método jurídico.

⁴⁶ Vid. ERLANGER *et al.*, 2005.

⁴⁷ Constituye una figura especialmente singular a estos fines R. POSNER, quien identifica hasta nueve factores que determinarían las decisiones judiciales pero no contempla la posibilidad de que enunciados y método jurídico expliquen al menos algunas decisiones judiciales. Vid. POSNER, 2011. Además, el propio POSNER es objeto de alabanzas y críticas por parte de algunos claros exponentes de este movimiento debido a su pasado formalismo. Vid. NOURSE Y SHAFFER, 2009.

⁴⁸ Las críticas que dirige CROSS al *attitudinal model* son, en síntesis, cuatro: i) el muestreo es demasiado reducido, ocupándose sólo de ciertos temas (sobre todo derechos civiles) en los más altos tribunales (Corte Suprema de Estados Unidos); ii) maniqueísmo ideológico: las preferencias políticas de cada juez son identificadas con base en el presidente que los nombró, lo que resulta algo pobre, no permite explicar por qué dichos jueces fallan en ocasiones de manera contraria a tal ideología, en qué medida se ven influidos por sus compañeros de tribunal ni su evolución ideológica; iii) presupone un modelo de racionalidad demasiado simple en el que los jueces aparecen como maximizados de algún bien; y iv) no sirve para explicar cuándo aparecen los votos particulares, los diferentes tipos de sentencias y un paso fundamental como es la admisión a trámite. Vid. CROSS, 1997. Pero también MILLER y SUNSTEIN, 2008.

En un segundo sentido, es posible preguntarse si las razones jurídicas (enunciados normativos más método jurídico) limitan el conjunto de decisiones posibles en el sentido de que las consideren razones para la acción (aunque no siempre aporten razones concluyentes). Pues bien, lo que sostienen algunos defensores del *New Legal Realism* —en particular, F. CROSS (CROSS, 1997)— es que el método jurídico efectivamente limita las decisiones judiciales; no sólo, sino que las razones jurídicas explican completamente algunas decisiones.

El *new legal realism* tiene en este sentido por lo menos tres virtudes:

- i) En primer lugar, vuelve a tomar en cuenta las razones jurídicas como criterios para la explicación de las decisiones judiciales⁴⁹.
- ii) En segundo lugar, no pretende ofrecer una única teoría de la decisión judicial que explique toda decisión judicial sino que admite que son factores diferentes los que explican las decisiones en materias y grados del proceso diferentes (MILLER Y SUNSTEIN, 2008: 5 y ss.).
- iii) En tercer lugar, no sostiene que los jueces son agentes puramente interesados que pretenden maximizar sus propios objetivos sino que aquellos introducen consideraciones valorativas que creen que forman parte del derecho pero que en realidad responden sólo a doctrinas éticas, políticas o jurídicas más o menos dominantes (CROSS, 1997: 294 y ss.).

De este modo, el *New Legal Realism* parece encontrarse en disposición de combinar el conocimiento tradicional de los juristas acerca de los enunciados normativos y doctrinas sobre el derecho, con las explicaciones causales del *attitudinal model*. O dicho en términos más clásicos: combinar el conocimiento de la cultura jurídica al estilo de TARELLO, con modelos más sofisticados de predicciones como los del *attitudinal model* basados en explicaciones no jurídicas.

No obstante, el *New Legal Realism* tiene también algunos importantes defectos. En particular, antes que combinar explicaciones basadas en razones jurídicas con explicaciones basadas en factores no jurídicos, lo que hace es simplemente yuxtaponerlas. Es decir, y más allá de que realmente las razones jurídicas permitan prever las decisiones judiciales, lo que no hace el *New Legal Realism* —y parece razonable afirmar que debería hacer— es indicar cuáles son las fuentes de desacuerdo en las razones jurídicas a la hora de decidir un caso, lo que serviría para incorporar las explicaciones basadas en razones jurídicas a métodos de predicción como el *attitudinal model*.

En efecto, si la decisión de un tipo de casos no depende inmediatamente de un desacuerdo reconducible a alguna ideología política sino de consideraciones teórico-jurídicas —como, por ejemplo, si el criterio interpretativo que debe prevalecer es el sistemático o el intencionalista, si el trámite de audiencia a los interesados constituye o no un requisito necesario para la existencia del acto administrativo, o cuáles son los

⁴⁹ No ignoro las dificultades que se presentan a la hora de combinar hechos y razones para ofrecer explicaciones. En este sentido, *vid.* REDONDO, 1996, y DAVIDSON, 1992. No obstante, parece una práctica metodológica no infrecuente en los estudios empíricos de sociología y ciencia política. Por otro lado, me parece que un buen ejercicio de naturalismo filosófico consistiría en dejar de preguntarnos acerca de qué constituye una buena explicación y ver qué consideran los científicos una buena una explicación. Y en este sentido parece que la posibilidad de realizar predicciones exitosas constituye el mayor estándar de explicación posible.

rasgos definitorios de una tasa respecto de un impuesto— entonces es poco probable que podamos realizar predicciones exitosas utilizando un método como el *attitudinal model* que presupone que son siempre razones políticas las que determinan las decisiones judiciales.

El problema es precisamente que los jueces, al menos en algunas ocasiones, utilizan alguna de las razones jurídicas en conflicto como razones últimas y concluyentes. Lo que el *New Legal Realism* podría —y debería— hacer es orientar a politólogos y sociólogos en la identificación de las fuentes de desacuerdo jurídico que permitirían introducir dichos desacuerdos como variables tenidas en cuenta para realizar las predicciones⁵⁰. Es decir, en lugar de compartimentar los métodos para la explicación de decisiones, incorporar las razones jurídicas como factor a tener en cuenta dentro del *attitudinal model*.

Por supuesto, la anterior constituye una apresurada síntesis de un movimiento heterogéneo todavía en fase de desarrollo. Lo que, no obstante, parece fuera de dudas, es que tomarse en serio la tarea de realizar predicciones requiere una aproximación multidisciplinaria, no en el sentido de compartimentar las decisiones jurídicas que serían explicables bajo el *attitudinal model* y bajo el modelo de las razones jurídicas, sino —como ya propusieron tanto HOLMES como LLEWELLYN— combinando varias aproximaciones al derecho. Bien entendido: no pidiendo a los estudiosos del derecho que manejen los instrumentos del análisis politológico o a los politólogos conociendo las discrepancias internas en las culturas jurídicas de referencia, sino mediante la creación de grupos de trabajo con estudiosos con diversas competencias⁵¹. Estudiosos que, además, sean capaces de traducir a cada uno de sus áreas de estudio los resultados de tales investigaciones.

3. RAZONES PARA UNA CIENCIA JURÍDICA REALISTA

En el apartado anterior he afirmado que los realistas están comprometidos con una teoría predictivista de la ciencia jurídica en la medida en que, fundándose en la tesis de la indeterminación del derecho, sostienen que el factor que determina las decisiones judiciales no es la suma de enunciados normativos y método jurídico sino otros: desde las corazonadas de los jueces, hasta sus aspiraciones profesionales, pasando por las diferentes ideologías jurídicas y políticas. Sin embargo, y con base en los propios postulados empiristas sostenidos por los realistas, para que pudiéramos considerar la teoría realista de la decisión judicial mejor que otras, aquella debería identificar los factores causalmente suficientes que llevan a los jueces a preferir una decisión jurídica en detrimento de las otras soluciones jurídicamente posibles. Ahora bien, dado que si fuéramos capaces de identificar los factores causalmente suficientes de las decisiones judiciales también seríamos capaces de predecir tales decisiones, entonces para que

⁵⁰ Por ejemplo: no hay ningún meta-criterio último de origen jurídico que le indique al juez Scalia que tiene que adoptar el criterio intencionalista para interpretar la constitución estadounidense. No obstante, aquello que explica gran parte de las decisiones del juez Scalia es que considera la tesis normativa intencionalista como una razón última y concluyente.

⁵¹ Para los diferentes significados que puede asumir el concepto de multidisciplinariedad en el campo de los estudios jurídicos, *vid.* OST, 1999.

pudiéramos considerar la teoría realista de la decisión judicial como la más plausible los realistas deberían poder ofrecer predicciones con un elevado índice de acierto. Por tanto, los realistas se encuentran comprometidos teóricamente con ofrecer predicciones sobre cómo decidirán los jueces.

No obstante, no son solo razones de coherencia teórica internas al realismo jurídico las que justifican realizar predicciones sobre cómo decidirán los jueces las futuras controversias. En este último apartado quiero concentrar mi atención en un aspecto al que, en mi opinión, no se ha prestado suficiente atención. Me refiero a las razones de carácter práctico —ético-políticas en sentido amplio— que justificarían la elección de un modelo realista de ciencia jurídica.

3.1. La necesidad de justificación del modelo realista de ciencia jurídica

Aducir razones de carácter práctico en favor del modelo realista no constituye una mera curiosidad intelectual o un esfuerzo de imaginación argumentativa. La razón para discutir esta cuestión es que algunos autores han puesto en entredicho el interés de este tipo de estudios considerando que realizar predicciones, si es que fuera posible⁵², carecería de interés o por lo menos no sería la tarea a la que deberían orientar sus esfuerzos los estudiosos del derecho⁵³.

En este sentido, es posible identificar dos problemas diferentes en relación a la justificación práctica del modelo realista de ciencia jurídica. El primero tiene que ver con la justificación que históricamente, en el plano práctico, se ha ofrecido para cultivar el modelo realista de ciencia jurídica⁵⁴. El segundo se refiere a la necesidad de responder a una crítica que, desde posiciones neo-constitucionalistas y/o post-positivistas, se ha dirigido contra todo tipo de positivismo jurídico en general: normativista y realista.

I) El primer problema es que la justificación adoptada por la mayoría de los realistas en favor de este modelo de ciencia jurídica funda tal elección en que podría ser considerado científico, o incluso la única forma científica de conocer el derecho. Es más, se ha llegado a afirmar que sería la única forma posible de conocimiento. Sin embargo, afirmar que el método propuesto por los realistas puede ser calificado como científico no es una razón concluyente para cultivar un modelo realista de ciencia jurídica. Por varias razones.

En primer lugar, porque en sentido estricto no se trata de una razón práctica: que podamos calificar la ciencia jurídica realista como una disciplina científica no es una

⁵² Aunque utilizo un argumento de KELSEN para justificar una ciencia jurídica realista predictivista, es preciso señalar que el propio autor consideraba que no es posible realizar predicciones acerca de las futuras decisiones judiciales. Lo único que, según KELSEN, sería posible prever es la aplicación del derecho válido, lo que —según el propio KELSEN— ya se podría realizar utilizando su modelo de ciencia jurídica. *Vid.* KELSEN, 1995: 206-207.

⁵³ L. FERRAJOLI no considera que los estudiosos del derecho no deban realizar predicciones acerca de cómo los jueces decidirán las controversias. Sin embargo, considera que dicha tarea correspondería no a quienes se ocupan de estudiar el contenido del derecho, sino a los sociólogos del derecho. *Vid.* FERRAJOLI, 2007: 8 y ss.

⁵⁴ La afirmación debe ser matizada para el caso de la mayoría de los realistas americanos, como LLEWELLYN, F. COHEN o el propio H. OLIPHANT. Y es que, en el caso de estos autores, lo que se pretendía era conocer cómo efectivamente funcionaba el derecho para mejorarlo. *Vid.* LLEWELLYN, 1931: 1235.

razón sino una tesis descriptiva o conceptual. Si de lo que se trata es de ofrecer razones en favor de una doctrina sobre qué deben hacer los estudiosos del derecho, debemos aducir razones prácticas (ético-normativas en sentido amplio), no teóricas.

En segundo lugar, es controvertido que éste sea el único método para estudiar el derecho que podría ser calificado como científico. De hecho, no parece que haya muchos problemas en admitir, desde un punto de vista realista, que existen otros métodos para el estudio del derecho positivo que no tienen pretensiones predictivas y que, sin embargo, pueden ser considerados como científicos (por ejemplo, la kelseniana interpretación científica del derecho)⁵⁵. Si así están las cosas, entonces es necesario ofrecer ulteriores argumentos en favor del modelo predictivista de ciencia jurídica.

En tercer lugar, es posible imaginar estudios desarrollados mediante una metodología científica que, sin embargo, carezcan de interés y que nadie estaría dispuesto a cultivar, incluso aunque tuvieran carácter predictivo. Por ejemplo, predecir cuantas veces aparecerá la letra «a» en una sentencia judicial, por muy basado en un método científico que estuviera, carecería por completo de interés.

Por tanto, el hecho de que se trate de una disciplina científica es una razón —si es que acaso constituye una razón— solamente contribuyente, pero no concluyente, en favor del modelo realista de ciencia jurídica.

II) La segunda causa que provoca esta necesidad de una justificación práctica para la ciencia jurídica realista es la crítica que, desde las filas del post-positivismo, se ha dirigido contra los diferentes positivismos jurídicos. Dicho en extrema síntesis: según autores como ATIENZA y RUIZ MANERO⁵⁶, el positivismo jurídico —tanto como teoría del derecho como las diferentes doctrinas que insisten en que los estudiosos del derecho deben limitarse a describir el contenido del derecho— sería irrelevante pues no ofrece instrumentos suficientes para decidir los casos controvertidos, precisamente aquellos más interesantes. Tomando prestada una metáfora del propio ATIENZA, es como si los positivistas hubieran hecho voto de castidad, absteniéndose de hacer precisamente aquello más interesante, divertido y útil⁵⁷.

Hay sin embargo un pequeño salto argumentativo en esta crítica: se asume que, para ser relevante, la ciencia jurídica —esta vez en sentido amplio— debe estar mediada por consideraciones de tipo valorativo. Es decir, los estudiosos del derecho deben asumir un método mediado por consideraciones valorativas para que su actividad sea relevante.

El salto está precisamente en equiparar «relevancia práctica» con «mediado por consideraciones valorativas». Ahora bien, del hecho de que una disciplina deba ser relevante se sigue únicamente que debe proporcionar una información que, si fuera conocida por un agente racional, haría que éste la tomara en cuenta como una razón para la acción. Ahora bien, existen muchas disciplinas no mediadas por consideraciones valorativas que son extremadamente relevantes. Por ejemplo, resulta relevante saber

⁵⁵ P. CHIASSONI defiende que en KELSEN se encontraría un doble modelo de ciencia jurídica realista basado, por un lado, en la interpretación científica kelseniana y, por el otro, en el análisis del conjunto de normas aplicadas por los tribunales. *Vid.* CHIASSONI, 2012.

⁵⁶ *Vid.* ATIENZA y RUIZ MANERO, 2007.

⁵⁷ ATIENZA, 2011.

cuándo se producirá una erupción volcánica, y para ello debemos emplear un método que no incluya juicios de carácter ético-político o moral.

Sin embargo, no es suficiente con rechazar la crítica post-positivista y es necesario ofrecer argumentos que justifiquen por qué los estudiosos del derecho deben adoptar un método como el realista para establecer el contenido del derecho. Los siguientes argumentos están precisamente dirigidos a demostrar que la ciencia jurídica realista es una disciplina relevante para la práctica.

3.2. La justificación weberiana de la ciencia

Con el objetivo de analizar las razones que se pueden aducir en favor del modelo realista de ciencia jurídica, voy a analizar dos argumentos ofrecidos por M. WEBER en su famosa conferencia *La ciencia como profesión*⁵⁸.

A) Podemos sintetizar el primer argumento en favor de un modelo realista de ciencia jurídica del siguiente modo: según WEBER, ningún científico social debe aprovechar su reconocimiento social para avalar sus propias preferencias ético-políticas o prácticas. Esta tesis se funda en un buen argumento: parece poco sostenible afirmar que existen algo así como «expertos morales», de modo que los estudiosos del derecho deberían evitar incorporar consideraciones valorativas en su tarea de determinación del contenido del derecho porque, de este modo, estarían aprovechando su prestigio profesional como científicos para hacer pasar como tesis más plausibles lo que no son sino sus preferencias morales.

Este argumento es susceptible de dos interpretaciones diferentes: en una primera versión, el argumento afirma que nadie que goce de prestigio social en cuanto estudioso del derecho debe aprovechar su rol social para hacer valer sus preferencias ético-políticas más allá de cualquier discurso sobre el derecho. Ahora bien, en estos términos el argumento resulta decididamente excesivo pues prohibiría a cualquier estudioso hacer cualquier tipo de manifestación acerca de sus preferencias políticas, lo que no parece plausible.

En una segunda versión, más moderada y que presupone la tesis de la indeterminación racional del derecho, el argumento afirma que el estudioso del derecho no debe hacer pasar sus preferencias prácticas como descripciones del derecho. Esto es, si existen varias respuestas jurídicas justificadas y no existen expertos morales, entonces aparecería como injustificado que los juristas recurrieran a consideraciones valorativas pues estarían aprovechando su propia autoridad académica para afirmar que el contenido del derecho debe ser aquél determinado por sus propias preferencias prácticas o morales en sentido amplio.

El problema es que este tipo de justificación no constituye una razón para cultivar el modelo realista de ciencia jurídica, sino cualquier modelo de ciencia jurídica que tenga pretensiones puramente descriptivas, es decir, cualquier modelo de ciencia jurídica en sentido estricto. Por tanto, si existen razones que justifiquen desarrollar una

⁵⁸ Es importante señalar que WEBER no utiliza estos argumentos en relación a la ciencia jurídica, que es objeto de un análisis del todo diferente. *Vid.* WEBER, 2008: 221 y ss.

ciencia jurídica realista, éstas no pueden estar fundadas exclusivamente en la neutralidad axiológica de tal tipo de estudios.

B) Sin embargo, el anterior no es el único argumento, ni tampoco el mejor, que WEBER ofrece para cultivar disciplinas científicas. WEBER presenta otros cuatro argumentos que justificarían dedicar los propios esfuerzos a la ciencia.

i) La ciencia nos permite desarrollar la técnica, es decir, el conocimiento necesario para el dominio del mundo natural y social.

ii) «[L]a ciencia proporciona métodos para pensar, instrumentos y disciplina para hacerlo» (WEBER, 2008: 223).

iii) La ciencia aporta claridad frente a las diferentes posturas prácticas que se pueden adoptar, además del conocimiento de los medios necesarios para conseguir determinados fines y poder conocer las consecuencias de nuestras acciones.

iv) La ciencia permite tomar conciencia sobre las acciones solidarias o coherentes con los propios valores u objetivos que cada persona adopta.

Analizaré cada uno de estos cuatro argumentos por separado para establecer en qué sentido tales argumentos pueden ser aducidos en favor de un modelo realista de ciencia jurídica.

i) Según WEBER, la ciencia sería el conocimiento que nos permite conocer el mundo natural y social para manejarlo y dominarlo. Traducido al ámbito jurídico, la ciencia jurídica realista nos permitiría conocer las consecuencias prácticas de nuestras acciones y, con base en dicha información, orientar instrumentalmente la propia conducta. Es decir, tal conocimiento serviría para orientar nuestra conducta con base en las consecuencias que tendrá aquella.

Sin embargo, esta primera razón es rechazada por WEBER por fútil: «La ciencia proporciona conocimientos sobre la técnica que, mediante la previsión, sirve para dominar la vida, tanto las cosas externas como la propia conducta de los hombres. Dirán ustedes que por ese camino nos encontramos con la verdulera del muchacho americano; esa es también mi opinión» (WEBER, 2008: 223). Es decir, la utilidad técnica de una disciplina no constituiría una razón suficiente para cultivar una disciplina científica.

ii) En segundo lugar, según WEBER, cultivar cualquier disciplina científica proporciona «métodos para pensar, instrumentos y disciplina para hacerlo» (WEBER, 2008: 223). Ahora bien, esta segunda razón para cultivar la ciencia no parece que sea exclusiva del modelo realista y puede ser reivindicada por todos los modelos de ciencia jurídica, o por cualquier disciplina rigurosa. Además, se podría añadir, antes que ser una tarea de la ciencia, la disciplina que se dedica a clarificar la estructura del pensamiento es la filosofía.

iii) En tercer lugar, según WEBER, la ciencia nos permite conocer las acciones solidarias con nuestras posiciones prácticas y cuáles son los medios idóneos para provocar un determinado efecto en el mundo.

Podemos interpretar este argumento de dos maneras diferentes: en primer lugar, la ciencia nos permitiría conocer las acciones axiológicamente coherentes con nuestros valores; en segundo lugar, como el conocimiento que nos permite identificar los medios necesarios para alcanzar determinados fines. Dado que la primera interpretación coincide con la cuarta razón aportada por WEBER, aquí analizaré únicamente la segunda.

Parece claro que, en esta segunda interpretación, esta razón es idéntica a la expresada en el primer argumento de WEBER: la ciencia serviría para conocer los medios necesarios para alcanzar determinados objetivos, y orientar la acción con base en dicho conocimiento. Traducido al campo jurídico el argumento es siempre el mismo: lo que justificaría cultivar la ciencia jurídica realista sería la capacidad de conocer las consecuencias de nuestros actos y, de este modo, orientar la propia conducta. Sin embargo, WEBER rechaza esta razón como insuficiente.

iv) En último lugar, según WEBER, la ciencia nos permite conocer las diferentes posturas prácticas que podemos adoptar y que honran nuestros valores (WEBER, 2008: 225). Es decir, la ciencia nos permitiría conocer las acciones que un sujeto debe realizar si quiere ser coherente con sus propios valores o principios.

Sin embargo, parece bastante claro que este tipo de «conocimiento» no nos lo proporcionan las disciplinas científicas sino la filosofía práctica. Y a menos que reduzcamos coherencia axiológica al razonamiento instrumental medios-fines —en cuyo caso terminaría nuevamente colapsando con el aspecto técnico de las ciencias— no se ve cómo la ciencia puede informarnos acerca de la coherencia de nuestras acciones respecto a un conjunto de valores.

Las razones ofrecidas por WEBER resultan por tanto insatisfactorias. Mejor dicho, lo que resulta insatisfactorio es que se deshaga con tanta rapidez del que parece el mejor argumento en favor de cultivar disciplinas científicas en general, y la ciencia jurídica realista en particular: el aspecto técnico de las disciplinas científicas, es decir, la posibilidad de prever las consecuencias de nuestras acciones⁵⁹.

3.3. Una justificación práctica del realismo jurídico

Lo que voy a hacer a continuación es ofrecer cuatro argumentos sobre la relevancia moral de conocer las consecuencias de nuestras acciones; en concreto, conocer qué tipo de consecuencias jurídicas es probable que asocien jueces y tribunales a nuestras acciones. Ello porque parece que existen buenas razones para pensar que conocer las consecuencias de nuestras acciones en general, y cómo las calificarán los jueces en particular, tiene relevancia moral.

a) El primer argumento es que es razonable afirmar que tenemos una obligación moral general de conocer —al menos algunas— de las consecuencias de nuestras acciones. En este sentido, no sólo modulamos culpa y/o responsabilidad dependiendo de si la persona conocía las consecuencias de sus actos sino que normalmente aceptamos que los sujetos tienen la obligación de conocer, al menos en algunos ámbitos, las consecuencias de sus acciones. Ahora bien, si las consecuencias de mis acciones dependen,

⁵⁹ No sostengo que WEBER no concede relevancia la posibilidad de realizar predicciones. Lo que sostengo es que si bien WEBER da importancia a la posibilidad de generar un conocimiento técnico a partir del científico —«¿Por qué ocuparse de algo [la ciencia] que no tiene ni puede tener nunca un fin? [...] Una primera respuesta es para orientar nuestro comportamiento práctico»— termina descartando una justificación práctica de la actividad científica basada exclusivamente en tal posibilidad: «Tal respuesta es correcta, pero tiene importancia sólo para el hombre práctico». *Cfr.* WEBER, 2008: 199. Agradezco a D. MORENO que me ha obligado a precisar mis afirmaciones sobre este punto.

al menos parcialmente, de las futuras decisiones judiciales, entonces tenemos una primera razón de orden moral para investigar cómo decidirán los jueces.

b) El segundo argumento es que la posibilidad de conocer las consecuencias de nuestras acciones es una condición necesaria para poder construir planes de vida. Y poder construir planes de vida constituye un requisito necesario de la autonomía personal. Traducido al campo jurídico esto quiere decir que poder conocer las consecuencias jurídicas de nuestras acciones —qué nos puede suceder realmente si realizamos ciertas acciones— constituye un elemento esencial para autodeterminarnos. Parafraseando a BOBBIO: saber si, ejerciendo la desobediencia civil, nos arriesgamos o no a acabar en la cárcel.

c) El tercer argumento constituye en realidad una variante o una consecuencia del anterior. En efecto, uno de los valores fundamentales de nuestras culturas jurídicas es la seguridad jurídica y/o la certeza del derecho. En este sentido, si el derecho está racionalmente indeterminado, al menos en algunas de sus partes, entonces no son las doctrinas acerca de cómo deben decidir los jueces los casos difíciles las que están en mejor posición para garantizar la certeza del derecho. Ello, banalmente, porque los jueces siempre pueden ignorar tales doctrinas o elegir entre doctrinas en competición. Una ciencia jurídica que pretende describir y predecir cómo deciden los jueces es la que se encuentra en mejor posición para garantizar el valor de la seguridad jurídica.

d) El último argumento afirma que los operadores jurídicos, en cuanto administradores directos o indirectos del monopolio institucional de la violencia, tienen un deber moral especial de conocer las consecuencias de sus propias acciones. Ello debido a que el derecho afecta a la mayoría de los bienes y valores morales que consideramos dignos de protección. Tal conocimiento sería proporcionado por la ciencia jurídica realista, el único modelo de ciencia jurídica que específicamente trata de establecer bajo qué condiciones se hará uso de la violencia institucional. Tal conocimiento resulta relevante para varios sujetos.

i) En primer lugar, normalmente se considera que la ciencia jurídica realista sería útil para quien quiere calcular las consecuencias de sus propias acciones y orientar consecuentemente su conducta. En este sentido, la figura del «*bad man*» (HOLMES, 1975: 18) ha sido frecuentemente asociada con el realismo jurídico. Conocer las consecuencias jurídicas de las acciones tendría así valor moral —ya que afecta o puede afectar a algunos de los bienes que más estima— para quien cumple las normas no porque asume el punto de vista interno, sino porque desea evitar que recaiga sobre él la violencia que administra el derecho.

No obstante, esta afirmación debe ser matizada o completada. Ello porque aquella del *bad man* es exactamente la misma posición que adoptan los abogados cuando persiguen los intereses de sus clientes. Esto es, la posición que ocupa quien no simplemente debe dar cumplimiento a las normas jurídicas sino que puede, pero sobre todo debe, elegir entre diferentes cursos de acción dependiendo de las consecuencias jurídicas que desea alcanzar.

ii) En segundo lugar, también los propios jueces deberían preocuparse sobre cómo otros tribunales percibirán o interpretarán las decisiones por ellos dictadas. Cuestiones tales como si sus decisiones serán sistemáticamente anuladas por otros tribunales o si pueden llegar a modificar la jurisprudencia consolidada, hacen que los

jueces tengan un deber moral especial de conocer cómo sus decisiones serán interpretadas, usadas y consideradas jurídicamente por otros tribunales. Además, disponer de tal conocimiento —cómo juzgarán los tribunales superiores sus decisiones— haría que la Administración de justicia fuera más racional.

iii) Por último, conocer las consecuencias de las propias acciones tiene también una relevancia fundamental para quien adopta la posición del «gran reformador» (LLEWELLYN, 1953: 64 y ss.), quien pretende alcanzar determinados fines o efectos mediante el derecho⁶⁰. Es decir, quien pretende cambiar no sólo los enunciados normativos sino modificar las condiciones bajo las cuales se empleará la violencia institucional. Conocer cómo serán interpretados y a qué tipos de decisiones se llegará con base en los enunciados normativos emanados por las autoridades normativas constituye una condición necesaria del éxito de cualquier política o cambio social que deseemos producir mediante el derecho.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., 1991: *Lo racional como razonable*, Madrid: CEPC.
- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., 1987: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea.
- 1991: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEPC.
- ALEXY, R., 1989: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: CEPC.
- ARNOLD, Th., 1930: «Criminal Attempt», *Yale Law Journal*, núm. 40.
- ATIENZA, M., 2011: «Sobre constitucionalismo, positivismo jurídico y iusnaturalismo», *Teoría Política*, núm. 2.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 2007: «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, 27.
- BOBBIO, N., 1992: «Essere e dover essere nella scienza giuridica», en N. BOBBIO, *Diritto e potere*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- 1996: *Il positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli.
- BULYGIN, E., 1991a: «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN.
- 1991b: «El concepto de vigencia de Ross», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN.
- CALSAMIGLIA, A., 1990: *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel.
- CASTIGNONE, S., 1995: «Realismo americano e realismo escandinavo», en *Diritto, linguaggio, realtà*, Torino: Giappichelli.
- CHIASSONI, P., 1999: *La giurisprudenza civile*, Milano: Giuffrè.
- 2012: «El realismo radical de Hans Kelsen», en *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá: Universidad del Externado.
- COHEN, F., 1959: *Ethical Systems and Legal Ideas*, New York: Ithaca.
- 1962: *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- COURTIS, C. (ed.) 2006a: *Observar la ley*, Madrid: Trotta.
- 2006b: «El juego de los juristas», en C. COURTIS (ed.).
- CROSS, F., 1997: «Political Science and the New Legal Realism», *Northwestern University Law Review*, núm. 92.

⁶⁰ Esta es curiosamente la función que termina atribuyendo Kelsen a la ciencia jurídica o, al menos, a la interpretación científica del derecho. *Vid.* Kelsen, 2011: 7.

- CRUZ PARCERO, J. A., 2006: «Los métodos para los juristas», en C. COURTIS (ed.): 2006a.
- DAVIDSON, D., 1992: «Azioni, ragioni e cause», en *Azioni ed eventi*, Bologna: Il Mulino.
- DOUGLAS, W., 1929: «Vicarious Liability and Administration of Risk I», *Yale Law Journal*, núm. 38.
- ERLANGER, H.; GARTH, B.; LARSON, J.; MERTZ, E.; NOURSE, V., y WILKINS, D., 2005: «Is it Time for a New Legal Realism», *Winconsin Law Review*.
- FARRELL, M. D., 1972: *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires: Astrea.
- FERRAJOLI, L., 2007: *Principia Iuris*, Roma-Bari: Laterza.
- FRANK, J., 1949: *Law and the Modern Mind*, London: Stevens&Sons.
- 2001: *Derecho e incertidumbre*, México: Fontamara.
- FRIEDMANN, W., 1960: *Legal Theory*, London: Stevenson.
- GREEN, L., 1927: *Rationale of proximate cause*, Kansas City: Vermon Law Company.
- GUASTINI, R., 2006: *Il diritto come linguaggio*, Torino: Giappichelli.
- 2011: *La sintassi del diritto*, Torino: Giappichelli.
- HART, H., 2004: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HERVADA, J., 2002: *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona: Eunsa.
- HOLMES, O. W., 1975: *La senda del derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HORWITZ, M., 2004: *La trasformazione del diritto americano*, Bologna: Il Mulino.
- HUTCHENSON, W., 1929: «The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision», *Cornell Law Quarterly*, núm. 14.
- JAKAB, A., 2011: «Seven Role Models of Legal Scholars», *German Law Journal*, núm. 12.
- JHERING, R. VON, 1987: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid: Civitas.
- 1993: *La lucha por el derecho*, Madrid: Civitas.
- 1995: *El fin del derecho*, Granada: Comares.
- JORI, M., 1976: *Il metodo giuridico*, Milano: Giuffrè.
- KELSEN, H., 1995: *Teoría general del derecho y del Estado*, México: UNAM.
- 2005: *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa.
- 2011: «Sobre la interpretación», *Eunomía*, núm. 1.
- LEITER, B., 1995: «Legal Indeterminacy», *Legal Theory*, núm. 1.
- 2007: «Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered», *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press.
- LLEWELLYN, K., 1931a: «Some realism about realism. Responding to Dean Pound», *Harvard Law Review*, núm. 44.
- 1931b: «What Price Contract?», *Yale Law Journal*, núm. 40.
- 1950: «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to Be Construed», *Vanderbilt Law Review*, núm. 3.
- 1953: *Belleza y estilo en el derecho*, Barcelona: Bosch.
- 1989: *The Case Law System in America*, University Chicago Press, Chicago.
- 1991: *The Bramble Bush*, New York: Oceana.
- MARTIN, M., 1997: *Legal Realism*, New York: Peter Lang.
- MILLER, T., y SUNSTEIN, C., 2008: «The New Legal Realism», *Chicago Law Review*, núm. 75.
- MONTORO BALLESTEROS, A., 2007: «Sobre la teoría imperativista de la norma jurídica», *Anales de derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 25.
- NEUMANN, U., 1992: «La teoría de la ciencia jurídica», en A. KAUFMANN y W. HASSEMER (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid: Debate.

- NINO, C. S., 1974: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México: UNAM.
- 2003: *Algunos modelos de «ciencia» jurídica*, México: Fontamara.
- NOURSE, V., y SHAFFER, G., 2009: «Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?», *Cornell Law Review*, núm. 95.
- NÚÑEZ VAQUERO, A., 2013: «Five Models of Legal Science», *Revus*, núm. 19.
- OLIPHANT, H., 1923: «The Problems of Logical Methods from the Lawyer's Point of View», *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York*, vol. 10, núm. 3.
- 1928: «A Return to *Stare Decisis*», *American Bar Association Journal*, núm. 14.
- OLIPHANT, H., y HEWITT, A., 1929: «Introduction», en J. RUEFF, *From the Physical to Social Sciences*, Oxford University Press.
- OLIVECRONA, K., 1980: *El derecho como hecho*, Barcelona: Labor.
- 2010: *Lenguaje jurídico y realidad*, México: Fontamara.
- OST, F., 1999: «Ciencia del derecho», en J. PALOMINO MANCHEGO (ed.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho*, Lima: Griley.
- PATTARO, E., 1971: «Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico», *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, XLVIII.
- PECZENIK, A., 2007: *Scientia Juris*, Dordrecht: Springer.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A., 2008: *El instrumentalismo jurídico americano*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- POSNER, R., 2011: *Cómo deciden los jueces*, Madrid: Marcial Pons.
- RATTI, G., 2008: *Sistema giuridico*, Torino: Giappichelli.
- REDONDO, M. C., 1996: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: CEPC.
- ROCA, V., 2008: «La ciencia del derecho en la obra de C. S. Nino», en C. ROSENKRATZ (ed.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, México: Fontamara.
- ROSS, A., 1976: *Tû-Tû*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- 1997: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba.
- RUMBLE, W., 1968: *American Legal Realism*, Cornell University Press.
- SHINER, R., 2010: «*Ratio Decidendi*», en *IVR Encyclopedy*. Disponible online en http://ivr-enc.info/index.php?title=Ratio_Decidendi (fecha de consulta: 10 de mayo de 2010).
- SPAACK, T., 2009: «Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences», en M. DAHLBERG (ed.), *De Lege: Uppsala-Minnesota Colloquium: law, culture and values*, Uppsala: Iustus.
- SUMMERS, R., 1982: *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press.
- TAMANAH, B., 2009: *Beyond the Formalist-Realist Divide*, Princeton University Press: New Jersey.
- TARELLO, G., 1962: *Il realismo giuridico americano*, Milano: Giuffrè.
- 1974: «Realismo giuridico», en *Diritto, enunciati, usi*, Bologna: Il Mulino.
- 1988: «La sociologia nella giurisprudenza», en *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna: Il Mulino.
- VAN HOECKE, M. (ed.), 2011: *Methodologies of Legal Research. Wich kind of method for which kind of discipline?*, Oxford: Hart Publishing.
- WEBER, M., 2008: *El político y el científico*, Madrid: Alianza Editorial.
- WROBLEWSKI, J., 1989: *Contemporary models of legal sciences*, Lodz: Polish Academy of Sciences.

SIN DERECHO NI RAZÓN. SOBRE EL GARANTISMO PENAL DE L. FERRAJOLI: SU CARENCIA DE VALIDEZ CIENTÍFICA Y DE PRACTICIDAD REAL*

Minor E. Salas

Universidad de Costa Rica

RESUMEN. En este artículo quiero examinar, desde una óptica especialmente crítica y sin consideraciones a su amplia moda actual, algunas (no todas) las ideas centrales propuestas por L. FERRAJOLI con respecto a la doctrina del *garantismo penal*, tal como ésta se presenta básicamente en su obra *Derecho y razón*. Después de denunciar algunos vicios argumentativos —elementales, pero no por ello menos importantes— en que incurre el autor italiano, concluyo que las tesis centrales del llamado garantismo no aportan, en lo fundamental, nada sustancial al *corpus* del conocimiento que existe y que se conoce desde hace mucho tiempo sobre la materia penal. Al contrario, dicho garantismo resulta ser en la actualidad una *ideología* jurídicista, no sólo engañadora sino acaso hasta dañina. Ella presenta el saber penal como si en este se tratara de una actividad primordialmente cognitiva y racional (científica), incluso susceptible de formalizaciones lógicas (*por mor* de algunas tablas «garantistas»). Así conduce a apartar la vista de las grandes líneas retóricas, vindicativas, poco racionales e incluso corruptas por las que desfilan, hoy como ayer, muchos de los casos penales que se resuelven en la práctica forense de los tribunales judiciales, especialmente en países como los de América Latina.

Palabras clave: FERRAJOLI, garantismo penal, *Derecho y razón*.

ABSTRACT. In this paper I seek to examine, from a strictly critical point of view, some of the central ideas proposed by FERRAJOLI on the doctrine of criminal garantism, such as they are presented in *Derecho y razón*. After denouncing some argumentative mistakes made by the Italian author, I conclude that the main thesis of the so called garantism do not contribute anything substantial to the *corpus* of the existing knowledge on this subject. On the contrary, this garantism is at present a kind of «juridicist» *ideology* which is not only misleading but even harmful. This ideology presents criminal knowledge as if it were primarily a cognitive and rational (scientific) activity, even capable of logical formalization. In this way it leads one to ignore the main vindictive, rhetorical and scarcely rational and even corrupt trends that still today characterize many of the criminal cases that are resolved by the judiciary, particularly in Latin American countries.

Keywords: FERRAJOLI, criminal garantism, *Derecho y razón*.

Toda esa teoría no sirve más que para rebatirla.

LICHTENBERG

* Fecha de recepción: 14 de febrero de 2012. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2012.

LFERRAJOLI (italiano, n. 1940-) es un autor que está de moda. Así lo demuestra su más reciente obra: *Principia Iuris*¹, que ha pasado, poco tiempo después de su aparición, a formar parte de los libros más celebrados, con bombos y platillos, de Teoría del Derecho publicados en las últimas décadas. Ejemplo evidente de esto es también la aparición en la prestigiosa revista española *Doxa* de toda una sección, en la cual participa casi una veintena de autores de varios países, dedicada al examen y discusión de las tesis propuestas por FERRAJOLI en ese texto². Allí, apenas iniciando esa sección y sin que se filtre el menor asomo de duda, un connotado jurista español declara, sin reserva alguna: ¡«Soy creyente»! [...en FERRAJOLI]. Tal vez mi colega español haya lanzado tal afirmación a modo, simplemente, de una frase provocativa. ¡Pero no podría haber dado mejor en el clavo! En efecto, adherir a las tesis de nuestro autor no es, al fin de cuentas, sino una mera *declaración de fe*.

Ni más ni menos que de *esa* misma manera, justamente por ser recibida como una «verdad» de fe, vale decir, inmunizándose de antemano contra la posibilidad de hacerla objeto de unos análisis que no sean *a priori* «creyentes», es cómo la teoría del garantismo penal ha devenido —desde la aparición en 1995 del libro de FERRAJOLI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*³ (amén de posteriores publicaciones suyas)— en una referencia usual y casi obligada para los más diversos círculos del derecho penal, especialmente en el ámbito de habla española. A partir de sus tesis ha surgido, en el campo penal y procesal penal, una acalorada disputa entre los partidarios de lo que se podría denominar, genéricamente y en el lenguaje ferrajoliano, como el modelo garantista (*Il modello garantista*), por un lado, y el modelo antigarantista (*Il modello autoritario*), por el otro.

Digámoslo sin preámbulo. En este trabajo pretendo refutar algunas de las ideas propias del modelo garantista, o cuando menos mostrar que son poco claras o triviales, y en todo caso inducen mucho más a error que a verdad. Esta afirmación es, sin duda, una pretensión que bien podría tomarse como arrogante de parte mía, en especial considerando que el profesor FERRAJOLI es un pensador internacionalmente reconocido. Mi única posibilidad de defensa, ante reparo tan contundente, es recordar que para el mundo intelectual no es lo más recomendable (¿estoy equivocado?) hacer de éste un concurso de fama, ni de títulos, ni de nacionalidades... ¡aunque para muchos parece que es así! Culto a unas personalidades —las que estén más de moda—. Sin embargo, para no «creyentes» —todavía no está vedada del todo esta posibilidad—, a saber: pensar las cosas con la cabeza propia y examinar los problemas en sí, sin plegarse a ciertos prejuicios, gustos o preferencias que son moneda de circulación corriente en estos raros tiempos.

¹ *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 1. *Teoría del derecho*, 2. *Teoría de la democracia*, 3. *La sintaxis del derecho*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, M. GASCÓN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL, Madrid, Trotta, 2011.

² *Doxa* 31, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 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, España, 2008, 201-434.

³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de N. BOBBIO, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ et al., 3.ª ed., Madrid, Trotta, 1998.

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La discusión sobre el garantismo y el antigarantismo penal está dominada, en muchos casos y en el plano de las discusiones académicas actuales, por una alta dosis de generalidad, como también por no menos imprecisión y por mucha retórica. En ese debate no resulta inusual encontrarse, en uno y otro bando, afirmaciones tan disparatadas y contradictorias como las halladas en el siguiente catálogo (ejemplo paradigmático que me permito transcribir de un escrito publicado), el cual me parece de lo más representativo y sintomático de lo dicho:

— [...] El garantismo penal desprotege a las víctimas de los delitos.—Por culpa del garantismo penal los delincuentes cometen delitos libremente porque nunca serán sentenciados.—El garantismo penal y el abolicionismo penal significan lo mismo.—Los testigos del proceso son amenazados por culpa del garantismo penal.—El crimen organizado se persigue debilitando el garantismo penal.—El garantismo penal impide la creación de nuevos delitos.—El garantismo penal está en contra de las penas de prisión.—El garantismo penal es causa de la impunidad.—El garantismo penal le hace daño a la sociedad⁴.

Frente a este catálogo de presuntos vicios o máculas, sugerido por parte de los detractores del garantismo penal, se le suele contraponer otro catálogo (no menos impreciso), esta vez por parte de sus defensores, que va más o menos en los siguientes términos:

[...] — [El garantismo] evita que personas inocentes sean víctimas de una condena injusta.—[E]l garantismo no facilita la comisión de delitos y tampoco puede evitar la condenatoria de un (una) imputado(a) cuando las pruebas en su contra no dejan duda sobre su culpabilidad.—[El garantismo y el abolicionismo] son dos cosas distintas; el primero procura que se responsabilice a quienes delinquen, pero respetándoseles el debido proceso y su dignidad humana, en tanto el segundo aboga por desaparecer esa posibilidad.—[La amenaza de testigos] debe abordarse mejorando las formas de protección de testigos, sin que se recurra a propuestas que atenten contra las garantías del proceso.—Lo que resulta conveniente no es disminuir las garantías del proceso, sino mejorar la eficiencia en la investigación judicial, modernizando los recursos logísticos e intensificando la capacitación de los funcionarios.—[E]l garantismo procura evitar un crecimiento desmedido del derecho penal y que este asuma situaciones que bien pueden ser resueltas, eficientemente, por vías no penales o administrativas.—[El garantismo] procura que el derecho penal envíe a prisión sólo a quienes lesionan bienes jurídicos que son esenciales para la convivencia social, como —por ejemplo— la vida humana y otros más.—[L]as garantías fueron estatuidas sólo para el proceso penal; de manera tal que los problemas de inseguridad corresponde resolverlos sólo al Poder Ejecutivo.—[El garantismo] fortalece el Estado de Derecho⁵.

Por supuesto, y esto es esencial enfatizarlo, ni a FERRAJOLI ni a su teoría del garantismo, tal y como ésta se presenta en su libro *Derecho y razón*, le cabe responsabilidad alguna por las imprecisiones, confusiones o malentendidos que se generen en torno a un concepto («el garantismo penal») sobre el cual, en todo caso, aquel mismo no tiene —valga la expresión— el monopolio de su uso, ni tampoco el de la verdad de su contenido, a pesar de haber sido quien le dio la ciudadanía internacional en la discusión

⁴ Tomado de J. F. CAMPOS C., «Mitos y falacias sobre el garantismo penal». En la dirección electrónica: http://www.nacion.com/ln_ee/2008/septiembre/09/opinion1694209.html.

⁵ Id.

académica. Sería absurdo, es más, una torpeza, sostener que cualquier disparate que se diga, aunque sea invocando el patrocinio conceptual de ese autor, ha de atribuírsele a la teoría garantista propuesta y defendida verdaderamente por su propia parte. Desde luego, yo estoy muy lejos de sostener semejante tontería.

Sin embargo, las contradicciones que afloran marcadamente en los párrafos transcritos sobre la categoría: «garantismo», ponen en evidencia algo que, desde mi punto de vista, es difícilmente refutable, a saber: la vasta multiplicidad de sentidos que se le pueden otorgar (y de hecho se le otorgan) a ese concepto, así como los muchos y contradictorios planos que allí salen a flote. No se trata, pues, de una categoría explicativa precisa, neutral, ajena a un discurso emotivizante e ideológicamente comprometido. Esta circunstancia, si bien constituye una apreciación elemental en el plano teórico, no deja de tener trascendencia a la luz de la laxitud metodológica, de la manipulación política y de la debilidad epistemológica que se infiltra en muchas de las discusiones que se gestan en este ámbito. Importa sacar a la luz que se trata de unas *imposturas intelectuales* (Sokal/Bricmont) cosechadas al calor de la moda actual del garantismo; pero no menos son tales también, por otro lado, las variadas acuñaciones terminológicas, no menos simplistas, que se le han contrapuesto desde otras veredas doctrinarias («derecho penal del ciudadano», «derecho penal del enemigo», etc.)⁶.

No pocas veces se provoca la impresión de que una obra como éstas a las que nos tiene acostumbrados FERRAJOLI —muy extensa y sistemática— requiere, para ser criticada auténticamente, enfrentarla mediante un despliegue teórico que necesitaría ser *no menos* extenso y sistemático. Tal consideración es de lo más errónea. Si uno quisiera criticar todos los aspectos de un libro como *Derecho y razón*, deteniéndose asimismo en todos y cada uno de los malentendidos que allí pueda haber, tendría que escribir no uno, ni dos, ni tres, sino muchos tomos iguales. Eso conduciría a la parálisis del pensamiento. Al final resultaría que, como es imposible examinar todo, no se critica nada. De ahí al dogmatismo, hasta el más cerrado imaginable, hay poco trecho. En mi caso, lo que examinaré son unas cuantas ideas asociadas a un único concepto: el de *garantismo penal*. Y al respecto, ni siquiera pretendo hacer un análisis pormenorizado de cada uno de los elementos que conforman esa categoría; he de referirme a cuestiones generales, pero no por ello menos importantes, en el abordaje que hace FERRAJOLI de dicha noción, así como a posibles consecuencias que de allí se derivan.

En síntesis: FERRAJOLI es un pensador del derecho cuya obra se presenta como importante hoy día. Sus ideas y su doctrina sobre el garantismo penal circulan ampliamente en los ambientes intelectuales internacionales. Sin embargo, yo no he encontrado, hasta el momento, una valoración y crítica sustancial de esas ideas y de esa doctrina. Así es cómo tal «garantismo» ha terminado por convertirse en poco menos que un *dogma* en muchos círculos profesoriales e incluso judiciales del derecho penal y procesal penal. Un dogma al que apelan, de manera poco clara y desinformada, muchas personas: abogados, jueces, profesores de derecho; de la derecha, de la izquierda, del centro —...hay «creyentes» repartidos por todo el espectro político—. Dado ese amplio eco publicitario con que cuenta semejante ideología, me parece que bien vale

⁶ Para una discusión, *vid.* mi trabajo: «Ni Roxin ni Jakobs. ¿Necesita la dogmática jurídica otro repertorio más de fórmulas vacías?», estudio cuya publicación estoy tratando de lograr.

la pena hacer ver sus falacias claves y en general las principales deficiencias de concepción que caracterizan a los dogmas fundamentales sobre los cuales se asienta esa doctrina globalmente. Eso sí, deslindemos bien nuestro tema. Lo advierto una vez más: este estudio se concentra sobre *algunas* de las ideas expuestas por FERRAJOLI. No voy a referirme a toda su obra —si es que tal cosa fuese en todo caso posible— ni siquiera a todos los aspectos contenidos en una de sus obras especializadas sobre la cuestión (*Derecho y razón*). Tampoco voy a exponer, con excesivo detalle, las clasificaciones y divisiones que incorpora el autor para ilustrar sus tesis básicas, especialmente en lo referente al campo del derecho constitucional y de los derechos fundamentales. Simplemente, voy a tomar unas cuantas de sus afirmaciones sobre el garantismo penal y examinarlas «en frío» (valga el término); es decir, tratando de no prejuizar *a priori* si lo que allí se afirma es correcto, convincente o no. Es cierto que muchas de las ideas de ese autor (y él mismo lo ha reconocido)⁷ sobre el garantismo tienen vigencia en otros campos distintos al derecho penal, pero en este trabajo no exploraré las consecuencias que tengan esas ideas en esos otros campos, sino sólo en el ámbito jurídico-penal.

2. HIPÓTESIS BÁSICAS A EXAMINAR (ADELANTADAS DE MODO AFORÍSTICO)

[...] los conceptos viven su propia vida, y si no quieres arruinarte todas tus posibilidades de ingresar en este reino, no preguntes jamás a nadie para qué sirve todo esto que acá ves⁸.

Voy a postular primordialmente las siguientes **hipótesis de trabajo**, ciertamente provocativas. Ahora me limito a señalarlas muy aforísticamente; serán examinadas con mayor detenimiento a lo largo de este texto.

Primera Tesis: bajo el difuso concepto de garantismo caben (como ya se vio) muchas cosas. De allí que algunas precisiones básicas que se puedan hacer respecto a esa noción son, sin duda, pertinentes. Empero, la enorme cantidad de clasificaciones y divisiones por las que apuesta FERRAJOLI y, peor aún, la axiomatización de las tesis garantistas, representa simplemente una *pedantería*, un juego intelectual inútil. De lo que debiera tratarse, en cambio, es de ver si esas tesis tienen o no influencias, mayores o menores, en qué grados y de qué tipos, en los procesos penales *concretos* de un determinado ordenamiento jurídico. Lo del garantismo apunta, si bien se mira la cuestión,

⁷ Dice FERRAJOLI: «Más concretamente, la expresión “garantismo”, en su sentido estricto de “garantismo penal”, surgió, en la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales... Por otro lado, a mi juicio, una concepción de este tipo del garantismo resulta extensible, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean éstos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes, públicos o privados, estatales o internacionales». En el artículo: «Garantías», publicado en español en *Jueces para la democracia*, núm. 38, trad., del italiano de A. DE CABO y G. PISARELLO, Madrid, 2000, 39.

⁸ «...der Frohndienst der Begriffe, die anstatt, wie sie es beanspruchen können, sich selber zu leben, und wenn Du Dir die Aussicht auf Aufnahme nicht gänzlich abschneiden willst, so richte an Niemanden die Frage: wozu denn alles, was Du hier siehst, dienen solle. Dienen! Das fehlte noch, daß die Begriffe auch in unserm Himmel dienen sollten...» (R. v. JHERING, «Im juristischen Begriffshimmel», Parte III de *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*; arriba traducción parcial, según la versión de T. A. BANZHAF, en *Bromas y veras en la Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1974).

típicamente hacia lo que E. P. HABA denomina *novela de conceptos*⁹. En esa novela abundan categorías cuyo contenido no es descriptivo, como podría pensarse en un primer momento, sino básicamente emotivo y esencialista; o sea, eso son unas meras *definiciones persuasivas* (Ch. L. STEVENSON) que se utilizan para crear estados de ánimo y no para describir procesos conductuales reales de los agentes jurídicos.

Segunda Tesis: por principio, es posible formalizar lógico-simbólicamente toda suerte de referentes; al igual que es posible ponerse a contar y registrar con fines matemáticos —valga la imagen algo grosera— todos los granitos de arena que hay en una playa italiana. Sin embargo, la verdadera cuestión es esta otra: ¿para qué hacer eso? ¿Cuáles son los objetivos, teóricos o prácticos, que se quieren alcanzar? Pareciera que FERRAJOLI define y clasifica conceptos por el mero gusto de hacerlo, por una suerte de *vis clasificatoria*, a la cual se hará referencia luego. Por supuesto, siempre queda el recurso de reconocer simplemente que todo eso se hace con un interés puramente abstracto, del conocimiento por el conocimiento mismo. Ahora bien, ¿es eso lo que realmente quiere hacer FERRAJOLI con su teoría formalizada del garantismo? Pareciera que no. Allí se aspira a tener alguna utilidad práctica o, cuanto menos, teórica; pero entonces, ¿de qué tipo de utilidad estamos hablando? Todo esto provoca una confusión del plano puramente sintáctico-semántico con el pragmático.

Tercera Tesis: el aspecto realmente problemático en algunas de las tesis del garantismo penal no es tanto lo que ellas **dicen** (algunas ideas muy conocidas o incluso, lugares comunes), sino lo que no dicen. En efecto, ellas sirven sobre todo para *apartar* la vista de ciertos aspectos de la realidad forense: el carácter retórico del derecho, la sed de venganza sobre la que se basa el proceso penal en buena parte, la poca o ninguna sistematicidad del ordenamiento jurídico, las funciones simbólicas del derecho penal, la irracionalidad que está en la base de las actuaciones de las personas involucradas en un proceso judicial, la posible corrupción política y económica, etc. De tal manera se genera la impresión de que lo allí postulado encajará y mejorará sin más, y acaso hasta de una manera sistemática, la realidad judicial misma; cuestión ésta que está muy lejos, por supuesto, de poder cumplirse, y que se constituye en una mera «concepción misionera» acerca del jurista.

Cuarta Tesis: sostener —como lo hace FERRAJOLI en distintas partes de su obra— que su sistema garantista es simplemente un modelo normativo o ideal basado en unos «axiomas básicos» es una *estrategia de inmunización* (H. ALBERT) para exorcizar la crítica. De esa forma, o sea, apelando a esos axiomas fundamentales del sistema (cuyo contenido está dado por unos «principios generales» que son suficientemente vagos e indeterminados) se garantiza que, frente a posibles objeciones sobre la funcionalidad empírica o sobre la plausibilidad judicial de su construcción logicista, la crítica sea despachada con la respuesta de que se trata, al final de la partida, de un modelo ideal que nunca se alcanzará de manera perfecta en la realidad, pues es «normativo». Surge así, únicamente que apertrechado con un carácter pseudo-analítico, un modelo que más que normativo es dogmático.

⁹ E. P. HABA, *Metodología (realista) del derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*, t. II, párrafo 2.º de la Sección G; Instituto de Investigaciones Jurídicas-Editorial Universidad de Costa Rica, San José (C. R.), 2011, 695 y ss., en prensa; texto amablemente facilitado por el propio autor.

Quinta Tesis: con base en lo señalado (Tesis 1-4) resulta que las consideraciones de FERRAJOLI incurren en no pocos vicios y sofismas. A lo largo de este artículo serán examinados, entre ellos, los siguientes: partir, en la construcción de sus sistemas, de unas definiciones puramente persuasivas; asignarle valor de verdad a ciertas clasificaciones, las que por supuesto no pueden sino ser contingentes; otorgarle forma lógica a algunas ideas propias del lenguaje ordinario; otorgarle a ciertas definiciones estipulativas el carácter de definiciones esenciales; apelar a unos principios generales que operan como parapetos lingüísticos; definir lo desconocido por medio de lo desconocido; pasar por alto la distinción entre el nivel semántico y el nivel pragmático de las expresiones lingüísticas; presentar sus ideas personales bajo unos axiomas básicos que actúan como estrategias de inmunización.

Sexta Tesis: al fin de cuentas, las tesis centrales del garantismo penal propuestas por FERRAJOLI no aportan, en lo fundamental, nada sustancial al «corpus» de conocimiento que existe y se conoce desde hace mucho tiempo sobre la materia jurídico-penal; y, sobre todo, ellas no aportan elementos de juicio para discernir lo que sucede *realmente* en la vasta mayoría de los procesos penales reales. Semejante «garantismo» resulta ser principalmente un juego académico (repetimos: una *novela de conceptos*) que, empero, no se reconoce como tal. Así él se constituye en una ideología confusionista disfrazada, mediante la cual se aparta la mirada de los temas que tienen candencia *real* para determinar las prácticas del derecho penal contemporáneo.

Será necesario, desde luego, pasar a explorar más de cerca estas hipótesis de trabajo. Para ello voy a dar por conocidas las ideas principales de FERRAJOLI sobre la cuestión examinada, me bastará con recordar aforísticamente a cuál o cuáles de ellas me refiero de modo específico en mis pasajes correspondientes. Aquí las puedo muy bien «dar por conocidas», en efecto, pues entiendo dirigirme a admiradores de dicho autor, o en todo caso a quienes celebren estar bastante al tanto de sus planteamientos principales por considerarlos de señalada importancia. Es obvio que, en cambio, no seré yo quien recomiende sumergirse en dichos planteamientos a quienes no lo hayan hecho ya; en este último caso, por supuesto que no he de sugerirles dedicar tiempo tampoco a leer el presente trabajo (¿para qué emprender unos esfuerzos de curación si no se ha contraído la enfermedad? ¹⁰).

[No obstante, por más superfluo, y no menos fastidioso, que lo considere yo mismo, no voy a eximirme de incluir una caracterización, aunque sea relativamente breve (en comparación con lo profuso de los párrafos que el autor dedica a especificarla), de cuanto el propio FERRAJOLI escribe para señalar qué entiende él por «garantismo» penal. Quien esté interesado en esos detalles, aunque nada decisivo incorporen a lo sustancial de cuanto será considerado en mis comentarios, hallará una serie de tales especificaciones suplementarias en el **Apéndice** ubicado al final del presente trabajo.]

¹⁰ En todo caso, como medida «profiláctica» (por así decir), si en algún momento estuvieren dispuestos a tomar contacto con escritos de dicho autor, tal vez no estaría de más que se tomaren la molestia de considerar las objeciones que serán planteadas aquí.

3. PRINCIPALES VICIOS EN QUE INCURRE FERRAJOLI

Una vez efectuado el resumen precedente, corresponde abocarse a ver más de cerca los señalamientos críticos así adelantados. En este apartado retomaré una por una dichas Tesis para explicitarlas propiamente.

He aquí mi **idea básica**, bastante sencilla y hasta elemental: considero que FERRAJOLI ha logrado relativamente poco con su doctrina sobre el garantismo penal. Es más, me atrevo a decir que lo logrado por él mismo es básicamente dar una presentación diferente a ideas que eran ya de circulación corriente en numerosas obras de derecho penal y procesal penal. Detrás de su aparente rigorismo analítico se esconde en realidad una suerte de «escolástica descarriada de siglo» (para usar esta feliz expresión de C. VAZ FERREIRA), pues a fin de cuentas él nos viene a reiterar, si bien con otras palabras, unas tesis difundidas desde hace muchos años en el campo de la teoría del derecho y de la filosofía política. Digo todo esto sin ignorar, por supuesto, el gran esfuerzo académico que ha puesto el autor en la elaboración de toda su batería de definiciones y clasificaciones, como así también no dejo de reconocer que aquello puede tener un interés para algunas cosas y para algunas personas. Se trata, esencialmente, de un juego intelectual: *j homo ludens!*

En lo sucesivo quiero hacer notar algunas cuestiones muy básicas sobre por qué opino lo apuntado. No sin antes señalar (para evitar posibles suspicacias, *second thoughts*, como dicen en inglés) que yo no tengo el gusto de conocer personalmente al profesor FERRAJOLI, ni tampoco tengo nada en contra de él como persona; más bien, no dejo de experimentar cierta admiración, en cuanto a fortaleza de carácter, para el empeño de investigación, por el señalado esfuerzo personal y académico que vuelca en sus libros.

Los problemas o vicios argumentativos que yo veo en la concepción expuesta de FERRAJOLI sobre el garantismo son los que pasaré a exponer (el listado, por supuesto, tampoco es exhaustivo, sino meramente ejemplar).

3.1. Partir —en la construcción de su sistema— de unas definiciones persuasivas (no rescatables para ningún discurso de exigencia científica)

La pregunta clave que quiero hacerme, y que le ruego al lector tener en cuenta, es la siguiente: ¿Quién no se sentiría contento de que lo califiquen, o incluso calificarse a sí mismo, de «garantista»? O dicho de manera inversa: ¿a quién le gustaría que lo cataloguen como un «anti-garantista» («totalitario», «antidemocrático», o cualquier otro término similar)? Este interrogante no es inocente. Con él busco básicamente llamar la atención sobre el hecho, a veces olvidado, de que la mera alusión a una «teoría general del garantismo» se convierte, a pesar o posiblemente incluso en contra de la intención de su creador, en una *definición persuasiva*. Voy a entender por definición persuasiva, de la mano de STEVENSON, aquella donde el concepto, a pesar de poseer un significado parcialmente descriptivo, lo que impone es su significado emotivo. *El propósito de la definición [persuasiva] es cambiar el significado descriptivo del término para otorgarle, usualmente, una mayor precisión dentro de los límites de su vaguedad. Pero la definición*

no produce ningún cambio fundamental en el significado emotivo del término. Y es usada, consciente o inconscientemente, para lograr que las actitudes de la gente cambien, dado el juego que existe entre el significado emotivo y el descriptivo¹¹.

Con lo anterior quiero señalar que, si bien no se puede negar que un concepto como el de «garantismo» tenga también una dimensión descriptiva, como concepto técnico dentro de una determinada doctrina; sin embargo, aquí el elemento descriptivo, que es el favorecido muchas veces por el autor, cede ante el elemento emotivo (el cual, dicho sea de paso, puede ser independiente de las intenciones mismas del autor). Evidentemente, uno puede asociar, de hecho, la palabra «garantismo» con principio de legalidad, con legitimidad en sentido material, con validez, etc.; proceder así en un nivel *lógico-semántico*, de descripción de aquellos elementos que estimamos como formando parte de la definición descriptiva del concepto de garantismo. No obstante, *psicológicamente* esos elementos son, o pueden ser, traídos a colación para cambiar la valoración que una persona tenga de ese concepto. Expresado en términos técnicos: la denotación de la palabra garantismo puede estar conformada por unos elementos descriptivos; sin embargo, su *connotación* está sujeta a la valoración o incluso a la percepción emocional de quien escucha la palabra. Este hecho, muy básico, convierte la noción de garantismo en un *término-bandera*¹², un instrumento al servicio de las emociones. Con ello lo torna muy poco propicio para efectos científicos.

3.2. Falsa precisión; asignar validez a título de verdad para unas clasificaciones contingentes

— [...] ¿Y esta máquina tan extraña?

— Es una partidora de pelos*. Cuando rindas tu examen de derecho deberás dividir con ella un cabello en 999.999 partículas... Es verdaderamente increíble cómo el ojo se va perfeccionando y cómo crece con la práctica el virtuosismo en el arte de partir pelos. Tenemos aquí algunos juristas capaces de dividir cada una de esas partículas en otras 999.999 fracciones¹³.

Un hábito intelectual —por cierto muy pertinente en el campo de la filosofía analítica (cuando no se recurre a él para unos efectos de mera pedantería)— es precisar y definir los conceptos empleados en una discusión. Recuértese, en este sentido, la máxima de CONFUCIO: «Cuando el lenguaje no concuerda, entonces todo aquello que se dice, se transforma en todo aquello que NO se intentó decir...»¹⁴. Pocas cosas hay

¹¹ Ch. L. STEVENSON, *Ética y lenguaje*, trad. de E. A. RABOSI, Barcelona, Paidós Studio, 1984, 198.

¹² «La palabra misma puede convertirse en una bandera, un símbolo de todo lo que es caro al hombre, de todo lo que ama en su nación, ya sea racionalmente contingente a la misma o no» (J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, cap. XXI, párr. IV). Cfr. E. P. HABA, «Retórica de “la” Libertad contra las libertades», *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 75 (mayo-agosto 1993), 113-158, Universidad de Costa Rica; *vid.* especialmente su apartado IV, donde el pasaje transcrito se encuentra en la p. 129, nota 6a.

* *N. del T.*: *Haarspaltemaschine*: máquina-partidora-de pelos [partir pelos (verticalmente) tiene en alemán, en sentido figurado, el significado de nimia escrupulosidad, meticulosidad excesiva].

¹³ «Das ist die Haarspaltemaschine. Es ist unglaublich, wie das Auge sich ausbildet, und wie die Virtuosität im Haarspalten durch die Übung wächst» [JHERING, *op cit.* (en la nota 9); pasaje correspondiente a la p. 202 de la mencionada traducción].

¹⁴ Citado en B. RÜTHERS, *Teoría del derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, trad. del alemán de M. E. SALAS, México D. F., Ubijus, 2009, 85.

tan dramáticas, y acaso tristes, como ver a dos pensadores de la teoría del derecho debatir interminablemente por la naturaleza de un instituto jurídico, sobre su «esencia» o sobre su significado «real». Por eso, repito, es muy conveniente utilizar las palabras de acuerdo con unos sentidos previamente estipulados, para evitar de esta manera confusiones y disputas innecesarias. De ahí, la recomendación de VAZ FERREIRA: «Del mismo modo que los cirujanos no emprenden una operación sin desinfectar previamente todos los útiles que se proponen usar, nadie debería emprender un raciocinio sin haber dejado de antemano todas las palabras que va a emplear, completamente asépticas de equívocos»¹⁵.

Hasta aquí, todo en orden. Pues bien, ¿no se trata justamente de un empeño de tal naturaleza en nuestro autor, un denodado esfuerzo suyo por *precisar* conceptos jurídicos fundamentales? ¿No es justamente *ése* el alfa y omega de la gran minuciosidad doctrinaria en que se embarca FERRAJOLI? Sí... ¡pero no! Me explico: también se presentan contextos de examen en donde, por la manera propia en que son desarrollados específicamente ciertos análisis, el resultado verdadero de éstos es que allí la propia claridad y el afán por la precisión pasan a ser convertidos en unos *obstáculos epistemológicos* (G. BACHELARD) para el pensamiento. Así es también cuando el inusitado exceso de precisiones (supuestas) «enreda» hasta tal punto el asunto considerado, que se termina perdiendo de vista el o los problemas «vitales» por resolver. Entonces ese cúmulo de precisiones no pueden ser ya en un *medio* para conocer mejor la *realidad*, sino que se constituyen antes bien en un denso enjambre de capas de *encubrimientos* frente a esta misma. La multiplicación de definiciones y clasificaciones pasa a constituirse, de hecho, en el *fin* de tales tipos de actividad discursiva, en cuanto esta es desempeñada así. Lo de FERRAJOLI constituye un ejemplo muy neto de tal tipo de discursos. Basta leer con atención algunos capítulos de su obra para observar cómo afloran allí una innumerable cantidad de clasificaciones y múltiples precisiones conceptuales que, después de cierto nivel, no aportan mayor cosa al esclarecimiento de los asuntos tratados. Más bien ellas tienden a embrollar el panorama, su exposición se transforma en una espesa selva donde acechan toda suerte de fieras y alimañas, que son meramente conceptuales.

Cuando se lee la obra de FERRAJOLI, y en específico su desarrollo sobre la teoría del garantismo, se tiene una experiencia bastante ambigua. A primera vista, uno siente como si el autor le está transmitiendo algo necesariamente profundo; en especial porque él trata de definir con mucho detalle los conceptos que emplea y, además, porque cuidadosamente va realizando una clasificación tras otra. Entonces, la primera impresión es que aquello que él nos dice, al ser formulado de una manera tan metódica, ha de ser verdadero. Y acá está precisamente el error. Si se continúa con una lectura atenta, luego uno verá cómo todo eso que en un primer momento aparecía como preciso, en realidad se va tornando más y más oscuro y confuso. Después de unas cuantas páginas, el lector ya se ha olvidado de *qué* es verdaderamente lo que se venía discutiendo; todos los esfuerzos van ahora encaminados a conseguir aprehender un abrumador cúmulo de detalles, un mar de sutilezas lingüísticas acerca de las cuales se da por *sobreentendido* que puedan servir de algo en la práctica.

¹⁵ C. VAZ FERREIRA, *Fermentario*, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. X, Montevideo, 1963 (ed. or. 1938), 239 pp.

Se presenta así un fenómeno que podría llamarse, junto con C. VAZ FERREIRA, el *sofisma de falsa precisión*. Él supo advertirlo hace ya un siglo. Y recuérdese que ese pensador justamente, es el autor de la cita sobre necesidad de precisión recogida un poco más atrás: «Del mismo modo que los cirujanos...». No obstante, ni más ni menos que a él mismo no se le escapó tampoco que:

El espíritu humano desea la precisión en el conocimiento, y se satisface con ella. La precisión es buena; es el ideal, cuando es legítima; pero en cambio, cuando es ilegítima o falsa, produce, desde el punto de vista del conocimiento, efectos funestos: oculta hechos, desfigura o falsea interpretaciones, detiene la investigación, inhibe la profundización; sus resultados perjudicialísimos, pueden condensarse fundamentalmente con estos dos adjetivos: falseantes e inhibitorios¹⁶.

Yo creo que esta *vis clasificatoria* —para usar una expresión bien gráfica— de FERRAJOLI, sobre la que se monta una buena parte de la estrategia metodológica en su obra, obedece, si eso se examina con cuidado, a una pretensión de «cientificidad» que es apenas *ilusoria*. Esta consiste, a fin de cuentas, en unos mecanismos mentales de *Haarspaltemaschine* (máquina-partidora-de-pelos), similarmente a como lo había advertido JHERING hace un siglo y medio. Aun haciendo abstracción de lo vano que es desviar la mente hacia el horizonte de tamaña colección de detallismos, resulta que, después de todo, ellos no sólo son superfluamente pedantes, sino que, bien mirados, en el fondo vienen a ser, como señaló VAZ FERREIRA, esencialmente *falseantes e inhibitorios*. Es cierto, por supuesto, que en un lenguaje científico cuanto más unívocos, exactos, limitados se encuentren los términos que utilizamos, menor es el riesgo de equivocarnos o de confundir los fenómenos. No obstante, todo depende del contexto y de la necesidad *real* que exista de contar con esa exactitud *específica*; así, en su caso, la conveniencia *práctica* de realizar ciertas clasificaciones, para guiar nuestro pensamiento con vistas a lograr unos resultados que no se alcanzarían de otras maneras (eventualmente más cómodas). La idea fundamental a tener en cuenta aquí es la siguiente: la simple presencia de precisión en la presentación discursiva de unos X o Y asuntos (en especial cuando esos asuntos se refieren a la experiencia humana), la simple presencia de unas definiciones estipulativas o de unas clasificaciones muy detalladas y con apariencia muy exacta, no garantizan, ni remotamente, que lo que se diga allí sea *verdad*; más aún, ni siquiera permiten asegurar, tampoco, que lo así presentado sea «correcto» desde algún punto de vista sustancial valorativo.

En nuestro medio, donde se rinde a veces un culto desmesurado a la presentación matemática o lógica de las ideas, la formulación en esos términos resulta especialmente atractiva y es una verdadera tentación para muchos autores, quienes procuran así darle una apariencia especialmente rigurosa y científica a sus textos. Quizás nadie mejor que el conocido sociólogo S. ANDRESKI logró percibir netamente esta circunstancia:

«El punto básico reside en que no pueden convertirse generalizaciones vagas y dudosas (y no digamos disparates e inanidades) en una ciencia matemática [o lógica] mediante el simple expediente de transcribirlas en el simbolismo de las matemáticas [o de la lógica]». Y continúa en otro sitio señalando: «La mayor parte de las aplicaciones de las matemáticas [o de la lógica] a las ciencias sociales, al margen de la economía, pertenecen al tipo de innovaciones rituales que han creado su propio estilo de hechicero. La receta para ingresar como

¹⁶ C. VAZ FERREIRA, *Lógica viva (adaptación práctica y didáctica)*, 2.^a ed., Buenos Aires, Losada, 1952, 83.

autor en esta línea de negocios es tan simple como remunerativa: tómesese un libro elemental de matemáticas [o de lógica], comience con las partes menos complicadas, añádanse a la literatura en una o dos ramas de las ciencias sociales sin preocuparse excesivamente acerca de si las fórmulas escritas tienen alguna relación con las acciones humanas reales y póngasele al producto un título sonoro [*Derecho y razón... Principia Iuris*], insinuativo de que se ha encontrado una clave para una ciencia exacta de la conducta colectiva¹⁷.

En definitiva: la verdadera cuestión, de la cual FERRAJOLI no parece tomar nota, **no** está en establecer una gran lista de definiciones para los conceptos que utilizamos ni tampoco en clasificarlos según unos refinadísimos criterios, cada uno de los cuales bien pueden resultar o no interesantes (según los gustos de cada quien), sino más bien en ver cómo esas definiciones o clasificaciones consigan verdaderamente aclarar, modificar en la práctica o explicar científicamente aspectos de la realidad que no es posible *resolver* adecuadamente de *otra* manera. Asimismo, no es cuestión de pasar por alto que esas clasificaciones no poseen un valor de verdad; no existen clasificaciones que resulten ni *más* ni *menos* verdaderas que otras. Es fundamental no perder de vista lo que hace ya tiempo señaló, de manera inusualmente sensata, G. R. CARRIÓ:

Los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la verdadera forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Los fenómenos —se cree— deben acomodarse a las clasificaciones y no a la inversa. Buena parte de las controversias entre juristas consisten en problemas de clasificación, abordados como si se tratara de cuestiones de hecho. No se advierte que no tiene sentido refutar como falsa una clasificación —o sus resultados— y postular en su reemplazo otra «verdadera»... Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables¹⁸.

3.3. Disimular bajo unas máscaras logicistas («falacia de la forma lógica») lo que no son sino unas ideas del pensamiento vulgar

Digámoslo sin reserva. Es posible darle —si uno se lo propone— a cualquier disparate, e incluso a un absurdo, una forma estrictamente lógica. ¡La lógica formal (*i. e.*, la simbolización) es —valga el símil algo poético— como una plastilina en las manos de un niño travieso y juguetero! (en este caso, es FERRAJOLI). Las verdaderas preguntas aquí no son si una notación lógica, por ejemplo, de los axiomas fundamentales del garantismo es o no es viable, sino con qué propósito se va a realizar dicha notación, con qué objetivo en la mente. ¿*Para qué se quiere hacer eso?* Tomemos como ejemplo a examinar la simbolización efectuada por FERRAJOLI de los diez principios básicos de su teoría. Según sus propias palabras, el sistema garantista puede expresarse mediante la siguiente notación lógica:

T56 (PE → [DE.LP.NE.IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
 T57 (DE → [LE.NE.IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
 T58 (LE → [NE.IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])

¹⁷ S. ANDRESKI, *Las ciencias sociales como forma de brujería*, trad. de A. DEUTSCH, Madrid, Taurus, 1972, 159-160.

¹⁸ G. R. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4.^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, 99.

- T59 (NE → [IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
 T60 (IN → [AT.CU.JU.AC.PR.DF])
 T61 (AT → [CU.JU.AC.PR.DF])
 T62 (CU → [JU.AC.PR.DF])
 T63 (JU → [AC.PR.DF])
 T64 (AC → [PR.DF])
 T65 (PR → DF)¹⁹

No dudo que esta forma de presentar los principios garantistas sea lógicamente correcta, en cuanto posibilidad *formal* de presentación (una posible en ese plano). Tampoco pongo en tela de duda que ello represente un ejercicio mental capaz de resultarle interesante, acaso hasta entretenido, para algunas personas dedicadas a ese campo de estudio. Sin embargo, no creo que la pretensión de FERRAJOLI (a pesar de ser normativa) sea puramente de interés académico, de entretenimiento o lúdico. Entiendo que no se trata ahí de un conocimiento perseguido por el conocimiento mismo, ¡sin más! Una suerte de arte por el arte (*l'art pour l'art*). Después de todo, o mejor dicho, antes de todo y más que todo hay allí una aspiración —una «expectativa», como diría él— de *funcionalidad* para su modelo con vistas a aplicarlo en un ordenamiento jurídico determinado. En fin, yo pienso que FERRAJOLI quiere que su teoría sea útil para la justicia penal de este mundo, servirle a personas de carne y hueso. Desde esta óptica, cabe preguntarse *qué* aspectos de la realidad jurídica, ya sea de los procedimientos judiciales tal como funcionan de hecho o de sus consecuencias sociales, se logra acaso entender de una mejor manera con esta simbolización que *sin* ella. La cuestión es averiguar qué aporte, en el plano del conocimiento pero sobre todo de la *pragmática* judicial, se haya logrado con elaborar la anterior tabla de axiomas. En fin, ¿en qué ayuda *verdaderamente* esa tabla, u otras por el estilo, digamos a un juez que desea tomar una decisión más garantista en comparación con otro juez que no la usa? Ésta es una pregunta de *hecho* que, en todo caso, debiera probar quien propone la simbolización.

A mí me da la impresión de que formalizar en notación lógica una teoría del derecho penal es, más que nada, mera pedantería. Al menos lo es en el plano judicial. Obra solamente para efectos lúdico-académicos. Consiste, si bien se mira, esencialmente en una criatura más del «espíritu de geometría» (PASCAL), en este caso para entretener sobre todo a profesores de derecho penal o especializados en Teoría del derecho. Digo, se trata sustancialmente de unos juegos de pedantería profesoral, sobre todo en virtud de tres consideraciones fundamentales. Primera: no todas las personas (ni siquiera la mayoría) de quienes se dedican a aplicar el derecho, por ejemplo, los jueces o los fiscales, conocen la lógica formal o simbólica al punto de poder valorar si las tablas propuestas por FERRAJOLI cumplen o no con principios de inferencia, de validez, de consistencia, etc., requeridos en dicho campo de investigaciones. Segunda: y resulta que además, por añadidura, es muy poco probable que esa simbolización permita realmente salvaguardar los derechos de una persona a quien se le está violando una cierta garantía judicial; ni tampoco comprender mejor esa garantía, aunque sea en el plano teórico-explicativo. Tercera: no veo qué posible desarrollo se logre, ya en el plano teórico, traduciendo proposiciones del lenguaje ordinario a un lenguaje sim-

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 112.

bólico —¿se obtiene con ello algún avance para lo que es conocimiento *mismo*?—. En cuanto a esto último ha dicho HABA, con mucha razón, aunque quizás con excesivo énfasis:

Pero cabe reconocer que aun esas logificaciones de ALEXY resultan algo así como un juego de niños, todavía no demasiado lejano con respecto a las «travesuras» de los operadores jurídicos reales, si aquellas venimos a compararlas con unos extremos tan infinitamente ajenos al pensamiento de estos mismos como esa vía láctea de axiomatizaciones que conforman el divertimento extraempírico mayor propuesto por L. FERRAJOLI para entretener a profesores de Teoría del Derecho...²⁰.

Por lo demás, la presentación lógico-formal de unos postulados jurídicos, como es el caso de la simbolización que hace FERRAJOLI de ciertas máximas jurídico-penales, tiene un grave inconveniente práctico, a saber: *intimida* al lector no familiarizado con ese lenguaje, quien muchas veces ni siquiera está en condiciones, verdaderamente, de saber si la formulación lógica empleada es o no pertinente. En esta medida, ese expediente artificial sirve más para impedir que para propiciar la divulgación y discusión crítica de las ideas mismas que estén sobre el tapete. Es una herramienta del dogma. De allí que, y aunque esa no sea la intención expresa del autor, su recurso a la lógica formal se constituye, aunque sea por una vía indirecta, en una *estrategia de inmunización* (ALBERT) frente a potenciales críticas a su teoría.

Repito: no es que por principio la lógica formal, *rectius*: la formalización o simbolización lógica de unos principios jurídicos, deba estar vedada del campo jurídico, de antemano. Esta sería una afirmación absurda o, en todo caso, su validez dependería de qué se entienda por «lógica formal». Sin embargo, la cuestión principal es la *pragmática* del discurso judicial, o sea, unas prácticas sociales concretas sobre las cuales esa formalización pueda o no tener unos efectos. ¿Los tiene, o es probable que llegue a tener, realmente? A este respecto, ha dicho también HABA:

Recurrir a un lenguaje [lógico] artificial en el derecho serviría para otorgarle mucha más precisión al razonamiento jurídico, y cabría entonces la posibilidad de someterlo a unos verdaderos controles de racionalidad... Ahora bien, es indudable que los lenguajes formalizados se benefician, si nos limitamos a ellos en sí mismos, de un alto grado de intersubjetividad, muy por encima del que alcanzan los lenguajes naturales. Pero nuestro asunto es saber en qué medida son aplicables lenguajes de aquella índole para solucionar cuestio-

²⁰ E. P. HABA, «Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación», *Doxa*, 33, 2010, 321 y ss.; cita de la 324, nota 3. Señala, además, dicho autor: «Por lo demás, ¿al fin de cuentas qué son esos “axiomas” de FERRAJOLI sino argumentos de la tópica jurídica? Sólo que este autor los presenta de modo tal que fingen tener una precisión (univocidad) de que sus usos reales —;heterogeneidad/opcionalidad en las interpretaciones!— carecen en la práctica. Pero responder a tales preguntas requiere, por supuesto, desarrollos que aquí apenas he podido insinuar. Todo ello no quita, claro está, que el enciclopédico despliegue de iusescolástica reunido por FERRAJOLI bajo el Verbo *Principia juris* es, después de todo, todavía muchísimo más celestial (no sólo por sus axiomatizaciones, nivel máximamente disimulador) que en general las principales observaciones presentadas por las teorías “estándar”. Lo de FERRAJOLI puede resultar hasta muchísimo más engañoso todavía que otros ilusionismos —“argumentativistas” o no— pergeñados en la Teoría del Derecho: por ejemplo, todavía más que unas tesis como las vicentianamente más reputadas entre los simplismos de DWORKIN; justamente porque a aquel le sobra la ilustración, y también la pseudociencia, en que los simplismos difundidos por este último hacen agua míreseles por donde se les mire. En última instancia, solo al *gusto* de cada quien queda librado hasta qué punto se estime como de señalada “importancia”, o antes bien como asunto de unas pedanterías escolástico-profesorales, tales o cuales diferencias entre esos autores, y muchas otras entre las tantas que abundan en Teoría del Derecho» («Callar o no callar... *That is the question!*», *Doxa*, 33, 369 y ss.; cita de la 383, nota 38).

nes jurídicas. Y desde este ángulo, todo parece indicar que ellos ofrecen importancia muy secundaria, cuando no son hasta inconvenientes²¹.

3.4. Tratar como definiciones «reales» (*esencialistas*) a unas que de hecho son definiciones estipulativas (*contingentes*)

Definición estipulativa es aquella que reporta, por una voluntad de su autor, cierto significado específico para determinado objeto; o sea, aquella que se adopta por razones de conveniencia, utilidad o para enfatizar algún aspecto en especial del objeto definido²². No importa si la palabra que se define tiene, en otros contextos o en el lenguaje ordinario, significado bien distinto, pues a partir de ahora se le asigna otro significado por parte del autor. En esta medida, la definición estipulativa es «arbitraria»; mas esto no significa que una vez adoptado su significado no pueda, en el marco donde ha surgido, utilizarse correcta o incorrectamente. Con la definición se «estipula» o acuerda (de allí el nombre de esta definición) el alcance de la palabra para señalar el universo de objetos que se quiere *comprender* bajo ella; como así también, por eso mismo (en virtud de tal señalamiento justamente), cuáles se entiende *excluír* de dicho ámbito de significación. En este proceso se crea un nuevo uso del término, un significado (otro) que es conveniente u oportuno, o en todo caso se considera así, para los propósitos que desea alcanzar su autor, pues así es cómo, en cambio, se logra mantener suspendidos otros significados usuales o hasta dejarlos al margen. Por todo esto, se ha dicho que las definiciones estipulativas son libres (PASCAL, *Les définitions sont très-libres*).

Es importante indicar que las definiciones estipulativas carecen de lo que técnicamente se ha llamado en lógica: un «valor de verdad». Ninguna definición es verdadera o falsa en sí misma. Menos que menos, las estipulativas. El hecho de que estas últimas son construidas en forma expresa, por cierto autor bien determinado, precisamente para servirle a este (y a quienes le sigan) como instrumento mental dirigido al cumplimiento de alguna meta intelectual específica, y eventualmente también para obtener unas realizaciones prácticas condicionadas —real o supuestamente— por ese instrumento, no puede operar el milagro de hacer que tales convencionalismos verbales (ni ningún otro) sean verdaderos *por sí mismos*. Con respecto a cualquiera de estos se trata, finalmente, de una invitación, una exhortación, y en algunos casos de un mandato, para que cierto auditorio (los lectores de ese texto y a quienes algunos de estos les transmitan esas mismas instrucciones) entienda una palabra en el sentido específico que *ese* autor le quiere asignar. Otra cosa es que también *otras* personas (auditorio) accedan a compartir este querer específico, lo cual puede acontecer —ya sean ellas unas pocas o acaso muchas— o no acontecer.

La definición estipulativa se diferencia de otros tipos de definición; por ejemplo, de la definición lexicográfica y de la definición real. La *definición lexicográfica* es aque-

²¹ E. P. HABA, *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, t. II, San José, Vlamarán, 2003, 158.

²² Respecto a todo este apartado sobre definiciones recomiendo la lectura del excelente libro de R. ROBINSON, *Definition*, Oxford, Oxford University Press, 1972, de donde he tomado buena parte de lo aquí expuesto.

lla donde se reporta el uso *efectivo* que se le da a una palabra en determinado contexto (por ejemplo, las definiciones del diccionario)²³. La *definición real* es aquella que —al menos eso afirman quienes defienden su existencia— nos presenta la «esencia» de la cosa definida, lo que la hace característica, su «naturaleza».

Un **ejemplo** práctico, trivial, puede aclarar un poco lo dicho con respecto a estos distintos tipos de definición. Una persona puede definir un lápiz como «una barrita de grafito cubierta de madera que sirve para escribir o dibujar». Esto sería una definición lexicográfica, que coincide con la manera en que un diccionario corriente define lápiz. Igualmente, podemos decir: «Vamos a entender por lápiz un objeto en forma de cilindro que constituye a su vez un polígono regular». Una definición de este tipo podría adoptarse, por ejemplo, por parte de un matemático, para ilustrar lo que es un polígono; y así no hacer referencia alguna al grafito, que pasa a un segundo plano, a pesar de que en la definición lexicográfica de lápiz, utilizada en la vida cotidiana, el grafito es lo principal. Alguien interesado en brindar una definición «real» se preocuparía, por su parte, en encontrar aquello que hace que un lápiz sea un lápiz y no un bolígrafo, ni un marcador o una pluma; es decir, entonces se trataría de destacar su naturaleza «intrínseca», su «esencia» (asumiendo que tales cosas existan).

La definición real o esencial —a diferencia de la lexicográfica y la estipulativa— ha sido objeto históricamente de muchas disputas. Hay algunos autores (a los cuales me sumo) que sostienen que no existen tales definiciones reales (al menos como nos suelen ser explicadas), sino que ellas en verdad se asientan en una serie de confusiones. La principal de esas confusiones es pensar que detrás de una palabra ha de existir siempre una cosa, y peor aún, una «esencia» que hace que el uso de esa palabra respetando exactamente *esta* acepción específica, su significado «esencial», sea *obligatorio* en todos los contextos. Por esto, las definiciones reales están emparentadas con lo que se ha llamado en filosofía del lenguaje «naturalismo lingüístico», es decir: básicamente, la tendencia de atribuirle a todos los nombres *un* referente empírico bien determinado, o sea, pre-presuponer que entre la palabra y la cosa hay una identidad por fuerza²⁴. Allí donde está la palabra o el nombre, allí *mismo* estaría —así se da por descontado— la «cosa» correspondiente: ¡*necesariamente* correspondiente, la *única* capaz de corresponderle *de veras*! Eso sí, a este respecto importa sobremanera no pasar por alto la fundamental comprobación señalada en el estudio de OGDEN y RICHARDS:

La concepción primitiva [del lenguaje] consiste, indudablemente, en que el nombre indica, o describe, la cosa. De donde se seguiría de inmediato que por la presencia del nombre uno podría demostrar la existencia de la cosa²⁵.

En la creencia de que existe una definición real es básica también la idea de que hay un único significado verdadero, el cual hay que buscar afanosamente, para todo concepto. En el campo jurídico, esta idea es de especial importancia, pues no con poca frecuencia allí se habla de la «única solución correcta» para un determinado asunto o de la «naturaleza jurídica» de un X o Y concepto. R. ROBINSON ha concretado una lista

²³ ROBINSON nos dice al respecto: «*Lexical definition is that sort of word-thing definition in which we are explaining the actual way in which some actual word has been used by some actual persons*», *ibid.*, 35.

²⁴ *Vid.*, al respecto, mi libro: *Yo me engaño, tú te engañas, él se... Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*, Isolma, San José, Costa Rica, 2011, 60.

²⁵ *Cit. en ibid.*, 64.

de **vicios** característicos que se encuentran presentes en la doctrina de las definiciones reales. Al respecto ha dicho:

Concluyo, pues, que la noción de una definición real es una confusión de al menos doce cosas distintas:

1. Una búsqueda de un significado idéntico en todos los usos de una palabra ambigua.
2. Una búsqueda de esencias.
3. Una descripción de una mera forma, dándole a ésta un nombre.
4. Una definición de una palabra, mientras se piensa erróneamente que no se está hablando de palabras [sino de cosas].
5. La aprehensión de una tautología determinada por una definición nominal.
6. Una búsqueda de una única causa.
7. Una búsqueda de una suerte de «llave maestra» que será capaz de explicar una infinidad de hechos.
8. La adopción y recomendación de unos ideales.
9. La [*i. e.*, proceder a efectuar una] abstracción, la cual resulta ser [*i. e.*, ahí es tomada como] mera forma.
10. El análisis, el cual termina por afirmar que una forma es simplemente un complejo de otras formas.
11. Una síntesis, la cual termina por afirmar que una cierta forma es simplemente una parte de un complejo de otras formas.
12. La invención de unos conceptos propios²⁶.

Ahora bien, la idea central que quiero expresar en este apartado es la siguiente: muchas veces las personas que escriben en los más distintos campos del saber humano, sobre los más variados temas, construyen definiciones estipulativas para unos propósitos personales muy específicos, pero nos las presentan, consciente o inconscientemente, *como si* fueran definiciones reales. Se da ahí un expediente mental que bien podría llamarse la *estrategia del caballo de Troya*, pues se nos presenta tal o cual objeto, pero disfrazado de otra cosa. Creo que este es un grave error metodológico. Si establezco una definición en la cual quiero seleccionar determinado aspecto de la realidad, debo tener la honestidad para decirle al lector que dicha definición obedece a un interés **mío**, no es a *otra* cosa. Debo ser suficientemente franco para reconocer que *mi* propuesta de definición no abarca la totalidad de supuestos, ni siquiera cierta o ciertas otras partes importantes, entre todos aquellos que conforman la realidad concernida; por ende, que esa definición no es «universal», «verdadera», «real», «esencial», ni cosa que se le parezca. Al ser una definición estipulativa es también, y por principio, definición contingente: con «contingente» quiero decir que esta no es absoluta o necesaria, ni en el plano empírico ni en lógica.

FERRAJOLI se vale de la estrategia siguiente: ofrece una serie muy detallada de definiciones, por demás con carácter de *definiciones persuasivas* (STEVENSON), las que evidentemente son *una* manera —y ni siquiera digo que esta sea forzosamente «ilegítima»—, de presentar *ciertos* ángulos del problema, pero implícitamente provoca la impresión de que esa definición nos advierte sobre la «esencia» de lo que se dice mediante el término en cuestión. Él tampoco pone algún empeño, ni poco ni mucho, en desvanecer esta impresión.

²⁶ R. ROBINSON, *op. cit.*, 189-190.

Es cierto, podemos admitir como un hecho de la vida intelectual que cada autor goza de lo que un filósofo alemán llamaba la «libertad de definición» (*Definitionsfreiheit*)²⁷. Por tanto, él puede utilizar los conceptos como le venga en gana; claro está, con el riesgo de que nadie le entienda. El problema central, sin embargo, no reposa en que se utilicen o no unas definiciones estipulativas. Por ejemplo, se puede definir «garantismo» como un modelo normativo de estricta legalidad, como una teoría jurídica de la validez y de la efectividad o como una filosofía política²⁸. El problema no consiste en aceptar o no esa definición propuesta por FERRAJOLI. El problema es más bien *por qué* debo aceptar yo, o cualquier otra persona, precisamente *esa* definición. Sobre todo, este es el punto medular de la cuestión, averiguar *qué ventaja comparativa* —y desde qué punto de vista— se obtendría de la susodicha propuesta de definición —¡de esta, solamente de esta misma!— si la comparamos con cualesquiera otras definiciones posibles (sean estas unas ya existentes u otras que acaso se venga a proponer).

Dicho con palabras más gráficas: la fuerza, por llamarle así, en cuanto a validez *científica* de una definición no se sigue ni de la fama de su autor, ni de la cantidad de elementos que aquella comprenda, ni siquiera de si resulta o no idónea para los efectos que ese autor se proponga personalmente. La validez de ese orden depende única y exclusivamente de si dicha propuesta de definición es, en el plano teórico mismo, más adecuada que otras definiciones para explicar el problema al cual ella pretende ofrecer respuesta. Ahora bien, cómo pueda ser esto de «adecuada» (qué significa ahí, en especie, esta palabra) dependerá, obviamente, de cuáles sean respectivamente las consecuencias de adoptar una u otra definición. Es ahí precisamente, en el plano de las *consecuencias prácticas*, donde se mide la capacidad de rendimiento de una teoría científica y el de cualquier definición. Sobre esa capacidad de rendimiento (*Leistungsmerkmale*)²⁹ debe dar cuenta el propio autor que propone la definición o la teoría en cuestión. Sería no poco curioso sostener (¡si es abiertamente!) que quien proponga una teoría no tiene por qué mostrar —y demostrar— las ventajas propias que él pretenda para esa teoría en comparación con las restantes; recordemos que generalmente, en el campo científico, una teoría, para ser aceptada, ha de superar en alguna medida las deficiencias o debilidades de las teorías adversas.

Tampoco en el caso específico de FERRAJOLI basta, pues, con que defina «garantismo penal» o «teoría garantista» de la manera en que lo ha hecho. Lo que él tiene que mostrarnos —esto es, a quienes no le obsequiamos la comodidad de constituirnos simplemente (como aquel profesor español) en unos «creyentes» *a priori*— es qué aspectos *específicos* de su teoría son más *fuertes* que otras teorías paralelas de la dogmática penal, en todo caso frente a las bastante conocidas entre ellas. Para intentar esa comparación, indispensable, se me ocurre que algunas de las inquietudes que pueden surgir, en un lector atento de los esquemas presentados por nuestro autor, son las siguientes:

— ¿De qué *sirve*, en el plano teórico y en el práctico, definir «garantismo» penal a partir de conceptos altamente indeterminados («libertad personal», «intervención

²⁷ R. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, Munich, C. H. Beck Verlag, 1994, 4 y ss.

²⁸ Para detalles en cuanto a estas definiciones, *vid.* el Apéndice ubicado al final del presente trabajo.

²⁹ Para el tema de la capacidad y los criterios de rendimiento de una determinada ciencia o disciplina, *vid.* para el caso jurídico: HANS ALBERT, *La ciencia del derecho como ciencia real*, trad. de M. E. SALAS, México, Fontamara, 2007.

arbitraria», «necesidad», «daño», «sustancial», «material», «formal», «legitimidad») y sobre la base de definiciones persuasivas («garantismo penal», «modelo normativo», «estricta legalidad», «Estado de derecho», «democracia», «esfera de lo indecible», «necesidades vitales de todos»)? ¿Qué ventajas se obtienen de este procedimiento, en el plano científico?

— ¿Es tal definición estipulativa, la presentada por ese autor, una construcción que sirva exclusivamente a propósitos que son nada más —o, en todo caso, muy primordialmente— de carácter académico-intelectual? ¿O será que aquella tiene también una pretensión práctica, propia del derecho como tecnología social (ALBERT, POPPER)?

— ¿Cómo podría alguien saber, con algún buen grado de intersubjetividad, que los elementos de juicio aportados por FERRAJOLI en su «teoría del garantismo» son mejores para esclarecer ciertos problemas penales reales *en concreto*? ¿Cuál es el criterio de rendimiento del cual parte su teoría?

— ¿Qué tipo de «teoría» es la de FERRAJOLI? ¿Es una teoría en sentido puramente *dogmático-normativo* o es una teoría *empírica*, o en parte lo uno y en parte lo otro? Y en este último caso, ¿cómo distinguir allí estos dos tipos de componentes entre sí?; más, ¿a qué requisitos de prueba (intersubjetivos) quedan respectivamente sujetos cada uno de ellos? Por lo demás, ¿dicho autor toma acaso allí el concepto «teoría» en algún sentido muy amplio, y cuál sería ese? O bien, ¿hay en él una pretensión de validez mayor propia de la filosofía de la ciencia: por ejemplo, el de una teoría en el sentido del esquema de HEMPEL-OPPENHEIM³⁰ o el del racionalismo crítico?

— ¿Mediante qué elementos es posible «testar» (verificar, falsar) la teoría del garantismo penal? ¿Cuáles son los criterios de validez, verdad o corrección que allí se manejan?

No estaría de más —me parece— que, si no el propio FERRAJOLI (¡demasiado pedir!), tal vez algunos de sus «creyentes» se aboquen a aclarar tales interrogantes. Claro que, si así lo hicieren, no se ve cómo podrían seguir siendo simplemente «creyentes».

3.5. Apelar a unos principios generales que operan como parapetos lingüísticos

Me sorprende cómo aun hoy día muchos juristas, en este caso FERRAJOLI, continúan valiéndose de la noción de principios generales del derecho como si ese concepto fuera claro y libre de todo tipo de problemas. Mi sorpresa obedece, básicamente, a que

³⁰ Este esquema tiene la siguiente forma: SI (se presentan ciertas circunstancias), ENTONCES (se producen ciertos efectos). Ejemplo: SI una persona enfrenta graves problemas financieros y familiares, ENTONCES es probable que cometa ciertos delitos (por ejemplo hurtos). Esta primera parte del esquema (conocido como el «*explanans*») se debe complementar con dos partes adicionales, a saber: con las condiciones marginales y con el llamado «*explanandum*». El esquema completo de lo que es una teoría explicativa, en este sentido estricto de la teoría de las ciencias, sería, entonces, el siguiente:

Esquema de Explicación:

1. Teoría: SI una persona tiene graves problemas financieros y familiares, ENTONCES comete, con mayor frecuencia, ciertos delitos (por ejemplo hurtos).
2. Condiciones marginales: La persona X tiene graves problemas financieros y familiares.
3. *Explanandum*: La persona X cometió un delito de hurto. Al respecto, *vid.* mi trabajo «La explicación científica en las ciencias sociales: Consideraciones intempestivas contra el dualismo metodológico», en *Revista Reflexiones*, núm. 84 (2), San José, Costa Rica, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica, 2005, 51-60.

desde hace ya décadas en la filosofía y en la teoría básica del derecho ha quedado más que demostrado cómo bajo dichos principios jurídicos cabe, prácticamente, cualquier cosa. No es raro así que, ya desde hace bastante tiempo atrás, CARRIÓ supo distinguir nada menos que siete focos distintos de significación en la expresión «principio del derecho»:

Podemos decir que ese concepto [el de principio] está emparentado:

1. Con las ideas de «parte o ingrediente importante de algo», «propiedad fundamental», «núcleo básico», «característica central».
2. Con las ideas de «regla, guía, orientación o indicación generales».
3. Con las ideas de «fuente generadora», «causa» u «origen».
4. Con las ideas de «finalidad», «objetivo», «propósito» o «meta».
5. Con las ideas de «premisa», «inalterable punto de partida para el razonamiento», «axioma», «verdad teórica postulada como evidente», «esencia», «propiedad definitoria».
6. Con las ideas de «regla práctica de contenido evidente»; «verdad ética incuestionable».
7. Con las ideas de «máxima», «aforismo», «proverbio», «pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición»³¹.

Sin embargo, FERRAJOLI piensa, en contra de toda esta tradición crítica y de todas las abrumadoras evidencias teóricas presentadas al respecto en múltiples estudios desde hace muchos años, que el sistema garantista del derecho penal está construido justamente sobre la base de diez principios generales de este tipo. Al respecto dice:

«Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen —con cierto forzamiento lingüístico— el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal». Según él, esos principios: «...han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho»³². Los diez principios en cuestión son:

- A1 *Nulla poena sine crimine.*
- A2 *Nullum crimen sine lege.*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*
- A4 *Nulla necessitas sine iniuria.*
- A5 *Nulla iniuria sine accione.*
- A6 *Nulla actio sine culpa.*
- A7 *Nulla culpa sine indicio.*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione.*
- A10 *Nulla probatio sine defensione*³³.

Lo que no nos advierte FERRAJOLI, aunque ya desde hace muchos años lo había visto J. ESSER³⁴, es que dichos principios —aunque se venga a escribirlos en latín, se les dé una notación lógica, se les considere como formando un «sistema garantista» o se

³¹ G. R. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 209-210. Para un examen muy pormenorizado de la vasta plurivocidad y plurifuncionalidad de ese comodín del lenguaje jurídico, puede verse también: E. P. HABA y J. F. BARTH, *Los principios generales del derecho*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

³² L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 93.

³³ *Id.*

³⁴ J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl., Mohr, Tübingen, 1990.

les conecte mediante toda suerte de «implicaciones»— son, en realidad, arcilla en las manos de los *legisladores substitutos* (RÜTHERS); o sea, de los operadores del derecho, en especial de los jueces. Tales comodines sirven como «puertas abiertas» para que ingresen los ideales, los valores y hasta los prejuicios de los jueces, a la hora de dictar una sentencia. Estos principios no resuelven casos concretos. Los casos los resuelven las personas. Y las personas entienden cosas muy distintas bajo palabras como «necesidad», «daño», «culpa». De allí que «muchísimas cosas, que no lo ameritan, llevan el nombre de principio del derecho» (K. F. RÖHL)³⁵

Excurso: ¿Qué resulta del garantismo penal al verterlo como sopa de letras?

De verdad —y me disculpo con el lector por dejar desbordar un poco mis emociones más de lo que los eufemismos académicos amparan— hay que armarse de una paciencia formidable, como también de una flojedad de inferencias no menos considerable, para no desesperar cuando FERRAJOLI sostiene que *todos* esos diez principios se encuentran «implicados» lógicamente, y que así es cómo de ellos se derivarían, «por la transitividad de la implicación», otros muchos teoremas o principios. De tal suerte que su «sistema garantista completo» luciría, según él, nada más y nada menos que de la siguiente manera (*Derecho y razón*, 110 y ss.):

Si indicamos con las letras «PE», «DE», «LE», «NE», «IN», «AT», «CU», «JU», «AC», «PR» y «DF» los términos «pena» (*poena*), «delito» (crimen), «ley (penal)» (*lex*), «necesidad» (*necessitas*), «ofensa» (*iniuria*), «acción» (*actio*), «culpabilidad» (*culpa*), «juicio» (*iudicium*), «acusación» (*accusatio*), «prueba» (*probatio*) y «defensa» (*defensio*), y con los símbolos «¬», «.», «v» y «→», las conectivas lógicas «no», «y», «o» y «si... entonces» —que son los signos, respectivamente, de la negación, la conjunción, la disyunción y la implicación—, los diez axiomas de nuestro mini-sistema SG pueden expresarse con las siguientes fórmulas:

- A1 ¬ (PE. ¬DE)
- A2 ¬ (DE. ¬LE)
- A3 ¬ (LE. ¬NE)
- A4 ¬ (NE. ¬IN)
- A5 ¬ (IN. ¬AT)
- A6 ¬ (AT. ¬CU)
- A7 ¬ (CU. ¬JU)
- A8 ¬ (JU. ¬AC)
- A9 ¬ (AC. ¬PR)
- A10 ¬ (PR. ¬DF)

Las cuales equivalen, respectivamente, a las siguientes implicaciones:

- T1 (PE → DE)
- T2 (DE → LE)
- T3 (LE → NE)
- T4 (NE → IN)
- T5 (IN → AT)
- T6 (AT → CU)
- T7 (CU → JU)
- T8 (JU → AC)
- T9 (AC → PR)
- T10 (PR → DF)

³⁵ Vid. K. F. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., Carl Heymanns Verlag, Köhl et al., 2001, en especial el excelente apartado sobre «Rechtsprinzipien», 251 y ss. (trad. de MES).

De donde derivan, por la transitividad de la implicación, los siguientes cuarenta y cinco teoremas:

T11 (PE \rightarrow LE)	T12 (PE \rightarrow NE)
T13 (PE \rightarrow IN)	T14 (PE \rightarrow AT)
T15 (PE \rightarrow CU)	T16 (PE \rightarrow JU)
T17 (PE \rightarrow AC)	T18 (PE \rightarrow PR)
T19 (PE \rightarrow DF)	T20 (DE \rightarrow NE)
T21 (DE \rightarrow IN)	T22 (DE \rightarrow AT)
T23 (DE \rightarrow CU)	T24 (DE \rightarrow JU)
T25 (DE \rightarrow AC)	T26 (DE \rightarrow PR)
T27 (DE \rightarrow DF)	T28 (LE \rightarrow IN)
T29 (LE \rightarrow AT)	T30 (LE \rightarrow CU)
T31 (LE \rightarrow JU)	T32 (LE \rightarrow AC)
T33 (LE \rightarrow PR)	T34 (LE \rightarrow DF)
T35 (NE \rightarrow AT)	T36 (NE \rightarrow CO)
T37 (NE \rightarrow JU)	T38 (NE \rightarrow AC)
T39 (NE \rightarrow PR)	T40 (NE \rightarrow DF)
T41 (IN \rightarrow CU)	T42 (IN \rightarrow JU)
T43 (IN \rightarrow AC)	T44 (IN \rightarrow PR)
T45 (IN \rightarrow DF)	T46 (AT \rightarrow JU)
T47 (AT \rightarrow AC)	T48 (AT \rightarrow PR)
T49 (AT \rightarrow DF)	TSO (CU \rightarrow AC)
T51 (CU \rightarrow PR)	T52 (CU \rightarrow DF)
T53 (JU \rightarrow PR)	T54 (JU \rightarrow DF)
T55 (AC \rightarrow DF)	

[...] Mediante la conjunción de los consecuentes de todos los teoremas que tienen el mismo antecedente se obtienen las diez tesis siguientes, que expresan sintéticamente el sistema SG completo:

- T56 (PE \rightarrow [DE.LP. NE.IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
- T57 (DE \rightarrow [LE.NE.IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
- T58 (LE \rightarrow [NE.IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
- TS9 (NE \rightarrow [IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
- T60 (IN \rightarrow [AT.CU.JU.AC.PR.DF])
- T61 (AT \rightarrow [CU.JU.AC.PR.DF])
- T62 (CU \rightarrow [JU.AC.PR.DF])
- T63 (JU \rightarrow [AC.PR.DF])
- T64 (AC \rightarrow [PR.DF])
- T65 (PR \rightarrow DF)

Y mediante la disyunción de los antecedentes de todos los teoremas que tienen el mismo consecuente se obtienen, en cambio, las diez tesis siguientes, que expresan también, aunque de manera distinta, el sistema SG completo:

T66 (PE → DE)
 T67 ([PE ∨ DE] → LE)
 T68 ([PE ∨ DE ∨ LE] → NE)
 T69 ([PE ∨ DE ∨ LE ∨ NE] → IN)
 T70 ([PE ∨ DE ∨ LE ∨ NE ∨ IN] → AT)
 T71 ([PE ∨ DE ∨ LE ∨ NE ∨ IN ∨ AT] → CU)
 T72 ([PE ∨ DE ∨ LE ∨ NE ∨ IN ∨ AT ∨ CU] → JU)
 T73 ([PE ∨ DE ∨ LE ∨ NE ∨ IN ∨ AT ∨ CU ∨ JU] → AC)
 T74 ([PE ∨ DE ∨ LE ∨ NE ∨ IN ∨ AT ∨ CU ∨ JU ∨ AC] → PR)
 T~~ ([PE ∨ DE ∨ LE ∨ NE ∨ IN ∨ AT ∨ CU ∨ JU ∨ AC ∨ PR] → DF)

* * *

Ahora bien, lo que el lector ha de tener aquí presente es que toda esta simbolización es, básicamente, para poner en lenguaje complicado lo que *ya* de por sí se había dicho y se sabía en lenguaje ordinario. ¡Cero novedad por cuanto se trate de los contenidos conceptuales en sí mismos! Me atrevo a sugerir que no es cuestión de dejarse intimidar por la ostentación de jerigonza profesoral bajo la que aquí se cobija FERRAJOLI, sino atreverse a preguntar: ¿qué *significa* eso, semejante bombardeo de siglas y flechas, *en el fondo*? Una vez recorrida esa cortina, aparece a plena luz del día que se trata de cosas sencillas, bastante conocidas desde hace mucho tiempo en el medio jurídico, únicamente que dichas ahí de una forma que *aparenten* tener mucho rigor y científicidad. Esto es: conseguir aparentarlo ante los ojos de gente a quienes les basta con, o hasta consideran indispensable, que cualquier idea les sea presentada mediante unos trazados de siglas —verdadera o aparentemente sujetas a alguna notación lógico formal (¡cualquiera!)— o estar bien nutrida en cuadros numéricos (¡cualesquiera!), para entonces dar por descontado, sin más, en que ahí ha de anidar el saber máximamente confiable, lo «científico» por excelencia.

Considérese, por ejemplo, el axioma: T1 (PE → DE). Este significa, simplemente, que para aplicar una pena debe darse un delito. Otro axioma: T2 (DE → LE), para que se dé un delito debe existir una ley. Otros más: T3 (LE → NE), la ley solo ha de darse sobre la base de la necesidad y la necesidad sobre la base del daño T4 (NE → IN) y que este daño presupone una acción en sentido penal. Y así sucesivamente. Sin embargo, lo interesante, lo importante de veras no está en poner con letras y símbolos lógicos todo eso, sino en saber *qué* entienden o vayan a entender los jueces, y los demás operadores jurídicos, por «necesidad», por «daño», por «culpabilidad»... ¡Difícil imaginar un ejercicio más vano de «siglas» y «flechas» (para sintetizarlo alguna manera)!

3.6. Definir lo desconocido por medio de lo desconocido

El propósito de acuñar una definición es, por lo general, precisar, organizar o delimitar el ámbito de explicación de unos fenómenos. De allí que definir es siempre seleccionar. Alguien escoge, sobre la base de determinados intereses, ya sean estos cognitivos o no, aquellos aspectos que él quiere resaltar, delimitándolos con respecto a otros que quedan fuera de la esfera de lo definido. Definir es también, por consiguiente, un acto de poder de quien define. Y la palabra «poder» se usa aquí en un sentido muy amplio. Hay que tener claro que cuanto más limitada sea la esfera de lo definido, más fuerza de determinación tendrá la definición ofrecida. Una definición que incluye demasiados entes resulta, por ello, débil desde el punto de vista científico. De allí que exista una relación inversa entre fuerza explicativa y amplitud de la definición. Así, por ejemplo, si yo defino el ser humano como un organismo bípedo, en realidad no he logrado mayor cosa; pues la cantidad de seres bípedos es muy extensa, de tal manera

que uno podría terminar, como en la conocida anécdota de PLATÓN, definiendo «ser humano» como una gallina sin plumas.

Pienso que FERRAJOLI hace mucho eso. Él nos define algunos conceptos muy vagos y generales valiéndose de otros conceptos todavía *más* vagos *más* y generales que los primeros. A fin de cuentas, con ello se logra poco o nada: ¡trocar desconocido por desconocido! Recordemos, nada más y como mera ilustración, la definición absolutamente general que dicho autor ofrece del garantismo penal: [T]écnicas de defensa de los derechos de libertad y, entre ellos, en primer lugar, el de la libertad personal, frente a las intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial... Cabe preguntarse: ¿*Cuáles* técnicas en concreto? ¿*Qué tipo* de técnicas? ¿De *cuáles* derechos de libertad se trata? ¿Cómo se entenderá ahí el concepto «libertad personal»? ¿*Cuáles* son las intervenciones «arbitrarias», a qué criterios *en concreto* se ha de recurrir para distinguir sin mayores dudas entre estas mismas y las que se considere legítimas? La estrategia argumentativa que generalmente utiliza FERRAJOLI consiste, después de todo, esencialmente en acumular detalles sobre detalles; si bien cada uno de estos resulta ser, a fin de cuentas, no menos *indeterminado* que los precedentes, por su general orfandad de criterios para localizar de manera *intersubjetivamente* acreditada cuáles serían sus eventuales objetos de referencia *específicos* en la práctica. Lo que él hace no es otra cosa que ir agregando a la definición del concepto primitivo una lista muy amplia de atributos muy generales, los cuales en definitiva no aportan nada de fondo para conseguir limitar de veras las definiciones así propuestas. Esta «técnica» produce un doble efecto:

i) Una *apariencia* de rigor y precisión. Se cree que cuanto *más* atributos se le asignen a un sustantivo, más precisa será la definición. Esto es falso. La precisión se lograría si los atributos que se le añaden al concepto primigenio fuesen acaso, ellos mismos, más *concretos* en su alcance para delimitar los eventuales objetos de referencia que tal concepto general. Dicho de manera puntual: nadie puede alcanzar precisión por medio de unas fórmulas lingüísticas vacías o de conceptos bastante indeterminados o de definiciones persuasivas, como eso de que se encuentra conformado en general el repertorio de definiciones ofrecidas por FERRAJOLI a lo largo de su libro.

ii) Una *apariencia* de suministrar un conocimiento profundo sobre la materia tratada. Hay que tener presente que no toda precisión analítica es pertinente o genera conocimiento aprovechable científicamente. La precisión es buena, indudablemente, salvo cuando se trata de una *falsa precisión* (VAZ FERREIRA) [recuérdese lo expuesto más arriba, en el punto (2)]. No se adquiere algún conocimiento que tenga envergadura mayor acerca de un fenómeno o grupo de fenómenos a fuerza de dividir en muchísimas categorías cierto concepto que de alguna manera los comprende. Partir pelos indefinidamente no es el arte principal de la peluquería. El análisis, entendiendo por análisis la división, puede más bien convertirse en una cortina de humo para «*no* tomar el toro por los cuernos», rehuir las incomodidades de enfrentar de manera directa el problema examinado ahí (supuestamente). Se trata, en definitiva, de unos expedientes discursivos para escaparse por la tangente del compromiso de verse en situación de tener que ofrecer, al contrario, alguna solución *concreta* para problemas prácticos «vivos» del derecho penal.

No tengo más remedio, me parece, que traer aquí a colación un ejemplo «dramático» (diría yo) tomado del propio FERRAJOLI, alguno entre tantísimos posibles de los con-

tenidos en su obra, para ilustrar mi punto de vista. Pero, al poner este ejemplo, necesito pedirle paciencia y mucha tenacidad al lector, para alcanzar a no perderse en la lectura de lo que ahí se dice; solamente así, mediante una muy firme disposición suya a hacer tal esfuerzo, aun con todo lo intrincado del camino (elegido por el propio FERRAJOLI), ha de resultar patente mi tesis al respecto, eso que entiendo poder hacer ver mediante dicho ejemplo. Veamos, entonces, el procedimiento utilizado por nuestro autor para darle contenido (según él), o sea, definir, lo que es un «Estado de derecho», concepto que es de lo más vago e indeterminado (de hecho, cualquier dictadura siempre afirma que se vive en un «Estado de derecho»). He aquí la cascada descendente de definiciones —me limitaré a destacar cinco grupos de ellas— que él propone para supuestamente delimitar bien ese concepto (trato de presentarla de manera bastante gráfica):

I. Señala FERRAJOLI que el *Estado de derecho* es aquel donde existe:

- i) o un gobierno *sub lege*, vale decir, sometido a las leyes;
- ii) o aquel donde hay un gobierno *per leges*, vale decir, dominado mediante leyes generales y abstractas.

II. El poder *sub lege* posee, a su vez:

- iii) un sentido *débil*, lato o formal: el poder es conferido por ley y ejercido en la forma allí establecida y,
- iv) un sentido *fuerte*, estricto o sustancial, vale decir, que el poder debe ser limitado por la ley.

III. Estas dos nociones del Estado de derecho se deben asociar, a su vez, con dos conceptos claves para FERRAJOLI:

- v) el concepto de *validez formal*, el cual exige únicamente una definición de las formas en que se ejerce el poder y los sujetos titulares de ese poder;
- vi) y el concepto de *validez material*, el cual exige adicionalmente que estén claramente definidas las materias de competencia y los criterios de decisión.

IV. Siendo esto así, aquí «Estado de derecho» es sinónimo de «garantismo», lo cual a su vez da pie a distinguir entre:

- vii) una *legitimación formal*, por un lado, y
- viii) una *legitimación material* o sustancial, por el otro;

en otros términos, entre:

- ix) una legalidad en sentido amplio y
- x) una *legalidad en sentido estricto*.

V. Todos esos conceptos se materializan, a su vez, en dos formas distintas de Estado:

- xi) el Estado de derecho *liberal*,
- xii) el cual a su vez cuenta con unas garantías liberales *negativas*,
- xiii) y el Estado de derecho *social*,
- xiv) este último con sus garantías sociales *positivas*.

VI. Además:

- xv)

Lo reproducido es una versión algo abreviada de la definición de FERRAJOLI. Él hace todavía más divisiones y subdivisiones, clasificaciones y subclasificaciones. Es más, yo creo (pero eso habría que demostrarlo) que es posible convertir TODO el libro de FERRAJOLI a un esquema similar al dibujado arriba. De hecho, algunas de sus notaciones lógicas apuntan justamente a eso: lo que hasta ahí él había dicho en lenguaje ordinario, a continuación traspasarlo en una simbología lógica del estilo indicado. Ahora quiero que el lector preste especial atención a dónde nos conduce la definición de FERRAJOLI de «Estado de Derecho» y, especialmente, cuáles son los atributos específicos mediante los que él intenta circunscribir y darle contenido *distintivo* a esas definiciones. Si se examina a fondo cada uno de esos atributos (subrayados por mí al destacarlos en cursivas), no es difícil advertir, en cuanto nos preguntamos cuáles serían necesariamente sus contenidos *concretos*, que se trata, dicho sin reservas, de un buen «recetario» de fórmulas vacías («formal», «material», «positivo», «negativo», «social», «liberal»). Antes que aclarar la percepción de cómo sean las situaciones en los hechos y ofrecer unas pistas aprovechables para poder acomodarlas de mejor manera en la práctica, esa densa neblina de clasificaciones termina por embrollar al máximo toda eventual conciencia lúcida acerca de las posibilidades normativas *reales* en un medio social dado. Semejantes clasificaciones no constituyen un medio para poder discernir con nitidez alternativas de regulación jurídica *prácticas*, sino que son principalmente, de hecho, expedientes discursivos que desvían la atención hacia *otras* cosas: hacia unas elucidaciones de palabras y entre palabras —*musica di parole*— entonadas como unos conjuros de magia verbal.

Por lo demás, bien cabría preguntarle al propio autor de estos enjambres de clasificaciones: ¿por qué detenerse precisamente allí mismo, en los puntos finales adonde se le ha ocurrido venir a desembocar por su cuenta? ¿Por qué no seguir «precisando» aun más los conceptos empleados? ¿Por qué no ofrecer todavía algunos cuantos atributos adicionales, *differentia specifica*, a la noción general? Estoy seguro que una persona con suficiente imaginación, el mismo FERRAJOLI sin duda, puede encontrar muchas otras divisiones y subdivisiones que agregar al esquema general. Siempre es posible pergeñar, para cualquier concepto del lenguaje, algún nuevo matiz o un nuevo uso que pueda atribuírsele. Vale la pena recordar la insuperable descripción que al respecto hacían OGDEN y RICHARDS, y que viene como anillo al dedo para describir el procedimiento empleado por FERRAJOLI:

Supongamos que alguien afirme: *el gusta distima a los doches*. Nadie sabe lo que esto significa; yo tampoco. Pero si suponemos que eso es castellano, sabemos que *los doches son distimados por el gusta*. Sabemos además que *un distimador de doches es un gusta*. Además, si los *doches* son *galones*, sabemos que *algunos galones son distimados por el gusta*. Y así podemos seguir, y, en efecto, a menudo seguimos³⁶.

Las preguntas cruciales son, empero, las siguientes: ¿Hemos avanzado en el conocimiento de la materia jurídico penal a raíz de *esa* definición de FERRAJOLI? ¿Qué conocimiento tenemos ahora de la cuestión que no lo tuviéramos antes? ¿Qué nuevo ángulo se nos ha abierto ante nuestro horizonte de percepción? ¿Cuáles son los criterios concretos para distinguir entre los elementos formales y los sustanciales del Estado

³⁶ C. K. OGDEN e I. A. RICHARDS, *El significado del significado. Una investigación sobre la influencia del lenguaje en el pensamiento y sobre ciencia simbólica*, trad. de E. PRIETO, 2.ª ed., Buenos Aires, Paidós, 1964, 63.

de Derecho? ¿Puede ofrecernos FERRAJOLI ejemplos puntuales de dichos elementos? Me disculpo por la franqueza, pero siento que no solamente no tenemos ningún conocimiento adicional, sino que incluso estamos peor que al inicio. Y digo peor, pues ahora la cuestión se ha vuelto más confusa. El único conocimiento que con ello hemos adquirido (y no es nada nuevo) es saber que un pelo se puede dividir *mentalmente* en toda la cantidad de partes que uno quiera (*Haarspaltemaschine...*), si se tiene el gusto y la paciencia como para venir a entretenerse en lides de esa naturaleza.

3.7. Pasar por alto la distinción entre semántica y pragmática

Es muy conocida, incluso por el propio FERRAJOLI, la diferencia que señaló Ch. MORRIS entre el nivel semántico de una teoría y su nivel pragmático. En tal sentido, nivel *semántico* es el plano puramente lingüístico, cómo se concibe las interrelaciones entre los conceptos y los objetos (reales o ideales, concretos o abstractos) que designa o denota la formulación considerada. Por su parte, el nivel *pragmático* de esta misma expresión se refiere a las maneras diversas en que los conceptos así expresados se emplean, de hecho, en determinadas prácticas sociales. Igualmente, voy a asumir como premisa, aunque es obvio que el lector puede aceptar o no esta premisa, que en el derecho penal, como conjunto de proposiciones jurídicas y como *práctica* social del castigo relacionada con ellas, resultan muy importantes los dos niveles: el semántico y el pragmático. Me parece que el propio FERRAJOLI estaría de acuerdo con estas puntualizaciones básicas.

Ahora bien, yo pienso que la teoría garantista de FERRAJOLI constituye, a pesar de lo que él pueda decir en contra, una *doctrina de los conceptos*; o para ser más radical aún, valiéndome de la feliz expresión de HABA, la teoría garantista es, en realidad, una *novela de conceptos*³⁷. Con esto no pretendo decir, por supuesto, que esos conceptos, y sus variopintas clasificaciones, no se refieran a nada jurídicamente hablando; sino simplemente que, de la manera cómo aquellos se utilizan por parte de FERRAJOLI y sus seguidores, lo que importa en su uso son unas posibles relaciones y sub-relaciones lógico-*semánticas* con otros conceptos, independientemente de cuanto suceda en la realidad —¡*pragmática* lingüística!— del derecho penal aplicado. El libro de FERRAJOLI se me parece, permítaseme la metáfora, a una enorme telaraña tejida con finos hilos cuyo propósito no es cazar nada (¡ni una mosca, de las que vuelan!), sino mostrar la habilidad de la araña en su actividad tejedora. ¡Y la *aracnea ferrajoliensis* lo hace incansablemente, por más moscas que sigan volando libres al rededor!

Una de las acepciones del garantismo (la segunda, para ser exactos) que FERRAJOLI presenta, en el capítulo 13 de la obra citada, reza: una «teoría de la divergencia». Según este punto de vista, una función importante del garantismo sería denunciar el abismo que puede llegar a existir entre derecho válido y derecho efectivo. Dejemos al propio autor definir esa tesis:

Una aproximación semejante no es puramente «normativista» y tampoco puramente «realista»: la teoría que contribuye a fundar es una teoría de la divergencia entre normatividad y realidad, entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes. La desarrollada

³⁷ *Supra*, nota al pie 9.

en este libro es, por ejemplo, una teoría garantista del derecho penal normativista y realista al mismo tiempo: referida al funcionamiento efectivo del ordenamiento tal y como se expresa en sus niveles más bajos, sirve para revelar sus rasgos de validez y sobre todo de invalidez; referida a los modelos normativos tal y como se expresan en sus niveles más altos, es idónea para revelar su grado de efectividad y, sobre todo, de ineffectividad. Bajo ambos aspectos el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal...³⁸.

Quisiera hacer notar un aspecto muy peculiar que se evidencia en este planteamiento de FERRAJOLI. Ciertamente, él enfoca el garantismo como una teoría que estaría, al menos en parte, referida a la realidad. En esta medida, si ello fuera cierto, cabría decir que hasta se le podría calificar, al menos en alguna medida, como un *realista*. No obstante, él traiciona precisamente ese postulado realista cuando desarrolla su propia teoría, esa que denomina «garantista». FERRAJOLI es realista hacia afuera, pero no hacia adentro, valga esa metáfora espacial. Es realista en cuanto llega a distinguir, al señalarlo literariamente como una observación de orden meramente general, entre el normativismo (lo que se dice en el papel con respecto a la ley) y lo que se hace en los tribunales (con esas mismas leyes). Pero, al parecer, es incapaz de aplicar ese mismo baremo fielmente a su *propia* teoría. Esto me recuerda un poco el «lema del fariseo»: *bagan lo que yo digo, no lo que yo hago* (un «fariseísmo», cabe aclarar, que en este caso está confinado a desempeños discursivos en unos planos de orden estrictamente *teorético*; desde luego, no entiendo referirme a ninguna otra clase de conductas del Sr. FERRAJOLI). Nuestro autor *dice* «realismo»³⁹, pero en sus planteamientos *hace* «normativismo». Señalo esto, esencialmente por lo siguiente: si se adoptan al menos algunos de los postulados básicos del realismo (pensemos en ciertas tesis como las defendidas por FRANK, LLEWELLYN, HOLMES, o recientemente por HABA), lo primero que habría que concluir es que casi la totalidad de lo dicho por FERRAJOLI sobre el garantismo, sobre sus principios y axiomas y sobre sus simbolizaciones lógicas, en lo fundamental constituye una pérdida de tiempo, eso reviste muy poca o casi ninguna utilidad para resolver los litigios efectivos que se presenten en tribunales penales reales.

Eso sí, no pretendo negar que tales o cuales de esas clasificaciones puedan tal vez llegar a ser *invocadas* en unas sentencias de tribunales. Sobre lo que advierto, es que la generalidad de ellas carecen, por la gran vaguedad de sus contenidos, de importancia efectiva para inclinar realmente la balanza de las resoluciones jurídicas concretas; o bien, ya no por vaguedad sino por trivialidad, tanto da que sean expresadas mediante unas acumulaciones de pedantismos como en FERRAJOLI o ponerlo de maneras tradicionales más sencillas. Como se sabe, a menudo en los discursos jurídicos se echa mano, entre otros referentes normativos, también a conceptos indeterminados. Entre estos, los hay que admiten poco menos que cualquier contenido normativo, hasta los más contradictorios entre sí, son lo que se llama propiamente «fórmulas vacías» (por ejemplo, «razonable»); mientras otros de ellos, aun siendo de contenido muy variable, no son tan enormemente ilimitados, en todo caso no admiten un rango tan desmesuradamente amplio de variantes (p. ej., «salario justo» para determinado tipo de trabajo estándar). Los respectivos letreros lingüísticos que remiten a tales conceptos funcionan, de hecho (su dimensión *pragmática*), como unas *delegaciones* para que su

³⁸ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 852.

³⁹ *Id.*, «...una teoría garantista del derecho penal normativista y realista al mismo tiempo...».

intérprete autorizado —jueces, etc.— decida él mismo cuál, entre los varios sentidos posibles para la expresión invocada, será acogido en esa instancia. Por eso, a fin de cuentas resulta indiferente, en la práctica, si el juez invoca «a la letra» unas definiciones de la cantera de FERRAJOLI, para darle tinte «académico» a su fundamentación, o si simplemente acude a unos conceptos indeterminados en sus formas más tradicionales; bajo la condición, claro está, de que ya sea aquellos o estos pertenezcan al repertorio de lo *retóricamente* reconocido como «decible» en el medio jurídico. Después de todo, esos catálogos de pseudodefinitiones no son sino como unos letreros luminosos (valga la imagen), detrás de cuyas mamparas la trama verdadera de la obra así anunciada puede ser tanto que A asesina a B como que es B quien asesina a A, o que ni siquiera haya ahí algún delito semejante, o que [...] [por ejemplo: en la Sala Constitucional de Costa Rica, no pocas veces unos fallos de gran efecto público se fundamentan diciendo que la medida en cuestión es o no es debidamente respetuosa de los principios constitucionales de «razonabilidad» y «proporcionalidad». *Qué* signifique específicamente, para el caso examinado, lo uno y lo otro, lo deciden sin más los propios magistrados según sus respectivas preferencias al respecto (no pocas veces es hasta mediante voto dividido: entonces lo que es «razonable» y «proporcional» para unos entre ellos, no lo es para los otros, y viceversa). No se ve cuál sería la diferencia *en la práctica* si, en cambio, se acudiere ahí a unas definiciones como las de FERRAJOLI, ya sea para aquellas mismas cuestiones o para unas donde en su resolución se invoque otros conceptos no menos manipulables].

Ahora bien, volvamos a lo de las susodichas actitudes intelectuales de orden «fari-seico». La teorización de FERRAJOLI representa sólo un ejemplo más de eso en el seno de la Teoría del Derecho. De todas maneras, se trata de algo llamativamente peculiar: de tal manera se produce una singular dicotomía entre la comprensión racional y discursiva de unos postulados teóricos, por un lado, y lo que son las aplicaciones jurídicas prácticas, por el otro. Así es como hay muchos juristas que conocen y hasta entienden cabalmente los argumentos específicos del realismo jurídico, pero quienes, cuando se trata de poner aquello en práctica y sacar las consecuencias de eso que han aceptado ellos mismos en la esfera teórica, en modo alguno lo hacen verdaderamente. En cambio, terminan aceptando toda suerte de mitos y sofismas propios del normativismo más burdo. He querido llamar a este fenómeno: el *Efecto de la Bifurcación*. Digo así, pues entonces se presenta en la mente de quien argumenta una «bifurcación» o separación entre dos esferas: la puramente *intelectiva* o de comprensión racional, por un lado, y la volitiva o de expresión de la *actitud*, por el otro. Aquello que cognitivamente se conoce y entiende, empero no se practica. Es como si, valga el símil, la misma persona apareciese en dos canales de televisión distintos: en uno es comentarista de fútbol y en el otro comentarista de cine. Es la misma persona, pero cuando aparece comentando el fútbol, se desvincula y ni siquiera se percate de que en el otro canal está haciendo crítica de cine. El comentarista de fútbol FERRAJOLI conoce las reglas, conoce los equipos, los jugadores y hasta conoce las tácticas y estratagemas que utilizan los entrenadores para salir victoriosos en los partidos; pero cuando se cambia de canal y nos habla sobre el «cine garantista», se olvida de todo aquello y allí describe, no el fútbol real, de las canchas reales y jugadores reales, sino el que se juega en una mesa de plástico, con figuritas de plástico, con una pelota de plástico, ese que los niños conocen como el juego del «futbolito». Y lo más fantástico de todo es que FERRAJOLI insiste en hacernos creer

que su teoría es «realista» (al menos por una parte), cuando en realidad es una película cercana a la ciencia ficción. Al respecto he indicado, en otro sitio, lo siguiente:

Hay que tener claro, sin embargo, que el mero reconocimiento intelectual de los sofismas... no es suficiente. Hay una amplia diferencia entre entender una determinada noción e introducirla en la práctica vital e intelectual. Suele suceder (¡y es probable que el autor de este texto tampoco escape a ello!) que uno comprende cabalmente el significado o el alcance de un error argumentativo y, sin embargo, llegado el momento, se incurre en el mismo error que se critica. Ello se debe, al menos eso creo, a que la verdadera comprensión de un conocimiento apenas empieza cuando este ha sido realmente internalizado en las estructuras psíquicas, morales e intelectuales, e integrado a la forma cotidiana de ver y valorar el mundo. La superación de los sofismas en la teoría social no es, pues, sólo un asunto de estricta racionalidad. Cuánto una persona luche para superar un hábito depende, en primerísima instancia, de cuánto signifique ese hábito para ella en el plano afectivo y emocional. Cuanto más fuerte sea el significado que una idea tiene para la vida, más fuerte será la resistencia a reconocer la falsedad de dicha idea⁴⁰.

3.8. Presentar sus ideas bajo unos axiomas básicos que en verdad intervienen ahí como «estrategias de inmunización»

En todo campo del saber y de la experiencia humana se parte siempre de unos axiomas básicos. Esto es inevitable. Uno no puede construir su posición sobre cimientos colocados en el vacío. No importa si es en la esfera científica o religiosa, física o metafísica, siempre se va a partir de unos puntos de vista que se consideran como fundamentales. A estos puntos de vista se les llama justamente «axiomas», los cuales pueden ser ya sea uno solo o varios compuestos, como base *non plus ultra* de determinado razonamiento o de determinado edificio teórico en su conjunto. Como el conocimiento no puede retrotraerse indefinidamente, en una suerte de cadena sin límite, entonces algún punto de partida de última instancia (una idea o varias) se hace necesario. Este punto de partida tiene un doble carácter. Por un lado, es ahí el axioma básico, aquello que yo asumo como pre-supuesto de toda la construcción teórica que voy a efectuar. Por otro lado, este punto de partida no es (salvo para mis propios efectos) *absoluto*; es decir, se trata siempre de unos cimientos que pueden cambiar, con el tiempo y con las circunstancias, por lo cual en este último caso tendré que buscar otro punto de partida. A esta tesis se le conoce técnicamente como *falibilismo*: aceptar que nuestros conocimientos, y las bases de las que estos parten, pueden estar equivocados y llegar a cambiar. Téngase presente siempre que lo que en un momento se considera como inamovible, ya luego no lo es. Vale decir, no existe lo que en filosofía de la ciencia se ha llamado el *punto arquimédico del conocimiento* (ALBERT) [recordemos, que ARQUÍMEDES fue el famoso filósofo griego que dijo: «Dadme un punto de apoyo y moveré el mundo». El punto arquimédico sería aquel sobre el cual me apoyo, pero para el cual, a su vez, ya no existe ningún *otro* apoyo posible: por eso mismo, este punto *es axiomático*, o en todo caso es «visto» (por parte de quienes lo aceptan) como tal].

De todas maneras, no hay que olvidar que los axiomas, por más básicos que sean para mi propia construcción, son **escogidos**, o sea, seleccionados por la persona que propone la teoría considerada, o simplemente cuando se hace una afirmación valorati-

⁴⁰ M. E. SALAS, *Yo me engaño, tú te engañas, él se...*, 17.

va cualquiera. Esa selección puede hacerse consciente o inconscientemente. En la vida cotidiana, casi siempre ello se hace inconscientemente, y entonces uno suele asumir que las otras personas con quienes se hable comparten también esta misma base. Eso permite un diálogo que parcialmente estará libre de gruesas diferencias y contradicciones. Pero también hay oportunidades en que la elección se hace conscientemente: por ejemplo, en el caso del desarrollo de una teoría científica donde se parte de unos presupuestos básicos que se explicitan en el marco teórico de referencia.

Pues bien, ¿qué tiene que ver todo esto con FERRAJOLI y su teoría del garantismo penal? La explicación es esta: también FERRAJOLI parte de unos axiomas (y, dicho sea de paso, él les llama justamente así: «los axiomas del sistema garantista» e incluso habla de un «sistema garantista axiomatizado»). Pero hay que tener claro, sobre todo, que por supuesto esos axiomas elegidos por FERRAJOLI son, ¡también ellos!, únicamente *eso*: son **su elección valorativa**. Alguien podría, desde luego, elegir *otros* «axiomas» de los cuales partir. Esos axiomas que elige FERRAJOLI no son absolutos (¿por qué habrían de serlo?); tampoco se ve por qué tendrían que corresponderse necesariamente con una supuesta «esencia» del derecho penal, ni con una suerte de «naturaleza de las cosas». Ellos son lo que son: *unas* maneras posibles de valoración ética, política y jurídica, aquellas que el propio FERRAJOLI ha resuelto poner fuera de discusión, las cuales pueden o no ser compartidas por otras personas, ya sea en principio o en cuanto a tales o cuales de sus tipos de aplicaciones prácticas. Empero, salvo que con respecto a esos axiomas y a cuanto FERRAJOLI entienda poder derivar de ellos se adopte sencillamente la posición de «creyente», yo pienso que, al menos en cuanto a sus posibilidades para aplicaciones en la *práctica* jurídica, el «rendimiento» de tales axiomas debiera ser elucidado (y, si se quiere, defendido) mediante la aportación de *razones*: presentación de pruebas empíricas y argumentos laicamente plausibles, o sea, siendo ambos de contenido lo bastante intersubjetivo como para acreditarse también por vías de carácter extra-«creyente». Para tales efectos, no se ve cómo pueda servir de mucho el invocar simplemente unas tautologías o unas veleidades semánticas, simplemente sujetas, como criterio supremo de aceptación, a un mero: ¡FERRAJOLI *dixit!*

Recordemos, nuevamente, que FERRAJOLI estima que los diez axiomas del garantismo penal son los siguientes:

- A1 *Nulla poena sine crimine.*
- A2 *Nullum crimen sine lege.*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*
- A4 *Nulla necessitas sine iniuria.*
- A5 *Nulla iniuria sine accione.*
- A6 *Nulla actio sine culpa.*
- A7 *Nulla culpa sine indicio.*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione.*
- A10 *Nulla probatio sine defensione.*

¿Qué problema veo en todo esto? No que él haya escogido esos axiomas y no otros; por supuesto, siempre hay un derecho de elección. Tampoco, que él quiera formalizarlos en notación de lógica simbólica. Ni lo central de mi crítica se dirige a que

él defina «Estado de derecho», «garantismo penal», «sistema penal garantista», etc., acudiendo a esos mismos axiomas. Igualmente, uno puede aceptar que FERRAJOLI tiene derecho a construir una teoría de la «legitimación formal y sustancial», de la «validez formal y sustancial», de la «mera legalidad» y de la «estricta legalidad», de la «democracia formal» y la «democracia sustancial», acudiendo a esos mismos axiomas. Todo eso no me parece inaceptable en principio. Sin embargo —y este es el aspecto medular que quiero hacer ver— FERRAJOLI tiene que hacerse **responsable** por la adopción de justamente *esos* axiomas. Y por hacerse «responsable» corresponde entender, en este contexto, este término en un sentido muy específico, a saber: la carga intelectual de aceptar no solo los aspectos claros o inequívocos que de dichas ideas se desprendan, sino también sus equívocos y malentendidos. ¡Y vaya que estos axiomas se prestan para malentendidos!

El problema no es, pues, la posibilidad, en abstracto, de construir un dizque sistema garantista sobre la base de algunos enunciados, el problema es más bien definir el carácter que vaya a tener ese sistema y sobre todo sus *consecuencias prácticas*. Si uno presta atención al catálogo de axiomas adoptado por FERRAJOLI, no tendrá que hacer mucho esfuerzo mental para percatarse de cosas básicas como las siguientes (no digo que todas sean ignoradas por el propio FERRAJOLI):

1. Es un catálogo de cuestiones que ya se conocen desde hace mucho tiempo en el campo del derecho penal. Eso no es nada original o novedoso (creo que FERRAJOLI aceptaría esta afirmación), sino que más bien se trata, en buena lid, de lugares comunes de la teoría del derecho, de la política o de la epistemología jurídica.

2. Es un catálogo de principios muy generales y abstractos en cuanto a su esfera de aplicación o de alcance. Es más, me gustaría decir que se trata, en gran medida, de *fórmulas vacías o semivacías* (entendiendo por éstas, aquellas expresiones lingüísticas que resultan muy vagas, indeterminadas o polisémicas, tanto en su función lingüística como pragmática). Lo difícil no es postular, si esto viene a ser planteado en términos tan indiscriminadamente generales como lo hace FERRAJOLI, que no hay ley sin una necesidad o necesidad sin un daño. Lo difícil está en saber *qué* exactamente se vaya a entender ahí por «necesidad» o «daño». Como es bien conocido desde hace décadas en la teoría crítica del derecho, esos dos términos son conceptos jurídicos indeterminados, a los cuales el operador del derecho asigna unos contenidos que van a depender de los valores adoptados, de los fines perseguidos o de las circunstancias del caso concreto, según los intérpretes autorizados. Cuáles valores o fines, o qué interpretaciones al respecto, y aun la selección de cuáles circunstancias se tenga por relevantes, todo esto pueden decidirlo de ciertas maneras unos intérpretes y otros hacerlo de maneras diferentes, en cuanto a los casos individuales o tipos de casos por resolver; dependerá, en la práctica, de las respectivas preferencias ideológicas o en general las concepciones sociales (contingentes) que respectivamente esos intérpretes acojan, entre las diversas consideradas aceptables en su medio social.

3. Es un catálogo básicamente de *definiciones persuasivas*, entendiendo por éstas, según ya se dijo, unas definiciones en las cuales el elemento emotivo se impone sobre el elemento descriptivo, que es poco o nulo. De allí que, estas máximas sean el condimento preferido de todos los regímenes políticos, no importa si se les llama democráticos o totalitarios, fascistas o garantistas, todos se proclamarán fieles seguidores de éstos u otros principios similares.

4. Es un catálogo de axiomas que no soluciona problemas *concretos*, pues «los principios generales no resuelven casos específicos» (HOLMES).

5. Es un catálogo respecto del cual, en virtud de la vaguedad e indeterminación de sus elementos, se pueden «derivar» (así dice FERRAJOLI) muchísimas cosas. Es decir, que es abierto en cuanto a las posibilidad de extraer que de allí otros muchos postulados. El mismo FERRAJOLI sostiene: «En total tendremos cincuenta y seis tesis, diez primitivas y las demás derivadas, que conjuntamente configuran nuestro modelo penal garantista y cognitivo»⁴¹.

6. Es un catálogo cuyas máximas, efectivamente, están comprendidas en muchas constituciones políticas del mundo. Sin embargo, esas máximas representan, en esencia, muy poco más que un «saludo a la bandera». En la realidad esas máximas son llenadas, por los aplicadores del derecho, con cualquier contenido retórico y terminan justificando cualquier decisión, incluso arbitraria o abiertamente injusta.

4. CONCLUSIÓN GENERAL

A lo largo de esta investigación, he presentado una lista de ocho grandes dificultades fundamentales que veo en la obra de FERRAJOLI, específicamente de su libro *Derecho y razón*, en cuanto al concepto de garantismo penal. Es posible, no lo descarto de antemano, que algunos de esos vicios imputados a FERRAJOLI puedan estar equivocados, que mis observaciones al respecto sean injustas o desproporcionadas para con el autor italiano. Pero me atrevo a aventurar la creencia de que, probablemente, al menos alguno o unos pocos de los «vicios» señalados resulten pertinentes. Que haya dado yo en el blanco y que de esa manera haya contribuido a denunciar al menos algunos malentendidos propios de esa nebulosa doctrina, me parece que debería merecer alguna reflexión, sobre todo por partidarios («creyentes») de ella. ¡Ojalá que así sea!

He tratado, en todo mi recorrido, de ofrecer argumentos y evidencias contra las tesis de FERRAJOLI. Es obvio que contra FERRAJOLI mismo, su persona en la vida real, no tengo nada; eso debiera haber quedado más que suficientemente claro, pues me he referido nada más a su desempeño como *teórico*. Empero, sean cuales fueren sus intenciones subjetivas personalísimas (y ciertamente no tengo por qué dudar de que no sean las mejores), sí creo que su doctrina ha contribuido, ¡de hecho!, más bien a que se retroceda en el ámbito del derecho penal. Ella sirve, directa o indirectamente, con o sin la suscripción de su creador, para *alejara la mirada* de las cuestiones fundamentales y controvertidas que acechan actualmente en la experiencia misma del derecho penal. Cuestiones controvertidas que no se atacan a fuerza de tambor y humo, como quien quiere asustar los coyotes que aúllan amenazantes en el pastizal, sino que hay que prenderles fuego; es decir, combatir las con medidas *concretas*, o al menos presentar estas mismas a la consideración pública *especificándolas* como tales. A la fecha, siguen en la sala de espera. Y, por cierto, FERRAJOLI no ha contribuido a elaborar nada por el estilo, sino que antes bien su obra contribuye a apartar la mirada de tales cuestiones, las verdaderamente prácticas, desviándola hacia cierta región de inofensivos discursos sobre unas impolutas abstracciones tranquilamente librescas.

⁴¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 94.

Por eso, terminaré este ensayo con un *ad hominem* (soy bien consciente de que es tal) y con una pequeña dosis de humor. Hace algún tiempo, HABA publicó un artículo en alemán ⁴², donde acuñó el feliz término: la «Santa (Charla) Familia» [*die Heilige (Rede-)Familie*], para referirse a cierto tipo de discursos teóricos desempeñados en círculos académicos para ocuparse de la llamada Razón Práctica, teorizaciones que van en dirección esencialmente retórica. Se trata de la producción discursiva propiciada por unos autores muy conocidos, de moda en el ámbito internacional de la filosofía del derecho —HABERMAS, RAWLS, ALEXY, DWORKIN—, a quienes más tarde él calificó (en otro sitio), con justeza creo yo, de *Scholar-Dreammakers*. Pues bien, después de lo indicado en las páginas precedentes, y habiendo examinado las tesis básicas del garantismo penal bajo la luz de una visión crítica y realista, propongo la moción de que a L. FERRAJOLI se le incorpore, con muchísimos méritos, a la plantilla oficial de la «Santa (Charla) Familia». Y que en adelante se le otorgue el grado, *summa cum laude* de:

¡Doctor *Dreammaker* en derecho penal!

* * *

5. APÉNDICE. LOS SENTIDOS DE «GARANTISMO»

Ofrezco aquí una caracterización más detallada de lo que FERRAJOLI entiende por «garantismo» y, específicamente, por «garantismo penal». Voy a transcribir algunos pasajes suyos típicos al respecto (incluso unos que son algo extensos). Ya sabemos que estos catálogos de definiciones no solo están desprovistos de mayores efectos prácticos, sino que tampoco aportan conocimiento sustantivo alguno (salvo sobre ellas mismas, en sí mismas y por sí mismas). Por lo demás, esto puede resultar aburrido y como forma de estilo literario no es, sin duda, la mejor. Sea como fuere, aquí ello obedece únicamente a que yo no quisiera dar lugar, en modo alguno, a suponer que pongo en boca de FERRAJOLI, o en su cabeza, cosas que él no haya dicho expresamente; de ahí que, si el lector está interesado en esta muestra de escolasticismos, no tendrá más remedio que armarse de la necesaria paciencia para poder seguirlos. Paso a dejar consignada, pues, una síntesis de las ideas centrales, con la esperanza de que esto resulte suficientemente indicativo al respecto.

¿Qué entiende FERRAJOLI por «garantismo» y, más concretamente, por garantismo *penal*? Ya se mencionó en la presentación de este trabajo que, en la actualidad y a la luz de la divulgación internacional del garantismo, ese concepto se ha convertido, poco más o menos, que en una fórmula vacía (*Leerformeln*) ⁴³ de tipo emocional, pues ella se utiliza en los más variados contextos y con propósitos casi siempre persuasivos. De cara a esa tendencia, nuestro autor ha intentado dar un contenido más preciso a

⁴² E. P. HABA, «Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie - Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der "Heiligen (Rede-)Familie"», en: *Rechtstheorie*, vol. 27, cuaderno 3, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, 237-277. Buena parte de ese trabajo se encuentra traducida al español en el estudio del mismo autor: «Contra la "Santa (charla-) Familia"». Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del *wishful thinking* académico», *Doxa*, 30 (2007), 491-524.

⁴³ *Vid.*, al respecto, mi trabajo *Yo me engaño, tú te engañas, él se...*, en especial el capítulo II «El sofisma de la magia verbal y del naturalismo lingüístico», 59 y ss.

tal categoría. Son varios los sitios en los cuales podría rastrearse una definición de garantismo. Conformémonos con examinar algunas de esas definiciones. Uno de los más representativos intentos por precisar la categoría del garantismo es un estudio suyo publicado en la revista italiana *Parolechiave*, donde ofrece la siguiente caracterización:

En general, se hablará de garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes —públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional— mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados⁴⁴.

Después él define, a partir de esa determinación general, el garantismo penal como el conjunto de:

[T]écnicas de defensa de los derechos de libertad y, entre ellos, en primer lugar, el de la libertad personal, frente a las intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial...⁴⁵.

Ahora bien, esta caracterización general del garantismo, en primer lugar, y del garantismo penal, en segundo lugar, no da cuenta (y en eso hay que ser muy francos) de la complejidad del concepto elaborado por FERRAJOLI a lo largo de su vasta obra⁴⁶. Lo fundamental se ubica, más allá de una mera definición nominal sobre una categoría de análisis, en los elementos que la componen y que forman su esqueleto conceptual. Con la meta de examinar justamente estos elementos, a continuación voy exponer con más detalle lo expresado a ese respecto por el autor.

5.1. Garantismo en sentido general

La noción de garantismo —que en un primer momento podemos llamar simplemente «general»— presupone al menos **tres** niveles distintos. Vale la pena explicarlos separadamente, pues constituyen la base de la estructura arquitectónica del edificio garantista⁴⁷.

a) En primer lugar, el garantismo es **un modelo normativo de derecho** que se caracteriza por el apego a la «legalidad estricta» (*stretta legalità*); y esta, a diferencia de la legalidad en sentido amplio, exige —según FERRAJOLI— que la ley condicione determinados contenidos sustanciales. Es decir, que no sólo basta, para que una norma sea válida, la promulgación por parte de instancias competentes y de acuerdo con unos ciertos procedimientos (el quién y el cómo), sino que también ha de prestarse especial

⁴⁴ Ese estudio se recoge en su versión castellana en FERRAJOLI, «Garantías», 40.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ El autor desarrolla, en primer lugar, una definición del garantismo penal basada en tres niveles (que seguidamente se expondrá), para luego incursionar en una teoría general del garantismo: «Estas tres acepciones de “garantismo”, de las que hasta aquí he proporcionado una connotación solamente penal, tienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general que merece ser explicado. Delinean, efectivamente, los elementos de una teoría general del garantismo...»: *Derecho y razón*, 854.

⁴⁷ *Cfr.* el artículo «El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales», de R. MORENO CRUZ, publicado en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007.

cuidado al contenido (al qué de la norma). Esta distinción da pie a dos tipos de legitimación: legitimación formal y legitimación sustancial; ello está gobernado, a su vez, por una racionalidad formal y una sustancial. Así, el modelo o sistema garantista:

...no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica⁴⁸.

Las distinciones realizadas por FERRAJOLI apuntan, en realidad, a dos conceptos que resultan fundamentales en el presente contexto. Dichos conceptos son el de validez en sentido formal (vigencia) y validez en sentido material (o validez propiamente dicha):

En efecto, la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar «vigencia» o «existencia», que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación; y la «validez» propiamente dicha o, si se trata de leyes, la «constitucionalidad», que, por el contrario tiene que ver con sus significado o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción⁴⁹.

Como modelo de derecho, el garantismo presupone la existencia de dos nociones fundamentales: la de un Estado de derecho (*stato di diritto*) y la de una democracia.

— Se va a entender el Estado de derecho como aquel donde existe: o bien, un gobierno *sub lege*, o sea, sometido a las leyes; o bien, aquel donde hay un gobierno *per leges*, o sea, dominado mediante leyes generales y abstractas. Estas dos nociones del Estado de derecho se deben asociar, a su vez, con dos conceptos claves para FERRAJOLI: por un lado, el de validez formal, que exige únicamente una definición de las formas en que se ejerce el poder y de qué sujetos sean los titulares de ese poder; por otro lado, el concepto de validez material, el cual exige adicionalmente que estén claramente definidas las materias de competencia y los criterios de decisión. Esto da pie a distinguir entre una legitimación formal, por un lado, y una legitimación material, por el otro; o dicho en otros términos, entre una legalidad en sentido amplio y una legalidad en sentido estricto. Todos estos conceptos se materializan, a su vez, en dos formas distintas de Estado: el Estado de derecho liberal, con sus respectivas garantías liberales negativas; y el Estado de derecho social, con sus garantías sociales positivas⁵⁰.

⁴⁸ L. FERRAJOLI, «Garantías», 63.

⁴⁹ L. FERRAJOLI, «El derecho como sistema de garantías», en *Jueces para la democracia*, núms. 16-17, Madrid, 1992, 64.

⁵⁰ Con palabras de FERRAJOLI, el Estado de derecho se caracteriza por: «a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público —legislativo, judicial y administrativo— está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes...; b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial», *Derecho y razón*, 856-857.

— Respecto a la noción de democracia, hay que tener claro que para FERRAJOLI el Estado de derecho, como conjunto de las garantías liberales y sociales, equivale a democracia, pero no entendida en sentido formal, sino sustancial.

[E]n un sentido no formal y político sino sustancial y social de «democracia», el estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades vitales de todos⁵¹.

b) En su segunda acepción, el garantismo designa una **teoría jurídica** que mantiene separados el plano del ser y del deber ser, proponiendo como cuestión central la distancia que opera entre el plano normativo y el práctico. FERRAJOLI habla, por eso, del garantismo como una *teoría de la divergencia* entre normatividad y realidad, entre derecho válido y derecho efectivo. Alude a que una teoría garantista del derecho penal ha de ser normativista y realista al mismo tiempo:

La desarrollada en este libro es, por ejemplo, una teoría garantista del derecho penal normativista y realista al mismo tiempo: referida al funcionamiento efectivo del ordenamiento tal y como se expresa en sus niveles más bajos, sirve para revelar sus rasgos de validez y sobre todo de invalidez; referida a los modelos normativos tal y como se expresan en sus niveles más altos, es idónea para revelar su grado de efectividad y, sobre todo, de ineffectividad. Bajo ambos aspectos el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes...⁵².

Como teoría del derecho, el garantismo surge dentro del «positivismo jurídico», según FERRAJOLI, y busca básicamente una crítica y deslegitimación interna de las normas vigentes inválidas. Empero, el autor distingue entre dos formas de positivismo: el que denomina crítico y el dogmático. Este último consiste, básicamente, en una orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como independiente de la validez y efectividad de éstas. Por su parte, el autor se suma a una forma de iuspositivismo crítico que:

...se configura sobre todo como crítica del derecho positivo vigente no meramente externa, política o de *iure condendo*, sino interna, jurídica o de *iure condito*, puesto que va dirigida a aspectos de ineffectividad y de invalidez. Este planteamiento, que bien podemos llamar «positivismo crítico», se refleja en el modo de concebir el trabajo del juez y del jurista, y pone en cuestión dos dogmas del positivismo dogmático: la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente⁵³.

c) En su tercera acepción, el garantismo no significa ya sólo un modelo normativo y una teoría del derecho, sino también, y en términos generales, una **filosofía política** que impone al derecho y al Estado la necesidad de una justificación externa de su accionar. Dentro de esta filosofía política introduce FERRAJOLI un concepto que, al parecer, se presenta como fundamental en el marco de su sistema garantista. Me refiero a la llamada *esfera de lo indecidible*⁵⁴. Dice él:

⁵¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 864.

⁵² *Ibid.*, 853.

⁵³ *Ibid.*, 872.

⁵⁴ FERRAJOLI tiene un trabajo específico sobre esta categoría de análisis: «La esfera de lo indecidible y la división de poderes», publicado en *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008, 337 y ss.

He utilizado en otras ocasiones la expresión «esfera de lo indecible» para denominar al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías⁵⁵.

Como una filosofía política, el garantismo permite la crítica y la deslegitimación, externamente, de las instituciones jurídicas positivas, por ser entonces conforme a una separación estricta entre derecho y moral. Apropiándose del concepto luhmanniano, FERRAJOLI distingue entre dos tipos de doctrinas políticas: las auto-poyéticas y las hetero-poyéticas.

Para las doctrinas auto-poyéticas, el estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social, supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos. Para las doctrinas hetero-poyéticas, por el contrario, el estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aun, si él mismo los viola⁵⁶.

Desde esta perspectiva, como filosofía política, el garantismo es una doctrina hetero-poyética, donde se niega una legitimación «desde arriba» del derecho, sea desde fuentes suprahistóricas, metafísicas o metahistóricas: Dios, la naturaleza, la religión. Por el contrario, la legitimación es siempre externa o «desde abajo»; es decir, de la sociedad misma como suma de personas, intereses y clases sociales.

* * *

Ahora bien, una lectura de lo señalado hasta este punto, dará cuenta de que lo expuesto por FERRAJOLI no atañe, al menos de manera inmediata, sólo al campo jurídico penal, sino que cubre áreas tan vastas como el derecho constitucional y los derechos fundamentales. En lo relativo al campo penal, en sentido estricto, es más difícil determinar cuál sería una opinión o algún parecer puntual de nuestro autor sobre qué ha de significar allí el término garantismo. Empero, esto no es impedimento para que, desde diferentes capítulos o apartados del libro *Derecho y razón*, uno pueda reconocer elementos claves de la teoría garantista propuesta allí y en función de esos conseguir delinear también los contornos básicos de un concepto propio para ese campo específico.

5.2. Garantismo en sentido penal

Según FERRAJOLI, se puede denominar garantista, o también cognitivo o de estricta legalidad, a un sistema de derecho penal cuando comprende una serie de principios o máximas fundamentales. Él piensa que existen diez máximas (o axiomas) que dan pie a toda la estructura garantista en el derecho penal: A1 *Nulla poena sine crimine*. A2 *Nullum crimen sine lege*. A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. A4 *Nulla necessitas sine iniuria*. A5 *Nulla iniuria sine actione*. A6 *Nulla actio sine culpa*. A7 *Nulla culpa sine iudicio*. A8 *Nullum iudicium sine accusatione*. A9 *Nulla accusatio sine probatione*. A10 *Nulla probatio sine defensione*. Según la opinión expresa de FERRAJOLI: «Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen —con cierto

⁵⁵ *Ibid.*, 337.

⁵⁶ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 881.

forzamiento lingüístico— el modelo garantista de derecho o responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal»⁵⁷. Estima, además, que esos diez axiomas se encuentran encadenados de tal suerte que «cada uno de los términos implicados impli[ca] a su vez al sucesivo»⁵⁸.

En cuanto a la funcionalidad o no de este modelo axiomático de principios, FERRAJOLI es claro al sostener que ellos (los principios) «valen también para garantizar la inmunidad de los ciudadanos respecto de intervenciones punitivas infundadas o arbitrarias, este modelo de responsabilidad penal no es sólo un modelo epistemológico de racionalidad del juicio, sino también un modelo regulativo de justicia formal»⁵⁹. De estas consideraciones de tipo epistemológico —por un lado— y jurídico-penales —por el otro—, colige FERRAJOLI otra definición posible de lo que ha de entenderse por garantismo:

El garantismo penal es ante todo un modelo cognoscitivo de identificación de la desviación punible basado en una epistemología convencionalista y refutacionista (o falsacionista) hecha posible por los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad⁶⁰.

Adicionalmente, en el sistema garantista ejerce una especial importancia la posibilidad de que las decisiones se adopten de una manera racional, esto es, sean cognitivamente legítimas. Aquí FERRAJOLI propone *dos modelos epistemológicos* judiciales contrapuestos: cognoscitivismo y decisionismo⁶¹. El cognoscitivismo se ampara en la verificación (fáctica) de los hechos, en la búsqueda de la verdad, en la comprobación de los supuestos que dan pie a una acusación; estando consciente, por supuesto, de que todo ello opera en el derecho penal (y procesal penal) de una manera aproximativa. De allí que: «La función judicial, y particularmente la penal, difiere conforme a ello de todas las demás funciones del estado porque es una actividad cognoscitiva, donde las elecciones y las decisiones vienen justificadas por criterios pragmáticos y subjetivos pero siempre referidos, como en cualquier otra forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva»⁶².

* * *

En resumen: de acuerdo con las consideraciones expuestas, estimo que resulta bastante claro que en el sistema ferrajoliano hay, al menos, dos niveles distintos en la comprensión de lo que ha de entenderse por «garantismo»: *a)* un nivel general, propio del derecho constitucional y de los derechos fundamentales, donde el concepto de garantismo consiste en una categoría de tres niveles: como un modelo normativo, como una teoría jurídica y como una filosofía política; *b)* un nivel estrictamente jurídico-penal, asentado en una serie de principios, máximas y axiomas, todo lo cual genera, a su vez, una epistemología cognoscitiva y una decisionista.

⁵⁷ *Ibid.*, 93.

⁵⁸ *Ibid.*, 94.

⁵⁹ *Ibid.*, 97.

⁶⁰ *Ibid.*, 169.

⁶¹ *Ibid.*, cap. 1.

⁶² *Ibid.*, p. 69. Hace FERRAJOLI la salvedad de que la «verdad» del derecho penal es una «verdad-poder», en tanto implica una decisión práctica (o sea, una sentencia de absolución o de condena).

EL CONSTITUCIONALISMO ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS *

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma III

RESUMEN. En este texto el autor retoma el debate desarrollado en el número anterior de *Doxa* a partir de su artículo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista». Vuelve así a defender la tesis de la separación entre derecho y moral y el no cognitivismo ético; propone una redefinición de los conceptos de regla y de principio como base para sostener que los derechos fundamentales son tanto reglas objeto de aplicación como principios objeto de argumentación. Sostiene que buena parte de los conflictos entre principios son susceptibles de «soluciones en abstracto», que evitan la necesidad de ponderación; la resolución de otros conflictos de este género depende, en cambio, a su juicio, no de la ponderación entre las normas involucradas, sino de la ponderación de las circunstancias singulares de los casos en presencia.

Palabras clave: constitucionalismo, cognitivismo ético, reglas, principios, «soluciones en abstracto», «ponderación equitativa».

ABSTRACT. In this text the author resumes the debate that was developed on his paper «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» in the previous issue of *Doxa*. So he defends again the theses of the separation between law and morality and the ethical non-cognitivism; he proposes a redefinition of the concepts of rule and principle as basis to hold that fundamental rights are simultaneously both rules to be applied and principles object of argumentation. The author argues that most conflicts between principles are susceptible of «abstract solutions», thus they do not require any balancing. Even if such balancing is sometimes required for the resolution of other conflicts of this genre this is not, however, a balancing of the rules involved but a balancing of the unique circumstances of the cases at hand.

Keywords: constitutionalism, ethical cognitivism, rules, principles, «abstract solutions», «equitable balancing».

* Fecha de recepción: 14 de octubre de 2012. Fecha de aceptación: 13 de noviembre de 2012.

1. CONCEPCIONES DEL CONSTITUCIONALISMO. DOS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

El debate sobre el constitucionalismo desarrollado en el último número de esta revista ha tenido el mérito de confrontar las diversas concepciones que hoy existen en la materia. La anclada en el tradicional paradigma paleopositivista, según la cual las constituciones rígidas se habrían limitado a injertar un nuevo nivel en la estructura en grados del viejo estado legislativo de derecho sin alterar el modelo normativo; la opuesta y hoy prevaleciente pospositivista y tendencialmente neousnaturalista, según la cual los principios morales de justicia introducidos en las constituciones —objeto de ponderación y no, como las reglas, de aplicación mediante subsunción— habrían restablecido la conexión premoderna de derecho y moral y puesto fin a la separación entre las dos esferas producida en el derecho moderno con la afirmación del paradigma positivista; y la que, en fin, he llamado «garantista», según la cual el constitucionalismo es el fruto de un cambio de paradigma, tanto del derecho y de la democracia como de la ciencia jurídica, consistente en la positivización de límites y vínculos a la producción normativa en su conjunto, bajo la forma de principios y derechos fundamentales, que, casi todos, se comportan exactamente como las reglas frente a sus violaciones. De este modo, el constitucionalismo garantista resulta ser la plena realización tanto del positivismo jurídico como del estado de derecho, pues en su virtud todo poder, incluido el legislativo, está sometido al derecho, es decir, a normas, formales y sustanciales, dirigidas en primer término a limitar y vincular su ejercicio, y en un segundo momento a censurar y remover sus violaciones. De aquí se sigue una virtual ilegitimidad del derecho positivo vigente, que la ciencia jurídica debe constatar y la jurisdicción y la política corregir y reparar.

Pero nuestro debate ha tenido, al menos para mí, otro mérito aún más importante. La discusión, además de inducirme a precisar, aclarar y en algunos casos corregir las tesis que inicialmente sostenía, ha servido, a mi juicio, para eliminar ciertas incomprendiciones recíprocas y también para reducir disensos y divergencias debidos, sobre todo en ocasiones, a la diversidad de los aparatos conceptuales utilizados. Lo que me propongo en este artículo, dedicado a la segunda de las aludidas concepciones del constitucionalismo, es mostrar algunas de sus posibles convergencias con el constitucionalismo garantista, una vez redefinidas ciertas categorías de estos diversos aparatos.

En el ensayo *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* que abrió nuestra discusión presenté los principios constitucionales como *normas sustanciales* sobre la producción normativa¹. Tales principios, y en particular los derechos fundamentales que consagran, son en primer lugar «normas», al estar atribuidos inmediatamente con carácter general y abstracto a sus titulares; a diferencia de los derechos patrimoniales, como el derecho real de propiedad o el de crédito, que son, en cambio,

¹ Según la definición D9.12 de «normas sustanciales» formulada en *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, 3 vols., Roma-Bari, Laterza, 2007, trad. esp. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, M. GASCÓN ABELLÁN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011 (por la que se citará), vol. I, cap. IX, § 9.7, 488-492 (en adelante, los tres volúmenes: I, *Teoría del derecho*; II, *Teoría de la democracia*; III, *La sintaxis del derecho*, se indicarán como *PiI*, *PiII* e *PiIII*, y las definiciones y los teoremas con las letras D y T seguidas de numeración progresiva).

pre-dispuestos por las normas que los regulan como efectos de los actos singulares previstos en ellas. En segundo lugar, son normas «sustanciales» sobre la producción de normas, en el sentido de que disciplinan no la forma, sino el significado, esto es, la sustancia de las normas producidas, condicionando su validez a la coherencia con los derechos y los principios de justicia formulados en ellas.

Estas dos tesis suscitan dos importantes cuestiones teóricas. La primera se refiere a la naturaleza de las *normas* en que consisten los derechos fundamentales: si se trata de «reglas», o bien de «principios» en potencial conflicto, resoluble en cada caso merced a su «ponderación». La segunda tiene que ver con la naturaleza de sus significados o contenidos *sustanciales*: si tales contenidos, al consistir en principios ético-políticos de justicia, han restablecido o no la «conexión entre el derecho y la moral», contradiciendo el principio positivista de la separación de las dos esferas. Sobre ambas cuestiones sostendré dos tesis opuestas a otras tantas tesis de fondo que caracterizan la concepción del constitucionalismo que hoy prevalece, la pospositivista, denominada por lo común «neoconstitucionalista» y que yo he llamado principialista². En primer lugar, el carácter de reglas de la mayor parte de las normas que enuncian derechos fundamentales, en oposición a su consideración habitual de principios, objeto de ponderación y no de aplicación; en segundo lugar, la separación de derecho y moral que a mi juicio, en contra de la tesis de la conexión, no desaparece con la sustancia democrática injertada en las constituciones por tales derechos. En lo que sigue, ilustraré ambas tesis, que tienen considerable alcance para una teoría normativa, no solo de la democracia constitucional sino también de la democracia política.

2. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS TESIS DE LA CONEXIÓN Y DE LA SEPARACIÓN DEL DERECHO Y LA MORAL

Los derechos fundamentales, y en general todos los principios establecidos en las actuales constituciones, consisten claramente en valores morales y políticos de justicia altamente compartibles. De aquí, según muchos autores, la idea de que su constitucionalización ha hecho insostenible el principio positivista de la separación de derecho y moral y restablecido la conexión entre las dos esferas³. ¿Qué entienden, con esta

² He criticado esta concepción del constitucionalismo oponiéndole el enfoque garantista, en el ensayo citado y además en la réplica del debate a que dio lugar —«Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en *Doxa*, núm. 34, 2011, 15-53, y «El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», *ibid.*, 311-361, en los que he cuestionado también el enfoque paleopositivista— en «*Principia iuris*. Una discusión teórica», en *Doxa*, núm. 31, 2008, § 1.3, 402-403, donde he retomado e ilustrado las diferencias entre las dos aproximaciones ya puestas de relieve por L. PRIETO SANCHIS, «*Principia iuris*: una teoría del derecho no neo-constitucionalista para el Estado constitucional», *ibid.*, 325-353, y, con mayor amplitud, en *Intorno a «Principia iuris». Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, § 14.1.4, en P. DI LUCIA (ed.), *Assiomatologia del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011, 248-261.

³ Me limito a recordar a R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977, cap. I [hay trad. esp. de M. GUASTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984; si bien aquí, aun con indicación de las páginas de la edición española, no se seguirá ésta en su literalidad (*N. del T.*)]; C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980; *id.*, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989; J. HABERMAS, *Derecho y moral* (1988), en apéndice a *Facticidad y validez*, traducción e introducción de M. JIMÉNEZ REDONDO, Madrid, Trotta, 1998; R. ALEXY, «On Necessary Relations

tesis, quienes sostienen la conexión de derecho y moral? Desde luego, no algo tan simple como que las leyes tienen contenidos morales, o que nuestras constituciones democráticas incluyen principios morales sumamente apreciables, o, en fin, que en la interpretación de las leyes y de las constituciones se producen tomas de posición orientadas por opciones morales que deben ser argumentadas racionalmente. Éstas son tesis obvias y descontadas que ninguna persona de buen sentido, y ciertamente ningún defensor de la separación, ha pensado negar. En realidad, lo que sostienen los epígonos de la conexión es una tesis bastante más comprometedora, a saber, que los principios constitucionales, poco importa si todos o algunos, incorporan no *una* determinada moral, aunque sea compartida, sino *la* moral o *la* justicia en un sentido objetivo de la palabra⁴.

Así pues, esta tesis descansa en la idea de que existe, no una pluralidad de concepciones morales y políticas diversas y a veces en conflicto, sino *la* moral; y que ésta se identifica, en todo o en parte, con el conjunto o con la mayor parte de los valores establecidos por las actuales constituciones democráticas. Por tanto, para quienes sostienen esta idea, los principios formulados en nuestras constituciones —la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales— no son simplemente valores de justicia que ellos comparten y defienden con firmeza, sino principios y contenidos de justicia «verdaderos» y, en algún sentido de la palabra, «objetivos». Así, la conexión entre derecho y moral que teorizan, se resuelve en un tendencial iusnaturalismo conjugado con esa variante del legalismo ético que es el constitucionalismo ético. Es decir, en una concepción directamente opuesta a la aquí sostenida del constitucionalismo como segundo positivismo, esto es, como positivismo jurídico reforzado en virtud de la positivización también de las opciones que deben presidir la producción del propio derecho positivo.

between Law and Morality», en *Ratio Juris*, 1989, núm. 2, 167 y ss.; *id.*, *El concepto y la validez del derecho* (1992), trad. esp. de J. MALEN SEÑA, Barcelona, Gedisa, 1997; G. ZAGREBELSKY (1992), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. GASCÓN ABELLÁN, Madrid, Trotta, 10.ª ed., 2011, § 4, 162; *id.*, *Introduzione a R. Alexy. Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, XIX; *id.*, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. I, § 2, 24 (ed. esp. en curso de preparación por Trotta); M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, 112; *id.*, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 53 y 245; *id.*, «Tesis sobre Ferrajoli», en *Doxa*, núm. 31, 2008, § 6, 215; *id.*, «Dos versiones del constitucionalismo», en *Doxa*, núm. 34, 2011, 80, 82, 85; J. J. MORESO, «El reino de los derechos y la objetividad de la moral» (2002), en *Diritti umani e oggettività della morale*, E. DICHIOTTI (ed.), Siena, Di Gips, 2003, 9-40, 285; *id.*, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», en *Doxa*, núm. 31, 2008, § 4; F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Nápoles, Esi, 2008. Para mayores referencias a esta literatura y para una crítica más analítica, remito a *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *op. cit.*, § 2, 21-23, y § 4, 28-34.

⁴ En los sistemas constitucionales —afirma HABERMAS— «la moral ya no se cierne por encima del derecho (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas); emigra al interior del derecho positivo» (559); «Las normas aisladas dictadas de acuerdo con el ordenamiento pierden validez jurídica [...] cuando son extremadamente injustas», escribe ALEXY (*El concepto y la validez*, *op. cit.*, cap. IV, 125; cfr. también, *ibid.*, cap. II, § 4.2.1, 45 y ss., y § 4.2.2, 68; cap. III, § 1.2, 91); el derecho, afirma ZAGREBELSKY, consiste hoy en la «fusión de la ley con principios independientes de justicia» (*Introduzione a R. Alexy*, *op. cit.*, XIX), de modo que «la relación con la justicia es constitutiva del concepto mismo de ley» (*La legge e la sua giustizia*, *op. cit.*, cap. I, § 2, 24); MORESO considera «una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales [...] entonces parece que incorporan la moralidad en el derecho» (*Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*, *op. cit.*, § 4, 285); ATIENZA, en fin, afirma repetidamente que «existe una conexión intrínseca entre el derecho y la moral» (*Dos versiones del constitucionalismo*, *op. cit.*, § 3, 80-81; *ibid.*, 82: «tiene pleno sentido afirmar la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el derecho y la moral»).

Conforme a esta segunda concepción —la del constitucionalismo como positivismo ampliado a las opciones mismas que deben presidir la producción legislativa—, la constitucionalización de los principios de justicia no incide en modo alguno en la separación de derecho y moral. En efecto, la tesis de la separación es simplemente un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente. Sólo quiere decir que, en un ordenamiento nomodinámico, «derecho» es todo y sólo lo puesto como tal por las autoridades jurídicamente habilitadas para producirlo, sea cual fuere —guste o no guste, se considere justo o injusto— su contenido normativo; que, consecuentemente, el derecho es cosa distinta de la moral, dado que el carácter positivo de una norma, aunque sea de rango constitucional, no implica su justicia, resultando siempre posible que la misma sea juzgada injusta o inmoral (por todos, por algunos o incluso por uno solo); que la tesis según la cual la justicia de una norma no es condición necesaria ni suficiente de su validez registra «un dato de hecho», como escribió H. HART remitiéndose a J. AUSTIN, que «permite a los juristas obtener una nueva claridad»⁵. La moral y la justicia —por más que los principios y valores estipulados en una constitución sean moral y políticamente compartidos (por nosotros)— son siempre puntos de vista externos al derecho: los puntos de vista morales y políticos, no objetivos sino subjetivos, de cada uno de nosotros, ya sean de adhesión o de rechazo, total o parcial, de los principios y valores constitucionalmente establecidos. Prueba de ello es que tales principios y valores no están en absoluto dados, sino que —de la igualdad a la libertad de conciencia, del rechazo de la pena de muerte al principio de la paz, de los derechos de los trabajadores a los derechos sociales a la salud y a la educación— todos se han afirmado históricamente frente a principios y valores diametralmente opuestos pero compartidos por grandes mayorías; que se han estipulado en el pacto constitucional de convivencia precisamente porque, todavía hoy, no suscitan universal consenso y, por eso, deben ser puestos al reparo de contingentes y siempre posibles mayorías contrarias; y que los defendemos con tanta mayor fuerza y pasión cuanto más constatamos que no son universalmente compartidos y menos aún tenidos por objetivamente verdaderos, sino, al contrario, constantemente violados, ignorados e incluso negados o contestados⁶.

3. OBJETIVISMO MORAL FUERTE Y OBJETIVISMO MORAL DÉBIL. ¿UNA SIMPLE DISCREPANCIA SOBRE EL SIGNIFICADO DEL TÉRMINO VERDADERO?

Pero cabe que el disenso entre los asertores de la separación y los asertores laicos y liberales de la conexión de derecho y moral sea más superficial de lo que parece. En el punto de partida hay ciertamente una diversa concepción de la moral, ligada a su vez al carácter fuertemente equívoco y comprometedor de la noción de «objetivismo

⁵ H. L. A. HART, «El positivismo y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. esp. y nota preliminar de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Depalma, 1962, 12.

⁶ Para una mejor clarificación de lo que se entiende y lo que no debe entenderse, y no ha sido nunca sostenido por ninguna persona de buen sentido, con la tesis positivista de la separación de derecho y moral, remito a mi *El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo op. cit.*, § 5, 337-339.

moral»⁷, asumida por los primeros en apoyo de la conexión. En efecto, con esta expresión cabe referirse, grosso modo, a dos concepciones metaéticas diversas, no siempre claramente distinguidas en el debate filosófico-moral: *aa*) la concepción ontológica del que considera que existe un mundo objetivo de valores morales respecto del cual una tesis moral puede ser calificada de verdadera o falsa, y *ab*) la concepción racionalista de quien considera que los juicios morales pueden ser tenidos como verdaderos o como falsos según cuenten o no con una justificación adecuada fundada en principios morales asumidos como objetivamente válidos. Por otra parte, existen también dos concepciones diversas del anti-objetivismo moral: *ba*) la concepción escéptica del que entiende que los juicios morales no son argumentables racionalmente, al ser fruto de opciones subjetivas y emotivas ni verdaderas ni falsas; *bb*) la concepción racionalista de quien considera que, en último término, los juicios morales no son ni verificables ni refutables, aunque sí argumentables racionalmente a partir de asunciones que son el fruto de opciones subjetivas que, siendo argumentables, no son ni verdaderas ni falsas.

Como es obvio, las tesis metaéticas más inconciliables son las de las concepciones recogidas en *aa*) y *ba*). La tesis *aa*) expresada de manera emblemática por la Iglesia católica y, en general, por los fundamentalismos religiosos, es una tesis metafísica que supone la existencia de valores objetivos en cuanto inscritos en la naturaleza y/o queridos por Dios. La tesis *ba*) es una tesis irracionalista que niega la posibilidad de argumentación racional en materia moral, como si la única forma de argumentación racional fuese la dirigida a sustentar la verdad o falsedad de las tesis asertivas. Diré que estas dos concepciones, por más que opuestas, comparten la misma equivalencia entre razón y verdad, entre racionalidad y objetividad, entre argumentación racional y fundación objetiva o cognoscitiva.

La posición metaética de la mayor parte de los principialistas que sostienen la conexión de derecho y moral refleja preferentemente la segunda de las dos concepciones del objetivismo moral antes ilustradas, la que se expresa en la tesis *ab*). Con las expresiones «objetividad», «verdad» o «falsedad» de las tesis morales también ellos aluden en realidad a su justificación racional⁸, como si no existieran razones no de

⁷ Sobre la cuestión de la objetividad de la moral y sobre las múltiples respuestas ofrecidas por la reflexión metaética, *vid.* la importante colección de ensayos *Oggettività e morale. La riflessione etica del Novecento*, G. BONGIOVANNI (ed.), Milano, Mondadori, 2007.

⁸ J. J. MORESO, por ejemplo, después de haber propuesto como definición de «objetivismo moral» la tesis de que «hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias)», funda en ella la tesis ético-cognoscitivista, que él llama «tesis semántica del objetivismo moral», según la cual «los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad», identificando el «criterio para aceptarlos», o sea, «la calidad de un juicio moral» en «las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor» («Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli», en *Doxa*, núm. 34, 2011, 185, 188 y 191). En el mismo sentido, A. RUIZ MIGUEL, *Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli*, *ibid.*, 277-280, y M. ATIENZA, «Cuento de navidad», en *Análisi e diritto* 2009, Torino, Giappichelli, 2009, 16-117. También J. RUIZ MANERO: «Entiendo por objetivismo [...] la posición que sostiene, en primer lugar, que los juicios morales son racionalmente fundables o justificables [...] Aquí, me parece, solo cabe hablar de “verdad”, como decía, en el sentido en que “verdad” equivale a “justificación racional”» (L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, 69 y 71). Para una crítica más amplia de esta identificación entre verdad objetiva y justificación racional, remito a *El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, *op. cit.*, § 5, 339-344.

tipo teórico sino de tipo moral, en apoyo no de la verdad o de la objetividad sino de la justicia, no de nuestros conocimientos sino de nuestras tomas de posición y más en general de nuestras opciones primitivas, también de carácter teórico. Piénsese no sólo en los juicios de valor morales o políticos, sino también en los estéticos, y sobre todo en las soluciones de gran parte de las cuestiones filosóficas y teóricas, a comenzar por la aquí discutida de filosofía moral, que, de identificar racionalidad y objetividad (o verdad), resultarían todas descalificadas como irracionales, por quien sostiene soluciones diversas. Las discrepancias sobre tales juicios y cuestiones —a veces superables, a veces reducibles, a veces insuperables e irreducibles— versan, en último término, sobre las asunciones y los valores de partida. Los desacuerdos producidos entre personas que comparten los mismos valores de fondo o las mismas asunciones primitivas son superables o al menos reducibles. Si compartimos los principios de igualdad y de dignidad de la persona, no será difícil llamando a la coherencia con estas comunes asunciones, concordar, y quizá convencer a los que disienten, de lo inaceptable de, por ejemplo, tantas formas de opresión o discriminación en perjuicio de los inmigrantes. Por el contrario, se puede discutir hasta el aburrimiento de cuestiones éticas o políticas con un fascista o con un racista, pero al fin, si éste no se convence hasta el punto de cambiar las propias ideas de fondo, quedará constancia de lo insuperable del disenso y la discusión tendrá que abandonarse por estéril. Por eso un buen resultado de todas las discusiones sobre cuestiones morales o políticas, pero también sobre gran parte de las cuestiones filosóficas o teóricas, es siempre la identificación y la clarificación de las asunciones de las que se parte, sean comunes o diversas. Pero esto quiere decir que los valores morales y políticos últimos —la democracia, la igualdad, la libertad, la dignidad de las personas— no se demuestran, no se deducen, y tampoco se inducen de la más o menos amplia aceptación compartida. Simplemente se eligen, se postulan y se defienden. Podemos argumentar la racionalidad de estas opciones a los fines de la convivencia pacífica y civil y del respeto que tenemos por nosotros mismos. Pero frente a un fascista o un racista que parte de asunciones morales opuestas el debate se detiene. Diré que, precisamente, la autenticidad y el rasgo distintivo de la razón práctica y, en particular, de la moral, radica en la conciencia y en la responsabilidad de la opción, a veces problemática y hasta dramática.

Me pregunto, entonces, por qué, para postular la posibilidad de argumentar racionalmente una tesis moral relativa a principios asumidos como fundamentales, hay que sostener la verdad o la objetividad de la misma. Este nexo entre verdad y argumentación racional es comprensible y explicable en las posiciones objetivistas más consecuentes, como las del ontologismo moral indicadas bajo *aa*) y sostenidas, por ejemplo, por la Iglesia católica; la cual, en virtud de la opción iusnaturalista o incluso de una suerte de positivismo divino que vincula el bien y el mal a la voluntad de Dios, supone la existencia objetiva de entidades, valores o reglas morales, a partir de las cuales es posible presentar como verdaderas sus tesis en materia, por ejemplo, de aborto, divorcio, procreación asistida o reconocimiento de las parejas de hecho, y descalificar las tesis opuestas como falsas. Pero es claro que, en todo caso, el objetivismo y el cognoscitivismo ético son incompatibles con el liberalismo, que excluye que se puedan imponer a quienes no los comparten (no las acciones, o mejor las omisiones de daños a terceros), sino los juicios morales, cualesquiera que sean. En efecto, aquellos comportan inevitablemente —y de hecho han comportado, cuando han sido y son todavía impugnados

por las iglesias, a comenzar por la católica— la intolerancia, como falsas, de las tesis no compartidas y el rechazo del pluralismo moral, político y cultural. Pues, frente a una tesis falsa —por ejemplo « $2 + 2 = 5$ », « p implica no- p », o «Cristóbal Colón descubrió América en 1692»— se dirá no solo que es un error, sino que es una afirmación intolerable. Prueba de ello es el hecho de que las tesis morales de una ética cognoscitivista como la católica, que, precisamente, por haber sido asumidas como verdaderas pretenden imponerse a todos como normas jurídicas, no son confutables en su terreno por una ética objetivista de tipo laico o racionalista, sino sólo contestando o refutando de raíz el objetivismo metaético que está en su punto de partida. Y es que estas tesis son irrefutables en el terreno de la verdad, precisamente porque las tesis éticas diversas sostenidas por metaéticas igualmente cognoscitivistas se presentan también ellas como verdaderas, a pesar de no ser demostrables lógicamente ni comprobables empíricamente, en vez de presentarse como principios normativos, argumentables como justos sobre la base de juicios de valor. Naturalmente, la implicación entre objetivismo ético e intolerancia no significa en modo alguno que los objetivistas laicos sean intolerantes. Sólo quiere decir que la misma tiene el valor de un argumento *a contrario* contra las tesis metaéticas de los que se declaran objetivistas pero rechazan la (acusación de) intolerancia. Pues este rechazo implica, por *modus tollens*, la negación del objetivismo y del consiguiente cognoscitivismo ético.

Por eso, el objetivismo moral más consecuente, el de las éticas religiosas, al tener que fundarse sensatamente en la verdad, acaba por anclarse a una metafísica iusnaturalista, al voluntarismo y al positivismo divino o a ambas cosas al mismo tiempo. Cuando, por el contrario, el rasgo distintivo y el fundamento de la ética laica residen en la elección, y por ello en la autonomía de la persona: en no hacer el mal y en hacer el bien, no porque lo quiere Dios o alguna norma o valor objetivo y heterónomo, sino porque se quiere de manera autónoma. La moral laica, por oposición a las morales objetivistas, inevitablemente heterónomas, se funda en la autonomía de la conciencia, en virtud de la cual sería insensata, antes aún que inmoral, la disposición de Abrahán a sacrificar a Isaac sólo porque Dios lo quiera. Al contrario de la moral laica, autónoma por definición, las morales objetivistas acaban en cambio por tener, tendencialmente, el mismo estatuto del derecho: no es casual que la ética católica resulte a veces calificada por las jerarquías como «derecho natural».

En suma, el terreno del objetivismo ético y de las verdades morales —en contra de la idea corriente de que en él hallarían un fundamento más seguro, por objetivo, los juicios morales y la defensa de valores que profesamos con firmeza, y por eso también un anclaje más seguro las ponderaciones entre principios— es siempre resbaladizo. Sabemos que en la historia del pensamiento político, de PLATÓN y ARISTÓTELES en adelante, las argumentaciones fácticas en apoyo de la desigualdad de los hombres han sido bastante más numerosas que las producidas a favor de su igualdad e igual dignidad. Pero esto quiere decir que la igualdad no es un hecho sino un valor; que su afirmación no es una aserción, sino una prescripción; que como tal la asumimos y la defendemos, precisamente porque, de hecho, somos diferentes y desiguales. En apoyo, por un lado, del igual valor que *queremos* garantizar a todas nuestras diferencias de identidad (de sexo, lengua, religión, nacionalidad, opiniones políticas y condiciones personales y sociales, como dice el art. 3.1 de la Constitución italiana); y, por otro, de la eliminación o reducción, que *queremos* promover, de las desigualdades económicas y materiales

(como obstáculos al pleno desarrollo de la persona humana, como dice el segundo apartado del mismo artículo). En pocas palabras, que la igualdad, la dignidad de la persona, las libertades y los demás derechos fundamentales no son ni valores objetivos ni principios descontados⁹.

Precisamente por eso tales valores se encuentran estipulados en constituciones rígidas supraordenadas a cualquier poder: porque no son en modo alguno compartidos por todos. Y el papel de las constituciones no consiste en reflejar los valores de todos: si así fuera tendríamos constituciones mínimas y prácticamente inútiles. Su papel se cifra en estipular valores o principios como cláusulas del pacto social de convivencia, incluso contra las opiniones de las contingentes mayorías. Y su legitimación no depende de que sean queridas por todos, sino del hecho de que garanticen a todos. Es por lo que defendemos y argumentamos nuestros principios morales y políticos con bastante mayor firmeza y pasión de la que ponemos en la defensa de nuestras tesis asertivas: porque sabemos que aquéllos, repito, son a menudo violados o negados, por lo que deben ser defendidos con tanto mayor empeño cuanto más difundidas estén sus violaciones y negaciones; y, sobre todo, porque consideramos legítimas e incluso racionalmente argumentables (en esto consiste la tolerancia) las opiniones morales y políticas opuestas, que contestamos, no porque sean falsas y como tal refutables, sino simplemente porque las consideramos, al igual que sus premisas de fondo, inmorales o injustas.

Pero entonces, excluidas las tesis del ontologismo en sentido fuerte y del irracionalismo emotivista, las divergencias entre el objetivismo de los que se limitan a sostener la posibilidad de una argumentación racional de las tesis morales, aunque sea suponiendo que sus asunciones sean verdaderas u objetivamente válidas, y los que sostienen la misma posibilidad refutando cualquier forma de objetivismo o cognoscitivismo ético, consisten, en último término, en el diverso significado que asocian a las nociones, claramente estipulativas, de «verdadero», «falso» y «objetivo», más extenso para los primeros y más restringido para los segundos. Por otra parte, es también esto lo que distingue a los objetivistas moderados o laicos de los objetivistas fundamentalistas, que creen, en cambio, en la existencia de un mundo natural o sobrenatural de valores o principios morales y, por consiguiente, de verdades morales. Así sucede que el disenso entre concepciones racionalistas es poco más que terminológico. Al respecto —sin esperar convencer a los sostenedores de un objetivismo y un ontologismo mínimos (después de todo, también en este caso estamos en presencia de asunciones últimas, diversas y no demostrables)— únicamente diré que la excesiva extensión en su léxico del término «verdadero», en sustitución de términos más pertinentes como «justo» o «bueno», debilita gravemente sus tesis morales. No sólo porque, al no ser admisibles tesis falsas, las expone a la acusación de intolerancia, sino también porque, por desgracia, en el terreno inverosímil del objetivismo moral, cualquier tesis ya ha sido sostenida y puede todavía sostenerse.

⁹ Vale la pena recordar las palabras de BECCARIA: «Quien lea con ojos de filósofo los códigos de las naciones y sus anales, hallará casi siempre que los nombres de *vicio* y de *virtud*, de *buen* ciudadano o de *reo* cambian con las revoluciones de los siglos» (*De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, prólogo de P. CALAMANDREI, Madrid, Trotta, 2011, 131); y las de HOBBS: «Por la diversidad de las pasiones, sucede que lo que uno llama *bueno*, otro lo llama *malo*; y el mismo llama ahora *bueno* a una cosa y enseguida la llama *mala*; y a la misma cosa la llama *bueno* si se trata de él, y *mala* si se trata de otro» [T. HOBBS, *De Cive* (1647), trad. esp., *Tratado sobre el ciudadano*, edición de J. RODRÍGUEZ FEO, Madrid, Trotta, 1999, 131].

Por eso tengo la impresión de que la defensa del objetivismo moral, aunque sea débil y moderado, por parte de muchos neoconstitucionalistas principialistas, está en realidad conectada con la defensa de la primera de las dos tesis antes recordadas. La idea de que los principios de justicia y los derechos formulados en nuestras constituciones son principios morales y en algún sentido objetivos, y por ello la tesis de la conexión entre el derecho y *la* moral como sistema objetivo de valores, sirve, en efecto, de un lado, para acreditar la idea de que los mismos son todos principios distintos en sentido fuerte de las reglas y, de otro, para dotar de alguna compensación a su indeterminación y de un anclaje extrajurídico y objetivo, aunque sea ilusorio, a su ponderación, hasta la tesis extrema de la existencia de una sola solución correcta, mantenida por DWORKIN¹⁰.

4. REGLAS Y PRINCIPIOS. UNA PROPUESTA DE REDEFINICIÓN

Llego así a la discrepancia del segundo y todavía más importante orden de tesis que caracteriza a la concepción principialista del constitucionalismo: la configuración de las normas constitucionales sustanciales, y en particular de los derechos fundamentales, no como «reglas» sino como «principios», objeto de ponderación y no de aplicación, como las reglas.

La distinción entre reglas y principios es ciertamente una importante adquisición de la actual teoría del derecho. Sin embargo, la cuestión de fondo es la definición de estas dos clases de normas. Concretamente, el significado intensional de la noción de «principios» por oposición al de «reglas» y, consecuentemente, su significado extensional, es decir, la clase de las normas —inclusiva o no de los derechos fundamentales— calificables como principios. Como se sabe, los criterios propuestos para distinguir entre las dos clases de normas son en parte diversos. Según R. DWORKIN, «las reglas son aplicables en la forma del todo-o-nada», en el sentido de que son aplicables o no aplicables determinadas consecuencias jurídicas según concurren o no las condiciones previstas por ellas; en cambio, los principios, «no indican consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se den las condiciones previstas»; por eso, las primeras se aplican a los casos subsumibles en ellas, mientras los segundos se pesan, de modo que prevalece aquel que tiene asociado en cada caso mayor peso o importancia¹¹. Para R. ALEXY, en cambio, los «principios son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de ser susceptibles de diversos grados de realización» y de los que, según las circunstancias del caso, son derivables en cada supuesto reglas mediante su ponderación; al contrario, «las reglas son siempre normas que pueden ser realizadas o no realizadas», de este modo, «sí una regla es válida, entonces es obligatorio hacer exactamente lo que la misma reclama»¹². M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, a su vez, sitúan la

¹⁰ «El déficit de racionalidad y con ello de legitimidad» que puede derivarse de esa indeterminación, escribe L. PRIETO SANCHÍS, «es compensado por buena parte de los enfoques constitucionalistas mediante una compleja y poderosa teoría de la argumentación jurídica, en la que acaso depositen más confianza de la debida» («La teoría del derecho de “Principia iuris”», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 64, 2009, 58).

¹¹ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, op. cit., 74-76.

¹² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), trad. esp. de E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. III, § 2, 86-87.

diferencia entre principio y regla en el hecho de que «los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada»¹³. Y G. ZAGREBELSKY distingue las reglas de los principios a partir del dato de que sólo las primeras y no los segundos prevén supuestos de hecho subsumibles en ellas¹⁴. En todos los casos, lo que tienen en común estas diversas connotaciones de las dos clases de normas es el papel central asociado a la ponderación de los principios en oposición a la aplicación de que son en cambio susceptibles las reglas y, consecuentemente, la tesis de que los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son objeto de ponderación y no de aplicación, en tanto que concebidos como principios entre ellos virtualmente en conflicto.

Creo que una definición más precisa de las dos clases de normas permite excluir estas tesis. Con tal fin es útil partir de la noción de «reglas» acogida por los propios constitucionalistas principialistas. La aplicabilidad de las reglas en la forma todo-o-nada según la tesis de DWORKIN, su realizabilidad o no realizabilidad según la noción de ALEXY, su forma cerrada y no abierta según la definición sugerida por ATIENZA y RUIZ MANERO y la referencia a supuestos de hecho subsumibles en ellas según la noción de ZAGREBELSKY, son todas connotaciones que pueden ser más claramente expresadas y formalizadas a través de la referencia empírica al comportamiento o al acto jurídico que constituye su observancia o su violación, que las reglas deben tener en todo caso. Conforme a esto puede afirmarse que son *reglas*, y de manera más precisa, *reglas deónticas*, todas y solo las normas de las que cabe configurar los actos que son su observancia o su inobservancia¹⁵. Llamaré, en cambio, *principios directivos*, o simplemente *directivos*, a las normas que formulan objetivos políticos y de las que, por eso, no son concebibles una violación o una específica observancia; en efecto, pues su referencia empírica no consiste en comportamientos determinados, cualificables como sus cumplimientos o incumplimientos, sino en políticas públicas, es decir, en complejos heterogéneos de posibles actividades, ninguna de las cuales es abstractamente predeterminable como su actuación o inactuación. Sin embargo, por lo común, entre principios y reglas no hay contraposición. Existen muchas normas que son al mismo tiempo reglas y principios, y que por eso llamaré *principios regulativos*: es el caso de la mayor parte de los derechos fundamentales y del principio de igualdad, normas con respecto a las cuales principios y reglas son caras de la misma moneda. Es la tesis que trataré de demostrar y que quizá puede valer, si no para conciliar, al menos para reducir las distancias entre las diversas concepciones del constitucionalismo.

¹³ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, cap. I, § 2.1. 9. Mientras, añaden, las reglas son «razones perentorias para la acción», los principios son razones para la acción, no perentorias, sino ponderables con otras razones o principios.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, op. cit., cap. VI, 110-111; id., *Introduzione a R. Alexy, Concetto e validità del diritto*, op. cit., XX; id., *La legge e la sua giustizia*, op. cit., cap. VI, 205-236.

¹⁵ Esta equivalencia entre «reglas (o normas) deónticas» y su posible observancia o inobservancia se expresa en *PiI*, § 4.7, 230, y § 8.3, 403, por los teoremas T4.66 e T8.35: $(x)(y)(RDEyx \equiv (OSSxy \vee IOSxy))$ e $(r)(x)(NDErx \equiv ((OSSxr \vee IOSxr) \cdot NORr))$; donde la variable «x» denota el tema-objeto común tanto a regla (o norma) deóntica como a observancia o inobservancia y consistente en un comportamiento o en un acto jurídico. Donde no quepa una precisa y determinada observancia o inobservancia, conforme a la tesis T2.2, no podrá hablarse de figuras deónticas (*ibid.*, § 2.1, 138-141), y por eso tampoco de reglas o normas deónticas sino de los que llamaré «principios directivos».

5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO REGLAS OBJETO DE APLICACIÓN Y COMO PRINCIPIOS OBJETO DE ARGUMENTACIÓN

Preguntémosnos, pues, a partir de estas redefiniciones, ¿cómo se configuran los derechos fundamentales? Estos derechos son ante todo derechos subjetivos que se distinguen por su carácter universal, o sea, general además de abstracto, en el sentido lógico de la cuantificación universal de sus titulares (*omnium*). En segundo lugar, consisten en expectativas negativas de no lesión, como en el caso de todos los derechos de libertad y de inmunidad, o bien en expectativas positivas de prestación, como lo son todos los derechos sociales, por ejemplo los derechos a la asistencia sanitaria y a la educación. A ellos corresponden, en tercer lugar —por la correlación lógica existente entre expectativas pasivas y modalidades deónticas activas¹⁶— prohibiciones y obligaciones (*erga omnes*) impuestas a la esfera pública como su garantías. En cuarto lugar, y consecuentemente, los mismos tienen como temas-objeto y como referencias empíricas comportamientos determinados, que son exactamente los mismos que forman los temas-objeto y las referencias empíricas de sus garantías: la *no-lesión* de los derechos de libertad, con la consiguiente prohibición, y la *satisfacción* de los derechos sociales, con la consiguiente obligación por parte de los poderes públicos¹⁷.

De aquí se sigue que los derechos fundamentales son reglas deónticas¹⁸, es decir, figuras deónticas de carácter universal cuyos temas-objeto consisten en posibles actos o comportamientos que son su observancia o su inobservancia. En cuanto tales, los mismos, pueden ser unas veces respetados y otras violados, actuados o inactuados y, de cualquier modo, aplicables a sus violaciones, según la noción de «reglas» sugerida también por los autores antes citados. Precisamente, en cuanto normas de rango constitucional, son normas sustanciales sobre la producción jurídica, que comportan para el legislador: *a*) la prohibición de su lesión, es decir, de la producción de leyes contrarias a ellos, que de violarse dará lugar a *antinomias*, y *b*) la obligación de producir leyes de actuación, que en el caso de ser violada ocasionará *lagunas*. Las consecuencias jurídicas de las antinomias, que DWORKIN reclama para que existan «reglas», consisten en la anulabilidad o en la inaplicabilidad de las leyes que lesionen los derechos fundamentales constitucionalmente supraordenados a ellas, según que los ordenamientos estén dotados de control concentrado o difuso de constitucionalidad de las leyes. Las

¹⁶ Vid. el postulado P3 y las tesis T2.58-T2.69 en *Pil*, § 2.3, 145-151.

¹⁷ Es lo que resulta de la estructura diádica, tanto de las expectativas negativas o positivas en que consisten los derechos, como de las correlativas prohibiciones y obligaciones en que consisten sus garantías y que tienen en común con las primeras los mismos temas-objeto, consistentes en la posible existencia de los actos jurídicos de los que los derechos son expectativas pasivas y las garantías son modalidades activas. Me remito aquí a los teoremas T2.60 y T2.61 $\neg(x)((y')\text{ASP}y'x \equiv (y'')\text{OBL}y''x)$ e $(x)((y')\text{ASP}y'x \perp x \equiv (y'')\text{DIV}y''x)$ sobre la correlación entre expectativas positivas y obligaciones y entre expectativas negativas y prohibiciones (*Pil*, § 2.3, 149); al teorema T3.36 sobre la noción de «garantía» como obligación o prohibición correspondientes a una expectativa positiva o negativa (*ibid.*, § 3.5, 188); a las definiciones D10.20 y D11.1 de «derecho subjetivo» y de «derechos fundamentales», y a los teoremas T11.14, T11.102-T11.111 sobre las garantías primarias de los derechos fundamentales consistentes —según sean derechos individuales negativos o derechos sociales positivos— en prohibiciones de lesión (o límites fundamentales) o bien en obligaciones de prestación (o vínculos fundamentales), unos y otros absolutos, es decir, *erga omnes* (*ibid.*, § 11.1, 689, y § 11.9, 729-733).

¹⁸ Vid. en *Pil*, § 11.1, 689-690, las tesis T11.16-T11.20.

consecuencias jurídicas de las lagunas son más problemáticas; pero nada excluye que, al igual que en ordenamientos como el portugués y el brasileño, se prevea también para ellas, como efecto, por ejemplo, la obligación de su denuncia a los órganos legislativos por parte de los tribunales constitucionales¹⁹ y eventualmente la irrogación de sanciones por el correspondiente incumplimiento²⁰.

Es en esta su naturaleza de reglas deónticas donde reside la normatividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, tanto en relación con la legislación como con la jurisdicción: vinculada la primera a su respeto y a su actuación, y la segunda a su aplicación sustancial a los actos inválidos que son sus violaciones²¹. Y es por la posibilidad de sus violaciones, por acción o por omisión, por lo que las normas que los establecen son caracterizables como reglas deónticas²². Se trata, precisamente, de las reglas que diseñan la que he llamado la esfera inmediatamente imperativa de lo «no decidible» y que constituye el rasgo característico de la democracia constitucional. Esto es, la esfera de lo que la legislación tiene prohibido o está obligada a decidir, conformada por las *garantías primarias* de los derechos de libertad y de los derechos sociales, cuyas violaciones comportan como consecuencia jurídica, para la jurisdicción, la obligación de aplicarlas, en virtud de lo que he llamado las *garantías secundarias*, esto es, la obligación de anular o inaplicar las leyes en contradicción con aquéllas. Conviene recordar que en la experiencia jurisprudencial italiana el reconocimiento de esta imperatividad de las normas constitucionales sustanciales ha representado un fundamento decisivo del rol garantista de la jurisdicción: fue la Corte Constitucional la que en su primera sentencia afirmó el carácter inmediatamente preceptivo de aquéllas, poniendo fin, en la primera posguerra, a su interpretación por la Corte de Casación²³ como «normas programáticas» de políticas futuras, según la caracterización que hoy ofrecen

¹⁹ Se trata del control de constitucionalidad por omisión previsto en el art. 283 de la Constitución portuguesa y del art. 103, § 2 de la Constitución brasileña.

²⁰ S. SENESE ha propuesto integrar el modelo de la «recomendación» previsto en la Constitución brasileña con el adoptado por los Tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo, de la condena del estado incumplidor a pagar periódicamente una determinada suma de dinero hasta el momento del cumplimiento («Consideraciones extravagantes de un «jurista empírico»», en *Doxa*, núm. 31, 2008, 378-381). Añadiré —aunque la cuestión merecería un tratamiento más amplio— que la previsión de efectos no es en absoluto un rasgo distintivo de todas las reglas. La idea bastante difundida (*vid.*, por ejemplo, R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, cap. IV, § 3, 44-46); M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, 134-136) de una única «forma lógica» de las normas como «enunciados condicionales» que ligan a un antecedente (una conducta, un resultado, determinadas circunstancias o condiciones) un consecuente (una cualificación deóntica o un efecto jurídico) es el fruto de una falsa generalización, probablemente sugerida por el conocido esquema «si A entonces B», basado en la centralidad de la sanción, con el que KELSEN representa la estructura de todas las normas. En realidad la misma refleja la estructura de las que, en la tipología de las reglas y de las normas citadas *infra* en la nota 28, he llamado *normas hipotéticas*, pero no en cambio la estructura de todas las que he llamado *normas téticas*: de las normas penales primarias a las prohibiciones y las obligaciones en materia de circulación vial, del repudio de la guerra al principio de igualdad y a los derechos fundamentales. Para una discusión más detallada de la cuestión, *vid.* L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo*, *op. cit.*, 99-119.

²¹ Sobre las nociones de «respeto», «aplicación», «aplicación formal» y «aplicación sustancial» y sobre las nociones correlativas de «coherencia», «correspondencia», «conformidad» y «subsunción», remito a *Pil*, § 9.15-9.16, 525-534.

²² Es un teorema banal derivable de las tesis T4.66 y T8.35, citadas en la nota 13.

²³ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica*, en J. MALEM, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, 94 y 99; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, cap. III, § 2, 86.

M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, o la análoga de las mismas normas como «mandatos de optimización», propuesta por R. ALEXY²⁴.

No obstante, estas reglas tienen una intrínseca y feliz ambivalencia. Vistas desde abajo, *ex parte populi*, son derechos, de los que todos son titulares en cuanto personas o ciudadanos. Miradas desde arriba, *ex parte principis*, son reglas, es decir, prohibiciones u obligaciones que tienen por *destinatarios* a los poderes públicos. Es por lo que las he llamado «principios regulativos». Por lo general, su expresión en las constituciones no adopta la forma de obligaciones o prohibiciones, sino la de derechos y, por consiguiente, de expectativas²⁵: de expectativas negativas de no lesión o restricción, como en el caso del principio de igualdad y de los derechos de libertad y de autonomía; o de expectativas positivas de prestaciones, como en el de los derechos sociales. Precisamente por eso tienen la forma de *principios*, porque de este modo las constituciones proclaman explícitamente las expectativas, es decir, los intereses o las necesidades vitales que estipulan como valores y como cláusulas y razón social del pacto de convivencia, dejando implícitas las garantías, esto es, las obligaciones y las prohibiciones correspondientes. *Porque, en otras palabras, como bien ha subrayado G. PINO, de esta forma las constituciones expresan directamente los fines y las opciones ético-políticas que el ordenamiento quiere perseguir con los principios*²⁶. *Pero es claro que con respecto a sus violaciones e incumplimientos estos principios se manifiestan como reglas, en el sentido ya ilustrado de que son aplicables judicialmente a las primeras y actuables legislativamente en el caso de los segundos. Se trata siempre de las mismas normas, o en todo caso de normas implícitas una en la otra.*

Por lo demás, sobre todo en las declaraciones de derechos del siglo XVIII, estas normas fueron expresadas a menudo en forma de reglas, es decir, de prohibiciones perfectamente equivalentes a los derechos correspondientes: «El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, etc.», afirma la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos; «Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado, sino en los casos previstos por la ley», establece el art. 7 de la Declaración francesa de 1789. Estas normas, cualquiera que sea su fórmula, si se miran como principios, enuncian directamente valores: igualdad, libertad, salud, educación, previsión social y otros similares. Si, en cambio, son vistas como reglas, resultan «opacas»²⁷ en relación con aquéllos, aunque les sean funcionales, dado que indican directamente las conductas prohibidas que son sus violaciones o bien las conductas obligatorias que son sus actuaciones. Dicho brevemente, expresan las garantías primarias, como, por ejemplo, las prohibiciones de discriminación, o de limitaciones y

²⁴ Se trata de la Sentencia 1/1956 de la Corte Constitucional. El carácter programático de las normas sustanciales de la Constitución fue declarado por la Casación, Secciones Unidas, el 7 de febrero de 1948 (*cf.* «Foro italiano», 1948, II, 57). La misma Casación, sin embargo, afirmó después el carácter de «norma preceptiva de inmediata aplicación» del derecho del trabajador, previsto en el art. 36 de la Constitución, «a una retribución proporcionada a la cantidad y a la calidad de su trabajo y en todo caso suficiente para asegurar al mismo y a su familia una existencia libre y digna» (Sentencia 3046/1954, de 13 de septiembre).

²⁵ Según la noción de derecho subjetivo definida en *Pil*, § 10.11, D10.20, 605.

²⁶ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 52 y 130-131.

²⁷ *Ibid.*

restricciones de la libertad, o bien la obligación de prestaciones, como las escolares o sanitarias a cargo de la esfera pública.

Por tanto, esta ambivalencia de los principios regulativos permite evidenciar el doble papel normativo del constitucionalismo, capaz de satisfacer las diferentes exigencias de las dos concepciones, principialista y garantista. En cuanto principios, aquéllos operan como argumentos en las motivaciones de la interpretación judicial o de la política legislativa²⁸. De aquí su llamada función «normogenética», es decir, su aptitud para justificar una pluralidad de reglas, sean explícitas o implícitas²⁹. Es precisamente en ellos, y tanto más si son de rango constitucional, donde se apoya la argumentación racional, ya que expresan la razón de ser de las normas en las que son enunciados. Pero, en cuanto reglas, los mismos se aplican o se actúan. De aquí su normatividad fuerte y su papel garantista como normas rígidamente vinculantes para la jurisdicción y la legislación. En fin, también las normas formuladas en forma de reglas, cuando son utilizadas como argumentos interpretativos, se manifiestan y son invocadas haciendo hincapié en su razón de ser, es decir, sobre los principios en que se fundan. Puede incluso afirmarse que así como todo principio regulativo es aplicable como regla a sus violaciones, tras de cada regla —de la prohibición de estacionar al castigo del homicidio— hay generalmente un principio utilizable en la argumentación. En pocas palabras, la argumentación es siempre por principios, mientras la aplicación lo es siempre de las reglas correspondientes. Y si es cierto que toda aplicación supone normalmente una argumentación por principios, es también cierto que toda argumentación tiene por finalidad la aplicación de una regla. De cualquier modo, en el caso de los principios regulativos, principios y reglas no son normas distintas y menos aún contrapuestas, sino que son las caras de la misma moneda.

La verdadera diferencia respecto a las reglas deónticas tiene que ver con los que he llamado *principios directivos*, es decir, con las normas de las que no cabe concebir precisas violaciones, subsumibles como tales en ellas. En efecto, estos principios, estos sí, son normas que imponen políticas —es decir, actividades no predeterminadas sino libradas a la autonomía del legislador— idóneas para alcanzar las finalidades indicadas por ellos. Sin embargo, el campo de denotación de esta categoría, al no comprender la mayor parte de los derechos fundamentales, es bastante más restringido de lo que piensan muchos de los neoconstitucionalistas principialistas. Por ejemplo, en la Constitución italiana, enuncian principios directivos el art. 1.1.º: «Italia es una República fundada en el trabajo»; el art. 3.2.º: «Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país»; el art. 9.1.º: «La República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica»; el art. 35.1.º: «La República tutelaré el trabajo en todas sus formas

²⁸ Según C. LUZZATI, este rasgo de tipo pragmático es el más característico de los principios: «lo que hace de una norma un principio es, grosso modo, su uso como argumento capaz de justificar una conclusión práctica» (*Principi e principi. La genericità del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, 2; cfr. anche, *ibid.*, 37-39 y 115-120).

²⁹ F. MODUGNO, «Principi generali dell'ordinamento», en *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, § 4, 8-9; G. PINO, *Diritti e interpretazione, op. cit.*, cap. III; *id.*, «Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos», en *Doxa*, núm. 34, 214.

y aplicaciones»; el art. 47.1.º: «La República fomentará y tutelaré el ahorro». Como es de ver, se trata de normas que, aunque no inmediatamente aplicables a precisas violaciones, tienen enorme relevancia política, ya que definen la identidad democrática de la República. Más precisamente, así entendidos, aquéllos son, en el léxico que propongo, *reglas constitutivas* de la identidad de la institución política constituida por el Estado italiano³⁰. Por eso, a diferencia de los derechos fundamentales, igualmente constitutivos de la identidad democrática de un ordenamiento, no conforman la esfera de lo «no decidible o no decidible que no»; no prohíben ni prescriben actividades determinadas, sino que tienen sólo el débil valor deóntico consistente en prescribir políticas idóneas para obtener los resultados programados, sin que sean en modo alguno concebibles específicas actividades consistentes en su observancia o en su violación³¹.

Naturalmente, no basta que la constitución use la palabra «derecho» para hallarse frente a una regla. Por ejemplo, «el derecho al trabajo» previsto en el art. 4 de la Constitución italiana, al no resultar imaginables precisas violaciones del mismo, a tenor de las definiciones que he propuesto, no es una regla, sino un principio directivo: la directiva del pleno empleo que los poderes públicos deben perseguir con políticas adecuadas. Por eso tiene exactamente el mismo significado que el art. 40.1.º de la Constitución española, según el cual «los poderes públicos [...] realizarán una política orientada al pleno empleo». Por otra parte, no siempre es claro si se está frente a un principio directivo o un principio regulativo. En muchos casos la cuestión es de grado, en el sentido de que, en concreto, pueden darse principios con un grado mayor o menor de capacidad regulativa. Lo importante es que la distinción conceptual entre los dos tipos de principios sea clara en el plano teórico. No obstante, todos los principios directivos, además de connotar la identidad de las instituciones y de promover políticas, al igual que el resto de los principios regulativos, son utilizables como argumentos relevantes en la interpretación constitucional. Por ejemplo, los arts. 1 y 4 de la Constitución italiana pueden valer muy bien como argumentos de apoyo de la invalidez de

³⁰ Para una más clara y precisa caracterización de estos principio dentro de la tipología de las normas que he propuesto, me parece útil citar algunas asunciones elementales formuladas en *Pil*, Preliminares, 85, y §§ 4.5-4.6, 222-228. Según el postulado P7, las reglas «o bien son ellas mismas modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus, o bien predisponen modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus». Según las definiciones D4.6 y D4.7, son reglas téticas las «que disponen modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus» y reglas hipotéticas las «que predisponen modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus» como efectos, cuando se trate de normas hipotéticas, de los actos jurídicos que son su causa (T8.33). Cruzando esta distinción con la de reglas deónticas y reglas constitutivas (D4.8, D4.9, T4.55-T4.56) tendremos cuatro clases de reglas: las reglas tético-deónticas, que disponen ellas mismas modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas (T4.58); las reglas tético-constitutivas, que disponen ellas mismas estatus ónticos (T4.59); las reglas hipotético-deónticas, que pre-disponen modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas; las reglas hipotético-constitutivas, que pre-disponen estatus ónticos (T4.61). La tipología de las normas jurídicas, que son las reglas producidas por actos jurídicos (D8.1), calca por completo la de las reglas (T8.21-T8.29 e T8.36): por eso, las normas se distinguirán en tético-deónticas, hipotético-deónticas tético-constitutivas e hipotético-constitutivas (*Pil*, § 8.2-8.3, 399-406).

³¹ La naturaleza de reglas y no de principios y valores de la mayor parte de las normas sustanciales de la Constitución italiana, y en particular de los derechos fundamentales es sostenida por G. AZZARITI, «Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione», en A. PALAZZO (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Nápoles, Esi, 2001, §§ 7-9, 242-249; por A. PACE, «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», en G. AZZARITI (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, 86 y ss.; y por F. BILANCIA, «Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale», destinado a los *Studi in onore di Alessandro Pace*.

una ley restrictiva de los derechos de los trabajadores, o también, a la inversa, como ha sucedido en la jurisprudencia constitucional italiana, para sostener la validez de leyes que imponen límites al poder del empleador de despedir a un trabajador, por ejemplo la existencia de una justa causa³².

Esta cuestión tiene una enorme relevancia práctica, y no sólo teórica. La tesis de que los derechos fundamentales y el principio de igualdad establecidos en las constituciones —es decir, las normas sustanciales de mayor importancia sobre la producción legislativa— son (solo) principios y no (también) reglas, objeto de ponderación y no de aplicación por los legisladores y los jueces constitucionales, sirve de hecho para debilitar la normatividad de las constituciones, para favorecer una impropia autonomía de la legislación y de la jurisdicción, bastante más allá de los ordinarios márgenes de lo opinable en las actividades interpretativas, y, por eso, para contradecir los dos fundamentos, por así decir estructurales, del paradigma constitucional del estado de derecho. De una parte, la jerarquía de las fuentes y la colocación de la constitución en el vértice del ordenamiento como conjunto de normas vinculantes para todos los poderes constituidos, ya que la ponderación legislativa y la judicial se resuelven en la elección, aunque sea argumentada, de los principios constitucionales considerados en cada en cada caso más «pesados» en perjuicio de los tenidos por más ligeros. De otra, la separación de poderes y la sujeción de los jueces a la ley, ambas oscurecidas por el papel creativo del derecho asignado a la función judicial, transformada por la ponderación en una fuente, con la consiguiente distorsión del principio de legalidad como única norma de reconocimiento del derecho vigente, en nuestros ordenamientos de *civil law*³³. En síntesis, la ponderación de las normas es una operación jurídicamente inadmisibles y lógicamente anómala: poco menos que una contradicción en los términos.

Si se quiere evitar estas aporías será preciso reconstruir de un modo diverso la estructura del razonamiento judicial exigido por el concurso o los conflictos entre normas y, por tanto, también entre derechos y principios constitucionales. No sólo porque la ponderación contradice la lógica del estado de derecho, sino también porque la metáfora de la diversidad de peso corresponde en realidad a procedimientos cognoscitivos que requieren análisis diferenciados. Con ese fin, distinguiré dos tipos de soluciones de tales concursos o conflictos, ambos compatibles con la jerarquía de las fuentes, con la separación de poderes y con el principio de sujeción a la constitución tanto de los jueces como de los legisladores: la solución de los conflictos concebibles en abstracto y la de los conflictos que se presentan en concreto.

³² Sentencias de la Corte Constitucional núm. 47/1976, de 16 de marzo, y 189/1980, de 22 de octubre.

³³ Recuérdese este inquietante pasaje de R. DWORKIN: «La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contiene la previsión normativa de que el Congreso no limitará la libertad de expresión. ¿Es esta una regla, de modo tal que si una ley concreta limitase la libertad de expresión sería inconstitucional? Los que entienden que la primera enmienda es «un absoluto» dicen que debe ser interpretada de este modo, es decir, como una regla. ¿O, en cambio, afirma simplemente un principio, de manera que, descubierta una limitación de la libertad de expresión, la misma sería inconstitucional salvo que el contexto evidenciase algún principio o alguna consideración de oportunidad política que en determinadas circunstancias tenga el peso suficiente para permitir aquella limitación? Tal es la posición de los que sostienen el que he llamado factor “del riesgo claro e inminente” o alguna otra forma de “ponderación”» (*op. cit.*, 78-79).

6. SOBRE LAS SOLUCIONES DE LOS CONFLICTOS

6.1. Las soluciones en abstracto

Gran parte de los conflictos entre derechos, imaginables en abstracto, no son conflictos en sentido propio que requieran ponderaciones. Se trata más bien de límites impuestos por alguno de ellos al ejercicio de otros, implícitos en la estructura lógica de los mismos principios o derechos, a veces explicitados por las propias normas constitucionales y en todo caso reconocibles en general y en abstracto en sede de interpretación judicial o doctrinal. No se trata de límites dictados por opciones morales o ideológicas, aunque de ordinario reflejen la máxima kantiana según la cual el derecho debe consistir en la limitación de las libertades de cada uno para hacerlas compatibles con las libertades de los demás³⁴. Se trata de límites de carácter lógico y conceptual. No son límites valorables en cada ocasión según la singularidad de los casos, sino de relaciones entre tipos de derechos reconocidas en el plano teórico o doctrinal de una vez para siempre, es decir, con argumentos que, por más que opinables, son presentados o sostenidos como válidos en cualquier caso³⁵. Diré que éste es el papel más relevante de la doctrina jurídica.

Un primer límite tiene que ver con las relaciones entre inmunidades fundamentales y los demás derechos fundamentales. Los derechos fundamentales consistentes en meras inmunidades, esto es, solamente en expectativas pasivas y no también en modalidades activas, o sea, en facultades o poderes —por ejemplo, la libertad de pensamiento o de conciencia, o la inmunidad frente a las torturas—, puesto que no comportan ningún acto como su ejercicio, están tendencialmente en el vértice de la jerarquía. En efecto, al no poder limitar o interferir las libertades y los derechos ajenos, son un límite al ejercicio de todos los demás derechos y no son limitables por el ejercicio de ninguno de éstos. Pero es claro que un límite semejante, además de ser de carácter lógico, es también reconocible en el plano jurídico merced a la prevalencia de las normas especiales sobre las normas generales. Por ejemplo, nunca se ha dudado de que la libertad de manifestación del pensamiento tenga un límite en la dignidad de la persona, y por eso su inmunidad frente a difamaciones, injurias o calumnias.

³⁴ I. KANT, *En torno al tópico «Tal vez esto sea correcto en teoría, pero no sirve en la práctica»* [1793], trad. de M. F. PÉREZ LÓPEZ y R. RODRÍGUEZ ARAMAYO, en *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, 29: «El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto esta concordancia sea posible según una ley universal; y el *derecho público* es el conjunto de *leyes externas* que hacen posible tal concordancia sin excepción. Kant formuló la misma noción de derecho en *Die Metaphysik der Sitten* [1797], trad. esp. de A. CORTINA y J. CONILL, *La metafísica de las costumbres*, con estudio preliminar de A. Cortina, *Introducción a la doctrina del derecho*, B, 38: «El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad»; *ibid.*, C, 38: «Una acción es *conforme a derecho* cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal». Es sustancialmente el mismo principio formulado por J. STUART MILL en términos utilitaristas: «el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección» o bien «evitar que perjudique a los demás» [J. STUART MILL, *Sobre la libertad* (1858), trad. esp. de P. DE AZCÁRATE, Madrid, Alianza Editorial, 1970, 65].

³⁵ Como escribe C. LUZZATI, «dados dos principios cualesquiera sometidos a ponderación, solo caben tres posibilidades recíprocamente excluyentes: o pesan lo mismo, o el primero pesa más que el segundo o viceversa. Pero lo que no puede suceder es que esta relación cambie según los diversos contextos» (*Principi e principi, op. cit.*, 176).

Hay un segundo límite, de bastante mayor importancia, que mira a las relaciones entre todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales y los derechos de libertad —ya sean meras inmunidades o también facultades, como por ejemplo la libertad de manifestación del pensamiento— y los derechos fundamentales de autonomía civil, que son además poderes, dado que su ejercicio consiste en actos jurídicos productores de efectos en la esfera jurídica de otros. Es un límite ligado a una cuestión de gramática jurídica: aunque todos estos derechos sean de un rango constitucional equivalente, el ejercicio de los segundos —repárese, no los segundos, es decir, los derechos civiles de autonomía, sino los actos que son su ejercicio, como por ejemplo los de carácter contractual— se hallan, en la estructura en grados del ordenamiento, en un nivel más bajo que el constitucional, al que pertenecen todos los derechos fundamentales, ninguno de los cuales puede ser por eso derogado por ellos. También este segundo límite se encuentra a veces establecido por las propias normas constitucionales. Por ejemplo, el art. 41 de la Constitución italiana dispone que «La iniciativa económica privada es libre» pero «no puede desarrollarse en contra de la utilidad social o de modo que cause daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana». Una norma, esta segunda, que prevé de manera explícita un límite de tipo teórico o conceptual, dado que según ella el ejercicio del derecho-poder de iniciativa económica, es decir, de los derechos civiles de autonomía privada, no puede ocasionar daño a los derechos de libertad, a la seguridad o a la dignidad de la persona³⁶. Así tenemos tres clases de derechos fundamentales —las simples inmunidades fundamentales, los derechos activos de libertad y los derechos-poder de autonomía— la primera de las cuales está supraordenada al ejercicio de todos los demás, mientras el ejercicio de la tercera está subordinado, en la estructura gradual del ordenamiento, al respeto de todos los demás³⁷.

Sería deseable que las normas constitucionales, en virtud del principio de que son tanto más vinculantes cuanto más precisas y unívocas, formularan explícitamente los límites que algunos derechos fundamentales imponen al ejercicio de otros derechos también constitucionalmente proclamados³⁸. Es lo que establece, por ejemplo, aunque sea en términos bastante genéricos, el art. 79.3.º de la Ley Fundamental alemana, que afirma la rigidez absoluta de los «principios enunciados en los arts. 1 y 20», es decir, de la intangibilidad de la «dignidad del hombre» y de la sujeción al derecho de todos los poderes públicos, sugiriendo de este modo su carácter supraordenado a cualquier otro principio. Pero los límites y los contra-límites entre derechos fundamentales, cuando son configurables en abstracto, deben en todo caso argumentarse y establecerse con carácter general, es decir, de una vez por todas, por la doctrina y la jurisprudencia³⁹,

³⁶ El mismo límite al ejercicio de tales derechos-poder puede hallarse en el preámbulo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que habla de desarrollo «sostenible», es decir, compatible con la garantía de los bienes y de los derechos establecidos en ella.

³⁷ Sobre esta jerarquía, remito a *PiI*, § 1.6, 127-128; § 2.4, 154-155, y 11.6, 711-717; *PiII*, § 15.1, 302-303, y § 15.10, 346-347.

³⁸ En efecto, como siempre, el grado de discrecionalidad de la interpretación judicial depende de la semántica del lenguaje legal, en este caso del lenguaje constitucional. Sobre los límites y las jerarquías entre principios fijados por el propio texto constitucional, *vid.* A. PACE, «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», en G. AZZARITI (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, 83-103.

³⁹ Es lo que indirectamente ha hecho, por ejemplo, la Sentencia núm. 1146/1988 de la Corte Constitucional italiana, al establecer que «la Constitución contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras

entre cuyos principales cometidos figura, precisamente, la argumentación de las soluciones en abstracto de los problemas interpretativos determinados por los concursos de normas. Se tratará, es obvio, de argumentaciones opinables, pero siempre propuestas como válidas con carácter general, prescindiendo de las singularidades de los casos concretos enjuiciados.

6.2. Las soluciones en concreto. La ponderación equitativa

Algo muy distinto es, en efecto, la solución de los conflictos en concreto, es decir, los del segundo tipo de mi distinción: el generado por la singularidad de los casos particulares objeto de enjuiciamiento. Se trata de la ponderación como «especificación» o «concreción» de los principios, en que piensan normalmente sus asertores, a veces también en presencia de conflictos concebibles y solucionables en abstracto⁴⁰. Lo que aquí se da es una confusión entre hechos y normas. En efecto, pues en concreto lo que cambia no son las normas, siempre iguales, sino los casos juzgados, que, aunque subsumibles en las mismas normas, son siempre irrepitiblemente diversos unos de otros. Por eso, en estos casos, la llamada ponderación concierne, no a las normas aplicables, sino a los rasgos singulares e irrepitibles de los hechos sometidos a enjuiciamiento. Incide en la comprobación de la verdad de hecho y no de la verdad jurídica. Piénsese, en materia penal, en la valoración de las circunstancias atenuantes y de las agravantes y en el juicio de prevalencia de las primeras sobre las segundas o de las segundas sobre las primeras; en el juicio sobre la proporcionalidad de la defensa a la agresión, o del acto ejecutado al riesgo experimentado, a los fines de la apreciación de las eximentes de legítima defensa o del estado de necesidad; en la valoración equilibrada de los indicios, de las pruebas y contrapruebas en la inducción probatoria; o en la valoración de la gravedad del hecho a tenor de sus concretas y singulares circunstancias. Piénsese, en materia civil, en la ponderación de las variadas circunstancias del hecho a los fines de la valoración de la buena fe, de la entidad del daño injusto⁴¹, de la culpa en los ilícitos civiles, de los vicios del error, el dolo o la violencia en la prestación del consentimiento por los contratantes, o de las conductas y las culpas de los cónyuges en el juicio de separación, etc. Piénsese, en materia constitucional, en las múltiples e imprevisibles circunstancias de hecho ponderadas en la valoración de las violaciones de los principios de igualdad y dignidad de la persona, o de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales. En todos estos casos los jueces no valoran las normas a las que están sujetos, sino, precisamente, los hechos que están llamados a juzgar. No pesan las normas, sino las circunstancias de los hechos sometidos a su juicio. Y no pueden dejar de hacerlo porque el juicio no versa sobre los hechos en abstracto, sino sobre hechos concretos y sus circunstancias irrepitibles.

leyes constitucionales», afirmando con esto su superioridad jerárquica en relación con otras normas de la misma Constitución.

⁴⁰ J. J. MORESO, «Conflitti tra principi costituzionali», en *Ragion pratica*, núm. 18, 2002, 201-220; D. MENDONCA, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2005; M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, op. cit., 69-70; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., 218-219.

⁴¹ P. TRIMARCHI ha situado la «valoración comparativa de dos intereses contrapuestos» en la base del problema del ilícito civil, «Illecito (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 98.

Este tipo de ponderación equivale, pues, a una operación requerida por la que he llamado la dimensión equitativa de la jurisdicción: una dimensión indebidamente descuidada por la reflexión epistemológica, a pesar de ser componente esencial e ineludible de cualquier juicio⁴². En materia de equidad, hay un equívoco epistemológico que pesa sobre nuestra tradición jurídica, a partir de ARISTÓTELES. La equidad sería «una corrección de la justicia legal»⁴³, «lo justo que está fuera de la ley escrita»⁴⁴, «la recta razón, que interpreta y enmienda la ley escrita»⁴⁵, «una ruptura del derecho formal»⁴⁶, «la muleta de la justicia» que «nos obliga a transgredir la justicia formal»⁴⁷, un remedio de las deformaciones de la ley mediante el recurso al «derecho natural»⁴⁸, o, en fin, «la justicia del hombre en contraste con la justicia de la ley»⁴⁹. En realidad, aquélla no se opone en modo alguno a la ley o a la justicia legal o formal, pues no consiste sino en la comprensión y en la valoración de las concretas e irrepetibles circunstancias y connotaciones que hacen a cada hecho diverso de todos los demás, aunque pertenezcan todos al mismo supuesto legal. Es, en suma, un tipo de averiguación fáctica inevitablemente exigido, sobre todo ante un concurso de normas, por la comprensión de la singularidad de los hechos, y no, por cierto, una fuente o un método de producción normativa⁵⁰. Por lo demás, como prueba de la tesis de que la ponderación tiene por objeto, no las normas, sino las circunstancias de los hechos previstos por ellas, los propios teóricos de la ponderación de los principios, en el análisis de las argumentaciones en apoyo de las soluciones ponderadas de los llamados «casos difíciles», hacen siempre referencia al carácter concreto de tales casos y a su irrepetible singularidad⁵¹.

Es pues evidente que la valoración equitativa de los hechos juzgados retroactúa sobre la que he llamado «interpretación operativa» y que, por ello, en la identificación de las normas más apropiadas, se orienta por la singularidad de los hechos sometidos a

⁴² *Derecho y razón*, op. cit., cap. III, § 11, 155-166.

⁴³ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, introducción de E. LLEDÓ, trad. y notas de J. PALLÍ BONET, Madrid, Gredos, 1988, V, 10, 1137b, 263.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Retórica*, edición de Q. RACIONERO, Madrid, Gredos, 1990, I, 13, 1374^a, 285.

⁴⁵ T. HOBBS, «Diálogo entre un filósofo y un jurista» [1655], en *Diálogo entre un filósofo y un jurista y otros escritos autobiográficos*, edición de M. A. RODILLA, Tecnos, 58 y 65, donde HOBBS retoma la definición de equidad de Sir Edward Coke.

⁴⁶ G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política* [1821], trad. de J. L. VERMEL, Barcelona, Edhasa, 1988, apartado 23, 295.

⁴⁷ Ch. PERELMAN, *La justicia* [1945], trad. de R. GUERRA, México, UNAM, 1964, 46.

⁴⁸ F. CARNELUTTI, *Derecho y proceso*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, EJE, 1971, 158.

⁴⁹ N. BOBBIO, «Governo degli uomini e governo delle leggi?» [1983], en *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, 161 (hay trad. esp. de J. MORENO, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janés, 1985).

⁵⁰ Que es como parece que entiende, en cambio, M. ATIENZA, tanto la ponderación como la argumentación (en *El derecho como argumentación*, op. cit.). Quizá es lo que explica el hecho de que ATIENZA considere ponderación y argumentación como temas de la teoría del derecho; y, consecuentemente, también el reproche que, como otros, me ha dirigido tantas veces, de la falta de una teoría de la interpretación y de la argumentación en mi teoría del derecho. Esta ausencia se debe al hecho de que la teoría de la interpretación, como la teoría de la prueba, la teoría de la equidad y, por otra parte, la teoría del método axiomático en la construcción de la teoría del derecho, pertenecen a la teoría del conocimiento jurídico: la primera a la teoría del conocimiento, doctrinal y judicial, del derecho vigente; la segunda a la teoría del razonamiento probatorio; la tercera a la teoría de la comprensión equitativa; la cuarta a la metateoría del derecho.

⁵¹ R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., § 3.2, 89: «en los casos concretos los principios tienen diferente peso» y «prima el principio con mayor peso». La misma referencia a la ponderación en los «casos concretos» se encuentra en M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, op. cit., cap. 3, § 8, 168-174.

juicio⁵². De aquí la variedad de las interpretaciones y de las máximas producidas por la inabarcable casuística jurisprudencial. Pero lo que cambia no son las normas, siempre las mismas, sino los hechos, que son siempre diversos y que el juez lee *sub specie iuris*, es decir, según la pertinencia de las reglas que está llamado a aplicar y su interpretación sistemática. Volviendo a nuestros ejemplos, el juez no pondera las normas sobre las circunstancias agravantes y atenuantes, las normas que incriminan conductas, las relativas a las eximentes, o las normas sobre la libertad de prensa y sobre el derecho a la privacidad. Y ni siquiera deriva las reglas aplicables de la ponderación de los diversos principios subyacentes a las mismas, al contrario de lo que dice ALEXY. Sí pondera, en cambio, las diversas circunstancias fácticas que justifican la prevalencia de las agravantes o las atenuantes, las particularidades del hecho que justifican o no la aplicación de una eximente, o bien si el hecho es un legítimo ejercicio de la libertad de prensa o una violación de la privacidad ajena.

7. DERECHO VIGENTE Y DERECHO VIVIENTE

En definitiva, la ponderación como método de solución de los problemas interpretativos no tiene cabida en la aplicación de la ley. Es una metáfora sugestiva, que como todas las metáforas, si tomada al pie de la letra, introduce inevitables distorsiones. Los principios no son normas expuestas a las opciones ponderadas de los legisladores y de los jueces, sino, por el contrario, límites y vínculos impuestos a unos y otros. En cuanto a los conflictos, los dilemas y las incertidumbres que se dan en presencia de concursos de normas, se resuelven en el plano general y abstracto con argumentos, aunque sean opinables y controvertidos, en apoyo de la calificación jurídica propuesta como la más correcta a tenor de las normas existentes. Y cuando los concursos y los dilemas surgen a propósito de los casos concretos, a través de la comprensión y la valoración equitativa de las circunstancias, singulares e irrepetibles, que hacen a cada caso irreductiblemente distinto de todos los demás. En ambos tipos de supuestos, concebir la ponderación como opción ponderada de una norma con menoscabo de otra⁵³ y admitir por tanto la derogabilidad de las normas constitucionales⁵⁴, equivale a hacer vana la sujeción del

⁵² «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, I, 1966, 290-304, y últimamente en *Pil*, Preliminares, 98; § 4.4, 220-221; § 6.12, 320-321; § 8.8, 423-424; § 9.6, 488; § 9.16, 533-534; § 12.8, 831-836.

⁵³ «Cuando dos principios entran en colisión» —afirma, por ejemplo, ALEXY—, «uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso» (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., cap. III, § 3.2, 89). De este modo, escribe justamente R. GUASTINI, la ponderación acaba por resolverse en una técnica argumentativa consistente, no en atemperar principios, sino en apartar, suprimir o sacrificar uno en beneficio del otro, además, según una «jerarquía axiológica móvil» entre principios, variable caso por caso a discreción del intérprete (*L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, 216-221 y 252-253).

⁵⁴ En inglés «*defeasibility*», en castellano «derrotabilidad». Sobre los diversos significados de «defectibilidad» («*defettibilità*»), vid. P. CHIASSONI, «La defettibilità nel diritto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 2, 471-506. «Los principios son normas derrotables» afirma, por ejemplo, A. GARCÍA FIGUEROA, y «la derrotabilidad es una propiedad esencial de las normas jurídicas en los Estados constitucio-

juez a la ley. La ponderación, entendida de ese modo, repito, es una operación jurídicamente incompatible con el principio de legalidad y con la lógica del estado de derecho. Otra cosa es que se llame ponderación a cualquier tipo de opción interpretativa de las que siempre concurren en la práctica jurídica, pero entonces convendría no usar esa palabra, ya comprometida con las teorías que la han contrapuesto a la subsunción. En cualquier caso, ponderación es un término infeliz y distorsionador: porque transforma la aplicación de la ley en una operación desvinculada de ésta, o porque se usa con un significado demasiado extenso, hasta el punto de designar cualquier tipo de razonamiento jurídico y de interpretación sistemática. La cuestión no es meramente terminológica. Las teorías cumplen un papel performativo del derecho y del imaginario de los jueces y los juristas. Uno de los argumentos habitualmente usado en apoyo de la ponderación es el realista, conforme al cual ponderación es, precisamente, lo que hacen los jueces. Admitiendo, solo como hipótesis, que (y en todo caso en la medida en que) fuera ciertamente eso lo que hacen los jueces —y no la normal interpretación sistemática del complejo conjunto de las normas de que se compone cualquier ordenamiento—, la teoría de la ponderación serviría para legitimar y favorecer esa práctica, anómala e impropia al mismo tiempo.

Todo esto no excluye en modo alguno el papel de la argumentación por principios. Al contrario, puede afirmarse que toda la actividad jurisprudencial, precisamente porque sometida a la ley y por ello a la carga de la motivación, consiste en una actividad argumentativa además de, y antes que, aplicativa. Esta fenomenología del derecho —de la legislación, por una parte, y de la jurisdicción por otra— puede verse con más claridad distinguiendo netamente entre el *derecho vigente* y el *derecho viviente*. Esta distinción es el reflejo de la necesaria ambivalencia del derecho moderno, ligada a su vez a su naturaleza lingüística y positiva. Gracias a esta naturaleza lingüística, todo fenómeno normativo puede ser considerado al mismo tiempo como acto normativo y como norma, el primero como signo y causa de la segunda, la segunda como significado y efecto del primero⁵⁵. Por eso cabe dar dos respuestas a la pregunta «qué es el derecho positivo», diversas pero ambas empíricamente plausibles a tenor de los dos puntos de vista desde los que cabe observar el fenómeno jurídico. Podemos responder que el derecho consiste en el conjunto de los actos lingüísticos y de los enunciados prescriptivos válidamente producidos por las autoridades normativas de un determinado ordenamiento. Pero también podremos decir que el derecho consiste en el conjunto de los significados normativos asociados a aquellos enunciados por la interpretación de los operadores jurídicos. La primera respuesta es la propia de las concepciones normativistas, la segunda es la ofrecida por las concepciones realistas del derecho: dos concepciones por lo general contrapuestas, pero que se implican recíprocamente,

nales», de modo que la norma «N puede verse inaplicada [mediante la ponderación] y debe serlo si y solo si surgen nuevas excepciones justificadas y que quizá no fueron previsibles *ex ante*» (*Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 20, 151 y 136). Sobre el «carácter defectible» de los derechos fundamentales consecuente a sus potenciales conflictos y sobre el «carácter aproximativo» de su interpretación consecuente a su indeterminación, *cfr.* también T. MAZZARESE, «Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione “politicamente scorretta”», en *Ragion pratica*, núm. 35, 2010, § 5.3.

⁵⁵ Sobre las relaciones de implicación recíproca entre signo y significado, entre causa y efecto, entre fuente o acto normativo y norma, remito a *Pil*, § 4.1, D4.1, 209-211; § 5.4, D5.2 y T5.29-T5.31, 256-259; § 8.1, D8.2, 397-399, y § 9.5, T9.60-T9.61, 479.

como caras de la misma moneda⁵⁶. El postulado del positivismo jurídico es el principio normativista de que el derecho es todo y sólo lo que es puesto o producido por las autoridades habilitadas para producirlo, es decir, un conjunto de signos y de enunciados normativos. Pero este principio, esencial para asegurar al derecho objetividad positiva e intersubjetividad, se conjuga necesariamente con el principio realista de que el derecho es la pluralidad de las interpretaciones normativas asociables a tales signos y enunciados. Podemos disentir sobre el significado de la norma sobre el hurto contenida en el art. 624 del Código Penal italiano. Pero lo que representa nuestra común referencia empírica es el enunciado formulado por tal artículo.

Por eso diremos que el *derecho vigente* (positivo, objetivo o empíricamente existente) es el conjunto de los actos y de los enunciados prescriptivos producidos, en un determinado ordenamiento, por las autoridades habilitadas en él para la producción normativa; y que el *derecho viviente* (interpretado, argumentado o aplicado) es el conjunto de las interpretaciones diversas y diversamente argumentadas según los diversos intérpretes y las diversas circunstancias de hecho, ofrecidas por la jurisprudencia. El primero enuncia, como los diccionarios, las reglas de uso de los términos de la lengua jurídica —«hurto», «apropiación indebida», «libertad de prensa», «dignidad de la persona», etc.—; el segundo es el lenguaje jurídico que utiliza tales términos aplicando sus reglas de uso. Por eso, una cosa es reconocer las incertidumbres y los dilemas que se dan en el uso de la lengua, y de ahí la carga de la motivación argumentada de las opciones interpretativas; y otra distinta transformar la argumentación en una fuente de producción del derecho vigente. El derecho vigente es la única lengua de que disponen los jueces para nombrar los hechos que enjuician: como hurto o apropiación indebida, como ejercicio de la libertad de prensa o como difamación, no porque pesen el significado de estas palabras —es decir, las normas sobre el hurto, la apropiación indebida, la libertad de prensa y sobre la dignidad de las personas (más de lo que pesamos, hablando, las palabras «silla» o «butaca») —, sino porque valoran (o, si se quiere, pesan) las particularidades singulares de los hechos enjuiciados que los hacen identificables y más fundadamente designables como hurto, apropiación indebida, legítimo ejercicio de la libertad de prensa o indebida difamación lesiva de la dignidad personal.

Por otra parte, es claro que derecho vigente y derecho viviente se implican recíprocamente, del mismo modo que cada signo implica uno o más significados y todo significado implica un signo. El derecho viviente es como lo interpretan, lo argumentan y lo aplican los operadores jurídicos. En este sentido, tanto si el derecho vigente está formulado en reglas como si lo está en principios, se presenta efectivamente «como argumentación», según la bella imagen propuesta por M. ATIENZA⁵⁷. Pero su base empírica es el

⁵⁶ Cfr., sobre la cuestión, A. RENTERÍA DÍAZ, «Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli», en P. DI LUCIA (ed.), *Assiomática del normativo*, op. cit., 199-222. Sobre la distinción entre «derecho vigente» y «derecho viviente», remito a *Intorno a «Principia iuris»*, op. cit., *ibid.*, § 14.1.3.2, 243-248.

⁵⁷ M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, op. cit. En este sentido el derecho viviente corresponde a la concepción realista y pandectística del derecho recientemente expresada por R. GUASTINI: «Los textos normativos no tienen, por así decirlo, vida propia independientemente de la interpretación y de la dogmática, de modo que lo que nosotros llamamos “el derecho” es indistinguible de los conceptos y de las doctrinas que usan los juristas, *aparentemente* para describirlo en el nivel del metalenguaje, *en realidad* para modelarlo. En resumen, desde este punto de vista, el derecho es —en todo tiempo y lugar— simplemente indistinguible, como habría dicho G. Tarello, de la “cultura jurídica”» (R. GUASTINI, «Algunos aspectos de la metateoría de “Principia iuris”», en *Doxa*, núm. 31, 2008, 254-255).

derecho vigente, reconocible a partir del principio de legalidad. Por eso es inadecuado e insuficiente el enfoque realista, que identifica el derecho sólo con el derecho viviente, ignorando, o, en cualquier caso, descuidando su base empírica, positiva, objetiva o vigente; del mismo modo que es inadecuado e insuficiente el enfoque puramente normativista, que identifica el derecho sólo con el derecho vigente, ignorando o, en todo caso, descuidando el papel performativo del derecho viviente desarrollado por la ciencia jurídica y por la jurisprudencia⁵⁸. Esquemáticamente, limitándonos a la relación entre ley ordinaria y juicio, diremos que el derecho vigente es producido por la legislación y la constitución, mientras que el derecho viviente lo produce la jurisdicción. Ni la jurisdicción ordinaria puede producir o alterar el derecho vigente en sus distintos niveles, al que está subordinada; ni la legislación puede producir o alterar el derecho viviente por el que es aplicada⁵⁹. Éste es, en último término, el sentido de la separación de poderes.

8. EL CONSTITUCIONALISMO, LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

Es precisamente la separación de poderes la que resulta comprometida por las doctrinas principialistas. Dado que conciben los derechos constitucionalmente establecidos como *principios* objeto de *ponderación*, y no como *reglas* objeto de *aplicación*, promueven un activismo judicial que comporta el riesgo de disolverse en una profunda desnaturalización de la jurisdicción, que tales doctrinas convierten en una fuente de derecho. Esto, según una concepción de ascendencia estadounidense, que en virtud de la regla del *stare decisis* atribuye a aquella un carácter creativo e innovador y un papel sustancialmente legislativo⁶⁰. Nacida en el sistema jurídico americano de *common law* basado en los precedentes como fuente y en la no completa identificación entre derecho y legislación, esa concepción ha sido aplicada por tales doctrinas al constitucionalismo europeo, a partir de una lectura en términos de principios morales sugerida, sobre todo en Alemania, por la «jurisprudencia de los valores» adoptada por el Tribunal Constitucional alemán en oposición al formalismo paleopositivista. De aquí el aval, en nombre de una mayor racionalidad, a la discrecionalidad judicial a través de la técnica de la ponderación y la consideración de la jurisprudencia constitucional como «fuente primaria» del derecho⁶¹.

⁵⁸ Sobre el papel performativo de la teoría y de la ciencia jurídica en relación con su objeto, *vid.* también *PiI*, Introducción, § 7, 31-36, y *PiII*, 40-41, 55-56, 98-101, 585-586 y 803-804.

⁵⁹ Por eso diremos, con referencia, por ejemplo, al ordenamiento italiano, que la Corte de Casación, es decir, la jurisdicción de legitimidad, censura el derecho viviente dejando intacto el derecho vigente. La Corte Constitucional, como jurisdicción sujeta al derecho constitucional vigente, censura, en cambio, el derecho legislativo vigente, anulando las leyes que contradigan las normas constitucionales vivientes. La primera interviene sobre los significados, esto es, sobre el lenguaje del derecho, o sea, sobre la validez del uso de los signos legislativos por parte de los jueces. La segunda, cuando no se limita a recomendar interpretaciones compatibles con la constitución, interviene sobre los signos, sobre la misma lengua del derecho, por tanto, sobre la validez de los signos producidos por el legislador.

⁶⁰ L. LUIZ STRECK ha ilustrado la que llama la deriva «pamprincipialista» del derecho y de la jurisprudencia brasileñas, recogiendo una larga serie de principios de creación jurisprudencial carentes de cualquier anclaje en el texto constitucional y solo fruto de la inventiva moral de los jueces (*Verdade e Consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias discursivas. Da possibilidade a necessidade de respostas corretas em direito*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, § 13.5, 470-496).

⁶¹ Sobre esta mutación de la jurisdicción constitucional en fuente de derecho a través de la ponderación y sobre su ascendencia en la tradición constitucional estadounidense y alemana, *vid.* L. L. STECK, «Neocons-

Se trata de una tesis que es inadmisibles para el enfoque garantista. La idea de que las sentencias sean fuente contradice el principio de legalidad, la sujeción de los jueces *solamente* a la ley y, por eso, la separación de poderes: en síntesis, la propia sustancia del estado de derecho, al menos según ha sido estructurado en los sistemas de *civil law*. Al igual que la tesis que postulase como fuente la doctrina, equivale a la propuesta de una regresión al derecho premoderno. Frente a tesis semejantes es necesario insistir que «fuentes» son sólo los actos o los hechos a los que el ordenamiento atribuye como efecto la producción de normas vigentes que innovan o modifican el ordenamiento mismo⁶²; de este modo, en los sistemas de *civil law*, la producción del derecho vigente está reservada a las instituciones políticas o representativas, sean legislativas o de gobierno, a través de cuyo ejercicio se crea nuevo derecho, esto es, nuevas normas destinadas a la aplicación judicial.

Ciertamente, los precedentes jurisdiccionales tienen una notable capacidad de influencia en la jurisdicción. Pero es esencial no confundir prestigio (*autorevolezza*) y autoridad, fuerza persuasiva y fuerza autoritativa. Solamente la autoridad es fuente de derecho, según el clásico brocardo *auctoritas non veritas facit legem*. En cambio, la fuerza vinculante de los precedentes se funda sólo en el prestigio sustancial, y no en alguna autoridad formal como la que compete al poder legislativo⁶³. En pocas palabras, en nuestros sistemas, los precedentes jurisprudenciales tienen el valor de argumentos persuasivos, pero no el valor de leyes. Valen por su sustancia y no por la forma o el órgano que los produce. Resultan invocados en otras sentencias por el valor asignado a la coherencia, es decir, a una cierta uniformidad tendencial de la jurisprudencia, demandada a su vez por el principio de igualdad ante la ley, y no, ciertamente, por su carácter de «fuentes» vinculantes en cuanto tales. Influyen en la producción del derecho viviente, pero no sobre la del derecho vigente. Dicho de otro modo, pueden, pero no deben, ser asumidos como base de otras decisiones jurisdiccionales⁶⁴.

tucionalismo, positivismo e pós-positivismo», en L. FERRAJOLI, L. L. STRECK y A. KARAM TRINDADE (eds.), *Garantismo, ermenêutica e (neo-)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, 61-63; y A. KARAM TRINDADE, *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis, ibid.*, 109-114.

⁶² En este sentido, *vid.* ultimamente, por ejemplo, G. PINO, «La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione», en *Ars interpretandi*, XVI, 2011, 22-23.

⁶³ Desde este punto de vista, a mi juicio, representa una aporía en un ordenamiento de *civil law* la llamada «sumula vinculante» introducida por el art. 103-A de la Constitución brasileña, aprobado mediante la Enmienda constitucional núm. 46/2004, que dota expresamente a la misma de un «efecto vinculante» para todos los órganos del poder judicial y administrativo cuando sea aprobada por los dos tercios de los miembros del Tribunal Supremo Federal. Con ello se contradice la separación de poderes bajo un doble punto de vista: sobre todo por el papel sustancialmente legislativo atribuido a un órgano jurisdiccional; en segundo lugar, por la lesión de la sujeción del juez solamente a la ley. Algunos han visto una aporía del mismo tipo —con violación de la «sujeción del juez solamente a la ley» establecida en el art. 101.2.^o de la Constitución italiana— en el art. 360 bis introducido en el Código Procesal Civil mediante la Ley 69/2009, de 18 de junio, según el cual no se admite el recurso de casación «cuando la resolución impugnada haya decidido las cuestiones de derecho de conformidad con la jurisprudencia de la Corte y el examen de los motivos no ofrezca elementos para confirmar o modificar la orientación de la misma». En realidad esta norma, que no mira a las sentencias de los jueces sino a los recursos de las partes, para desincentivarlos, exigiendo en ellos cuando menos razonamientos adecuados, no altera en ningún sentido el valor solo «argumentativo» de los precedentes en el ordenamiento italiano. *Vid.*, en este sentido, el amplio análisis de P. CHIASSONI, *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2012, cap. VI, 211-266.

⁶⁴ G. PINO, *op. cit.*, 45, habla al respecto de «fuentes permisivas» que «pueden ser tomadas en consideración» pero también ignoradas «sin viciar por ello la validez de la decisión». La expresión «fuentes permisivas»

En cambio, afirmar que los jueces crean derecho equivale a confundir interpretación e innovación, aplicación y producción, jurisdicción y legislación, constatación del significado de las leyes y voluntad legislativa, derecho viviente y derecho vigente. De aquí la singular pero no casual convergencia de constitucionalismo principialista, realismo jurídico y neopandectística⁶⁵. Con un doble resultado. De un lado, estas confusiones comprometen la fuente de legitimación de la jurisdicción y de su independencia —la aplicación de la ley y la exclusiva subordinación a la ley—, favoreciendo la pretensión de que los jueces, en cuanto producen y no simplemente aplican el derecho, deben ser elegidos o designados por órganos electivos, o sea, recibir también ellos legitimación de la representación política al igual que las funciones de gobierno. De otro, estas mismas confusiones, que fueron propias del paradigma jurisprudencial del derecho común antes de que se afirmase el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente, favorecen una paradójica regresión premoderna de la que es la más avanzada experiencia de la modernidad jurídica. En efecto, el constitucionalismo principialista, al asociar el papel de fuente a la jurisprudencia, debilita la normatividad de las constituciones, confiando la opción de qué principios constitucionales respetar o no respetar, actuar o no actuar, a la ponderación judicial y no sólo legislativa, con el consiguiente vuelco de la jerarquía de fuentes. Justo lo opuesto de lo que reclama el constitucionalismo garantista con la teorización de la divergencia deóntica entre el deber ser constitucional y el ser legislativo del derecho y del consiguiente virtual desarrollo del derecho constitucionalmente ilegítimo, tanto por acción como por omisión: un desarrollo que hoy está comprometiendo al estado de derecho y a la democracia y de cuya crítica y superación dependerá el futuro de uno y otra.

(Traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ)

está tomada de H. L. A. HART, *El concepto de derecho* (1961), trad. esp. de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, segunda nota al capítulo VI, 312, que la ha usado —en oposición a las «fuentes formales» u «obligatorias» que el ordenamiento impone aplicar— para designar las «buenas razones» en que se fundan las decisiones tomadas, por ejemplo, de «un texto del Digesto» o de la obra de «algún jurista francés». A. PIZZORUSSO, a su vez, en un parágrafo titulado «Razones que justifican la inclusión del precedente entre las fuentes del derecho», habla de «eficacia persuasiva» del precedente (*Delle fonti del diritto. Articoli 1-9*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 2012, 723-726). Todas estas consideraciones —el hecho de que los precedentes tengan solo una eficacia persuasiva, que únicamente consistan en buenas razones no impuestas al juzgador, que, en fin, como escribe PINO, no basten por sí solas para fundar una decisión judicial (*op. cit.*, 45)— son, no obstante, otras tantas razones que *no* justifican en absoluto la inclusión del precedente entre las fuentes del derecho, sino que, al contrario, la excluyen como un factor de confusión inútil y distorsionador.

⁶⁵ Ya señalada en *Intorno a «Principia iuris»*, *op. cit.*, § 14.1, 4, 250-252, y en *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *op. cit.*, § 2, 21-23.



A PROPÓSITO DE UN ÚLTIMO TEXTO DE LUIGI FERRAJOLI. UNA NOTA SOBRE REGLAS, PRINCIPIOS, «SOLUCIONES EN ABSTRACTO» Y «PONDERACIONES EQUITATIVAS» *

Juan Ruiz Manero
Universidad de Alicante

RESUMEN. En este trabajo, el autor sostiene que la polémica desarrollada en el número precedente de *Doxa* a propósito del constitucionalismo de FERRAJOLI muestra la persistencia de dos desacuerdos entre éste y los autores principialistas: el primero de ellos afecta al entendimiento de las normas constitucionales que atribuyen derechos y el segundo a la ponderación entre principios en relación con casos genéricos. En relación con este último punto, el autor sostiene que la alternativa de FERRAJOLI está constituida por elementos que, o bien directamente no corresponden a la realidad de nuestros sistemas jurídicos (las «soluciones en abstracto»), o bien involucran una toma de posición irracionalista (las «ponderaciones equitativas»).

Palabras clave: FERRAJOLI, principialismo, reglas, principios, «soluciones en abstracto», «ponderación equitativa».

ABSTRACT. In this paper, the author argues that the controversy developed in the previous issue of *Doxa* about FERRAJOLI's constitutionalism shows the persistence of two disagreements between him and the principialist authors: the first one concerns the understanding of constitutional norms which confer rights and the second the balancing of principles in generic cases. Concerning this last issue, the author argues that FERRAJOLI's alternative comprises elements which simply do not correspond to the reality of our legal systems (the «abstract solutions») or involve taking an irrationalist stance (the «equitable balancings»).

Keywords: FERRAJOLI, principlism, rules, principles, «abstract solutions», «equitable balancing».

* Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2012. Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

1.

El trabajo de L. FERRAJOLI que se publica en este mismo número de *Doxa*¹ es una buena muestra de que no siempre los participantes en discusiones de teoría del derecho se limitan, como a propósito de otro debate escribió M. A. RODILLA hace pocos años, a «señalar la posición que cada uno ocupa y marcar territorio». Hay ocasiones, cuando los interlocutores comparten «una cierta tradición de pensamiento» y también, añadiría yo, un cierto cuadro básico de actitudes, en las que resulta posible —como indicó también RODILLA en la misma ocasión— que «la discusión funcione como una vía de aprendizaje»². Es, creo, lo que ha ocurrido con el debate, que centralmente se desarrolló en el número anterior de *Doxa*, pero que tuvo también otras prolongaciones³, generado por el artículo de L. FERRAJOLI «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista»⁴. Creo que cualquiera de los participantes en esa discusión concordaría con FERRAJOLI en que la misma ha servido «para eliminar ciertas incomprendiones recíprocas y también para reducir disensos y divergencias debidos, sobre todo en ocasiones, a la diversidad de los aparatos conceptuales utilizados»⁵. Pero hay al menos dos puntos de importancia en los que me parece que subsisten, al menos por lo que a mí respecta, lo que calificaría como «disensos y divergencias» (aunque, pese a lo que indico más adelante, no me animo a descartar del todo que se trate sobre todo de incomprendiones recíprocas tras cuya eliminación aparezca nítido un acuerdo de fondo; si así fuera, y el decurso de la discusión acabara mostrándolo, me alegraría mucho). Estos dos puntos, muy vinculados entre sí, son, por un lado, la manera como entendemos, si como principios o como reglas (y qué entendemos por «principios» y qué por «reglas»), los casos centrales de las normas constitucionales que atribuyen derechos, y, por otro, la necesidad o no de ponderación entre normas (entre principios) en relación con casos genéricos: si no hay manera de evitar tal ponderación o sí, por el contrario, podemos solucionar las colisiones entre principios mediante, por un lado, una jerarquización de los mismos que resulte válida al margen de las propiedades que exhiban los casos (esto es, que resulte válida para todos ellos) y, en aquellos supuestos en los que no quepan tales «soluciones en abstracto», mediante la ponderación, no de las normas, sino de las circunstancias individuales de los casos de que se trate (lo que FERRAJOLI llama «ponderación equitativa»).

¹ L. FERRAJOLI, «El constitucionalismo entre principios y reglas» (trad. esp. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ), en *Doxa*, núm. 35, 2012.

² M. Á. RODILLA, «Imperio de la ley y principios. Presentación de un debate», en F. J. LAPORTA, J. RUIZ MANERO y M. Á. RODILLA, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 23.

³ Entre ellas, el libro de L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

⁴ L. FERRAJOLI: «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (trad. esp. de N. GUZMÁN), en *Doxa*, núm. 34, 2011. La versión italiana de este artículo se publicó previamente, como «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista», en *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010.

⁵ L. FERRAJOLI, «El constitucionalismo entre principios y reglas», *op. cit.*, sección 1.

2.

Para FERRAJOLI, los supuestos centrales de normas constitucionales que atribuyen derechos pertenecen a la categoría de lo que llama «principios regulativos». Esta categoría viene a ser básicamente coextensiva con la que ATIENZA y yo mismo⁶ denominamos hace tiempo «principios en sentido estricto», pero no es en absoluto, como veremos, cointensiva con ella. Esta convergencia en la extensión y divergencia en la intensión posibilita, creo, plantear sin demasiados malentendidos la discusión, en la medida en que ambas categorías —«principios regulativos» y «principios en sentido estricto»— apuntan básicamente a lo mismo (a las mismas normas) pero ven en ello (en esas normas) características diferentes. Pero esto —la eliminación de malentendidos— se ve, a su vez, dificultado porque los términos que se utilizan para dar cuenta de esas características diferentes —especialmente el término «reglas» y el término «principios»— se usan, por parte de FERRAJOLI, con cargas de sentido que no coinciden con los que las que esos mismos términos tienen en lo que podríamos llamar la *visión estándar* principialista del problema, visión de la que la reconstrucción realizada por ATIENZA y yo mismo viene a ser una manifestación más. Para dar cuenta adecuadamente de la divergencia relativa a las normas constitucionales que establecen derechos deberemos, pues, tener en cuenta, primero, que el desacuerdo se produce no en relación con la extensión de este concepto (qué normas forman parte de él, qué normas son normas constitucionales que establecen derechos) sino en relación con su intensión (cuáles son las características de estas normas) y, segundo, que para perfilar esa intensión (para nombrar esas características) una y otra parte utilizan los mismos términos (reglas, principios), en sentidos que no coinciden entre sí (o, dicho de otra forma, los conceptos de regla y de principio no son los mismos en los discursos de una y otra parte). Si no se despejan bien estas ambigüedades, el terreno se encuentra abonado, naturalmente, para los pseudoacuerdos y los pseudodesacuerdos.

3.

De acuerdo con la que he llamado *visión estándar* del principialismo⁷, el elemento distintivo entre reglas (de acción) y principios (en sentido estricto)⁸ se sitúa básica-

⁶ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

⁷ Expongo la *visión estándar* de acuerdo con la versión de la misma que elaboramos Atienza y yo mismo. Cfr. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, op. cit., y J. RUIZ MANERO, «Una tipología de las normas constitucionales», en J. AGUILÓ, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Fragments para una teoría de la constitución*, Madrid, Iustel, 2007. En todo caso, he prescindido de los rasgos que podríamos considerar *idiosincrásicos* de esta versión para tratar de poner de relieve los rasgos comunes de la orientación principialista, que incluiría, junto con la nuestra, versiones tales como las de ALEXY (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp. de E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993) o MORESO (J. J. MORESO, «Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales», en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009). Recientemente, L. CLÉRICO («Sobre “casos” y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?», en *Isonomía*, núm. 37, octubre de 2012) ha argumentado, en mi opinión convincentemente, en favor de considerar los modelos de ALEXY y MORESO como básicamente equivalentes, a pesar de sus diferencias de presentación.

⁸ En la versión de ATIENZA y yo mismo se distinguen otros dos tipos de normas regulativas que no entran aquí en consideración. El primero, el de las *reglas de fin*, porque no está involucrado en absoluto en los temas de

mente, desde una perspectiva estructural, en el *antecedente* (*condiciones de aplicación* o *caso*, en otras terminologías que consideraré como equivalentes) de ambos tipos de normas. En aquellas normas a las que llamamos reglas, el antecedente está integrado por un conjunto de propiedades que resultan independientes de las razones en pro o en contra de la realización de la acción que figura modalizada deónticamente en el consecuente o solución normativa de la misma norma. Al configurar de esta manera el antecedente, la autoridad normativa pretende que, cuando tal conjunto de propiedades se presente en un caso individual, se genere un deber concluyente en el destinatario de la norma de realizar la acción ordenada en la solución normativa, sin necesidad de que ese mismo destinatario delibere sobre las razones en pro o en contra de ello⁹. Al ser estas reglas el tipo más común de normas jurídicas regulativas, puede pensarse que los ejemplos son innecesarios. Pero, por poner alguno, si uno conduce un vehículo de determinadas características (un automóvil de turismo, por ejemplo) por una carretera de ciertas características (por ejemplo, una autovía) tiene el deber de no superar un cierto límite de velocidad, sin necesidad de deliberación alguna acerca de las razones en pro o en contra de mantenerse dentro de ese límite.

Las cosas son distintas en aquellas normas a las que llamamos *principios*¹⁰. Estas normas se caracterizan porque en su antecedente no se contiene otra cosa sino que se dé una oportunidad de realizar la acción modalizada deónticamente en el consecuente. Y esta modalización deóntica no pretende, como en el caso de las reglas, ser concluyente, sino meramente *prima facie*, por la simple razón de que en muchas ocasiones en que se da la oportunidad de realizar la acción ordenada por un cierto principio, se da también la oportunidad de realizar la acción, incompatible con la anterior, ordenada por otro principio. Siendo así las cosas, los principios no pueden, por su propia configuración, eximir a sus destinatarios de la tarea de determinar si en unas determinadas condiciones o circunstancias lo ordenado por un cierto principio debe, o no, prevalecer sobre lo ordenado por otro principio que resulte concurrente. Los principios no posibilitan, a diferencia de las reglas, eludir la deliberación sobre las razones en

la presente discusión. El segundo, el de las *directrices*, porque aquí no hay nada que valga la pena discutir, porque hay una coincidencia sustancial, en cuanto a su extensión e intensidad, entre la caracterización que ATIENZA y yo mismo hacemos de las normas a las que llamamos *directrices* con la caracterización ofrecida por FERRAJOLI de las normas a las que denomina *principios directivos*. Por todo ello en lo sucesivo me referiré a las *reglas de acción* simplemente como *reglas* y a los *principios en sentido estricto* simplemente como *principios*.

⁹ Esta pretensión de generar un deber concluyente puede, naturalmente, fracasar. Tal ocurre, por un lado, cuando la regla está mal construida en relación con los principios involucrados en el caso genérico que la misma regula y este defecto de construcción tiene entidad suficiente como para que no prevalezcan frente a él los principios que empujan en pro del seguimiento de reglas y, por otro, cuando, aun estando la regla bien construida en relación con los principios involucrados, se plantea su aplicabilidad a un caso individual, que, aunque de entrada resulta subsumible en la regla, constituye un supuesto situado *fuera del alcance* o un supuesto de *excepción* a la misma. No desarrollo estos puntos porque no afectan directamente a la presente polémica con FERRAJOLI. Remito, en relación con los mismos, a M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Rules, Principles and Defeasibility», en J. FERRER BELTRÁN y G. BATTISTA RATTI, *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, 2012; Á. RÓDENAS, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

¹⁰ La distinción entre reglas y principios es una distinción entre lo que podríamos llamar *tipos ideales* de normas regulativas. No excluye la presencia en nuestros sistemas jurídicos de numerosas normas regulativas que vienen a situarse en una *zona de penumbra* entre ambos tipos ideales (cfr. sobre ello J. RUIZ MANERO, «Una tipología de las normas constitucionales», *op. cit.*, n. 7, 82 y ss.).

pro o en contra de realizar la acción ordenada por cada uno de ellos frente a las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por otro principio que resulte concurrente. En tales circunstancias, la ponderación se ve como una operación que desemboca en la formulación de una regla que establece, dadas ciertas circunstancias genéricas, la prevalencia de uno de los principios sobre el otro, es decir, que, dadas esas circunstancias genéricas, debe ser *concluyentemente* lo ordenado por alguno de los principios en concurrencia. Un ejemplo usual a este respecto es el de la regla elaborada por nuestro tribunal constitucional de acuerdo con la cual, en los supuestos de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor prevalece la primera sólo si la información tiene relevancia pública, es veraz y se comunica sin emplear expresiones injuriosas, mientras que basta con que esté ausente uno de estos tres requisitos para que prevalezca el derecho al honor. Reglas de este tipo valen, se supone, en tanto que un nuevo caso individual no presente una propiedad adicional, no contemplada en la regla, lo suficientemente relevante como para exigir una operación de *distinguishing*, cuyo resultado sería una nueva regla *más fina* que la anterior. Las reglas que resultan de operaciones de ponderación o balance entre principios no son, por tanto, como no lo es ninguna regla, *absolutamente estables*, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como *supraincluyente* o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de *laguna axiológica*. Pero esas mismas reglas son, a su vez, *relativamente estables*, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de *distinguishing*. Y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla *más fina*. Que será, a su vez, relativamente estable en el sentido recién precisado.

Pues bien, para la visión que hemos convenido en llamar principialista, los casos centrales de normas constitucionales que establecen derechos están configurados, en constituciones como las nuestras, en forma de *principios* y no de *reglas* y hay buenas razones para entender que deben estar configuradas así. Razones que remiten a la pretensión de duración larga de los textos constitucionales, a las dificultades para su modificación, a la necesidad de que los mismos constituyan, durante un amplio horizonte temporal, el terreno común compartido para la deliberación pública. Pues para ello resulta conveniente que los textos constitucionales no cierren la deliberación respecto al alcance y a la articulación recíproca entre los derechos que ellos mismos confieren. El no cierre de la deliberación respecto al alcance de cada uno de los derechos y respecto a la articulación recíproca entre ellos se logra, primero, mediante el uso de términos fuertemente valorativos para caracterizar los derechos y, segundo, no pretendiendo anticipar —lo que resultaría una pretensión infundada, pues el constituyente no es, obviamente, omnisciente— todas las posibles combinaciones de propiedades —y la relevancia de cada una de ellas— que puedan presentar los casos futuros en que haya una oportunidad de realizar el contenido de más de un derecho constitucionalmente conferido, de un derecho fundamental.

4.

Pues bien: para FERRAJOLI las normas constitucionales que confieren derechos fundamentales deben ser entendidas como reglas y, a la vez, como principios. Pero

los términos *regla* y *principio* designan, en la terminología de FERRAJOLI y como ya se indicaba, conceptos distintos de los designados por esos términos en lo que vengo llamando la visión estándar del principialismo. FERRAJOLI entiende por *reglas* y, más precisamente, por *reglas deónticas*, «todas y sólo las normas de las que cabe configurar los actos que son su observancia o su inobservancia»¹¹. Obsérvese que el concepto de regla de FERRAJOLI no remite, como ocurre en la visión principialista estándar, a algún rasgo del antecedente de las normas así denominadas, sino a un rasgo del consecuente de las mismas. Pues bien: resulta claro que las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales pueden ser observadas o inobservadas, cumplidas o violadas. Y de ahí que, *de acuerdo con este concepto de regla deóntica*, la conclusión de FERRAJOLI sea inobjetable: «Los derechos fundamentales son reglas deónticas, es decir, figuras deónticas de carácter universal cuyos temas-objeto consisten en posibles actos o comportamientos que son su observancia o inobservancia. En cuanto tales, los mismos pueden ser unas veces respetados y otras violados [...]; es por la posibilidad de sus violaciones, por acción o por omisión, por lo que las normas que los establecen son caracterizables como reglas deónticas»¹². Hasta aquí, y *si se acepta la definición de reglas deónticas propuesta por FERRAJOLI*, ningún problema: en la afirmación de que las normas que establecen derechos fundamentales pueden ser observadas o inobservadas no puede haber, naturalmente, más que acuerdo. El problema se sitúa en la definición de *reglas deónticas* propuesta por FERRAJOLI. Por lo siguiente: porque de acuerdo con esta definición de reglas deónticas, que atiende exclusivamente al consecuente de las normas, no puede darse cuenta de la diferencia de la que la visión principialista trata de dar cuenta mediante la distinción entre reglas y principios, diferencia que afecta básicamente no al consecuente de las normas (en cuanto al consecuente, tanto en reglas como en principios se encontraría modalizada deónticamente la realización de una acción) sino a su antecedente, elemento que queda por completo eludido en la definición de FERRAJOLI. Ciertamente, de acuerdo con la visión principialista hay una diferencia en el consecuente de reglas y principios: las primeras contienen una modalización deóntica que pretende ser concluyente, mientras que la modalización deóntica de los segundos es sólo *prima facie*, modalización deóntica que se transforma en concluyente cuando la ponderación ha desembocado en la elaboración de una regla que determina la prevalencia para ciertos casos genéricos del principio de que se trate frente a otros que resulten concurrentes. Pero no cabe duda tampoco de que, si es que debiéramos partir de la definición de FERRAJOLI, aquello de lo que pretende darse cuenta en la visión estándar del principialismo mediante la distinción entre reglas y principios, podría recuperarse de otra manera: dentro de las reglas deónticas podría distinguirse entre reglas deónticas de antecedente abierto, cuyo consecuente contendría una modalización deóntica *prima facie* (lo que la visión estándar llama principios) y reglas deónticas de antecedente cerrado, cuyo consecuente contendría una modalización deóntica que se pretende concluyente (lo que la visión estándar llama simplemente reglas). Si modificando la terminología se pudiera sellar la paz con FERRAJOLI, nadie habría más pacifista que yo, y no tanto por una preferencia caracteriológica, que tengo, por la ausencia de conflicto, sino porque, en tal caso, el conflicto obedecería a un mero pseudodesacuerdo: la diferente terminología impediría ver la existencia de un acuerdo de fondo. Pero

¹¹ L. FERRAJOLI, «El constitucionalismo entre principios y reglas», *op. cit.*, sección 4.

¹² *Id.*, sección 5.

me temo que, lamentablemente, las cosas no son así, que hay un desacuerdo genuino, y que no es, por tanto, tan fácil llegar a la paz.

Más adelante recorreré el camino que desemboca, creo que inevitablemente, en tan melancólica conclusión. Pero vuelvo ahora a la consideración de FERRAJOLI de que las normas fundamentales que establecen derechos fundamentales son «principios regulativos», o sea, normas que son a la vez reglas y principios. Ya hemos visto en qué sentido tales normas son, de acuerdo con FERRAJOLI, reglas. Veamos ahora en qué sentido son, también de acuerdo con FERRAJOLI, principios. El sentido en que tales normas son principios afecta exclusivamente a la forma en que aparecen expresadas en los textos constitucionales, esto es, a aparecer bajo la forma de normas atributivas de derechos y no de normas que imponen obligaciones y prohibiciones. Esto no es irrelevante porque apunta, dice FERRAJOLI, «los derechos expresan de manera más directa los valores que informan el ordenamiento de lo que lo hacen las reglas construidas en términos de obligaciones y prohibiciones»¹³. Pero las normas que atribuyen derechos («principios», en la terminología de FERRAJOLI) y las normas que imponen obligaciones y prohibiciones («reglas», en la misma terminología) tienen, según reitera el mismo FERRAJOLI, exactamente el mismo alcance normativo, las mismas consecuencias en cuanto a la regulación de la conducta y, por ello, la diferencia entre «reglas» y «principios regulativos» es a la postre, de acuerdo con FERRAJOLI, poco más que de estilo redaccional. Pues los principios regulativos «se comportan, como resulta evidente sobre todo frente a sus violaciones, exactamente como las reglas»¹⁴.

5.

Si, aun a riesgo de ser reiterativos, tratamos, ahora, de resumir las diferencias entre FERRAJOLI y la visión estándar del principialismo en cuanto al instrumental conceptual empleado en el respecto que nos ocupa, éstas vendrían a ser las siguientes.

En la visión principialista estándar, i) la distinción entre reglas y principios parte de la diferente manera como aparece configurado el antecedente de uno y otro tipo de normas: mediante un conjunto de propiedades independientes de las razones para realizar la acción ordenada en el consecuente en el caso de las reglas; exigiendo sólo que se dé una oportunidad de realizar la acción ordenada en el consecuente en el caso de los principios; ii) en virtud de esa diferente configuración del antecedente, en el caso de las reglas se pretende que la acción ordenada en el consecuente resulta concluyentemente debida siempre que se dé el conjunto de propiedades que figura en el antecedente, mientras que en el caso de los principios la acción ordenada en el consecuente pretende ser debida únicamente *prima facie*, dado que siempre cabe que, junto con la oportunidad de realizar tal acción, se dé asimismo la oportunidad de realizar otra acción ordenada por otro principio, acción que resulte incompatible con la ordenada por el principio bajo consideración, y iii) en virtud de lo anterior, para transformar el debe *prima facie* contenido en el consecuente de un principio en un debe concluyente es preciso ponderar ese principio con otros principios que resulten

¹³ *Dos modelos de constitucionalismo, op. cit.*, p. 57.

¹⁴ *Ibid.*, p. 94.

eventualmente concurrentes y el resultado de tal ponderación es una regla que determina la prevalencia de uno de esos principios en relación con ciertos casos genéricos o conjuntos de propiedades.

Adviértase que, para la visión principialista, el que la norma aparezca formulada en términos de atribución de derechos o en términos de imposición de deberes es, por una parte, importante en términos de relaciones de justificación: si los poderes públicos tienen, por ejemplo, el deber de abstenerse de interferir en los actos de ejercicio de la libertad de expresión, tal deber encuentra su justificación en que los individuos tienen un derecho a la libertad de expresión; no tendría ningún sentido, en cambio, decir que se justifica la adscripción de un derecho individual a la libertad de expresión en que los poderes públicos tienen prohibida la interferencia con los actos de ejercicio del mismo¹⁵. Pero, por otra parte, para la visión principialista, la formulación en términos de derechos o en términos de deberes correlativos es irrelevante para el carácter de principio de una determinada norma. Tan principio es una norma que adscriba o reconozca un derecho individual a la libertad de expresión, siempre que no precise en qué casos ese derecho prevalece frente a otros que resulten concurrentes, como una norma que imponga un deber de abstenerse de interferir en los actos de ejercicio de la libertad de expresión, siempre que no precise en qué casos ese deber prevalece frente a otros que resulten concurrentes.

Pero es precisamente este punto (la formulación en términos de derechos o de deberes correlativos), que resulta irrelevante, de acuerdo con la visión principialista, para caracterizar una norma como regla o como principio, el que en la construcción de FERRAJOLI aparece como determinante de la distinción entre reglas y principios. En efecto, para FERRAJOLI: i) los «principios regulativos» son a la vez reglas y principios; son reglas por cuanto ordenan acciones de forma tal que podemos determinar los actos que constituyen su observancia o su inobservancia; son principios por cuanto aparecen formulados expresamente en términos atributivos de derechos y no en términos de imposición de los deberes correlativos; ii) ambas formulaciones —en términos de derechos o en términos de deberes— son normativamente equivalentes. La formulación en términos de derechos pone en primer plano la razón de la imposición de deberes —y ello resulta preferible en muchos contextos—, pero una y otra formulación tienen exactamente los mismos efectos normativos, a través de una y de otra formulación se regula la conducta exactamente de la misma forma y con los mismos alcances, y iii) por ello, los «principios regulativos» no requieren ninguna clase de ponderación con otros principios concurrentes, como operación previa a su aplicación, sino que, al igual que todas las demás reglas, exigen, sin más, ser directamente aplicados.

A partir de esta contraposición podría aventurarse que no tiene por qué haber un desacuerdo sustantivo entre FERRAJOLI y los partidarios de la visión estándar del principialismo; sencillamente FERRAJOLI llama «principios» y «reglas» a cosas distin-

¹⁵ Tesis con la que concuerda FERRAJOLI. *Cfr.* el texto citado en n. 13 y también en «El constitucionalismo entre reglas y principios», la siguiente afirmación: la formulación en términos de derechos y no de los correlativos deberes es la forma en que «las constituciones expresan directamente los fines y las opciones ético-políticas que el ordenamiento quiere perseguir», y, de ahí, la «llamada función “normogenética” [de las normas así formuladas], es decir, su aptitud para justificar una pluralidad de reglas, sean explícitas o implícitas» («El constitucionalismo entre reglas y principios», sec. 4).

tas de las que los principialistas entienden por tales. Y, como se ha sugerido antes, la distinción sustantiva de la que el principialismo trata de dar cuenta en términos de «reglas» y «principios», podría ser reflejada, de acuerdo con las categorías de FERRAJOLI, distinguiendo entre «reglas (o principios) de antecedente abierto» (lo que la visión estándar llama «principios») y «reglas (o principios) de antecedente cerrado» (lo que la visión estándar llama «reglas»). Pero, lamentablemente para la tendencia al irenismo que algunos tenemos, esta última distinción no cabe en FERRAJOLI. Y no cabe porque no hay, en su construcción, espacio para normas con antecedente abierto. Y, puesto que no caben normas con antecedente abierto, no es precisa ponderación alguna entre normas. Las colisiones entre principios pueden ser solucionadas en gran parte, utilizando la propia terminología de FERRAJOLI, «en abstracto», esto es, mediante una jerarquización de tales principios que valdría para todo caso posible. Y allá donde no alcanzan las «soluciones en abstracto», la única ponderación admisible tiene lugar, a juicio de FERRAJOLI, no entre normas y en relación con casos genéricos, sino entre los hechos irreductiblemente singulares propios de cada caso individual. Se trata de lo que FERRAJOLI llama «ponderación equitativa». Es en relación con estos dos puntos —las «soluciones en abstracto» y la «ponderación equitativa»— donde la divergencia entre la visión principialista y la ferrajoliana me parece insalvable. Veámoslo.

6.

FERRAJOLI ha insistido una y otra vez¹⁶ en la tesis de que, en muy amplia medida, los diversos principios pueden y deben ser jerarquizados de forma tal que sus relaciones de prevalencia queden preestablecidas para todo caso posible (y esta tesis le ha sido criticada, asimismo, una y otra vez)¹⁷. Me limitaré aquí a prestar atención a la última formulación de esta tesis, la que encontramos en «El constitucionalismo entre principios y reglas». Leemos en este trabajo que «gran parte de los conflictos entre derechos, imaginables en abstracto, no son conflictos en sentido propio que requieran ponderaciones. Se trata más bien de límites impuestos por alguno de ellos al ejercicio de otros, implícitos en la estructura lógica de los mismos principios o derechos, a veces explicitados por las propias normas constitucionales, y en todo caso reconocibles en general y en abstracto en sede de interpretación judicial o doctrinal [...]. Se trata de límites de carácter lógico y conceptual [...] de relaciones entre tipos de derechos reconocidos en el plano teórico o doctrinal de una vez para siempre»¹⁸.

¹⁶ L. FERRAJOLI, «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en L. FERRAJOLI y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. DE CABO y G. PISARELLO, Madrid, Trotta, 2001, 339 y ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Bari, Laterza, 2007, vol. 1: *Teoría del diritto*, 754 y ss., vol. 2: *Teoría della democrazia*, 72-73; «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *op. cit.*, 44 y ss.

¹⁷ Destacaré, entre estas críticas, las debidas a P. COMANDUCCI, «Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, UNAM-Trotta, 2005, y a J. J. MORESO, «Sobre los conflictos entre derechos», en *Garantismo, op. cit.* (publicado también con el título de «Derechos y constitucionalismo sin conflictos», en *La constitución: modelo para armar*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009). Coincido ampliamente, como muestra lo que sigue, con este último texto.

¹⁸ «El constitucionalismo entre principios y reglas», sección 6.

Dos son los límites que cabe distinguir a este respecto. Un primer límite deriva de que, dice FERRAJOLI, «los derechos fundamentales consistentes en meras inmunidades, esto es, solamente en expectativas pasivas y no también en modalidades activas, o sea, en facultades y poderes [...], puesto que no comportan ningún acto como su ejercicio, están tendencialmente en el vértice de la jerarquía»¹⁹. El ejemplo que pone FERRAJOLI es que «nunca se ha dudado de que la libertad de manifestación del pensamiento tenga un límite en la dignidad de la persona, y por eso su inmunidad frente a difamaciones, injurias o calumnias»²⁰.

El segundo límite, que FERRAJOLI considera «de bastante mayor importancia», «mira a las relaciones entre todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales y los derechos de libertad [...] y los derechos fundamentales de autonomía civil, que son además poderes, dado que su ejercicio consiste en actos jurídicos productores de efectos en la esfera jurídica de otros [...] El ejercicio de los segundos [...], los actos que son su ejercicio, como por ejemplo los de carácter contractual, se hallan, en la estructura en grados del ordenamiento, en un nivel más bajo que el constitucional, al que pertenecen todos los derechos fundamentales, ninguno de los cuales puede ser por eso derogado por ellos»²¹.

De manera, pues, que tenemos, según FERRAJOLI, tres grupos jerarquizados de derechos fundamentales: en primer lugar, y en el vértice, «las simples inmunidades fundamentales», «supraordenadas al ejercicio de todos los demás»; en segundo lugar, «los derechos activos de libertad» y los derechos sociales, subordinados unos y otros a las inmunidades; en tercer lugar, los derechos-poder de autonomía, situados en el nivel más bajo, porque su ejercicio está subordinado «al respeto de todos los demás», esto es, tanto de los del primer grupo, como de los del segundo grupo.

Pues bien, puede observarse que es, la de FERRAJOLI, una bien limpia construcción que, de poder sostenerse, eliminaría también limpiamente cualquier necesidad de ponderación en un buen número de supuestos de colisión entre derechos fundamentales. Pero, por desgracia para FERRAJOLI, tanta limpieza no se halla en el mundo real de nuestros sistemas constitucionales. Empecemos por el primer límite, aquel de acuerdo con el cual las inmunidades fundamentales están supraordenadas a cualquier otro derecho fundamental. El ejemplo que pone FERRAJOLI es, como se acaba de indicar, el de la «dignidad de la persona», que constituiría un límite infranqueable para cualquier otro derecho fundamental. Y, aparentemente, si nos fijamos en lo que podríamos llamar la «gramática superficial» de la dignidad, FERRAJOLI parece tener razón. Pues, en efecto, no parece que pueda hablarse de cosas tales como «trato justificado no respetuoso de la dignidad humana», porque no puede predicarse de la dignidad humana que ésta deba ceder frente a otros principios constitucionales. De la dignidad humana no podemos hablar de modo análogo a como hablamos, por ejemplo, de la libertad de expresión, en relación con la cual podemos decir cosas tales como que tal

¹⁹ *Id.*, sección 6. Podría pensarse que el uso del adverbio «tendencialmente» indica cierta cautela, alguna suerte de admisión de que las cosas pudieran no ser así en todos los casos. Pero, a continuación, FERRAJOLI desarrolla su tesis, como ha venido haciendo siempre, sin referencia alguna a eventuales excepciones. Qué pueda querer decir «tendencialmente», queda, pues, inexplicado.

²⁰ *Id.*, sección 6.

²¹ *Id.*

acción fue un supuesto de «interferencia justificada en la libertad de expresión» para proteger, por ejemplo, el derecho al honor o de que en tal otro caso, por el contrario, el derecho al honor cedió justificadamente frente a la libertad de expresión. La dignidad humana no parece ceder en ningún supuesto frente a ningún otro principio que pudiera resultar concurrente. Pero ello no significa, contra lo que pretende FERRAJOLI, que el respeto a la dignidad, como guía de la conducta, esté supraordenado a los demás principios constitucionales. Porque en constituciones como las nuestras, el respeto a la dignidad humana no tiene, como guía de la conducta, más alcance que el del respeto a los diversos derechos fundamentales que, según la fórmula del art. 10 de la Constitución española, resultan «inherentes» a la misma y que concretan las exigencias que se derivan de ella. Pero si los derechos fundamentales son presentados, todos ellos, como «inherentes» a la dignidad de la persona, la «dignidad de la persona» no da lugar, a su vez, a ningún derecho fundamental específico: no hay, en nuestra Constitución, ningún derecho específico a la dignidad. Ello explica que no quepa recurso de amparo frente a una eventual violación de la dignidad humana que no sea, al tiempo, violación de alguno de los derechos fundamentales que resultan «inherentes» a ella. Y esto plantea, a su vez, el problema de la virtualidad normativa del principio de dignidad en una Constitución como la española. Y es aquí donde encontramos la «gramática profunda», y ya no superficial, del principio de dignidad. Lo esencial de esa «gramática profunda» se halla, a mi juicio, en lo siguiente: si distinguimos en los principios constitucionales, y en las normas jurídicas en general, una *vertiente justificativa*, por un lado, y una *vertiente de guía de la conducta*, por otro, la virtualidad *justificativa* del principio de dignidad resulta indudable, y ello se manifiesta, por ejemplo, en las apelaciones a la dignidad que encontramos en la jurisprudencia constitucional en relación con la justificación de determinados límites de los derechos fundamentales o de determinados límites de la actividad legítima de los poderes públicos. Pero la *vertiente de guía de la conducta* de la dignidad parece reconducirse por completo a los diversos derechos fundamentales «inherentes» a ella, en los que se concreta. Si esto es así, tendríamos que admitir que la dignidad es un principio que, aunque desde el punto de vista de su virtualidad justificativa se sitúa en el nivel (justificativo) más alto de un sistema jurídico como el nuestro, desde el punto de vista de su *vertiente de guía de la conducta*, lo característico del mismo es que incorpora un concepto valorativo *ligero* que no guía la conducta sino a través de aquellos otros conceptos, más *densos*, que concretan sus exigencias, y que aparecen en la formulación de cada uno de los diversos derechos fundamentales²². Y todos los derechos fundamentales, en cuya formulación aparecen estos conceptos más *densos*, ceden, en determinados supuestos, frente a otros derechos fundamentales que resulten concurrentes. Y en relación con ello, no son una excepción aquellos derechos fundamentales que parecen mantener una conexión más directa con la idea de dignidad, tales como el derecho al honor o a la intimidad personal que, en determinados supuestos, prevalecen frente a la libertad de expresión y, en otros, ceden frente a ella.

²² Las cosas no son distintas en relación con la Ley Fundamental de Bonn, pese a la mucha mayor presencia del concepto de dignidad humana en la jurisprudencia constitucional alemana. Tampoco aquí hay un derecho fundamental específico a la dignidad, sino que ésta se sitúa en la base justificativa de los diversos derechos fundamentales y constituye, como tal, un criterio interpretativo de las normas constitucionales que se refieren a esos mismos derechos.

El segundo de los límites señalados por FERRAJOLI apunta a los derechos-poderes de autonomía civil, cuyo ejercicio estaría, en su opinión, subordinado a todos los demás derechos fundamentales. Esto comporta una versión particularmente fuerte de la llamada «eficacia horizontal de los derechos fundamentales», de su fuerza normativa frente a los particulares, que no creo se corresponda con la realidad de nuestros sistemas jurídicos. Pensemos, por ejemplo, en el derecho-poder de otorgar testamento. Todos tenemos, frente a los poderes públicos, el derecho a no ser discriminados por nuestras creencias religiosas, pero ¿lo tenemos también, en la misma medida, frente a actos de ejercicio de autonomía privada, tales como el de otorgar testamento?; ¿debería anularse un testamento en la parte, perteneciente al tercio de libre disposición, en que contuviera un legado destinado a promover las creencias propias de una determinada congregación religiosa?; ¿o en la parte, perteneciente al tercio de mejora, en que dispusiera que sea mejor tratado, y por esa razón, aquel hijo que comparte las creencias religiosas del padre testador? No parece que sea así como son generalmente interpretadas nuestras disposiciones constitucionales referidas a la prohibición de discriminación por razones religiosas (o, tanto da en este contexto, al derecho a no ser discriminado por razones religiosas) y el que no se interpreten así parece obedecer a que generalmente entendemos que el alcance de tal prohibición es bastante menor en relación con el ejercicio de poderes de autonomía privada de lo que lo es en relación con el ejercicio de potestades públicas. Ciertamente, podría decirse que el que un ejercicio de un poder privado introduzca un trato diferente por razones religiosas no constituye discriminación, en el sentido relevante, mientras que sí lo constituiría ese mismo trato diferente si fuera introducido en el ejercicio de alguna potestad pública. Pero esto no pasa de ser otra manera (creo que algo más confusa) de decir lo mismo: a saber, que el derecho a la no discriminación por razones religiosas cede, en el ejercicio de poderes privados, frente a la autonomía personal, que se manifiesta en el ejercicio de tales poderes privados, en un amplio rango de supuestos y que no ocurre algo semejante frente a la persecución de intereses colectivos llevada a cabo mediante el ejercicio de potestades públicas, ámbito en que la prohibición de discriminación por razones religiosas tiene un alcance incomparablemente mayor.

7.

En todo caso, las «soluciones en abstracto» que, a juicio de FERRAJOLI, evitan la necesidad de ponderar en un buen número de supuestos que aparecen, de entrada, como de colisión entre derechos, no pueden ser aplicadas a todos los supuestos de tales colisiones. Hay, en particular, supuestos de colisión entre derechos de libertad para los que FERRAJOLI admite que no disponemos de «soluciones en abstracto» predispuestas. En tales supuestos, en su opinión, la solución ha de venir, no de la ponderación entre normas (entre principios) propugnada por los principialistas, sino de la ponderación entre las circunstancias de los casos individuales de que se trate (en su terminología, de la «ponderación equitativa»). Partamos de un pasaje en el que FERRAJOLI da cuenta, por una parte, de cómo, en su opinión, entienden los principialistas la ponderación y, por otra, de cómo tal ponderación debe, también en su opinión, ser entendida. Dice FERRAJOLI lo siguiente: «El derecho vigente es la única lengua de que disponen los jue-

ces para nombrar los hechos que enjuician: como hurto o apropiación indebida, como ejercicio de la libertad de prensa o como difamación, no porque pesen el significado de estas palabras —es decir, las normas sobre el hurto, la apropiación indebida, la libertad de prensa y sobre la dignidad de las personas (más de lo que pesamos, hablando, las palabras “silla” o “butaca”)— sino porque valoran (o, si se quiere, pesan) las particularidades singulares de los hechos enjuiciados que los hacen identificables y más fundadamente designables como hurto, apropiación indebida, legítimo ejercicio de la libertad de prensa o indebida difamación lesiva de la dignidad personal»²³.

Pues bien: creo que lo primero que debe decirse a propósito de este texto es que FERRAJOLI presenta la ponderación entre principios defendida por los principialistas en unos términos en los que me parece muy dudoso que alguno de éstos se reconozca: nadie ha sostenido, que yo sepa, que haya que ponderar, como a juicio de FERRAJOLI defienden los principialistas, el «peso» relativo del «significado de las palabras». Ni siquiera parece que hablar de «pesar significados» tenga algún sentido (yo, al menos, me confieso completamente incapaz de encontrar en tan extraña expresión algún significado que yo pueda entender). Lo que los principialistas dicen que hay que ponderar es el peso de las razones que, en uno y otro conjunto de circunstancias genéricas, respaldan a los principios en conflicto. Lo explicaré con un ejemplo, que de tan habitual pudiera resultar hasta tedioso: supongamos un conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de información del tipo de si puede legítimamente divulgarse algo referido al historial de tratamientos psiquiátricos recibidos por un candidato, digamos, a la presidencia del gobierno. Frente a un caso semejante, y suponiendo que no haya una regla predispuesta que determine la prevalencia de alguno de los derechos en conflicto, ponderamos, de acuerdo con los principialistas, las razones en pro del derecho a la intimidad frente a las razones en pro de la libertad de información en relación con las circunstancias relevantes del caso, entendiendo que el resultado de la ponderación es siempre una regla. Una regla, por ejemplo, que estipule que, en el caso de los candidatos a la presidencia del gobierno, y de su historial psiquiátrico, prevalece la libertad de información sobre el derecho a la intimidad (por la importancia que tiene el ser una persona psicológicamente equilibrada para tomar las decisiones, con frecuencia graves y urgentes, que corresponde tomar al presidente del gobierno, etc.). Naturalmente, esta regla no predetermina la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la intimidad en cualquier otro caso posible de colisión entre ambas: en un caso, por ejemplo, en que se trate del historial psiquiátrico de un candidato a una alcaldía y no a la presidencia del gobierno (aquí podría quizás sostenerse que para las decisiones que toma un alcalde no es tan importante que padezca algún trastorno psicológico, etc.) o bien porque, aun tratándose del candidato a la presidencia del gobierno, no se trata ya del historial psiquiátrico, sino, digamos, del dermatológico (que no afecta para nada a la capacidad de tomar decisiones difíciles, etc.). Pero nos estamos moviendo siempre

²³ «El constitucionalismo entre principios y reglas», apartado 8. En el mismo sentido, en «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *op. cit.*: «La ponderación [...] tiene por objeto no las normas a aplicar, sino, antes bien, las circunstancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio» (47-48), y también en *Dos modelos de constitucionalismo*, *op. cit.*: «Si queremos hablar de “ponderación”, me parece más simple y correcto [...] afirmar que el objeto de la ponderación son, caso por caso, las connotaciones singulares e irrepetibles de los hechos y de las situaciones juzgadas, que son siempre distintas aun cuando subsumibles en las mismas normas» (83).

al nivel de las circunstancias genéricas. Si un caso no presenta circunstancias genéricas relevantes distintas de las de otro caso, ambos deben recibir la misma solución, pues son subsumibles en la misma regla.

Sin embargo, de acuerdo con FERRAJOLI, lo que debemos ponderar no es el peso de las razones que respaldan a cada uno de los derechos en conflicto en relación con las circunstancias genéricas del caso, sino las circunstancias individuales de ese mismo caso, «las particularidades singulares de los hechos enjuiciados». Confieso que «ponderar particularidades singulares de los hechos» me parece, tomada literalmente, una expresión tan incomprensible como «ponderar significados de palabras». Pero atenerse a la literalidad sería, sin duda, injusto con FERRAJOLI. Lo que claramente quiere decir, me parece, es que debemos ponderar el peso de las razones que respaldan a cada uno de los derechos en conflicto en relación con las particularidades singulares de los hechos enjuiciados. Pero, en mi opinión, si estas «particularidades singulares» no las vemos como instancias de propiedades genéricas, no tenemos manera de referirnos a ellas en términos comunicables a los demás, pues nuestro lenguaje no dispone de nombres propios para designar esas «particularidades singulares», y ni siquiera tenemos otra forma de captarlas que no sea alguna suerte de intuición no comunicable y no controlable intersubjetivamente²⁴. La solución que propugnemos, pues, no podrá presentarse en términos que se pretendan justificados, sino que aparecerá, necesariamente, como arbitraria. Y ello porque nuestra idea de justificación implica la idea de tratar de forma semejante los casos semejantes, o, lo que es lo mismo, la idea de que los casos que exhiban las mismas propiedades genéricas relevantes deben recibir una solución semejante. Y ello, en el caso de las colisiones entre principios, implica la necesidad de ponderar las razones que respaldan a cada uno de ellos en relación con unos u otros conjuntos de circunstancias genéricas. La aversión a la ponderación así entendida parece haber abocado a FERRAJOLI, a su pesar, a una suerte de irracionalismo bien alejado de los rasgos centrales de su construcción, de esos rasgos centrales que hacen que muchos la consideremos, pese a todas las críticas a las que nos parece acreedora, como una de las contribuciones más estimables a la teoría del derecho de los últimos decenios.

²⁴ Naturalmente, siempre tenemos la posibilidad de encontrar en el caso «particularidades singulares» del mismo que no sean reconducibles a alguna combinación de propiedades genéricas. Tal ocurre si empleamos en nuestra descripción del mismo el nombre propio o alguna descripción definida de la persona o personas involucradas. Pero considerar como propiedad relevante de un caso la identidad de la persona o personas involucradas en él significaría, obviamente, el abandono sin disimulos de la pretensión de universalización que es parte constitutiva de nuestra idea de justificación.

FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LATINOAMÉRICA *

Rodolfo Vázquez

ITAM (México)

RESUMEN. Este artículo intenta organizar y sintetizar el pensamiento iusfilosófico latinoamericano contemporáneo en algunos países representativos del continente (Colombia, Chile, Costa Rica, México, Perú, Uruguay y Venezuela), de manera que dé cuenta de la variedad y complejidad de autores y escuelas, con las peculiaridades propias de la región. La agenda temática abarca desde la teoría del derecho y la argumentación jurídica, hasta problemas relacionados con la teoría de la justicia: derechos sociales, multiculturalidad, pobreza, desigualdad, transparencia y rendición de cuentas, entre otros.

Palabras clave: Latinoamérica, filosofía del derecho, argumentación jurídica, teoría de la justicia.

ABSTRACT. This article attempts to organize and synthesize some representative Latin American countries' contemporary legal-philosophical thought (Chile, Colombia, Costa Rica, Mexico, Peru, Uruguay, and Venezuela). I attempt to do so in such a way as to portray the complexity and variety of authors and schools of thought involved, all the while accounting for regional particularities. The thematic agenda covers issues ranging from theory of law and legal argumentative theories to problems of justice proper: social rights, multiculturalism, poverty, inequality, transparency and accountability, among others.

Keywords: Latin America, philosophy of law, legal argumentation, theories of justice.

* Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2011. Fecha de aceptación: 5 octubre de 2011.

El contexto histórico y político-cultural latinoamericano en el que es posible hablar de una «normalización» de la filosofía en general, y de la filosofía jurídica en particular —para usar la expresión del filósofo F. ROMERO— no ha sido otro sino el de la modernidad. Pero, ¿cuál modernidad? Decía O. PAZ, en un esfuerzo de síntesis:

[Latinoamérica] había nacido como una proyección de la visión universal de la monarquía hispánica, que albergaba una pluralidad de naciones y que se sustentaba en una filosofía: el neotomismo. Esa construcción política y la filosofía que la justificaba fueron disipadas por la historia, pero los cimientos, la fundación —la lengua, la cultura, las creencias básicas— resistieron a los cambios. Después concebimos un proyecto no menos universal: la modernidad republicana y democrática. La realización de ese proyecto exigía una crítica radical de nuestro pasado y de nuestra cultura. Tras muchas vicisitudes hemos penetrado en el mundo moderno. Vivimos un periodo de transición e ignoro cuál será el resultado de este gran proceso de cambio. En todo caso, puedo decir que nuestra suerte será la de la modernidad... y la modernidad está en crisis¹.

PAZ escribía este texto en 1991. Daba inicio una década de grandes esperanzas para Latinoamérica —después de las terribles dictaduras militares y de la llamada «década perdida» de los ochenta— por lo que respecta a la instrumentación efectiva de un sistema de justicia internacional en los ámbitos nacionales y la tan ansiada consolidación democrática. Una década de transición hacia una modernidad, por decir lo menos, incierta. Con todo, el peso del pasado no era algo que podía obviarse sólo con buenos propósitos. Resulta ya un lugar común afirmar que América Latina ha sido una rezagada con relación a las tres revoluciones científico-tecnológicas modernas: se educa en el dogmatismo de la contrarreforma sin haber conocido la reforma; importa una concepción liberal e ilustrada del Estado sin una burguesía que la haya instrumentado; e incorpora el discurso de la globalización ignorando las profundas desigualdades ancestrales de nuestros pueblos. El «cesarismo», el clientelismo y la anomia generalizada seguirían siendo las características distintivas de nuestra mentalidad colectiva latinoamericana:

Las normas —afirmaba M. KAPLAN— son percibidas como inválidas o ineficaces, lo legal como ilegítimo, lo ilegal como razonable y necesario. La política del sacrificio, del esfuerzo, del trabajo, cede el lugar a la ética fundada en la especulación, la esperanza de ganancia rápida, la reposición del capital en poco tiempo, el consumismo ficticio respecto al estado real de la economía nacional. La delincuencia es así generada, no sólo por las estructuras económicas y sociales, sino por ciertos rasgos de mentalidad colectiva y de la cultura predominante, que son creados y desarrollados históricamente, y en la interdependencia con aquéllas².

La última ola democratizadora hizo pensar a muchos que había llegado la hora de América Latina para transitar —como ya se estaba operando en Europa desde hacía muchos años— de un Estado legislativo hacia un Estado constitucional de derecho. A partir de la década de los noventa asistimos en América Latina, y México no es la excepción, a un reposicionamiento de la democracia constitucional. Este consenso en torno al constitucionalismo democrático, como explica el constitucionalista chileno

¹ O. PAZ, *Huellas del peregrino*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, 209-210.

² M. KAPLAN, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002, 364.

J. COUSO, se operó tanto desde la izquierda como desde la derecha. Por el sector de la izquierda, la ola dictatorial de los años precedentes, traducida en términos de tortura, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones a los derechos humanos, llevó a este sector a valorar instituciones constitucionales como el *habeas corpus* o el debido proceso. Asimismo, la caída de los socialismos reales planteó a la izquierda la necesidad de promover los derechos fundamentales, y aceptar atrincherarlos en las cartas constitucionales, como un elemento necesario de cualquier régimen político razonable. Por el sector de la derecha, el pragmatismo económico les condujo a la convicción de que «sin un estado de derecho sólido que estableciera derechos de propiedad claros, un poder judicial independiente y una fuerza pública bien organizada, los países más atrasados no alcanzarán el desarrollo económico»³. Los sectores más conservadores comenzaron a valorar las contenciones propias incluidas en los diseños constitucionales. De esta manera, sea por la vía dogmática o por la vía orgánica, la democracia constitucional se presentaba como la única alternativa posible para alcanzar los consensos necesarios de gobernabilidad.

Esta ola constitucional, propia de las democracias representativas, comenzó a tomar cuerpo a partir de varios ejes de análisis y de demandas sociales: 1) la construcción de un modelo de Estado de derecho caracterizado por el reconocimiento y la efectividad del más amplio elenco de derechos humanos, que incluyera los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales, culturales y de tercera generación; 2) el atrincheramiento de los mismos en la norma suprema constitucional reforzada por los instrumentos propios del derecho internacional de los derechos humanos; 3) la organización y preparación de un cuerpo judicial progresista, independiente e imparcial, que garantizara la judiciabilidad de los derechos, especialmente de los sociales, con deferencia —que no subordinación— hacia los órganos de representación popular; 4) la construcción de una democracia incluyente que abriera los canales adecuados para el reconocimiento de las minorías étnicas, los grupos vulnerables y los colectivos mayoritarios históricamente excluidos; 5) el empoderamiento de estos grupos a través de mecanismos procesales reconocidos legal y judicialmente, como el *habeas corpus*, la tutela, el amparo y las acciones colectivas, y 6) todo lo anterior, con el fin de construir una sociedad más homogénea y plural a partir de la implementación de políticas públicas que hicieran valer el principio de igualdad para tutelar las diferencias y reducir las desigualdades económicas y materiales.

Existen razones para pensar que en América Latina este proyecto de democracia constitucional ha cumplido escasamente con las promesas anunciadas. Desde fines de los noventa y hasta la fecha se ha percibido en la región lo que algunos han denominado una «epidemia de poderes especiales». Todo indica, como bien decía E. ZAFFARONI, que lejos de enfilarnos desde un Estado legal de derecho a uno constitucional, involucionamos, de nueva cuenta, hacia un Estado «decretal» de derecho⁴. Lejos de consolidar una cultura de la legalidad robusta en el marco de un Estado democrático y social de derecho, nos encaminamos hacia una cultura de la (i)legalidad o, en términos

³ J. COUSO, «Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional», en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2010, 38.

⁴ E. R. ZAFFARONI, «Dimensión política de un poder judicial democrático», en M. CARBONELL, H. FIX-FIERRO y R. VÁZQUEZ (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, 120.

de G. O'DONNELL, a un *un(rule) of law* en donde lo que priva es una «ciudadanía de baja intensidad»:

Quiero con esto decir que todos tienen, al menos en principio, los derechos políticos que corresponden a un régimen democrático, pero a muchos les son negados derechos sociales básicos, como lo sugiere la extensión de la pobreza y la desigualdad [...] A estas personas se les niegan también básicos derechos civiles: no gozan de protección ante la violencia provincial ni ante diversas formas de violencia privada, se les niega el fácil y respetuoso acceso a las instituciones del estado y a los tribunales; sus domicilios pueden ser allanados arbitrariamente, y, en general, son forzados a llevar una vida que no sólo es de pobreza sino también de sistemática humillación y miedo a la violencia [...] Estas personas, a las que llamaré el sector popular, no son sólo materialmente pobres, son también legalmente pobres⁵.

El sociólogo chileno J. LARRAÍN ha expresado esta situación con una frase intimista y contundente: vivimos en el «síndrome de desesperanza aprendida»⁶. No se trata sólo de desplazados, sino de un número creciente de individuos que han perdido la ilusión de un futuro y les resulta insostenible la persistencia en un clima de incontrolable inseguridad. Tal parece que un buen sector de nuestras poblaciones vive en una dinámica que el filósofo brasileño Ó. VILHENA ha caracterizado con los términos de «invisibilidad de los extremadamente pobres», «demonización de los que cuestionan el sistema» e «inmunidad de los privilegiados», o de los detentadores fácticos del poder⁷. Trilogía que se corresponde con otra, no menos dramática: la corrupción, ineficiencia e impunidad de nuestros gobernantes. Por ello, tiene razón E. GARZÓN VALDÉS cuando critica a un buen número de estudiosos latinoamericanos por vivir bajo el «velo de la ilusión» y disimular nuestros fracasos bajo eufemismos como el que encierra la expresión «transición a la democracia», que sólo justifica el «retraso» o el «apartamiento de la meta proclamada»; o bien, vivir bajo la ilusión de un «Estado de derecho» cuando existe una distancia abismal entre las reglas formales y las reglas vividas:

Hablar de la vigencia del *rule of law* es, en la mayoría de los países de América Latina, desfigurar la realidad jurídica y despistar a quien quiera interesarse por las normas que rigen el comportamiento de gobernantes y gobernados en amplios campos de la vida social. A quien tenga predilección por las citas literarias, me permito recordarle la siguiente frase de un personaje de A. CARPENTIER: «Como decimos allá, “la teoría siempre se jode en la práctica” y “jefe con cojones no se guía por papelitos”»⁸.

Los signos que se manifiestan actualmente en buena parte de los países de la región no invitan, ciertamente, al optimismo: el antecedente del fujimorismo y los actos de corrupción y nepotismo de los sucesivos gobiernos en Perú; el populismo autoritario que se percibe en los gobiernos de Nicaragua, Venezuela, Ecuador, Paraguay y Bolivia; el abusivo uso de los decretos de necesidad y urgencia, y la ineficiencia e impunidad de los gobiernos argentinos desde Menem a la fecha; la violencia generalizada por la

⁵ G. O'DONNELL, «Democracia, desarrollo humano y derechos humanos», en G. O'DONNELL, O. IAZZETTA y J. VARGAS CULLELL (eds.), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*, Rosario, Homo Sapiens, 2003, 91.

⁶ J. LARRAÍN, *Identidad chilena*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2001, 90, citado por E. GARZÓN VALDÉS, «Las élites latinoamericanas», en E. GARZÓN VALDÉS, J. MUGUERZA y T. R. MURPHY (comps.), *Democracia y cultura política*, Las Palmas de Gran Canaria, Fundación Mapfre Cuarteme, 2009.

⁷ Vid. O. VILHENA, «La desigualdad y la subversión del Estado de Derechos», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, año 4, 2007, 29 y ss.

⁸ E. GARZÓN VALDÉS, *Las élites latinoamericanas*, 205-243.

delincuencia organizada y las políticas represivas —que no preventivas— en Colombia y México; la pobreza endémica de buena parte de los países centroamericanos y del Caribe; la humillante desigualdad económico-social en toda la región, pero de manera más acuciante en países emergentes como Chile y Brasil⁹.

Quizás sea el momento, como dice R. GARGARELLA, de pensar a fondo en el rediseño de una maquinaria institucional que ya se percibe como «exhausta». Vale la pena citar *in extenso* un texto suyo escrito recientemente con ocasión del bicentenario de la independencia en varios países de la región:

Después de más de doscientos años de vida del constitucionalismo moderno, entendido éste a partir de sus rasgos básicos —la adopción de una declaración de derechos y de un sistema de «frenos y contrapesos»— no puede decirse del mismo que su funcionamiento haya sido exitoso, particularmente en una mayoría de países de América. Tal mayoría de países sigue viéndose afectada por sistemas políticamente inestables y económicamente muy desiguales; en donde las violaciones de derechos humanos son un hecho habitual; las ramas políticas del gobierno tienden a funcionar con independencia de cualquier reclamo ciudadano, mientras se encargan de moldear normas a medida de intereses privados; los tribunales aparecen como órganos de difícil acceso público, que tienden a decidir en favor de los poderosos, criminalizando a quienes protestan; y en donde el debate público (tanto en las campañas electorales como, especialmente, en los periodos que transcurren entre una elección y otra) destaca por la pobreza de su contenido. [...] Según entiendo, la gravedad de las deficiencias institucionales en juego nos obligan a dejar de lado la idea según la cual lo que se requiere es «perfeccionar» o «pulir» algunos aspectos de dicho esquema. [...] existe urgencia por repensar las causas de lo que es, en definitiva, un fracaso institucional con consecuencias ya trágicas¹⁰.

Resulta notable que en este panorama poco alentador se haya desarrollado en algunos países de la región, desde mediados del siglo pasado, una filosofía del derecho que, sobre todo, ha tenido el mérito de traducir los grandes temas y debates de los países más avanzados, y haberlos sabido incorporar a las demandas y exigencias propias de la región. Con ello se ha construido, digámoslo así, una agenda de problemas latinoamericanos, que han ocupado la atención de nuestros principales justfilósofos: una adecuada teoría de las normas y de los ordenamientos jurídicos a partir de modelos clásicos y de la más reciente incorporación del llamado neoconstitucionalismo; los análisis en torno a la moderna teoría de la argumentación y su fructífera aplicación en sede judicial; una sólida teoría de la justicia en diálogo recurrente con otras disciplinas prácticas como la política y la economía. Sobre una teoría de la justicia pensemos, por ejemplo, en el debate en torno a los derechos humanos, y de manera especial, sobre los derechos sociales y su necesaria judicialización; las reflexiones sobre los problemas de una región caracterizada por su multiculturalidad y el lugar de las poblaciones in-

⁹ El primer *Informe regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe* (2010), elaborado por el PNUD, arroja cifras muy preocupantes: 10 de los 15 países más desiguales del mundo se encuentran en América Latina y el Caribe. De acuerdo con el coeficiente de Gini del ingreso de la región —el indicador más usado para medir la desigualdad—, es un 65 por 100 más elevado que el de los países de ingreso alto, un 36 por 100 más alto que el de los países del este asiático y un 18 por 100 más alto que el promedio de África subsahariana. Mención aparte, y como islotos en una indecencia generalizada, merecen Costa Rica y Uruguay.

¹⁰ R. GARGARELLA, «Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América», en *Isonomía*, núm. 33, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Escuela Libre de Derecho, octubre 2010, 7-8.

dígenas en un entorno globalizador; las propuestas de construcción de un Estado democrático y social de derecho en sociedades profundamente polarizadas en términos de pobreza y desigualdad; o bien, los estudios sobre la exigencia de responsabilidad a nuestros gobernantes —transparencia, rendición de cuentas, eficiencia, control de la impunidad— y la urgente necesidad de construir un tejido social cohesionado con una ciudadanía crítica y activa. Éstos y otros tantos problemas han obligado, también, al replanteamiento de la enseñanza de nuestra disciplina en las aulas universitarias y la necesaria renovación de nuestra planta de docentes y de investigadores. Es ésta una tarea ardua que ha encontrado innumerables resistencias, sobre todo si pensamos en el tradicional conservadurismo que caracteriza a nuestras facultades de derecho, pero, indudablemente, es un pendiente impostergable.

No ha sido una tarea sencilla intentar organizar y sintetizar el pensamiento jusfilosófico latinoamericano desde el río Bravo hasta la Patagonia de manera que dé cuenta de la variedad y complejidad de autores y escuelas, con las peculiaridades propias de la región, en su conjunto, y de cada uno de los países. Una restricción impuesta para este ensayo es la de no abordar dos países, Argentina y Brasil. No cabe duda que la relevancia de la producción jusfilosófica argentina y las características propias de la historia y cultura lusoamericanas son razones más que suficientes para justificar un tratamiento especial y por separado.

Otra restricción tiene que ver con la temporalidad. Si bien es posible rastrear los orígenes de dos de las teorías más recurrentes en los debates jusfilosóficos modernos —el jusnaturalismo y el positivismo jurídico— desde los movimientos independentistas en la región en los inicios del siglo XIX, no es sino hasta la década de los años cuarenta del siglo XX que es posible hablar de una «normalización» de la filosofía jurídica. Lo mismo que ROMERO aplica a los «fundadores» de la filosofía latinoamericana —A. CASO, J. VASCONCELOS, C. VAZ FERREIRA, J. INGENIEROS, A. KORN, E. MOLINA, A. DEUSTÚA, R. DE FARIAS BRITO— es posible extenderlo a nuestra disciplina: se adquiere una presencia y una sistematización, que no había tenido antes, y se pasa de una «improvisación fácil» hacia un trabajo «metódico y riguroso» realizado sobre la base de una información directa respecto de la producción filosófica de los países europeos. Entre los jusfilósofos cabe mencionar a C. COSSIO, L. RECASÉNS SICHES, J. LLAMBIAS DE ACEVEDO, E. GARCÍA MÁYNEZ, R. PIZANI, M. REALE, A. GIOJA, L. E. NIETO ARTETA, J. MILLAS y F. MIRÓ QUESADA.

No todos los países de la región han recibido igual tratamiento en este ensayo, en buena medida debido a la escasa contribución a la disciplina o a la reiteración de problemas y debates ya suficientemente desarrollados en otras latitudes y trasladados sin un aparato crítico adecuado. Con todo, se ofrece un conjunto representativo que permite dar una idea bastante objetiva del pensamiento y la producción latinoamericanos. El orden en la exposición de cada país sigue un criterio estrictamente alfabético¹¹.

¹¹ Para la presentación de los países incluidos en este ensayo he incorporado de manera sintética, y adaptada a las exigencias de este trabajo, las ideas y comentarios que he recibido por escrito de P. RUIZ TAGLE (Chile), M. SALAS (Costa Rica), L. GARCÍA JARAMILLO (Colombia), D. SOBREVILLA (Perú), Ó. SARLO (Uruguay) y J. BARRAGÁN (Venezuela). A todos ellos les agradezco su invaluable colaboración.

COLOMBIA

La fundación del Instituto de Filosofía y Letras de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, en 1946, se considera como el momento de «normalización» de la filosofía en Colombia. Dos obras marcaron decisivamente el inicio de la filosofía iusfilosófica moderna: *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*, de L. E. NIETO ARTETA, considerado el primer difusor de la teoría pura de KELSEN en Colombia, y *El ambiente axiológico de la teoría pura del derecho*, de R. CARRILLO. Ambas obras contribuyeron determinadamente a romper con el pasado filosófico neo-tomista que imperaba hasta ese entonces desde el proyecto ideológico plasmado en la Constitución regeneracionista de NÚÑEZ y CARO. Otras figuras importantes en la normalización de la filosofía jurídica en Colombia fueron C. BETANCUR, fundador en 1951 de la que es considerada ahora la principal revista filosófica colombiana: *Ideas y Valores*; el jurista J. VÉLEZ SÁENZ, cuya importancia en la rama analítica es altamente apreciada, y A. NARANJO VILLEGAS, quien estudió filosofía con M. GARCÍA MORENTE y F. ROMERO.

La discusión entre jusnaturalistas y juspositivistas, como en gran parte de los países de habla hispana, ocupó un lugar central en los debates sobre la naturaleza del derecho. El positivismo, en particular en su versión kelseniana, ejerció un influjo que aún enseña sus consecuencias en el diseño de los programas de estudio en todo el país. De igual manera, el iusnaturalismo ejerció una influencia determinante en los temas y los contenidos de la reflexión jusfilosófica. Debido a que el núcleo del iusnaturalismo afirma que ciertos principios de derecho natural —inmutables y eternos— existen por encima de las leyes humanas, resultó favorable para articular una concepción basada en que esos principios eran aquellos defendidos por la fe católica. En Colombia se debió esperar hasta la promulgación de una Constitución liberal laica en 1991, y en particular a la instauración de un tribunal que garantizara los derechos allí consagrados, para que se decidiera sobre temas hasta entonces ideológicamente censurados como el aborto, la eutanasia, los derechos para las parejas del mismo sexo y la implementación de políticas de discriminación positiva.

El realismo jurídico norteamericano se ha estudiado más que el escandinavo, con excepción de A. ROSS. Otras tendencias han sido la propuesta jurídico-democrática de HABERMAS y su teoría discursiva que se conoce en el país gracias a G. HOYOS VÁZQUEZ y su discípulo O. MEJÍA QUINTANA, autor este último de la primera publicación sobre la filosofía jurídica del autor germano. Desde entonces MEJÍA QUINTANA ha investigado sobre temas de filosofía política y crítica a la jurisprudencia constitucional, como puede apreciarse en sus libros *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa* y *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Por su parte, HOYOS publicó, junto con Á. URIBE, la compilación *Convergencia entre ética y política*.

El cambio en el paradigma interpretativo del derecho de DWORKIN, sus críticas al liberalismo político mediante su propuesta del liberalismo igualitario y sus tesis sobre los principios generales del derecho han sido particularmente relevantes en Colombia fundamentalmente desde 1991. R. ARANGO ha ejercido una influencia determinante en la recepción curricular y doctrinaria de las teorías de DWORKIN, tanto sus tesis jurídicas ligadas a la interpretación del derecho, como las tesis filosófico-políticas relacionadas

con las concepciones no-agregativas de la democracia y los derechos como cartas de triunfo frente al poder, lo que puede apreciarse en sus libros *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* y *Derechos humanos como límites a la democracia*.

La teoría feminista del derecho ha encontrado un campo de fructífero cultivo en la Universidad de los Andes a través de publicaciones como la obra colectiva coordinada por C. MOTTA y M. SÁEZ, de la Red Alas, *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, y también, en buena medida, debido al trabajo de ONGs que reivindicán derechos de igualdad para las mujeres. Los Estudios Críticos del Derecho (en particular KENNEDY) se han desarrollado en los trabajos de D. LÓPEZ MEDINA. Este investigador es uno de los teóricos del derecho más influyentes en la actualidad. Primero publicó sobre temas de filosofía del derecho en sentido estricto, ligados con la filosofía de PLATÓN, y recientemente, en sus libros *El derecho de los jueces* y *La letra y el espíritu de la ley*, ha trabajado sobre la teoría del precedente, los problemas ligados con los trasplantes jurídicos y ha señalado direcciones en torno a la discusión sobre la interpretación jurídica y sus métodos.

La interpretación jurídica, y en particular la interpretación constitucional, es uno de los temas cardinales en la agenda de trabajo iusteórico. Es abundante la producción local sobre la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY, la cual se conoce gracias a la docencia y la producción intelectual de R. ARANGO —en su libro *El concepto de derechos sociales fundamentales*, con prólogo del propio ALEXY—, C. BERNAL PULIDO y G. LOPERA, así como a las traducciones de L. VILLAR BORDA. El neoconstitucionalismo no sólo ha sido influyente sino que se han hecho aportes al canon trasnacional desde la doctrina y la jurisprudencia colombianas. Los trabajos de BERNAL PULIDO, primero desde el derecho constitucional de raigambre alexyana en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, hasta los más recientes, en torno a la filosofía del lenguaje, en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, han contribuido a configurar la naciente agenda de investigación en los terrenos de la teoría constitucional y la filosofía del derecho en sentido lato.

Se ha estudiado también la obra de TOULMIN, PERELMAN, MACCORMICK, AARNIO, PECZENIK y ATIENZA; la hermenéutica, específicamente en el sentido técnico de la modernidad a partir del siglo XIX (particularmente GADAMER) y la tópica jurídica de VIEHWEG. R. UPRIMY YEPES y A. ABEL RODRÍGUEZ publicaron el opúsculo *Interpretación judicial*, en el cual se aborda el clásico problema del ámbito de la interpretación judicial, su práctica y sus límites, así como las principales teorías de la interpretación jurídica.

La teoría de los campos sociales de BOURDIEU ha permitido realizar interesantes articulaciones entre el discurso jurídico y el sociológico. Los estudios sobre la normatividad y las necesidades sociales desde distintos ámbitos como el poder judicial, la débil democracia, los déficits de representación, la teoría constitucional, por ejemplo, han recibido atención rigurosa desde hace algunos años, especialmente por UPRIMY, C. RODRÍGUEZ y M. GARCÍA VILLEGAS. La obra colectiva *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, que GARCÍA VILLEGAS coordinó con BOAVENTURA DE SOUSA, así como *Jueces sin Estado* y su más reciente *Sociología y crítica del derecho* constituyen sin duda una de las aportaciones más significativas al estado del arte.

La inclinación hacia la filosofía moral y política en Colombia constituye un pronto reflejo de los desarrollos que esta rama ha mostrado en otros países iberoamericanos

que a su vez se corresponde con el resurgimiento del pensamiento político global por la obra de RAWLS. Un referente sobre la importancia de la teoría rawlsiana en la academia local lo constituyen las actividades realizadas con motivo de su fallecimiento, entre los que cabe destacar el trabajo monográfico editado por L. GARCÍA JARAMILLO, *John B. Rawls: El hombre y su legado intelectual*, y en el cual se reúnen contribuciones de su discípulo y profesor asistente, Th. POGGE, su colega M. NUSSBAUM, así como de los principales expertos colombianos: O. MEJÍA QUINTANA, F. CORTÉS RODAS y D. IGNACIO GRUESO. Dentro de las concepciones normativas de la democracia cabe destacar los análisis sobre la concepción deliberativista de la misma y la importancia de las virtudes cívicas. En la obra colectiva editada por A. HERNÁNDEZ, *Republicanism contemporáneo. Igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, se encuentran varios textos sobre el tema.

Por último, la propia realidad del Estado colombiano ha propiciado diversos tipos de investigaciones, tales como lo relativo a lo multiétnico y pluricultural, pero en particular la consagración constitucional de los derechos de las poblaciones indígenas y su garantía por parte de la Corte Constitucional. Se distinguen los trabajos de D. BONILLA, *La constitución multicultural*, y Á. URIBE, *Petróleo, economía y cultura. El caso U'wa*, sobre los derechos culturalmente diferenciados.

COSTA RICA

En un tono categórico y crítico, no carente de realismo, M. SALAS sostiene que «en Costa Rica —y me temo que en buena medida en Centroamérica— no existe realmente filosofía del derecho. [...] A tal extremo se ha llegado que, en muchas universidades, la asignatura ya se suprimió; es decir, forma parte de anaqueles históricos y de proyectos curriculares fallidos, o no existe del todo». El desencanto de estas frases —más significativo viniendo de uno de los países emblemáticos de la zona por su reconocida estabilidad social y democrática— no debe impedirnos destacar el trabajo personal y la contribución académica de figuras como E. P. HABA y, en generaciones más jóvenes, la del mismo M. SALAS y G. GONZÁLEZ SOLANO.

HABA, de origen uruguayo, comienza una brillante carrera en Europa y desde 1978 se incorpora como catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Costa Rica hasta su retiro en 2006. Su pensamiento se inserta en lo que él mismo califica como una concepción crítico-realista o heurístico-negativa del derecho y de la teoría social en general. Dicha concepción, más que un conjunto de postulados teoréticos (por ejemplo, escepticismo epistemológico, orientación analítica, individualismo empírico) se caracteriza por una actitud intelectual frente a los problemas del conocimiento. Una lectura atenta de sus obras, entre las que cabe destacar *La idea del totalitarismo y la libertad individual*, *Tratado básico de derechos humanos, pedagogismo y «mala fe»*, *El espejismo de la interpretación literal* y *Metodología jurídica irreverente*, revelará su especial inclinación mental por lo que él denomina «cuestiones de grado». El *leitmotiv* es, esencialmente, una preocupación por evidenciar y desarticular los vicios de razonamiento en que se incurre usualmente cuando se examinan temas de tipo social, jurídico, político y sociológico. Dentro de los vicios más criticados y combatidos en sus libros están el llamado «síndrome normativista de los juristas», las falsas generali-

zaciones o «falacia del todo», la «concepción misionera de las ciencias sociales» y las «falacias de falsa oposición».

Las investigaciones de M. SALAS, profesor en la Universidad de Costa Rica, se despliegan en tres campos diferentes, pero relacionados entre sí: la filosofía del derecho, el derecho penal y la epistemología de las ciencias sociales. Sus trabajos se debaten, por un lado, con la idea de que algunos fenómenos sociales y jurídicos pueden (deben) ser sometidos a criterios de racionalidad y argumentación (racionalismo crítico), y, por otro lado, con la desalentadora comprobación de que justamente esos criterios de racionalidad, aun cuando se elaboren adecuadamente en la metateoría del derecho o de la teoría social, tienen escasísimas o nulas posibilidades de implementación en la praxis vital de las relaciones sociales y jurídicas en general (*People Skepticism*). Las instituciones jurídicas, y en particular los discursos jurídicos que versan sobre esas instituciones —no importa si es en el campo legislativo, judicial o, propiamente, en la teoría académica, o sea, en la dogmática jurídica que se elabora en las facultades de derecho—, juegan, según SALAS, básicamente el papel de *legitimaciones simbólicas* de la acción humana.

G. GONZÁLEZ SOLANO, también profesor en la Universidad de Costa Rica, por su parte, se autodefine como un «científico cognitivo», con una fuerte influencia de lo que, genéricamente, se podría llamar, filosofía analítica. Actualmente, sus investigaciones filosóficas se orientan hacia el estudio de la semiótica y la lógica (formal y no formal) de los discursos jurídicos, mediante los cuales quiere describir los procesos interpretativos, deductivos, abductivos y heurísticos llevados a cabo por los abogados y los jueces. El propio GONZÁLEZ SOLANO estima que sus investigaciones se ubican en lo que él llama: la etapa post-morrisiana, no creyendo, por ende, en naturalezas jurídicas innatas, ni esencias, ni paleosimbolismos, ni conceptualismos. Su propósito es hacer explícitos los procesos de dudosa procedencia y validez cognitiva en el campo jurídico, con la finalidad de implementar bases éticas y científicas para su optimización, pero sin guardar esperanza algunas de que ellas sean adoptadas o seguidas en la práctica.

CHILE

Acorde con las tendencias imperantes fuera de las fronteras chilenas, durante la década de los años treinta fue posible presenciar cómo el positivismo jurídico —en un ambiente fuertemente comprometido con las tesis iusnaturalistas— llegaba a las aulas y demás espacios de discusión, extendiendo su influencia en los intelectuales, filósofos y juristas chilenos. Así, por ejemplo, se destaca el valioso aporte del filósofo J. MILLAS (1917-1982), quien en la filosofía jurídica podría enmarcarse dentro de la tendencia del formalismo axiológico y un pensamiento cercano al socialismo democrático. Si bien recibe influencia kelseniana, afirma que el fundamento último del derecho es el poder social que lo establece; se preocupa del estudio de las normas, especialmente de los valores jurídicos y de la naturaleza del derecho, llegando a identificar como el único valor a la seguridad jurídica. Quizás producto del contexto histórico que vive el país y de su recelo por las influencias de la ideología y de la politización de la academia, MILLAS identifica tal valor con lo que es conocido como el Estado de derecho. En 1960 se publica su libro *Filosofía del derecho*, que refleja su incesante estudio en esta disciplina. Su

aporte se materializa también en la defensa de la universidad chilena. Así lo expresa de manera clara e incisiva en 1981, en su conferencia «Análisis de la universidad actual», que en forma dramática denomina «universidad vigilada» frente a la intervención militar de la que era víctima en los años de dictadura pinochetista (1973-1990).

Ya iniciada la segunda mitad del siglo XX es posible presenciar en la historia chilena la llegada de nuevas corrientes absolutamente reformadoras de las tendencias imperantes. Al respecto, cabe destacar el inmenso legado del profesor E. NOVOA MONREAL (1916-2007) en la década de los sesenta e inicios de los setenta, quien paralelamente a su legado político como asesor jurídico del gobierno de Salvador Allende, divulgó su pensamiento jurídico en el derecho penal y la Filosofía del derecho. En sus *Obras escogidas: una crítica al derecho tradicional* es posible reconocer los principales lineamientos de su doctrina vinculados estrechamente a la influencia del marxismo en su relación con el cristianismo y la necesidad de justificar cambios políticos profundos en esa época en Chile. En efecto, el análisis jurídico de NOVOA parte de una constatación de la realidad chilena: «La subsistencia de enormes diferencias en la distribución de la riqueza y la existencia de una enorme masa, [...], colocada en posición de franco menoscabo [...]». De esta manera, distingue entre la organización social y el ordenamiento jurídico. La primera no es determinada por el derecho, sino por elementos como la política y la economía; el derecho, como conjunto de normas positivas, se define en su concepto y fines en una relación instrumental con esta realidad. Así, según NOVOA será derecho inocuo el que hace subsistir ese tipo de sociedad, y sólo será derecho justo aquel que tiene como objetivo modificar y eliminar dichas diferencias en la distribución de la riqueza y en la calidad de vida de las personas.

Posteriormente, el positivismo jurídico en su versión kelseniana alcanza su momento de mayor influencia en la cátedra de A. BASCUÑÁN y de A. SQUELLA, quienes a través de su participación activa en la vida académica, intelectual y profesional extienden la influencia de esta forma de pensamiento. A. SQUELLA ha publicado diversos libros que reflejan su trabajo docente y su importante aporte al estudio de la Filosofía del derecho en Chile. Por ejemplo, se destaca entre sus trabajos la tesis publicada con el título *Derecho y moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?*; y sus libros *Introducción al derecho*, *Estudios sobre derechos humanos, positivismo jurídico, democracia y derechos humanos* y *Filosofía del derecho*. En este último, SQUELLA expresa su positivismo jurídico metodológico, que formula de la mano de N. BOBBIO, y asume la unidad del derecho (teoría monista) estableciendo una distinción —pero no separación— entre el derecho y la moral considerándolos como «órdenes normativos distintos». La recepción del pensamiento de N. BOBBIO en Chile se debe a SQUELLA, a quien dedicó la publicación de su libro *Norberto Bobbio: Un hombre fiero y justo*.

Más avanzado el siglo XX E. BARROS, influido por los trabajos de DWORKIN en su artículo «Reglas y principios en el derecho», y también en su trabajo de doctorado, critica el positivismo y señala: «[...] el enfoque estrictamente lógico tiene sus serias limitaciones, no siempre comprendidas por los teóricos analíticos, demasiado marcados por los objetivos de formular una teoría general o de agotar el concepto de derecho».

Con la llegada de la década de los noventa, periodo protagonizado por el retorno de Chile a la democracia, aparecieron innovadoras corrientes de análisis del derecho. Dichas corrientes se caracterizan por involucrar ciencias y miradas ajenas al análisis tra-

dicional de la ciencia jurídica. Nos referimos aquí al Análisis económico del derecho, al Análisis feminista del derecho, al Análisis literario del derecho, etc. En sus inicios la adopción de estas nuevas corrientes por el campo doctrinal chileno fue muy pausada, debido a la desconfianza de ingresar al análisis jurídico otras disciplinas ajenas que no comparten los principios básicos de las ciencias jurídicas. No obstante, con el correr del tiempo la academia chilena ha incluido estas corrientes en su análisis, lo que se puede observar en las crecientes publicaciones al respecto y en su mayor presencia en las aulas universitarias. Sin duda la corriente más popular en Chile entre estas nuevas perspectivas ha sido el Análisis económico del derecho, el que no sólo ha irrumpido en la Filosofía del derecho, sino también en los estudios de derecho civil contractual. Por otra parte, una crítica rigurosa al positivismo jurídico puede hallarse en los trabajos de F. ATRIA tales como «Creación y aplicación del derecho: entre el formalismo y escepticismo» y «La ironía del positivismo jurídico». Su libro *On Law and Legal Reasoning* es, sin duda, una de las aportaciones más lúcidas a la teoría del derecho contemporánea.

En los últimos años los trabajos de J. GARCÍA HUIDOBRO y C. ORREGO han intentado actualizar el jusnaturalismo e incorporarlo en el discurso filosófico vigente. En esta línea destaca el libro *Razón práctica y derecho natural*, en el que GARCÍA HUIDOBRO analiza los principales rasgos de la filosofía iusnaturalista de T. DE AQUINO tal como ha sido expuesta más recientemente por el profesor de Oxford, J. FINNIS. A su vez, ORREGO en *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, correspondiente a su tesis doctoral, critica los principales lineamientos de la teoría de HART, paradigma del positivismo jurídico en la segunda mitad del siglo XX. Especialmente analiza la eventual separación conceptual entre moral y derecho y concluye que la referencia a fines y valores es indispensable para la comprensión del derecho positivo, entre ellos, la idea de bien común como elemento constitutivo del mismo.

Por lo que respecta al legado de HART, es importante destacar el trabajo de C. PEÑA, quien en sus diversas publicaciones ha fomentado y revitalizado el espacio de este autor, paradigmático del positivismo jurídico, en la discusión filosófica jurídica chilena de las últimas décadas. Otro tanto cabe decir de su análisis del pensamiento de R. DWORKIN y J. RAWLS. El estudio de este último y de su obra ha tenido también una gran influencia en Chile y son muy variados los que se han dedicado a estudiar y divulgar sus trabajos, entre ellos, P. RUIZ TAGLE, «La prioridad del derecho sobre el bien en la Teoría de la justicia de John Rawls», y el mismo C. PEÑA en su reciente obra *Rawls: el problema de la realidad y la justificación de la filosofía política*. De igual manera, la filosofía política y particularmente la versión republicana de la misma ha tenido un impacto muy decisivo en la filosofía del derecho chilena más reciente como puede apreciarse en el libro de R. CRISTI y P. RUIZ TAGLE, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*.

MÉXICO

La filosofía del derecho contemporánea en México, desde mediados de los cuarenta, comenzó a girar en torno a cuatro personalidades, dos de ellas originales y reconocidas internacionalmente, L. RECASÉNS SICHES (1903-1977) y E. GARCÍA MÁYNEZ (1908-1993), y las otras dos, brillantes y más locales, G. HÉCTOR RODRÍGUEZ (1910-1988)

y R. PRECIADO HERNÁNDEZ (1908-1991). La influencia de este primer grupo puede prolongarse con alguna fuerza intelectual hasta los primeros años de la década de los setenta, si bien desde principios de los sesenta hay que reconocer que las filosofías que daban cuenta de sus propuestas en el campo jurídico comenzaron a ser rebasadas por otras ideas filosóficas. Por aquellos años la filosofía analítica, por ejemplo, irrumpía en México con gran vitalidad.

RECASÉNS SICHES, exiliado en México en 1937, desarrolla su prolífica actividad académica en la Universidad Nacional Autónoma de México. A partir del racio-vitalismo de su maestro ORTEGA Y GASSET y en obras como *Vida humana, sociedad y derecho* y *Tratado general de filosofía del derecho*, RECASÉNS estructura una concepción del derecho, que como producto cultural, se entiende como «una forma objetivada de la vida humana», es decir, «un conjunto de significaciones que constituyen reglas para la conducta humana». De igual manera, el derecho debe comprenderse como un conjunto de normas elaboradas para la realización de valores (axiología jurídica), que se integran existencialmente alrededor del principio de dignidad de la persona humana. En una última etapa de su pensamiento y llevando el vitalismo hasta la teoría del discurso racional, RECASÉNS perfila con cierta originalidad, en su libro *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*, una lógica de la razón vital o lógica de la acción, que distingue claramente de una lógica formal. Con ello, podría alinearse su concepción, con justicia, dentro de las modernas teorías de la argumentación.

E. GARCÍA MÁYNEZ defendió, de la mano de su maestro en Alemania, N. HARTMANN, una axiología objetivista, misma que le sirvió de fundamento para justificar la obligatoriedad o validez de las normas jurídicas. Pero su objetivismo no lo compromete con las tesis iusnaturalistas. Para MÁYNEZ, el derecho natural no es propiamente hablando, derecho. En su libro *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, ahora bajo la guía de ORTEGA Y GASSET, desarrolló su teoría de los tres círculos. En ella sostiene la idea de que el derecho es susceptible de tener tres definiciones diversas que corresponden a tres perspectivas distintas con respecto a la noción de validez: formal, intrínseca y positiva. Esta división sólo tiene un valor teórico y la reunión de las tres notas en todos y en cada uno de los preceptos que forman un ordenamiento jurídico constituyen el caso límite o ideal de realización de la justicia. En una etapa posterior de su pensamiento, y durante quince años, se dedica a la elaboración de una lógica jurídica desde un enfoque tradicional —*Lógica del concepto jurídico*, *Lógica del juicio jurídico* y *Lógica del raciocinio jurídico*— que finalmente quedó rebasada por las investigaciones que, paralelamente, venían realizando autores como G. H. VON WRIGHT. La propuesta más sistemática y, en cierto sentido, un compendio de su pensamiento jusfilosófico se encuentra en su libro *Filosofía del derecho*, en el que toma una cierta distancia de su objetivismo inicial —los valores no existen en sí y por sí, sino que existen para alguien— y elabora una teoría del ordenamiento jurídico más autorreferente.

Sobre RECASÉNS SICHES y GARCÍA MÁYNEZ no se puede ignorar la importancia de su producción intelectual, sin embargo —también hay que decirlo— no se preocuparon por formar discípulos o dar continuidad institucional a una escuela de pensamiento. Otro tanto sucede con PRECIADO HERNÁNDEZ. Su obra, *Lecciones de filosofía del derecho*, pionera en el desarrollo del iusnaturalismo en México, sigue siendo una de las

más leídas en las escuelas de derecho y, con seguridad, habrá quien deba a PRECIADO HERNÁNDEZ lo mejor de su formación iusfilosófica, pero tampoco se preocupó en dejar discípulos. Con todo, el desarrollo del pensamiento iusnaturalista encontrará en M. VILLORO, A. GÓMEZ ROBLEDO, H. GONZÁLEZ URIBE y E. GONZÁLEZ MORFÍN a sus representantes más distinguidos.

De G. HÉCTOR RODRÍGUEZ, neokantiano de la línea de MARBURGO, y estudioso y seguidor de STAMMLER y KELSEN, la situación es un tanto distinta. Su obra no ha tenido la trascendencia necesaria para ser valorada, pero su importancia se puede medir en los discípulos o «compañeros de ruta» que dejó. Desde mediados de los sesenta se conforma con más o menos años de diferencia, el grupo de los «neokantianos»: L. AZUARA, F. VALLADO BERRÓN, U. SCHMILL, A. PÉREZ CARRILLO y R. TAMAYO y SALMORÁN, entre otros. Un sello que los caracteriza es su agudo conocimiento y manejo de la obra de H. KELSEN.

Hacia fines de los sesenta, y especialmente a través del trabajo de J. ESQUIVEL (1941-1992) —*Kelsen y Ross: formalismo y realismo en la teoría del derecho y Racionalidad jurídica, moral y política*, obra póstuma en la que se reúne buena parte de su producción intelectual—, se toma contacto con la filosofía analítica que se desarrollaba pujantemente en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, con gente como L. VILLORO, F. SALMERÓN y A. ROSSI. A través de ellos y del Instituto se conoce la filosofía analítica del derecho argentina en personas como R. VERNENGO, E. BULYGIN, C. ALCHOURRÓN, E. GARZÓN VALDÉS y C. SANTIAGO NINO. Éstos, a su vez, dan a conocer en México a pensadores como A. ROSS, H. HART, K. OLIVECRONA, G. HENRIK VON WRIGHT y otros notables iusfilósofos.

Toda la década de los setenta se caracterizó por una intensa productividad iusfilosófica que, lamentablemente, disminuye de manera sensible desde principios de los años ochenta. No es fácil determinar las causas de esta situación. No pocos la atribuyen a la misma crisis económica de 1982, que obligó a la nueva generación a abandonar la docencia y la investigación en aras de mejores oportunidades económicas en el sector público o en el privado. Lo cierto es que, sin exageración, se puede decir que México perdió a toda una generación de iusfilósofos, cuya consecuencia se percibió en los ochenta y que bien podemos prolongar hasta principios de los noventa. Pese a ello, merece ser destacada la perseverancia de algunos iusfilósofos cuyas obras se abrían camino con gran esfuerzo y, por desgracia, sin el acompañamiento crítico necesario de una comunidad iusfilosófica. Tal es el caso de SCHMILL —*El sistema de la Constitución mexicana, Lógica y derecho, Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*— y TAMAYO y SALMORÁN —*El derecho y la ciencia del derecho, Introducción al estudio de la Constitución, Elementos para una teoría general del derecho*— ya mencionados; y desde el marxismo jurídico y la teoría crítica, con una revisión del pensamiento kelseniano, el trabajo de Ó. CORREAS y la revista *Crítica Jurídica* fundada en 1983.

Desde principios de los noventa la filosofía jurídica en México se revitaliza intentando recuperar un valioso tiempo perdido, poniéndose al día en los debates contemporáneos y creando espacios de docencia, investigación y publicaciones en diversas universidades del país. Este cambio respondió también a ciertas condiciones político-jurídicas en el país, especialmente por lo que respecta a la actividad y percepción del poder judicial. Una de estas condiciones es el proceso de democratización y las sucesi-

vas reformas al sistema judicial: 1988 resultó un año bisagra en México por la sospecha de fraude electoral y, al mismo tiempo, la generación de condiciones de competencia política; y por la otra, porque las reformas al Poder Judicial de 1987, implementadas en 1988, ubican a este último en una relación diferente con el poder político, convirtiendo a la Corte en un Tribunal Constitucional. Otra condición objetiva en México es el redimensionamiento del mismo Poder Judicial y el pluralismo político a partir de un cuestionamiento a fondo del principio de división de poderes: de un partido hegemónico —el Partido Revolucionario Institucional (PRI) que gobernó ininterrumpidamente en México desde 1929 hasta el 2000— se pasó a un gobierno dividido en las cámaras que ha favorecido un mayor equilibrio entre los poderes. Pese a estos cambios, hay que insistir en ello, la apertura política no se correspondió con las enormes carencias sociales. Tal como afirma J. WOLDENBERG:

Hubo una transición democrática que nos hizo pasar de un sistema de partido hegemónico a uno equilibrado; de elecciones sin competencia a procesos competidos; de un mundo de la representación monocolor a uno plural; de una Presidencia desbordada a una acotada; de un Congreso subordinado a uno vivo y plural. Fue un cambio político muy importante. Pero lo que al parecer no cambia, y eso desde HUMBOLDT, es que éste es un país absolutamente contrahecho, cruzado por una desigualdad que, a veces y como la propia CEPAL lo dice, impide pensar en construir un «nosotros» inclusivo, porque México es tantos Méxicos marcados por la desigualdad que el sentido de pertenencia a una comunidad nacional se hace complicado¹².

El impulso de los estudios de filosofía jurídica en México, en un contexto de mayor apertura democrática, se reflejó en cada una de las diversas escuelas jusfilosóficas. La influencia en el ámbito de la filosofía jurídica de corte analítico-normativo, en lo que se ha dado en llamar «rehabilitación de la razón práctica», se vio impulsada —gracias al apoyo decidido de E. GARZÓN VALDÉS y M. ATIENZA— con la creación y desarrollo, desde 1991, del Seminario «Eduardo García Máynez» sobre Teoría y filosofía del derecho y, al poco tiempo, en 1994, con la fundación de la revista *Isonomía*. Ambas iniciativas, así como sendas colecciones de libros, contribuyeron a crear un clima de investigación y docencia que ha tenido resultados positivos para la buena marcha de la disciplina. Desde una epistemología jurídica de corte analítico y argumentativo —en contribuciones como las de C. HUERTA, B. BOLAÑOS y R. LARA— y desde una teoría de la justicia y de los derechos humanos, en el contexto de un Estado constitucional, democrático y social de derecho, se inscriben los trabajos de R. VÁZQUEZ, A. RENTERÍA, J. CÁRDENAS, J. A. CRUZ PARCERO, M. CARBONELL y P. SALAZAR UGARTE. Con un enfoque constitucional pragmático, a partir una teoría del mercado, los trabajos de P. LARRAÑAGA, y con un interés especial en la filosofía jurídica latinoamericana y el constitucionalismo estadounidense, los aportes de I. FLORES.

El positivismo jurídico, con la guía de J. ESQUIVEL y una rigurosa formación analítica anglosajona, influye decisivamente en una generación cuya obra quedó sellada en los años ochenta, sin una proyección ulterior y que merece una revisión crítica: Á. RODRÍGUEZ TIRADO, J. GARCÍA REBOLLEDO y A. OÑATE, entre otros. La continuidad de esta corriente hasta nuestros días es apreciable en los trabajos de J. ORTIZ, M.^a I. PAZOS, J. VEGA y J. CERDIO.

¹² J. WOLDENBERG, Entrevista en *Milenio*, México, 19 de julio de 2010.

Desde el realismo y la teoría crítica del derecho, y en diálogo constante con la antropología y las ciencias sociales, deben destacarse los trabajos de A. AZUELA, A. BERUMEN, M. DÍAZ Y DÍAZ (1956-2001), S. LÓPEZ AYLLÓN, H. FIX FIERRO y K. ANSOLABEHÉRE. El análisis económico del derecho, si bien con poca penetración en los currícula de las facultades de derecho, se ha desarrollado a partir de la obra de A. ROEMER.

Finalmente, en la línea iusnaturalista tradicional escolástica, con aportaciones en el ámbito del derecho internacional, se ubican los trabajos de J. RUIZ DE SANTIAGO; en una versión renovada desde una hermenéutica analógica y pragmática, destacan las investigaciones de M. BEUCHOT y J. SALDAÑA, y, desde un enfoque historicista y los aportes de la filosofía de la liberación, los trabajos de J. DE LA TORRE RANGEL.

PERÚ

La filosofía del derecho en Perú, durante la primera mitad del siglo XX, da continuidad al pensamiento jusfilosófico tradicional de corte iusnaturalista, bien sea en su vertiente escolástica o racionalista. A su vez, comienza a desarrollarse las líneas generales del positivismo jurídico, tanto desde el punto de vista formal como sociológico. M. V. VILLARÁN (1873-1958), por ejemplo, en los albores del siglo XX, adoptó inicialmente un punto de vista iusnaturalista pero luego viró hacia el positivismo como se observa de su artículo «Objeto y división de la Jurisprudencia» (1907). Aquí sostiene que es preciso abandonar la filosofía del derecho tradicional y reemplazarla por una consideración sociológica del derecho. La propuesta de M. V. VILLARÁN debe haber hallado una gran acogida, pues en el libro de J. BAUTISTA DE LAVALLE (1887-1970), *La crisis contemporánea de la filosofía del derecho* (1911), enormemente influido por las ideas del jusfilósofo italiano I. VANNI, a quien LAVALLE tradujo, se operó una reacción inmediata en contra de aquella. LAVALLE describía la crisis contemporánea de la filosofía del derecho como la incertidumbre existente sobre el objeto de ésta, generada por la pretensión de la sociología del derecho de desplazar y reemplazar a la filosofía del derecho tradicional. El autor sostenía que la filosofía del derecho seguía siendo necesaria como una disciplina de síntesis que, siguiendo las ideas de VANNI, tiene un contenido triple: *a)* conocer el derecho; *b)* conocer cómo se genera y cuál es su historia, y *c)* indagar por el problema de la justicia.

El gran civilista peruano J. LEÓN BARANDIARÁN (1899-1987) comenzó su producción con el curso *Lecciones de filosofía del derecho* (1929). El autor rechazaba allí tres concepciones de la filosofía del derecho: la que lo concibe como ciencia del derecho, la que lo ve sólo genéticamente y la que lo encara sociológicamente. Para L. BARANDIARÁN la jusfilosofía estudia el derecho como lo que es (punto de vista gnoseológico) y como lo que debe ser (punto de vista deontológico). El derecho es norma reguladora de la actividad humana. Sus elementos constitutivos son cuatro: el sujeto, el objeto, la relación y la pretensión. Su causa final es la justicia cuya característica más ontológica y dinámica es la equidad. En trabajos posteriores, como en sus *Lecciones de filosofía del derecho*, el autor hizo una presentación del derecho como constando de tres dimensiones.

M. IBERICO RODRÍGUEZ (1892-1974) fue un eminente filósofo y miembro del Poder Judicial peruano. Para él el derecho es, como disciplina de la conducta social de

los hombres, esencialmente forma, es decir, un modo de existencia independiente en cierta medida de la materia, y que se imprime a ella haciéndola servir a ciertas intenciones o finalidades de la vida. El derecho es en tanto forma pensamiento jurídico que es objeto de una teoría específica, y que da lugar a un estudio lógico. Fue así como el autor escribió en 1944 unos *Principios de Lógica Jurídica*, en que IBERICO quiso estudiar las formas de ordenación del pensamiento jurídico. Según el autor la teoría del pensamiento jurídico no se correspondía con la Filosofía del derecho, que es mucho más amplia y que no sólo toma en cuenta el derecho como pensamiento sino también como objetivación social y en su fundamento metafísico.

El gran filósofo peruano del derecho es sin duda F. MIRÓ QUESADA CANTUARIAS. En el año 1953 redactó su tesis *Bases y lineamientos de la lógica jurídica*, que luego publicó en 1956 con el título de *Principios fundamentales de lógica jurídica*. Para él la lógica jurídica es una lógica específica que «debe determinar cuáles son las estructuras aplicables al campo de los conocimientos jurídicos». Pensaba que las normas jurídicas no son proposiciones descriptivas, por lo que en primera instancia no puede aplicárseles ninguna estructura deductiva. La dificultad puede ser sin embargo superada recurriendo al «principio del paralelismo normativo-proposicional», que establece que a toda norma corresponde una proposición (descriptiva) verdadera —aunque no a toda proposición descriptiva verdadera corresponda una norma—. Supuesto este principio, la derivación se cumple mediante un rodeo: se parte de la norma del caso, se determina la proposición jurídica descriptiva que le corresponde, se deriva deductivamente de ella otra proposición jurídica descriptiva y, finalmente, se regresa de ella a la norma que le corresponde. Años después, MIRÓ QUESADA abandonó su propuesta, habida cuenta del desarrollo de la lógica deóntica. En 1988 ha sostenido, en su ponencia «Lógica Jurídica Idiomática», que la norma posee una estructura mucho más compleja de la habitualmente aceptada: no es ni descriptiva, ni tampoco prescriptiva sino descriptivo-prescriptiva, por lo que habría que elaborar una nueva lógica híbrida para poder hacer justicia a las deducciones típicamente jurídicas.

Otro de los objetos del interés de MIRÓ QUESADA ha sido el derecho justo —a él se refiere el artículo de este título recogido en su libro *Ensayos de filosofía del derecho* (1986) y en su gran artículo posterior «Ensayo de una fundamentación racional de la ética». Nos referiremos a este último texto—. Según MIRÓ QUESADA, el principio de simetría unifica el mundo teórico y el práctico. En el caso del mundo práctico y más en concreto del derecho, para que una norma pueda ser considerada como fundamentada debe ser simétrica. Esto es, que si obliga a A frente a B, también debe obligar a B frente a A. No obstante ésta es sólo una condición suficiente de la fundamentación, a ella debe agregarse como condición necesaria que la norma no debe ser arbitraria.

Finalmente, un tercer gran campo de la filosofía del derecho al que MIRÓ QUESADA ha dedicado su interés es el de la interpretación jurídica; aquí ha escrito el libro *Ratio interpretando. Ensayo de Hermenéutica Jurídica*. Según el autor los tres tipos principales de interpretación son: la *deductiva*, que corresponde al problema de las contradicciones que surgen entre las normas; la *analógica y extensiva*, que se emplea para solucionar el problema representado por el hecho de que la experiencia siempre rebasa cualquier sistema conceptual, y la *epífasis*, que corresponde a las interpretaciones sintáctica, semántica y contextual que se aplica para resolver las dificultades

generadas por la empiricidad conceptual y la polisemia. Para MIRÓ QUESADA todos los numerosos tipos de interpretación propuestos por la tradición jurídica anterior se pueden reducir a estos tres tipos básicos.

Otras figuras representativas de la filosofía peruana del derecho son M. ALZAMORA VALDEZ (1909-1993) y C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. El primero es autor de los libros *Introducción a la ciencia del derecho*, *La filosofía del derecho en el Perú* y *Filosofía del derecho*. ALZAMORA distinguía entre el estudio científico del derecho, que responde a la pregunta kantiana *quid juris*: qué ha sido establecido como derecho por un cierto sistema jurídico, y el estudio filosófico del derecho, que se enfrenta a la pregunta *quid ius*: qué se entiende *in genere* por derecho. Según el autor el derecho no se sustenta en un sistema de normas, ni tampoco en un conjunto de valores, ni en la conducta humana sino en la dirección esencial de la persona humana hacia aquellas metas que le corresponden en orden a la realización de su fin racional. En cuanto a la justicia es el bien común. Por su parte, FERNÁNDEZ SESSAREGO, reconocido civilista peruano, formuló tempranamente un planteamiento tridimensional en su tesis *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, según la cual el derecho es conducta humana sujeta a normas y que realizan valores. En un trabajo posterior, *Derecho y persona*, criticaba desde esta perspectiva el formalismo kelseniano o la visión realista y la marxista del derecho como concepciones unidimensionales del mismo.

En el panorama de la Filosofía del derecho que actualmente se practica en el Perú destacan los trabajos de F. DE TRAZEGNIES, D. SOBREVILLA, D. GARCÍA BELAUNDE y L. M. SÁNCHEZ. TRAZEGNIES ha publicado los libros *Posmodernidad y derecho* y *Pensando insolentemente. Tres perspectivas académicas sobre el derecho, seguidas de otras insolencias jurídicas*. En el primer libro, TRAZEGNIES aboga por un posmodernismo que libere a la posmodernidad de sus estrecheces: que reconozca el orden dentro de la diversidad cultural y a ésta dentro del orden, y en el segundo concibe el derecho como una lucha de valores, propuestas e intereses que sólo puede desarrollarse productivamente si se establecen reglas que eviten que esta pugna se convierta en un suicidio colectivo. SOBREVILLA está próximo a la posición de un positivismo incluyente y ha realizado una destacada labor en el análisis histórico-crítico de las ideas jurídicas contemporáneas, como puede apreciarse en su libro *La filosofía alemana del derecho actual de orientación racionalista* con estudios sobre ALEXY, HABERMAS y HÖFFE. GARCÍA BELAUNDE ha escrito el libro *Conocimiento y derecho. Apuntes para una filosofía del derecho*, en el que defiende una visión tridimensional del derecho cercana a la de M. REALE. L. M. SÁNCHEZ, en su libro *Después del positivismo*, parte de una crítica radical de las insuficiencias del positivismo jurídico desde las propuestas teóricas de ALEXY, ATIENZA y GARZÓN VALDÉS, entre otros autores, para proponer lo que ha denominado una «re-sustantivación del derecho». Finalmente, hay que destacar el trabajo académico y profesional de A. BULLARD para la introducción en el Perú del Análisis económico del derecho.

URUGUAY

Hasta fines del siglo XIX, la cátedra en Filosofía del derecho pasó por dos grandes orientaciones: el iusnaturalismo laico, espiritualista, y el positivismo evolucionista, en

su vertiente spenceriana. Durante este periodo, la cátedra asumió un papel fuertemente polémico y se atribuyó un papel rector en la formación de una conciencia nacional. A partir de la consolidación del estado democrático, a comienzos de siglo XX, la Filosofía del derecho se repliega a una labor orientada a servir de apoyo a la formación profesional de abogados y escribanos, adoptando posiciones eclécticas, de compromiso, sincretismo.

Después de una etapa de normalización de la filosofía en general, y jurídica en particular, con las figuras de C. VAZ FERREIRA (1872-1958) y A. M. GROMPONE (1893-1965), pensador ecléctico, que combinaba influencias positivistas, jusnaturalistas, marxistas y solidaristas, suceden a este último en la cátedra de Filosofía del derecho y Teoría general del derecho los profesores J. L. MORENO (1925-1981) y E. AGUINSKY (1925-1999). En sus cursos de Teoría general del derecho Moreno se guiaba básicamente por la teoría pura de KELSEN, en la versión típicamente latinoamericana, esto es, a través de la interpretación de GARCÍA MÁYNEZ y RECASÉNS SICHES, que eran los autores más leídos entonces. Asimismo, MORENO ensaya lo que él pretendía una fundamentación existencialista del derecho, que no deja de ser un nuevo intento de «compromiso» entre la perspectiva formal y la perspectiva realista. Los intereses de AGUINSKY aparecían más cercanos a la fenomenología, sin embargo, su docencia se enmarcaba dentro del tradicional sincretismo de la filosofía jurídica, aunque introduciendo algunos autores más modernos, como BOBBIO, REALE y FERNÁNDEZ GALIANO. Gracias a este espíritu inocuo la cátedra de Filosofía del derecho no fue afectada bajo el periodo de la dictadura (1973-1985), a pesar que sus integrantes eran demócratas, sin compromisos con el pensamiento totalitario del periodo.

Debe señalarse, sin embargo, que el filósofo del derecho más importante de Uruguay y el único con proyección internacional fue J. LLAMBIÁS DE AZEVEDO (1907-1972). Sus principales obras fueron editadas en Buenos Aires, con traducciones al inglés, al alemán y al italiano. Fue el primero que acometió investigaciones serias y originales en la materia. Su pensamiento se movía en la línea de la fenomenología, con influencias de HUSSERL, HARTMANN y SCHELER, sin ocultar su inspiración católica.

Le tocará a H. MALHERBE (1927-1999), un discípulo de J. LLAMBIÁS DE AZEVEDO, iniciar una profunda renovación en la cátedra de Filosofía del derecho, a la que accede en 1993. Su objetivo principal será una crítica de la dogmática jurídica, todavía dominante en los estudios de derecho. Para ello apela a la hermenéutica contemporánea, la dialéctica y la semiótica. De esta manera, por primera vez se escucharán exposiciones sobre ARISTÓTELES, KANT, HEIDEGGER, GADAMER, VIEHWEG, PERELMAN, FOUCAULT, Ch. MORRIS, etc. Esta insólita conjunción de pensadores eran explicados con un rigor inusual para el medio uruguayo y en directa conexión con los problemas del derecho. El magisterio de MALHERBE marcó fuertemente a la generación siguiente de docentes integrada, entre otros, por A. CASTRO, L. MELIANTE, A. ABAD y Ó. SARLO. En la última etapa de su actividad docente se habían incorporado M. VIGNA, G. BARDAZANO, G. CALVIÑO y M. COLLAZO.

El año 2001, luego del fallecimiento de MALHERBE, accede a la cátedra por concurso Ó. SARLO. Formado en la tradición kelseniana, SARLO incorpora a sus intereses la hermenéutica gadameriana, la analítica del lenguaje y otros aportes de la teoría contemporánea del positivismo crítico. Sus intereses principales se orientan a la epistemo-

logía de ciencia jurídica, la metodología de derecho, la teoría de la argumentación y la técnica legislativa.

En el periodo considerado —segunda mitad de siglo XX en adelante— registramos algunos aportes significativos de pensadores no enmarcados en las cátedras de filosofía de derecho. Quizás el principal impulsor de los estudios iusfilosóficos extra-cátedra haya sido el procesalista E. J. COUTURE, quien introdujo en el país los primeros ensayos en materia de lenguaje jurídico y de lógica jurídica. Otros procesalistas siguieron también su ejemplo, como A. GELSI BIDART, inspirado en M. SCHELER y ORTEGA Y GASSET; L. A. VIERA RUIZ, con influencias de KELSEN, ROSS y el marxismo; D. BARRIOS DE ANGELIS, con una sólida formación en la filosofía alemana. Un aporte insólito para nuestro medio lo constituye la tesis de doctorado del sacerdote J. G. BUZZO SARLO, sobre conocimiento del derecho canónico, influido por J. HERVADA.

También cabe registrar algunos aportes de uruguayos radicados en el exterior, en su mayoría exiliados políticos. En la década de los cuarenta cobró cierta notoriedad L. CARNELLI (1887-1960), ya que después de su exilio político (1933) que integró la escuela egológica liderada por C. COSSIO en Argentina. Otros profesores uruguayos con actuación destacada en ámbitos académicos del exterior son E. PIACENZA OTAEGUI, E. P. HABA, J. SASSO, C. PEREDA, D. SCHWARTZ.

VENEZUELA

La Filosofía del derecho en Venezuela, hoy fuertemente enlazada con la Filosofía política y la economía, muestra una evolución general que ha sido estimulada por la actividad desarrollada principalmente en diversos centros académicos, entre los que se cuentan la Universidad Central de Venezuela, la Universidad de Zulia, la Universidad de Carabobo y la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas. Tal actividad ha ejercido a lo largo de los años una clara influencia que permite caracterizar un interesante proceso de maduración conceptual y metodológica.

La obra de R. PIZANI (1909-1997), *La filosofía del derecho en Venezuela. Exploración crítica para una vocación*, publicada en 1934, evidencia en su título y su contenido tanto el interés por esta materia, como la concepción de ensayo cultural que caracteriza el enfoque en esta época. Este trabajo fue muy influyente entre los intelectuales de su tiempo, época en la que Venezuela abandona la dictadura de J. V. GÓMEZ que había cubierto todo el siglo XX hasta ese momento, y miraba con entusiasmo la posibilidad de avanzar en temas que hasta entonces se habían mantenido en la oscuridad, y de explorar una bibliografía novedosa. Años más tarde, PIZANI trazaría también otra importante huella, esta vez con un nuevo rumbo, al publicar su trabajo *Reparos a la teoría egológica del derecho*, de 1954, que busca documentar su polémica con el filósofo del derecho argentino C. COSSIO. Esta influencia prevalecerá por un buen tiempo en la actividad de los filósofos del derecho venezolanos, marcando una clara orientación positivista.

Paralelamente la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas acogió el trabajo académico de L. M. OLASO (SJ), que con el tiempo colocaría en el centro del debate filosófico la discusión sobre los derechos humanos, llegando a integrar un grupo numeroso de investigadores con fuerte inclinación por la crítica social.

Otra influencia que conviene destacar es la que comienza a gestarse en el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad Central de Venezuela con el trabajo de M. GARCÍA PELAYO (1909-1991), y ulteriormente de J. C. REY, quienes incorporaron categorías políticas en su razonamiento, enriqueciendo de esa manera la lectura filosófica con conceptos de análisis del poder, de la legitimidad y de la eficacia de las normas. Una línea análoga será también asumida por la Universidad de Zulia en su Instituto de Filosofía del derecho bajo la dirección de J. M. DELGADO OCANDO. A lo largo de cinco décadas DELGADO OCANDO ha dirigido su actividad de investigación hacia el intento de construir el entramado institucional en el que consiste el derecho, asumiendo una perspectiva tópica de la Filosofía del derecho. Algunos puntos problemáticos que ha discutido son el de la relatividad axiológica (no hay valores absolutos); el carácter político del valor justicia; el alcance negativo y formal de la democracia y la sigmática, como estudio de las relaciones del signo jurídico con sus referencias sociales. Estos estudios le han llevado a proponer la revisión de los conceptos fundamentales de la producción jurídica judicial y de la teoría de la argumentación de los jueces.

Por su parte, la importante influencia ejercida por la Universidad de Carabobo sobre la evolución de la Filosofía del derecho se hace efectiva en la labor de R. CARRIÓN quien desde el Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CELIJS) no sólo estimuló el uso de herramientas analíticas, sino que realizó una inestimable labor de gerencia académica y editorial, poniendo en contacto a los filósofos locales con la obra y las personas de los más destacados de la Filosofía del derecho latinoamericana. En el campo de la informática y la semiótica del discurso jurídico, CARRIÓN ha orientado su investigación a la descripción de la semiosis de los signos discursivos legislativo (DL) y judicial (DJ). De una manera no dogmática ha incorporado a esta perspectiva los postulados de las semióticas lógica y analítica del lenguaje jurídico, poniendo énfasis en el análisis de la producción del sentido de los DL y DJ en el seno de la vida social, resaltando así la preeminencia de la pragmática en la construcción del sentido de uno y otro discurso.

En las Universidades de Zulia y Rafael Urdaneta de Maracaibo se han desarrollado los trabajos de J. ESPARZA. En su línea de investigación ha buscado trazar un camino metodológico (meta teoría) a partir del análisis formal del enunciado normativo y sus posibilidades deductivas. Se centró originalmente en una lógica del «hacer» basada en una modalidad deóntica, a partir de la cual se definen por derivación la permisón, la prohibición y la indiferencia, asumiendo la tradición modal leibniziana, desarrollada por G. VON WRIGHT. En su trabajo académico trató de marcar claros linderos con la hermenéutica jurídica, aunque últimamente ha intentado trazar las bases de un sistema de deducción difusa como modelo del razonamiento práctico en el derecho. En otra línea de trabajo ha producido reflexiones filosófico-políticas y existenciales sobre el Estado, la sociedad, la libertad y la cultura.

La prolongada y rigurosa actividad académica de R. PÉREZ PERDOMO en varias instituciones nacionales e internacionales es digna de atención. En la Universidad Central y en la Universidad Metropolitana se concentró sobre todo en desarrollos de la teoría de la argumentación, el análisis del papel de los valores en la educación jurídica y la profesión de abogado y en el estudio del funcionamiento del sistema de administración de justicia. En el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA) su

eje temático ha girado alrededor de los valores compartidos en la sociedad venezolana y análisis de la corrupción. En su calidad de director académico del Programa Internacional de la Escuela de Derecho de Stanford ha trabajado sobre cultura jurídica de América Latina y derecho comparado. Fue también director científico del Instituto Internacional de Sociología Jurídica en Oñati. En todos los casos ha incorporado a la Filosofía del derecho un enfoque de corte sociológico y de historia social.

Por último, hay que señalar nuevamente en la Universidad Central de Venezuela, esta vez a través del Programa Posdoctoral de Estudios Normativos, bajo la dirección de J. BARRAGÁN. Del mismo modo que el objeto de la Filosofía del derecho se vio en su momento enriquecido por conceptos derivados de la Ciencia Política, la actividad de este Programa Posdoctoral ha incorporado categorías de análisis provenientes de la Teoría de la Decisión Racional, de la Teoría de los Juegos y de la Economía, con la finalidad de lograr un mejor acercamiento a la complejidad que caracteriza este campo de conocimiento. En el Programa Posdoctoral se ha realizado una importante labor de formación —entre los investigadores relacionados con el Programa cabe mencionar a E. C. JIMÉNEZ SANDOVAL y M. Á. LATOUCHE— y de gerencia académica y editorial que ha permitido el sostenido contacto con investigadores como J. HARSANYI y J. GRIFFIN, lo que ha servido como punto de referencia en los debates y asimismo han contribuido a ensanchar los horizontes de las relaciones institucionales. En concreto, el interés fundamental de BARRAGÁN se ha centrado en temas de decisiones públicas, tanto en el terreno del derecho y la economía como en el de las políticas públicas. En ese campo ha analizado los temas de riesgo e incertidumbre utilizando herramientas de la Teoría de la Legislación, de la Economía Institucional, de la Teoría de la Decisión Racional, y en especial de la Teoría de los Juegos. Desde estas perspectivas ha profundizado problemas inherentes a la Ética social y al diseño y desempeño de las instituciones.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, F.; BARRAGÁN, J., y LARA, N. (coords.), 2007: *Economía, sociedad y teoría de juegos*, España: McGraw Hill.
- AGUINSKY, E., 1971: *Fenomenología y ontología jurídica* (con prólogo de J. C. SMITH), Buenos Aires: Pannedille.
- ALZAMORA VALDÉS, M., 1976: *Filosofía del derecho*, Lima.
- ARANGO, R., 2005: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá: Legis Universidad Nacional.
- ATRIA, F., 2001: *On Law and Legal Reasoning*, Oxford: Hart Publishing.
- BARRAGÁN, J., 2009: *Estrategias y derecho*, México: Miguel Ángel Porrúa-ITAM.
- BERNAL PULIDO, C., 2009: *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá: Universidad Externado.
- CORREAS, Ó., 1998: *Sociología del derecho y crítica jurídica*, México: Fontamara.
- CORTÉS RODAS, F., 2007: *Justicia y exclusión*, Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de Antioquia.
- CRISTI, R., y RUIZ TAGLE, P., 2008: *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo en Chile*, Santiago de Chile: LOM Editores.
- CRUZ PARCERO, J. A., 2007: *El lenguaje de los derechos*, Madrid: Trotta.

- DELGADO OCANDO, J. M., 1974: *Problemas fundamentales de metodología de la ciencia del derecho*, Maracaibo, Venezuela: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho.
- 2004: *Problemas de filosofía del derecho y del Estado*, Valencia-Caracas, Venezuela: Vadell Hnos. Editores.
- ESQUIVEL, J., 1996: *Racionalidad jurídica, moral y política* (edición a cargo de A. PÉREZ CARRILLO), México: Fontamara.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., 2006: *El derecho como libertad* (título original: *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*), Lima: Ara.
- GARCÍA HUIDOBRO, J., 1993: *Razón práctica y derecho natural*, Valparaíso: EDEVAL.
- GARCÍA MÁYNEZ, E., 1968: *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, México: UNAM.
- 1974: *Filosofía del derecho*, México: Porrúa.
- GARCÍA VILLEGAS, M.; UPRIMNY, R., y RODRÍGUEZ, C., 2006: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá: Norma.
- GROMPONE, J. M., 1932: *Filosofía de las revoluciones sociales*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Montevideo.
- HABA, E. P., 2006: *Metodología jurídica irreverente*, Dickinson, S. L.
- IBERICO, M., 1944: *Principios de lógica jurídica*, Lima: San Marcos.
- LÓPEZ MEDINA, D., 2004: *Teoría impura del derecho*, Bogotá: Legis, Universidad Nacional.
- LLAMBÍAS DE AZEVEDO, J., 1940: *Eidética y aporética del derecho. Prolegómenos a la filosofía del derecho*, Buenos Aires: Espasa-Calpe; 2.ª ed. aumentada, 1958.
- MALHERBE, H., *Introducción a la ciencia jurídica*, tomos I y II, Montevideo: FCU, 1984 y 1987, respectivamente.
- MEJÍA QUINTANA, O., 2005: *Teoría política, democracia radial y filosofía del derecho*, Bogotá: Temis.
- MILLAS, J., 1960: *Filosofía del derecho*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria de Santiago.
- MIRÓ QUESADA, F., 2008: *Problemas fundamentales de lógica jurídica*, Obras esenciales, t. VIII, Lima: Ricardo Palma.
- 2010: *Ensayos sobre filosofía del derecho*, obras esenciales, t. VII, Lima: Ricardo Palma.
- NIETO ARTETA, L. E., 1942: *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*, Santa Fe: Imprenta de la Universidad Nacional.
- NOVOA MONREAL, E., 1993: *Obras escogidas: una crítica al derecho tradicional*, Santiago de Chile: Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos.
- PEÑA, C., 2008: *Rawls: El problema de la realidad y la justificación en la filosofía política*, México: Fontamara.
- PÉREZ CARRILLO, A., 2003: *La derrotabilidad del derecho*, México: Fontamara.
- PÉREZ PERDOMO, R., 1990: *Las instituciones de la seguridad: cuáles son los problemas*, Caracas: Ediciones IESA.
- PIZANI, R., 1954: *Reparos a la teoría egológica del derecho*, Caracas: Eime.
- RECASÉNS SICHES, L., 1971: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*, México: Fondo de Cultura Económica-UNAM.
- RUIZ TAGLE, P., 2002: *Derecho, justicia y libertad*, México: Fontamara.
- SALAS, M., 2007: «Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica», en *Isonomía*, núm. 27, México: ITAM-Fontamara.
- SARLO, O. (con G. CAETANO et al.), 2010: *Técnica legislativa. Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*, Montevideo: Parlamento del Uruguay/PNUD.
- SCHMILL, U., 2003: *Teoría del derecho y del Estado*, México: Porrúa.

- SOBREVILLA, D., 2008: *La filosofía alemana del derecho actual de orientación racionalista*, México: Fontamara.
- SQUELLA, A., 1995: *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, México: Fontamara.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R., 1992: *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis.
- VÁZQUEZ, R., 2006: *Entre la libertad y la igualdad*, Madrid: Trotta.
- VILLAR BORDA, L., 1991: *Kelsen en Colombia*, Bogotá: Temis.

ENTREVISTA A JOHN M. FINNIS

Juan B. Etcheverry *

Juan B. Etcheverry: *Resulta particularmente iluminador para comprender su obra conocer algunos datos de su biografía intelectual. ¿Cómo y desde cuándo comienza su interés por la Filosofía del derecho y, en particular, qué lo llevó a pensar que la teoría clásica del derecho natural tenía algo más que oscuridad y superstición (una opinión que probablemente compartían muchos en su ámbito académico)?*

John M. Finnis: En realidad, luego de dejar la escuela secundaria quería estudiar Historia. Pero mis padres me dijeron: «No, estudia algo difícil primero y luego puedes estudiar Historia». Y entonces no volví a la Historia hasta los sesenta años. Cuando tenía alrededor de doce años, leí un libro que estaba en casa de mis padres: una autobiografía del filósofo de Oxford R. G. Collingwood. Collingwood era uno de los principales profesores de Metafísica y de materias centrales en Filosofía en la Universidad de Oxford entre los años veinte y treinta. Tenía, por un lado, un profundo interés teórico en la Filosofía de la Historia y, por el otro, un interés práctico en la arqueología. Su Filosofía de la Historia estaba estrechamente vinculada a la escuela italiana (Croce y otros que a su vez derivaron de Vico) que recomienda al historiador siempre esforzarse por repensar el pensamiento de las eras del pasado. Entonces Collingwood, tanto en su autobiografía como en su obra póstuma, adhiere a la teoría que sostiene que la cultura se entiende desde su interior, haciendo referencia a los pensamientos de las personas actuantes. Al unir esto con la práctica de la arqueología, Collingwood descubrió personalmente varios fuertes militares romanos en el norte de Inglaterra, cerca del límite con Escocia. Estos fuertes no habían dejado ningún tipo de rastro en el suelo, pero al pensar qué haría un general romano frente al peligro de los escoceses, encontró tales fuertes. Todo esto era muy emocionante para un niño, sobre todo porque compara el trabajo del historiador con las pistas históricas con el que llevan a cabo los detectives de las grandes novelas inglesas (Dorothy Sayers, Agatha Christie, Chesterton), que consistía fundamentalmente en adentrarse en la mente del criminal. Aquí podemos encontrar parte de mi interés puramente filosófico. Además, el padre de mi madre era catedrático de Filosofía en Adelaida y mi padre también era profesor de Filosofía.

Por otra parte, en el tercer año de la carrera de derecho estudié *Jurisprudence* o Teoría del derecho. En ese curso leímos a Austin, Kelsen, Julius Stone (el ecléctico positivista-realista autor australiano) y quizás en la periferia de esos estudios hubo

* Se agradece la colaboración en la desgravación de la entrevista y traducción de M. DANDOIS. Esta entrevista es uno de los resultados de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Técnica e Innovación Productiva de Argentina y la Universidad Austral (Argentina). El entrevistador es investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET) y profesor de filosofía del derecho de la Universidad Austral.

alguna referencia a la Teoría del derecho natural. Cuando fui a buscar sobre estos temas en la biblioteca, encontré algunos libros sobre ética y fundamentos de la ética escritos por sacerdotes estadounidenses y pensé que no eran buenos. Sin embargo, al mismo tiempo comencé a interesarme por refutar mi propio escepticismo humeano y russelliano. Entonces progresé en lo que se podrían llamar mis fundamentos filosóficos de tipo no-práctico (*v. gr.*, sobre la existencia de Dios) antes de hacer cualquier tipo de avance en relación al conocimiento práctico. Así, me interesé en el libro *Insight*, del jesuita canadiense Bernard Lonergan, que consiste en un estudio del entendimiento humano, que a su vez es una crítica radical a las respuestas empiristas y reductivistas sobre la ciencia, la metafísica y la epistemología.

Continué leyendo a Lonergan durante bastante tiempo, incluso en mis primeros dos años en Oxford. Su obra dedicaba un capítulo a los principios prácticos ineficaces; pero este capítulo es (según mi opinión) el peor o el menos exitoso de todo el libro. Lo leí varias veces, pero carece de contenido. Lonergan no comprendía los principios del razonamiento práctico. Esto fue confirmado cuando diez o quince años después escribió su famoso libro llamado *Method in Theology*, en el que expone una teoría de valores que no aplicaba su propia teoría propuesta en *Insight* al ámbito práctico. Al final, termina ofreciendo una teoría cuasi empirista de intereses, emociones y sentimientos. Así, estaba bastante insatisfecho con la pregunta sobre los fundamentos de la ética cuando finalicé mi doctorado en Oxford y partí a California a enseñar. Había escrito sobre cuestiones de ética aplicada (*v. gr.*, la teoría de la disuasión nuclear), donde aplicaba de modo sistemático la enseñanza católica de no matar a inocentes, pero sin adentrarme en el nivel de sus fundamentos. Ya antes de dejar Adelaida y partir hacia Oxford había decidido que la cristiandad era verdadera. Sin embargo, no descubrí nada útil sobre dichos fundamentos hasta que me topé accidentalmente en una librería en Berkeley con el primer libro de Germain Grisez. En su obra, Grisez realiza una crítica radical a las teorías neo-escolásticas que buscan explicar la normatividad a través de la voluntad. Pero también realiza una explicación del tratamiento del derecho natural y los primeros principios de la razón práctica en la cuestión 94, *Prima-Secundae*, en Tomás de Aquino. Su teoría, como la mía, es desarrollada sustancialmente a partir de ese libro.

Ésta fue mi entrada a la teoría clásica del derecho natural. Una vez dentro, empecé a leer a Tomás de Aquino sobre otras cuestiones relacionadas y a enseñar esto a mis estudiantes en Adelaida (cuando fui allí antes de volver a Oxford desde Berkeley). Así, empecé a captar la noción de razón como fundamento de la normatividad (lo que claramente significa entender el bien como la causa final de la normatividad) y del contenido de las normas, y también pude entender la distinción entre el primer principio y los principios morales específicos.

J. B. E.: *H. L. A. Hart fue quien le confió la elaboración de Natural Law and Natural Rights y también quien le sugirió dicho título. ¿Por qué cree que Hart le asignó esta tarea especialmente a usted?*

J. M. F.: Esa es una pregunta muy amable. Hart sabía muy bien que yo estaba interesado en los fundamentos del derecho y la moral. Yo le había dado un manuscrito completamente independiente de mi tesis y de su trabajo como supervisor en el que trataba los principios prácticos o algún otro aspecto relacionado en Lonergan. Ha-

biéndolo leído, Hart sabía que yo estaba interesado en los fundamentos últimos del pensamiento moral. A pesar de que Hart era bastante escéptico y ateo y estaba profundamente en contra de la religión, era la mejor expresión de un caballero liberal.

Por otra parte, Hart tenía muchos conocidos en el ámbito académico. Entre ellos, Michel Villey. Juntos habían participado de algunos debates y Hart tenía los primeros tratados de Villey sobre el concepto de derecho subjetivo (él podía leer en francés, de hecho, cada diez años leía por placer y en francés la obra entera de Proust). Por ello, Hart conocía la tesis de Villey que sostenía que el derecho romano no tenía un concepto de derechos subjetivos y que Aquino tampoco tenía una teoría de los derechos subjetivos, sino que fue Ockham quien inventó este concepto. Hart sabía todo esto y le interesaba, aunque no asumía ni negaba dicha teoría. Creo que esa es la razón por la que me no sólo me sugirió, sino que incluso me dictó el título *Natural Law and Natural Rights*. Agregó «*and Natural Rights*» («y derechos naturales») porque pensaba que esta tesis histórica por la que existe algún tipo de cesura, hito o cambio radical en el pensamiento occidental era muy interesante y quería que esto fuera investigado. Hart quería un trabajo que solamente considerara qué se puede decir acerca de toda esta tradición. Hart había enseñado Platón (como profesor asociado de Filosofía) antes de que le fuera asignada la cátedra de Filosofía del derecho y lo había estudiado (probablemente junto con Aristóteles) de joven como estudiante en sus clases en Oxford.

La *Clarendon Law Series* tiene una serie de volúmenes que tratan sobre introducciones a diversas ramas del derecho: Introducción al derecho romano, Introducción al derecho penal, Introducción al derecho de daños. La obra de Hart *The Concept of Law* había sido pensada para servir como una Introducción a la Teoría del derecho. Pero Hart no creía que fuese muy valioso para los estudiantes darles una serie de descripciones de varios autores y sus opiniones. En cambio, lo que considera valioso es seguir un argumento de principio a fin y ver cómo esa argumentación se desenvuelve. Hart también quería algo así sobre la Teoría de la Ley Natural. Dicho de otro modo, no quería una mera historia sobre la Teoría de la Ley Natural.

En relación a por qué me pidió este encargo a mí, quizás fue porque no conocía a nadie más que fuera lo suficientemente tonto como para querer apoyar ese pensamiento.

J. B. E.: *Estoy seguro de que usted no era la única opción que Hart tenía. Es decir, le confió este trabajo por motivos que van más allá de haber sido el único interesado por el estudio de la Teoría del derecho natural.*

J. M. F.: Hart claramente me ha apoyado en mi carrera. Nadie en mi *College* ni en la Universidad me conocía. Cuando, inmediatamente luego de terminar la tesis y sabiendo que sólo una carta de recomendación podía ser escrita, me fue asignada la posición en la que estoy trabajando hace ya cuarenta y cinco años, supe que dicha carta era de Hart. Seguramente me haya recomendado a ésta universidad y también a Berkeley.

J. B. E.: *¿Cuáles son sus proyectos intelectuales para el año que viene?*

J. M. F.: Bueno, no lo sé. Lo que sí sé es que en los próximos seis meses (o menos) tengo que escribir una respuesta para alrededor de treinta artículos que mis amigos, conocidos y críticos están escribiendo con comentarios sobre mi obra y que serán compilados por Robert P. George y John Keown. En concreto, en los próximos días

probablemente encontraré un correo electrónico con más de veinte trabajos adjuntos para responder.

J. B. E.: *¿Cuáles son entonces sus intereses intelectuales para los próximos años?*

J. M. F.: No estoy seguro exactamente de lo que quiero hacer. Tengo un proyecto en el que he estado trabajando por diez años con un académico amigo de Louisiana, Patrick Martin, sobre historia isabelina y sobre el entorno de Shakespeare. Este proyecto tiene dos partes. Una de ellas es una simple biografía de un contemporáneo de Shakespeare, prácticamente desconocido, que era profesor de Filosofía en Oxford aproximadamente entre 1585 y 1593 y que luego pasó a ser secretario de un miembro de la corte de la reina. Desde ese momento trabajó como doble agente espionando a los católicos exiliados en Bélgica, pero al mismo tiempo era pagado por estos exiliados para espionar a la reina, y esto era sabido por ambos bandos. Fue un hombre muy interesante, cuya vida ha sido completamente ignorada y hasta donde he notado incomprendida por todos los historiadores. Trabajar para adquirir un conocimiento profundo de este círculo de personas, que eran protocatólicas o católicas *in animo* dentro de un régimen anticatólico, nos ha llevado a la demostración del hecho de que Shakespeare estaba profundamente involucrado en esta intersección entre estos dos círculos. Ésta es la segunda parte del proyecto y es extremadamente interesante. He publicado algunos fragmentos sobre ello y he dado lecciones en Princeton sobre la resistencia patriótica de Shakespeare en varias de sus obras, especialmente en *King Lear*. Me gustaría trabajar en eso.

J. B. E.: *¿Cómo ve el desarrollo de la Filosofía del derecho en nuestros días? Específicamente, ¿cómo ve el desarrollo de la Filosofía del derecho dado que el positivismo jurídico no parece en este momento ser más la teoría dominante y dado que esta teoría está particularmente dividida (positivismo incluyente, excluyente, presuntivo, etc.)?*

J. M. F.: El positivismo jurídico sigue siendo la auto-interpretación dominante (en el mundo anglosajón, aunque no sólo en él) de aquellas personas que están interesadas en la normatividad y no simplemente en la sociología del derecho. Sin embargo, lo que le da algo de fundamento a la sugerencia de que el positivismo jurídico podría no ser más la escuela o la opinión dominante es que aunque gran parte de los autores quieren describirse como positivistas, la mayoría de ellos también afirma que aquel positivismo, a pesar de ser verdadero, es solamente un pequeño fragmento de la Filosofía del derecho. Así, la Teoría o la Filosofía del derecho incluye, además de un área en la que se creería que el positivismo es la visión verdadera, otras preguntas que son abiertamente normativas y que no tienen sentido excepto cuando se asume que hay verdades morales que son fundamentalmente independientes de las creencias particulares sobre la moralidad. Ésta es una situación extraña que pudo llevar a Kelsen simplemente a rechazar dicha línea de pensamiento por considerarla confusa.

Sin embargo, esto no es tan diferente de las teorías sostenidas por John Austin y Bentham. Ambas sostenían que la Teoría del derecho consta de dos partes: una parte es la Teoría del derecho positivo y la otra es lo que el positivismo llama la Ciencia de la Legislación. La Ciencia de la Legislación es una teoría sobre las buenas reglas (de carácter utilitarista).

Bentham (autor al que he estudiado en forma bastante seria bajo la sugerencia de Hart y mientras estaba trabajando para mi tesis) sostiene una metafísica radicalmente

empirista según la cual la única realidad es la que puede percibirse a través de los sentidos y para la que los términos jurídicos (*v. gr.*, «derechos subjetivos») son sólo ficciones, porque no se corresponden con ninguna realidad palpable. Así, su Teoría del derecho es, en este aspecto, simplemente una descripción reduccionista para la que sólo existen términos, como «mandato», que sí se corresponderían con algo sensorial. Los signos audíbles y visibles de una voluntad que conforman el contenido proposicional de un mandato sí impactan en el oído y afectan las emociones, teniéndose la experiencia de sentirse amenazado o de buscar algún tipo de ventaja o recompensa. De este modo, se admite el concepto de mandato y, a partir de allí, se define al derecho como el contenido de un mandato y como el signo de una voluntad activa o como el conjunto de signos de una voluntad activa. Los signos son visibles y la voluntad activa es perceptible. A partir de esto, se advierte que el mandato puede ser positivo («haz esto») o negativo («no hagas esto») y se alcanza un concepto de deber que corresponde a: «Si no haces esto, sufrirás». Así, el deber sería reducido a una simple motivación para evitar algo desagradable o para obtener una recompensa (porque Bentham incluye a la recompensa como una especie de cuasi-sanción) y todos los demás términos jurídicos son ficciones.

Ésta es una parte de su trabajo, pero luego uno se encuentra con el proyecto utilitarista de mejorar el mundo, y Bentham pasa gran parte de su tiempo escribiendo códigos de derecho ideales. El marco intelectual o conceptual en la formulación del contenido del código sería dado por este estudio casi empírico de qué es lo que se requiere para que el derecho sea o para que exista. Sin embargo, el contenido del código es dado por la máxima utilitarista y sus ambigüedades (entre un moralismo extremo según el cual todos deben actuar sin considerar sus propios intereses con el fin de maximizar los intereses de los demás, y la proposición que deriva de su empirismo por la que todos están inevitablemente determinados por sus propios intereses al momento de actuar). Bentham sabe que estos dos principios son recíprocamente opuestos y, por tanto, una parte principal de su Teoría de la Legislación consiste en elaborar mecanismos constitucionales que crearían resultados deseables, por una especie de efecto secundario, asumiendo que todos están actuando exclusivamente a favor de su propio interés. De este modo, si las acciones realizadas por propio interés fueran de alguna manera canalizadas a través de un mecanismo constitucional, se podrían obtener resultados deseables desde el punto de vista de la moral utilitarista.

Austin toma la mayoría de los resultados de ese proyecto (sin el empirismo radical) y simplemente los formaliza, obteniendo la Ciencia de la Legislación y la Teoría del derecho positivo. Hacia fines del siglo XIX, los profesores y teóricos del derecho austrianos no tenían interés en el proyecto utilitarista y solo daban importancia al marco analítico que surge de la teoría del derecho como mandato. Sin embargo, la motivación empirista profunda por explicar el derecho como un mandato se ha perdido. Que el derecho es claramente mandato, pasa a ser tomado como un dogma, mientras que en Bentham existía una motivación filosófica profunda.

A pesar de que la corriente empirista haya sido abandonada efectivamente o al menos suficientemente por todo el mundo, no fue remplazada por ninguna alternativa epistemológica o metafísica coherente. Así, tiene en la actualidad un status cuasi doctrinal o dogmático la idea que sostiene (como afirma Raz) que el derecho es ex-

clusivamente un conjunto de proposiciones que pueden ser identificadas por fuentes sociales.

Ahora bien, sí es debatida la tesis normativa y simple (y primitiva) [asumida por algunos autores denominados positivistas excluyentes] que sostiene que el sentido de tener derecho es superar la interminable disputa sobre lo correcto y lo incorrecto, sobre el bien y el mal, porque la gente no puede ponerse de acuerdo sobre qué es moralmente bueno y qué es moralmente malo. La mayoría de los que defienden esto no adhieren oficialmente al escepticismo y, por tanto, no dicen que no existe una verdad moral. Estas personas simplemente sostienen que no podemos llegar a un acuerdo y que, por tanto, necesitamos del derecho para superar estas discrepancias. No obstante, si uno mantiene cualquier referencia a asuntos morales en la identificación del derecho, el derecho no resolvería el problema. Necesitamos, por tanto, de una solución puramente fáctica.

Por otra parte, el positivismo incluyente sostiene que el derecho está compuesto por fuentes fácticas y sociales, pero si entre estas fuentes existe una de ellas que apunta a algo que se encuentra más allá de los hechos sociales, entonces uno se encuentra autorizado para seguir esa dirección y considerar la moralidad (aunque esta teoría no aclara si esto significa la moralidad consentida por la gente o una moralidad objetiva). Pero aun así, los positivistas incluyentes no se apartan del positivismo, porque insisten en partir de una habilitación de los hechos sociales para recurrir a la moral. Entonces ambas escuelas del positivismo acuerdan esencialmente en la proposición fundamental. Por ello, no creo que la distinción entre positivismo incluyente y excluyente sea de mucho interés.

No obstante, lo sorprendente es que incluso los positivistas excluyentes (como Raz) claramente afirman que en la adjudicación o en el razonamiento jurídico se emplean criterios morales y que los jueces han de estar autorizados a utilizar fuentes morales para rechazar normas basadas sólo en hechos sociales y que son inmorales o de una moralidad cuestionable. Además, dependiendo del autor, también se ha afirmado que la interpretación del derecho puede ser informada por juicios morales o que debe ser informada por juicios morales o se ha abordado la pregunta acerca de si el tema de la obligación moral de cumplir con la ley es una cuestión de la Teoría del derecho. La respuesta a esta pregunta (*v. gr.* para Raz) es que no existe ni siquiera una obligación moral presuntiva de obedecer el derecho, aunque sea una verdad conceptual importante del derecho que pretende ser moralmente obligatorio.

En definitiva, la conclusión que ofrecen los estudiosos de Raz, como John Gardner y Leslie Green, es que el positivismo es importante, pero sólo en una pequeña parte del ámbito del derecho.

J. B. E.: *¿Qué lugar le asigna a los argumentos religiosos en los debates morales de las sociedades democráticas y constitucionales?*

J. M. F.: En este punto, creo compartir la opinión que Tomás de Aquino propone y formula más de una vez. Si uno está debatiendo acerca de algo con alguien (él hablaba particularmente de Teología, pero habla en términos completamente generales) y éste acepta algún tipo de autoridad moral (puede ser religiosa), entonces uno puede apelar a esa autoridad en el curso de la argumentación. Si se aceptan las autoridades A, B y C,

entonces se puede apelar a A, B y C. Si solamente se aceptan A y B, entonces se puede apelar a éstas pero no a C, y si no se acepta ninguna autoridad moral, entonces se debe recurrir a la razón natural.

J. B. E.: *¿Cree usted que pueden darse normas jurídicas que sean recepciones puras de principios morales (en terminología de Tomás de Aquino, «conclusión» pura) o piensa más bien que toda norma de derecho positivo posee alguna dosis de «determinación»?*

J. M. F.: Me inclino a pensar que incluso aquellas pocas reglas que son sustancialmente conclusiones o una traducción directa del contenido de una norma moral en el derecho público (entendido en un sentido amplio) demuestran tener algunos elementos de *determinatio*, de un contenido cuasi arbitrario, libre o no conclusivo, al menos respecto a los procedimientos, los castigos y penas, o las categorías formales en las que se pueden clasificar estos tipos de actos. Por ejemplo, que la violación sea un delito o una ofensa seria de clase 1 y no de clase 2, es una determinación.

J. B. E.: *¿Qué ocurre en el caso de los derechos humanos? ¿Podría decirse que son recepciones puras de principios morales?*

J. M. F.: El concepto de derechos humanos es ahora un término cuasi técnico. Como abogados, sabemos que los derechos humanos se encuentran formulados en declaraciones de derechos o en convenciones de derechos humanos. Cuando vemos estas convenciones o declaraciones, encontramos algunas normas que son sustancialmente conclusiones directas de la moral y también hallamos otras normas de otro carácter, que en su especificidad (incluso antes de ser interpretadas) son en parte conclusiones y en parte determinaciones. Son así, no simplemente en un sentido marginal en relación a procedimientos, clasificaciones y categorías, sino en relación a la opción que hacen por una forma de vida social en vez de otra. Por ejemplo, las doctrinas de la libertad de expresión, proceso equitativo (*fair trial*) o las nociones de libertad de movimiento, de asociación, etc., contienen elementos significativos de conclusiones pero también presentan importantes elementos de opciones que una sociedad realiza.

Por ejemplo, en los Estados Unidos generalmente se sostendrá que la libertad de prensa incluye la libertad de publicar los nombres de las personas imputadas de cometer un delito, así como sus fotografías mientras son arrestados. En cambio, el derecho inglés establece que no se puede tener acceso a un juicio equitativo si los nombres de los sospechosos son publicados en los medios (inminentemente) luego de ser arrestados. Aquí tenemos dos aplicaciones de los derechos humanos a un juicio equitativo y a la libertad de expresión que se encuentran en sustancial conflicto y no creo que una de dichas aplicaciones sea injusta, sino que ambas son claramente determinaciones. La preferencia de una forma de vida con sus costos, sobre otra forma de vida, también con sus costos, constituye una parte significativa de la actual recepción, aplicación y teorización de los derechos humanos. Ahora bien, el ciudadano que lee en el periódico acerca de los últimos fallos sobre derechos humanos, tanto de cortes nacionales o internacionales, generalmente advertirá con asombro (e incluso escepticismo) que es determinado como un derecho humano algo que es contrario a su razonable percepción de la justicia, del significado de culpabilidad, etcétera.

J. B. E.: *¿Cuál cree que es la causa última de la necesidad del derecho positivo o de la determinación jurídica y por qué considera que en algunos casos puede resultar necesaria*

la elección entre opciones morales correctas? Más específicamente: ¿piensa que esto puede ser necesario por un problema de tipo epistemológico o, más bien, de tipo ontológico?

J. M. F.: Me siento más inclinado hacia la segunda opinión que podría decirse que sostiene que hay modos razonables de vivir en sociedad que son incompatibles entre sí y, por tanto, debemos elegir uno o el otro, pero no ambos. La estructura de la realidad, por su parte, es tal que no podemos encontrar una consideración racionalmente decisiva que defina la cuestión. Y la estructura relevante de la realidad incluye, creo, principalmente nuestra ignorancia acerca del futuro, debido al carácter contingente de este último. En otras palabras, no podemos prever qué consecuencias resultarán en el largo plazo de un patrón particular de acción, de una práctica, de una costumbre o de la ley. Si pudiéramos hacerlo, los juicios que haríamos no serían más determinaciones, sino que ya encontraríamos la verdad sobre lo bueno y lo correcto.

Al no poder prever el futuro, lo que hacemos es afirmar que: «este curso de acción o esta forma de vida conlleva ciertos riesgos». Hablamos de riesgos porque los costos y las desventajas generalmente no son precisas o ciertas. Esos riesgos son parte de una función (en el sentido matemático de la palabra) en la que se tienen en cuenta la gravedad de las malas consecuencias (como la muerte, las lesiones graves, las lesiones) y también la probabilidad de que dichos riesgos ocurran. Así, por ejemplo, la gravedad de la muerte es muy alta pero la probabilidad de que ocurra puede ser muy baja. Sucede, entonces, que tenemos estos elementos inconmensurables hasta en las decisiones más simples. Por ello, no se trata de una cuestión de juicio sino de una cuestión (parcial o sustancialmente) de elección. Una comunidad puede elegir prohibir todo tipo de tráfico motorizado que exceda los cinco kilómetros por hora para evitar cientos de miles de muertes y lesiones graves, pero el costo de aquella decisión sería muy alto, ya que implica la pérdida de movilidad, de intercambio entre las personas, de actividad económica, etc. La comunidad, por tanto, también puede razonablemente aceptar esos riesgos en vista de sus beneficios. Una vez que tal decisión ha sido tomada, los criterios de justicia dentro del marco de dicha elección se vuelven más o menos una cuestión de juicio o de prudencia parlamentaria. Pero esos juicios no sirven o no pueden ser transferidos a la otra opción de decisión. Sucede que las razones no determinan por completo la respuesta y, por ello, hay algo de arbitrariedad al momento de elegir entre una opción y la otra, aunque en cada caso la elección es tomada por razones inteligibles. Dicho de otro modo, en este caso la respuesta sobre lo que sería más deseable en parte se encuentra indeterminada por la razón y, por tanto, sólo contaríamos para decidir esto con preferencias que no son completamente razonables y que pueden responder a criterios emocionales o estéticos. En definitiva, esta estructura general que he ilustrado con este ejemplo muy simple se introduce o atraviesa profundamente los sistemas jurídicos y, de un modo análogo, los desarrollos doctrinales más sofisticados.

Por otra parte, ésta parece ser la respuesta de Tomás de Aquino a esta cuestión. Me refiero a ello en algunos pasajes de mi libro sobre Aquino. Él sostiene que éstas son cuestiones de *aestimatio*. Aquino sabe suficiente derecho romano como para conocer la institución de la *aestimatio*, que en muchos casos requiere del juicio de un experto que puede ser designado a los fines de una particular *litis inter partes*. Incluso, puede ser que la *aestimatio* haya tenido algunos caracteres de la teoría aristotélica para la que en algunas cuestiones particulares el juicio de los sabios ha de ser seguido, siendo

esto compatible con la noción de que existe una verdad sobre el asunto. No obstante, también creo que esto es compatible con el pensamiento de Aquino (en el contexto que lo dijo), que sostiene que no existe una única verdad entre un espectro significativo de opciones legislativas. La forma en la que habla sobre la categoría de la *determinatio* en las cuestiones 95 y 96 demuestra que las determinaciones obtienen su fuerza del derecho positivo. Si bien dicha fuerza deriva de la Ley Natural, su derivación tiene un grado de libertad que se puede afirmar que las determinaciones tienen toda su fuerza del hecho de haber sido elegidas. Creo que esto indica que Tomás de Aquino tenía noción del problema.

No obstante, el contraste entre el problema epistemológico y el ontológico no es claro. La pregunta que cabe realizar debería ser: ¿cómo podemos saber? La respuesta es que, en realidad, no podemos saber. Entonces, se trata tanto de una cuestión epistemológica como ontológica.